

**Evaluation des Gesetzes
über die Information und den Datenschutz
des Kantons Zürich**

Synthesebericht

Bern, 29.6.2017

Christian Bolliger, Marius Féraud; Büro Vatter

Kurt Pärli; Lehrstuhl für soziales Privatrecht, juristische Fakultät der Universität Basel

Zusammenfassung

Das 2008 in Kraft getretene Gesetz über die Information und den Datenschutz des Kantons Zürich (IDG) bezweckt ein transparentes Handeln der öffentlichen Organe (Transparenz) sowie den Schutz der Grundrechte von Personen, über die öffentliche Organe Daten bearbeiten (Datenschutz). In den Jahren 2013 bis 2017 sind mittels vier Forschungsprojekten zentrale Wirkungsbereiche des IDG evaluiert worden. Die vorliegende Evaluationssynthese fasst die Hauptbefunde der Evaluation zusammen und formuliert insgesamt 17 Empfehlungen für eine Optimierung des IDG und seiner Umsetzung. Im Bereich des Datenschutzes wurden die Entwicklungen des übergeordneten Rechts mitberücksichtigt.

Befunde und Empfehlungen zur Transparenz

Die Bevölkerung erachtet das Öffentlichkeitsprinzip zwar als wichtig, doch kennt nur eine Minderheit das voraussetzungslose Recht auf Zugang zu Informationen. Die öffentlichen Organe bezeichnen die aktive Information der Bevölkerung als wichtig und nutzen ihre verschiedenen Möglichkeiten der Information. Nur eine Minderheit von ihnen führt aber vorschriftsgemäss ein öffentliches Verzeichnis seiner Informationsbestände. In der Praxis ergab die Evaluation keine konkreten Hinweise auf einen ungenügenden Zugang zu Informationen. Es bestehen aber diesbezüglich Risiken, da die rechtlichen Voraussetzungen des Zugangs für die Bevölkerung im Kanton Zürich vergleichsweise wenig vorteilhaft sind.

Aus den Evaluationsbefunden wurden folgende **Empfehlungen** hergeleitet:

- **T1 (Sensibilität der Bevölkerung) – Information über das Recht auf Zugang zu Information:** Das IDG verpflichtet die öffentlichen Organe, aktiv über das Recht auf Zugang zu Informationen zu informieren.
- **T2 (Sensibilität der Bevölkerung) – Einsetzung eines Organs zum Öffentlichkeitsprinzip:** Im IDG wird eine unabhängige Stelle definiert, die einen Informations- und Beratungsauftrag über das Öffentlichkeitsprinzip gegenüber der Bevölkerung ausübt. Die organisatorische Einbettung dieser Stelle ist angesichts der Ausgangslage im Kanton Zürich und aufgrund von Erfahrungen anderer Kantone und des Bundes zu bestimmen.
- **T3 (aktive Information) – Verzeichnisse über Informationsbestände:** Der Nutzen der Verzeichnisse gemäss § 14 Abs. 4 IDG wird näher analysiert. Basierend auf den Ergebnissen dieser Analyse sind entweder eine Streichung des Paragraphen oder Massnahmen zu einer verstärkten Umsetzung in Betracht zu ziehen (vgl. Empfehlung D2).
- **T4 (aktive Information) – Einsetzung eines Organs zum Öffentlichkeitsprinzip (vgl. Empfehlung T2):** Im IDG wird eine unabhängige Stelle verankert, die sich anwaltschaftlich für das Öffentlichkeitsprinzip einsetzt und öffentliche Organe in Fragen des Öffentlichkeitsprinzips sensibilisiert und berät.
- **T5 (Zugangsrecht) – Vermittlungsfunktion eines Organs zum Öffentlichkeitsprinzip:** Der Auftrag des Organs zum Öffentlichkeitsprinzip enthält auch eine Vermittlungsfunktion, wenn eine gesuchstellende Person, das zuständige öffentliche Organ sowie allfällige

Dritte unterschiedliche Auffassungen über den Umfang resp. den Zeitpunkt der Zugangsgewährung haben.

- **T6 (Zugangsrecht) – Nähere Prüfung des Bedarfs an einer Aufsichtsfunktion:** Es ist näher zu prüfen, ob im IDG ein Organ mit einer Aufsichtsfunktion im Bereich der Transparenz bestimmt respektive geschaffen werden soll.

Datenschutz

Die Bevölkerung erachtet den Datenschutz als wichtig, weiss aber über die Datenbearbeitungen durch öffentliche Organe nur lückenhaft Bescheid. Der Datenschutzbeauftragte (DSB) stösst diesbezüglich mit seinen Informationsanstrengungen an Grenzen. Die Kontrolltätigkeit des DSB leistet in Kombination mit seinen Beratungs- und Weiterbildungsaktivitäten einen wichtigen Beitrag zur rechtmässigen Bearbeitung von Personendaten. Die Daten bearbeitenden öffentlichen Organe setzen jedoch aus verschiedenen Gründen viele Verbesserungshinweise des DSB nicht um. Der DSB betrachtet das Einwirkungsinstrument der Empfehlung als wenig wirksam und wendet es kaum an. Eine bedeutende Anzahl kantonale Gesetze genügt den Anforderungen des IDG ans Gesetzmässigkeitsprinzip bei Datenbearbeitungen nicht.

Aus den Evaluationsbefunden und der Analyse von Veränderungen des übergeordneten Rechts wurden folgende **Empfehlungen** hergeleitet:

- **D1 (Datenschutzsensibilität) – Informationspflicht:** Das IDG verpflichtet die öffentlichen Organe, die betroffenen Personen bei der Beschaffung und der Weitergabe nicht nur von besonderen Personendaten, sondern auch von gewöhnlichen Personendaten aktiv zu informieren. Die Voraussetzungen, unter denen öffentliche Organe auf die aktive Information verzichten können, sind im IDG präzise festzulegen.
- **D2 (Datenschutzsensibilität) – Verzeichnisse über Informationsbestände mit Personendaten:** Der Nutzen der Verzeichnisse gemäss § 14 Abs. 4 IDG wird auch spezifisch für Informationsbestände mit Personendaten näher analysiert. Basierend auf den Ergebnissen dieser Analyse sind entweder eine Streichung des Paragraphen oder Massnahmen zu einer verstärkten Umsetzung in Betracht zu ziehen (vgl. Empfehlung T3).
- **D3 (Datenschutzsensibilität) – Optimierte Information des DSB:** Gestützt auf die Erkenntnisse der Evaluation prüft der DSB, ob er seine Informationsanstrengungen optimieren kann.
- **D4 (Gesetzmässigkeitsprinzip) – IDG an neue Vorgaben anpassen:** Der Katalog der besonderen Personendaten (§ 3 IDG) wird um Daten zum Sexualleben, zur sexuellen Orientierung, genetische Daten und biometrische Daten sowie um das Profiling ergänzt.
- **D5 (Gesetzmässigkeitsprinzip) – Gesetzesbestand aktualisieren:** Eine Übergangsbestimmung im IDG verpflichtet die öffentlichen Organe, die besondere Personendaten bearbeiten, ihre formellen Gesetze innerhalb einer festzulegenden Frist daraufhin zu prüfen, ob sie zur Gewährleistung des Gesetzmässigkeitsprinzips ans (zu revidierende) IDG und die neuen Vorgaben aus dem übergeordneten Recht angepasst werden müssen. Kantonale Verwaltungsbehörden teilen das Ergebnis ihrer Abklärung dem DSB mit,

der dazu Stellung nimmt. Im Falle eines Anpassungsbedarfs müssen die Gesetze analog zur bisherigen Übergangsbestimmung § 41 IDG innerhalb einer festzulegenden Frist nach dem Inkrafttreten des revidierten IDG angepasst sein.

- **D6 (Gesetzmässigkeitsprinzip) – Rechtsgrundlage präzisieren:** Die Anforderungen von § 8 Abs. 1 (klare Aufgabenbeschreibung) und § 8 Abs. 2 IDG (für die Bearbeitung besonderer Personendaten ist eine „hinreichend bestimmte“ Regelung in einem formellen Gesetz notwendig) bedürfen einer konkretisierenden „Handlungsanweisung“ an den Gesetzgeber. Diese wird in der Verordnung zum IDG verankert.
- **D7 (Gesetzmässigkeitsprinzip) – Information des DSB bei Gesetzgebungsprojekten:** Die kantonalen Verwaltungsbehörden werden gesetzlich verpflichtet, den Datenschutzbeauftragten von sich aus über alle eigenen Gesetzgebungsprojekte und Vernehmlassungsverfahren zu Bundesvorhaben zu informieren.
- **D8 (Rechtmässigkeit und Aufsicht) – Einwirkungsbefugnisse des DSB stärken:** Die Kompetenz des DSB zur Formulierung von Empfehlungen gemäss § 36 IDG ist um eine Verfügungskompetenz zu ergänzen oder durch sie zu ersetzen. Ebenfalls ist dem DSB die Möglichkeit einzuräumen, vorsorgliche Massnahmen anzuordnen.
- **D9 (Rechtmässigkeit und Aufsicht) – Nachweispflicht für Datenbearbeiter:** Öffentliche Organe müssen nachweisen können, dass ihre Bearbeitungen von Personendaten den gesetzlichen Bestimmungen genügen. Das IDG ist entsprechend zu ergänzen, die zulässigen Nachweisbemühungen sind in der Verordnung zu regeln.
- **D10 (Rechtmässigkeit und Aufsicht) – Überprüfen der Ressourcen:** Die politischen Behörden prüfen eine Erhöhung der personellen Ressourcen des DSB.
- **D11 (Rechtmässigkeit und Aufsicht) – Bessere Umsetzung von Hinweisen:** Der DSB führt nur so viele Kontrollen durch, dass seine Ressourcen auch für Nachkontrollen und die notwendige Unterstützung bei der Umsetzung seiner Hinweise genügen.

Inhaltsverzeichnis

Tabellenverzeichnis	VIII
1 Einleitung	1
1.1 Ausgangslage	1
1.2 Auftrag.....	2
1.3 Vorgehen	3
1.4 Aufbau des vorliegenden Berichts	3
2 Evaluierter Wirkungsbereich des IDG, Rechtsentwicklung	4
2.1 Wirkungsbereich Transparenz	5
2.2 Wirkungsbereich Datenschutz	6
2.3 Entwicklungen im übergeordneten Datenschutzrecht.....	7
3 Ergebnisse zum Transparenzprinzip	8
3.1 Wirkungsbereich T1: Sensibilität der Bevölkerung für das Öffentlichkeitsprinzip	9
3.1.1 Wirkungsziel und Wirkungsmechanismen im IDG.....	9
3.1.2 Zusammenfassung der Ergebnisse aus den Teilprojekten zu T1	10
3.1.3 Schlussfolgerungen der Teilprojekte	10
3.1.4 Eigene Schlussfolgerungen	10
3.1.5 Handlungsempfehlungen zur Sensibilität der Bevölkerung	11
3.2 Wirkungsbereich T2: Aktive Information öffentlicher Organe.....	13
3.2.1 Wirkungsziel und Wirkungsmechanismus im IDG	13
3.2.2 Zusammenfassung der Ergebnisse aus den Teilprojekten zu T2	13
3.2.3 Schlussfolgerungen der Teilprojekte	14
3.2.4 Eigene Schlussfolgerungen	14
3.2.5 Handlungsempfehlungen zur aktiven Information	15
3.3 Wirkungsbereich T3: Zugang zu Informationen.....	16
3.3.1 Wirkungsziel und Wirkungsmechanismus im IDG	16
3.3.2 Zusammenfassung der Ergebnisse aus den Teilprojekten zu T3	17
3.3.3 Schlussfolgerungen der Teilprojekte	18
3.3.4 Eigene Schlussfolgerungen	18
3.3.5 Handlungsempfehlungen zum Recht auf Zugang zu Information	19
4 Ergebnisse zum Datenschutz.....	21
4.1 Wirkungsbereich D1: Sensibilität der Bevölkerung für den Datenschutz.....	21
4.1.1 Wirkungsziel und Wirkungsmechanismen im IDG.....	22
4.1.2 Zusammenfassung der Ergebnisse aus den Teilprojekten zu D1	22
4.1.3 Schlussfolgerungen der Teilprojekte	24

4.1.4	Eigene Schlussfolgerungen	24
4.1.5	Entwicklung des übergeordneten Rechts	25
4.1.6	Handlungsempfehlungen zur Sensibilität der Bevölkerung	25
4.2	<i>Wirkungsbereich D2: Gesetzmässigkeitsprinzip</i>	28
4.2.1	Wirkungsziel und Wirkungsmechanismen im IDG	28
4.2.2	Zusammenfassung der Ergebnisse aus den Teilprojekten zu D2	29
4.2.3	Schlussfolgerungen der Teilprojekte	30
4.2.4	Eigene Schlussfolgerungen	30
4.2.5	Entwicklung des übergeordneten Rechts	31
4.2.6	Empfehlungen zum Gesetzmässigkeitsprinzip	31
4.3	<i>Wirkungsbereich D3: Rechtmässige Bearbeitung von Personendaten</i>	34
4.3.1	Wirkungsziel und Wirkungsmechanismen im IDG	34
4.3.2	Zusammenfassung der Ergebnisse aus den Teilprojekten zu D3	35
4.3.3	Schlussfolgerungen der Teilprojekte	36
4.3.4	Eigene Schlussfolgerungen	36
4.3.5	Entwicklung des übergeordneten Rechts	37
4.3.6	Empfehlungen zu Rechtmässigkeit und Aufsicht	38
	Literaturverzeichnis	40

Tabellenverzeichnis

Tabelle 2-1: Evaluierte Wirkungen und Wirkungsmechanismen im Bereich Transparenz.....	5
Tabelle 2-2: Evaluierte Wirkungen und Wirkungsmechanismen im Bereich Datenschutz	6

1 Einleitung

Im Auftrag des Datenschutzbeauftragten des Kantons Zürich hat das Büro Vatter in Zusammenarbeit mit Kurt Pärli, Professor für privates Sozialrecht an der Universität Basel, eine Synthese der Evaluation des Gesetzes über die Information und den Datenschutz des Kantons Zürich (IDG)¹ erarbeitet. Diese stützt sich auf vier Schlussberichte zu Teilprojekten der Evaluation und berücksichtigt die Entwicklungen im übergeordneten Recht.

1.1 Ausgangslage

Das IDG ist am 1. Oktober 2008 in Kraft getreten. Es regelt den Umgang der öffentlichen Organe im Kanton Zürich mit Informationen. Als öffentliche Organe gelten dabei sowohl die kantonalen als auch die kommunalen Behörden sowie Personen und Organe des öffentlichen und privaten Rechts, soweit sie mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben betraut sind (§ 3 IDG). Das IDG verfolgt gemäss § 1 Abs. 2 zwei Zwecke:

- *Transparenz:* Das Handeln der öffentlichen Organe soll transparent gestaltet werden. Dies soll die freie Meinungsbildung und die Wahrnehmung der demokratischen Grundrechte fördern und die Kontrolle des staatlichen Handelns erleichtern.
- *Datenschutz:* Die Grundrechte von Personen, über welche die öffentlichen Organe Daten bearbeiten, sind zu schützen.

In den Jahren 2013 bis 2017 ist das IDG gestützt auf § 39 und ein umfassendes Evaluationskonzept (Pärli/Kobi 2012) evaluiert worden. Die Evaluation beinhaltete vier Teilprojekte zu den folgenden Themen:

- *Teilprojekt 1, 2013 – Sensibilisierung der Bevölkerung:* Dieses Teilprojekt hatte zu klären, ob die Bevölkerung in Bezug auf den Datenschutz und das Öffentlichkeitsprinzip sensibilisiert ist (Statistisches Amt 2014).
- *Teilprojekt 2, 2014/15 – Gesetzmässigkeitsprinzip:* Im Rahmen dieses Teilprojekts wurde untersucht, ob hinreichend bestimmte, formell-gesetzliche Grundlagen für Datenbearbeitungen und Datenbekanntgaben in sensiblen Bereichen bestehen (Pärli et al. 2015).
- *Teilprojekt 3, 2015/16 – Erfüllte Informationspflicht der öffentlichen Organe:* Dieses Teilprojekt hatte die Frage zum Gegenstand, ob und wie die öffentlichen Organe über das Öffentlichkeitsprinzip und den Datenschutz informieren (Statistisches Amt 2017).

¹ Gesetz vom 12. Februar 2007 über die Information und den Datenschutz (IDG; LS 170.4)

- *Teilprojekt 4, 2016/17 – Aufsicht Information/Datenschutz:* In diesem Teilprojekt wurde evaluiert, ob eine wirksame Aufsicht in den Bereichen Informationszugang und Datenschutz besteht (Schwenkel et al. 2017).

