

# **Unabhängigkeit der kantonalen Aufsichtsbehörde für Datenschutz**

**Rechtsgutachten  
im Auftrag der Sicherheits- und Justizdirektion des Kantons Freiburg**

BERNHARD WALDMANN  
(PROF. DR. IUR., RA)

ANDRE SPIELMANN  
(MLAW, RA)

Februar 2010

# **L'indépendance de l'autorité cantonale de surveillance en matière de protection des données**

**Avis de droit réalité sur mandat de la  
Direction de la Sécurité et de la Justice du Canton de Fribourg**

VERSION FRANÇAISE  
DR. NICOLAS SCHMITT

Avril 2010



# INHALTSVERZEICHNIS / TABLE DES MATIERES

<b>§ 1</b>	<b>Ausgangslage, Fragestellung und Vorgehen</b> .....	<b>1</b>
<b>§ 2</b>	<b>Begriff und Inhalt der Unabhängigkeit einer Datenschutzbehörde</b> .....	<b>3</b>
I.	Nach Freiburgischem Recht.....	3
1.	Ausgangslage.....	3
2.	Organisationsrechtliche Stellung der Aufsichtsbehörde.....	4
3.	Begriff und Inhalt der «Unabhängigkeit» gemäss Art. 32 DSchG .....	7
a.	Ausgangslage .....	7
b.	Auslegung von Art. 32 Abs. 1 DSchG .....	7
d.	Zwischenergebnis.....	12
II.	Vorgaben aus dem übergeordneten Recht .....	12
1.	Bundesrecht .....	12
a.	«Richterliche Unabhängigkeit» gemäss Art. 30 Abs. 1 BV? .....	12
b.	«Unabhängigkeit» als Ausfluss der Verfahrensfairness (Art. 29 Abs. 1 BV)?.....	13
c.	«Unabhängigkeit» aufgrund der staatlichen Pflicht zum Schutz der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 2 i.V.m. Art. 35 BV)?.....	14
2.	Völkerrecht .....	15
a.	Vereinte Nationen .....	15
b.	OECD.....	16
c.	Europarat.....	16
d.	Assoziierungsabkommen Schengen (SAA).....	19
III.	Im Vergleich mit dem Bund und den anderen Kantonen.....	26
1.	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter .....	27
a.	Organisatorische und institutionelle Stellung.....	27
b.	Ergebnisse des Evaluationsberichts der EU .....	29
c.	Teilrevision DSG zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI sowie der Empfehlungen des Evaluationsberichts der EU .....	29
2.	Datenschutzaufsicht in den Kantonen .....	31
a.	Ausgangslage .....	31
b.	Konkretisierung der Unabhängigkeit in den Kantonen (Übersicht) .....	32
c.	Konkretisierung und Umsetzung der Unabhängigkeit in ausgewählten Kantonen .....	35
IV.	Fazit .....	39
<b>§ 3</b>	<b>Beurteilung des vorliegenden Falles</b> .....	<b>40</b>
I.	Ausgangslage.....	40
II.	Verhältnis zur Exekutive im Zusammenhang mit der Veröffentlichung von Informationsblättern.....	40
1.	Hat die Datenschutzbeauftragte in Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe gehandelt?.....	40
a.	Vorfrage: Notwendigkeit einer Rechtsgrundlage und Anforderungen an diese .....	41
b.	Massgebende Rechtsgrundlage für die Informationsblätter?.....	42
2.	Muss die Datenbeauftragte zuerst der Verwaltung die Gelegenheit zur Information geben, bevor sie selber informiert?.....	50
III.	Beantwortung der Einzelfragen .....	51
1.	Umfasst die Unabhängigkeit der Behörde die freie Wahl der Form, wie die Behörde an die Öffentlichkeit tritt? .....	51
2.	Können der Datenschutzbehörde in Bezug auf die Wahl, wie sie an die Öffentlichkeit gelangt, durch die Exekutive Vorschriften gemacht werden? .....	51
3.	Können der Behörde seitens der Exekutive inhaltliche Vorgaben gemacht werden, wie sie sich materiell zu äussern hat? .....	51
4.	Hat die Datenschutzbehörde in Bezug auf das fragliche Informationsblatt in unzulässiger Weise die Verwaltung umgangen? .....	52
IV.	Schlussfolgerung.....	52

<b>§ 1</b>	<b>Point de départ, questions posées et procédure .....</b>	<b>53</b>
------------	---	-----------

**[Le § 2 n'est pas traduit]**

<b>§ 3</b>	<b>Appreciation relative au cas present .....</b>	<b>55</b>
I.	Point de départ .....	55
II.	La relation avec l'exécutif pour ce qui concerne la publication de feuilles informatives .....	55
1.	La préposée a-t-elle agi dans le contexte de l'exécution d'une tâche légale?.....	55
a.	Question préjudicielle: la nécessité d'une base légale et les exigences imposées à celle-ci .....	56
b.	Une base légale déterminante pour les feuilles informatives?.....	58
2.	La préposée doit-elle donner à l'administration l'occasion d'informer à titre préalable avant qu'elle ne le fasse elle-même?.....	65
III.	Réponse aux questions spécifiques .....	67
1.	L'indépendance de l'autorité de surveillance comprend-elle le libre choix de la forme sous laquelle celle-ci s'adresse au public? .....	67
2.	L'exécutif peut-il imposer des prescriptions quant au choix de la manière dont l'autorité de surveillance s'adresse au public? .....	67
3.	L'exécutif peut-il adresser à l'autorité de surveillance des prescriptions matérielles sur la manière dont elle doit s'exprimer?.....	67
4.	En ce qui concerne la feuille informative litigieuse, l'autorité de surveillance a-t-elle indûment court-circuité l'administration? .....	68
IV.	Conclusion générale.....	68
	<b>BIBLIOGRAFIE / BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>69</b>

## § 1 AUSGANGSLAGE, FRAGESTELLUNG UND VORGEHEN

1. Die Datenschutzbeauftragte des Kantons Freiburg erarbeitete (unter Einholen der Stellungnahmen der davon betroffenen Direktionen) ein **Informationsblatt** über Kontrollen in der Sozialhilfe (im Folgenden: Informationsblatt)<sup>1</sup>. Nachdem die kantonale Datenschutzkommission davon Kenntnis genommen hatte, wurde das Informationsblatt in seiner vollen Version der betroffenen Direktion für Gesundheit und Soziales zugestellt und auf der Internetseite der kantonalen Aufsichtsbehörde für Datenschutz<sup>2</sup> publiziert.

2. In der Folge entstand zwischen dem Staatsrat und der kantonalen Aufsichtsbehörde eine grundlegende Differenz betreffend die der Datenschutzbehörde zustehenden Kompetenzen.

- Nach Ansicht des *Staatsrats* darf die kantonale Aufsichtsbehörde erst intervenieren, wenn die Verwaltung ihrer Informationspflicht nicht nachkommt. Diesfalls sollte die Datenschutzkommission die Verwaltung auf die Problematik und ihre Informationspflicht aufmerksam machen. Eine *proaktive* Information durch die Aufsichtsbehörde *unter Umgehung der Verwaltung* sei nicht gesetzeskonform. Daher müsse das fragliche Merkblatt vom Internet genommen werden.
- Demgegenüber stellt sich die *kantonale Aufsichtsbehörde* auf den Standpunkt, dass es ihr Recht und ihre Pflicht sei, bei wichtigen Projekten oder sensiblen Problemen die betroffenen Kreise *von sich aus* zu informieren. Eine vorgängige Zustimmung der Exekutive sei hierfür nicht notwendig, weder in Bezug auf den *Inhalt* noch in Bezug auf die *Form* der Information. Mit der Aufforderung, das Informationsblatt zurückzuziehen, habe der Staatsrat zu Unrecht in ihre *Unabhängigkeit* eingegriffen.

3. Vor diesem Hintergrund beauftragte die Sicherheits- und Justizdirektion des Kantons Freiburg das Institut für Föderalismus mit Schreiben vom 13. Oktober 2009 mit der Ausarbeitung eines **Rechtsgutachtens**, in welchem nachfolgende Fragen zu beantworten sind<sup>3</sup>:

1. *Abklärung zum Begriff der Unabhängigkeit einer Datenschutzbehörde:*

*Es ist darzustellen, was dieser Begriff inhaltlich bedeutet, welche Aspekte er umfasst und welche Rechtsvorschriften (Kanton, Bund, internationales Recht und zwischenstaatliche Abkommen) diesen Begriff bestimmen und ob es neben dem kantonalen Recht übergeordnetes Recht gibt, welches dem Kanton verbindliche Vorgaben macht. Dabei ist die Praxis der Datenschutzbehörden in den anderen Kantonen und auf Bundesebene in diese Darstellung miteinzubeziehen.*

2. *Bezug nehmend auf diese Darstellung sind anschliessend folgende Fragen zu beantworten:*

a. *Umfasst die Unabhängigkeit der Datenschutzbehörde die freie Wahl der Form, wie die Behörde an die Öffentlichkeit tritt?*

---

<sup>1</sup> Informationsblatt Nr. 8 – Kontrollen in der Sozialhilfe, Informationsblatt über die Kontrollen in der Sozialhilfe und den Datenschutz (Februar 2009).

<sup>2</sup> <<http://www.fr.ch/sprd/>>.

<sup>3</sup> Beilage zum Schreiben der Sicherheits- und Justizdirektion vom 2. Oktober 2009.

- b. Können der Datenschutzbehörde in Bezug auf die Wahl, wie sie an die Öffentlichkeit gelangt, durch die Exekutive Vorschriften gemacht werden?*
- c. Können der Behörde seitens der Exekutive inhaltliche Vorgaben gemacht werden, wie sie sich materiell zu äussern hat?*
- d. Hat die Datenschutzbehörde in Bezug auf das fragliche Informationsblatt in unzulässiger Weise die Verwaltung umgangen?*

**4.** Das vorliegende Rechtsgutachten ist im Wesentlichen in zwei Teile gegliedert: In einem ersten Teil (§ 2) werden – unter Einbezug der Vorgaben aus dem übergeordneten Recht sowie eines Vergleichs mit der Rechtslage auf Bundesebene und in den anderen Kantonen – der Begriff und Inhalt der Unabhängigkeit der kantonalen Aufsichtsbehörde untersucht. Daran anschliessend (§ 3) sollen die im Hinblick auf die vorliegende Kompetenzstreitigkeit relevanten Fragen geklärt werden.

## § 2 BEGRIFF UND INHALT DER UNABHÄNGIGKEIT EINER DATENSCHUTZBEHÖRDE

5. Ausgangspunkt und Kern der vorliegenden Untersuchung bildet die Bestimmung von Art. 32 Abs. 1 des Freiburger Datenschutzgesetzes (DSchG)<sup>4</sup>, wonach die kantonale Aufsichtsbehörde für Datenschutz ihre Aufgaben «**unabhängig**» zu erfüllen hat. Im Folgenden soll untersucht werden, was «Unabhängigkeit» heisst und was sie im Hinblick auf die vorliegende Problemstellung beinhaltet. Dies geschieht zunächst aus dem Blickwinkel des kantonalen Rechts (I.). Danach soll analysiert werden, ob und welche Vorgaben sich für die Auslegung des kantonalen Rechts aus dem übergeordneten Recht ergeben (II.). Anschliessend sollen die Konturen des Unabhängigkeitsbegriffs durch einen rechtsvergleichenden Blick auf die Aufsichtsbehörden des Bundes und der anderen Kantone verfeinert werden (III.), bevor die daraus gewonnenen Erkenntnisse zusammengefasst werden (IV.).

### I. Nach Freiburgischem Recht

#### 1. Ausgangslage

6. Im Kanton Freiburg wird die Aufsicht über den Datenschutz von der **kantonalen Aufsichtsbehörde für Datenschutz** ausgeübt, die sich zum einen aus einer *Kommission* (kantonale Datenschutzkommission) und zum andern aus einem oder einer *Datenschutzbeauftragten* zusammensetzt (Art. 29 Abs. 1 DSchG). Diese Aufsicht wird in Art. 26 Abs. 1 DSR<sup>5</sup> als «externe» Kontrolle bezeichnet. Davon zu unterscheiden ist die Kontrolle der Einhaltung der Bestimmungen des Datenschutzes durch die vorgesetzte Behörde gemäss Art. 25 DSR.

Es existieren für die Organisation der Aufsichtsbehörde verschiedene Modelle. Während die Deutschschweizer Kantone mehrheitlich einen Datenschutzbeauftragten eingesetzt haben, entschieden sich die meisten Westschweizer Kantone in ihren Datenschutzerlassen (der ersten Generation) dafür, eine besondere Kommission zu errichten<sup>6</sup>. Der Kanton Freiburg hat gewissermassen eine Zwischenlösung gewählt und mit dem DSchG ein duales System<sup>7</sup> eingeführt. Dieses System sollte die Unabhängigkeit von der Verwaltung und die Legitimation einer vom Grosse Rat gewählten Kommission mit der Professionalität und der jederzeitigen Verfügbarkeit des Datenschutzbeauftragten verknüpfen<sup>8</sup>. Diese Unterteilung der Organisationsstruktur der Aufsichtsbehörde ist bis heute erhalten geblieben. Die Mitglieder der Kommission, welche der

---

<sup>4</sup> Gesetz vom 25. November 1994 über den Datenschutz (DSchG; SGF 17.1.).

<sup>5</sup> Reglement vom 29. Juni 1999 über die Sicherheit der Personendaten (DSR; SGF 17.15).

<sup>6</sup> Die Kantone JU und VS haben als Aufsichtsbehörde nach wie vor eine (Miliz-)Kommission eingesetzt. Im Kanton GE bestand bis zum 31.12.2009 ein solches System. Mit dem erstmaligen Inkrafttreten eines umfassenden Datenschutzgesetzes (vgl. hierzu N 76) wurden die bisher ausschliesslich von einer Kommission ausgeführten Aufgaben einem oder einer professionellen Datenschutzbeauftragten übertragen. Daneben besteht neuerdings eine Konsultativkommission,

<sup>7</sup> Im Kanton TI besteht das Aufsichtsorgan ebenfalls aus einer Kommission und einem Datenschutzbeauftragten. Am 9. Oktober 2008 hat der Grosse Rat des Kantons VS das GIDA (Gesetz über die Information der Öffentlichkeit, den Datenschutz und die Archivierung) verabschiedet, in welchem u.a. auch die Bearbeitung von Personendaten durch kantonale Behörden sowie die Anforderungen an die Aufsichtsbehörde geregelt sind. Art. 35 Abs. 1 GIDA überträgt die Aufgaben der Aufsichtsbehörde einer Kommission und einer oder einem Beauftragten. Das Inkrafttreten dieses Gesetzes, welches das momentan geltende kantonale Datenschutzgesetz hinfällig machen wird, ist zum heutigen Zeitpunkt noch ungewiss.

<sup>8</sup> Botschaft Nr. 194 zum Gesetzesentwurf über den Datenschutz vom 13. September 1994, Amtliches Tagblatt des Grossen Rates 1994, S. 3084 ff., 3107 (Botschaft DSchG).

Beauftragten übergeordnet ist, werden durch den Grossen Rat auf Vorschlag des Staatsrats bestimmt. Die Wahl der Beauftragten erfolgt allein durch den Staatsrat und gilt für eine Amtszeit von vier Jahren.

**7. Zusammensetzung, Aufgaben und Organisation** der Aufsichtsbehörde werden im Wesentlichen in den Bestimmungen von *Art. 29–32 DSchG* geregelt, wobei Art. 30 und Art. 30a der Kommission und Art. 31 dem oder der Datenschutzbeauftragten gewidmet sind, während Art. 29 und 32 auf die Aufsichtsbehörde als Ganze Anwendung finden. Im Übrigen hat die Kommission gestützt auf Art. 30 Abs. 4 DSchG die innere Organisation der Aufsichtsbehörde in einem *Reglement* geregelt<sup>9</sup>. Relevant sind ausserdem die allgemeinen Bestimmungen des Verwaltungsorganisationsrechts (im Einzelnen N 9 ff.).

**8.** Mit Bezug auf die «**Unabhängigkeit**» macht Art. 32 Abs. 1 DSchG keinen Unterschied zwischen der Kommission und dem bzw. der Datenschutzbeauftragten; beide sind als Organe der Aufsichtsbehörde gleichermassen unabhängig. Der Begriff der Unabhängigkeit wird im Gesetz selbst nicht definiert; immerhin scheint Art. 32 Abs. 1 DSchG eine aufgaben-, also funktionsbezogene Unabhängigkeit anzusprechen (vgl. zum Ganzen N 12 ff.). Im Übrigen steht er mit den Vorschriften, welche die Organisation der Aufsichtsbehörde und deren Einbettung in die kantonale Verwaltungsorganisation regeln, in unmittelbarem Zusammenhang. Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden zunächst auf die organisationsrechtliche Stellung der Aufsichtsbehörde eingegangen.

## **2. Organisationsrechtliche Stellung der Aufsichtsbehörde**

**9.** Die Organisation der Kantonsverwaltung wird in den Art. 43 ff. SVOG<sup>10</sup> in allgemeiner Weise geregelt. **Grundnorm** zur allgemeinen Gliederung der Kantonsverwaltung bildet **Art. 43 SVOG**:

Art. 43 Allgemeine Gliederung

<sup>1</sup> Die Kantonsverwaltung besteht aus sieben Direktionen; sie umfasst zudem die Staatskanzlei.

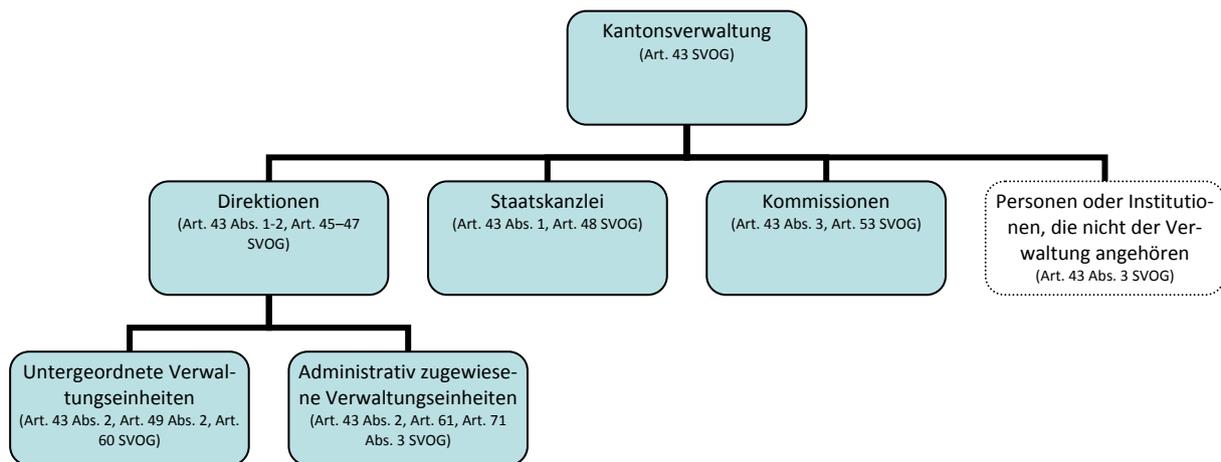
<sup>2</sup> Die Direktionen umfassen Verwaltungseinheiten, die ihnen unterstellt oder administrativ zugewiesen sind.

<sup>3</sup> Die Zuweisung von Aufgaben an Kommissionen sowie an Personen oder Institutionen, die nicht der Verwaltung angehören, bleibt vorbehalten.

---

<sup>9</sup> Reglement über die Organisation und die Arbeitsweise der kantonalen Datenschutzkommission vom 17. Februar 2009 (<[http://appl.fr.ch/sprd/de/de-bases\\_legales/reglement\\_commission\\_d.pdf](http://appl.fr.ch/sprd/de/de-bases_legales/reglement_commission_d.pdf)>; im Folgenden «Organisationsreglement»).

<sup>10</sup> Gesetz vom 16. Oktober 2001 über die Organisation des Staatsrates und der Verwaltung (SVOG; SGF 122.0.1).



- Zur Kantonsverwaltung (i.e.S.) gehören neben der **Staatskanzlei** sieben **Direktionen** (Art. 43 Abs. 1 SVOG), die ihrerseits *Verwaltungseinheiten* umfassen, welche ihnen unterstellt oder administrativ zugewiesen sind (Art. 43 Abs. 2 SVOG)<sup>11</sup>. Beide Arten von Verwaltungseinheiten werden von der zuständigen Direktion beaufsichtigt (Art. 45 Abs. 3 SVOG), wobei sich diese Aufsicht sowohl von ihrem Gegenstand als auch von ihrer Intensität her unterscheidet: Die Aufsicht über unterstellte Einheiten versteht sich als eine umfassende, die sich sowohl auf die Aufgabenerfüllung als auch auf die Geschäftsführung erstreckt und die ein allgemeines Weisungsrecht sowie das Recht beinhaltet, in eine bestimmte Sache einzugreifen (Art. 60 SVOG). Demgegenüber bleibt die Aufsicht der Direktionen über administrativ zugewiesene Verwaltungseinheiten – unter Vorbehalt spezialgesetzlicher Regelungen (Art. 61 Abs. 2 SVOG) – auf die Geschäftsführung beschränkt (Art. 61 Abs. 1 lit. b SVOG)<sup>12</sup>; im Übrigen sind solche Verwaltungseinheiten von der Direktion, der sie administrativ zugewiesen sind, unabhängig (Art. 61 Abs. 1 SVOG).

Der Staatsrat hat die den einzelnen Direktionen unterstellten und administrativ zugewiesenen Verwaltungseinheiten in einer Verordnung bestimmt<sup>13</sup>. Diese Verwaltungseinheiten regeln ihre Organisation selbst<sup>14</sup>, soweit diese nicht durch die Spezialgesetzgebung oder durch den Staatsrat festgelegt ist (Art. 71 Abs. 3 SVOG).

- **Kommissionen** (Art. 43 Abs. 3 SVOG) werden durch die Spezialgesetzgebung oder durch einen Einsetzungsbeschluss des Staatsrats geschaffen (Art. 53 Abs. 1 SVOG)<sup>15</sup>. Kommissionen sind Gremien, die dafür eingesetzt sind, für den Staat öf-

<sup>11</sup> Dabei bildet die Unterstellung die Regel; das Verhältnis der administrativen Zuordnung liegt nur dann vor, wo es die Spezialgesetzgebung ausdrücklich vorsieht (Art. 49 Abs. 2 SVOG).

<sup>12</sup> Keine direkte Aufsichtsfunktion hat die Bestimmung von Art. 61 Abs. 1 lit. a SVOG, wonach die Geschäfte, welche die Verwaltungseinheiten (die einer Direktion administrativ zugewiesen sind) dem Staatsrat unterbreiten, von der Direktion vorgelegt werden, die dabei aber ihren Standpunkt vorbringen kann.

<sup>13</sup> Vgl. Verordnung vom 9. Juli 2002 zur Bezeichnung der Verwaltungseinheiten der Direktionen des Staatsrats und der Staatskanzlei (SGF 122.0.13).

<sup>14</sup> Vgl. zum entsprechenden Organisationsreglement Fn. 9 hiavor.

<sup>15</sup> Es existieren inzwischen etwa 100 Kommissionen (Botschaft zum Gesetzesentwurf über die Organisation des Staatsrats und der Verwaltung vom 8. Januar 2001, Amtliches Tagblatt des Grossen Rates 2001, S. 1142): Vgl. etwa seit neuestem die Kommission für die Degustation von Weinen mit kontrollierter Ursprungsbezeichnung AOC (Art. 31 der Verordnung vom 1. Oktober 2009 über die Reben und den Wein; SGF 911.4.112), die Kommission für die Gleichstellung von Frau und

fentliche Aufgaben zu erfüllen, und die mindestens zum Teil aus Mitgliedern zusammengesetzt sind, die ihre Tätigkeit nebenamtlich ausüben (Art. 2 Abs. 2 KomR)<sup>16</sup>. Unter Vorbehalt einer gegenteiligen Gesetzesbestimmung gehören Kommissionen einer Direktion an, der sie aber lediglich administrativ zugewiesen sind (Art. 53 Abs. 3 SVOG, Art. 8 Abs. 1 KomR; vgl. auch N 11 in fine).

- Ausserhalb der Verwaltung stehen *Personen oder Institutionen*, denen öffentliche Aufgaben zugewiesen werden (Art. 43 Abs. 3 SVOG).

**10.** Neben der allgemeinen Regelung zur Organisation der Kantonsverwaltung sind die bereichsspezifischen Spezialerlasse zu beachten. Das **DSchG** äussert sich zur Stellung der kantonalen Aufsichtsbehörde an mehreren Stellen:

- Zentral ist die Bestimmung von Art. 32 Abs. 1 DSchG, wonach die kantonale Aufsichtsbehörde ihre Aufgaben *unabhängig* erfüllt.
- Die kantonale Aufsichtsbehörde ist der Sicherheits- und Justizdirektion *administrativ zugewiesen* (Art. 32 Abs. 2 DSchG). Entsprechend figuriert sie auch in der Liste der Einheiten, die der Sicherheits- und Justizdirektion administrativ zugewiesen sind<sup>17</sup>.
- Die Kommission regelt ihre Organisation und Arbeitsweise selbst (Art. 30 Abs. 4 DSchG)<sup>18</sup>.
- Die kantonale Aufsichtsbehörde verfügt über ein *Globalbudget*, dessen Betrag alljährlich bei der Verabschiedung des Staatsvorschlags festgelegt wird (Art. 32 Abs. 3 DSchG).
- Die kantonale *Datenschutzkommission* erstattet dem Staatsrat zuhanden des Grossen Rates jährlich einen *Bericht* über ihre Tätigkeit sowie über die Tätigkeit der oder des Datenschutzbeauftragten. Sie kann, sofern dies durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt ist, die Öffentlichkeit über ihre Feststellungen informieren (Art. 30a Abs. 2 DSchG).
- Die Mitglieder der Kommission werden auf Vorschlag des Staatsrats vom Grossen Rat für vier Jahre gewählt (Art. 30 Abs. 1 DSchG), während der oder die Datenschutzbeauftragte durch den Staatsrat ernannt wird (Art. 31 Abs. 1 DSchG).

**11.** Die **kantonale Aufsichtsbehörde für Datenschutz** ist demnach eine **Verwaltungseinheit** und als solche der *Sicherheits- und Justizdirektion administrativ zugewiesen* (vgl. Art. 32 Abs. 2 DSchG i.V.m. Art. 49 Abs. 2 SVOG und Art. 2 Abs. 2 lit. e Verordnung zur Bezeichnung der Verwaltungseinheiten der Direktionen des Staatsrats und der Staatskanzlei). Damit ist sie grundsätzlich von der Direktion *unabhängig* (Art. 61 Abs. 1 i.V.m. Art. 45 Abs.

---

Mann und für Familienfragen (Art. 2 Abs. 1 lit. b des Gesetzes vom 6. November 2003 über das Büro und die Kommission für die Gleichstellung von Frau und Mann und für Familienfragen; SGF 122.26.3), die Kommission für Grundstückerwerb (Art. 1 des Reglements vom 28. Dezember 1984 betreffend die Kommission für Grundstückerwerb; SGF 122.93.12) sowie die kantonale Kommission für Natur- und Heimatschutz (Beschluss vom 2. Juli 1968 betreffend die Organisation und die Befugnisse der kantonalen Kommission für Natur- und Heimatschutz; SGF 721.0.12).

<sup>16</sup> Reglement vom 31. Oktober 2005 über die Organisation und die Arbeitsweise der Kommissionen des Staates (SGF 122.0.61).

<sup>17</sup> Vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. e der Verordnung vom 9. Juli zur Bezeichnung der Verwaltungseinheiten der Direktionen des Staatsrats und der Staatskanzlei (SGF 122.0.13).

<sup>18</sup> Vgl. Reglement über die Organisation und die Arbeitsweise der kantonalen Datenschutzkommission vom 17. Februar 2009, online abrufbar unter:

<[http://www.fr.ch/sprd/de/de-bases\\_legales/reglement\\_commission\\_d.pdf](http://www.fr.ch/sprd/de/de-bases_legales/reglement_commission_d.pdf)>.

3 SVOG). Die Aufsicht der Direktion bleibt auf die Geschäftsführung beschränkt (Art. 61 Abs. 1 lit. b SVOG); die konkrete Art und Weise der Aufgabenerfüllung wird hingegen nicht von ihr erfasst. Eine abweichende spezialgesetzliche Regelung i.S.v. Art. 61 Abs. 2 SVOG liegt nicht vor. Immerhin verpflichtet Art. 30a Abs. 2 DSchG die Kommission, dem Staatsrat zuhänden des Grossen Rates alljährlich einen Bericht über ihre Tätigkeit sowie über die Tätigkeit der oder des Datenschutzbeauftragten zu erstatten.

Von ihrer Struktur her kommt die kantonale Datenschutzkommission (als Organ der Aufsichtsbehörde) den unabhängigen Behördenkommissionen (N 9) sehr nahe, da sie – entsprechend der Legaldefinition von Art. 2 Abs. 2 KomR – aus Mitgliedern zusammengesetzt ist, die ihre Tätigkeit nebenamtlich ausüben. Für solche Kommissionen hält das Organisationsrecht besondere Regelungen bereit<sup>19</sup>. Ihre rechtliche Stellung ist allerdings nicht wesentlich anders als der Status der Verwaltungseinheiten, die einer Direktion administrativ zugewiesen sind.

### 3. Begriff und Inhalt der «Unabhängigkeit» gemäss Art. 32 DSchG

#### a. Ausgangslage

12. Das Verhältnis der kantonalen Aufsichtsbehörde zu den Direktionen und dem Staatsrat wird durch die abstrakte **verwaltungsorganisationsrechtliche Einordnung** definiert. Demgemäss gehört die Aufsichtsbehörde zur Sicherheits- und Justizdirektion, ist dieser aber nicht unterstellt, sondern *administrativ zugewiesen*. Dieses Verhältnis beinhaltet namentlich eine reduzierte, im Wesentlichen auf die Geschäftsführung beschränkte Aufsicht. Aus dieser organisationsrechtlichen Regelung resultiert für die Aufsichtsbehörde eine gewisse *institutionelle Unabhängigkeit*.

13. Darüber hinaus schreibt Art. 32 Abs. 1 DSchG vor, dass die Aufsichtsbehörde ihre **Aufgaben unabhängig** erfüllt. Im Gegensatz zu der sich aus dem Verwaltungsorganisationsrecht ergebenden institutionellen Unabhängigkeit wird hier eine *funktionsbezogene (aufgabenbezogene) Unabhängigkeit* angesprochen. Art. 32 Abs. 1 DSchG weist dabei einen doppelten Charakter auf: Zum einen wird die Aufsichtsbehörde verpflichtet, in der Erfüllung ihrer Aufgaben unabhängig zu bleiben<sup>20</sup>. Zum andern gewährleistet das Gesetz der Behörde aber auch die Unabhängigkeit i.S. einer Aufgabenautonomie<sup>21</sup>.

#### b. Auslegung von Art. 32 Abs. 1 DSchG

14. Der in Art. 32 Abs. 1 DSchG verwendete Begriff der Unabhängigkeit wird im Gesetz nicht definiert.

Ist der Wortlaut einer Bestimmung nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss gemäss ständiger Rechtsprechung und herrschende Lehre unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente (grammatikalische, historische, systematische teleologische) nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Das Bundesgericht spricht dabei keiner Auslegungsmethode den Vorrang zu, sondern lässt sich von einem Methodenpluralismus leiten.

---

<sup>19</sup> Vgl. 53 SVOG und Art. 1 ff. KomR.

<sup>20</sup> In diesem Zusammenhang sind die Bestimmungen von Art. 32 Abs. 5 DSchG (Offenlegung der Interessenbindungen) und Art. 32 Abs. 6 DSchG (Anwendung der allgemeinen Ausstandsvorschriften des Verwaltungsverfahrensrechts) weiterführend.

<sup>21</sup> Mit Blick auf diese Autonomie von Bedeutung ist insbesondere Art. 32 Abs. 3 DSchG (Globalbudget).

Demnach sind diejenigen Elemente zu verknüpfen, die im Hinblick auf ein vernünftiges und praktikables Auslegungsergebnis am meisten überzeugen<sup>22</sup>. Bei der Auslegung muss immer auch höherrangiges internationales Recht beachtet werden, sofern solches besteht. Gemäss Art. 5 Abs. 4 BV beachten Bund und Kantone das Völkerrecht. Aufgrund von Art. 49 BV geht Völkerrecht als Teil des Bundesrechts kantonalem Recht vor. Es ist sowohl in der Lehre als auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unbestritten, dass nationales Recht völkerrechtskonform ausgelegt werden muss<sup>23</sup>.

aa. Grammatikalisches Verständnis

15. Das grammatikalische Auslegungselement liefert mit Bezug auf die Tragweite der Unabhängigkeit i.S.v. Art. 32 Abs. 1 DSchG keine wesentlichen Erkenntnisgewinne. Immerhin bezieht der Wortlaut dieser Bestimmung die Unabhängigkeit auf die **Aufgabenerfüllung** der Aufsichtsbehörde. Angesprochen wird somit – wie bereits erwähnt – die *funktionelle* Unabhängigkeit. Der französische Wortlaut («L'autorité cantonale de surveillance est indépendante dans l'exercice de ses attributions») entspricht der deutschen Textfassung. Eine Aufgabe «unabhängig erfüllen» bedeutet nach allgemeinem Sprachgebrauch soviel wie die Aufgabe «selbständig» und «autonom bewältigen», was Einmischungen eines Dritten (etwa in der Form von Weisungen) ausschliesst.

bb. Historisches Verständnis

16. Vor dem Inkrafttreten des DSchG beschränkte sich im Kanton Freiburg der Schutz der Persönlichkeitsrechte vor Verletzungen durch das Bearbeiten von Daten durch kantonale Behörden auf punktuelle Bestimmungen des Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechts sowie die Rechtsprechung zu den Grundrechten. Infolge der stetigen Entwicklung in der Informatik und der wachsenden Informationsgesellschaft entstand Ende der Achtzigerjahre auf Bundesebene und in den Kantonen das Bedürfnis nach einer systematischen und spezifischen Regelung des Datenschutzes. Am 19. Juni 1992 wurde auf *Bundesebene* nach langwierigen Vorbereitungsarbeiten das DSG<sup>24</sup> verabschiedet, welches am 1. Juli 1993 in Kraft getreten ist. Dieses Gesetz findet Anwendung auf die Bearbeitung von Personendaten durch Bundesbehörden und Private<sup>25</sup>.

17. Aufgrund einer Motion des damaligen Grossrates DOMINIQUE DE BUMANN beauftragte der Staatsrat PROF. DR. RAINER J. SCHWEIZER, einen Vorentwurf für ein **kantonales Datenschutzgesetz** zu verfassen. Dieser Vorentwurf wurde am Ende des Jahres 1990 eingereicht und zusammen mit einem ausführlichen Bericht den politischen Parteien, den betroffenen Organisationen, den Gemeinden und den Dienststellen der kantonalen Verwaltung zur Vernehmlassung zugeschiedt. Nach Eingang der Stellungnahmen überarbeitete eine Arbeitsgruppe unter der Mitwirkung des Stellvertreters des EDÖB, JEAN PHILIPPE WALTER, die erste Fassung und lieferte damit die Grundlage für den späteren Gesetzesentwurf<sup>26</sup>. In der Botschaft zum

---

<sup>22</sup> Vgl. etwa BGE 125 II 177, E. 3 S. 179 ff.; 134 II 249, E. 2.3 S. 251; 135 V 153, E. 4.1 S. 158.

<sup>23</sup> Vom Bundesgericht erstmals in aller Deutlichkeit festgehalten in BGE 94 I 669, E. 6 S. 678 ff.; vgl. auch die gemeinsame Stellungnahme des Bundesamtes für Justiz und der Direktion für Völkerrecht und Landesrecht im Rahmen der Schweizerischen Rechtsordnung, in: VPB 53(1989), Nr. 54, S. 394 ff.; KÄLIN/EPINEY, S. 96 ff. – Auf die Besonderheiten der sog. «Schubert-Praxis» und ihrer Relativierung in der neueren Rechtsprechung kann an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

<sup>24</sup> Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (SR 235.1).

<sup>25</sup> Art. 2 Abs. 1 DSG.

<sup>26</sup> Botschaft DSchG (Fn. 8), S. 3085.

Gesetzesentwurf des DSchG vom 13. September 1994 äusserte sich der Staatsrat nicht explizit zum Begriff der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde. Immerhin begründete er die Wahl der Kommission durch den Grossen Rat u.a. mit der Gewährleistung der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde gegenüber der kantonalen Exekutive und der von ihr abhängigen Verwaltung<sup>27</sup>. Im Übrigen äusserte er sich zur Funktion und zum Tätigkeitsspektrum der Aufsichtsbehörde wie folgt (Hervorhebungen durch die Verfasser):

*«Die Wirksamkeit des Datenschutzes beruht zu einem grossen Teil darauf, dass die betroffene Person Rechte geltend machen kann, das heisst im Wesentlichen:*

- *dass sie Auskunft über ihre Daten verlangen kann,*
- *dass sie fehlerhafte oder widerrechtlich bearbeitete Daten berichtigen oder vernichten lassen kann,*
- *und dass sie im Falle von widerrechtlichem Bearbeiten Schadenersatz verlangen kann.*

*Diese Rechte erlauben den betroffenen Personen, eine gewisse Kontrolle darüber auszuüben, wie die Verwaltung Informationen über sie bearbeitet. Diese Kontrolle soll auch eine **vorbeugende** Rolle spielen.*

*In der Praxis haben die Rechte, die die Gesetzgebung über den Datenschutz den Bürgern einräumt, jedoch nur eine beschränkte Wirkung. Daher setzt der Entwurf eine unabhängige Aufsichtsbehörde ein, die befugt ist, **umfassende Ermittlungen** vorzunehmen. Sie hat zwei Aufgaben: einerseits übt sie eine **Kontrollfunktion** aus, und andererseits ist sie **Beratungsorgan**.»<sup>28</sup>*

**18.** Aus der Botschaft des Staatsrats zur letzten **Teilrevision des DSchG vom 8. Mai 2008** geht unmissverständlich hervor, dass die zuständigen Organe in erster Linie beabsichtigten, das *kantonale Recht mit den internationalen Verpflichtungen in Einklang zu bringen*, welche sich aus der Richtlinie 95/46/EG (RL; N 52 ff.) und dem Zusatzprotokoll zur Datenschutzkonvention des Europarates (ZP; N 44 ff.) ergeben. So beschränkte sich der Auftrag der mit der Ausarbeitung des Gesetzesentwurfs beschäftigten Arbeitsgruppe explizit darauf, das DSchG an die internationalen Vorgaben anzupassen<sup>29</sup>. Dabei diente der Arbeitsgruppe die von Dr. BEAT RUDIN im Auftrag der Konferenz der Kantonsregierungen erstellte Wegleitung als Arbeitsgrundlage<sup>30</sup>. Mit Bezug auf die Unabhängigkeit begnügte sich der Staatsrat im Wesentlichen mit der Feststellung, dass diese sowohl in institutioneller als auch in personeller Hinsicht durch die bisherige Regelung bereits weitgehend gesichert sei. Insbesondere sei zu beachten, dass die Aufsichtsbehörde lediglich administrativ einer Direktion des Staatsrats zugewiesen sei und zwischen dieser Behörde einerseits und der Exekutive und der Verwaltung andererseits folglich kein Subordinationsverhältnis bestehe<sup>31</sup>. Immerhin sei es sinnvoll, zur

---

<sup>27</sup> Botschaft DSchG (Fn. 8), S. 3108.

<sup>28</sup> Botschaft DSchG (Fn. 8), S. 3087.

<sup>29</sup> Botschaft Nr. 56 zum Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über den Datenschutz (Anpassung an das internationale Recht, insbesondere an die Abkommen von Schengen und Dublin) vom 4. März 2008, Amtliches Tagblatt des Grossen Rates 2008, S. 664 ff. (Botschaft DSchG II).

<sup>30</sup> Botschaft DSchG II (Fn. 29), S. 665.

<sup>31</sup> Botschaft DSchG II (Fn. 29), S. 665 f.

Stärkung dieser Unabhängigkeit die Bestimmungen von Art. 30 und 32 DSchG anzupassen<sup>32</sup>. Diese *Präzisierungen* betreffen Aspekte der institutionellen<sup>33</sup>, der fachlichen<sup>34</sup>, persönlichen<sup>35</sup> und materiellen<sup>36</sup> Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde.

**19.** Die Entstehungsgeschichte des DSchG sowie die Materialien zur Teilrevision vom 8. Mai 2008 verdeutlichen, dass der historische Gesetzgeber stets darauf bedacht war, das kantonale Datenschutzrecht **in Einklang mit den höherrangigen Verpflichtungen** (Bundesrecht, Völkerrecht) zu bringen. Vor diesem Hintergrund ist sowohl für den Begriff der Unabhängigkeit als auch für die Aufgaben und Befugnisse der kantonalen Datenschutzaufsichtsstelle eine völkerrechtskonforme Auslegung der Bestimmungen des DSchG angezeigt.

cc. Gesetzssystematik

**20.** Bei einer Betrachtung der **Systematik des DSchG** fällt auf, dass Art. 32 DSchG verschiedene Aspekte der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde vereint:

- An erster Stelle normiert Art. 32 DSchG eine Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde bei der Erfüllung der ihr durch die Gesetzgebung übertragenen Aufgaben, ohne diese Unabhängigkeit näher zu präzisieren. Diese sog. *funktionelle* Unabhängigkeit betrifft die Art und Weise der Aufgabenerfüllung. Die Aufgaben und Befugnisse der Aufsichtsbehörde ergeben sich aus Art. 30a und Art. 31 DSchG.
- Im zweiten Absatz wird ein besonderer Aspekt der *institutionellen* Unabhängigkeit angesprochen, der unmittelbar mit der organisationsrechtlichen Stellung der Aufsichtsbehörde in Zusammenhang steht. Gemäss Art. 49 Abs. 2 SVOG werden nämlich Verwaltungseinheiten nur dann den Direktionen administrativ zugewiesen, wenn dies spezialgesetzlich vorgesehen ist (N 9).

Für die institutionelle Unabhängigkeit von Relevanz sind auch die Bestimmungen zu Wahlmodus, Zusammensetzung, Organisation und Arbeitsweise der Kommission (Art. 30 DSchG). Relativiert wird die Unabhängigkeit durch die Aufsicht gemäss Art. 61 Abs. 2 lit. b SVOG sowie die in Art. 30a Abs. 2 SVOG festgehaltene Pflicht, dem Staatsrat zuhänden des Grossen Rates alljährlich einen Bericht über die Tätigkeit der Kommission und der Datenschutzbeauftragten zu erstatten.

Einen besonderen Aspekt der institutionellen Unabhängigkeit stellt gemäss der Auffassung des Staatsrats auch die Budgetautonomie dar; hierzu findet sich in Art. 32 Abs. 3 DSchG eine entsprechende Regelung<sup>37</sup>. Zur Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde gehört es auch, dass diese über ein eigenes Budget verfügt, über das sie entsprechend ihren Bedürfnissen in Zusammenhang mit der Erfüllung ihrer Aufgaben frei verfügen kann<sup>38</sup>. Dieser Aspekt der Unabhängigkeit wird im Schrifttum teilweise auch als «*materielle*» Unabhängigkeit umschrieben<sup>39</sup>. Gemäss dem Jahresbericht 2008 der kantonalen Aufsichtsbehörde für Datenschutz waren die Datenschutzbeauftragte wie auch deren Sekretärin in den

---

<sup>32</sup> Botschaft DSchG II (Fn. 29), S. 666.

<sup>33</sup> So hinsichtlich der Präzisierung der Amtszeit (Art. 30 Abs. 1 DSchG).

<sup>34</sup> So hinsichtlich der fachlichen Qualifikation der Kommission und ihres Präsidenten (Art. 30 Abs. 2 DSchG).

<sup>35</sup> Vgl. diesbezüglich Art. 32 Abs. 5 (Offenlegung Interessenbindung) und Abs. 6 DSchG (Ausstand). Die Schweigepflicht von Art. 32 Abs. 4 DSchG entsprach bereits der bisherigen Regelung; vgl. zum Ganzen Botschaft, DSchG II (Fn. 29), S. 672.

<sup>36</sup> Vgl. diesbezüglich Art. 32 Abs. 3 DSchG (Globalbudget) sowie dazu Botschaft DSchG II (Fn. 29), S. 672.

<sup>37</sup> Botschaft DSchG II (Fn. 29), S. 665.

<sup>38</sup> Botschaft DSchG II (Fn. 29), S. 672.

<sup>39</sup> HÄNER, S. 11.

Jahren 2000–2008 jeweils zu 50% erwerbstätig. Im Berichtsjahr wurde die Datenschutzbeauftragte zuerst von einer juristischen Praktikantin, dann von einem Juristen in Teilzeitarbeit bei denjenigen Arbeiten, die juristische Recherchen erforderten (Instruktion der Dossiers, Vorbereitung von Stellungnahmen, Verfassen von Merkblättern) sowie bei der Führung des Registers zur Anmeldung der Datensammlungen unterstützt<sup>40</sup>. In der Lehre wurden Zweifel laut, ob diese personelle Dotierung der Freiburger Datenschutzaufsicht tatsächlich den Anforderungen an die Unabhängigkeit genügt. Es fällt in der Tat auf, dass die Datenschutzbeauftragte im Vergleich zu anderen Kantonen mit relativ geringer personeller Ausstattung auszukommen hat<sup>41</sup>.

- Im vierten, fünften und sechsten Absatz finden sich schliesslich Vorschriften, welche die **persönliche** Unabhängigkeit der Mitglieder der Aufsichtsbehörde gewährleisten sollen. Die Mitglieder der Aufsichtsbehörde dürfen für die Erfüllung ihrer Aufgaben keinen Interessenkonflikten ausgesetzt sein<sup>42</sup>. Zu diesem Zweck werden sie verpflichtet, ihre öffentlichen und privaten Interessenbindungen offen zu legen (Art. 32 Abs. 5 DSchG) und bei persönlicher Betroffenheit in den Ausstand zu treten (Art. 32 Abs. 6 DSchG). Zu den personellen Aspekten der Unabhängigkeit gehört auch, dass die Mitglieder der Aufsichtsbehörde über die zur Erfüllung der Aufgaben notwendigen fachlichen Qualifikationen verfügen (vgl. Art. 30 Abs. 2–3 DSchG)<sup>43</sup>.

**21.** Zieht man für das Verständnis der Vorschriften im DSchG die **Regelungen des kantonalen Verwaltungsorganisationsrechts** hinzu, finden sich dort hauptsächlich weitere Präzisierungen und Konkretisierungen zur institutionellen Unabhängigkeit (vgl. N 9 ff.), die aber auch für das Verständnis des Begriffs der Unabhängigkeit schlechthin von Nutzen sind. Da die Aufsichtsbehörde lediglich administrativ einer Direktion des Staatsrats zugewiesen ist, besteht weder zur Direktion noch zum Staatsrat ein Subordinationsverhältnis<sup>44</sup>. Aus der primär organisationsrechtlichen Regelung von Art. 61 SVOG ist (e contrario) zu schliessen, dass die Aufsichtsbehörde mit Bezug auf die Art und Weise der Aufgabenerfüllung gerade nicht der Aufsicht durch die Direktion (oder den Staatsrat) untersteht und somit den aufsichtsrechtlichen Instrumenten zur Steuerung und Kontrolle der Tätigkeit der Verwaltungseinheiten (vgl. Art. 60 SVOG) die Anwendung versagt bleibt.

**22.** Einen Anwendungsfall der systematischen Auslegung bildet die **völkerrechtskonforme** Interpretation, nach welcher der Sinn des Landesrechts so zu ermitteln ist, dass es nicht im Widerspruch zum Völkerrecht steht<sup>45</sup>. Die völkerrechtskonforme Auslegung deckt sich im vorliegenden Fall mit der historischen, war es doch gerade Sinn und Zweck der letzten Teilrevision des DSchG, die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde im Hinblick auf die *Einhaltung der Vorgaben* aus dem Abkommen von Schengen/Dublin (N 47 ff.) und dem Zusatzprotokoll zum Übereinkommen des Europarats zum Schutz des Menschen bei der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten (N 44 ff.) zu stärken und zu präzisieren<sup>46</sup>.

---

<sup>40</sup> Rapport sur l'activité de l'Autorité de surveillance en matière de protection des données pour la période du 1er janvier au 31 décembre 2008/Bericht über die Tätigkeit der kantonalen Aufsichtsbehörde für Datenschutz vom 1. Januar bis 31. Dezember 2008, S. 25.

<sup>41</sup> EPINEY ET AL., S. 308.

<sup>42</sup> Botschaft DSchG II (Fn. 29), S. 665.

<sup>43</sup> Botschaft DSchG II (Fn. 29), S. 665 und 672.

<sup>44</sup> Vgl. Art. 61 SVOG; Botschaft DSchG II (Fn. 29), S. 665 f.

<sup>45</sup> Zum Ganzen HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 162 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 232 m.w.H.

<sup>46</sup> Botschaft DSchG II (Fn. 29), S. 664 und 665.

dd. Teleologische Auslegung

23. Die teleologische Auslegung von Art. 32 DSchG (insb. Abs. 1) führt zu den gleichen Ergebnissen wie die historische und systematische Interpretation.

d. *Zwischenergebnis*

24. Die im DSchG verankerten Vorschriften zur Unabhängigkeit der kantonalen Aufsichtsbehörde müssen bereits aufgrund der Entstehungsgeschichte des Gesetzes und des Willens des Gesetzgebers bei der Teilrevision vom 8. Mai 2008 in Übereinstimmung mit den **Vorgaben aus dem übergeordneten Recht** (insbesondere dem *internationalen* Recht) ausgelegt werden. Im Zentrum dieser Vorgaben steht – wie noch zu zeigen sein wird (N 36 und 53 ff.) – das Erfordernis der «völligen Unabhängigkeit» der Aufsichtsbehörde.

25. Vor dem Hintergrund dieser Vorgaben wird ersichtlich, dass der Begriff der Unabhängigkeit verschiedene Aspekte beinhaltet. An erster Stelle steht dabei – was auch aus dem Aufbau von Art. 32 DSchG ersichtlich wird – die **funktionelle Unabhängigkeit**, nach welcher die Aufgabenerfüllung allein bei der Aufsichtsbehörde liegt, die über die Art und Weise der Aufgabenerfüllung autonom entscheidet. Die funktionelle Unabhängigkeit verlangt ein absolutes Einwirkungsverbot anderer Behörden in die Aufgabenerfüllung der Aufsichtsbehörde. Diese ist im Rahmen der ihr zur Verfügung stehenden Mittel und der gesetzlichen und verfassungsmässigen Rahmenbedingungen (insb. Art. 5 BV) hinsichtlich ihrer konkreten Aufgabenerfüllung frei.

26. Die anderen Aspekte der Unabhängigkeit – die **institutionelle** (organisatorische) und **personelle** –, die im DSchG und im SVOG ebenfalls an verschiedenen Stellen konkretisiert werden, erfüllen im Verhältnis zur funktionellen Unabhängigkeit wichtige *Hilfsfunktionen*. So setzt die Unabhängigkeit in der Aufgabenerfüllung beispielsweise voraus, dass keine andere Instanz über die Wahl oder die Aufsicht auf die Aufgabenerfüllung der Kommission oder der Datenschutzbeauftragten einwirken kann.

27. Um den weiteren Gehalt der vom DSchG geforderten Unabhängigkeit herauszuarbeiten, müssen nun die Vorgaben des Bundes- und des internationalen Rechts, welche für die Kantone verbindlich sind, näher betrachtet werden.

## II. Vorgaben aus dem übergeordneten Recht

### 1. Bundesrecht

28. Im Folgenden ist zunächst zu prüfen, inwiefern sich aus dem Bundesrecht Vorgaben für die Organisation und die Unabhängigkeit der kantonalen Aufsichtsbehörden (Kontrollstellen) ergeben. Diese Minimalanforderungen sind – wie gesehen – auch für das Verständnis des in Art. 32 DSchG verwendeten Begriffs der Unabhängigkeit wegleitend.

a. *«Richterliche Unabhängigkeit» gemäss Art. 30 Abs. 1 BV?*

29. Nach der Garantie des verfassungsmässigen Richters (Art. 30 Abs. 1 BV) hat der Einzelne Anspruch darauf, dass seine Sache von einem unparteiischen, unvoreingenommenen

und unbefangenen Richter ohne Einwirken sachfremder Umstände entschieden wird. Liegen bei objektiver Betrachtungsweise Gegebenheiten vor, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit zu begründen vermögen, so ist die Garantie verletzt.<sup>47</sup>

**30.** Unabhängig von der Frage, ob eine verfassungsmässige (Art. 29a BV) bzw. völkerrechtliche (Art. 6 Ziff. 1 EMRK) Zugangsgarantie zu einem Gericht besteht, kommen die Gewährleistungen von Art. 30 Abs. 1 BV immer dann zur Anwendung, wenn eine Behörde eine spezifisch gerichtliche Funktion wahrnimmt. Entsprechend gilt Art. 30 Abs. 1 BV nicht nur für ein Gericht oder einen Richter im streng formellen Sinne, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch für andere Institutionen wie Staatsanwaltschaften oder Untersuchungsrichterämter. Massgeblich ist einzig, dass diese Institutionen in richterlicher Funktion tätig werden<sup>48</sup>. In allen anderen Konstellationen – etwa im herkömmlichen Verwaltungs- und Verwaltungsbeschwerdeverfahren – fällt die Tätigkeit von Verwaltungsbehörden nicht in den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 30 BV. Die strengen Anforderungen an die *institutionelle* Unabhängigkeit der Gerichte gelten deshalb für sie nicht<sup>49</sup>.

**31.** Die kantonale Aufsichtsbehörde für Datenschutz ist kein Gericht, sondern eine dezentrale Verwaltungseinheit, welche vorwiegend als Aufsichts- und Kontrollbehörde hinsichtlich der Bearbeitung von Personendaten tätig ist. Erst wenn eine von der Kommission abgegebene Empfehlung (Art. 22a DSchG) von der betreffenden Behörde nicht befolgt wird und die Aufsichtsbehörde gemäss Art. 22a Abs. 4 DSchG Beschwerde führt, erfolgt die Beurteilung des Rechtsstreits durch ein Gericht, welches diesfalls den Anforderungen von Art. 30 Abs. 1 BV zu entsprechen hat. Gleiches gilt auch im Zusammenhang mit einem streitigen Verfahren über die Beurteilung der Ansprüche im Fall von Persönlichkeitsverletzungen i.S.v. Art. 26 f. DSchG. **Aus Art. 30 Abs. 1 BV lässt sich deshalb hinsichtlich der Anforderungen an die Unabhängigkeit der kantonalen Datenschutzaufsicht nichts ableiten.**

Hinsichtlich der Einwirkungsbefugnisse der Aufsichtsbehörde sind die einzelnen Systeme in den Kantonen und beim Bund sehr unterschiedlich ausgestaltet. Anders präsentiert sich die Gesetzeslage etwa im Kanton Basel-Landschaft, wo die Aufsichtsbehörde gesetzlich die Befugnis erhält, eine Weisung in Form einer *Verfügung* zu erlassen, falls die angesprochene kantonale Behörde sich weigern sollte, der ersten Empfehlung Folge zu leisten<sup>50</sup>. Auch die Kantone Bern, Basel-Stadt, Jura, Schaffhausen und Thurgau sehen ein solches System vor. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass Art. 30 BV für das entsprechende Verwaltungsverfahren nicht zur Anwendung gelangt, da die Aufsichtsbehörde keine richterlichen Funktionen wahrnimmt, sondern gesetzlich übertragene Verwaltungsaufgaben ausführt.