1.2 Auftrag

Der Synthesebericht der Evaluation IDG deckt auftragsgemäss folgende Inhalte ab:

- Synthese der Berichte der Teilprojekte:* Die übergreifend wichtigsten Erkenntnisse aus den vier Teilprojekten werden zusammenfassend dargestellt und aus einer Gesamtsicht hinsichtlich der Wirkung des IDG bewertet. Die Synthese stützt sich auf die Berichte zu den Teilprojekten sowie das Evaluationskonzept von 2012 (Pärl/Kobi 2012).
- Abgleich mit neuen Vorgaben:* Die herausgearbeiteten wichtigsten Erkenntnisse waren im Bereich des Datenschutzes mit neuen rechtlichen Vorgaben abzugleichen, die sich aus der Entwicklung des übergeordneten Rechts ergeben. Dabei waren die EU-Richtlinie 2016/680² sowie die revidierte ER-Konvention 108³ zu berücksichtigen. Der Abgleich konnte sich abstützen auf einen Leitfaden der Konferenz der Kantonsregierungen zum Anpassungsbedarf der Datenschutzgesetze (nachfolgend: KdK-Leitfaden). Dieser berücksichtigt auch die Revision des eidgenössischen Datenschutzgesetzes⁴.
- Vorschläge für den Kanton Zürich:* Es war herauszuarbeiten, ob und wenn ja, welcher Handlungsbedarf für den Kanton Zürich aufgrund der Erkenntnisse der Evaluation und der neuen Vorgaben besteht. Es waren Vorschläge im Sinne von Hinweisen und Anregungen für Anpassungen des IDG zu erarbeiten, allenfalls auch für Anpassungen anderer Gesetze oder für Anpassungen unterhalb der Gesetzesstufe.

² Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, ABl L119 vom 4.5.2016, 89ff.

³ Übereinkommen (des Europarates) zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten. Konsolidierter Wortlaut der Vorschläge zur Modernisierung des Übereinkommens 108 im Anschluss an die Sitzung des CAHDATA (15./16. Juni 2016).

⁴ Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1)

1.3 Vorgehen

Die Evaluationssynthese wurde in drei Phasen von April bis Juni 2017 erarbeitet:

- *Startphase – Identifikation von Wirkungsbereichen:* Aufgrund einer ersten Sichtung der Schlussberichte zu den vier Teilprojekten und des IDG identifizierten die Auftragnehmer insgesamt sechs Wirkungsbereiche des IDG, die im Rahmen der Evaluation untersucht worden waren. Im Rahmen einer Kick-off-Sitzung mit zwei Vertretern des DSB wurden diese Wirkungsbereiche und die dazugehörigen gesetzlich vorgesehenen Wirkungsmechanismen als Untersuchungseinheiten der Evaluationssynthese definiert.
- *Analysearbeiten und Workshop:* Anhand einer Inhaltsanalyse der vier Teilprojektberichte wurden die Hauptbefunde der Evaluation zusammengetragen und Überlegungen angestellt, welche Handlungsoptionen sich daraus ergeben (Schritt A des Auftrags). In einem zweiten Schritt wurde untersucht, inwiefern zwischen dem jeweiligen Hauptbefund und den Handlungsoptionen einerseits und der Entwicklung des übergeordneten Rechts Berührungspunkte bestehen; ebenfalls wurde untersucht, ob sich die Entwicklungen im übergeordneten Recht auf den Handlungsbedarf auswirken (Schritt B des Auftrags). Diese noch provisorischen Ergebnisse wurden mit zwei Vertretern des DSB im Rahmen eines Workshops diskutiert.
- *Herleitung der Vorschläge und Schlussbericht:* Im Anschluss an den Workshop wurde der Abgleich mit dem übergeordneten Recht vertieft. Darauf gestützt leiteten die Autoren der Evaluationssynthese ihre Empfehlungen her. Die Ergebnisse wurden im vorliegenden Schlussbericht verschriftlicht. Die Aussagen im Schlussbericht stützen sich somit auf die Befunde der Evaluationen, die Analyse des übergeordneten Rechts sowie auf ergänzende Aussagen und Informationen von Verantwortlichen des DSB während der Erarbeitung der Evaluationssynthese.

1.4 Aufbau des vorliegenden Berichts

In Kapitel 2 werden die im Rahmen des Evaluationsprojekts untersuchten Wirkungsbereiche des IDG überblicksartig vorgestellt. Ebenfalls wird kurz auf die Entwicklungen des internationalen Rechts eingegangen. Danach werden die Befunde der Evaluation zu den Wirkungsbereichen beschrieben und auf deren Basis Schlussfolgerungen und Empfehlungen hergeleitet. Kapitel 3 widmet sich dabei der Transparenz, Kapitel 4 dem Datenschutz.

2 Evaluierte Wirkungsbereiche des IDG, Rechtsentwicklung

Gestützt auf eine Inhaltsanalyse des IDG und der vier Teilprojekte der Evaluation wird in diesem Kapitel identifiziert, welche Wirkungsbereiche des Gesetzes im Rahmen der Evaluation untersucht wurden. Dabei werden erstens die vom IDG angestrebten und evaluierten Wirkungen erfasst. Zweitens wird untersucht, welche Mechanismen im IDG vorgesehen sind, die zu diesen angestrebten Wirkungen des IDG beitragen sollen (Wirkungsmechanismen). Der Vergleich der Teilprojekte der Evaluation mit dem IDG zeigt dabei, dass nicht alle gesetzlichen Wirkungsmechanismen im Rahmen der Evaluation untersucht worden sind. Umgekehrt wurden auch mögliche Wirkungsmechanismen untersucht, die im IDG (noch) nicht vorgesehen sind, z.B. die Schaffung einer Aufsichtsbehörde im Bereich Transparenz.

Die evaluierten Wirkungen und die dazugehörigen Wirkungsmechanismen werden nachfolgend nach den beiden Hauptzwecken des Gesetzes, der Förderung der Transparenz (Abschnitt 2.1) und des Datenschutzes (Abschnitt 2.2) anhand eines tabellarischen Überblicks zusammengefasst. Diese hier identifizierten Wirkungen bilden die Analyseeinheiten der Evaluationssynthese. Die einzelnen Wirkungen und ihre Wirkungsmechanismen werden in den Kapiteln 3 und 4 untersucht.

Abschliessend wird in diesem Kapitel auch kurz auf die Rechtsentwicklungen auf europäischer und nationaler Ebene und ihr Verhältnis zum IDG eingegangen (Abschnitt 2.3).

2.1 Wirkungsbereich Transparenz

In Tabelle 2-1 wird dargestellt, welche Wirkungen (T1 bis T3) und welche zugehörigen Wirkungsmechanismen im Themenbereich Transparenz von den verschiedenen Teilprojekten der Evaluation vollständig oder teilweise angesprochen werden. Die einzelnen Wirkungen und die dazugehörigen Wirkungsmechanismen werden in Kapitel 3 näher erläutert.

Tabelle 2-1: Evaluierte Wirkungen und Wirkungsmechanismen im Bereich Transparenz

	Im IDG vorgesehene und/oder in Evaluation thematisierte Wirkung	Im IDG vorgesehene und/oder in Evaluation thematisierte Wirkungsmechanismen
T1	<p>Sensibilität der Bevölkerung für das Öffentlichkeitsprinzip: Kein expliziter Zweck des Gesetzes</p> <p>► <i>Thematisiert in Teilprojekt 1</i></p>	<p>In IDG nicht vorgesehen: Öffentliche Organe weisen auf das Recht auf Informationszugang hin.</p> <p>► <i>Thematisiert in Teilprojekt 3</i></p> <hr/> <p>§ 14 Abs. 4 : Verpflichtung der öffentlichen Organe, ein Verzeichnis der Informationsbestände zu führen</p> <p>► <i>Thematisiert in Teilprojekt 3</i></p>
T2	<p>Aktive Information über Tätigkeit sowie Aufbau, Zuständigkeiten und Ansprechpersonen der Öffentlichkeit durch öffentliche Organe (§ 14 Abs.1 und 2)</p> <p>► <i>Thematisiert in Teilprojekt 3</i></p>	<p>§ 14 Abs. 1 und 2: Verpflichtung der öffentlichen Organe zur aktiven Information</p> <p>► <i>Thematisiert in Teilprojekt 3</i></p>
T3	<p>Zugang zu Informationen (§ 20)</p> <p>► <i>Thematisiert in Teilprojekt 3</i></p>	<p>§ 24-29: Verfahren auf Zugang: Gesuch, Anspruch auf Verfügung, Rechte von Dritten, Gebühren</p> <p>► <i>Thematisiert in Teilprojekt 3</i></p> <hr/> <p>§ 14 Abs. 4: Verpflichtung der öffentlichen Organe, ein Verzeichnis der Informationsbestände zu führen</p> <p>► <i>Thematisiert in Teilprojekt 3</i></p> <hr/> <p><i>Im IDG nicht vorgesehen:</i> Verpflichtung der öffentlichen Organe, auf das Recht auf Informationszugang hinzuweisen</p> <p>► <i>Thematisiert in Teilprojekt 3</i></p> <hr/> <p><i>Im IDG nicht vorgesehen:</i> Aufsicht im Bereich Informationszugang</p> <p>► <i>Thematisiert in Teilprojekt 4</i></p>

Quellen: IDG; Statistisches Amt 2014; Schwenkel et al. (2017); Statistisches Amt (2017).

2.2 Wirkungsbereich Datenschutz

In Tabelle 2-2 wird dargestellt, welche Wirkungen (D1 bis D3) und welche zugehörigen Wirkungsmechanismen im Themenbereich Datenschutz von den verschiedenen Teilprojekten der Evaluation vollständig oder teilweise angesprochen werden. Die einzelnen Wirkungen und die dazugehörigen Wirkungsmechanismen werden in Kapitel 4 näher erläutert.

Tabelle 2-2: Evaluierete Wirkungen und Wirkungsmechanismen im Bereich Datenschutz

	Beabsichtigte Wirkung IDG	Im IDG vorgesehene Wirkungsmechanismen
D1	<p>Sensibilität der Bevölkerung für Datenschutz. Implizites Ziel des Gesetzes (Informationsauftrag DSB)</p> <p>► <i>Thematisiert in Teilprojekt 1</i></p>	<p>§ 34 Bst. e: Der Beauftragte informiert die Öffentlichkeit über Anliegen des Datenschutzes.</p> <p>§ 39: Tätigkeitsbericht des Beauftragten wird veröffentlicht.</p> <p>► <i>Thematisiert in Teilprojekt 1</i></p> <hr/> <p>§ 14 Abs. 4: Verpflichtung der öffentlichen Organe, ein Verzeichnis der Informationsbestände zu führen und Bestände mit Personendaten zu kennzeichnen.</p> <p>► <i>Thematisiert in Teilprojekt 3</i></p>
D2	<p>Gesetzmässigkeitsprinzip als Voraussetzung für die Bearbeitung (§ 8) und Bekanntgabe (§ 16,17) von Personendaten und besonderen Personendaten</p> <p>► <i>Thematisiert in Teilprojekt 2</i></p>	<p>§ 10: Vorabkontrolle: Behörden müssen beabsichtigte Bearbeitungen von Personendaten mit besonderen Risiken vorab dem Beauftragten unterbreiten.</p> <p>► <i>In der Evaluation nicht thematisiert*</i></p> <hr/> <p>§ 34 Bst. f: Der Beauftragte beurteilt Erlasse und Vorhaben, die den Datenschutz betreffen.</p> <p>► <i>In der Evaluation nicht thematisiert</i></p> <hr/> <p>§ 34 Bst. a: Der Beauftragte unterstützt und berät die öffentlichen Organe in Fragen des Datenschutzes.</p> <p>► <i>Thematisiert in Teilprojekt 4</i></p> <hr/> <p>§ 34 Bst. g: Der Beauftragte bietet Aus- und Weiterbildungen in Fragen des Datenschutzes an.</p> <p>► <i>Thematisiert in Teilprojekt 2</i></p> <hr/> <p>§ 41: Umsetzungsfrist von 5 Jahren nach Inkrafttreten.</p> <p>► <i>Thematisiert in Teilprojekt 2</i></p>
D3	<p>Rechtmässige Bearbeitung</p> <p>§ 8ff: Grundsätze der Datenbearbeitung (§ 8ff.) und der Bekanntgabe (§ 16 ff.) von Personendaten</p> <p>► <i>Thematisiert in Teilprojekt 4</i></p>	<p>§ 34 Bst. b: Der Beauftragte überwacht die Anwendung der Vorschriften über den Datenschutz. Kontrollbefugnisse (§ 35) und Einwirkungsbefugnisse (§ 36).</p> <p>► <i>Thematisiert in Teilprojekt 4</i></p> <hr/> <p>§ 34 Bst. a und g: Beratung sowie Aus- und Weiterbildung von Datenbearbeitern.</p> <p>► <i>Thematisiert in Teilprojekt 4</i></p>

Quellen: IDG; Statistisches Amt (2014); Pärli et al. (2015); Schwenkel et al. (2017).

* Die Vorabkontrolle ist Gegenstand einer Abklärung der Geschäftsprüfungskommission (GPK 2017: 40).

2.3 Entwicklungen im übergeordneten Datenschutzrecht

Während im Bereich der Transparenz keine Veränderungen im übergeordneten Recht festzustellen sind, hat sich das übergeordnete Datenschutzrecht seit dem Inkrafttreten des IDG weiterentwickelt. Massgeblich für die Kantone sind insbesondere zwei Erlasse. Beide regeln auch Datenbearbeitungen durch öffentliche Organe und sind/werden für die Schweiz und somit auch den Kanton Zürich verbindlich:

- **ER-Konvention 108:** Das *revidierte Übereinkommen des Europarates zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten* ist noch nicht verabschiedet, doch liegt seit 2016 ein konsolidierter Wortlaut vor. Dieser stützt sich auf die Arbeiten des Ad hoc Committee on Data Protection (CAHDATA) des Europarats. Um das Änderungsprotokoll dieses Erlasses ratifizieren zu können, muss die Schweiz ihre Rechtsgrundlagen den Anforderungen der revidierten Konvention anpassen. Dies gilt sowohl für das in Revision befindliche Bundesgesetz über den Datenschutz als auch für die kantonalen Datenschutzgesetze.
- **EU-Richtlinie 2016/680:** Die *Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI* liegt in definitiver Fassung vor. Sie ist Bestandteil des Schengen-Acquis, zu dessen Umsetzung, Anwendung und Entwicklung sich die Schweiz im Schengen-Assoziierungsübereinkommen vertraglich verpflichtet hat. Somit muss die Schweiz ihre Rechtsordnung auf Bundes- und Kantonsebene an die Vorgaben der Richtlinie anpassen.

Von geringerer Bedeutung ist für den Kanton Zürich die Datenschutz-Grundverordnung der EU (DSGVO). Da die Schweiz nicht EU-Mitglied ist, ist diese Verordnung nicht direkt wirksam. Gleichwohl muss die Schweiz ein angemessenes Datenschutzniveau gewährleisten, damit zwischen ihr und der EU Daten ausgetauscht werden dürfen. Der Angemessenheitsbeschluss der EU „setzt aber nicht voraus, dass alles, was in der DSGVO vorgesehen ist, telquel ins Schweizer Recht übernommen wird. Es reicht eben, dass – möglicherweise auch mit anderen Garantien, Instrumenten und Sanktionsmöglichkeiten – ein angemessenes Schutzniveau erreicht wird“ (Rudin 2017: 58). Ähnliches kann über die laufende Revision des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) gesagt werden. Dieses ist den kantonalen Datenschutzgesetzen insofern nicht übergeordnet, als es andere Datenbearbeitungen regelt als die Kantone: Während die Kantone für Datenbearbeitungen kantonalen und kommunalen öffentlichen Organe zuständig sind, ist der Bund für die Datenbearbeitungen von Bundesorganen und Privaten verantwortlich (in Kantonen ohne angemessenes Datenschutzniveau gelten jedoch nach Art. 37 DSG ausgewählte DSG-Bestimmungen, wenn kantonale Organe Bundesrecht vollziehen). Auf die DSGVO und die DSG-Revision wird daher in diesem Bericht nur am Rand eingegangen.

3 Ergebnisse zum Transparenzprinzip

Das Transparenzprinzip ist in § 4 IDG verankert. Es stellt einen wichtigen Aspekt des Öffentlichkeitsprinzips dar, das sich aus der Meinungs- und Informationsfreiheit nach Art. 16 der Bundesverfassung (BV)⁵ und Art. 10 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)⁶ ableiten lässt und sich auch in den §§ 17 und 49 der Verfassung des Kantons Zürich⁷ findet. Während § 17 jeder Person einen verfassungsmässigen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten garantiert, verpflichtet § 49 die Behörden, von sich aus und auf Anfrage über ihre Tätigkeit zu informieren. Sowohl beim Informationsanspruch als auch bei der Informationspflicht erwähnt der Verfassungstext überwiegende öffentliche oder private Interessen, die dem Recht auf Zugang zur Information der Privaten bzw. der Wahrnehmung der Informationspflicht durch die Behörden entgegenstehen können. Die doppelte und wechselseitige Bedeutung des Transparenzprinzips zeigt sich auch im IDG; auch hier kann zwischen der aktiven und der reaktiven Information unterschieden werden (Rudin 2012: 24): Die aktive Information bezieht sich auf die Information von Amtes wegen und ist in § 14 IDG geregelt. Die reaktive Information erfolgt, wenn eine Person Zugang zu Information verlangt (§ 20 Abs. 1 IDG). Diese beiden Formen der Information werden mit den Wirkungsbereichen T2 und T3 erfasst (vgl. Tabelle 2-1 und nachfolgende Abschnitte). Eine ausreichende Sensibilität der Bevölkerung (Wirkungsbereich T1) kann als Voraussetzung für die reaktive Information aufgefasst werden: Nur wenn die Öffentlichkeit (d.h. jede natürliche und juristische Person) ihre durch das IDG gewährten Möglichkeiten kennt, kann sie ihre Zugangsrechte tatsächlich auch ausüben. Zu beachten ist, dass zwischen der reaktiven und der aktiven Information öffentlicher Organe Wechselwirkungen bestehen können: So kann die Bearbeitung von Zugangsgesuchen etwa dazu führen, dass ein öffentliches Organ künftig vermehrt aktiv informiert (vgl. Huegli/Féraud 2014: 118), was sich wiederum auf die Nutzung des reaktiven Kanals auswirken kann.

Zu erinnern ist, dass das Öffentlichkeitsprinzip und die damit zusammenhängenden Bestimmungen zur Transparenz der Verwaltung nicht etwa Selbstzweck sind, sondern vielmehr ein Instrument darstellen, den Grundanliegen des IDG, nämlich der Förderung der freien Meinungsbildung, der Förderung der Wahrnehmung demokratischer Rechte und der Erleichterung der Kontrolle staatlichen Handelns, Nachachtung zu verschaffen (vgl. Baeriswyl 2012: 5). Konsequenterweise dürf(t)en die Behörden von der Möglichkeit, die aktive oder reaktive Information mit Verweis auf überwiegende öffentliche oder private Interes-

⁵ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

⁶ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten Abgeschlossen in Rom am 4. November 1950 Von der Bundesversammlung genehmigt am 3. Oktober 1974, Schweizerische Ratifikationsurkunde hinterlegt am 28. November 1974, In Kraft getreten für die Schweiz am 28. November 1974, SR 0.101.

⁷ Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005, LS 101.

sen einzuschränken, nur sehr zurückhaltend Gebrauch machen. Zu beachten ist dabei auch die jüngere Rechtsprechung des EGMR. Der Gerichtshof sieht in der Garantie der Informationsfreiheit nach Art. 10 EMRK unter bestimmten Voraussetzungen auch eine Pflicht der Behörden zur Herausgabe von Informationen.⁸ Eine solche Pflicht lässt sich auch aus der allgemeinen grund- und menschenrechtlichen Schutzpflichtenlehre ableiten (vgl. dazu Dumermuth 2011: 682 ff.). Demnach ist der Staat verpflichtet, mit geeigneten Massnahmen zur Verwirklichung der Grundrechte beizutragen. Dazu gehört im vorliegenden Kontext auch eine wirksame Förderung sowohl der aktiven als auch reaktiven Transparenz.

3.1 Wirkungsbereich T1:

Sensibilität der Bevölkerung für das Öffentlichkeitsprinzip

In diesem Abschnitt steht die Sensibilität der Bevölkerung für das Öffentlichkeitsprinzip im Mittelpunkt. Primäre Informationsquelle ist das Teilprojekt 1 (Statistisches Amt 2014); ergänzend werden auch Ergebnisse des Teilprojektes 3 berücksichtigt.

3.1.1 Wirkungsziel und Wirkungsmechanismen im IDG

Die Sensibilität der Bevölkerung für das Öffentlichkeitsprinzip ist im IDG nicht als expliziter Zweck verankert. Das Wissen um das Recht auf Zugang zu Information stellt jedoch eine Voraussetzung dar, damit die Bevölkerung dieses Recht auch tatsächlich ausüben kann. Im IDG ist kein Mechanismus vorgesehen, der auf die Sensibilität der Bevölkerung für das Öffentlichkeitsprinzip zielen würde: Einerseits kann aus dem Anspruch auf Zugang zu Informationen gemäss § 20 Abs. 1 IDG nicht eine Pflicht der öffentlichen Organe zur Information über das Öffentlichkeitsprinzip abgeleitet werden. Andererseits besteht keine Stelle, die über eine Informationsaufgabe verfügen würde; die Koordinationsstelle IDG bei der Staatskanzlei (§ 28 IDV) ist ein verwaltungsinternes Organ und nicht für die Sensibilisierung der Bevölkerung zuständig. Auch die Verpflichtung der öffentlichen Organe nach § 14 Abs. 4 IDG, ein Verzeichnis ihrer Informationsbestände zu führen, kann als Wirkungsmechanismus zur Sensibilisierung betrachtet werden. Sie wird jedoch in dieser Untersuchung primär als Mechanismus zur Sicherung des Zugangs zu Informationen berücksichtigt (vgl. Abschnitt 3.3).

⁸ Urteil des EGMR (2. Kammer) vom 14.4.2009 (N° 37374/05 "Társaság a Szabadságjogokért c. Ungarn"), vor allem Rz. 36 und 37.

3.1.2 Zusammenfassung der Ergebnisse aus den Teilprojekten zu T1

Die wichtigsten Ergebnisse zur Sensibilität der Bevölkerung für das Öffentlichkeitsprinzip lassen sich aus dem Teilprojekt 1 wie folgt zusammenfassen:

- *Bedeutung des Öffentlichkeitsprinzips:* Mit einem Mittelwert von 7.7 auf einer Skala von 1 bis 10 betrachten die Befragten das Öffentlichkeitsprinzip knapp als sehr wichtig (Statistisches Amt 2014: 37).⁹ Damit wird das Öffentlichkeitsprinzip als fast gleich wichtig wie der Schutz der persönlichen Daten beurteilt (Mittelwert 8.4; Statistisches Amt 2014: 23).
- *Kenntnisse in Bezug auf das Öffentlichkeitsprinzip:* Rund 40% der Zürcher Bevölkerung kennen das Recht auf Zugang zu Informationen. Von diesem Anteil sind 57% (fälschlicherweise) der Meinung, dass der Zugang zu diesen Informationen nicht voraussetzungslos gilt, sondern begründet werden muss. Damit kennen schätzungsweise 17% der Bevölkerung das voraussetzungslose Recht auf Zugang zu Informationen der öffentlichen Organe. Die Bekanntheit des gesetzlichen Anspruchs auf Zugang zu den eigenen Personendaten beträgt demgegenüber 86%.

Im Rahmen des Teilprojektes 3 wurde der Anteil öffentlicher Organe, die Informationen zum Öffentlichkeitsprinzip und zum Informationszugang veröffentlicht haben, ermittelt: Rund 13% der öffentlichen Organe haben entsprechende Informationen im Internet publiziert, was die Autoren des Teilprojekts als niedrigen Anteil betrachten (Statistisches Amt 2017: 20). Vergleichsweise häufig (im Bereich ein knappes Drittel) haben kantonale Stellen und grosse Gemeinden entsprechende Angaben veröffentlicht.

3.1.3 Schlussfolgerungen der Teilprojekte

In den Teilprojekten 1 und 3 wurde auf Schlussfolgerungen verzichtet. Schwenkel et al. (2017; Teilprojekt 4), welche die fehlende Aufsicht im Bereich der Öffentlichkeit untersucht haben, empfehlen, die Bekanntheit und Akzeptanz des Öffentlichkeitsprinzips bei den öffentlichen Organen sowie bei der Bevölkerung zu erhöhen.

3.1.4 Eigene Schlussfolgerungen

Die Ergebnisse von Teilprojekt 1 zeigen, dass bei der Bevölkerung Wissensdefizite bestehen. Es kann somit ein Handlungsbedarf für eine verstärkte Information der Bevölkerung für das Öffentlichkeitsprinzip hergeleitet werden. Dieser ergibt sich einerseits aus der Diskrepanz zwischen der Bedeutung des Öffentlichkeitsprinzips für die Bevölkerung und dem eher tiefen Wissenstand; andererseits aus dem Vergleich der Ergebnisse der Bevölkerungs-

⁹ An der Umfrage nahmen 522 Personen teil. Wir verzichten hier auf eine Wiedergabe der Vertrauensintervalle, die sich aufgrund dieser Stichprobe ergeben. Die Werte sind im Bericht zum Teilprojekt 1 (Statistisches Amt 2014) ausgewiesen.

befragung zum Öffentlichkeitsprinzip und zum Datenschutz: Das Wissen zum Öffentlichkeitsprinzip ist im Vergleich zum Datenschutz deutlich tiefer, während die beiden Prinzipien als ähnlich wichtig betrachtet werden. Es kann aufgrund der vorliegenden Informationen nicht beurteilt werden, inwiefern fehlende Wirkungsmechanismen im Gesetz den niedrigen Wissensstand der Bevölkerung erklären können.

Festgehalten werden kann, dass 13% der öffentlichen Organe von sich aus über das Öffentlichkeitsprinzip informieren, auch wenn dies vom IDG nicht so verlangt wird.

Der Hauptbefund der Evaluation zur Sensibilität der Bevölkerung bezüglich Transparenz lautet somit: Bei der Bevölkerung bestehen Wissensdefizite in Bezug auf das Öffentlichkeitsprinzip – dies im Vergleich mit der Bedeutung, die die Bevölkerung dem Öffentlichkeitsprinzip beimisst, und mit der Sensibilität für den Datenschutz. Hieraus kann ein Handlungsbedarf abgeleitet werden, zumal für die Sensibilisierung der Bevölkerung für das Öffentlichkeitsprinzip bislang kein Wirkungsmechanismus im IDG vorgesehen ist.

3.1.5 Handlungsempfehlungen zur Sensibilität der Bevölkerung

Aus den Befunden lassen sich folgende Handlungsempfehlungen in Bezug auf die Sensibilität der Bevölkerung für das Öffentlichkeitsprinzip herleiten:

Empfehlung T1 (Sensibilität der Bevölkerung) – Information über das Recht auf Zugang zu Information: Das IDG verpflichtet die öffentlichen Organe, aktiv über das Recht auf Zugang zu Informationen zu informieren.

Erläuterung: Für eine Informationspflicht der öffentlichen Organe spricht, dass das IDG bislang keinen konkreten Wirkungsmechanismus in Bezug auf die Sensibilität der Bevölkerung für das Öffentlichkeitsprinzip vorsieht. Das Wissen um das Recht auf Zugang zu Information stellt jedoch eine Voraussetzung dar, damit die Bevölkerung dieses Recht auch tatsächlich ausüben kann. Bereits bislang informiert eine Minderheit der öffentlichen Organe über das Recht auf Zugang auf Information. Eine solche Massnahme sollte für die betroffenen Stellen ohne grösseren Aufwand umsetzbar sein, zumal diese bereits heute bestimmte Informationen veröffentlichen müssen (§ 14 Abs. 2 und 4 IDG). Die Informationspflicht der öffentlichen Organe lässt sich auch aus der verfassungsrechtlichen Wertung ableiten (vgl. Kapiteleinleitung), denn der möglichst niederschwellige Zugang zu Information ist eine zentrale Voraussetzung für die Wahrnehmung der demokratischen Rechte und der politischen Partizipation.

Empfehlung T2 (Sensibilität der Bevölkerung) – Einsetzung eines Organs zum Öffentlichkeitsprinzip: Im IDG wird eine unabhängige Stelle definiert, die einen Informations- und Beratungsauftrag über das Öffentlichkeitsprinzip gegenüber der Bevölkerung ausübt. Die organisatorische Einbettung dieser Stelle ist angesichts der Ausgangslage im Kanton Zürich und aufgrund von Erfahrungen anderer Kantone und des Bundes zu bestimmen.

Erläuterungen: Eine Informationspflicht für die öffentlichen Organe (Handlungsempfehlung T1) dürfte alleine nicht ausreichen, um die Sensibilität der Bevölkerung für das Öffentlichkeitsprinzip substantiell zu verbessern. Hierzu wäre insbesondere eine unabhängige Stelle geeignet, die über einen Informationsauftrag verfügt. Aktuell fehlt eine solche Stelle im Kanton Zürich. Neben der eher geringen Sensibilisierung der Bevölkerung für das Öffentlichkeitsprinzip spricht ausserdem der Vergleich mit dem Datenschutz, bei dem mit dem Datenschutzbeauftragten eine unabhängige Stelle im IDG verankert ist, für die Schaffung eines Organs zum Öffentlichkeitsprinzip.

Sinnvoll wäre u.E. angesichts der festgestellten Wissensdefizite auch, wenn der Auftrag einer solchen Stelle neben der allgemeine Information der Bevölkerung in Form von Veröffentlichungen, Medienauftritten, Präsentationen an Veranstaltungen, usw. auch die Beratung von privaten Personen im Zusammenhang mit dem Recht auf Zugang zu Information umfassen würde. Dies ist beispielsweise in den in Teilprojekt 4 (Schwenkel et al. 2017) untersuchten Fällen (Kantone Aargau und Basel-Stadt, Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte/r) vorgesehen. Eine solche Beratungsfunktion wäre auch deshalb sinnvoll, weil diese die Informationsfunktion unterstützen könnte, was auch der verfassungsrechtlichen Intention entspricht (vgl. Kapiteleinleitung).

In organisatorischer Hinsicht sind für eine solche Stelle verschiedene Lösungen denkbar. Der Bund und verschiedene Kantone verfolgen den Ansatz, dass der oder die Datenschutzbeauftragte gleichzeitig auch für das Öffentlichkeitsprinzip zuständig ist. Eine solche Lösung wäre für den Kanton Zürich insofern naheliegend, als mit dem IDG beide Bereiche (Datenschutz, Transparenz) abgedeckt werden. Zu beachten ist dabei, dass im Vernehmlassungsentwurf zum IDG vom 17. Dezember 2003 von einer resp. einem Beauftragten für Informationszugang und Datenschutz als Aufsichts- und Beratungsstelle ausgegangen wurde. Vom Parlament wurde schliesslich eine Gesetzesversion verabschiedet, die keine Zuständigkeit der resp. des Datenschutzbeauftragten für das Öffentlichkeitsprinzip vorsah. Als Argumente wurden hierzu gemäss Aussagen von Verantwortlichen beim DSB die Ressourcensituation und ein möglicher Rollenkonflikt genannt. Als alternative organisatorische Lösung ist ein Modell denkbar, in dem – analog zur resp. zum Datenschutzbeauftragten – eine für das Öffentlichkeitsprinzip zuständige unabhängige Stelle geschaffen wird.

3.2 Wirkungsbereich T2: Aktive Information öffentlicher Organe

In diesem Abschnitt steht die aktive Information öffentlicher Organe im Mittelpunkt. Die Ergebnisse des Teilprojektes 3 (Statistisches Amt 2017) stellen hierzu die Grundlage dar.

3.2.1 Wirkungsziel und Wirkungsmechanismus im IDG

Die aktive Information durch die öffentlichen Organe ist ein wesentlicher Bestandteil des Öffentlichkeitsprinzips gemäss § 4 IDG. Die Pflicht zur aktiven Information ist in der Kantonsverfassung verankert und wird in § 14 IDG konkretisiert (Fey 2012: 86). Das IDG sieht hinsichtlich des Wirkungsziels der aktiven Information folgende Wirkungsmechanismen vor:

1. *Verpflichtungen zur aktiven Information:* Das IDG verpflichtet in § 14 Abs. 1 die öffentlichen Organe zur aktiven Information; Gegenstand der Informationstätigkeit sind dabei sämtliche Tätigkeiten von öffentlichem Interesse. In Abs. 2 werden konkret Informationen über den Aufbau, die Zuständigkeiten und die Ansprechpersonen als verpflichtend für die Veröffentlichung definiert. Abs. 4 verlangt, dass öffentliche Organe Verzeichnisse ihrer Informationsbestände und deren Zwecke öffentlich zugänglich machen. Diese Informationen schaffen (vor allem) auch den Link zur reaktiven Information, indem sie gesuchstellenden Personen den Zugang zur Verwaltung ermöglichen sollen.
2. *Koordinationsstelle IDG:* Die Koordinationsstelle IDG bei der Staatskanzlei (§ 28 IDV) unterstützt die kantonale Verwaltung im Bereich der Informationstätigkeit und fördert die Information und Weiterbildung der Mitarbeitenden im Bereich des IDG (Abs. 1). Die Direktionen bezeichnen für die Koordinationsstelle IDG jeweils eine Ansprechperson.