*b. «Unabhängigkeit» als Ausfluss der Verfahrensfairness (Art. 29 Abs. 1 BV)?*

**32.** Nach **Art 29 Abs. 1 BV** hat jede Person in *Verfahren* vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist. Dieses allgemeine Fairnessgebot kommt im Sinne eines Auffangtatbestandes zur Anwendung, wenn die spezifischeren Garantien von Art. 30–32 BV nicht einschlägig sind. Es beinhaltet unter anderem, dass eine *Verwaltungsbehörde* eine Rechtssache unvoreingenommen und unbefangene behandelt.

---

<sup>47</sup> Vgl. BGE 120 Ia 184 E. 2b S. 187; 125 I 119, E. 3a S. 122; 126 I 68, E. 3a S. 73.

<sup>48</sup> Vgl. BGE 102 Ia 179, E. 3 S. 180; 112 Ia 142, E. 2a S. 143; 119 Ia 264, E. 4.3 S. 268; 124 I 255, E. 4 S. 261; zum Ganzen eingehend MÜLLER/SCHEFER, S. 928 ff.

<sup>49</sup> MÜLLER/SCHEFER, S. 947 f.

<sup>50</sup> Vgl. § 25 Abs. 4 Datenschutzgesetz BL (Gesetz vom 7. März 1991 über den Schutz von Personendaten; SGS 162).

**33.** Anspruchsberechtigte sind neben natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts auch öffentlich-rechtliche Körperschaften, sofern sie durch einen Eingriff wie ein Privatsubjekt betroffen sind<sup>51</sup>. Für den **Anwendungsbereich** dieses verfassungsmässigen Rechts ist weiter vorausgesetzt, dass ein Anspruchsberechtigter in einem *Gerichts- oder Verwaltungsverfahren* Parteistellung innehat. Insofern findet die verfassungsmässige Garantie von Art. 29 BV in Zusammenhang mit der Tätigkeit der Datenschutzaufsicht nur Anwendung, wenn gegen ein bestimmtes Rechtssubjekt ein (Verwaltungs-)Verfahren eröffnet wird. Das Verfahren muss sich auf dessen schutzwürdige Interessen nachteilig auswirken. Dabei genügt eine blossе faktische Beeinträchtigung. Eine materielle Beeinträchtigung muss dem Betroffenen nicht zukommen<sup>52</sup>.

Die Datenschutzaufsichtsbehörde des Kantons Freiburg führt selbst keine Verwaltungsverfahren durch. Zwar hat sie bei einer Verletzung oder einer möglichen Verletzung der Datenschutzvorschriften das betroffene öffentliche Organ aufzufordern, innert einer bestimmten Frist die nötigen Abhilfemassnahmen zu treffen (Art. 22a Abs. 1 DSchG). Es handelt sich dabei aber lediglich um einen Realakt («Empfehlung», vgl. Art. 22a Abs. 3 DSchG) und nicht um eine Verfügung, der ein Verwaltungsverfahren vorangeht, so dass die **Minimalgarantien von Art. 29 Abs. 1 BV nicht zur Anwendung gelangen**<sup>53</sup>.

Selbst für den Fall, dass die Minimalanforderungen von Art. 29 BV an die Verfahrensfairness auch im Kontext von Art. 22a DSchG per analogiam zur Anwendung gelangen sollten, würde sich die Garantie lediglich auf eine *personelle* Unabhängigkeit im Sinne einer Unbefangenheit der in ein Verfahren involvierten Mitglieder der Datenschutzaufsicht beschränken. In dieser Hinsicht entsprechen die Anforderungen von Art. 29 Abs. 1 BV an die Unparteilichkeit der Behördenmitglieder im Wesentlichen jenen, die Art. 30 Abs. 1 BV an die Unparteilichkeit der Richter stellt<sup>54</sup>. Hingegen garantiert Art. 29 Abs. 1 BV keine organisatorische Unabhängigkeit, sondern bezieht sich auf die personelle Zusammensetzung der zuständigen Behörde. Allein im Lichte von Art. 29 Abs. 1 BV wäre es den Kantonen nicht untersagt, die Datenschutzaufsichtsbehörden als untergeordnete Verwaltungseinheiten in die Hierarchie der Zentralverwaltung einzugliedern.

c. *«Unabhängigkeit» aufgrund der staatlichen Pflicht zum Schutz der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 2 i.V.m. Art. 35 BV)?*

**34.** Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) gewährleistet dem Einzelnen, grundsätzlich selber darüber bestimmen zu dürfen, wem und wann er persönliche Lebenssachverhalte, Gedanken, Empfindungen oder Emotionen offenbart. Der grundrechtliche Schutz betrifft jedes staatliche Erheben, Sammeln, Verarbeiten, Aufbewahren oder Weitergeben von Angaben, die einen Bezug zur Privatsphäre haben und somit – entgegen dem eigentlichen Wortlaut – nicht nur den Schutz vor Datenmissbrauch<sup>55</sup>. Als Personendaten im Sinne der informationellen Selbstbestimmung gelten alle Angaben, welche sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen lassen<sup>56</sup>.

**35.** Als Grundrecht verpflichtet Art. 13 Abs. 2 BV in erster Linie die staatlichen Organe, bei der Erfüllung ihrer Aufgaben ungerechtfertigte Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in der Form von unbefugter Datenbearbeitung zu unterlassen sowie den

---

<sup>51</sup> STEINMANN, in: St. Galler Kommentar, N 8 zu Art. 29.

<sup>52</sup> MÜLLER/SCHEFER, S. 949.

<sup>53</sup> Anders verhält es sich in den Kantonen, die der Aufsichtsbehörde eine *unmittelbare* Anordnungs- bzw. Verfügungsbefugnis zugestehen (vgl. N 31): In diesen Verfahren muss Art. 29 Abs. 1 BV wohl Anwendung finden.

<sup>54</sup> Vgl. auch Art. 32 Abs. 6 DSchG, der auf die allgemeinen Ausstandsgründe nach den Art. 21–25 VRG (Gesetz vom 23. Mai 1991 über die Verwaltungsrechtspflege; SGF 150.1) verweist.

<sup>55</sup> BIAGGINI, N 11 zu Art. 13; MÜLLER/SCHEFER, S. 167 ff.; SCHWEIZER, in: St. Galler Kommentar, N 41 zu Art. 13.

<sup>56</sup> SCHWEIZER, in: St. Galler Kommentar, N 41 zu Art. 13.

Privaten Einsicht in angelegte Personendaten zu gewähren (Art. 35 Abs. 2 BV). Damit ist allerdings noch nicht gewährleistet, dass der Schutz der Privatsphäre auch tatsächlich gewährleistet wird und die entsprechenden Ansprüche wahrgenommen werden können. Die effektive Wahrnehmung der Grundrechte setzt – so die h. Grundrechtstheorie, die in der neuen Bundesverfassung in Art. 35 BV ihren Niederschlag gefunden hat – das Vorhandensein gewisser (struktureller) Rahmenbedingungen voraus. Dazu können insbesondere auch Behörden- und Verfahrensstrukturen gehören<sup>57</sup>. Im Zuge der sich rasant entwickelnden Informations- und Kommunikationstechnologien erkannten die richterlichen Instanzen (auch auf europäischer Ebene)<sup>58</sup> schon früh, dass eine einzelne Person aufgrund des Machtgefälles und der durch den Staat vorgegebenen Strukturen ihre grundrechtlichen Datenschutzansprüche nur mit grösster Mühe geltend machen bzw. durchsetzen könnte, wenn sie auf sich allein gestellt wäre. Zur Unterstützung des Privaten für die Durchsetzung seiner verfassungsmässigen Rechte ist daher das Vorhandensein einer öffentlichen Instanz erforderlich, welche die öffentlichen (und privaten) bearbeitenden Stellen und Personen mindestens bezüglich grundsätzlicher und systematischer Fehler beaufsichtigt. Eine *unabhängige Kontrollstelle* kann mit ihrem Fachwissen auf effiziente Weise allfällige Mängel einer Datenbearbeitung feststellen und diese durch Beratung und Mediation zwischen dem Bearbeiter und dem Betroffenen korrigieren, ohne dass der u.U. langwierige und kostenträchtige Rechtsweg beschritten werden müsste<sup>59</sup>. Vor diesem Hintergrund beinhaltet Art. 13 Abs. 2 BV (i.V.m. Art. 35 Abs. 1 BV) neben einklagbaren Ansprüchen auch die programmatische (d.h. an den Gesetzgeber gerichtete) Verpflichtung zur Schaffung einer Kontrollstelle, die von den staatlichen Organen, welche sie beaufsichtigt, hinreichend unabhängig ist.

## 2. Völkerrecht

**36.** Auf internationaler Ebene bestehen zahlreiche Rechtsinstrumente, welche in unterschiedlicher Form und mit unterschiedlicher Verbindlichkeit zur internationalen Harmonisierung des Datenschutzes ausgearbeitet worden sind. Diese Vorgaben betreffen teilweise insbesondere auch die Ausgestaltung der Datenschutzaufsicht in Bund und Kantonen.

### a. Vereinte Nationen

**37.** Auf universeller Ebene sind insbesondere die von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 4. Dezember 1990 angenommenen Richtlinien zur Verarbeitung personenbezogener Daten in automatisierten Dateien<sup>60</sup> erwähnenswert. Mit diesen Richtlinien wurde bezweckt, den Datenschutzgedanken in alle UN-Mitgliedstaaten zu verbreiten, diese zu sensibilisieren und jenen Staaten, die noch nicht über geeignete rechtliche Instrumente verfügen, Impulse für ihre interne Rechtsetzung zu geben. Entsprechend enthalten die Richtlinien allgemeine Grundsätze, die bei der nationalen Gesetzgebung in den Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen berücksichtigt werden sollen. Art. 8 der Richtlinien («Überwachung und Sanktionen») enthält die Forderung nach kompetenten und unabhängigen Datenschutzinstan-

---

<sup>57</sup> Vgl. zum Ganzen eingehend WALDMANN, S. 20 ff.; BREITENMOSER, in: St. Galler Kommentar, N 8 zu Art. 13.

<sup>58</sup> Vgl. die nachfolgenden Ausführungen zu Art. 8 EMRK.

<sup>59</sup> SCHWEIZER, in: St. Galler Kommentar, N 48 zu Art. 13.

<sup>60</sup> «*Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files*», Doc. E/CN.4/1990/72, angenommen durch die Generalversammlung in der Resolution 45/95 vom 4.12.1990. Im Internet abrufbar unter <<http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/71.htm>>.

zen. Die Regelung fordert die Schaffung einer öffentlichen Stelle, welche die Einhaltung der in den Richtlinien aufgestellten Grundsätze überwacht. Sie muss Garantien für Unparteilichkeit und fachliche Kompetenz bieten<sup>61</sup>.

**38.** Allerdings entfalten die in den Richtlinien enthaltenen Verpflichtungen völkerrechtlich keine Bindungswirkung, d.h. eine Pflicht zur tatsächlichen Umsetzung in die innerstaatliche Rechtsordnung besteht nicht. Es handelt sich um sog. «soft law». Die Bedeutung dieser Normen bleibt damit – da die Voraussetzungen für ihre Anerkennung als Völkergewohnheitsrecht noch nicht vorliegen dürften – auf die Rolle eines blossen rechtspolitischen Anhaltspunktes beschränkt, was nach EPINEY auch insofern zu bedauern ist, als sie inhaltlich die zu beachtenden datenschutzrechtlichen Anforderungen in recht klarer Weise umschreiben<sup>62</sup>.

#### *b. OECD*

**39.** Am 23. September 1980 erließ der Rat der OECD **Leitlinien für den Schutz der Privatsphäre und grenzüberschreitende Ströme personenbezogener Daten**<sup>63</sup>. Diese sind jedoch völkerrechtlich nicht verbindlich. Inhaltlich zielen die OECD-Leitlinien insgesamt eher auf die Liberalisierung des grenzüberschreitenden Datentransfers als auf den Schutz subjektiver Persönlichkeitsrechte ab. Datenschutzregelungen werden in erster Linie als potenzielle Hindernisse des internationalen Datenaustauschs angesehen. Zudem sind die Formulierungen der Leitlinien in weiten Teilen recht vage gehalten, so dass ihnen kaum präzise Vorgaben entnommen werden können und ihre Effektivität letztlich entscheidend vom Umsetzungswillen der Mitgliedstaaten abhängt<sup>64</sup>. Zum Erfordernis einer unabhängigen Datenschutzkontrollstelle auf Ebene der Mitgliedstaaten äussern sich diese Leitlinien nicht.

#### *c. Europarat*

##### *aa. EMRK*

**40.** In **Art. 8 EMRK** wird das **Recht auf Privatleben** gewährleistet. Im Laufe der Zeit hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in seiner umfangreichen Rechtsprechung den Schutzbereich dieser Garantie kontinuierlich erweitert und insbesondere auch den Schutz von persönlichen Daten sukzessive als ein Element dieses Rechts anerkannt. Ein generelles, selbständiges und ausdrücklich in Art. 8 EMRK verankertes Recht auf Datenschutz bzw. informationelle Selbstbestimmung – wie es Art. 13 Abs. 2 BV für die Schweiz vorsieht – besteht allerdings auf europäischer Ebene bislang noch nicht<sup>65</sup>.

**41.** Der Menschenrechtsschutz der EMRK beschränkt sich nicht auf die Abwehr von unrechtmässigen Eingriffen in die gewährleisteten Freiheitsrechte, sondern beinhaltet auch **Verpflichtungen zur organisatorischen und verfahrensrechtlichen Sicherung** der Grundrech-

---

<sup>61</sup> EPINEY ET AL., S. 78.

<sup>62</sup> EPINEY, in: Epiney/Theuerkauf, S. 29 f.

<sup>63</sup> «*OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*»; online abrufbar unter:

<[http://www.oecd.org/document/18/0,2340,en\\_2649\\_34255\\_1815186\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/18/0,2340,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html)>; deutsche Zusammenfassung: <<http://www.oecd.org/dataoecd/16/7/15589558.pdf>>.

<sup>64</sup> EPINEY, in: Epiney/Theuerkauf, S. 21.

<sup>65</sup> Vgl. SCHEFER/STÄMPFLI, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny, S. 138 f.; s. auch die weiterführenden Hinweise bei STÄMPFLI, S. 99 ff.

te<sup>66</sup>. Im Zusammenhang mit dem Schutz der Privatsphäre kann auf folgende wegleitende Urteile des EGMR hingewiesen werden:

- Im Entscheid *Klass et al. vs. Deutschland* machte der EGMR klar, dass anlässlich der Beurteilung der Rechtmässigkeit (Verhältnismässigkeit) von geheimen Überwachungsmassnahmen im Rahmen von Art. 8 Ziff. 2 EMRK immer auch zu prüfen ist, ob der Staat angemessene und wirksame Garantien gegen Missbrauch getroffen hat, was im vorliegenden Fall bejaht werden konnte<sup>67</sup>. Diese Rechtsprechung wurde u.a. im Entscheid *Leander vs. Schweden* bestätigt: «Nevertheless, in view of the risk that a system of secret surveillance for the protection of national security pose of undermining or even destroying democracy on the ground of defending it, the Court must be satisfied that there exist adequate and effective guarantees against abuse»<sup>68</sup>. Des Weiteren entschied der EGMR im Entscheid *Gaskin vs. Grossbritannien*, dass im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips zwingend eine *unabhängige* Behörde zu entscheiden habe, wenn gestützt auf Art. 8 EMRK Zugang zu den Daten über die eigene Herkunft verlangt werde<sup>69</sup>.
- Einige Jahre später konstatierte der EGMR, dass die Konflikte zwischen privaten und öffentlichen Interessen gerade im Bereich der Überwachung, aber auch die in diesem Rahmen stattfindende langfristige Aufbewahrung oder Weitergabe von Informationen, in jedem Fall einer Überprüfung durch eine *unabhängige* und entscheidungsbefugte Behörde erfordern<sup>70</sup>.

**42.** Die Äusserungen des EGMR zur erforderlichen Kontrollinstanz und deren Unabhängigkeit sind in der Tendenz *sektoriell* (z.B. Zugang zu den Daten über die eigene Herkunft) und *fallbezogen*. Es ist daher kaum möglich, generelle und allgemeinverbindliche Aussagen zur erforderlichen Organisation der Kontrollbehörde herauszukristallisieren. Insbesondere zur Unabhängigkeit der Aufsicht lässt sich aus der Rechtsprechung nichts Konkretes ableiten.

bb. Datenschutzkonvention und Zusatzprotokoll zur Datenschutzkonvention

**43.** Der Europarat verfolgte bei der Ausarbeitung der sog. «**Datenschutzkonvention**»<sup>71</sup> (DSK) das Ziel, ein einheitliches Instrument zum Schutz der persönlichen Daten in Europa zu schaffen. Es handelt sich um die erste internationale Konvention mit verbindlichen Regelungen zum Datenschutz. Der Geltungsbereich der DSK erstreckt sich ausschliesslich natürliche Personen. Sie erfasst die Datenbearbeitung durch öffentliche Organe und Private (vgl. Art. 3 Abs. 1 DSK) und gilt nur für die automatisierte Bearbeitung von Daten. Die manuelle Bearbeitung fällt dagegen nicht in ihren Anwendungsbereich (vgl. Art. 1 DSK). Die DSK normiert einen Minimalstandard des europäischen Datenschutzrechts, der durch konkrete innerstaatliche Regelungen in die Rechtsordnung der Vertragsstaaten umgesetzt werden muss. Es handelt sich somit um ein sog. non-self-executing Abkommen<sup>72</sup>. Dabei stellt die DSK zwar eine Ver-

---

<sup>66</sup> Vgl. grundlegend statt vieler GRABENWARTHER, § 19 N 5 ff.

<sup>67</sup> Urteil des EGMR vom 6. September 1978 i.S. *Klass u.a. vs. Deutschland*, in: EuGRZ 1979, S. 278 ff. §§ 60 ff. Vgl. zum Ganzen auch STÄMPFLI, S. 90.

<sup>68</sup> Urteil des EGMR vom 26. März 1987 i.S. *Leander vs. Schweden*, Serie A Nr. 116 §§ 60 ff.

<sup>69</sup> Urteil Nr. 10454/83 des EGMR vom 7. Juli 1989 i.S. *Gaskin vs. United Kingdom*, § 49.

<sup>70</sup> Urteil des EGMR vom 4. Mai 2000 i.S. *Rotaru vs. Romania*, Rec. 2000-V, §§ 61 ff.

<sup>71</sup> Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 28. Januar 1981 (SR 0.235.1). Das Übereinkommen ist für die Schweiz am 1. Februar 1998 in Kraft getreten.

<sup>72</sup> WAHL, in: Epiney/Theuerkauf, S. 112.

pflichtung für die Vertragsstaaten auf, geeignete Sanktionen und Rechtsmittel für Verletzungen der Vorschriften des innerstaatlichen Rechts festzulegen, welche die im Übereinkommen aufgestellten Grundsätze für den Datenschutz verwirklichen (Art. 10 DSK). Hingegen enthält sie keine Regelung über die Einrichtung von Kontrollinstanzen in den Vertragsstaaten, welche Vertragsverletzungen feststellen und diesbezüglich ein gerichtliches Verfahren in Gang setzen könnten<sup>73</sup>. Der DSK mangelt es somit an Effektivität und Durchsetzbarkeit, da die mangelnde Umsetzung auf nationaler Ebene nicht sanktioniert werden kann<sup>74</sup>.

**44.** Mit Unterzeichnung des **Zusatzprotokolls ETS Nr. 181**<sup>75</sup> (ZP) durch die Vertragsstaaten am 8. November 2001 wurden die erwähnten Schwachstellen an der Konzeption der DSK eliminiert. Aufgrund des zunehmenden Datenaustauschs zwischen den Mitgliedstaaten sowie der wachsenden Informationsgesellschaft und dem damit einhergehenden zunehmenden Schutzbedürfnis der Bürger wurden im Zusatzprotokoll verbindliche Vorschriften betreffend die Schaffung einer besonderen Aussichtsbehörde aufgestellt. Im ZP werden die nähere Ausgestaltung dieser Kontrollstelle, ihr Aufgabenspektrum sowie ihre Befugnisse relativ detailliert geregelt. Weiter enthält das ZP Bestimmungen zum grenzüberschreitenden Datenaustausch.

**45.** Gemäss Art. 1 Ziff. 1 ZP sieht jede Vertragspartei mindestens eine *Behörde* vor, die dafür zuständig ist, die Einhaltung der innerstaatlichen Vorschriften sicherzustellen, durch welche die im Übereinkommen zum Datenschutz festgehaltenen Grundsätze umgesetzt werden. Zu diesem Zweck ist die Aufsichtsbehörde nach Art. 1 Ziff. 2 ZP *insbesondere befugt*, Ermittlungen durchzuführen und einzuschreiten sowie Klagen anzustrengen bzw. den zuständigen Justizbehörden Verstösse gegen innerstaatliche Rechtsvorschriften, die der Umsetzung des Protokolls dienen, zur Kenntnis zu bringen. Die Aufsichtsbehörde ist verpflichtet, innerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs Beschwerden von Personen in Bezug auf den Schutz ihrer Rechte und grundlegenden Freiheiten hinsichtlich der Datenbearbeitung anzuhören.

**46.** Das Zusatzprotokoll verlangt – in wörtlicher Übereinstimmung mit der Richtlinie 95/46/EU (N 52 ff.) – die **völlige Unabhängigkeit** der Aufsichtsbehörden (Art. 1 Ziff. 3 ZP). Der Begriff der Unabhängigkeit wird im Zusatzprotokoll selbst nicht weiter konkretisiert. Im erläuternden Bericht zum Zusatzprotokoll<sup>76</sup> wird zunächst unterstrichen, dass Aufsichtsbehörden die Rechte und Freiheiten des Einzelnen nur wirksam absichern könnten, wenn sie ihre Aufgaben in völliger Unabhängigkeit ausüben könnten. Im Hinblick auf die Wahrung dieser Unabhängigkeit seien verschiedene Elemente von Bedeutung, wie

- die Zusammensetzung der Aufsichtsbehörde;
- die Art und Weise der Ernennung ihrer Mitglieder;
- die Amtsdauer und die Bedingungen zur Beendigung des Amtes;
- die Zuweisung ausreichender Mittel an die Aufsichtsbehörde sowie
- die Beschlussfassungen ohne Anweisungen oder Einmischungen von aussen.

---

<sup>73</sup> EPINEY ET AL., S. 27.

<sup>74</sup> Ausführlich zum Charakter der DSK: EPINEY ET AL., S. 50 ff.

<sup>75</sup> Zusatzprotokoll zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung vom 8. November 2001 (SR 0.234.11). Das Zusatzprotokoll ist für die Schweiz am 1. April 2008 in Kraft getreten.

<sup>76</sup> Vgl. explanatory report to the additional protocol to the convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data regarding supervisory authorities and transborder data flows <<http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/181.htm>>.

Zwar haben diese Erläuterungen nicht die Bedeutung einer authentischen Interpretation des Zusatzprotokolls; sie können aber für das Verständnis des darin verwendeten Begriffs der «völligen Unabhängigkeit» hilfreich sein.

d. *Assoziierungsabkommen Schengen (SAA)*

aa. Ausgangslage

**47.** Mit Bundesbeschluss vom 17. Dezember 2004 genehmigten die Eidgenössischen Räte die bilateralen sektoriellen Abkommen mit der Europäischen Union (EU) über landwirtschaftliche Verarbeitungserzeugnisse, Statistik, Umwelt, Media, Pensionen, Schengen/Dublin, Betrugsbekämpfung und Zinsbesteuerung (so genannte «Bilaterale II»). Dem **Abkommen über die Assoziierung mit Schengen (SAA)**<sup>77</sup> hat die schweizerische Stimmbevölkerung in der Referendumsabstimmung vom 5. Juni 2005 zugestimmt. Am 1. Februar 2008 ratifizierte die EU die bilateralen Abkommen zu Schengen, nachdem die Schweiz dies bereits am 20. März 2006 getan hatte. Damit konnten diese bilateralen Abkommen am 1. März 2008 formell in Kraft treten. Nachdem eine eigens durch die EU eingesetzte Expertengruppe die Datenschutzgesetze des Bundes und der Kantone als schengenkonform einschätzte, sind die Abkommen seit dem 12. Dezember 2008 für die Schweiz auch operationell in Kraft und verbindlich.

**48.** Die Schweiz wird bei der Tätigkeit der Europäischen Union in den Bereichen, die Gegenstand der in den Anhängen A und B zum SAA genannten Bestimmungen sind, sowie bei der Weiterentwicklung dieser Bestimmungen **assoziiert** (Art. 1 Abs. 1 SSA). Sie hat sich dazu verpflichtet, die in den Anhängen A und B zum SAA aufgeführten *Bestimmungen des Schengen-Besitzstandes*, die für die Mitgliedstaaten der EU gelten, sowie die aufgeführten gemeinschaftlichen Rechtsakte umzusetzen und anzuwenden (Art. 2 SSA). Zu diesen Bestimmungen, welche für die Schweiz verbindlich sind<sup>78</sup>, gehören auch Regelungen zum Datenschutz. Auf diese Rechtsakte ist im Folgenden einzugehen.

bb. Schengener Durchführungsübereinkommen vom 19. Juni 1990

**49.** Zu dem von der Schweiz übernommenen Schengen-Besitzstand gehört gemäss Anhang A Teil 1 Abs. 2 das **Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ)**<sup>79</sup> (mit Ausnahme gewisser, hier nicht relevanter Bestimmungen). Dieses Abkommen verpflichtet die Vertragsstaaten, einen Datenschutzstandard zu gewährleisten, der mindestens den Grundsätzen der Datenschutzkonvention des Europarates (N 43) entspricht.

**50.** In Zusammenhang mit der Verpflichtung zur Errichtung einer unabhängigen Datenschutzaufsicht ist zunächst **Art. 114 SDÜ** relevant:

---

<sup>77</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands vom 26. Oktober 2004 (SR 0.362.31).

<sup>78</sup> Vgl. im Einzelnen Botschaft «Bilaterale II», BBl 2004 6108.

<sup>79</sup> Schengen-Besitzstand – Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen vom 19. Juni 1990 (ABl L 239 vom 22.9.2000, S. 19 ff.).

#### Artikel 114

<sup>1</sup> Jede Vertragspartei bezeichnet eine Kontrollinstanz, deren Aufgabe darin besteht, nach Maßgabe des jeweiligen nationalen Rechts den Bestand des nationalen Teils des Schengener Informationssystems *unabhängig* zu überwachen und zu prüfen, ob durch Verarbeitung und Nutzung der im Schengener Informationssystem gespeicherten Daten die Rechte des Betroffenen nicht verletzt werden. Diese Kontrollinstanz hat hierfür Zugriff auf den Bestand des nationalen Teils des Schengener Informationssystems.

<sup>2</sup> Jeder hat das Recht, die Kontrollinstanzen zu ersuchen, die zu seiner Person im Schengener Informationssystem gespeicherten Daten sowie deren Nutzung zu überprüfen. Dieses Recht wird nach Maßgabe des nationalen Rechts der Vertragspartei, an die das Ersuchen gerichtet wird, ausgeübt. Wurden die Daten durch eine andere Vertragspartei eingegeben, so erfolgt die Kontrolle in enger Abstimmung mit der Kontrollinstanz dieser Vertragspartei.

Somit enthält auch das SDÜ die Verpflichtung zur Errichtung einer nationalen (unabhängigen) Datenschutzkontrollstelle. Art. 114 SDÜ bezieht sich ausschliesslich auf Personendaten, die in Zusammenhang mit dem *Schengener Informationssystem* (SIS) bearbeitet werden. Jede betroffene Person hat das Recht, die nationale Kontrollinstanz um Angaben über eine mögliche Speicherung und Nutzung von persönlichen Daten im SIS zu bitten. Der Kläger hat das Recht, im Hoheitsgebiet eines beliebigen Vertragsstaates Klage zu erheben. Falls keine Einigung über die Richtigkeit der Daten erzielt werden kann, ermöglicht Art. 111 SDÜ die Anrufung eines Gerichts oder einer anderen Behörde<sup>80</sup>. Entsteht einer Person durch die Speicherung ihrer Daten im SIS ein Schaden, so haftet jede Vertragspartei nach Maßgabe ihres nationalen Rechts<sup>81</sup>.

#### 51. Des Weiteren ist **Art. 117 SDÜ** von Bedeutung:

##### Artikel 117

<sup>1</sup> Jede Vertragspartei trifft spätestens bis zum Inkrafttreten dieses Übereinkommens in ihrem nationalen Recht in Bezug auf die automatische Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Anwendung dieses Titels die erforderlichen Maßnahmen zur Gewährleistung eines Datenschutzstandards, der zumindest dem entspricht, der sich aus der Verwirklichung der Grundsätze des Übereinkommens des Europarates über den Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 28. Januar 1981 ergibt, und beachtet dabei die Empfehlung R (87) 15 des Ministerausschusses des Europarates über die Nutzung personenbezogener Daten im Polizeibereich vom 17. September 1987.

<sup>2</sup> Die in diesem Titel vorgesehenen Übermittlungen personenbezogener Daten dürfen erst beginnen, wenn in dem Hoheitsgebiet der an der Übermittlung beteiligten Vertragsparteien die nach Absatz 1 gebotenen datenschutzrechtlichen Regelungen in Kraft getreten sind.

Der Verweis auf den Datenschutzstandard des Europarates erfasst auch das Zusatzprotokoll zur DSK (N 44 ff.). Entsprechend gilt die Verpflichtung zur Einrichtung einer «völlig unabhängigen» Aufsichtsbehörde auch im Rahmen des Schengen-Besitzstands<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Vgl. Art. 111 Abs. 2 SDÜ.

<sup>81</sup> Für die Schweiz sind diesbezüglich auf Bundesebene die Haftungsregelungen des DSG und VG (Verantwortlichkeitsgesetz; SR 170.32) relevant, auf kantonaler Ebene die jeweiligen Erlasse über die Staatshaftung.

<sup>82</sup> In diesem Sinne HÄNER, S. 7.

cc. Richtlinie 95/46/EG (Datenschutzrichtlinie)

**52.** Für die Schweiz verpflichtend ist im Rahmen des SSA (Anhang B Art. 2 Abs. 2) auch die **Richtlinie 95/46/EG**<sup>83</sup> (RL). Mit dieser Richtlinie wollten die EU-Mitgliedstaaten dem Spannungsverhältnis zwischen dem durch die Öffnung des Binnenmarktes entstandenen freien Datenverkehr und den dadurch in ihren Freiheitsrechten betroffenen Personen Rechnung tragen<sup>84</sup>. Dies geschieht mit einer Fülle von verbindlichen Vorgaben, welche die Mitgliedstaaten sinngemäss in ihre innerstaatliche Rechtsordnung zu integrieren haben. Anders als die DSK legt die Richtlinie keinen Mindeststandard fest, sondern versucht einen höchstmöglichen und möglichst umfassenden Datenschutz zu gewährleisten. Die Richtlinie ist non-self-executing. Nach Art. 288 Abs. 3 EUV ist eine Richtlinie für jeden Mitgliedstaat in Bezug auf das zu erreichende Ziel verbindlich. Die Wahl der Form und der Mittel bleibt dabei jedoch den Mitgliedstaaten überlassen. Mit diesem Instrument wurde die angestrebte Harmonisierung im europäischen Datenschutz erreicht<sup>85</sup>. Im Unterschied zur DSK ist die Richtlinie nicht nur auf die automatische Datenbearbeitung, sondern auch auf die manuelle Datenbearbeitung anwendbar<sup>86</sup>. Der persönliche Anwendungsbereich ist wie bei der DSK auf natürliche Personen beschränkt<sup>87</sup>.

**53.** *Art. 28 Abs. 1 RL* verpflichtet die Mitgliedstaaten, eine oder mehrere öffentliche Stellen zu errichten, welche die Anwendung der zur Umsetzung erlassenen einzelstaatlichen Datenschutzvorschriften im entsprechenden Hoheitsgebiet zu überwachen haben. In Satz 2 von Abs. 1 ist explizit festgehalten, dass die innerstaatlich hierfür zuständigen Stellen die ihnen zugewiesenen Aufgaben in «**völliger Unabhängigkeit**» wahrzunehmen haben. Was genau unter dieser «völligen Unabhängigkeit» zu verstehen ist und welcher Gestaltungsspielraum den Mitgliedstaaten verbleibt, wird in der Richtlinie jedoch nirgends genauer erläutert. In *Erwägungsgrund 49* der Präambel wird derselbe Grundsatz lediglich ohne nähere Präzisierung wiederholt. *Erwägungsgrund 62* hält ausdrücklich fest, dass die Einrichtung unabhängiger Kontrollstellen in den Mitgliedstaaten ein wesentliches Element des Schutzes der Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten sei. Die Unabhängigkeit ist somit von zentraler Bedeutung für die effiziente Anwendung des Datenschutzrechts und damit auch für die Organisation der Datenschutzaufsicht. Nach *Erwägungsgrund 63* sind die Aufsichtsbehörden mit den für die Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgabe erforderlichen Mitteln auszustatten. Zu diesen Instrumenten haben insbesondere bei Beschwerden diverse Untersuchungs- und Einwirkungsbefugnisse sowie das Klagerecht zu gehören. Die Kontrollstellen haben zur Transparenz der Verarbeitungen in jenem Mitgliedstaat beizutragen, dem sie unterstehen.

**54.** Die **Europäische Kommission** hat den Begriff «*völlige Unabhängigkeit*» im Zusammenhang mit einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland wie folgt verstanden (Hervorhebungen durch die Verfasser):

---

<sup>83</sup> Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. L 281 vom 23.11.1995, S. 31 ff.).

<sup>84</sup> Vgl. insbesondere Erwägungsgründe 3–14 RL; STÄMPFLI, S. 134.

<sup>85</sup> STÄMPFLI, S. 150.

<sup>86</sup> Vgl. Art. 3 Abs.1 RL. Kontrovers diskutiert wird die Frage, ob die Richtlinie vom Bund und den Kantonen vollumfänglich anzuwenden sei, also nicht nur in den vom Schengen-Besitzstand erfassten Bereichen. Zustimmend: EPINEY, S. 121; a.M. RUDIN, S. 13.

<sup>87</sup> Vgl. Art. 2 lit. a RL.

«Die völlige Unabhängigkeit der Kontrollstellen ist von zentraler Bedeutung für eine effiziente Anwendung des nationalen Datenschutzrechts zum Wohle aller Bürger. (...) Zwar bleibt die Ausgestaltung der Unabhängigkeit im Einzelnen den Mitgliedstaaten überlassen, diese müssen jedoch Regelungen treffen, die dem Sinngehalt des Art. 28 Abs. 1 Satz 2 entsprechen. (...) Art. 28 Absatz 1 Satz 2 der Richtlinie fordert von seinem Wortlaut her unmissverständlich eine „völlige Unabhängigkeit“. Diese Formulierung impliziert, dass nach der Richtlinie **keine noch so geringe Abhängigkeit der Kontrollstellen** bestehen darf. Etwaige Weisungsmöglichkeiten übergeordneter Behörden stellen eine gravierende Einflussnahme dar und stehen somit der völligen Unabhängigkeit entgegen. Artikel 286 EG-Vertrag und Artikel 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (...) bestätigen eine solche Auslegung, indem sie verlangen, dass die Einhaltung dieser Vorschriften „von einer unabhängigen Stelle überwacht“ wird. Deshalb betrachtet die Europäische Kommission das Nichtvorhandensein der Möglichkeit etwaiger Anweisungen an die Kontrollstellen als eine Grundvoraussetzung[,] um deren völlige Unabhängigkeit sicherzustellen. Folglich müssen die Mitgliedstaaten um ihrer in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie normierten Verpflichtung, „völlige Unabhängigkeit“ zu gewährleisten nachzukommen, Regelungen treffen, die jede Einflussnahme auf die Meinungsbildung und das Vorgehen der Kontrollstelle von aussen unmöglich machen. Dazu gehört insbesondere, dass die von der Kontrollstelle zu Überwachenden **weder direkt noch indirekt Einfluss** nehmen können, dass die Kontrollstellen als solche **keinerlei Weisungen** unterworfen sind, dass ihre Entscheidungen **nicht durch politische Instanzen beeinflusst oder abgeändert werden können** und dass die Mitglieder der Kontrollstelle während ihrer Amtszeit eine angemessene Stellung einnehmen sollten»<sup>88</sup>.

dd. Weiterentwicklung Schengen-Besitzstand: Rahmenbeschluss 2008/977/JI

**55.** Die Annahme des **Rahmenbeschlusses 2008/977/JI vom 27. November 2008**<sup>89</sup> durch den Rat der Europäischen Union wurde der Schweiz am 15. Dezember 2008 notifiziert. Es handelt sich um eine Fortführung des Schengen-Besitzstands, zu dessen Umsetzung sich die Schweiz im Schengen-Abkommen mit der EU verpflichtet hat<sup>90</sup>.

Die polizeiliche Kooperation und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen gehörte unter der Geltung des Vertrages von Nizza zum dritten Pfeiler der EU, der auf intergouvernementalen Vereinbarungen basierte. In diesem Bereich kommt die Richtlinie 95/46/EU nicht zur Anwendung. Der neueste Rahmenbeschluss im Bereich des Datenschutzes soll diese Rechtslücke bei der *internationalen* Zusammenarbeit in der Datenbearbeitung schliessen, wobei es den Mitgliedstaaten frei steht, die darin enthaltenen Verpflichtungen auch für *nationale* Datenverarbeitungen umzusetzen<sup>91</sup>. Die zwei wichtigsten Neuerungen des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI betreffen die Informationspflicht und die Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht, welche beide eine Ausweitung resp. Aufwertung erfahren.

---

<sup>88</sup> Vgl. Stellungnahme der Kommission der Europäischen Gemeinschaften im Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen Verletzung von Art. 28 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 95/46/EG – 2003/4820 C(2005) 2098.

<sup>89</sup> Rahmenbeschluss 2008/977/JI des Rates vom 27. November 2008 über den Schutz personenbezogener Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden (ABL. L 350 vom 30.12.2008, S. 60 ff.).

<sup>90</sup> Die Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI und die Empfehlungen im Evaluationsbericht der EU haben in der Schweiz zu einer erneuten Gesetzesvorlage geführt. Eine detaillierte Abhandlung der vorgeschlagenen Gesetzesänderungen im DSG betreffend die Stellung des EDÖB findet sich unter N 73.

<sup>91</sup> HUBER, in: BSK DSG, N 20ff. vor Art. 26–32 DSG.

**56.** Was den hier primär interessierenden Aspekt der Unabhängigkeit betrifft, sieht Art. 25 des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI in jedem Schengen-Staat eine nationale Kontrollstelle vor, welche die Anwendung der zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses erlassenen Vorschriften beratend zu begleiten und zu überwachen hat. Die Aufsichtsstelle hat dabei ihre Aufgabe **völlig unabhängig** wahrzunehmen. Sie verfügt insbesondere über Untersuchungs- und Einwirkungsbefugnisse sowie ein Klagerecht. Nach Erwägungsgrund 33 des Rahmenbeschlusses ist die Errichtung völlig unabhängiger Kontrollstellen in den Mitgliedstaaten ein wesentliches Element des Schutzes persönlicher Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten in Strafsachen verarbeitet werden, wobei Erwägungsgrund 34 klarstellt, dass die nach der Richtlinie 95/46/EG in den Mitgliedstaaten errichteten Kontrollstellen auch die Aufgaben der nach diesem Rahmenbeschluss zu schaffenden nationalen Kontrollstellen übernehmen können. Erwägungsgrund 35 sieht vor, dass die Kontrollstelle mit den notwendigen Mitteln für die Erfüllung ihrer Aufgaben auszustatten ist. Die ihnen übertragenen Befugnisse dürfen jedoch weder die besonderen Vorschriften über das Strafverfahren beschneiden noch die Unabhängigkeit der Gerichte in irgendeiner Weise einschränken. Diese Bestimmungen über die Unabhängigkeit der Datenaufsichtsstelle entsprechen von ihrem Verpflichtungsgehalt Art. 28 RL.

ee. Von verschiedenen Elementen der Unabhängigkeit...

**57.** In der *Lehre* werden die Anforderungen an die erforderliche Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde, wie sie sich aus dem Regelwerk des Europarats und der EU ergeben, mit verschiedenen **Elementen** und **Teilgehalten** umschrieben. Darauf ist im Folgenden kurz einzugehen.

**58. Funktionelle Unabhängigkeit** bedeutet, dass die Aufsichtsbehörde über Art und Weise der Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben autonom und ohne Einwirkungen von aussen entscheiden können muss. Dies impliziert, dass die Aufsichtsbehörde *keiner Weisungsgewalt* der zu Kontrollierenden unterliegen darf. Und zwar gilt dies sowohl hinsichtlich des Inhalts wie auch hinsichtlich des Umfangs ihrer Tätigkeit. Jede Einflussnahme von aussen durch die Exekutive oder die Legislative auf die Meinungsbildung und das Vorgehen der Kontrollstelle muss unmöglich sein. Diejenigen Behörden, welche die Kontrollstelle zu beaufsichtigen haben, dürfen auf die Tätigkeit der Aufsicht weder direkt noch indirekt Einfluss nehmen. In diesem Zusammenhang ist in der Lehre auch von einem absoluten «Einwirkungsverbot» die Rede<sup>92</sup>.

**59. Institutionelle Unabhängigkeit** meint, dass die Aufsichtsbehörde keinem anderen Staatsorgan untergeordnet werden darf<sup>93</sup>. Es darf keine Abhängigkeit von übergeordneten Behörden bestehen und Letzteren muss es verwehrt sein, der Aufsichtsbehörde Anweisungen in Bezug auf die Art und Weise der Aufgabenerfüllung zu erteilen. Dabei bleibt für die Staaten ein gewisser Gestaltungsspielraum erhalten. So wird insbesondere nicht eine bestimmte, irgendwie geartete institutionelle Ausgestaltung (etwa die Schaffung einer juristischen Person) gefordert, versteht sich die zu gewährleistende Unabhängigkeit doch primär als *Tätigkeitsqualifikation* und nicht als Organisationsmerkmal. Demzufolge ist es aufgrund der internationalen Verpflichtungen nicht ausgeschlossen, die Datenschutzaufsichtsstelle in den bestehenden Behördenapparat zu integrieren<sup>94</sup>. Die Unabhängigkeit geht demnach nicht derart weit, dass mit

---

<sup>92</sup> Zum Ganzen HÄNER, S. 11.

<sup>93</sup> HÄNER, S. 10.

<sup>94</sup> EPINEY/THEUERKAUF, S. 71 f.

der Kontrollstelle gewissermassen eine vierte Staatsgewalt geschaffen werden müsste<sup>95</sup>. Im Einzelnen sind die Anforderungen an die organisationsrechtliche Ausgestaltung der Aufsichtsbehörde in Funktion des absoluten Einwirkungsverbots auf die Aufgabenerfüllung (N 58) zu bestimmen. Daraus ergeben sich Vorgaben für den Wahlmodus der Kontrollstelle, deren Stellung innerhalb der Behördenorganisation, die mögliche Ausgestaltung der Aufsicht sowie personenbezogene Anforderungen:

- *Ausgestaltung des Wahlmodus*: Eine Wahl der Aufsichtsbehörde durch das Parlament stärkt deren Unabhängigkeit.
- *Stellung innerhalb der Behördenorganisation*: Jegliche Einflussnahme von aussen auf die Entscheidungen und Verfahren der Aufsichtsbehörde muss ausgeschlossen bleiben. Die Aufsichtsbehörde muss völlig weisungsfrei handeln können (N 58). Zu diesem Zweck darf sie in der Verwaltungsorganisation des entsprechenden Staates lediglich administrativ und nicht hierarchisch einer anderen Behörde zugeordnet werden. Völlige Unabhängigkeit bedeutet, dass die Aufsichtsbehörde mit Ausnahme der Gerichte die einzige öffentliche Stelle ist, welche die Funktionen einer Kontrollstelle wahrnehmen kann<sup>96</sup>. Interessenkonflikte der Kontrollstelle im Rahmen der Aufgabenerfüllung müssen möglichst weitgehend ausgeschlossen werden können. Insofern ist den Anforderungen an die völlige Unabhängigkeit nur dann Genüge getan, wenn der Aufsichtsbehörde neben ihrer Kompetenz im Datenschutzbereich keine weiteren Aufgaben mehr übertragen werden<sup>97</sup>.
- *Ausgestaltung der Aufsicht*: Vor dem Hintergrund der sicherzustellenden funktionalen Unabhängigkeit ist es wichtig, dass auch die Aufsicht über die Kontrollstelle vollkommen weisungsfrei ausgestaltet wird. Aus diesem Grund wäre es absolut unzulässig, wenn die Kontrollstelle hinsichtlich ihrer konkreten Aufgabenerfüllung einer Form von Dienstaufsicht unterliegen würde. Gegen beschwerende Entscheide der Kontrollstelle steht der Rechtsweg offen. Somit dürfte selbst eine staatliche Aufsicht durch die Exekutive, welche sich auf die Beurteilung der Rechtmässigkeit des Tätigwerdens der Datenschutzaufsicht beschränkt, mit dem Gebot der völligen Unabhängigkeit unvereinbar sein, da die Frage der Rechtmässigkeit im konkreten Fall wohl sehr eng mit der Art und Weise des Tätigwerdens der Kontrollstelle verbunden wäre. Der Kontrollmechanismus müsste so ausgestaltet sein, dass er keinerlei Einwirkungen auf die Erfüllung der Aufgaben durch die Kontrollstelle zu entfalten vermag. Vorstellbar ist allein eine der Kontrolle der Gerichte ähnliche «verwaltungsmässige» Kontrolle sowie eine parlamentarische Oberaufsicht<sup>98</sup>.
- *Auf personeller*<sup>99</sup> Ebene ist sicherzustellen, dass die mit der Datenaufsicht beauftragten Personen über ausreichende fachliche Qualitäten verfügen und keine Gefahr von Interessenkonflikten – etwa aufgrund von ausseramtlichen Nebenbeschäftigungen – besteht. Letzteres wird gewährleistet, indem die Betroffenen verpflichtet werden, ihre Interessenbindungen offenzulegen und bei persönlicher Betroffenheit im konkreten Fall in den Ausstand zu treten. Ein Mitglied einer Aufsichtsbehörde hat von Handlungen abzusehen, die mit seinen Pflichten unvereinbar sind, und soll während

---

<sup>95</sup> HÄNER, S. 9 ff.

<sup>96</sup> Wobei in föderalen Staaten je nach Kompetenzaufteilung durchaus mehr als eine Aufsichtsbehörde existieren kann; vgl. SCHAAR, S. 579 f.

<sup>97</sup> EPINEY/THEUERKAUF, S. 72 f.

<sup>98</sup> HÄNER, S. 11; SCHAAR, S. 580.

<sup>99</sup> Die persönliche Unabhängigkeit wird teils als eigenständiger Aspekt der Unabhängigkeit, teils als Unteraspekt der institutionellen Unabhängigkeit betrachtet.

seiner Amtszeit keinen anderen Beschäftigungen nachgehen. Dies unabhängig davon, ob diese auf Gewinnerzielung gerichtet ist oder nicht. Hinsichtlich des Rechtsverhältnisses des für die Aufsichtsbehörde tätigen Individuums zum Staat genügt ein regulärer, beidseitig kündbarer Arbeitsvertrag klarerweise nicht. Die Mitglieder der Aufsichtsbehörde sind auf eine feste Amtsdauer zu wählen, ohne die Möglichkeit einer vorzeitigen ordentlichen Kündigung seitens des Gemeinwesens<sup>100</sup>. Die Bestellung der leitenden Organe oder des Leiters der Kontrollstelle sollte nicht einzig durch die Exekutive erfolgen, da sie auf diese Weise indirekt Einfluss auf die Ausübung der Tätigkeit der Behörde nehmen könnte<sup>101</sup>. Die vorzeitige Auflösung durch das Staatswesen ist ausschliesslich bei schwerwiegenden Amtspflichtverletzungen zulässig und muss vom Betroffenen gerichtlich angefochten werden können<sup>102</sup>. Die Gründe für eine vorzeitige Amtsenthebung sind gesetzlich festzuhalten<sup>103</sup>. Die Mitglieder der Aufsichtsbehörde können nicht von ihren Pflichten entbunden werden wegen Handlungen im Rahmen der gesetzlichen Aufgabenerfüllung. Sie können grundsätzlich nicht von höheren politischen Einrichtungen vor Ablauf der Wahlperiode ihres Amtes enthoben werden. Eine solche Amtsenthebung würde dem Grundsatz der funktionellen Unabhängigkeit zuwiderlaufen<sup>104</sup>.

**60. Materielle Unabhängigkeit** bedeutet, dass die Aufsichtsbehörde über eine gewisse *Infrastruktur* verfügen muss, die einer reibungslosen Ausführung ihrer Verrichtungen angemessen ist. Dazu gehört insbesondere auch eine *ausreichende Finanzierung*. Zweck dieser Finanzierung sollte es sein, der Aufsichtsbehörde *eigenes Personal und Büroräume* zu ermöglichen, damit sie von der Regierung unabhängig arbeiten kann und keinen finanziellen Kontrollen, die ihre Unabhängigkeit beeinträchtigen könnten, unterworfen ist. Die personellen und finanziellen Angelegenheiten der Aufsichtsbehörde sind so zu regeln, dass ihre effektive Aufgabenwahrnehmung sichergestellt wird<sup>105</sup>. Das Budget des Datenschutzkontrollorgans darf nicht Teil des Budgets einer anderen Organisationseinheit sein<sup>106</sup>.

ff. ... zu einem umfassenden Unabhängigkeitsbegriff

**61.** In der Richtlinie 95/46/EU und dem Zusatzprotokoll zur DSK findet sich die weitestgehend inhaltsgleiche Pflicht zur Errichtung von völlig unabhängigen Kontrollinstanzen, welche mit Überwachungs-, Beratungs- und Einwirkungsbefugnissen auszustatten sind. «Völlige Unabhängigkeit» ist zu verstehen als volle, durchgehende und allumfassende Unabhängigkeit, als Unabhängigkeit in jeder Hinsicht. Jeder Versuch, eine solche Unabhängigkeit unmittelbar oder mittelbar zur vermindern oder einzuschränken, ist daher verboten<sup>107</sup>.

**62.** Aus den bestehenden völkerrechtlichen Verpflichtungen und den diesen zugrunde liegenden Materialien ergibt sich, dass an die Unabhängigkeit der Datenaufsichtsstellen in **institutioneller, funktioneller** und **materieller** Hinsicht hohe Anforderungen gestellt werden. Die in Art. 28 RL und Art. 1 ZP geforderte «völlige Unabhängigkeit» kann nur vorliegen, wenn diese Erfordernisse kumulativ erfüllt sind. Das internationale Recht verlangt für die Daten-

---

<sup>100</sup> Vgl. HUBER, in: BSK DSG, N 25 vor Art. 26–32; RUDIN, S. 74.

<sup>101</sup> EPINEY/THEUERKAUF, S. 72 f.

<sup>102</sup> RUDIN, S. 74.

<sup>103</sup> RUDIN, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny, S. 235.

<sup>104</sup> HÄNER, S. 11.

<sup>105</sup> EPINEY/THEUERKAUF, S. 72.

<sup>106</sup> RUDIN, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny, S. 235.

<sup>107</sup> SCHAAR, S. 580.

schutzaufsichtsstellen eine Unabhängigkeit, welche in ihrer Absolutheit jener der Gerichte sehr nahe kommt. In Lehre und Rechtsprechung ist zwar im Detail immer noch umstritten, welche Bedingungen im Einzelnen erfüllt sein müssen, damit die Unabhängigkeit der Kontrolle gewährleistet ist. Unbestritten ist, dass eine bloss formale Unabhängigkeit nicht ausreicht. Im Zentrum steht die funktionale Unabhängigkeit, aus welcher die nötigen Anforderungen an die organisatorische Ausgestaltung und finanzielle Ausstattung der Aufsichtsbehörde abgeleitet werden können. Diese funktionale Unabhängigkeit, die fehlende Weisungsbefugnis der den Datenschutzkontrollorganen übergeordneten Behörden hinsichtlich des Ob und Wie der Aufgabenerfüllung, muss unangetastet bleiben und ist daher absolut zu verstehen («absolutes Einwirkungsverbot»). Die Kontrollstelle darf nicht unter dem Einfluss einer anderen Behörde stehen<sup>108</sup>.

### III. Im Vergleich mit dem Bund und den anderen Kantonen

**63.** Gemäss Art. 3 und 42 Abs. 1 BV ist der Bund grundsätzlich nur dann befugt, eine bestimmte Materie gesetzlich zu regeln, wenn hierfür eine entsprechende Kompetenznorm in der Bundesverfassung besteht (Prinzip der Einzelermächtigung). Da im Bereich des Datenschutzes eine derartige Verfassungsbestimmung fehlt, gibt es auf nationaler Ebene kein einheitliches, für Bund, Kantone und Gemeinden gleichermaßen geltendes Datenschutzrecht. In den Sachgebieten, für welche der Bund als zuständig erklärt wird, sind die Eidgenössischen Räte als Gesetzgeber im Sinne einer Annexkompetenz zur Regelung des Datenschutzes befugt<sup>109</sup>. Mit dem Hinweis auf diese Annexkompetenz sowie gestützt auf seine Kompetenzen in den Bereichen des Zivil- und Strafrechts hat der Bund für die Datenbearbeitung von Privaten und *Bundes*behörden das DSG erlassen. Im Übrigen sind die Kantone zuständig. Wo diese Bundesaufgaben vollziehen und keine Datenschutzvorschriften kennen, die einen angemessenen Schutz gewährleisten, kommen für das Bearbeiten von Personendaten gewisse Bestimmungen des DSG subsidiär zur Anwendung (Art. 37 Abs. 1 DSG).

**64.** Sowohl der **Bund** als auch die **Kantone** sind aufgrund der unter Ziff. II hiervoor beschriebenen völkerrechtlichen Grundlagen verpflichtet, Kontrollstellen einzurichten, welche die ihnen zugewiesenen Aufgaben in *völliger Unabhängigkeit* wahrnehmen. Für ein verfeinertes Verständnis dieses Begriffs kann es – neben dem Einbezug der Auslegung durch die Organe des Europarats und der EU sowie dem hierzu ergangenen Schrifttum – auch hilfreich sein, die Konkretisierungspraxis im Bund (N 65 ff.) und in anderen Kantonen (N 75 ff.) zu betrachten.

---

<sup>108</sup> BRUNNER, in: Epiney/Hobi, S. 144.

<sup>109</sup> SCHWEGLER, S. 6 f.

# 1. Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter

## a. Organisatorische und institutionelle Stellung

**65.** Die organisatorische und institutionelle Stellung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) wird in Art. 26 DSG geregelt. Das Gesetz hält ausdrücklich fest, dass er seine Aufgaben **unabhängig** erfüllt (Art. 26 Abs. 2 DSG). Der Begriff der Unabhängigkeit wird nicht weiter präzisiert. Im Rahmen der Teilrevision vom 24. März 2006<sup>110</sup> ist das DSG aber an das Zusatzprotokoll zur DSK (N 44 ff.) angepasst worden, welches – wie bereits gesehen – in Übereinstimmung mit der Richtlinie 95/46/EG die Einrichtung einer Aufsichtsbehörde verlangt, die ihre Aufgaben völlig unabhängig wahrnimmt. Vor diesem Hintergrund liegt dem Unabhängigkeitsbegriff in Art. 26 Abs. 2 DSG dasselbe Verständnis zu Grunde wie demjenigen im Europarat und in der EU.