3.2.2 Zusammenfassung der Ergebnisse aus den Teilprojekten zu T2

Mit dem Teilprojekt 3 (Statistisches Amt 2017) wurden die quantitative Umsetzung der § 14 Abs. 1, 2 und 4 untersucht; punktuell fliessen Erkenntnisse aus anderen Teilprojekten ein:

- *§ 14 Abs. 1 – Aktive Information der Öffentlichkeit:* Es wurde mittels einer Bestandsaufnahme auf den Websites erhoben, wie viele Mitteilungen während des Jahres 2015 ein öffentliches Organ veröffentlicht hat. Am häufigsten veröffentlichen gemäss der Auswertung politische Gemeinden Informationen zu ihrer Tätigkeit, nämlich zwischen 21 und 68 Mitteilungen pro Jahr, wobei grosse Gemeinden häufiger informieren als kleine. Kantonale Stellen veröffentlichen seltener Mitteilungen. Gemäss dem Teilprojekt 4 (Schwenkel et al. 2017: 29) ist in den letzten Jahren eine verstärkte proaktive Information festzustellen (Interviewaussagen), wobei diese Entwicklung aber nur zum Teil auf das IDG zurückgeführt wird.

- § 14 Abs. 2 – *Bestimmte Informationen*: Die Informationen zum Aufbau, zu den Zuständigkeiten und zu den Ansprechpersonen der öffentlichen Organe sind in 98% der Fälle im Internet abrufbar (Teilprojekt 3, Statistisches Amt 2017: 21).
- § 14 Abs. 4 – *Verzeichnisse über Informationsbestände*: Die Bestandsaufnahme zeigt, dass rund 20% aller öffentlichen Organe ein Verzeichnis gemäss Abs. 4 veröffentlicht haben. Dabei lassen sich grosse Unterschiede feststellen: Kantonale Stellen veröffentlichen ein solches Verzeichnis häufiger (kleine Stellen: 69%; grosse Stellen: 48%) als politische Gemeinden, Schulgemeinden und Gerichte (Teilprojekt 3, Statistisches Amt 2017: 21).

Die öffentlichen Organe schätzen die aktive Information der Öffentlichkeit für die Allgemeinheit als sehr wichtig ein (durchschnittlich 8.4 Punkte auf einer Skala von 1 bis 10; Teilprojekt 3, Statistisches Amt 2017: 37), Informationen gemäss § 14 Abs. 2 als wichtig (durchschnittlich 7.3 Punkte). Die Bedeutung der Verzeichnisse über Informationsbestände wird im Vergleich dazu als deutlich weniger wichtig eingeschätzt (durchschnittlich 3.8 Punkte).

Das Angebot der Koordinationsstelle IDG (Leitfaden, Schulungen) wird von 37% der öffentlichen Organe als wichtig für den Vollzug des Öffentlichkeitsprinzips eingeschätzt; in erster Linie trifft dies für Schulgemeinden und politische Gemeinden zu. 39% der öffentlichen Organe würden auf ihre Organisationseinheit zugeschnittene Vollzugshilfen begrüssen (Teilprojekt 3, Statistisches Amt 2017: 46f.). Teilprojekt 4 (Schwenkel et al. 2017: 33) kritisiert, dass keine Unterstützung für öffentliche Organe ausserhalb der Kantonsverwaltung bestehe.

3.2.3 Schlussfolgerungen der Teilprojekte

In Teilprojekt 3 (Statistisches Amt 2017) wurde auf Schlussfolgerungen verzichtet.

3.2.4 Eigene Schlussfolgerungen

Es bestehen Vollzugsdefizite bezüglich § 14 Abs. 4 IDG (Verzeichnisse über Informationsbestände), der nur von 20% der öffentlichen Organe umgesetzt wird. Über die Gründe kann hier nur spekuliert werden (Aufwand für die Erstellung und Aktualisierung solcher Verzeichnisse; geringer erwarteter Nutzen für Öffentlichkeit, Bedenken vor einer hohen Anzahl Gesuche, ...). Vor allem ausserhalb der kantonalen Verwaltung ist die Veröffentlichung solcher Verzeichnisse selten. Den übrigen gesetzlichen Bestimmungen zur Veröffentlichung bestimmter Informationen kommen die öffentlichen Organe nach. Der Koordinationsstelle IDG kann eine gewisse Bedeutung für die öffentlichen Organe zugesprochen werden.

Eine aktive Information in Richtung Transparenz kann als Paradigmenwechsel bezeichnet werden (Fey 2012). Ein solcher Kulturwandel braucht Zeit und wird in den öffentlichen

Organen wohl unterschiedlich vollzogen, wie Erfahrungen auf Bundesebene nahe legen (Huegli/Féraud 2014). Wie weit dieser Paradigmenwechsel im Kanton Zürich bereits fortgeschritten ist, lässt sich basierend auf den Teilprojekten nicht beurteilen; als gute Voraussetzung kann der Befund gewertet werden, dass die öffentlichen Organe die aktive Information als wichtig für Allgemeinheit betrachten. Relativierend ist dabei zu berücksichtigen, dass die aktive Information von öffentlichen Organen auch strategisch motiviert sein kann. Dies stärkt die Bedeutung des Rechts auf Zugang zu Information, welches sicherstellt, dass der Zugang zu einer Information in ihrer ursprünglichen Form gewährleistet ist (vgl. Abschnitt 3.3).

Der Hauptbefund der Evaluation zur aktiven Information lautet somit: *Es besteht ein Vollzugsdefizit bezüglich § 14 Abs. 4 IDG (Verzeichnisse über Informationsbestände), der nur von 20% der öffentlichen Organe umgesetzt wird. Hier besteht ein Handlungsbedarf. Wie weit der mit dem Öffentlichkeitsprinzip einhergehende erforderliche Kulturwandel hin zu einer aktiven Information innerhalb der öffentlichen Organe vollzogen ist, kann nicht beurteilt werden.*

3.2.5 Handlungsempfehlungen zur aktiven Information

Aus den Befunden lassen sich folgende Handlungsempfehlungen in Bezug auf die aktive Information durch öffentliche Organe herleiten:

Empfehlung T3 (aktive Information) – Verzeichnisse über Informationsbestände: Der Nutzen der Verzeichnisse gemäss § 14 Abs. 4 IDG wird näher analysiert. Basierend auf den Ergebnissen dieser Analyse sind entweder eine Streichung des Paragraphen oder Massnahmen zu einer verstärkten Umsetzung in Betracht zu ziehen (vgl. Empfehlung D2).

Erläuterung: Die aktuellen Vollzugsdefizite bezüglich § 14 Abs. 4 IDG (Verzeichnisse über Informationsbestände) sind unbefriedigend. Der Mehrwert der existierenden Verzeichnisse kann anhand der vorliegenden Informationen nicht näher beurteilt werden. Deshalb ist der Nutzen der Verzeichnisse (im Verhältnis zum für die öffentlichen Organe resultierenden Aufwand) näher zu analysieren. Hierzu müssten die öffentlichen Organe, aber auch potenzielle Nutzniessende, z.B. Medienschaffende befragt werden. Darauf basierend sind Massnahmen zu einer verstärkten Umsetzung oder die Streichung dieser Bestimmung in Betracht zu ziehen.

Empfehlung T4 (aktive Information) – Einsetzung eines Organs zum Öffentlichkeitsprinzip (vgl. Empfehlung T2): Im IDG wird eine unabhängige Stelle verankert, die sich anwaltschaftlich für das Öffentlichkeitsprinzip einsetzt und öffentliche Organe in Fragen des Öffentlichkeitsprinzips sensibilisiert und berät.

Erläuterung: Die Bestimmung einer für das Öffentlichkeitsprinzip zuständigen Stelle wurde bereits in der Empfehlung T2 vorgebracht. Ein solches Organ würde nicht nur eine Informations- und Beratungsfunktion gegenüber der Bevölkerung wahrnehmen, sondern könnte auch den öffentlichen Organen im Zusammenhang mit dem Öffentlichkeitsprinzip beratend zur Seite stehen und als „Anwältin/Anwalt“ für das Öffentlichkeitsprinzip funktionieren. Zu den konkreten Aufgaben einer solchen Stelle könnte einerseits ein allgemeiner Informations- und Sensibilisierungsauftrag für das Öffentlichkeitsprinzip gegenüber den öffentlichen Organen gehören. Andererseits könnte auch die individuelle Beratung öffentlicher Organe, im Zusammenhang mit Zugangsgesuchen wie auch im Zusammenhang mit der aktiven Information, zu deren Tätigkeitsfeld gehören. Ein Organ zum Öffentlichkeitsprinzip könnte sich schliesslich auch für Potenziale und Koordinationsbedarf für das Öffentlichkeitsprinzip einsetzen, die sich aus der Digitalisierung der Verwaltung ergeben.

Die Einrichtung einer solchen Stelle würde wohl die Koordinationsstelle IDG bei der Staatskanzlei (§ 28 IDV) überflüssig machen. Diese übt ihre Funktion aktuell nur gegenüber der kantonalen Verwaltung aus, nicht aber für die übrigen öffentlichen Organe nach § 3 IDG, wie z.B. politische Gemeinden und Schulgemeinden. Die in Empfehlung T4 skizzierte Stelle hätte im Vergleich dazu den Vorteil, dass sie die öffentlichen Organe in einem umfassenden Sinn als Zielgruppe hätte.

In Bezug auf die organisatorische Angliederung einer solchen Stelle sei auf die Diskussion von Empfehlung 2 verwiesen.

3.3 Wirkungsbereich T3: Zugang zu Informationen

In diesem Abschnitt steht der Zugang zu Information im Mittelpunkt. Die Ergebnisse der Teilprojekte 1 (Statistisches Amt 2014), 3 (Statistisches Amt 2017) und 4 (Schwenkel et al. 2017) stellen hierzu die Grundlage dar.

3.3.1 Wirkungsziel und Wirkungsmechanismus im IDG

Das Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten ist neben der aktiven Informationstätigkeit der zweite Pfeiler des Öffentlichkeitsprinzips. Es ist in § 20 IDG verankert. Das Wirkungsziel besteht im Zugang zu Information für einzelne Personen (reaktive Information).

Im IDG sind die folgenden Wirkungsmechanismen vorgesehen:

- *Verfahrensrechtliche Bestimmungen:* Das Verfahren auf Zugang wird im IDG in verschiedenen Paragraphen geregelt (§ 24-29 IDG). Einschränkungsgründe sind in § 23 IDG genannt. Will das öffentliche Organ den Zugang zu erwünschten Information verweigern, einschränken oder aufschieben resp. will es gegen den Willen Dritter einen Informationszugang gewähren, erlässt es eine Verfügung, gegen die von der gesuchstellenden Person oder betroffenen Dritten Rekurs eingelegt werden kann.
- *Aktive Information mit Bezug zum Zugang zu Information:* In § 14 IDG Abs. 2 und 4 werden die öffentlichen Organe zur Veröffentlichung bestimmter Informationen (Informationen über den Aufbau, die Zuständigkeiten und die Ansprechpersonen; Verzeichnisse ihrer Informationsbestände und deren Zwecke) verpflichtet. Diese Informationen sollen den Zugang zu Information vereinfachen.
- *Unterstützung öffentlicher Organe:* Die Koordinationsstelle IDG unterstützt die öffentlichen kantonalen Organe im Bereich der Informationstätigkeit auf Gesuch hin; für öffentliche Organe ausserhalb der Kantonsverwaltung besteht kein analoges Angebot.

Im IDG ist kein Aufsichtsorgan in Bezug auf das Öffentlichkeitsprinzip vorgesehen. Auch ein Organ, das gesuchstellende Personen unterstützt (z.B. durch Beratung und Schlichtung, analog dem EDÖB auf Bundesebene), ist im IDG nicht vorgesehen.

3.3.2 Zusammenfassung der Ergebnisse aus den Teilprojekten zu T3

In den Teilprojekten 1 (Statistisches Amt 2014) und 3 (Statistisches Amt 2017) werden Ergebnisse zu den verschiedenen Wirkungsmechanismen gemacht:

- *Gesuche gemäss § 20 Abs. 1 IDG:* Im Durchschnitt erhielt ein öffentliches Organ im Jahr 2015 alle zwei Monate ein schriftliches Gesuch auf Zugang zu Information; etwas mehr als ein Gesuch pro Monat wurde formlos eingereicht. Bezüglich der Anzahl Gesuche sind deutliche Unterschiede zwischen den öffentlichen Organen festzustellen; viele Gesuche werden gemäss der Bevölkerungsbefragung bei der Einwohnergemeinde gestellt. Gesuche von Medien machen knapp 40% der schriftlichen Gesuche aus. Gemäss Schätzungen ist davon auszugehen, dass mindestens zwei Dritteln der Gesuche vollumfänglich entsprochen wird. Die Anfechtungsquote von Verfügungen beträgt 22%. Die meisten Gesuche (>95%) haben keine Kostenfolgen. 13% der öffentlichen Organe gaben Probleme bei der Interessenabwägung von Zugangsgesuchen an. In Teilprojekt 1 (Statistisches Amt 2014) gaben knapp 7% der befragten Personen an, das Recht auf Informationszugang bereits einmal genutzt zu haben, was hochgerechnet auf die Gesamtbevölkerung einen Wert zwischen 57'000 und 107'000 Personen ergibt, die bereits einmal ein Gesuch gestellt haben. Dies erscheint als sehr hoher Wert, insbesondere im Vergleich zu

den Angaben der öffentlichen Organe. Den öffentlichen Informationszugang erachten die öffentlichen Organe mit 6.7 Punkten als wichtiges Recht der Allgemeinheit auf Transparenz in der öffentlichen Verwaltung (Statistisches Amt 2017: 32); die Bevölkerung schätzt den Zugang im Vergleich dazu wichtiger ein (7.7 Punkte; vgl. Statistisches Amt 2014).

- Bezüglich der beiden anderen Wirkungsmechanismen sei auf die Abschnitte 3.1.2 und 3.2.2 verwiesen.

3.3.3 Schlussfolgerungen der Teilprojekte

Das Teilprojekt 4 hält verschiedene konzeptionelle Schwächen in Bezug auf den Zugang zu Informationen fest (Schwenkel et al. 2017: 33):

- Fehlende Aufsicht
- Fehlende Beratung von Privaten und Medienschaffenden
- Verfahrensrechtliche Risiken für die gesuchstellende Partei aufgrund der Zuständigkeit der Koordinationsstelle IDG
- Keine („niederschwellige“) Schlichtungsstelle bei Gesuchen, bei denen der Zugang verweigert, nur teilweise gewährt oder aufgeschoben wurde.

Das Zugangsrecht werde aber trotz dieser Schwächen im Kanton Zürich genutzt und der grösste Teil der schriftlichen Gesuche werde von der kantonalen Verwaltung gewährt (nicht substanziell anders als in anderen Kantonen oder auf Bundesebene).

Teilprojekt 4 (Schwenkel et al. 2017: 33/34) kommt zu folgenden Empfehlungen:

- Das Evaluationsteam empfiehlt, die Bekanntheit und Akzeptanz des Öffentlichkeitsprinzips und der Auswirkungen bei der Umsetzung (bei den öffentlichen Organen sowie bei der Bevölkerung) zu erhöhen. Dies könnte durch eine beauftragte Person für das Öffentlichkeitsprinzip respektive einer erweiterten Zuständigkeit des DSB begünstigt werden.
- Es empfiehlt ausserdem, Zuständigkeiten für die Aufsicht auch für den Bereich des Öffentlichkeitsprinzips zu schaffen. Anstelle eines formalen Schlichtungsverfahrens wird eine Vermittlungsfunktion, wie sie vom DSB im Kanton Basel-Stadt wahrgenommen wird, als prüfungswertes Modell für den Kanton Zürich beurteilt.

3.3.4 Eigene Schlussfolgerungen

Die Voraussetzungen für den Zugang zu Information auf Gesuch sind im Kanton Zürich aufgrund verschiedener fehlender potenzieller Wirkungsmechanismen nicht besonders vorteilhaft (insbesondere: keine Aufsicht, keine Information und Beratung von Privaten, Medien etc. durch eine unabhängige Stelle; kein niederschwelliges Verfahren bei nicht vollständig gewährten Zugangsgesuchen). Gleichzeitig bestehen aber gemäss den Teilprojekten keine klaren Hinweise, dass sich der Zugang zu Information im Kanton Zürich ungenü-

gend sichergestellt ist (Transparenz nimmt tendenziell zu, Zugang wird in der Regel gewährt, Kanton Zürich im Vergleich mit Bund und anderen Kantonen nicht auffallend anders).

Gleichwohl birgt diese aktuelle Situation Risiken und schützt das Recht der Öffentlichkeit auf Zugang zu Information in Einzelfällen möglicherweise ungenügend. So ist je nach öffentlichem Organ eine andere Stelle als Rekursinstanz vorgesehen, die wohl eher selten mit Fragen um das Öffentlichkeitsprinzip konfrontiert sein dürfte.¹⁰ Auch ist der eher tiefe Wissenstand der Bevölkerung in Betracht zu ziehen und das Ergebnis, dass das Recht auf Zugang zu Information von den öffentlichen Organen zwar als wichtig, aber im Durchschnitt auch als weniger wichtig als von der Bevölkerung eingestuft wird. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass der reaktiven Information auch deshalb eine hohe Bedeutung für die Kontrolle der Verwaltung zukommt, da bei der aktiven Information durch öffentliche Organe strategische Überlegungen mit einer Rolle spielen können. Mit dem Recht auf Zugang zu Informationen entscheiden die Bürgerinnen und Bürger, zu welchen Informationen sie Zugang erhalten wollen.

Der Hauptbefund der Evaluation zum Zugang zu Information lautet somit: Die Voraussetzungen für den Zugang zu Information auf Gesuch sind im Kanton Zürich nicht besonders vorteilhaft. Aus den Teilprojekten zeigt sich nicht, dass sich daraus in der Praxis ein ungenügender Zugang zu Informationen ergibt. Es bestehen diesbezüglich für den Einzelfall aber Risiken.

3.3.5 Handlungsempfehlungen zum Recht auf Zugang zu Information

Die Empfehlungen T1 (aktive Informationspflicht öffentlicher Organe) sowie Empfehlungen T2 und T4 (jeweils Einrichtung einer unabhängigen Stelle, die Bevölkerung und öffentliche Organe im Zusammenhang mit dem Öffentlichkeitsprinzip sensibilisiert) sollten unseres Erachtens dazu beitragen, dass das Recht auf Zugang zu Information im Kanton Zürich gestärkt wird.

Ausserdem wird folgende Empfehlung formuliert:

Empfehlung T5 (Zugangsrecht) – Vermittlungsfunktion eines Organs zum Öffentlichkeitsprinzip: Der Auftrag des Organs zum Öffentlichkeitsprinzip enthält auch eine Vermittlungsfunktion, wenn eine gesuchstellende Person, das zuständige öffentliche Organ sowie allfällige Dritte unterschiedliche Auffassungen über den Umfang resp. den Zeitpunkt der Zugangsgewährung haben.

¹⁰ Hinweise auf solche Fälle finden sich auf der Website www.oeffentlichkeitsgesetz.ch. Beispiel für den Kanton Zürich: <https://www.oeffentlichkeitsgesetz.ch/deutsch/2013/11/anatomie-eines-gescheiterten-oeffentlichkeits-verhinderungs-gesuchs/> (18.05.2017).

Erläuterung: Aktuell besteht im Kanton Zürich kein niederschwelliges Verfahren, wenn ein öffentliche Organ den Zugang zu Information nicht vollständig gewährt und dies die gesuchstellende Person nicht akzeptiert (oder wenn der Zugang gegen den Willen einer dritten Person gewährt werden soll). In diesem Fall steht den involvierten Personen der formale Rekursweg offen, der unter Umständen abschreckend wirken resp. dazu führen kann, dass die Information erst zu einem späten Zeitpunkt zur Verfügung steht. Insbesondere für Personen, die selten ein Gesuch stellen und die vorgesehenen rechtlichen Möglichkeiten nicht gut kennen, dürfte ein Rekurs eine vergleichsweise hohe Hürde darstellen. Die Empfehlung zur Vermittlungsfunktion (analog dem Kanton Basel-Stadt) aus dem Teilprojekt 4 erachten wir vor diesem Hintergrund als nachvollziehbar. Die Vermittlung durch eine Stelle könnte auch einen Beitrag zu einer einheitlichen Anwendung des IDG bei der Bearbeitung von Zugangsgesuchen leisten.

Empfehlung T6 (Zugangsrecht) – Nähere Prüfung des Bedarfs an einer Aufsichtsfunktion: Es ist näher zu prüfen, ob im IDG ein Organ mit einer Aufsichtsfunktion im Bereich der Transparenz bestimmt respektive geschaffen werden soll.

Erläuterung: Das IDG sieht für den Transparenzbereich im Kanton Zürich keine Aufsicht vor. In Teilprojekt 4 (Schwenkel et al.) wird empfohlen, im Kanton Zürich Zuständigkeiten dafür zu schaffen. Auf kantonaler Ebene verfügen beispielsweise die Beauftragten für das Öffentlichkeitsprinzip der Kantone Basel-Stadt und Aargau über eine Aufsichtsfunktion; auf Ebene des Bundes besteht im Öffentlichkeitsgesetz keine gesetzliche Kontroll- resp. Aufsichtskompetenz. Die in den Kantonen Aargau und Basel-Stadt gemachten Erfahrungen sind nicht sehr umfangreich: Im Kanton Aargau werden bislang aus Ressourcengründe keine Kontrollen zur Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips durchgeführt; im Kanton Basel-Stadt geschieht dies nur in sehr beschränktem Umfang (und sofern eine Schnittstelle zum Datenschutz vorliegt).

Unserer Einschätzung nach ist die Notwendigkeit einer Aufsicht im Bereich der Transparenz aufgrund der beschränkten Erfahrungen schwierig zu beurteilen respektive ergibt sich nicht eindeutig daraus. Hierzu wären aus unserer Sicht mit dem aktuellen Wissenstand weitere Abklärungen, etwa eine nähere Analyse der Situation im Kanton Zürich notwendig.

4 Ergebnisse zum Datenschutz

In diesem Kapitel steht der Datenschutz im Mittelpunkt. Gemäss § 1 Abs. 2 Bst. b bezweckt das IDG, „die Grundrechte von Personen zu schützen, über welche die öffentlichen Organe Daten bearbeiten“. Diese Grundrechtsoptik ist zentral. Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass eine schrankenlose Bearbeitung von Personendaten durch staatliche Behörden¹¹ eine massive Gefährdung der Grundrechte der betroffenen Personen nach sich zieht. Jede staatliche Datenbearbeitung bedarf deshalb einer gesetzlichen Grundlage, muss im öffentlichen Interesse erfolgen und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen. Im IDG wird anders als im DSG auf Bundesebene darauf verzichtet, für jede Datenbearbeitung eine explizite Rechtsgrundlage zu verlangen; nach § 8 Abs. 1 IDG ist die Datenbearbeitung vielmehr auch dann zulässig, wenn eine solche zur Erfüllung seiner gesetzlich umschriebenen Aufgaben geeignet und erforderlich ist. Eine Absenkung des grundrechtlichen Datenschutzniveaus darf dies indes nicht zur Folge haben (Baeriswyl 2012: 53). Für das Bearbeiten besonderer Personendaten bedarf es hingegen gemäss § 8 Abs. 2 IDG einer hinreichend bestimmten Regelung in einem formellen Gesetz.

Analog zum vorigen Kapitel werden in den folgenden Abschnitten jene Wirkungsbereiche und Wirkungsmechanismen des Gesetzes beleuchtet, die im Rahmen der Evaluation des IDG Gegenstand von zumindest einem Teilprojekt der Evaluation waren (vgl. Tabelle 2-2). Somit wird nachfolgend zunächst auf die Datenschutzsensibilität der Bevölkerung eingegangen (Wirkungsbereich D1). Dabei geht es auch um Mechanismen, welche das Bewusstsein der Individuen für den Schutz ihrer persönlichen Daten und das Wissen über ihre Datenschutzrechte und die Datenbearbeitungen öffentlicher Organe fördern sollen. Ein zweiter Schwerpunkt der Evaluation war das Gesetzmässigkeitsprinzip (Wirkungsbereich D2): Hier wurde untersucht, ob Datenbearbeitungen von öffentlichen Organen im Kanton Zürich über eine genügende gesetzliche Grundlage verfügen. Zuletzt wird die Bedeutung der Aufsicht zur Sicherstellung rechtmässiger Datenbearbeitungen öffentlicher Organe beleuchtet (Wirkungsbereich D3).

Da in den vergangenen Jahren zum Datenschutzrecht neue übergeordnete Vorgaben entstanden sind, sind die Befunde der Evaluation und die daraus folgenden Empfehlungen auf diese Rechtsentwicklungen abzustimmen.

4.1 Wirkungsbereich D1:

Sensibilität der Bevölkerung für den Datenschutz

In diesem Abschnitt steht die Sensibilität der Bevölkerung für den Datenschutz im Zentrum. Diese wurde primär im Rahmen des Teilprojekts 1 (Statistisches Amt 2014) unter-

¹¹ Der Schutz vor übermässiger Datenbearbeitung durch Private ist im Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) geregelt.

sucht. Ein auch für den Datenschutz relevanter Wirkungsmechanismus (Verzeichnis der Informationsbestände) war Gegenstand von Teilprojekt 3 (Statistisches Amt 2017).

4.1.1 Wirkungsziel und Wirkungsmechanismen im IDG

Die Sensibilisierung der Bevölkerung ist im IDG nicht explizit als Ziel festgehalten. Eine gewisse Sensibilität für den Schutz der eigenen Personendaten ist jedoch eine Voraussetzung dafür, dass eine betroffene Person ihre gesetzlich verankerten Rechtsansprüche (§ 20, 21 und 22 IDG) überhaupt durchsetzen kann. Weiter müssen die betroffenen Personen auch wissen, dass die öffentlichen Organe Daten über sie bearbeiten und wenn ja, welche.

Es kann davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber die Förderung einer gewissen Sensibilität der Bevölkerung für den Schutz ihrer Personendaten beabsichtigte. Die Annahme rechtfertigt sich durch die Tatsache, dass er einen Sensibilisierungsmechanismus ins IDG eingebaut hat. Der Datenschutzbeauftragte (DSB) ist nach § 34 Bst. e IDG beauftragt, die Öffentlichkeit über Anliegen des Datenschutzes zu informieren. Der Tätigkeitsbericht nach § 39 IDG ist ein Teil dieses Informationsauftrags. Er richtet sich zwar an das Wahlorgan des DSB (Kantonsrat auf Vorschlag des Regierungsrats), muss aber auch veröffentlicht werden. Daneben ist der DSB in der Wahl seiner Mittel bei der Information der Öffentlichkeit frei.

§ 12 IDG auferlegt den öffentlichen Organen darüber hinausgehend gewisse Informationspflichten. Öffentliche Organe müssen die betroffenen Personen aktiv über den Zweck ihrer Datensammlung informieren, wenn sie besondere Personendaten bearbeiten (§ 12 Abs. 2 IDG). Zusätzlich gilt die Informationspflicht auch für nicht besondere Personendaten (nachfolgend auch als gewöhnliche Personendaten bezeichnet), die gestützt auf Bundesrecht bearbeitet werden (Harb 2012: 80). Bearbeitet ein öffentliches Organ gewöhnliche Personendaten gestützt auf kantonales Recht, muss diese Bearbeitung lediglich „erkennbar“ sein (§ 12 Abs. 1 IDG). Dies bedeutet, dass die Daten wenn möglich primär bei der betroffenen Person zu beschaffen sind, aber die Information darüber weniger detailliert sein muss (Harb 2012: 81).

Ein weiterer Wirkungsmechanismus ist die Verpflichtung der öffentlichen Organe, im Verzeichnis ihrer Informationsbestände jene zu kennzeichnen, die Personendaten enthalten (§ 14 Abs. 4 IDG).

4.1.2 Zusammenfassung der Ergebnisse aus den Teilprojekten zu D1

Im Rahmen des Evaluationsprojekts setzte sich vor allem das erste Teilprojekt (Statistisches Amt 2014) mit Aspekten dieses Wirkungsmechanismus auseinander. Mit einer repräsentativen Umfrage bei der erwachsenen Bevölkerung des Kantons Zürich im Jahr 2014 wurden erstens die Sensibilität und das Wissen im Zusammenhang mit dem Datenschutz erfragt, zweitens auch die Bekanntheit des Datenschutzbeauftragten. Die wichtigsten Resultate können wie folgt zusammengefasst werden:

- *Selbstschutz bei der Nutzung von Social Media:* Gut die Hälfte der erwachsenen Bevölkerung (56% der Befragten) nutzten 2014 Social Media. Gut die Hälfte von ihnen haben die Standardeinstellungen zum Schutz der Privatsphäre verändert. Bei diesen kann ein gewisses Bewusstsein für den Schutz ihrer Personendaten vermutet werden.
- *Relevanz des Datenschutzes für die Bevölkerung:* Die Befragten stufen den Datenschutz im Durchschnitt als sehr wichtig ein (Mittelwert von 8.4 auf einer Skala von 1 bis 10).¹² Damit wird der Datenschutz noch als etwas bedeutender erachtet als das Öffentlichkeitsprinzip. Gut vier von fünf Befragten erachten auch die öffentliche Diskussion über Datenschutz als gerechtfertigt. Knapp die Hälfte wünscht sich sogar eine stärkere Thematisierung des Datenschutzes in der öffentlichen Diskussion.
- *Kenntnis der Datenschutz- und -bearbeitungsrechte:* Eine sehr grosse Mehrheit der Befragten (86%) kennt den gesetzlichen Anspruch auf Zugang zu den eigenen Daten. Diesbezüglich ist der Informationsstand im Vergleich zum Recht auf Zugang zu Informationen (17%) sehr hoch. Knapp die Hälfte der Befragten (48%) weiss indes nicht, dass öffentliche Organe Personendaten bearbeiten dürfen, sind also insofern nicht sensibilisiert für die Datenbearbeitungen durch diese Organe. Gut jede sechste befragte Person weiss, dass das Steueramt Auskünfte an Dritte weitergeben darf, ohne sie darüber zu informieren.
- *Bekanntheit des DSB:* Knapp sechs von zehn Personen (58%) bejahen die Frage, ob es im Kanton eine Behörde gibt, an die man sich bei Datenschutzproblemen wenden kann. Davon kennt gut jede dritte Person die korrekte Bezeichnung des Datenschutzbeauftragten. Die Bekanntheit ist damit relativ hoch, vergleicht man mit einer Umfrage in Liechtenstein (28%, im Projektbericht zitiert) und auch mit dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB, 52%¹³; Bolliger/Féraud 2011: 160). Nur eine kleine Minderheit hatte jedoch mit dem DSB schon Kontakt oder besuchte seine Internetseite.
- *Verzeichnis der Informationsbestände:* Aus Teilprojekt 3 (Statistisches Amt 2017) geht wie im vorigen Kapitel bereits beschrieben hervor, dass gesamthaft nur 20% der öffentlichen Organe ein Verzeichnis ihrer Informationsbestände veröffentlichen, wobei der Anteil bei kantonalen Behörden deutlich höher ist. Dies schränkt die Möglichkeit der Bevölkerung ein, Datenbearbeitungen zu erkennen.

¹² Dieser Wert ist ähnlich hoch wie bei einer Umfrage in Basel-Stadt von 2015 (Statistisches Amt des Kantons Basel-Stadt: 2015: 30).

¹³ Zu beachten ist, dass in dieser Studie die Bekanntheit anders erfragt wurde: „Es gibt in der Schweiz den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB), der sich gegen die missbräuchliche Verwendung von Daten einsetzt. Haben Sie schon davon gehört oder bisher noch nicht?“ (Bolliger/Féraud 2011: 245).

4.1.3 Schlussfolgerungen der Teilprojekte

In den Teilprojekten 1 (Statistisches Amt 2014) und 3 (Statistisches Amt 2017) wurde auf Schlussfolgerungen verzichtet..

4.1.4 Eigene Schlussfolgerungen

Insgesamt ist in der Bevölkerung eine gewisse Sensibilität für den Datenschutz markant weiter verbreitet als für das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung. Die Bilanz der Datenschutz-Sensibilität fällt gleichwohl ambivalent aus:

- *Positiv* zu würdigen ist, dass jeweils eine grosse Mehrheit den Datenschutz als etwas Wichtiges anerkennt und das Recht auf den Zugang zu den eigenen Personendaten nach § 20 Abs. 2 IDG kennt. Auch dass mehr als die Hälfte der Bevölkerung um die Existenz einer kantonalen Datenschutzbehörde weiss, kann als insgesamt zufriedenstellender Wert beurteilt werden.
- *Negativ* fällt ins Gewicht, dass das Wissen um verschiedene weitere Datenschutzrechte deutlich weniger verbreitet ist. Insbesondere weiss nahezu die Hälfte der Bevölkerung nicht, dass öffentliche Organe Personendaten über sie sammeln dürfen.

Es kann aufgrund des Berichts zu Teilprojekt 3 keine zuverlässige Aussage dazu gemacht werden, inwieweit der Datenschutzbeauftragte und seine gesetzlich vorgesehenen Informationsaktivitäten ursächlich mit dieser erhöhten Sensibilität zusammenhängen. Seine vergleichsweise hohe Bekanntheit lässt es zumindest als plausibel erscheinen, dass seine Informationen in der breiten Öffentlichkeit wahrgenommen und zumindest teilweise auch ihm zugeschrieben werden. Jedoch ist davon auszugehen, dass auch viele vom DSB nicht steuerbare Faktoren und Ereignisse die öffentliche Diskussion zu Datenschutzthemen und mithin die Datenschutzensensibilität der Bevölkerung prägen. Auch kann nicht erwartet werden, dass allein die Informationsanstrengungen des DSB die Bevölkerung in die Lage versetzen, sich darüber informieren zu können, welche Organe ihre Personendaten bearbeiten.