**66. Wahlbehörde** ist der Bundesrat (Art. 26 Abs. 1 DSG). Die herrschende Lehre ging bisher davon aus, dass die Wahl des EDÖB durch die oberste Exekutivbehörde mit der zu gewährenden Unabhängigkeit in Einklang stehe, solange die übrigen Anforderungen von Art. 28 RL erfüllt seien. Dieses Systemdefizit könne durch andere institutionelle Garantien weggemacht werden<sup>111</sup>. Diese Meinung ist vor dem Hintergrund der neusten Entwicklungen überholt<sup>112</sup>.

**67. Organisationsrechtlich** verbietet der Grundsatz der Unabhängigkeit eine Eingliederung des Beauftragten in die zentrale, hierarchisch geführte Bundesverwaltung, lässt indes die administrative Zuordnung zu einer Verwaltungsstelle zu<sup>113</sup>. Ursprünglich war der EDÖB dem EJPD angegliedert. Seit dem 1. Januar 1998 ist der Beauftragte **administrativ der Bundeskanzlei zugeordnet** (Art. 26 Abs. 2 DSG). Dadurch sollte die Unabhängigkeit gestärkt werden, da die Bundeskanzlei als eigentliche Stabsstelle des Bundesrats im Unterschied zu den Departementen kaum datenschutzrelevante Geschäfte bearbeitet. Trotz der gesetzlich verankerten Unabhängigkeit handelt es sich beim EDÖB, wie das Bundesgericht klarstellte, um eine «*Verwaltungsstelle des Bundes*», welche keine eigene Rechtspersönlichkeit aufweist<sup>114</sup>.

---

<sup>110</sup> Bundesgesetz vom 24. März 2006, in Kraft seit dem 1. Januar 2008 (AS 2007 4983; vgl. Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über den Datenschutz [DSG] und zum Bundesbeschluss betreffend den Beitritt der Schweiz zum Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung vom 19. Februar 2003, BBl 2003 2101).

<sup>111</sup> EPINEY ET AL., S. 278; RUDIN/BAERISWYL, in: Epiney/Theuerkauf, S. 169 und 193 ff.; a.M. HUBER, in: BSK DSG, N 24 vor Art. 26–32, der darin per se einen Verstoß gegen Art. 28 RL erblickt, welcher sich auch durch verstärkten Schutz in anderen Bereichen, etwa einer längeren Amtsdauer, nicht rückgängig machen lässt. Vgl. ebenso bezogen auf die kantonale Ebene RUDIN, Datenschutz, S. 1133, der trotz der direktdemokratischen Legitimation der Exekutive in den Kantonen davon ausgeht, dass die alleinige Wahlzuständigkeit der Exekutive künftig wahrscheinlich nicht mehr zulässig sein dürfte.

<sup>112</sup> Um die institutionelle Unabhängigkeit des Beauftragten zu verstärken, beabsichtigt der Bundesrat, das DSG dahingehend zu revidieren, dass die Wahl durch den Bundesrat künftig vom Parlament genehmigt werden muss (vgl. dazu unten N 73).

<sup>113</sup> HUBER vertritt überdies die Meinung, dass völlige Unabhängigkeit im Sinne der Richtlinie 95/46/EG nur dann besteht, wenn die Datenschutzaufsicht administrativ der *Legislative* als Wahl- und Aufsichtsbehörde oder der Bundeskanzlei resp. Staatskanzlei angegliedert ist.

<sup>114</sup> BGE 123 II 542, E. 2g S. 546; vgl. auch HUBER, in: BSK DSG, N 31 zu Art. 26.

Die administrative Zuordnung bedeutet, dass der Beauftragte *keinen inhaltlichen Weisungen* der Bundeskanzlei unterliegt, in die Bundeskanzlei nicht hierarchisch eingebunden ist und ihr nicht als zentrale, sondern als *dezentrale Verwaltungseinheit* angehört<sup>115</sup>. Diese Einheiten sind im Unterschied zu jenen der zentralen Bundesverwaltung nicht hierarchisch unter-, sondern lediglich *administrativ* einer Behörde zugeordnet. Bei der administrativen Zuordnung handelt es sich um einen organisationsrechtlichen Begriff zur Kennzeichnung der dezentralen Einheiten der Bundesverwaltung. Nach HUBER kann der EDÖB am ehesten als «Einrichtung sui generis» bezeichnet werden. Von der organisatorischen Stellung und seiner Funktion her bestehen durchaus Parallelen mit der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) und der Wettbewerbskommission (WEKO). Der EDÖB verfügt über ein ständiges Sekretariat und ist somit ähnlich strukturiert wie die sog. Behördenkommissionen auf Bundesebene<sup>116</sup>.

**68.** Die Frage der Unabhängigkeit des EDÖB ist für dessen **Aufgabenerfüllung** zentral: Seine Glaubwürdigkeit, seine Stellung, sein politisches Gewicht in der Bevölkerung, gegenüber den Medien, der Wirtschaft, aber auch der Bundesverwaltung sind umfassend und direkt mit seiner Unabhängigkeit verknüpft. Der EDÖB nimmt *keinerlei Weisungen* von Stellen entgegen, die seiner Kontrolle unterliegen. Unabhängigkeit im Sinne des DSG liegt nur dann vor, wenn es ausgeschlossen ist, dass der Bundesrat – welcher nach Art. 27 Abs. 1 DSG nicht der Aufsicht des Datenschutzbeauftragten unterliegt – dem EDÖB Weisungen erteilen oder sich in anderer Art und Weise in dessen Aufgabenerfüllung einmischen kann. Die Exekutive und die Bundesverwaltung sind somit gegenüber dem EDÖB, wenn es um dessen Art und Weise der Aufgabenerfüllung geht, niemals weisungsbefugt. Der EDÖB ist bei der Ausübung seines Amtes lediglich dem Gesetz unterworfen<sup>117</sup>.

**69.** Nach Art. 178 Abs. 1 BV hat der Bundesrat die Leitung über die Bundesverwaltung inne und diese zu beaufsichtigen. Auch als dezentrale Einheit gehört der EDÖB zur Bundesverwaltung und untersteht somit gestützt auf die Verfassung der **Aufsicht** des Bundesrates sowie der **Finanzaufsicht** der eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK). Die fehlende Weisungsbefugnis gegenüber dem Beauftragten bei der konkreten Aufgabenwahrnehmung setzt der Aufsicht jedoch klare Grenzen: Zwar unterliegt der ordentliche Geschäftsgang der Aufsicht, worunter auch eine Erfolgs- und Effizienzkontrolle zu verstehen ist. Autonomie in bestimmten Bereichen bewirkt somit keine absolute Zuständigkeitsschranke für die Ausübung der Aufsicht, sondern lediglich eine Zurückhaltungspflicht<sup>118</sup>. Ausgeschlossen bleibt jedoch in jedem Fall eine inhaltliche Kontrolle<sup>119</sup>.

**70.** Für die Erfüllung seiner Aufgaben verfügt der EDÖB über ein eigenes, ständiges **Sekretariat** (Art. 26 Abs. 3 DSG). Das Arbeitsverhältnis des Sekretariats bestimmt sich nach dem Bundespersonalgesetz<sup>120</sup> und dessen Vollzugsbestimmungen (Art. 30 Abs. 2 VDSG).

**71.** Der EDÖB verfügt ausserdem über ein **eigenes Budget**, das zwar in jenem der Bundeskanzlei eingestellt ist, jedoch besonders ausgewiesen wird (Art. 26 Abs. 3 DSG, Art. 30

---

<sup>115</sup> SÄGESSER, S. 1422.

<sup>116</sup> SÄGESSER, S. 1423.

<sup>117</sup> SÄGESSER, S. 1421; HUBER, in: BSK DSG, N 27 zu Art. 26.

<sup>118</sup> SÄGESSER, S. 1420.

<sup>119</sup> In diesem Sinne: EPINEY, S. 126; HÄNER, S. 11; SCHAAR, S. 580; a.M. SÄGESSER, S. 1421, für den die Aufsicht eine nicht nur quantitative, sondern auch *qualitative Überprüfung der Aufgabenerfüllung* miteinschliesst. Dadurch könnten nach Ansicht des Autors Rückschlüsse auf allfälligen gesetzlichen Handlungsbedarf oder auf Verwaltungshandeln gezogen werden.

<sup>120</sup> Bundespersonalgesetz (BPG) vom 24. März 2000 (SR 172.220.1).

Abs. 3 VDSG). Im Rahmen der zu gewährenden Unabhängigkeit ist er mit den erforderlichen personellen und finanziellen Mitteln auszustatten und er muss über diese frei verfügen können, damit er seinem gesetzlichen Auftrag hinreichend Nachachtung verschaffen kann. Die nötige Unabhängigkeit ist nicht mehr gewährleistet, wenn die Mittel ungenügend sind. Gleich verhält es sich, wenn dem EDÖB nur aufgrund *detaillierter* Budgeteingaben Mittel zugesprochen werden würden, welche von einem anderen Organ (Bundesrat/Parlament) *im Einzelnen* noch genehmigt werden müssten<sup>121</sup>. Mit anderen Worten: Die Unabhängigkeit erfordert zwingend, dass dem EDÖB die für die Erfüllung der gesetzlich umschriebenen Aufgaben erforderlichen Ressourcen im Rahmen eines *Globalbudgets* zur freien Verfügung überlassen werden<sup>122</sup>.

#### *b. Ergebnisse des Evaluationsberichts der EU*

**72.** Die Schweiz wurde im Hinblick auf die Inkraftsetzung des Schengen-Besitzstands in der ersten Hälfte des Jahres 2008 einer **Evaluation** durch die EU unterzogen. Anlässlich dieses Kontrollvorganges wurde auch die Umsetzung der Schengen-Bestimmungen im Bereich des Datenschutzes beim Bund und in den Kantonen überprüft. Gestützt auf den Bericht eines Expertenteams stellte der EU Rat für Justiz und Inneres anfangs Juni 2008 fest, dass die schweizerische Rechtsordnung *insgesamt* die Anforderungen des Schengen-Besitzstandes im Bereich des Datenschutzrechts erfülle. Hinsichtlich der sicherzustellenden Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht brachte das Expertenteam immerhin einige Vorbehalte an. Im Bericht des Evaluationskomitees wird der Schweiz die **Stärkung der Stellung des EDÖB empfohlen**, indem die Normen über seine Wahl und Amtsenthebung expliziter gestaltet werden, ihm grössere Autonomie bei Budget- und Personalfragen eingeräumt wird und sichergestellt wird, dass keine Behörde bestimmen kann, wie der Beauftragte bei der Ausübung seiner Befugnisse und Kompetenzen im Einzelfall zu handeln und zu entscheiden hat. Die Schweiz hat diese Empfehlungen akzeptiert und sich verpflichtet, diese umzusetzen<sup>123</sup>.

#### *c. Teilrevision DSG zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI sowie der Empfehlungen des Evaluationsberichts der EU*

**73.** Am 11. September 2009 verabschiedete der Bundesrat zuhanden der Eidgenössischen Räte die Botschaft und den Entwurf für eine erneute **Änderung des DSG**<sup>124</sup>. Um die Anforderungen von *Art. 25 des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI* (N 55) umzusetzen und den *Empfehlungen des Schengen-Expertenberichts* (N 47) Rechnung zu tragen, der moniert, das schweizerische Recht biete keine ausreichenden *institutionellen* Garantien für die Unabhängigkeit der Datenschutzaufsichtsstelle, sieht die anstehende Revisionsvorlage (nachfolgend: E-DSG) einige Präzisierungen betreffend die Stellung des EDÖB vor:

- **Wahl:** Neu soll der EDÖB *vom Bundesrat* auf eine Amtsdauer von vier Jahren gewählt werden, wobei die Wahl *durch die Bundesversammlung zu genehmigen* ist

---

<sup>121</sup> SÄGESSER, S. 1423.

<sup>122</sup> HUBER, in: BSK DSG, N 34 zu Art. 26.

<sup>123</sup> Botschaft über die Genehmigung und die Umsetzung des Notenaustauschs zwischen der Schweiz und der EU betreffend die Übernahme des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI vom 27. November 2008 über den Schutz von Personendaten im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen vom 11. September 2009, BBl 2009 6756; vgl. ferner BRUNNER, in: Breitenmoser/Gless/Lagodny, S. 207.

<sup>124</sup> Botschaft zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI (Fn. 123), BBl 2009 6749 ff.

(Art. 26 Abs. 1 E-DSG). Dieser Genehmigung kommt konstitutorische Funktion zu. Genehmigt das Parlament die Wahl des Beauftragten nicht, muss der Bundesrat einen anderen Kandidaten wählen<sup>125</sup>. Dem Beauftragten werde dadurch zusätzliche Legitimität verliehen, weil seine Wahl nicht mehr allein von der Exekutive abhängt. Die Genehmigung durch das Parlament stellt nach Ansicht des Bundesrates einen guten Kompromiss zwischen der heutigen Lösung und einer Wahl durch das Parlament dar<sup>126</sup>. Die geplante Änderung des Wahlsystems berücksichtigt auch die Kritik in der Lehre<sup>127</sup>, dass die Wahl durch die Exekutive keine hinreichenden Garantien für die Unabhängigkeit des Beauftragten biete.

- Schon heute verweist Art. 30 Abs. 2 VDSG für das **Arbeitsverhältnis** des Beauftragten auf das BPG und dessen Vollzugsbestimmungen. Diese Regelung soll neu explizit in Art. 26 Abs. 2 E-DSG verankert werden. Spezielle Regelungen im DSG bleiben aber vorbehalten. Gemäss Art. 26 Abs. 5 E-DSG soll die Entlohnung des Beauftragten nicht von einer Leistungsbeurteilung abhängen. Die unabhängige Stellung des Beauftragten liesse sich mit einer Entlohnung, die sich aufgrund der Beurteilung seiner Leistungen bestimmt, schlecht vereinbaren, weil keine Behörde einen Einfluss auf seine Tätigkeit haben darf<sup>128</sup>.
- Neu soll auch eine Vorschrift über die **Wiederwahl** und die **Beendigung der Amtsdauer** in das DSG aufgenommen werden, die teilweise vom BPG abweicht. Nach Ablauf der vierjährigen Amtsdauer (Art. 26 Abs. 1 E-DSG) soll sich die Amtsdauer stillschweigend um weitere vier Jahre verlängern, sofern der Bundesrat nicht spätestens sechs Monate vor Ablauf der Amtsdauer aus sachlich hinreichenden Gründen die Nichtwiederwahl verfügt (Art. 26a Abs. 1 E-DSG). Gemeint sind Gründe, welche die Unabhängigkeit des Beauftragten nicht tangieren<sup>129</sup>. Die Wiederwahl bedarf keiner erneuten Genehmigung der Bundesversammlung<sup>130</sup>. In Art. 26a Abs. 3 E-DSG findet sich eine Regelung zur Amtsenthebung während laufender Amtsdauer durch den Bundesrat.
- Die **Unabhängigkeit in der Aufgabenerfüllung** soll neu in Art. 26 Abs. 3 E-DSG verankert und mit dem Zusatz verdeutlicht werden, dass der Beauftragte *keinen Weisungen* einer Behörde unterliegt.
- Ein **personeller Aspekt** der Unabhängigkeit (N 59) wird neu in Art. 26b E-DSG präzisiert: Die Ausübung einer *anderen Beschäftigung* – ob entgeltlich oder nicht, spielt keine Rolle – bedarf einer Genehmigung des Bundesrats. Eine solche Nebenbeschäftigung darf die Unabhängigkeit und das Ansehen des Beauftragten nicht beeinträchtigen.
- Ergänzt wird die bisherige Regelung auch zur Wahrung einer gewissen materiellen Unabhängigkeit: In Art. 26a Abs. 4 E-DSchG soll ausdrücklich verankert werden, dass der Beauftragte – trotz der administrativen Zuordnung zur Bundeskanzlei – sein **Personal** anstellt. Dies ist bereits heute der Fall, auch wenn es im Gesetzestext nicht explizit formuliert ist.

---

<sup>125</sup> Botschaft zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI (Fn. 123), BBl 2009 6775 f.

<sup>126</sup> Botschaft zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI (Fn. 123), BBl 2009 6776.

<sup>127</sup> HUBER, S. 220 f.; EPINEY, S. 126 ff.

<sup>128</sup> Botschaft zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI (Fn. 123), BBl 2009 6776.

<sup>129</sup> Botschaft zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI (Fn. 123), BBl 2009 6777 m.w.H.

<sup>130</sup> Botschaft zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI (Fn. 123), BBl 2009 6777.

74. Mit dem Ausbau der Bestimmungen zur Wahl und Stellung des EDÖB wird der Begriff der Unabhängigkeit weiter verdeutlicht. Die Revisionsvorlage ist vom Nationalrat im Sinne des hier präsentierten bundesrätlichen Entwurfs und der Mehrheitsmeinung der zuständigen Kommission am 30. November 2009 angenommen worden. Das Geschäft geht nun an den Ständerat.

## 2. Datenschutzaufsicht in den Kantonen

### a. Ausgangslage

75. Für die Regelung des Datenschutzes im kantonalen öffentlichen Bereich sind die **Kantone** zuständig<sup>131</sup>. Zwar verpflichtet Art. 37 Abs. 2 DSG die Kantone, ein Kontrollorgan zu bestimmen, welches für die Einhaltung des Datenschutzes *beim Vollzug von Bundesrecht* sorgt<sup>132</sup>. Es ergeben sich daraus aber keine Vorgaben mit Bezug auf die organisationsrechtliche Ausgestaltung dieser Kontrollstelle. Insbesondere gelangt die Regelung von Art. 26 DSG (betreffend die Stellung des EDÖB) auch nicht sinngemäss zur Anwendung.

76. Die in Art. 28 Abs. 1 RL sowie in Art. 1 ZP enthaltenen **völkerrechtlichen Vorgaben** für die Datenschutzaufsicht sind seit der formellen Inkraftsetzung des Schengen-Besitzstandes auch für die Kantone verbindlich (Art. 5 Abs. 4 BV).

Zuvor waren die Kantone nicht verpflichtet gewesen, den Datenschutz für die Tätigkeit ihrer Verwaltungsbehörden *gesetzlich* zu regeln<sup>133</sup>. Bei fehlenden oder ungenügenden Bestimmungen hinsichtlich der Tätigkeiten der Kontrollstelle wären gestützt auf Art. 37 Abs. 2 DSG die angegebenen Normen des Datenschutzgesetzes des Bundes sinngemäss zur Anwendung gelangt. Bis vor kurzem verfügten noch nicht alle Kantone über ein Datenschutzgesetz:

Überhaupt keine Datenschutzregelungen besass bis ins Jahr 2008 der Kanton *Nidwalden*. Die Kantone *Aargau* und *Appenzell Ausserrhoden* hatten bloss Regelungen auf Verordnungs- oder Richtlinienstufe geschaffen, im Kanton Aargau beispielsweise nur mit Wirkung für kantonale, nicht aber für kommunale Behörden. In den Kantonen *St. Gallen* und *Obwalden* bestanden bloss fragmentarische, äusserst unbestimmte Regelungen auf Gesetzesstufe, während wesentliche Regelungsbefugnisse an den Ordnungsgeber delegiert wurden. Die übrigen Kantone besaßen zwar formelle Datenschutzgesetze, allerdings von unterschiedlicher Reichweite und Dichte. Die bis ca. Mitte der 1980er Jahre erlassenen Gesetze beschränkten sich zum Teil auf das bloss automatisierte Bearbeiten von Daten. Erst die ca. ab Mitte der 1980er Jahre verabschiedeten Gesetze dürften in der Regelungsdichte wenigstens der DSK entsprechen. Im Kanton *Genf* wurden mit Inkrafttreten per 1. Januar 2010 Bestimmungen über den Datenschutz in das LIPAD<sup>134</sup> integriert. Es handelt sich um das erste umfassende Datenschutzgesetz im Kanton Genf. Im LITAO<sup>135</sup> sowie im RITAO<sup>136</sup> war zuvor nur die automatische Datenbearbeitung geregelt<sup>137</sup>.

77. Die Assoziierung mit Schengen sowie die Ratifikation des Zusatzprotokolls zur DSK durch die Schweiz haben dazu geführt, dass die dort enthaltenen **Anforderungen an die Unabhängigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörde** auch für die Kantone verbindlich wurden,

---

<sup>131</sup> Vgl. JÖHRI, in: Handbuch DSG, N 1 zu Art. 37.

<sup>132</sup> Vgl. RUDIN, in: BSK DSG, N 52 zu Art. 37; JÖHRI, in: Handbuch DSG, N 21 zu Art. 37.

<sup>133</sup> STÄMPFLI, S. 215.

<sup>134</sup> Loi du 5 octobre 2001 sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (RSG A 2 08).

<sup>135</sup> Loi du 17 décembre 1981 sur les informations traitées automatiquement par ordinateur, mit Inkrafttreten der Änderungen des LIPAD per 1. Januar 2010 aufgehoben.

<sup>136</sup> Règlement d'exécution de la loi sur les informations traité automatiquement par ordinateur du 22 décembre 1982.

<sup>137</sup> RUDIN, Datenschutzaufsicht, S. 375 ff.

was infolge des Umsetzungszwangs bereits heute zu einer gewissen Harmonisierung geführt hat. Die behördliche Datenbearbeitung ist durch ein *völlig unabhängiges* Kontrollorgan im Sinne von Art. 1 ZP und Art. 28 RL zu überwachen. Die Unabhängigkeit muss sich explizit aus dem Gesetz herauslesen lassen<sup>138</sup>. Die Form der Aufsichtsstelle (Datenschutzbeauftragte[r], Datenschutzkommission oder eine Kombination beider Formen) ist nicht vorgeschrieben, jedoch muss sich diese an den Anforderungen an die Unabhängigkeit und Wirksamkeit der Kontrolle messen lassen<sup>139</sup>. Die bereits erwähnten institutionellen Anforderungen an die Unabhängigkeit (Wahlorgan, Anstellungsverhältnis, Amtsdauer, usw.) müssen erfüllt sein, wobei es hierfür verschiedene Modelle geben kann. Entscheidend ist das *Gesamtbild*, welches die jeweilige kantonale Ordnung bietet. Unabhängigkeit ist beispielsweise nicht gegeben, wenn die Spitze der Verwaltung das Kontrollorgan mit einem jederzeit kündbaren Arbeitsvertrag anstellt über die Zuteilung (und Kürzung) von personellen und finanziellen Ressourcen entscheidet oder die Planung und Durchführung der Kontrolltätigkeit beeinflussen kann<sup>140</sup>. Zudem muss in Bezug auf die Aufsicht gegenüber der Kontrollstelle die funktionale Unabhängigkeit sichergestellt sein. Die zu kontrollierenden öffentlichen Stellen dürfen hinsichtlich der Aufgabenerfüllung durch die Datenschutzaufsicht nicht weisungsbefugt sein. Schliesslich muss die kantonale Aufsichtsstelle in materieller Hinsicht über die notwendigen personellen und finanziellen Ressourcen verfügen, um ihren Gesetzesauftrag effektiv erfüllen zu können<sup>141</sup>. Im Übrigen kann auf die Ausführungen in N 57 ff. verwiesen werden.

#### *b. Konkretisierung der Unabhängigkeit in den Kantonen (Übersicht)*

**78.** Sämtliche Kantone verfügen heute über eine eigene Aufsichtsbehörde für Datenschutz<sup>142</sup> und regeln deren Stellung und Organisation in ihren datenschutzrechtlichen Erlässen. Da bis vor kurzem jeder Kanton mit der Umsetzung des Schengen-Besitzstands und des Zusatzprotokolls zur DSK beschäftigt war (und es wohl bei der Weiterentwicklung des europäischen Datenschutzrechts weiterhin sein wird), sind sich die kantonalen Regelungen sehr ähnlich. Immerhin gibt es Unterschiede in der Regelungsdichte.

**79.** In praktisch allen Kantonen (mit Ausnahme von VS)<sup>143</sup> wird explizit vorgeschrieben, dass diese Aufsichtsbehörde ihre Aufgaben **unabhängig** erfüllt. Der Unabhängigkeitsbegriff wird teilweise in unterschiedlicher Regelungsdichte und Umschreibung in verschiedenen Vorschriften konkretisiert. An den jüngsten (und teilweise noch hängigen Revisionen) lässt sich erkennen, dass die Kantone bemüht sind, die von der Richtlinie 95/46/EG und vom Zu-

---

<sup>138</sup> RUDIN, S. 71 f.

<sup>139</sup> RUDIN, S. 65.

<sup>140</sup> RUDIN, Wegleitung, S. 9 und 19.

<sup>141</sup> RUDIN S. 73 ff.

<sup>142</sup> Die Kantone SZ, OW und NW haben die Einrichtung einer gemeinsamen Aufsichtsbehörde vereinbart (vgl. Vereinbarung des Kantons Schwyz mit den Kantonen Obwalden und Nidwalden über die Zusammenarbeit bei der Aufsicht im Datenschutz vom 1. Oktober 2008). – Die Datenschutzgesetze der Kantone AI und AR ermächtigen jeweils das Parlament, die Aufgaben des Datenschutzbeauftragten einer kantonsübergreifenden Datenschutzstelle zu übertragen. Entsprechend hat der Kanton AR die Kontrollstelle in den Kanton SG ausgelagert. Auch die Kantone UR und GL haben eine gesetzliche Grundlage für eine solche Auslagerung geschaffen.

<sup>143</sup> Dies ergibt sich gestützt auf die derzeit noch massgeblichen Grundlagen im kantonalen DSchG (Gesetz vom 28. Juni 1984 über den Schutz von Personendaten; SGS 235.1). Der noch nicht in Kraft getretene Art. 40 GIDA (vgl. Fn. 7) wird die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde jedoch ausdrücklich festhalten.

satzprotokoll zur DSK geforderte Unabhängigkeit in den Bestimmungen über die Organisation und Stellung der Aufsichtsbehörden expliziter zum Ausdruck zu bringen.

aa. Konkretisierungen der Unabhängigkeit in funktioneller Hinsicht

**80.** Die **funktionelle (aufgabenbezogene) Unabhängigkeit** steht in allen Kantonen im Zentrum des Unabhängigkeitsbegriffs. Teilweise wird sie nicht näher konkretisiert (Kantone JU, FR, NE, NW, SH, TG, VD, ZG, ZH). In anderen Kantonen wird sie dahingehend verdeutlicht, dass die Aufsichtsbehörde ihre Aufgaben «*weisungsungebunden*» (AI, AR, BS, BL, GL, GR) oder «*selbständig*» bzw. «*autonom*» (BE [N 90 ff.], GR, LU, OW, SG, SO, SZ, TI, UR) wahrnimmt. Im Kanton Bern ist die Aufsichtsstelle nur der Verfassung und dem Gesetz verpflichtet.

bb. Konkretisierungen der Unabhängigkeit in institutioneller Hinsicht

**81.** Die Kantone sind – wie bereits mehrfach erwähnt – verpflichtet, die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde in ihrer Aufgabenerfüllung durch institutionelle und organisatorische Garantien abzusichern. In allen Kantonen finden sich hierzu **mehr oder weniger ausführliche Bestimmungen** zur Wahl, zum Anstellungsverhältnis und dessen Auflösung, zur Stellung innerhalb der Behördenorganisation, zur Budgethoheit, zur Sicherung der persönlichen Unabhängigkeit oder zur Oberaufsicht über die Aufsicht. Es liegt auf der Hand, dass es je nach Wahlbehörde und organisationsrechtlicher Zuordnung der Aufsichtsstelle weniger institutionelle Absicherungen zur Sicherstellung der Unabhängigkeit braucht.

**82.** Mit Bezug auf das **Wahlorgan** der Aufsichtsbehörde präsentiert sich die Rechtslage in den Kantonen immer noch recht unterschiedlich:

- In elf Kantonen (AG, FR [teilweise<sup>144</sup>], GR, NE, NW, SH, SZ, TG, UR, VD, ZG) erfolgt die Wahl durch die *Kantonsregierung*. Die alleinige Wahl durch die Exekutive ist allerdings nicht unproblematisch, weil dies eine Wahl der Kontrollierenden durch die Kontrollierten darstellt. Im Sinne der institutionellen Unabhängigkeit wäre es verträglicher, wenn die Datenschutzaufsicht nicht allein durch die Exekutive gewählt würde<sup>145</sup>.
- In den Kantonen AI, LU, SG, TI und ZH erfolgt die Wahl zwar auch durch die *Regierung*; sie muss jedoch – wie beim Bund – durch das *Parlament genehmigt* werden.
- Durch das *Parlament* erfolgt die Wahl in den Kantonen AR, BE, BL, BS, FR (teilweise), GE (teilweise<sup>146</sup>), GL, OW, SO und VS. Im Kanton BS kann die Regierung

---

<sup>144</sup> Dies gilt nur bezüglich der Datenschutzbeauftragten. Die Wahl setzt eine Stellungnahme der Datenschutzkommission voraus, vgl. Art. 31 Abs. 1 DSchG. Die Kommission wird demgegenüber vom Grossen Rat gewählt.

<sup>145</sup> In der im Auftrag der KdK erstellten **Wegleitung** von BEAT RUDIN zur Umsetzung Schengen/Dublin in den Kantonen vom 15. März 2006 wird die Wahl der Aufsichtsbehörde durch die Regierung als eine mögliche Variante genannt, wobei diese Variante unter dem Aspekt der verlangten völligen Unabhängigkeit allerhöchstens dann genügt, wenn dieses offensichtliche Manko durch andere Sicherungen in höchster Qualität kompensiert werden könne. Vgl. RUDIN, Wegleitung, S. 24.

<sup>146</sup> Der «Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence» wird – auf Vorschlag der Regierung – durch den Grossen Rat gewählt. Die Mitglieder der «Commission consultative en ma-

vorgängig Stellung beziehen; in den Kantonen BE, BL<sup>147</sup>, FR, GE, GL und SO erfolgt die Wahl auf Antrag bzw. Vorschlag der Regierung.

- In den Kantonen JU und GE<sup>148</sup> werden die Mitglieder der Datenschutzkommission teilweise vom Parlament und teilweise von der Regierung bestimmt.

**83.** Die Aufsichtsbehörde erfüllt ihre Aufgaben in sämtlichen Kantonen «**verwaltungsunabhängig**». In den meisten Kantonen ist sie entweder einem Departement (AG, AI, BE, BL, FR, SH, SZ, UR) oder der Staatskanzlei (GE, GL, GR, LU, NE, NW<sup>149</sup>, SO, SG, TI, VD, ZG) administrativ zugeordnet. In anderen Kantonen wird sie einem Parlamentsorgan (BS, TG, ZH) administrativ zugewiesen.

**84.** Einige Kantone stellen die Aufsichtsbehörde ausdrücklich unter die **Aufsicht** des Parlaments (SG, SZ<sup>150</sup>, TI, UR, VS) oder eines Parlamentsorgans (SG, ZH). Die Aufsicht konzentriert sich in der Regel auf administrativ-finanzielle Aspekte, während die Kontrolle der Erfüllung des gesetzlichen Auftrags (eher im Rahmen einer **Oberaufsicht**) hauptsächlich über die Berichterstattung an das Parlament (z.B. FR, OW), an die Regierung (z.B. LU, SG [mit Kenntnisnahme des Parlaments], SH, TG), an Parlament und Regierung (z.B. BE, GE, TI) oder an die Öffentlichkeit (VD) geschieht.

cc. Konkretisierungen der Unabhängigkeit in personeller Hinsicht

**85.** Zur Sicherung der persönlichen Unabhängigkeit der Mitglieder der Aufsichtsbehörde (bzw. des Datenschutzbeauftragten) verlangen praktisch alle Kantone hinreichende **fachliche** Voraussetzungen (z.B. FR). In einzelnen Kantonen wird die persönliche Unabhängigkeit über **Unvereinbarkeitsvorschriften** (vgl. BS, GE, JU), **Ausstandsregelungen** (vgl. FR, GE, GL, OW) und Vorschriften über die **Nebenerwerbstätigkeit** (z.B. BE, SH, ZG) gewährleistet. Teilweise ist auch vorgesehen, dass die (leitenden) Mitglieder der Aufsichtsbehörde ihre Interessenbindungen offenlegen müssen (vgl. FR, GE, GL).

**86.** Da die **Anstellung** des Datenschutzbeauftragten in einem einfachen (kündbaren) Arbeitsvertrag den Anforderungen an die (persönliche) Unabhängigkeit nicht zu genügen vermag, haben sämtliche Kantone – allerdings in unterschiedlichem Umfang und mit unterschiedlicher Regelungsdichte – *besondere Vorschriften* aufgestellt, wobei vielerorts die Bestimmungen der Staatspersonalgesetzgebung subsidiär bzw. sinngemäss zur Anwendung gelangen (so z.B. ausdrücklich BS, UR, ZH [vgl. im Einzelnen N 97 ff.]<sup>151</sup>). Die Anstellung erfolgt in praktisch allen Kantonen<sup>152</sup> durch Wahl, dies regelmässig für eine bestimmte Amts-

---

tière de protection des données, de transparence et d'archives» werden teils vom Grossen Rat und teils vom Regierungsrat bestimmt.

<sup>147</sup> Im Kanton BL ist das Parlament an den Wahlvorschlag der Regierung gebunden (Art. 22a Abs. 1 DSchG BL).

<sup>148</sup> Vgl. Fn. 146 hiavor.

<sup>149</sup> Vgl. allerdings Fn. 142 hiavor.

<sup>150</sup> Vgl. für die Kantone NW, OW und SZ Art. 2 Abs. 3 der Vereinbarung des Kantons Schwyz und den Kantonen Obwalden und Nidwalden über die Zusammenarbeit bei der Aufsicht im Datenschutz vom 1. Oktober 2008. Dazu auch Fn. 142 hiavor.

<sup>151</sup> Im Kanton NE hat der Datenschutzbeauftragte den gleichen Status wie Behördenmitglieder. Ein spezielles Personalstatut kennt auch der Kanton VS.

<sup>152</sup> Im Kanton ZG wird der Datenschutzbeauftragte von der Regierung «angestellt». Im Kanton UR wird der Datenschutzbeauftragte in ein «Auftragsverhältnis» gewählt.

dauer<sup>153</sup>. Die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bzw. die Amtsenthebung wird nur in wenigen Kantonen explizit geregelt (vgl. SG, SO, UR).

dd. Konkretisierungen der Unabhängigkeit in materieller Hinsicht

**87.** Die Gewährleistung der völligen Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde setzt voraus, dass Letztere über **genügend personelle und sachliche Ressourcen** verfügt. In den meisten Kantonen wird diesem Erfordernis durch besondere Vorschriften Rechnung getragen.

Vgl. z.B. Art. 21 Abs. 3 DSchG UR

Sie [die beauftragte Person für Datenschutz] steht unter der Oberaufsicht des Landrats, beantragt ihm die finanziellen Mittel, die erforderlich sind, um ihre Aufgabe zu erfüllen, verfügt über diese Mittel und ist im Rahmen der bewilligten Kredite zuständig, Angestellte zu beschäftigen und deren Arbeitsverhältnis zu regeln.

**88.** Die meisten Kantone (vgl. AG, BE, BL, BS, GL, NE, NW/OW/SZ, SG, SH, SO, UR, ZG) kennen mehr oder weniger präzise Vorschriften zur **Budgethoheit** der Aufsichtsbehörde (anders LU, vgl. N 95 f.). In der Regel wird das Budget (ev. zusammen mit einem Aufgaben- und Finanzplan [vgl. z.B. AG]) dem Regierungsrat eingereicht, der es mit (AG, BE, SO, ZG) oder ohne abweichende Anträge unverändert an das Parlament weiterleitet. Problematisch erscheint die Regelung im Kanton SG, wonach der Regierungsrat dem Parlament bekannt gibt, ob der Voranschlag übernommen wurde, und Abweichungen begründet.

**89.** Im Hinblick auf die Sicherstellung der (materiellen) Unabhängigkeit sehen viele Kantone auch ausdrücklich vor, dass die beauftragte(n) Person(en) für Datenschutz im Rahmen des Budgets ihr **Personal selbst anstellen** (AG, BE, BS, SG, SO, UR, ZG, ZH), über ein **eigenes Sekretariat** verfügen (AG, GE, [missverständlich] JU) und/oder bei Bedarf **Sachverständige** beiziehen können (AG, FR, SO).

c. *Konkretisierung und Umsetzung der Unabhängigkeit in ausgewählten Kantonen*

aa. Kanton Bern

**90.** Im KDSG<sup>154</sup> werden die Vorgaben des internationalen Rechts betreffend Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde sowie Art und Weise ihrer Aufgabenerfüllung konkretisiert und umgesetzt. Der Kanton Bern verfügt über eine kantonale Datenschutzaufsichtsstelle, die von einem bzw. einer Beauftragten für Datenschutz geleitet wird. Die Aufsichtsstelle ist bei der Aufgabenerfüllung **fachlich selbständig** und **unabhängig** und nur der Verfassung und dem Gesetz verpflichtet (Art. 32 Abs. 2 und Art. 33a KDSG).

**91.** Organisatorisch ist die Datenschutzaufsichtsbehörde der Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion **administrativ angegliedert** (Art. 32 Abs. 3 KDSG). Der Regierungsrat des Kantons Bern hielt in seinem Vortrag zur Revision des KDSG zur Begrifflichkeit der «administrativen Zuordnung» Folgendes fest (Hervorhebungen durch die Verfasser):

---

<sup>153</sup> Vgl. AG (8 Jahre); AI (4 Jahre); BE (4 Jahre); BL; BS (6 Jahre); FR (4 Jahre für Mitglieder Kommission); GE (4 Jahre); GL; GR; NE; SZ/NW/OW (4 Jahre); SG; SH (4 Jahre); SO (4 Jahre); TG; TI; UR; VD (6 Jahre); ZH (4 Jahre). – Anders präsentiert sich die Situation im Kanton LU (vgl. unten N 95 f.).

<sup>154</sup> Datenschutzgesetz vom 19. Februar 1986 (BSG 152.04).

«Die Datenschutzaufsicht wurde jedenfalls zu Beginn vorab als „Spezialdienst“ verstanden, der sich vor allem mit juristischen Fragestellungen beschäftigt. **Eine eigentliche Eingliederung der Aufsichtsstelle in die Verwaltung im Sinne einer hierarchischen Unterstellung unter eine Direktion wurde aber bereits beim Erlass des Datenschutzgesetzes verworfen, weil die Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht damit in Frage gestellt worden wäre. Eine derartige Eingliederung genügt insbesondere den Anforderungen von Schengen/Dublin nicht, welche für die Datenschutzaufsicht „völlige Unabhängigkeit“ verlangen.** Grundsätzlich möglich ist demgegenüber auch im Licht der europarechtlichen Vorgaben eine rein administrative Zuordnung zu einer Direktion. Denkbar ist ebenso eine Zuordnung zum Büro des Grossen Rates oder zur Staatskanzlei»<sup>155</sup>.

**92.** Mit einer adäquaten Regelung der Bestellung und der Rechtsstellung der verantwortlichen Personen sowie der *administrativen Zuordnung* der Aufsichtsstelle wird sichergestellt, dass diese von der kontrollierten Verwaltung unabhängig sind und sie nicht beispielsweise durch die Androhung einer Entlassung an der Ausübung ihrer Aufgaben gehindert werden können. Die verwaltungsorganisationsrechtliche Stellung des Beauftragten ist einem hauptamtlichen Behördenmitglied ähnlich. Er steht unter Kontrolle der Oberaufsichtskommission, welche dem Verwaltungsgericht Antrag auf Abberufung stellen kann, wenn Unfähigkeit, dauerhaft ungenügende Leistungen, schwere oder wiederholte Pflichtverletzung oder ein anderer wichtiger Grund die Fortsetzung der Amtsführung unzumutbar machen<sup>156</sup>.

**93.** Mit der letzten Revision des KDSG im Rahmen der Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie 95/46/EG sowie des Zusatzprotokolls zur DSK und den diesbezüglichen Neuerungen, welche am 1. August 2009 in Kraft getreten sind, wurde die völlige Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde nach Massgabe der internationalen Verpflichtungen weiter verstärkt (vgl. insb. die Einfügung von Art. 33a KDSG). Neu wird der Datenschutzbeauftragte nicht mehr vom Regierungsrat, sondern **vom Grossen Rat für eine feste Amtsdauer von vier Jahren gewählt** (Art. 32 Abs. 1 und 2 KDSG). Auf eine Amtszeitbeschränkung wurde bewusst verzichtet. Eine solche mag nach Ansicht des Regierungsrats zwar der Gefahr vorbeugen, dass der Datenschutzbeauftragte im Laufe der Zeit eine allzu grosse persönliche Nähe zu den kontrollierten kantonalen Behörden aufweisen könnte. Andererseits seien im Bereich der Datenschutzaufsicht Fachkompetenz und damit auch eine gewisse Erfahrung schlicht unabdingbar. Der Beauftragte ist deshalb nach der Konzeption im Kanton Bern grundsätzlich unbeschränkt wiederwählbar<sup>157</sup>.

**94.** Der Beauftragte verfügt seit der besagten Teilrevision über ein **eigenes Budget**. Im Rahmen der mit dem Voranschlag bewilligten Mittel kann der Beauftragte frei über die Anstellung des notwendigen Personals entscheiden. Für *Investitionen* gelten dagegen die ordentlichen Ausgabenbefugnisse. Dem Grossen Rat verbleibt die volle Kompetenz zur Kürzung des eingegebenen Voranschlags (Art. 33a Abs. 4 KDSG).

Die per 1.1.2009 selbständig gewordene kantonale Aufsichtsstelle für Datenschutz hat erstmals für das Jahr 2009 ein Budget erstellt. Der Saldo der laufenden Rechnung wies einen Aufwandüberschuss von CHF 0,6 Millionen aus, was einer Zunahme von 4,4% gegenüber dem Vorjahresbudget entspricht. Einem Aufwand von CHF 0,8 Millionen stand ein Ertrag von CHF 0,2 Millionen gegenüber. Der Aufwand setzte sich zu-

---

<sup>155</sup> Vortrag des Regierungsrats des Kantons Bern zur Änderung des Datenschutzgesetzes vom 17. Oktober 2007; online abrufbar unter: <[http://www.jgk.be.ch/site/vortrag\\_kdsgde.pdf](http://www.jgk.be.ch/site/vortrag_kdsgde.pdf)>.

<sup>156</sup> Art. 38 Abs. 1 PersG (Personalgesetz vom 16. September 2004; BSG 153.01).

<sup>157</sup> Vgl. zum Ganzen Vortrag des Regierungsrats des Kantons Bern zur Änderung des Datenschutzgesetzes vom 17. Oktober 2007, S. 6.

sammen aus CHF 0,6 Millionen für das Personal und CHF 0,2 Millionen für den Sachaufwand<sup>158</sup>. Im Budget für das Jahr 2010 sind die Zahlen für Aufwand und Ertrag unverändert geblieben. Für die Planperiode 2011–2013 ist eine Kostensteigerung von durchschnittlich 0,6% pro Jahr vorgesehen. Der Aufwandüberschuss nimmt in den Jahren 2011–2013 gemäss dem kantonalen Finanzplan um durchschnittlich 0,75% pro Jahr zu<sup>159</sup>.

bb. Kanton Luzern

**95.** In Fragen des Datenschutzes ist primär das kantonale Datenschutzgesetz (DSchG)<sup>160</sup> einschlägig. Der Regierungsrat wählt als kantonale Aufsichtsstelle einen Beauftragten für den Datenschutz. Die Wahl bedarf der Genehmigung durch den Kantonsrat. Der Beauftragte ist **fachlich selbständig, unabhängig und der Staatskanzlei administrativ zugeordnet** (§ 22 DSchG).

**96.** Anlässlich der Arbeiten für die letzte Gesetzesrevision äusserte sich der Regierungsrat in seiner Botschaft dahingehend, dass er für die Unabhängigkeit die administrative Zuordnung des Beauftragten zur Staatskanzlei als zentral erachte. Er sprach sich jedoch gegen ein eigenes **Budget** des Beauftragten aus, weil der Legislative ohnehin die alleinige Budgetkompetenz zukomme. Weiter lehnte es der Regierungsrat ab, den Beauftragten auf eine feste Amtszeit wählen zu lassen und erachtete als Rechtsform das Dienstverhältnis nach kantonalem Personalgesetz als ausreichend, da dieses im Vergleich zu einem privatrechtlichen Anstellungsverhältnis nur unter erschwerten Bedingungen und aus sachlichen Gründen aufgelöst werden könne. Diese Vorschläge des Regierungsrats haben Eingang in das Datenschutzgesetz gefunden<sup>161</sup>. Der Umstand, dass dem Beauftragten **keine eigene Budget-Kompetenz** zukommt und **keine feste Amtsdauer** vorgesehen ist – dem Beauftragten somit *jederzeit* aus wichtigen Gründen gekündigt werden kann – erscheint hinsichtlich der zu gewährenden funktionellen Unabhängigkeit als problematisch, dies erst recht unter dem Gesichtswinkel, dass die Aufsichtsstelle vom Regierungsrat ohne jede Einflussmöglichkeit der Legislative gewählt wird. Es lässt sich deshalb ernsthaft bezweifeln, ob die institutionelle Unabhängigkeit ausreichend gewährleistet ist<sup>162</sup>.

cc. Kanton Zürich

**97.** Die Datenschutzkontrollbehörde wird im Kanton Zürich im IDG<sup>163</sup> geregelt. Gemäss § 30 Abs. 2 IDG ist der Beauftragte **«unabhängig»**. Mit dieser gesetzlich verankerten Unabhängigkeit sind die in Art 28 RL und Art. 1 ZP angesprochenen Garantien gemeint. Die Materialien zum IDG (Inkrafttreten per 1. Juli 2007) belegen, dass der Zürcher Gesetzgeber die Stellung sowie die Aufgaben und Befugnisse der Datenschutzaufsicht an die internationalen Verpflichtungen anpassen wollte. Der Regierungsrat äusserte sich in seinem zweiten Vortrag

---

<sup>158</sup> Voranschlag 2009 und Aufgaben-/Finanzplan 2010–2012 des Kantons Bern, S. 323; online abrufbar unter:  
<<http://www.fin.be.ch/fin/de/index/finanzen/finanzen/finanzplanung/voranschlag.assetref/content/dam/documents/FIN/GS/de/va-afp-2009.pdf>>.

<sup>159</sup> Voranschlag 2010 und Aufgaben-/Finanzplan 2011–2013 des Kantons Bern, S. 667; online abrufbar unter:  
<<http://www.fin.be.ch/fin/de/index/finanzen/finanzen/finanzplanung/voranschlag.assetref/content/dam/documents/FIN/GS/de/va-afp-2010.pdf>>.

<sup>160</sup> Gesetz über den Schutz von Personendaten vom 2. Juli 1990 (SRL Nr. 38).

<sup>161</sup> Vgl. Botschaft LU, S. 13 f.

<sup>162</sup> In diesem Sinne STÄMPFLI, S. 221 in Fn. 343.

<sup>163</sup> Gesetz über die Information und den Datenschutz vom 12. Februar 2007 (LS 170.4).

dahingehend, dass die in den Abkommen von Schengen/Dublin sowie in der DSK garantierte völlige Unabhängigkeit im Gesetz festzuhalten und institutionell zu sichern sei<sup>164</sup>.

**98.** Die oder der Beauftragte wird vom Regierungsrat – unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Kantonsrat – auf eine feste Amtsdauer von vier Jahren **gewählt** (§ 30 Abs. 1 IDG). Sie oder er ist **administrativ der Geschäftsleitung des Kantonsrates zugeordnet**, welche gleichsam als Aufsichtsbehörde der Datenschutzkontrollbehörde eingesetzt ist (§ 30 Abs. 1 und 2, § 31 Abs. 3 IDG). Mit dieser Neuordnung wurde die Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten bewusst gestärkt. Diese Regelung soll ausserdem dazu beitragen, dass den zu kontrollierenden Behörden gegenüber dem Kontrolleur möglichst keine Beeinflussungsmöglichkeiten zukommen<sup>165</sup>.

**99.** § 31 Abs. 3 IDG spricht lediglich davon, dass die **Geschäftsleitung des Kantonsrates** gegenüber dem Beauftragten als **Aufsichtsorgan** tätig ist, schweigt sich jedoch über deren konkrete Kompetenzen aus. In Anbetracht der in § 30 Abs. 2 IDG garantierten Unabhängigkeit und im Sinne einer *völkerrechtskonformen Auslegung* des IDG (oben N 14 und 22) lässt dies nur den Schluss zu, dass der Geschäftsleitung des Kantonsrats eine auf die allgemeine Geschäftsführung beschränkte Aufsicht zukommt, welche sich nicht auf die konkrete Art und Weise der Aufgabenerfüllung erstrecken darf. Weiter lässt sich daraus folgern, dass der Zürcher Gesetzgeber der kantonalen Datenschutzaufsicht in §§ 34–36 IDG sämtliche Befugnisse und Handlungsinstrumente zugestehen wollte, wie sie in Art. 28 RL sowie Art. 1 ZP festgehalten sind. Aufgrund der völkerrechtskonformen Auslegung muss in § 30 Abs. 2 IDG auch die funktionelle Unabhängigkeit, also die fehlende Weisungsbefugnis einer anderen Verwaltungsstelle hinsichtlich des «Ob» und «Wie» der konkreten Aufgabenerfüllung, als Teilgehalt der völligen Unabhängigkeit enthalten sein. Gleiches gilt für die Anforderungen an die materielle Unabhängigkeit bezüglich Budget und Infrastruktur<sup>166</sup>.

**100.** Auf den Beauftragten und sein Personal ist grundsätzlich das allgemeine **Personalrecht** des Kantons anwendbar. Die besonderen Bestimmungen des IDG bleiben vorbehalten<sup>167</sup>. Aufgrund der funktionellen und materiellen Unabhängigkeit des Beauftragten erweist sich die Anwendung der personalrechtlichen Bestimmungen jedoch nur in beschränktem Umfang als zulässig. Aus dem Gebot der völkerrechtskonformen Auslegung ergibt sich auch hier, dass die Anwendung des PG und des VVPG in weiten Teilen lediglich sinngemäss möglich ist<sup>168</sup>.

**101.** Der Beauftragte führt eine eigene Rechnung. Er unterbreitet dem Kantonsrat jährlich eine Übersicht über die Entwicklung der Leistungen und Finanzen, einen Budgetentwurf sowie die Rechnung (§ 32 Abs. 3 IDG). Im Budget 2009 betrug der Budgetkredit der Erfolgsrechnung für den Beauftragten CHF 1'940'234<sup>169</sup>. Für das Jahr 2010 ist ein Budgetkredit von CHF 1'991'255 vorgesehen<sup>170</sup>.

---

<sup>164</sup> RRB Nr. 1098 vom 19. Juli 2006, S. 4.

<sup>165</sup> Vgl. zum Ganzen HÄNER, S. 15 f.

<sup>166</sup> HÄNER, S. 17, N 33 f. (Aufsicht) sowie S. 22 f. (materielle Unabhängigkeit).

<sup>167</sup> § 31 Abs. 1 und 2 IDG.

<sup>168</sup> Vgl. eingehend HÄNER, S. 30 ff. Diese schliesst eine Kündigung zum vornherein aus und fordert eine explizite spezialgesetzliche Beschränkung der Gründe für eine Nichtwiederwahl. Zulässige Gründe wären etwa eine Amtspflichtverletzung, offensichtliches fachliches Ungenügen oder eine dauernde Krankheit.

<sup>169</sup> Online abrufbar unter:

<[http://www.fv.zh.ch/internet/fd/fv/de/finanzen/voranschlag/Budget\\_2009.html](http://www.fv.zh.ch/internet/fd/fv/de/finanzen/voranschlag/Budget_2009.html)>.

<sup>170</sup> Entwurf Budget 2010; online abrufbar unter:

## IV. Fazit

**102.** Dem im DSG des Bundes und in den Datenschutzgesetzen der Kantone verwendeten **Begriff der «Unabhängigkeit»** liegt ein gemeinsames Verständnis zu Grunde, das weitestgehend durch den Schengen-Besitzstand und das Zusatzprotokoll zur DSK vorgegeben ist (vgl. dazu eingehend N 43 ff.). Im Zentrum steht die Verpflichtung zur Einrichtung von Aufsichtsbehörden, welche ihre (gesetzlich bestimmten) Aufgaben *selbständig* und *weisungsunabhängig* erfüllen. Dies impliziert insbesondere, dass die kontrollierten Behörden, welche durch die Aufsichtsbehörde bezüglich der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften überwacht werden, diese Überwachung und die übrigen Aufgaben der Aufsichtsbehörde *weder direkt noch indirekt beeinflussen* können.

**103.** Diese funktionsbezogene Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde muss von Bund und Kantonen auch **institutionell** und **organisatorisch** sichergestellt werden. Der Staat darf die Aufsichtsbehörde in der Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben weder über die Ausgestaltung der Behördenorganisation noch über das Controlling oder die Finanzierung beeinflussen. Zu diesem Zweck bedarf es *besonderer (hinreichend präziser) Vorschriften* zur Stellung der Aufsichtsstelle innerhalb der Behördenorganisation, zur Wahl und zum Arbeitsverhältnis der leitenden Personen der Aufsichtsbehörde, zur Sicherung der persönlichen Unabhängigkeit der Behördenmitglieder sowie zur finanziellen und personellen Ausstattung der Behörde. Diese Vorschriften müssen in hinreichender Weise die aufgabenbezogene Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde gewährleisten können. Schliesslich gilt es, diese Vorschriften im Hinblick auf die Sicherstellung der völligen (funktionsbezogenen) Unabhängigkeit anzuwenden. Dies kann beispielsweise bedeuten, dass generalklauselartige Bestimmungen zur Aufsicht über die Kontrollstelle entsprechend restriktiv ausgelegt werden müssen.

## § 3 BEURTEILUNG DES VORLIEGENDEN FALLES

### I. Ausgangslage

**104.** Die Meinungsdivferenz (N 2) zwischen dem Staatsrat und der kantonalen Aufsichtsbehörde für Datenschutz, zu deren Ausräumung die vorliegenden Abklärungen beitragen sollen, betrifft im Kern die Frage, ob die Datenschutzbeauftragte die Informationsblätter auch ohne vorgängige Zustimmung der Exekutive veröffentlichen darf. Diese Fragestellung soll im Lichte des hiervor erarbeiteten Begriffs der Unabhängigkeit und in Anlehnung an den von der Auftraggeberin vorgelegten Fragenkatalog einer Lösung zugeführt werden.

**105.** Im Folgenden wird zunächst das Verhältnis der Exekutive und der kantonalen Aufsichtsbehörde im Zusammenhang mit der Veröffentlichung von Informationsblättern beleuchtet (II.). Dabei soll auch der rechtliche Rahmen für die Informationstätigkeit der Aufsichtsbehörde dargestellt und – wo hilfreich – mit der Rechtslage in anderen Kantonen verglichen werden. Die Fragen der Auftraggeberin (N 3) werden separat (III.) beantwortet.

### II. Verhältnis zur Exekutive im Zusammenhang mit der Veröffentlichung von Informationsblättern

**106.** Mit dem vorliegenden Informationsblatt wollte die Aufsichtsbehörde die Öffentlichkeit über die datenschutzrechtlichen Grundsätze, welche die zuständigen Behörden im Bereich von Kontrollen in der Sozialhilfe zu beachten haben, informieren. Das Papier enthält im Wesentlichen Hinweise auf gesetzliche Leitplanken, die für behördliche Kontrollen in der Sozialhilfe relevant sind.