Der zweite in der Evaluation berücksichtigte Wirkungsmechanismus zur Steigerung des Wissens kann nur beschränkt wirken: Die Mehrheit der öffentlichen Organe kommt ihrer Verpflichtung, ein Verzeichnis ihrer Informationsbestände zu führen, nicht nach. Somit sind wohl auch nicht alle Informationsbestände mit Personendaten verzeichnet.

Der Hauptbefund der Evaluation zur Sensibilität der Bevölkerung bezüglich Datenschutz lautet somit: Die Bevölkerung im Kanton Zürich verfügt über eine hohe allgemeine Sensibilität für den Datenschutz. Gleichzeitig bestehen noch Wissenslücken über die Datenbearbeitung durch öffentliche Organe. Mit dem Informationsauftrag des DSB besteht ein geeigneter Sensibilisierungsmechanismus, der jedoch an Grenzen stösst. Angesichts der noch bestehenden Defizite ist ein Handlungsbedarf gegeben. Ein klares Vollzugsdefizit und somit ein Handlungsbedarf besteht bei der Verpflichtung der öffentlichen Organe, ihre Informationsbestände zu veröffentlichen.

4.1.5 Entwicklung des übergeordneten Rechts

Ausgehend von der Annahme, dass Personen nur schwer von sich aus erkennen können, ob Daten von ihnen beschafft werden, nimmt das übergeordnete Recht künftig Datenbearbeiter stärker in die Pflicht; betroffene Personen sollen ihre Datenbearbeitungen besser erkennen können. Hierzu führen sowohl die ER-Konvention 108 als auch die EU-Richtlinie 2016/680 eine aktive Informationspflicht der Datenbearbeiter ein. Diese müssen der betroffenen Person bei der Datenbearbeitung folgende Angaben über die Datenbeschaffung machen: verantwortliches Organ inkl. Kontaktdaten, die bearbeiteten Daten oder Kategorien derselben, Rechtsgrundlage und Zweck der Bearbeitung, Datenempfänger oder Kategorien derselben (im Falle einer Datenbekanntgabe) sowie die Rechte der betroffenen Person (KdK-Leitfaden: Ziffer 5-2).

Drei Situationen rechtfertigen gemäss KdK-Leitfaden (Ziffer 5-3) den Verzicht auf die aktive Information: Wenn die Person bereits früher informiert worden ist, wenn die Beschaffung nicht bei der Person direkt erfolgt, aber gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist oder wenn die Information nicht oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand möglich ist.

Die Pflicht, ein Verzeichnis über Datensammlungen zu führen, ist nur in der EU-Richtlinie 2016/680 vorgesehen, besteht somit nur für Justiz- und Polizeibehörden.

4.1.6 Handlungsempfehlungen zur Sensibilität der Bevölkerung

Aus den Befunden der Evaluation IDG und den veränderten Vorgaben im übergeordneten Recht lassen sich im Zusammenhang mit der Sensibilität der Bevölkerung und ihrem Wissen über den Datenschutz folgende Empfehlungen herleiten.

Empfehlung D1 (Datenschutzsensibilität) – Informationspflicht: Das IDG verpflichtet die öffentlichen Organe, die betroffenen Personen bei der Beschaffung und der Weitergabe nicht nur von besonderen Personendaten, sondern auch von gewöhnlichen Personendaten aktiv zu informieren. Die Voraussetzungen, unter denen öffentliche Organe auf die aktive Information verzichten können, sind im IDG präzise festzulegen.

Erläuterung: Für eine verstärkte Informationspflicht der öffentlichen Organe spricht erstens, dass der Informationsauftrag des DSB gemäss den Befunden der Evaluation bisher nicht genügt hat, ein umfassendes Wissen der Bevölkerung über die behördlichen Datenbearbeitungen herbeizuführen. Es ist auch nicht wahrscheinlich, dass ein Ausbau der Informationsmittel des DSB die betroffenen Personen selbst in die Lage versetzt, neue Datenbearbeitungen der öffentlichen Organe selbst zu erkennen. Hierfür ist die Ausdehnung

der Pflicht zur aktiven Information ein vermutlich wirksamer Mechanismus. Zweitens ist die Informationspflicht auch für „gewöhnliche“ Personendaten eine zwingende neue Vorgabe des der EU-Richtlinie 2016/680 und der ER-Konvention 108. Die entsprechenden Vorgaben, worüber genau zu informieren ist, sind deshalb ins kantonale Recht zu übernehmen.

Dem DSB kommt dabei die Aufgabe zu, die Datenbearbeiter zur Einhaltung der Informationspflicht anzuhalten. Hierbei kann er sich auf seine bereits im IDG verankerten Kontroll-, Beratungs- und Ausbildungsbefugnisse abstützen.

Besondere Aufmerksamkeit verdient der Umgang der Daten sammelnden öffentlichen Organe mit zwei der drei in Abschnitt 4.1.5 erwähnten Ausnahmeregeln:

- Öffentliche Organe dürfen gemäss dem europäischen Recht auf die aktive Information der konkret betroffenen Person verzichten, wenn die Datenbeschaffung gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist. Das IDG sollte deshalb im Sinne grösstmöglicher Transparenz explizit verlangen, dass aus den gesetzlichen Grundlagen einer Datenbearbeitung klar ersichtlich sein muss, welche Daten zu welchem Zweck bearbeitet werden (vgl. Gesetzmässigkeitsprinzip). Der DSB kann Rahmen seiner Kompetenz zur Beurteilung von Erlassen und Vorhaben darauf hinwirken. Ebenfalls sollte er darauf hinwirken, dass die zuständigen öffentlichen Organe im Rahmen ihrer aktiven Informationspflicht nach Art. 14 Abs. 1 IDG rechtzeitig vor Inkrafttreten des entsprechenden Gesetzes die Bevölkerung über damit verbundenen Datenbearbeitungen informieren.
- Öffentliche Organe dürfen auch auf die Information verzichten, wenn diese nicht möglich oder mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden ist. Auch hier gehört es zum Beratungs- und Kontrollauftrag des DSB, darauf zu hinzuwirken, dass die öffentlichen Organe den Begriff der Unverhältnismässigkeit nicht zu Ungunsten der betroffenen Personen allzu grosszügig auslegen.

Empfehlung D2 (Datenschutzsensibilität) – Verzeichnisse über Informationsbestände mit Personendaten: Der Nutzen der Verzeichnisse gemäss § 14 Abs. 4 IDG wird auch spezifisch für Informationsbestände mit Personendaten näher analysiert. Basierend auf den Ergebnissen dieser Analyse sind entweder eine Streichung des Paragraphen oder Massnahmen zu einer verstärkten Umsetzung in Betracht zu ziehen (vgl. Empfehlung T3).

Erläuterung: § 14 Abs. 4 verpflichtet die öffentlichen Organe, ein Verzeichnis ihrer Informationsbestände zu veröffentlichen. Darin sind Informationsbestände, die Personendaten enthalten, zu kennzeichnen. Die Situation präsentiert sich hier gleich wie bereits im Kapitel

zur Transparenz erläutert: Die öffentlichen Organe setzen die Regelung nur lückenhaft um, doch aufgrund der Evaluation kann keine Aussage dazu gemacht werden, ob sie da, wo sie umgesetzt wird, einen Nutzen stiftet. In Bezug auf die Personendaten wäre zu untersuchen, wie stark die betreffenden Verzeichnisse von der Bevölkerung konsultiert werden.

Erweisen sich die Verzeichnisse als nützlich, sind Wege zu suchen, wie die Umsetzung der Regelung gefördert werden kann, z.B. durch einen expliziten Kontrollauftrag und entsprechende Ressourcen für den DSB. Rudin (2017) bezeichnet die Lösung des Kantons Basel-Stadt als vergleichsweise wenig aufwendig: Dort führt die Staatskanzlei ein Verzeichnis der Verfahren, bei denen Personendaten bearbeitet werden.¹⁴

Wenn sich die Verzeichnisse nicht als nützlich erweisen, ist die Regelung im IDG aufzuheben. Damit der EU Richtlinie 2016/680 Genüge getan wird, sind jedoch in diesem Fall Justiz- und Polizeibehörden anderweitig gesetzlich zu verpflichten, ein Verzeichnis ihrer Sammlungen mit Personendaten zu veröffentlichen.

Empfehlung D3 (Datenschutzsensibilität) – Optimierte Information des DSB: Gestützt auf die Erkenntnisse der Evaluation prüft der DSB, ob er seine Informationsanstrengungen optimieren kann.

Erläuterung: Das Teilprojekt 1 der Evaluation (Statistisches Amt 2014) liefert dem DSB Informationen darüber, bei welchen Aspekten des Datenschutzes noch ein erhöhter Informationsbedarf besteht. Damit die richtigen Zielgruppen erreicht werden können, könnten gezielte zusätzliche Datenauswertungen aufzeigen, bei welchen soziodemographischen Gruppen der Informationsbedarf noch am grössten ist. Neben dem Alter und dem Geschlecht wurde in der Umfrage auch die höchste abgeschlossene Ausbildung erfragt. Anhand der Ergebnisse des Teilprojekts und der ergänzenden Analysen können die Informationsaktivitäten des DSB möglicherweise noch optimiert werden. Durch ergänzende Untersuchungen könnte zudem die Datenschutzsensibilität bei Bevölkerungsgruppen geprüft werden, die besonders stark von Bearbeitungen besonderen Personendaten betroffen sind (beispielsweise Empfängerinnen und Empfänger von wirtschaftlicher Sozialhilfe oder Patientinnen und Patienten).

¹⁴ Vgl. <http://www.staatskanzlei.bs.ch/oeffentlichkeitsprinzip/verfahren.html> (29.5.2017).

4.2 Wirkungsbereich D2: Gesetzmässigkeitsprinzip

Das Gesetzmässigkeitsprinzip war Gegenstand von Teilprojekt 2 der Evaluation (Pärli et al. 2015).

4.2.1 Wirkungsziel und Wirkungsmechanismen im IDG

Das Gesetzmässigkeitsprinzip ist ein zentrales Grundprinzip bei der Bearbeitung von Personendaten durch öffentliche Organe (§ 8 IDG). Diese dürfen Personendaten nur bearbeiten, soweit dies für die Erfüllung ihrer gesetzlich ausreichend umschriebenen Aufgaben geeignet und erforderlich ist (Verhältnismässigkeitsprinzip). Bei der Bearbeitung besonderer Personendaten sind die Anforderungen noch erhöht: Sie ist nur zulässig, wenn in einem formellen Gesetz eine hinreichend bestimmte Regelung besteht. Das Gesetzmässigkeitsprinzip gilt auch für die Bekanntgabe von Personendaten und besonderen Personendaten (§ 16, 17 IDG).

Die hohen Anforderungen an die Gesetzmässigkeit der Datenbearbeitung bezwecken nicht primär einen reibungslosen Austausch von Personendaten unter öffentlichen Organen. Sinn des Gesetzmässigkeitsprinzips ist vielmehr der Schutz der Grundrechte der von der Datenbearbeitung betroffenen Personen. Das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage ist einerseits Ausdruck davon, dass eine Bearbeitung von Personendaten durch ein öffentliches Organ per se einen Grundrechtseingriff darstellt, der ohne ausreichende gesetzliche Grundlage nicht gerechtfertigt werden kann. Andererseits ist das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage auch Ausdruck des informationellen Selbstbestimmungsrechts; die der Hoheitsgewalt des Staates unterworfenen Personen haben einen Anspruch darauf zu wissen, welche staatliche Stelle aus welchen Gründen zu welchem Zweck und mit welchen Mitteln Daten über sie bearbeitet.

Das IDG sieht mehrere Mechanismen vor, die potenziell dazu beitragen, dass öffentliche Organe das Gesetzmässigkeitsprinzip einhalten. Bei den meisten davon spielt der Datenschutzbeauftragte eine zentrale Rolle: So müssen Behörden beabsichtigte Bearbeitungen von Personendaten mit besonderen Risiken dem DSB gemäss § 10 zur Vorabkontrolle unterbreiten. Dieser prüft unter anderem, „ob die materiell-rechtlichen Voraussetzungen (...) erfüllt“ sind (Blattmann 2012: 66). Ebenso beurteilt der DSB gestützt auf § 34 Bst. f Erlasse und Vorhaben, die den Datenschutz betreffen, z.B. im Rahmen von Vernehmlassungsverfahren oder Mitberichten (Glaser 2012: 201). Für die bestehenden Personendatenbearbeitungen gewährte das IDG in § 41 eine Übergangsfrist von 5 Jahren. Danach mussten sie die Voraussetzungen ans Gesetzmässigkeitsprinzip nach § 8 erfüllen.

Ergänzenden Charakter haben in Bezug auf die Gesetzmässigkeit die Aufträge des DSB zur Beratung und Unterstützung öffentlicher Organe (§ 34 Bst. a) sowie zur Aus- und Weiterbildung (§ 34 Bst. g).

4.2.2 Zusammenfassung der Ergebnisse aus den Teilprojekten zu D2

Teilprojekt 2 (Pärli et. al. 2015) widmete sich vollumfänglich dem Gesetzmässigkeitsprinzip. Bei 20 kantonalen Gesetzen wurde 2015, also sieben Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes geprüft, ob sie den Ansprüchen des Gesetzmässigkeitsprinzips genügen. Das ist dann der Fall, wenn für die Bearbeitung gewöhnlicher Personendaten eine ausreichende Aufgabenbeschreibung im Gesetz vorliegt, die für die nötige Transparenz der Datenbearbeitung sorgt und wenn für die Bearbeitung „besonderer Personendaten“ eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage vorliegt, die das verantwortliche Organ bestimmt, das Ziel oder den Zweck der Datenbearbeitung, die Kategorien der bearbeiteten Daten und die Art und Weise der Datenbearbeitung benennt (Pärli et. al. 2015: 4).

Die Ergebnisse des Teilprojekts 2 geben Aufschluss darüber, inwiefern die Umsetzungsfrist von 5 Jahren nach Inkrafttreten des Gesetzes eingehalten worden ist. Die wichtigsten Ergebnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen: In 13 der 20 untersuchten Gesetze bestand zum Zeitpunkt der Untersuchung ein Anpassungsbedarf, weil diese dem Gesetzmässigkeitsprinzip nicht vollumfänglich genügten. In sieben Gesetzen bestand kein Handlungsbedarf, wurde also dem Gesetzmässigkeitsprinzip in genügendem Masse nachgelebt. Zu drei Gesetzen macht die Evaluation keine Aussage bezüglich des Anpassungsbedarfs.

Pärli et al. (2015) orten bei folgenden Gesetzen Verbesserungspotenzial:

- Pflegegesetz (PfleG)
- Sozialhilfegesetz (SHG)
- Einführungsgesetz zum Opferhilfegesetz (EG OHG)
- Gesetz über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals (Personalgesetz)
- Einführungsgesetz zum Krankenversicherungsgesetz (EG KVG)
- Bevölkerungsschutzgesetz (BSG)
- Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR)
- Gewaltschutzgesetz (GSG)
- Straf- und Justizvollzugsgesetz (StJVG)
- Gesundheitsgesetz
- Patientinnen- und Patientengesetz (PatG)
- Kinder- und Jugendhilfegesetz (KJHG)
- Gesetz über die Jugendheime und die Pflegekinderfürsorge

Aus den Teilprojekten der Evaluation liegen keine Informationen vor, inwieweit die anderen weiter oben beschriebenen Wirkungsmechanismen zur Einhaltung des Gesetzmässigkeitsprinzips beitragen.

4.2.3 Schlussfolgerungen der Teilprojekte

Die Autoren von Teilprojekt 2 (Pärli et. al. 2015) kommen zum Schluss, dass elf Gesetze anzupassen seien, um den Anforderungen des IDG ans Gesetzmässigkeitsprinzip zu genügen. Die konkret notwendigen Anpassungen an diesen Gesetzen sind im betreffenden Bericht beschrieben.

4.2.4 Eigene Schlussfolgerungen

Mit Teilprojekt 2 wurde die Wirksamkeit der Übergangsklausel evaluiert: Anpassung der bestehenden Gesetze innerhalb von fünf Jahren nach Inkrafttreten des IDG ab 1. Oktober 2010. Dass 13 Gesetze den Anforderungen des IDG nicht genügen, zeigt, dass die Übergangsklausel keine genügende Wirkung entfaltet hat.

Im Hinblick auf die Evaluationssynthese wurde beim DSB im Frühjahr 2017 erneut summarisch überprüft, ob seither in Bezug auf das Gesetzgebungsprinzip relevante Gesetzesanpassungen vorgenommen wurden. Solche Anpassungen betreffen drei der damals als verbesserungswürdig taxierten Gesetze. Drei davon gehen auf eine jeweils umfassende Prüfung der Erlasse durch die Direktion der Justiz und des Innern (EG OHG, StJVG) sowie der Bildungsdirektion (KJHG) zurück. Nur punktuell geändert wurde das EG KESR aufgrund des neuen Gesetzes über das Meldewesen und die Einwohnerregister (MERG).