**107.** Das sich aus der (funktionellen) **Unabhängigkeit** ergebende Einwirkungsverbot der Exekutive in die Aufgabenerfüllung der Aufsichtsbehörden (N 58) gilt – selbstagend – nur für Tätigkeiten **innerhalb des übertragenen Aufgabenbereichs**. Hingegen kann sich eine Aufsichtsbehörde nicht auf ihre Unabhängigkeit berufen, wenn sie ausserhalb ihres Aufgabenbereichs tätig wird. Vor diesem Hintergrund muss im Folgenden zunächst geprüft werden, ob die Datenschutzbeauftragte vorliegend in Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe gehandelt hat (1.). Trifft dies zu, ist anschliessend zu untersuchen, ob und inwiefern die Aufsichtsbehörde informieren durfte, ohne zunächst der Verwaltung die Gelegenheit zur Erfüllung ihrer Informationspflicht einzuräumen (2.).

#### 1. Hat die Datenschutzbeauftragte in Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe gehandelt?

**108.** Die Datenschutzbeauftragte hat sich bei der Veröffentlichung der eingangs erwähnten Informationen auf Art. 31 Abs. 2 lit. b und lit. c DSchG gestützt. Dementsprechend versteht sie das Informationsblatt zum einen als Information der betroffenen Personen über ihre Rechte (Art. 31 Abs. 2 lit. c DSchG) und zum andern als Beratung der involvierten Behörden im Bereich der Sozialhilfe (Art. 31 Abs. 2 lit. b DSchG). Im Folgenden ist zunächst (im Sinne einer Vorfrage) zu prüfen, ob und inwieweit es für die Verbreitung von Informationsblättern überhaupt einer Rechtsgrundlage bedarf (N 109 ff.), bevor näher untersucht wird, ob Art. 31

Abs. 2 lit. b und lit. c DSchG für die Veröffentlichung des besagten Informationsblatts als Rechtsgrundlage genügen (N 113 ff.).

Nicht als Rechtsgrundlage in Betracht kommen im vorliegenden Fall Vorschriften, welche die Behörden verpflichten, die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit zu informieren (vgl. Art. 88 Abs. 1 KV, Art. 30a Abs. 2 DSG), denn Gegenstand des Informationsblattes bildet nicht die *eigene* Tätigkeit, sondern die Darstellung der Rechtslage zuhanden der involvierten Behörden und der betroffenen Personen. Erst recht keine Anwendung finden folglich Vorschriften, welche bestimmen, wie die Kantonsverwaltung die Öffentlichkeit über ihre Tätigkeit zu informieren hat<sup>171</sup>.

a. *Vorfrage: Notwendigkeit einer Rechtsgrundlage und Anforderungen an diese*

**109.** Gemäss dem sich aus Art. 5 Abs. 1 BV ergebenden **Legalitätsprinzip** dürfen der Staat und die ihm zurechenbaren Organe nur aufgrund und nur im Rahmen einer gültigen gesetzlichen Grundlage handeln. Daraus ergeben sich zwei Teilgehalte<sup>172</sup>: Zum einen dürfen die Verwaltung und andere staatliche Behörden nur tätig werden, wenn sie sich hierfür auf eine gültige rechtssatzmässige Grundlage stützen können, die hinreichend bestimmt («Normdichte») und auf einer genügenden «Normstufe» erlassen worden ist. Zum andern müssen sich die Behörden an diese Erlasse halten und dürfen nicht dagegen verstossen. Die Anforderungen an die erforderliche Normdichte und Normstufe hängen u.a. davon ab, ob und inwieweit staatliches Handeln in Rechtspositionen der Individuen eingreift<sup>173</sup>.

**110.** Die Informationstätigkeit einer Behörde (hier in Form der Veröffentlichung eines Informationsblatts auf dem Internet) bedarf – wie jedes staatliche Handeln – einer **rechtssatzmässigen** Grundlage<sup>174</sup>. Dass es sich hierbei um einen Realakt bzw. um tatsächliches oder informelles Verwaltungshandeln<sup>175</sup> handelt, ändert daran nichts. Es gibt für den Staat keinen rechtsfreien Raum. Nicht zum vornherein eindeutig ist die Frage nach der erforderlichen Stufe und Bestimmtheit einer solchen Rechtsgrundlage.

- Wo die Informationstätigkeit des Staates zu schweren Eingriffen in Grundrechte führt, bedarf es hierfür einer **formellgesetzlichen Grundlage** (Art. 36 Abs. 1 BV). Dabei können nicht nur Rechts-, sondern auch Realakte solche Eingriffe bewirken. Nach verbreiteter Lehrmeinung müssen *Warnungen* und *Empfehlungen* – die ihrerseits als besondere Art staatlicher Informationstätigkeit aufgefasst werden können – mindestens dann auf einer klaren und eindeutigen formellgesetzlichen Grundlage beruhen, wenn sie im Rahmen einer breitenwirksamen und aufwendigen Kampagne abgegeben werden<sup>176</sup>. Bei regelrechten Informationskampagnen leuchtet die Forderung nach einer fundierten formalgesetzlichen Grundlage zwar durchaus ein, eine solche ist jedoch keine Selbstverständlichkeit. Denn: Wer zur Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe sachlich, örtlich und funktionell zuständig ist, besitzt auch die Be-

---

<sup>171</sup> Nicht anwendbar ist namentlich die Verordnung vom 22. März 2005 über die Information der Öffentlichkeit über die Tätigkeit des Staatsrats und der Kantonsverwaltung (InfoV, SGF 122.0.51). Selbst wenn sie anwendbar wäre, würden – innerhalb des Informationsauftrags der Aufsichtsbehörde – die Vorschriften des DSchG vorgehen.

<sup>172</sup> Vgl. statt vieler BGE 132 I 242 E. 10.1; 130 I 1 E. 3.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N 379 ff.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 N 14 ff.

<sup>173</sup> Vgl. zur Relativität der erforderlichen Normdichte statt vieler BGE 135 I 169 E. 5.4.1–5.4.2; 131 II 29 E. 6.5.1.

<sup>174</sup> Vgl. statt vieler MÜLLER/MÜLLER-GRAF, S. 423; TSCHANNEN, S. 423; ZIMMERLI, S. 73 ff.

<sup>175</sup> Vgl. zur (rechtlichen) Qualifizierung von Informationen eingehender TSCHANNEN, S. 362 ff.

<sup>176</sup> MÜLLER/GRAF-MÜLLER, S. 377; TSCHANNEN, S. 423; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 39 N 5; a.M. MORAND, S. 150.

fugnis, damit verbundene Verwaltungsrechtsverhältnisse nach den Vorgaben des Sachgesetzes durch Verwaltungsakt zu regeln. Verwaltungskompetenz beinhaltet die Kompetenz, im entsprechenden Zuständigkeitsbereich Verfügungen zu erlassen und somit erst recht die Kompetenz zur Vornahme von aufgabennotwendigen Realakten. TSCHANNEN kommt daher zum Schluss, dass statt der äusseren Form vielmehr die materielle und instrumentelle Tragfähigkeit des Sachgesetzes entscheidend ist. Mit anderen Worten: Solange die Informationstätigkeit den Rahmen einer üblichen Verwaltungshandlung nicht sprengt, gibt es keinen Grund, den Griff zu diesem Mittel bei der Aufgabenerfüllung per se unter Gesetzesvorbehalt zu stellen. Ausser im Fall von schweren Grundrechtseingriffen reicht nach dieser Ansicht unter Umständen somit eine Regelung in einer Verordnung, um den Anforderungen des Legalitätsprinzips an die *Normstufe* Genüge zu tun<sup>177</sup>.

- Auch für erforderliche **Normdichte (Bestimmtheit)** ist auf den Charakter und die Wirkungen der staatlichen Handlung abzustellen: Je wichtiger das Staatshandeln ist und je stärker es unmittelbar oder mittelbar auf die Verhältnisse des Einzelnen einwirkt, desto klarer und präziser muss die Gesetzesnorm formuliert sein, auf welche sich die staatliche Tätigkeit stützt<sup>178</sup>.

**111.** Das **vorliegende Informationsblatt** der Datenschutzbeauftragten will Behörden und Betroffene über die Kontrollen in der Sozialhilfe informieren, damit die Personendaten der kontrollierten Personen in Einhaltung der datenschutzrechtlichen Grundsätze bearbeitet werden. Für die Privaten erschöpft sich der Gehalt dieser Mitteilung in einer reinen Information ohne Lenkungscharakter. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern der Bürger durch diese Art der Informationstätigkeit der Datenschutzbeauftragten in irgendeiner Weise in seinen Rechten einträchtigt bzw. der Schutzbereich eines Grundrechtes durch die Veröffentlichung dieses Merkblattes tangiert sein sollte. Vielmehr werden die Privaten durch die Informationsvermittlung im datenschutzrechtlich heiklen Bereich der Überwachung durch die Sozialhilfebehörden sensibilisiert, um im Falle einer Verletzung des Datenschutzrechts die ihnen zustehenden Rechte wahrnehmen zu können. Ähnlich präsentiert sich die Situation auch gegenüber den involvierten Behörden der Sozialhilfe, beschränkt sich doch die Information auf die Rezipierung von Gesetzenormen und die Wiedergabe von relevanten Grundsätzen des Datenschutzrechts. Ein Eingriff in deren Zuständigkeitsbereich liegt nicht vor; erst bei der Nichteinhaltung der Vorschriften würde die Aufsichtsbehörde das betreffende öffentliche Organ auffordern, innert einer bestimmten Frist die nötigen Abhilfemassnahmen zu treffen (Art. 22a DSchG). Vor diesem Hintergrund kann allerdings das Merkblatt gegenüber den Sozialhilfebehörden durchaus auch als ein *«präventives und informelles Mittel zur Verhaltenssteuerung»* angesehen werden, das für die kommunalen Sozialhilfebehörden durchaus eine gewisse faktische Bindung zu entfalten vermag.

**112.** Dennoch dürfen angesichts des Inhalts und der «Wirkungen» dieser Informationstätigkeit weder an die Normstufe noch an die Normdichte allzu hohe Anforderungen gestellt werden.

---

<sup>177</sup> TSCHANNEN, S. 424.

<sup>178</sup> EHRENZELLER, St. Galler Kommentar, N 5 zu Art. 5.

b. *Massgebende Rechtsgrundlage für die Informationsblätter?*

aa. Ausgangslage

**113.** Bund und Kantone werden durch das Schengener Assoziierungsabkommen (sowie das Zusatzprotokoll zur DSK [N 44 ff.]) verpflichtet, eine oder mehrere öffentliche Stellen einzurichten, welche die Anwendung der datenschutzrechtlichen Vorschriften **überwacht**, die sie im Rahmen der Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben erlassen haben. Um diese Aufgabe erfüllen zu können müssen die Aufsichtsbehörden nicht nur unabhängig sein, sondern auch mit den notwendigen **wirksamen Instrumenten und Befugnissen** ausgestattet werden.

Dazu gehören gemäss Art. 28 Abs. 3 RL insbesondere *Untersuchungsbefugnisse* (wie das Recht auf Zugang zu Daten, die Gegenstand von Verarbeitungen sind, und das Recht auf Einholung aller für die Erfüllung ihres Kontrollauftrags erforderlichen Informationen), *wirksame Einwirkungsbefugnisse* (wie z.B. die Möglichkeit, vor der Durchführung der Verarbeitungen im Einklang mit Art. 20 RL Stellungnahmen abzugeben und für eine geeignete Veröffentlichung der Stellungnahmen zu sorgen, oder die Befugnis, die Sperrung, Löschung oder Vernichtung von Daten oder das vorläufige oder endgültige Verbot einer Verarbeitung anzuordnen, oder die Befugnis, eine Verwarnung oder eine Ermahnung an den für die Verarbeitung Verantwortlichen zu richten oder die Parlamente oder andere politische Institutionen zu befassen<sup>179</sup>) oder die Einräumung eines *Klagerechts* oder einer *Anzeigebefugnis* bei Verstössen gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie.

**114.** Nach dem auch für die Schweiz verbindlichen Rahmenbeschluss 2008/977/JI des Rates vom 27. November 2008 (N 55 f.) müssen die Aufsichtsbehörden – neben den genannten Überwachungsaufgaben – die Anwendung der zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses erlassenen Vorschriften überdies **beratend** begleiten.

**115.** Aus den genannten Vorschriften ergeben sich für Bund und Kantone gewisse **Vorgaben**, und zwar nicht nur für die institutionelle und organisationsrechtliche Ausgestaltung der Datenschutzaufsicht, sondern auch für die Art und den Umfang der Aufgaben, die der Aufsichtsbehörde übertragen werden müssen. Das vorgegebene **Aufgabenspektrum** beinhaltet sowohl die *Überwachung* der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften als auch die *Beratungsfunktion*. Diesen Vorgaben ist letztlich auch im Rahmen der Auslegung der einzelnen Rechtsgrundlagen Rechnung zu tragen, in welchen Bund und Kantone die Aufgaben ihrer Aufsichtsbehörden bestimmen.

bb. Exkurs (1): Rechtsgrundlagen und Praxis auf Bundesebene

**116.** Die Aufgaben des EDÖB sind in den Art. 27–31 DSG geregelt. Im Zentrum steht die **Überwachung** der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften durch die Bundesorgane (Art. 27 DSG) und im Privatrechtsbereich (Art. 29 DSG).

**117.** Darüber hinaus hat das DSG den EDÖB mit **Beratungs- und Ombudsfunktionen** gegenüber den *Bürgern* ausgestattet. So berät der EDÖB private Personen in Fragen des Datenschutzes (Art. 28 DSG). Damit ist in erster Linie die konkrete Rechtsberatung *auf Anfrage*

---

<sup>179</sup> Diese beispielhafte Aufzählung bedeutet wohl, dass nicht zwingend alle erwähnten Einwirkungsbefugnisse kumulativ vorhanden sein müssen. Gefordert werden muss aber immerhin, dass die Befugnisse effektiv wirksam sind, d.h. dass die Kontrollstelle die Einhaltung der Datenschutzvorschriften tatsächlich herbeiführen kann (vgl. auch EPINEY, S. 128).

zu einem spezifischen datenschutzrechtlichen Problem gemeint<sup>180</sup>. Aus den Materialien ergibt sich zudem, dass es die klare Absicht des Gesetzgebers war, dem EDÖB die Rolle eines Ombudsmannes zuzugestehen, der bei Differenzen zwischen privaten Parteien und dem Staat Vermittlungsaufgaben übernehmen soll. Vordergründiges Ziel war es dabei, datenschutzrechtliche Konflikte möglichst bereits im Vorfeld zu bereinigen und Behörden und Gerichte dadurch zu entlasten. Wo die Vermittlungstätigkeit fehlschlägt, kann sich die Abgabe einer Empfehlung aufdrängen<sup>181</sup>. Der Beauftragte ist weiter verpflichtet, die Organe des Bundes und der Kantone in Fragen des Datenschutzes zu unterstützen (Art. 31 Abs. 1 lit. a DSG). Aus Art. 31 Abs. 2 DSG wird (implizit) ersichtlich, dass sich die Beratungsfunktion des EDÖB auch auf *Behörden* bezieht.

**118.** Im Rahmen seines **Informationsauftrags** erstattet der EDÖB dem Bundesrat periodisch und nach Bedarf Bericht. Die periodischen Berichte werden veröffentlicht (Art. 30 Abs. 1 DSG). In Fällen von allgemeinem Interesse *kann* der Beauftragte die Öffentlichkeit auch im Einzelfall über seine Feststellungen und Empfehlungen informieren (Art. 30 Abs. 2 DSG). Der Informationsauftrag des EDÖB ist umfassend im Sinne eines Öffentlichkeitsauftrags zu verstehen. Es handelt sich um einen sehr zentralen Aufgabenbereich. Der EDÖB kann die Öffentlichkeit in einer von ihm frei zu bestimmenden Art und Weise, nach eigenem Gutdünken, über die ihm wichtig erscheinenden datenschutzrechtlichen Anliegen informieren und Öffentlichkeitsarbeit betreiben<sup>182</sup>. Es handelt sich dabei um eine dem EDÖB gesetzlich übertragene und *zwingend* wahrzunehmende Aufgabe. Der EDÖB ist bezüglich Inhalt, Medienkanal, Art und Weise der Veröffentlichung sowie deren Zeitpunkt absolut frei. Umgekehrt ist er nicht dazu verpflichtet, gewisse Vorkommnisse zwingend durch die Presse verbreiten zu lassen – dies steht ihm jedoch frei. Es wäre auch denkbar, dass der EDÖB zur Sensibilisierung der Bevölkerung in einem datenschutzrechtlich heiklen Bereich eigentliche Kampagnen organisieren würde, wie dies teils im Ausland der Fall ist<sup>183</sup>.

In der Praxis erfüllt der EDÖB diese Aufgabe, indem er u.a. Leitfäden, Newsletter, Merkblätter, Musterbriefe oder Gutachten herausgibt, Referate hält sowie allgemeine Beiträge in der Fachpresse publiziert<sup>184</sup>. Im Rahmen von Art. 30 und 31 DSG wäre ebenfalls die Herausgabe einer eigens verfassten Fachpublikation denkbar<sup>185</sup>. Das Gesetz zählt in Art. 31 DSG *in beispielhafter Weise* weitere dem EDÖB übertragene Aufgaben auf.

**119.** Im Rahmen der Ausführung der ihm mittels Gesetz übertragenen Aufgaben, insbesondere seines allgemeinen Informationsauftrags, hat der EDÖB diverse **Merkblätter** veröffentlicht, ohne sich hierfür auf eine *explizite* gesetzliche Grundlage zu stützen, in welcher Art und Form der Aufgabenerfüllung ausdrücklich erwähnt würden. So hat er etwa ein Merkblatt zum BGÖ auf seine Website gestellt, welches sich zu bestimmten Gesetzesnormen äussert und die Vorgehensweise für Private erläutert, die ein allgemeines Gesuch einreichen wollen. Das Merkblatt richtet sich gleichermaßen an Behörden<sup>186</sup>. Als gesetzliche Grundlage für derartige Publikationen drängen sich u.E. primär Art. 28 sowie Art. 30 Abs. 2 und Art 31 Abs. 1 lit. a

---

<sup>180</sup> Vgl. HUBER, in: BSK DSG, N 6 zu Art. 28; ROSENTHAL, in: Handbuch DSG, N 1 zu Art. 28.

<sup>181</sup> Vgl. die Ausführungen und Nachweise bei HUBER, in: BSK DSG, N 8 zu Art. 28 sowie ROSENTHAL, in: Handbuch DSG, N 8 zu Art. 28.

<sup>182</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 23. März 1988, BBl 1988 II 481.

<sup>183</sup> HUBER, in: BSK DSG, N 12 zu Art. 30.

<sup>184</sup> Publikationen (Merkblätter, Empfehlungen, Stellungnahmen, Leitfäden, Referate, Gutachten, usw.) des EDÖB sind in elektronischer Form unter <<http://www.edoeb.admin.ch>> bzw. unter <<http://www.derbeauftragte.ch>> verfügbar.

<sup>185</sup> HUBER, in: BSK DSG, N 12 zu Art. 30.

<sup>186</sup> Merkblatt zum Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung (BGÖ; SR 152.3) <<http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00652/00937/01030/index.html?lang=de#>>.

DSG auf, da mit den Merkblättern neben dem Sensibilisierungseffekt die Privaten gerade auch über mögliche drohende Verletzungen ihrer Rechte frühzeitig aufgeklärt werden. Dadurch werden künftige Gesetzesverletzungen bei der Bearbeitung von persönlichen Daten *präventiv* bekämpft, der Einzelne nicht in seinen Rechten beschnitten – ihm werden durch diese in der Regel abstrakt formulierten Merkblätter auch keinerlei Pflichten auferlegt – und die zuständige Behörde in datenschutzrechtlich sensiblen Bereichen ohne rechtliche Verbindlichkeit beraten. Mit dieser Art und Weise der Aufgabenerfüllung kommt der EDÖB somit nicht nur dem gesetzlichen Informationsauftrag nach, sondern nimmt damit gleichzeitig auch seine Beratungs- und Ombudsfunktion wahr.

**120.** Die Öffentlichkeits- und Beratungsarbeit des Beauftragten wird durch das Gesetz insofern **begrenzt**, als dass er Personendaten, welche dem *Amtsgeheimnis* unterstehen, nur mit *Zustimmung der zuständigen Behörde* veröffentlichen darf. Falls die Behörde ihre Zustimmung verweigern sollte, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht endgültig über die Zulässigkeit (Art. 30 Abs. 2 DSG). Dieser Rechtsschutz soll verhindern, dass sich eine Behörde in unzulässiger Weise auf das Amtsgeheimnis beruft, um die eigenen Missstände bei der Bearbeitung von Personendaten zu verdecken.

Eine Veröffentlichung in anonymer Form, die nicht auf bestimmte Private schliessen lässt, ist dagegen ohne weiteres zulässig<sup>187</sup>. Gleiches gilt für rein sachbezogene Angaben, ohne Bezug zu bestimmten Personen. Beides unterliegt nicht dem Amtsgeheimnis. Hinsichtlich solcher Daten steht es von Anfang an im Ermessen des Beauftragten, unzulässige Bearbeitungen und gravierende Sicherheitsprobleme publik zu machen und über bestimmte Vorhaben und Projekte einer Verwaltungsstelle, welche datenschutzrechtlich problematisch sind, zu orientieren. Diese Form der Aufgabenerfüllung ist grundsätzlich selbst dann zulässig, wenn durch die Nennung der betroffenen Verwaltungsstelle indirekt auf den für den Mangel verantwortlichen Mitarbeiter der Behörde geschlossen werden könnte. Die fehlerhafte Behörde darf genannt werden. Namen von leitenden Verwaltungsmitarbeitenden, die in Ausübung der ihnen übertragenen Aufgaben tätig sind, geniessen grundsätzlich keinen besonderen Schutz<sup>188</sup>.

cc. Exkurs (2): Rechtsgrundlage und Praxis in anderen Kantonen

**121.** Sämtliche Kantone haben die **Aufgaben ihrer Datenschutzaufsichtsbehörden** mehr oder weniger umfangreich gesetzlich umschrieben. Neben der (klassischen) *Überwachungsfunktion* mit wirksamen Einwirkungsbefugnissen werden der Aufsichtsstelle weitere zentrale Funktionen aufgetragen:

- Dazu gehört zunächst die Funktion der *Beratung*<sup>189</sup>. Anders als bei der Überwachung, wo die kantonalen Datenschutzbeauftragten als Kontrolleure gleichsam «von aussen» die Datenbearbeitung überprüfen, agieren sie bei der Beratung «von innen» und helfen, eine Lösung zu finden. Die Beratung richtet sich an unterschiedliche Adressaten. Einerseits geht es um die Beratung der Daten bearbeitenden *Behörden*<sup>190</sup>, andererseits um die Beratung der von einer Datenbearbeitung betroffenen *Personen*<sup>191</sup>.

---

<sup>187</sup> JÖHRI, in: Handkommentar DSG, N 48 zu Art. 19 sowie N 10 zu Art. 30.

<sup>188</sup> JÖHRI, in: Handbuch DSG, N 11 zu Art. 30.

<sup>189</sup> RUDIN, Wegleitung, S. 19; RUDIN, S. 70.

<sup>190</sup> Einen (hier nicht weiter zu vertiefenden) Spezialfall der Beratung von Behörden bildet die Aufgabe der Aufsichtsbehörden, bereits im Vorfeld des Gesetzgebungsverfahrens zu Erlassen Stellung zu nehmen, die für den Datenschutz relevant sind (vgl. hierzu auch Art. 28 Abs. 2 RL sowie Art. 1 Abs. 2 E. 15 ZP; ferner Art. 31 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 37 Abs. 2 DSG).

<sup>191</sup> RUDIN, Datenschutzaufsicht, S. 381.

In den meisten kantonalen Gesetzen steht die Beratung der von einer Datenbearbeitung betroffenen Personen «über ihre Rechte» im Vordergrund<sup>192</sup>. In der Praxis läuft dies jeweils so ab, dass Privaten, die sich an die kantonale Aufsichtsstelle wenden, aufgezeigt wird, welche Rechte und Ansprüche ihnen von Gesetzes wegen zustehen (Rechtsmittel, aber auch datenschutzgesetzliche Ansprüche wie Recht auf Auskunft und Einsicht, Anspruch auf Berichtigung unrichtiger Personendaten, weitere Ansprüche wie Unterlassungs-, Beseitigungs- und Feststellungsansprüche). Anschliessend kann eine Beratung zum taktischen Vorgehen erfolgen, wie z.B., ob es zweckmässig und erfolgversprechend ist, solche Ansprüche zum momentanen Zeitpunkt gerichtlich geltend zu machen.

- Im Rahmen der Ausübung ihrer Beratungsaufgaben nehmen die kantonalen Datenschutzaufsichtsstellen oft auch *Vermittlungsaufgaben* wahr und treten als Bindeglied zwischen der bearbeitenden Behörde und der betroffenen Person auf. Sie übernehmen in diesem Bereich eine *Ombudsfunktion*<sup>193</sup>. Die Vermittlung kommt bei allen Streitigkeiten über den Datenschutz in Betracht, namentlich aber bei Begehren um Auskunft, Berichtigung und Unterlassung<sup>194</sup>. Gegebenenfalls führt die Aufsichtsstelle ein *Schlichtungsverfahren* durch<sup>195</sup>. Dieses ermöglicht den Parteien, ihre Rechte zu wahren, ohne ein förmliches Verfahren anstrengen zu müssen, indem die Aufsichtsstelle pragmatisch und lösungsorientiert eine Einigung zu erreichen versucht<sup>196</sup>. Kommt keine Einigung zustande, gibt die Aufsichtsstelle eine schriftliche Empfehlung ab; im Falle einer erfolgreichen Schlichtung gilt das Verfahren als erledigt<sup>197</sup>. Anzumerken bleibt, dass die kantonalen Datenschutzkontrollstellen von Bundesrechts wegen nicht verpflichtet sind, vermittelnde Tätigkeiten wahrzunehmen. Ebenso wenig lässt sich eine direkte Verpflichtung dem Wortlaut nach aus Art. 28 RL oder Art. 1 Abs. 2 ZP ableiten.

Mit der Beratungsfunktion soll also im weitesten Sinne eine *unterstützende, im Vorfeld beratende und vermittelnde Instanz* geschaffen werden. Diese hat sicherzustellen, dass die grundrechtlichen Interessen der Personen, über die Daten bearbeitet werden, von den bearbeitenden Behörden thematisiert und angemessen beachtet werden, auch wenn die Betroffenen selber nicht oder nicht ständig präsent sind und von sich aus Verstösse melden. Dies soll einerseits im Zusammenhang mit der konkreten Datenbearbeitung geschehen, andererseits aber auch schadensbegrenzend schon dann, wenn es noch nicht um die konkrete Datenbearbeitung geht, also z.B. in allen Phasen der Rechtsetzung, in der Projektierung von Geschäftsprozessen und (Informatik-)Systemen<sup>198</sup>.

---

<sup>192</sup> Bis auf die Kantone SZ und UR sehen sämtliche kantonalen Datenschutzgesetze die Beratung von Privaten über ihre Rechte explizit als Aufgabe der Aufsichtsbehörde vor.

<sup>193</sup> RUDIN, Datenschutzaufsicht, S. 381 ff.

<sup>194</sup> Vgl. etwa § 19 Abs. 1 lit. d DSchG ZG (Datenschutzgesetz vom 28. September 2000; BGS 151.1). und § 23 Abs. 1 lit. d DSchG LU (Gesetz über den Schutz von Personendaten vom 2. Juli 1990; SRL Nr. 51).