Die Mehrheit der aus Evaluationssicht anpassungswürdigen Gesetze genügten somit auch zwei Jahre nach der Evaluation dem Gesetzmässigkeitsprinzip noch nicht. Aus dem Teilprojekt ergibt sich somit, dass die Bestimmungen in Gesetzen und Verordnungen, die als Grundlage für die Bearbeitung besonderer Personendaten dienen, in vielen Fällen nicht „hinreichend bestimmt“ sind, wie dies § 8 Abs. 2 IDG verlangt. Der Gesetz- oder der Verordnungsgeber setzt diesen Grundsatz hier nicht richtig bzw. nicht im Sinne der Grundrechtsorientierung um. Analog gilt für die Bearbeitung gewöhnlicher Personendaten, dass die gesetzlichen Aufgabenbeschreibungen der öffentlichen Organe bisweilen zu wenig klar sind (§ 8 Abs. 1 IDG): Es lässt sich daraus nicht eindeutig ableiten, welche Personendaten die öffentlichen Organe zur Aufgabenerfüllung bearbeiten dürfen und welche nicht.

Der retrospektive Charakter der Evaluation erlaubt keine Rückschlüsse darüber, inwieweit neue Gesetze oder Gesetzesrevisionen, die nach Inkrafttreten des IDG in Angriff genommen wurden, dem Gesetzmässigkeitsprinzip entsprechen. Weiter oben sind die gesetzlichen Wirkungsmechanismen beschrieben worden, welche hierzu im IDG vorgesehen sind. Insbesondere die Wirkungsmechanismen der Vorabkontrolle nach § 10 und der Kompetenz des DSB, Erlasse und Vorhaben zu beurteilen (§ 34 Bst. f) sollten prinzipiell dazu beitragen, dass der DSB datenschutzrelevante Erlasse prüfen und sich für eine Einhaltung des Gesetzmässigkeitsprinzips stark machen kann. Es liegen hierzu jedoch keine Evaluationsergebnisse vor.

Der Hauptbefund der Evaluation zum Gesetzmässigkeitsprinzip lautet somit: Ein bedeutender Anteil der datenschutzrelevanten Gesetze ist nach Ablauf der Übergangsfrist nicht an die Anforderungen des IDG angepasst und genügt somit dem Prinzip der Gesetzmässigkeit nicht. Somit besteht ein Anpassungsbedarf.

4.2.5 Entwicklung des übergeordneten Rechts

Das Gesetzmässigkeitsprinzip an und für sich wird durch die Entwicklungen des übergeordneten Rechts nicht verändert. Zu beachten ist allerdings die jüngere Rechtsprechung des EGMR, die für schwere Eingriffe in das Privatleben besonders hohe Anforderungen an die gesetzliche Grundlage verlangt. Dies zeigt sich namentlich beim Urteil Vukota gegen die Schweiz. Der EGMR verlangt hier für die Überwachung von Versicherten der Unfallversicherung zwecks Abklärung von Versicherungsmissbrauch eine sehr detaillierte gesetzliche Grundlage (Pärl: 2017). Dieser EGMR-Entscheid ist auch für die Kantone bindend und wirkt sich unmittelbar auf die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage für die Überwachung von Sozialhilfeempfängerinnen und -empfänger aus (Heusser: 2016).

Relevant für das kantonale Recht ist weiter die Ausweitung des Begriffs der besonderen (oder „besonders schützenswerten“) Personendaten: Sowohl die ER-Konvention 108 (Art. 6 Ziffer 1) als auch die EU-Richtlinie 2016/680 (Art. 3 in Verbindung mit Art. 10) zählen neu auch Daten zum Sexualleben und zur sexuellen Orientierung, genetische Daten und biometrische Daten (zur Identifikation von Personen) zu den besonderen Personendaten (vgl. auch KdK-Leitfaden, Ziffern 3.3 bis 3.6). Bearbeitungen dieser drei Datengruppen fallen somit neu unter die erhöhten Gesetzmässigkeitsvoraussetzungen der besonderen Personendaten. Auch wenn eine Justiz- und Polizeibehörde Profiling betreiben will, muss sie sich künftig auf eine hinreichend bestimmten Regelung in einem formellen Gesetz abstützen (Art. 3 Ziffer 4 der EU-Richtlinie 2016/180; vgl. auch KdK-Leitfaden, Ziffer 3.8).

4.2.6 Empfehlungen zum Gesetzmässigkeitsprinzip

Aus den Befunden der Evaluation IDG und den veränderten Vorgaben im übergeordneten Recht lassen sich im Zusammenhang mit dem Gesetzmässigkeitsprinzip folgende Empfehlungen herleiten.

Empfehlung D4 (Gesetzmässigkeitsprinzip) – IDG an neue Vorgaben anpassen: Der Katalog der besonderen Personendaten (§ 3 IDG) wird um Daten zum Sexualleben, zur sexuellen Orientierung, genetische Daten und biometrische Daten sowie um das Profiling ergänzt.

Erläuterung: Diese Empfehlung ist keine Folge der Evaluation, sondern ergibt sich aus den veränderten Vorgaben in der ER-Konvention 108 und der EU Richtlinie 2016/180. Die Rechtsgrundlagen zählen die genannten Kategorien von Personendaten neu explizit zu den besonderen Personendaten, weshalb eine Übernahme ins kantonale Recht unumgänglich ist.

Nicht nur Justiz und Polizei, sondern auch andere öffentliche Organe bearbeiten Personendaten auf eine Art, die einem Profiling entspricht. Das betrifft beispielsweise Dienste der Kinder- und Jugendhilfe oder andere Behörden im Sozialbereich, die mit der Absicht, künftiges Verhalten von Personen vorherzusehen, entsprechende Personendaten zusammenstellen und miteinander verknüpfen. Solche mit Präventionszwecken gerechtfertigten Datenbearbeitungen stellen eigentliches Profiling dar und dafür braucht es die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen. Es ist deshalb zweckmässig, auch das Profiling als Form der Datenbearbeitung direkt im IDG aufzuführen.

Empfehlung D5 (Gesetzmassigkeitsprinzip) – Gesetzesbestand aktualisieren:

Eine Übergangsbestimmung im IDG verpflichtet die öffentlichen Organe, die besondere Personendaten bearbeiten, ihre formellen Gesetze innerhalb einer festzulegenden Frist daraufhin zu prüfen, ob sie zur Gewährleistung des Gesetzmassigkeitsprinzips ans (zu revidierende) IDG und die neuen Vorgaben aus dem übergeordneten Recht angepasst werden müssen. Kantonale Verwaltungsbehörden teilen das Ergebnis ihrer Abklärung dem DSB mit, der dazu Stellung nimmt. Im Falle eines Anpassungsbedarfs müssen die Gesetze analog zur bisherigen Übergangsbestimmung § 41 IDG innerhalb einer festzulegenden Frist nach dem Inkrafttreten des revidierten IDG angepasst sein.

Empfehlung D6 (Gesetzmassigkeitsprinzip) – Rechtsgrundlage präzisieren:

Die Anforderungen von § 8 Abs. 1 (klare Aufgabenbeschreibung) und § 8 Abs. 2 IDG (für die Bearbeitung besonderer Personendaten ist eine „hinreichend bestimmte“ Regelung in einem formellen Gesetz notwendig) bedürfen einer konkretisierenden „Handlungsanweisung“ an den Gesetzgeber. Diese wird in der Verordnung zum IDG verankert.

Erläuterung: Es sprechen zwei Gründe dafür, den öffentlichen Organen und dem Gesetzgeber für die Anpassung der Gesetze an die Anforderungen des Gesetzmassigkeitsprinzips erneut eine Übergangsfrist einzuräumen (Empfehlung D5). Erstens weisen die Ergebnisse der Evaluation und der summarischen Nachprüfung von 2017 durch den DSB darauf hin, dass noch immer nicht alle Gesetze an das 2008 in Kraft getretene IDG angepasst worden

sind. Zweitens dürften die Änderungen des übergeordneten Rechts dazu führen, dass auch im IDG der Katalog der besonders schützenswerten Daten um Daten zum Sexualleben, zur sexuellen Orientierung, genetische Daten und biometrische Daten sowie um das Profiling erweitert wird (siehe Empfehlung D4). Öffentliche Organe, die solche Daten bearbeiten wollen, sind künftig auf eine hinreichend bestimmte Grundlage in einem formellen Gesetz angewiesen. Es scheint darüber hinaus ratsam, für die Anpassung des Gesetzesbestands an die Anforderungen des Gesetzmässigkeitsprinzips den DSB als fachlich kompetente Behörde beratend einzubeziehen. Damit sichergestellt ist, dass zumindest die kantonalen Verwaltungsbehörden die gesetzlichen Grundlagen ihres Zuständigkeitsbereichs prüfen und den DSB einbeziehen, empfiehlt es sich, sie dazu zu verpflichten, ihm mitzuteilen, ob sie in den Rechtsgrundlagen ihres Zuständigkeitsbereichs einen Anpassungsbedarf sehen oder nicht.

Damit rechtlich unbestreitbar festgelegt ist, was in § 8 Abs. 2 mit „hinreichend bestimmt“ bzw. in § 8 Abs. 2 mit „zur Erfüllung seiner gesetzlich umschriebenen Aufgaben geeignet und erforderlich“ gemeint ist, sind diese Anforderungen in der IDV zu konkretisieren (Empfehlung D6). Aus der der Lehre und Rechtsprechung lassen sich folgende Anforderungen an „hinreichend bestimmte“ formelle gesetzliche Grundlagen ableiten (siehe dazu auch Pärli et. al 2015):

- *Bei Bearbeitung gewöhnlicher Personendaten:* Die Aufgabe muss im Gesetz klar formuliert und transparent sein, sodass die Datenbearbeitung für die betroffenen Personen erkennbar wird. Es dürfen ausserdem keine Aufgabenerweiterungen erfolgen, ohne dass diese im Gesetz erwähnt werden.
- *Bei Bearbeitung besonderer Personendaten:* Das formelle Gesetz sollte folgende Aspekte der Datenbearbeitung klar festhalten:
 - Die Bestimmung des verantwortlichen Organs
 - Das Ziel oder den Zweck der Datenbearbeitung
 - Die Kategorien der bearbeiteten Daten
 - Die Art und Weise der Datenbearbeitung

Ergänzend könnte in der IDV im Sinne der EGMR-Entscheidung *Vukota* ./ . Schweiz festgehalten werden, dass die Anforderungen an die hinreichende Bestimmtheit besonders hoch sind, wenn die Datenbearbeitung mit einem schweren Grundrechtseingriff verbunden ist. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn eine Überwachung vorgenommen wird.

Empfehlung D7 (Gesetzmässigkeitsprinzip) – Information des DSB bei Gesetzgebungsprojekten: Die kantonalen Verwaltungsbehörden werden gesetzlich verpflichtet, den Datenschutzbeauftragten von sich aus über alle eigenen Gesetzgebungsprojekte und Vernehmlassungsverfahren zu Bundesvorhaben zu informieren.

Erläuterung: Es liegt wie erwähnt kein Evaluationsbefund dazu vor, wie gut *neue* datenschutzrelevante Rechtssetzungsprojekte dem Gesetzgebungsprinzip Rechnung tragen. Die bisher nur zögerliche Anpassung des bestehenden Rechtsbestands ans IDG rechtfertigt es jedoch, die Stellung des DSB im Rechtsetzungsprozess zu stärken. Nach Aussagen der Verantwortlichen des DSB ist dieser nicht in allen Fällen rechtzeitig über datenschutzrelevante Rechtssetzungsprojekte informiert.

Das geltende IDG beauftragt den DSB mit der Begutachtung von Erlassen, was an sich ein starker Wirkungsmechanismus ist (§ 34 Bst. f). Allerdings fehlen Vollzugsbestimmungen, die sicherstellen, dass der DSB als fachlich kompetente Behörde über alle datenschutzrelevanten Gesetzesvorhaben informiert ist. Gemäss dem IDG-Kommentar sind die öffentlichen Organe implizit zur Information verpflichtet; die Konsultation erfolgt in der Regel im Vernehmlassungsverfahren (Glaser 2012: 201). Es stellt sich jedoch die Frage, ob sich alle öffentlichen Organe immer bewusst sind, wenn ihre Gesetzgebungsvorhaben die Bearbeitung von Personendaten beinhalten. Wir schlagen deshalb vor zu prüfen, ob der DSB nicht vorsorglich und vorgängig zumindest über *alle* kantonalen Gesetzgebungsprozesse informiert werden sollte, damit er sich von sich aus in die aus seiner Sicht relevanten Prozesse einbringen kann. Dies würde den Entscheid, ob ein Gesetz datenschutzrelevant ist und deshalb eine Beurteilung durch den DSB notwendig ist, in die dafür kompetenten Hände legen. Analog sollte der DSB auch zu allen Mitberichtsverfahren im Rahmen von Vernehmlassungen zu Bundesgesetzen einbezogen werden. Zur Entlastung der Verwaltungsbehörden könnte der kantonale Gesetzgebungsdienst damit beauftragt werden, dem DSB seine Liste der konkreten Rechtgebungsvorhaben (vgl. § 8 Rechtsetzungsverordnung¹⁵) jeweils aktuell zugänglich zu machen (oder diese gemäss Transparenzprinzip zu veröffentlichen).

4.3 Wirkungsbereich D3: Rechtmässige Bearbeitung von Personendaten

In diesem Abschnitt steht das Wirkungsziel einer rechtmässigen Datenbearbeitung im Zentrum. In Teilprojekt 4 (Schwenkel et al. 2017) wurden mit der Aufsicht und der Beratung durch den DSB hierfür zentrale Wirkungsmechanismen untersucht.

4.3.1 Wirkungsziel und Wirkungsmechanismen im IDG

§ 8 bis § 13 IDG enthalten die Grundsätze, die öffentliche Organe bei der Bearbeitung von Personendaten zu beachten haben, § 16 bis § 19 IDG regeln die Grundsätze für die Bekanntgabe von Personendaten an Dritte. Diese Grundsätze sollen gewährleisten, dass die

¹⁵ Verordnung vom 29. November 2000 über das Rechtsetzungsverfahren in der kantonalen Verwaltung (Rechtsetzungsverordnung; LS 172.16)

Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen bei der Bearbeitung ihrer Daten nicht verletzt werden.

Dem DSB ist in § 34 Bst. b die Aufgabe übertragen, die Anwendung dieser Vorschriften zu überwachen und somit zur Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung öffentlicher Organe beizutragen. Hierzu kann er gemäss § 35 IDG Kontrollen vornehmen, wobei die kontrollierten öffentlichen Organe zur Mitwirkung verpflichtet sind. Stellt der DSB eine Verletzung des Datenschutzrechts fest, kann er dem öffentlichen Organ die zu ergreifenden Massnahmen empfehlen. Wenn das Organ dieser Empfehlung nicht folgen will, muss es eine entsprechende Verfügung erlassen, die vom DSB angefochten werden kann (§ 36 IDG). Ergänzend kann der DSB auch mittels Beratung (§ 34 Bst. a) sowie Aus- und Weiterbildung (§ 34 Bst. g) dazu beitragen, dass die Datenbearbeiter die Bestimmungen über den Datenschutz einhalten.

4.3.2 Zusammenfassung der Ergebnisse aus den Teilprojekten zu D3

Folgende Befunde resultierten in Teilprojekt 4 (Schwenkel et al. 2017) für die dort im Vordergrund stehende Kontrolltätigkeit des DSB:

- *Eingeschränkte Wirksamkeit der Kontrollen:* Gemäss den Autoren sind die Kontrollen geeignet und wirksam im Hinblick auf rechtmässige Datenbearbeitungen. Die Kombination von Kontroll- und Unterstützungsmöglichkeit führt zu einem sensibleren Umgang mit Personendaten. Die Kontrollen zeigen Vollzugsdefizite und teils mangelhafte Sicherheitsvorkehrungen bei den öffentlichen Organen auf. Die Wirkung der Kontrollen ist jedoch aus folgenden Gründen eingeschränkt:
 - *Weniger Kontrollen als vorgegeben:* Die im Rahmen der Konsolidierten Entwicklungs- und Finanzplanung (KEF) vorgegebenen Mengenziele bezüglich der Kontrollen konnte der DSB von 2009 bis 2015 nur in einem Jahr einhalten.
 - *Niedrige Umsetzungsquote:* Die kontrollierten Organe setzen die vom DSB anlässlich von Kontrollen gemachten Hinweise nur zum Teil um und/oder berichten nicht über die Umsetzung. Der vorgegebene Referenzanteil gemäss KEF wurde nur in einem Jahr erreicht. Der DSB verfügt über kein Instrument, die Umsetzung der Massnahmen einzufordern. Auch fehlen ihm die Ressourcen für Nachkontrollen.
- *Empfehlung in der Praxis bedeutungslos:* Erst in einem Fall sprach der DSB eine Empfehlung nach § 36 IDG aus. Diese wurde vom betroffenen öffentlichen Organ abgelehnt, worauf der Rekurs des DSB vom Regierungsrat entschieden werden musste. Die Seltenheit von Empfehlungen hat gemäss dem Bericht zum Teilprojekt zwei Gründe: Die festgestellten Mängel sind zu wenig gravierend und/oder das betroffene öffentliche Organ ist auch ohne Empfehlung bereit, die Mängel zu beheben (Schwenkel et al. 2017: 13). Die Verantwortlichen des DSB beurteilen die

Empfehlung als schwerfälliges und aufwändiges Instrument und werfen die Frage nach verstärkten Einwirkungsmöglichkeiten auf (Schwenkel et al. 2017: 14).

Zur Weiterbildung und Beratung festgehalten werden, dass die Kombination von Kontrolltätigkeit und unterstützender Tätigkeit des DSB im Teilprojekt 4 als wertvoll anerkannt wird.

4.3.3 Schlussfolgerungen der Teilprojekte

Schwenkel et al. (2017) formulieren drei Empfehlungen:

- *Nachkontrollen und allenfalls verbindlichere Aufsichtsinstrumente:* Damit Hinweise aus Datenschutzkontrollen häufiger umgesetzt werden, empfehlen die Autoren von Teilprojekt 4 einerseits regelmässige Nachkontrollen; hierfür seien beim DSB genügend Ressourcen einzuplanen, resp. zur Verfügung zu stellen. Ebenfalls sollte geprüft werden, wie die Umsetzung von Massnahmen verbindlicher eingefordert werden kann. Allenfalls kommen hier stärkere Aufsichtsinstrumente als die Empfehlung in Betracht.
- *Verstärkte und differenzierte Berichterstattung:* Eine verstärkte und differenzierte Berichterstattung könnte nach Einschätzung von Schwenkel et al. (2017) die Wirksamkeit des DSB indirekt steigern: Einerseits können sich datenschutzkonforme öffentlich Organe positiv profilieren, andererseits könnte durch die Bekanntgabe negativer Beispiele der Druck auf diese erhöht werden.
- *Datenschutz-Zertifizierung:* Das Teilprojekt empfiehlt zu prüfen, ob beispielsweise erfolgreich kontrollierte öffentliche Organe oder von öffentlichen Organen verwendete Produkte (Hardware, Software, ...) künftig zertifiziert und mit einem Label versehen werden können. Dies könnte Doppelspurigkeiten bei Kontrollen reduzieren und den öffentlichen Organen eine Profilierungsmöglichkeit gegen aussen verschaffen. Bisher ist gemäss IDG erst die Zertifizierung von Verfahren, der Organisation und technischer Einrichtungen zugelassen (Zertifizierung von Managementsystemen). Die Anerkennung einer Produktezertifizierung könnte zum Beispiel die Vorabkontrollen nach § 10 IDG entlasten.

4.3.4 Eigene Schlussfolgerungen

Die Ergebnisse aus Teilprojekt 4 zur Aufsicht im Bereich Datenschutz sind insgesamt nachvollziehbar und empirisch gut belegt. Zum geringen Umsetzungsgrad der Hinweise ist zu ergänzen, dass die im Rahmen des Teilprojekts befragten öffentlichen Organe diese zum Teil als zu praxisfern und aufwändig taxieren und bei der Umsetzung mehr Unterstützung wünschen. Dass der DSB weniger Kontrollen und Nachkontrollen durchführt als vorgesehen, führen die dort verantwortlichen Personen auf einen Mangel an Ressourcen zurück (Schwenkel et al. 2017:12).

Die im Bericht zu Teilprojekt 4 wiedergegebenen Erklärungen zur Bedeutungslosigkeit der Empfehlung gemäss § 36 IDG sind teilweise widersprüchlich. So führen die befragten Personen unter anderem einen grossen Kooperationswille der kontrollierten öffentlichen Organe an (Schwenkel et al. 2017: 13), während sich klar zeigt, dass die Organe schon Hinweise des DSB nur zum Teil umsetzen. Diese Hinweise beziehen sich nach Auskunft der Verantwortlichen beim DSB primär auf organisatorische und technische Aspekte einer Datenbearbeitung. Da es somit weniger um Rechtsfragen gehe, seien die Empfehlung und der daran anschliessende Rechtsweg ein wenig geeignetes Mittel, die im Rahmen von Hinweisen geforderten Massnahmen durchzusetzen.

Der Hauptbefund der Evaluation zur rechtmässigen Datenbearbeitung lautet somit: Die Kontrolltätigkeit des DSB trägt in Kombination mit seinen Beratungs- und Weiterbildungsaktivitäten zu einer gesteigerten Datenschutzsensibilität und somit zur rechtmässigen Bearbeitung von Personendaten bei. Die Wirkung der Kontrollen ist jedoch eingeschränkt, weil die betroffenen Organe viele Verbesserungshinweise des DSB nicht umsetzen. Der Umsetzungsgrad ist somit mit geeigneten Massnahmen zu verbessern.

4.3.5 Entwicklung des übergeordneten Rechts

Die *Einwirkungsbefugnisse* der Aufsichtsbehörden sind im übergeordneten Recht verstärkt worden: Gemäss der ER-Konvention 108 (Art. 12^{bis} Ziffer 2 Bst. c sowie Art. 12^{bis} Ziffer 6) und der EU-Richtlinie 2016/680 (Art. 47 Abs. 2 Bst. b und c) müssen Aufsichtsbehörden des Datenschutzes künftig über die Empfehlung hinausgehend verbindliche Anordnungen in Form einer anfechtbaren Verfügung erlassen können. Eine solche Anordnung können sie entweder im Gefolge einer abgelehnten Empfehlung erlassen oder, wenn absehbar ist, dass der Datenbearbeiter die Empfehlung ablehnt, direkt verfügen. Für den Justiz- und Polizeibereich ist darüber hinausgehend vorgesehen, dass Aufsichtsbehörden bis zur richterlichen Überprüfung eine vorsorgliche Massnahme anordnen können, wenn eine Datenbearbeitung schutzwürdige Interessen offensichtlich gefährdet oder verletzt. Schliesslich sehen Art. 12^{bis} Ziffer 2 Bst. c der ER Konvention 108 sowie Art. 57 der EU-Richtlinie 2016/680) auch eine Sanktionskompetenz für Datenschutzaufsichtsbehörden vor. Bussen gegen öffentliche Organe machen allerdings wenig Sinn, insbesondere wenn eine kantonale Verwaltungsbehörde gebüsst wird (vgl. auch KdK-Leitfaden, Ziffern 8.5c bis 8.5f).

Das übergeordnete Recht verlangt neu auch eine *Nachweispflicht*: Öffentliche Organe oder von ihnen beauftragte Datenbearbeiter müssen demnach künftig nachweisen können, dass sie die Datenschutzbestimmungen einhalten (Art 8^{bis} Ziff. 1 der ER-Konvention 108 sowie Art. 4 Abs. 4 der EU-Richtlinie 2016/680). Der KdK-Leitfaden (Ziffer 4-10) empfiehlt, diese Nachweispflicht im kantonalen Datenschutzgesetz zu verankern und die Details auf Verordnungsebene zu regeln. Der Nachweis kann in einem Datenschutzmanagementsystem (DSMS) erbracht werden. Es kann vermutet werden, dass diese Nachweispflicht die Aufsichtsorgane von Kontrollen entlastet.

4.3.6 Empfehlungen zu Rechtmässigkeit und Aufsicht

Aus den Befunden der Evaluation IDG und den veränderten Vorgaben im übergeordneten Recht lassen sich im Zusammenhang mit der Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung und der Aufsichtsfunktion des DSB die nachfolgenden Empfehlungen herleiten.

Empfehlung D8 (Rechtmässigkeit und Aufsicht) – Einwirkungsbefugnisse des DSB stärken: Die Kompetenz des DSB zur Formulierung von Empfehlungen gemäss § 36 IDG ist um eine Verfügungskompetenz zu ergänzen oder durch sie zu ersetzen. Ebenfalls ist dem DSB die Möglichkeit einzuräumen, vorsorgliche Massnahmen anzuordnen.

Erläuterung: Aufgrund der Verpflichtungen, die sich aus dem übergeordneten Recht ergeben, ist es aus rechtlichen Gründen unumgänglich, dem Datenschutzbeauftragten eine Verfügungskompetenz und die Kompetenz zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen zu erteilen. Die Argumentation des DSB, es handle sich bei der Empfehlung um ein schwaches und umständliches Einwirkungsinstrument, ist nachvollziehbar. Auch bei einer Stärkung seiner Einwirkungsinstrumente ist zu vermuten, dass der DSB diese künftig aus folgenden Gründen massvoll einsetzt: Seine Verfügungen müssen einer richterlichen Überprüfung standhalten, erfordern also vor Erlass ein sorgfältiges rechtliches Abwägen, zumal das Beschreiten des Rechtswegs aufgrund von Rekursen Ressourcen bindet. Werden seine Verfügungen durch die rechtlich übergeordneten Instanzen häufig abgelehnt, leidet überdies die Glaubwürdigkeit des DSB. Dies beeinträchtigt wiederum seine Beratungs- sowie Aus- und Weiterbildungsfunktion und schadet somit dem Datenschutz insgesamt. Die Einführung von Sanktionen für fehlbare öffentliche Organe erachten wir demgegenüber als wenig sinnvoll. Hingegen sollte durch das Transparenzprinzip gewährleistet werden, dass öffentlich gemacht wird, wenn ein öffentliches Organ Datenschutzvorschriften verletzt hat.

Empfehlung D9 (Rechtmässigkeit und Aufsicht) – Nachweispflicht für Datenbearbeiter: Öffentliche Organe müssen nachweisen können, dass ihre Bearbeitungen von Personendaten den gesetzlichen Bestimmungen genügen. Das IDG ist entsprechend zu ergänzen, die zulässigen Nachweisbemühungen sind in der Verordnung zu regeln.

Erläuterung: Aufgrund der Verpflichtungen, die sich aus dem übergeordneten Recht ergeben, ist es aus rechtlichen Gründen unumgänglich, die Nachweispflicht für Personendaten bearbeitende öffentliche Organe im IDG einzuführen. Die Nachweispflicht hat auch das

Potenzial, den DSB bei seinen Kontrollaufgaben zu entlasten. Inwiefern für diese Nachweispflicht auf Zertifizierungsverfahren abgestellt werden kann, und inwiefern der Kanton die Anforderungen an die Nachweise selbst definieren will, muss im Rahmen der Verordnungsgebung geklärt werden.

Empfehlung D10 (Rechtmässigkeit und Aufsicht) – Überprüfen der Ressourcen: Die politischen Behörden prüfen eine Erhöhung der personellen Ressourcen des DSB.

Empfehlung D11 (Rechtmässigkeit und Aufsicht) – Bessere Umsetzung von Hinweisen: Der DSB führt nur so viele Kontrollen durch, dass seine Ressourcen auch für Nachkontrollen und die notwendige Unterstützung bei der Umsetzung seiner Hinweise genügen.

Erläuterung: Gemäss Aussagen von Verantwortlichen des DSB genügen seine Ressourcen nicht, um so viele Datenschutz-Kontrollen durchzuführen wie in der KEF vorgesehen sind. Ebenso wenig gelingt es ihm, die im KEF vorgesehene Umsetzungsquote seiner Hinweise zu erreichen. Als unabhängige Behörde legt der DSB selbst fest, wie er seine Aufgaben priorisiert und umsetzt. Das einzige Steuerungsmittel der politischen Behörden sind die finanziellen Ressourcen, die ihm zur Verfügung gestellt werden. Insofern ist es an ihnen zu prüfen, ob sie dem DSB zur Erfüllung seiner Aufgaben künftig mehr Mittel zur Verfügung stellen wollen. Eine abschliessende Aussage darüber, ob mit den aktuellen Ressourcen kein genügendes Datenschutzniveau bei den öffentlichen Organen im Kanton herbeigeführt werden kann, ist aufgrund der vorliegenden Evaluationsresultate nicht möglich. Die Tatsache, dass der DSB bei seinen Kontrollen regelmässig Verbesserungspotenziale ortet und entsprechende Hinweise macht, scheint darauf hinzudeuten, dass die Kontrollen notwendig sind. Gleichzeitig beurteilen die öffentlichen Organe deren Umsetzung teils als aufwändig und wünschen sich mehr Unterstützung. Es ist somit plausibel, dass sich das Datenschutzniveau mit zusätzlichen Ressourcen noch steigern lässt.

Unabhängig von der Höhe der Ressourcen, die dem DSB zur Verfügung stehen, scheint es empfehlenswert, die Anzahl der Kontrollen künftig so zu planen, dass Umsetzungsquote der Hinweise gesteigert werden kann. Bei gleichbleibenden Mitteln bedeutet dies eine Reduktion der Kontrollen zugunsten von mehr Nachkontrollen und Unterstützung bei der Umsetzung.

Literaturverzeichnis

- Baeriswyl, Bruno (2011), § 1 IDG. In: Baeriswyl, Bruno und Rudin, Beat (Hg.). Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Zürich. Zürich: Schulthess. S. 11-25.
- Baeriswyl, Bruno (2011), § 8 IDG. In: Baeriswyl, Bruno und Rudin, Beat (Hg.). Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Zürich. Zürich: Schulthess. S. 52-58
- Blattmann, Veronica (2012). Vorabkontrolle. § 10 IDG. In: Baeriswyl, Bruno und Rudin, Beat (Hg.). Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Zürich. Zürich: Schulthess. S. 66-73.
- Dumermuth, Martin (2011). Subjektive und objektive Elemente der Radio- und Fernsehfreiheit. In: Rolf Sethe/Andreas Heinemann/Reto M. Hilty/Peter Nobel/Roger Zäch (Hrsg.), Kommunikation, Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag, Bern: Stämpfli. S. 665-700.
- Fey, Marco (2012). Informationstätigkeit von Amtes wegen. § 14 IDG. In: Baeriswyl, Bruno und Rudin, Beat (Hg.). Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Zürich. Zürich: Schulthess. S. 86-94.
- Glaser, Bea (2012). Aufgaben. § 34 IDG. In: Baeriswyl, Bruno und Rudin, Beat (Hg.). Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Zürich. Zürich: Schulthess. S. 196-202.
- GPK (2017). Bericht der Geschäftsprüfungskommission über ihre Tätigkeit vom April 2016 bis März 2017 (KR-Nr. 62/2017). Zürich: Kantonsrat.
- Harb, Beda (2012). Erkennbarkeit der Beschaffung § 12 IDG. In: Baeriswyl, Bruno und Rudin, Beat (Hg.). Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Zürich. Zürich: Schulthess. S. 77-81.
- Heusser, Pierre (2017). „Privatdetektive aufgepasst! Das Urteil des EGMR vom 18. Oktober 2016 und dessen Auswirkungen weit über den Bereich der Unfallversicherung hinaus“. In: Jusletter 9. Januar 2017.
- Huegli, Eveline und Féraud, Marius (2014) Evaluation des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (BGÖ). Bern: Bundesamt für Justiz.
- Pärli, Kurt (2017): Fehlende gesetzliche Grundlage zur Überwachung einer verunfallten Arbeitnehmerin durch die gesetzliche Unfallversicherung – EGMR vom 18. Oktober 2016 – Nr. 61838/10 – Vukato-Bojic / Schweiz, HSI Newsletter 2017,1, 1-8.
- Pärli, Kurt und Sylvie Kobi (2012). Konzept zur Evaluation des IDG des Kantons Zürich. Zürich: ZHAW.

- Pärli, Kurt, et al. (2015). Schlussbericht Evaluation IDG, Teil 2: Gesetzmässigkeitsprinzip. Zürich: ZHAW.
- Rudin, Beat (2012). Begriffe. § 3 IDG. In: Baeriswyl, Bruno und Rudin, Beat (Hg.). Praxis-kommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Zürich. Zürich: Schulthess. S. 11-25.
- Rudin, Beat (2017). Anpassungsbedarf in den Kantonen. *digma*. Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit. 2017/1: S. 58-70.
- Schwenkel, Christof, Vera Hertig und Stefan Rieder (2017). Evaluation des Gesetzes über die Information und den Datenschutz des Kantons Zürich (IDG): Aufsicht in den Bereichen Datenschutz und Information. Luzern: Interface.
- Statistisches Amt (2014). Umfrage zum IDG: Sensibilisierung der Bevölkerung 2014. Re-präsentative Bevölkerungsbefragung des Datenschutzbeauftragten des Kantons Zürich. Zürich: Statistisches Amt.
- Statistisches Amt (2017). Erfüllung der Informationspflicht der öffentlichen Organe. Studie zur Evaluation des Gesetzes über die Information und den Datenschutz (Teilprojekt 3). Zürich: Statistisches Amt.
- Statistisches Amt des Kantons Basel-Stadt (2015). Bevölkerungsbefragung 2015. Ergebnisbericht. Basel: Statistisches Amt.