<sup>195</sup> Die Kantone AR, BE, BL, BS, GR, LU, NW, OW, SG, SH, TG, UR, VS, ZG und ZH sehen in ihren kantonalen Datenschutzgesetzen bloss die Vermittlung vor, verzichten jedoch auf die explizite Erwähnung des Schlichtungsverfahrens. Die Kantone AI, FR und JU erwähnen weder die Vermittlung noch das Schlichtungsverfahren.

<sup>196</sup> Erläuternder Bericht des Regierungsrates des Kantons Glarus zum Datenschutzgesetz des Kantons Glarus vom 4. Dezember 2001, S. 20.

<sup>197</sup> Vgl. hierzu statt vieler § 37 IDAG AG (Gesetz über die Information der Öffentlichkeit, den Datenschutz und das Archivwesen vom 24. Oktober 2006; SAR 150.700).

<sup>198</sup> RUDIN, Datenschutzaufsicht, S. 382 f.

- Wie der EDÖB sind auch die kantonalen Aufsichtsstellen zur *Informations- und Öffentlichkeitsarbeit* verpflichtet. Gemäss Art. 28 Abs. 5 RL muss das (kantonale) Kontrollorgan regelmässig einen Bericht über seine Tätigkeiten publizieren und die Öffentlichkeit periodisch über die Resultate seiner (Kontroll-)Tätigkeiten informieren, also über wichtige Feststellungen und Beurteilungen sowie über die Wirkung der Datenschutzbestimmungen. Weiter darf die kantonale Aufsichtsbehörde Stellungnahmen oder Empfehlungen mit präjudiziertem Charakter veröffentlichen<sup>199</sup>. Einige Kantone haben diesen allgemeinen Informationsauftrag explizit im Gesetz festgehalten, so z.B. der Kanton Zug: «Die kantonale Datenschutzstelle orientiert die Organe und die Öffentlichkeit über wesentliche Anliegen des Datenschutzes»<sup>200</sup>.

**122.** Die Datenschutzaufsicht ist in der Praxis schon längst nicht mehr nur Kontrollorgan, wie es die ersten Datenschutzkonzepte der Kantone Ende der 1980er Jahre noch vorgesehen haben. Faktisch hat sich der Schwerpunkt der Tätigkeiten der kantonalen Datenschutzbeauftragten seit einigen Jahren von der Überwachung hin zur Beratung verlagert. Im Sinne der wirkungsorientierten Verwaltungsführung erreichen die Aufsichtsstellen mehr für den Schutz der Persönlichkeitsrechte der Bürger, wenn sie die Daten bearbeitenden Behörden und Privaten auch *präventiv* unterstützen. Sie erbringen zu diesem Zweck heute schon gestützt auf die geltenden kantonalen Gesetzesgrundlagen diverse und vielfältige Beratungs-, Informations-, Ausbildungs-, Dokumentations- und Zertifizierungsdienstleistungen<sup>201</sup>.

**123.** Wie bedeutsam die *Informations- und Sensibilisierungsaufgaben* der kantonalen Aufsichtsstellen in der Praxis geworden sind, zeigt sich an ihren zahlreichen Dienstleistungsangeboten. Aufgrund der knappen Ressourcen versuchen die Aufsichtsstellen, sich mittels öffentlich zugänglichen, regelmässig erscheinenden Publikationen, allgemein formulierten Merkblättern, Leitfäden oder Fachartikeln Gehör zu verschaffen. In manchen Kantonen führt die Datenschutzaufsichtsstelle auch Schulungen und Weiterbildungen für das Behördenpersonal durch:

- Die Beauftragte für Öffentlichkeit und Datenschutz des Kantons *Aargau* hat ein Merkblatt herausgegeben, das sich an kantonale Behörden und Private richtet und welches anhand der massgeblichen Gesetzestexte die Voraussetzungen deutlich macht, unter denen die Videoüberwachung durch öffentliche Organe im Kanton Aargau zulässig ist<sup>202</sup>.
- Mit der Fachzeitschrift «datenschutz.konkret» informiert der Datenschutzbeauftragte des Kantons *Basel-Landschaft* seit 1992 gezielt alle Baselbieter Behörden sowie weitere interessierte Kreise öffentlich zugänglich über praktische Lösungsansätze in Datenschutzfragen<sup>203</sup>. Der Beauftragte stellt der Öffentlichkeit zudem fortlaufend diverse Merkblätter und Emp-

---

<sup>199</sup> So hat beispielsweise die Datenschutzbeauftragte des Kantons Freiburg zu den vom Staatsrat erlassenen Mindestanforderungen betreffend die Datensicherheit (Art. 22 Abs. 2 DSchG) eine «Information» auf ihrer Website veröffentlicht; online abrufbar unter:

<[http://www.fr.ch/sprd/de/de-pour\\_en\\_savoir\\_plus/de\\_savoir\\_plus\\_securite.htm](http://www.fr.ch/sprd/de/de-pour_en_savoir_plus/de_savoir_plus_securite.htm)>.

<sup>200</sup> § 19 Abs. 1 lit. e des Datenschutzgesetzes vom 19. September 2000.

<sup>201</sup> RUDIN, Datenschutzaufsicht, S. 383.

<sup>202</sup> Beauftragte für Öffentlichkeit und Datenschutz, Videoüberwachung durch öffentliche Organe, Merkblatt vom Dezember 2009, online abrufbar unter:

<[http://www.ag.ch/idag/shared/dokumente/pdf/01\\_merkblatt\\_videoueberwachung\\_definitiv.pdf](http://www.ag.ch/idag/shared/dokumente/pdf/01_merkblatt_videoueberwachung_definitiv.pdf)>.

Die Beauftragte hat diese Publikation wohl gestützt auf ihre Beratungsfunktion (§ 31 Abs. 1 lit. b IDAG AG) vorgenommen.

<sup>203</sup> Newsletter aus «datenschutz.konkret», online abrufbar unter:

<[http://www.baselland.ch/main\\_newsletter-hm.273785.0.html](http://www.baselland.ch/main_newsletter-hm.273785.0.html)>.

fehlungen zu aktuellen Themen und problematischen Aspekten im Datenschutzbereich zur Verfügung<sup>204</sup>.

- In der Online-Dokumentation des Datenschutzbeauftragten des Kantons *Bern* finden sich diverse Musterformulare, Weisungen und Handbücher usw. zur Datensicherheit, Jahresberichte und ein Leitfaden über datenschutzrechtlich problematische Aspekte in den Schulen<sup>205</sup>. Zudem enthält die BSI<sup>206</sup> allgemein gehaltene Informationsblätter (sog. «Ansichtsaussagen»), welche an die bernischen Gemeinden gerichtet sind. Anders als in einigen anderen Kantonen wurden im Kanton Bern bisher noch keine allgemein gehaltenen Merkblätter publiziert, die sich auch an Private richten, obwohl der Beauftragte aufgrund seiner Beratungsfunktion grundsätzlich hierzu befugt wäre (Art. 34 Abs. 1 lit. g und e i.V.m. Art. 35 Abs. 3 KDSG).
- «Datenschutz Aktuell» heisst das neue Mitteilungsblatt des Datenschutzbeauftragten für die Kantone *Schwyz*, *Obwalden* und *Nidwalden*, das vierteljährlich erscheint. Es richtet sich sowohl an die Verwaltungsstellen als auch an interessierte Private. Im Mitteilungsblatt des Beauftragten finden sich Beiträge zu verschiedenen Themen aus den Bereichen Datenschutz, Öffentlichkeitsprinzip und Informationssicherheit. Zudem werden wichtige Fälle aus der Beratungspraxis erläutert<sup>207</sup>. Der Beauftragte hält weiter Referate zu spezifischen Fragen im kantonalen Datenschutz und führt Schulungen durch. Zudem hat er eine Fülle von Merkblättern für Behörden und Private veröffentlicht<sup>208</sup>.
- Der Datenschutzbeauftragte des Kantons *Zug* unterhält eine reichhaltige Mailingliste mit aktuellen Meldungen und einem Archiv, veröffentlicht Newsletters und hat diverse Merkblätter (u.a. zur Datensicherheit)<sup>209</sup> publiziert.
- Der Datenschutzbeauftragte des Kantons *Zürich* hat neben Fachartikeln, Broschüren und zahlreichen Informationsblättern auch ein Merkblatt zum Einsatz von Sozialinspektoren verfasst und dabei mittels Nennung der anzuwendenden kantonalen Grundlagen auf die datenschutzrechtlich heiklen Aspekte hingewiesen<sup>210</sup>. Er stützte sich dabei auf seinen Beratungsauftrag gegenüber den Daten bearbeitenden kantonalen Behörden (§ 34 lit. a IDG) sowie den in § 34 lit. e IDG verankerten Auftrag, die Öffentlichkeit über Anliegen des Datenschutzes zu informieren (vgl. dazu auch N 129 hiernach). Im Dezember 2009 veröffentlichte

---

<sup>204</sup> Online abrufbar unter: <[http://www.baselland.ch/main\\_prakt-htm.278144.0.html#body-over](http://www.baselland.ch/main_prakt-htm.278144.0.html#body-over)>. Der Beauftragte hat jeweils nicht angegeben, auf welche Norm er sich bei der Veröffentlichung gestützt hat. U.E. ist § 24 lit. c und d DSchG BL (Gesetz über den Schutz von Personendaten vom 7. März 1991; SGS 162) einschlägig.

<sup>205</sup> Website des Datenschutzbeauftragten des Kantons Bern, online abrufbar unter:

<[http://www.jgk.be.ch/site/index/ds/ds\\_dokumentation.htm](http://www.jgk.be.ch/site/index/ds/ds_dokumentation.htm)>.

<sup>206</sup> «Bernische Systematische Information Gemeinden», online abrufbar unter:

<[http://www.jgk.be.ch/site/index/agr/agr\\_gemeinden/agr\\_gemeinden\\_bsig.htm](http://www.jgk.be.ch/site/index/agr/agr_gemeinden/agr_gemeinden_bsig.htm)>

<sup>207</sup> Datenschutzbeauftragter der Kantone Schwyz, Obwalden und Nidwalden, «Datenschutz Aktuell», online abrufbar unter: <[http://www.kdsb.ch/xml\\_1/internet/de/application/d144/f137.cfm](http://www.kdsb.ch/xml_1/internet/de/application/d144/f137.cfm)>.

<sup>208</sup> Website des Datenschutzbeauftragten der Kantone Schwyz, Obwalden und Nidwalden, abrufbar unter: <[http://www.kdsb.ch/xml\\_1/internet/de/intro.cfm](http://www.kdsb.ch/xml_1/internet/de/intro.cfm)>.

<sup>209</sup> Datenschutzbeauftragter des Kantons Zug, Merkblätter zur Datensicherheit, online abrufbar unter: <[http://www.datenschutz-zug.ch/pdf/DSV\\_Merkblaetter\\_22082008.pdf](http://www.datenschutz-zug.ch/pdf/DSV_Merkblaetter_22082008.pdf)>. Der Beauftragte hat sich bei der Publikation auf § 7 DSV (Datensicherheitsverordnung, BGS 157.12) gestützt, wonach die Zuger Datenschutzstelle Merkblätter für die Instruktion der Mitarbeitenden zur Verfügung stellt.

<sup>210</sup> Online abrufbar unter:

<[http://www.datenschutz.ch/fileadmin/user\\_upload/datenschutz/04\\_Publikationen/Sozialinspektoren\\_Kanton-Zuerich.pdf](http://www.datenschutz.ch/fileadmin/user_upload/datenschutz/04_Publikationen/Sozialinspektoren_Kanton-Zuerich.pdf)>.

er ferner den Leitfaden «Datenschutz im Sozialbereich»<sup>211</sup>. Der Beauftragte ist zudem im Bereich Weiterbildung recht aktiv.

dd. (Genügende) Rechtsgrundlage im Kanton Freiburg?

**124.** Die Aufgaben der kantonalen Aufsichtsbehörde werden im *Gesetz* festgelegt: Während jene der Kommission in Art. 30a DSchG mit der «Ausübung der allgemeinen Aufsicht» in der Form einer Generalklausel umschrieben und mit einem nicht abschliessenden Aufgabenkatalog ergänzt werden, findet sich für die Aufgaben der Datenschutzbeauftragten in Art. 31 Abs. 2 DSchG eine *abschliessende* Aufzählung. Dazu kommen die Aufgaben, die ihr von der Kommission und von deren Präsidentin oder dessen Präsidenten übertragen werden (Art. 14 Abs. 1 Organisationsreglement). Die Beauftragte nimmt den Hauptteil der laufenden Aufsichts- und Beratungstätigkeiten in Sachen Datenschutz wahr<sup>212</sup>.

**125.** Als Rechtsgrundlage für das publizierte Informationsblatt kommt zunächst – und davon geht auch die Datenschutzbeauftragte aus – **Art. 31 Abs. 2 lit. b DSchG** in Betracht, wonach *die Datenschutzbeauftragte die betreffenden Organe zu beraten hat*. Auch in anderen Kantonen wird die Publikation von allgemeinen Merkblättern auf Bestimmungen gestützt, welche die Beratung der staatlichen Organe explizit als eine der Aufgaben der Aufsichtsbehörde vorsehen<sup>213</sup>.

**126.** Die Beauftragte stützt sich für die Veröffentlichung des Informationsblatts ebenfalls auf **Art. 31 Abs. 2 lit. c DSchG**, wonach sie die *betreffenden Personen über ihre Rechte zu informieren hat*. Die Bestimmung kommt von ihrem Wortlaut her Art. 28 DSG nahe, wonach der Beauftragte private Personen in Fragen des Datenschutzes berät. Im eidgenössischen Datenschutzrecht ist mit diesem Beratungsauftrag grundsätzlich die *individuelle Unterstützung und Hilfe einer konkret betroffenen Person* hinsichtlich eines spezifischen Anliegens gemeint (N 117); davon unterschieden wird die Bereitstellung von allgemeinen datenschutzrelevanten Informationen zuhanden einer breiten Öffentlichkeit<sup>214</sup>. Aus den Gesetzesmaterialien zum DSchG lässt sich nicht genau ergründen, welche Tätigkeiten von dieser Formulierung im Einzelnen umfasst sein sollten; immerhin scheint der Gesetzgeber eher von einem weiten Verständnis ausgegangen zu sein («Hauptteil der laufenden ... Beratungstätigkeit»<sup>215</sup>), das ebenfalls Informationen der vorliegenden Art erfasst. Auch im Lichte der völkerrechtlichen Vorgaben zum Aufgabenspektrum der Aufsichtsbehörden (N 114) scheint die Beratungsaufgabe über die individuelle Beratung hinaus auch eine *präventive* Hilfestellungsfunktion gegenüber *potenziell* Betroffenen im Vorfeld einer möglichen Datenschutzverletzung zu beinhalten.

In diesem Zusammenhang könnte man sich allenfalls auch die Frage stellen, ob vorliegend nicht der allgemeine Informationsauftrag betroffen ist, für den gemäss DSchG die Kommission zuständig wäre. Dies er-

---

<sup>211</sup> Datenschutzbeauftragter des Kantons Zürich, Datenschutz im Sozialbereich, Leitfaden, Zürich 2009, online abrufbar unter: <[http://www.datenschutz.ch/fileadmin/user\\_upload/datenschutz/04\\_Publikationen/Leitfaden\\_Datenschutz\\_im\\_Sozialbereich.pdf](http://www.datenschutz.ch/fileadmin/user_upload/datenschutz/04_Publikationen/Leitfaden_Datenschutz_im_Sozialbereich.pdf)>.

<sup>212</sup> Botschaft DSchG (Fn. 8), S. 3109.

<sup>213</sup> So z.B. für den Kanton ZH N 123 hiervor.

<sup>214</sup> HUBER, in: BSK DSG, N 1 zu Art. 28.

<sup>215</sup> Botschaft DSchG (Fn. 8), S. 3109.

gibt sich zum einen aus Art. 30a Abs. 2 DSchG<sup>216</sup>, zum andern aus dem Umstand, dass der Aufgabenkatalog in Art. 30a DSchG nicht abschliessend ist. Die Frage der internen Kompetenzaufteilung zwischen Kommission und Datenschutzbeauftragter muss hier allerdings nicht weiter vertieft werden. Selbst wenn in casu der in den Kompetenzbereich der Kommission fallende allgemeine Informationsauftrag betroffen wäre, könnte die Kommission der Datenschutzbeauftragten Aufgaben übertragen (Art. 14 Abs. 1 Organisationsreglement)<sup>217</sup>. Ausserdem würde es sich hierbei nicht um Aufgaben handeln, die das Gesetz «zwingend» der Kommission anvertraut und die somit nicht übertragen werden könnten (wie z.B. die Durchführung des Verfahrens nach Art. 22a DSchG [Art. 30a Abs. 1 lit. c DSchG]).

## 2. Muss die Datenbeauftragte zuerst der Verwaltung die Gelegenheit zur Information geben, bevor sie selber informiert?

**127.** Nach dem Gesagten fällt die Veröffentlichung von Merk- und Informationsblättern in den Aufgabenbereich der Aufsichtsbehörde. Letzterer kommt mit Bezug auf das «Ob» und das «Wie» der Beratungs- und Informationstätigkeit die völlige Unabhängigkeit zu (Art. 32 Abs. 1 DSchG). Diese Unabhängigkeit verlangt ein absolutes Einwirkungsverbot anderer Behörden (insb. der Exekutive) in die Aufgabenerfüllung der Aufsichtsbehörde. Die Aufgabenerfüllung darf von aussen weder direkt noch indirekt beeinflusst werden.

**128.** Zu verlangen, dass die Aufsichtsbehörde vor der Veröffentlichung von Informationsblättern die Stellungnahme oder gar das Einverständnis der Direktion, deren Zuständigkeitsbereich betroffen ist, einholen muss, wäre mit der beschriebenen funktionellen Unabhängigkeit, wie sie in Art. 32 Abs. 1 DSchG in Anlehnung an die europarechtlichen Vorgaben gewährleistet ist, nicht vereinbar. Es liegt auf der Hand, dass mit einem solchen Erfordernis die Aufsichtsbehörde nicht mehr autonom über das «Ob» und «Wie» der Aufgabenerfüllung entscheiden könnte. Selbstverständlich schliesst es das Gesetz nicht aus, dass die Aufsichtsbehörde die zuständige Direktion im Vorfeld der Veröffentlichung eines Informationsblattes in Kenntnis setzt oder sich allenfalls bei Unklarheiten in der jeweils betroffenen Sachgesetzgebung sogar Rat einholt. Sie kann jedoch zu einem solchen Vorgehen nicht verpflichtet werden.

**129.** An diesem Ergebnis vermögen auch allgemeine und besondere Informationspflichten der Verwaltung nichts zu ändern. Der Beratungs- und Informationsauftrag der Aufsichtsbehörde versteht sich als «*originäre Querschnittsaufgabe*». Weder das Gesetz noch die europarechtlichen Vorgaben machen ihn davon abhängig, dass die Verwaltung ihre eigenen Aufgaben nicht erfüllen würde. Wenn also die Aufsichtsbehörde ein Informationsblatt publiziert, ohne der zuständigen Direktion vorgängig die Gelegenheit zur Erfüllung ihrer Informationspflicht einzuräumen, handelt sie keineswegs gesetzeswidrig. Von einer unzulässigen «proaktiven Information» (N 2) kann daher keine Rede sein.

Dieses Ergebnis deckt sich auch mit dem Verständnis des Informations- und Beratungsauftrags der Datenschutzaufsichtsbehörde in anderen Kantonen. So hat beispielsweise der Datenschutzbeauftragte des Kantons Zürich – wie bereits erwähnt (N 123) – gestützt auf § 34 lit. a und e des zürcherischen Datenschutzgesetzes (IDG) ein Merkblatt zum Einsatz von Sozialinspektoren publiziert. Gemäss seinen eigenen Angaben<sup>218</sup> legte

---

<sup>216</sup> In der Botschaft für die ursprüngliche Fassung dieser Bestimmung (aArt. 30 DSchG) verwies der Staatsrat diesbezüglich auf den vom Wortlaut her nahezu identischen Art. 30 Abs. 2 DSG, der den allgemeinen Informationsauftrag des EDÖB festhält (Botschaft DSchG [Fn. 8], S. 3108).

<sup>217</sup> Das vorliegende Informationsblatt ist von der Kommission vor der Veröffentlichung zur Kenntnis genommen worden.

<sup>218</sup> Schriftliche Auskunft (E-Mail) von Dr. BRUNO BAERISWYL, Datenschutzbeauftragter des Kantons Zürich, vom 13. Januar 2010.

er das entsprechende Dokument der zuständigen Direktion nicht vor. Dieses Vorgehen wählt er nicht nur für Veröffentlichungen von Merkblättern, sondern für sämtliche anderen Publikationsmittel.

### **III. Beantwortung der Einzelfragen**

#### **1. Umfasst die Unabhängigkeit der Behörde die freie Wahl der Form, wie die Behörde an die Öffentlichkeit tritt?**

**130.** Die Information der Öffentlichkeit (z.B. in der Form von Merkblättern) fällt in den Aufgabenbereich der Aufsichtsbehörde. Aufgrund ihrer Einordnung in die kantonale Verwaltungsorganisation ist die Datenschutzaufsicht als administrativ zugeordnete und somit nicht weisungsgebundene Einheit aber nicht verpflichtet, vor ihrem Tätigwerden den Staatsrat oder die Sicherheits- und Justizdirektion zu informieren und deren Einverständnis einzuholen. Dies müsste selbst dann gelten, wenn die Datenschutzaufsicht die Öffentlichkeit über konkrete Verstösse von kantonalen Behörden in Kenntnis setzen würde. Erst recht benötigt die Datenschutzaufsicht nicht das vorgängige Einverständnis der Direktion, falls sie bloss allgemein gehaltene Informationsblätter zu publizieren beabsichtigt, die schwergewichtig kantonale Gesetzesartikel rezitieren und lediglich die zuständigen Verwaltungsstellen sowie Betroffenen sensibilisieren wollen. Eine andere Handhabung in der Praxis würde dem Grundsatz der völligen Unabhängigkeit der Aufsichtsstelle zuwiderlaufen, welcher aufgrund der internationalen Vorgaben auch auf Stufe Kanton zu berücksichtigen ist. Die *funktionelle Unabhängigkeit* als Teilgehalt dieser durch das internationale Recht bestimmten Unabhängigkeit verlangt, dass die Aufsichtsbehörde den Anweisungen der zu Kontrollierenden nicht unterworfen ist. Der Aufsichtsbehörde steht es hinsichtlich ihrer Aufgabenerfüllung frei zu entscheiden, wie und in welcher Form sie ihren gesetzlichen Informations- und Beratungsauftrag (Art. 31 Abs. 2 lit. b und c DSchG) wahrnimmt.

#### **2. Können der Datenschutzbehörde in Bezug auf die Wahl, wie sie an die Öffentlichkeit gelangt, durch die Exekutive Vorschriften gemacht werden?**

**131.** Nein, dies würde den internationalen Verpflichtungen in Art. 28 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 95/46/EU sowie Art. 1 des Zusatzprotokolls zur DSK widersprechen, die eine völlige Unabhängigkeit der Aufsichtsstelle fordern. Bei Vorgaben durch die übergeordnete Behörde hinsichtlich der Art und Form der Aufgabenerfüllung wäre der Teilgehalt der funktionalen Unabhängigkeit verletzt. Jede Einflussnahme von aussen durch die Exekutive auf die Meinungsbildung und das Vorgehen der Kontrollstelle muss ausgeschlossen bleiben.

#### **3. Können der Behörde seitens der Exekutive inhaltliche Vorgaben gemacht werden, wie sie sich materiell zu äussern hat?**

**132.** Nein, unter keinen Umständen. Sofern sich die weisungsunabhängige Aufsichtsbehörde für ihr konkretes Tätigwerden auf eine genügende Rechtsgrundlage stützen kann, haben weder die Direktion noch der Staatsrat die Möglichkeit, ihr in Bezug auf den Inhalt ihrer Publikationen irgendwelche Vorschriften zu machen. Die zu gewährende Unabhängigkeit lässt es nicht zu, dass die kontrollierte Behörde gegenüber dem Kontrolleur in irgendeiner Form weisungsberechtigt wäre. Vorbehalten bleiben Fälle, in denen die Aufsichtsbehörde über ihren gesetzlichen Informations- und Beratungsauftrag hinausgeht; hier müsste eine Intervention

möglich sein, da der Aufsichtsbehörde ausserhalb ihres gesetzlich definierten Aufgabenspektrums keine (funktionelle) Unabhängigkeit zukommt. Für die Bereinigung von Differenzen dürfte sich die analoge Anwendung von Art. 22a DSchG empfehlen.

#### **4. Hat die Datenschutzbehörde in Bezug auf das fragliche Informationsblatt in unzulässiger Weise die Verwaltung umgangen?**

**133.** Nein. Die völlig unabhängige Aufsichtsbehörde muss die betroffene Direktion nicht vorgängig um Erlaubnis bitten, wenn sie von sich aus allgemeine Stellungnahmen abgibt oder auf ihrer Ansicht nach konkret begangene Verletzungen datenschutzrechtlicher Grundsätze bei der Bearbeitung von Personendaten durch kantonale Behörden öffentlich aufmerksam machen möchte. Sie kommt hier lediglich ihrem gesetzlich übertragenen allgemeinen Beratungs- und Informationsauftrag nach (vgl. auch N 128 hiavor).

**134.** Für die Veröffentlichung von allgemein formulierten Informationsblättern besteht u.E. bereits im DSchG eine ausreichende Rechtsgrundlage. Im Rahmen ihrer Beratungsfunktion darf die Aufsichtsstelle Merkblätter und Stellungnahmen zu allgemeinen Anliegen des Datenschutzes in Bezug auf die Bearbeitung von Personendaten durch kantonale Organe veröffentlichen. Entsprechend steht es ihr zu, potenzielle Datenschutzverletzungen bereits durch allgemeine Hinweise präventiv zu bekämpfen. Eine direkte oder indirekte Einflussnahme durch die zuständige Direktion oder den Staatsrat ist ausgeschlossen.

#### **IV. Schlussfolgerung**

**135.** Die Aufsichtsbehörde des Kantons Freiburg ist berechtigt, ein allgemein gehaltenes Informationsblatt zu einem datenschutzrechtlich relevanten Aspekt der breiten Öffentlichkeit auf dem Internet zugänglich zu machen. Sie braucht hierfür weder den Staatsrat noch die Justiz- und Sicherheitsdirektion oder die fachlich zuständige Direktion vorgängig zu kontaktieren und deren Einverständnis betreffend Form und Inhalt der vorgesehenen Publikation einzuholen. Hätten die Direktion oder der Staatsrat die Möglichkeit, der Aufsichtsbehörde hinsichtlich der Erfüllung ihrer gesetzlich übertragenen Aufgaben bestimmte Vorgaben zu machen oder Weisungen erteilen zu können, würde dies in eklatanter Weise gegen den Grundsatz der funktionellen Unabhängigkeit verstossen. Dessen Gehalt ergibt sich im Wesentlichen aus dem Zusatzprotokoll zur DSK und der Datenschutzrichtlinie der EU, mit der Folge, dass Art. 32 Abs. 1 DSchG entsprechend im Einklang mit diesen Vorgaben ausgelegt werden muss. Diese funktionelle Unabhängigkeit findet ihre Konkretisierung (zu Recht) in der administrativen Zuweisung der Aufsichtsbehörde an die Sicherheits- und Justizdirektion, was eine Einflussnahme auf die Erfüllung der übertragenen Aufgaben ebenfalls verbietet.

## § 1 POINT DE DEPART, QUESTIONS POSEES ET PROCEDURE

1. La préposée à la surveillance des données du canton de Fribourg a élaboré (après avoir demandé l'avis des directions concernées) une **feuille informative** concernant les contrôles effectués en matière d'aide sociale (ci-après : feuille informative)<sup>219</sup>. Après que la Commission cantonale en eut pris connaissance, la feuille informative a été intégralement transmise à la Direction concernée, celle de la Santé et des affaires sociales, et publiée sur le site internet de l'autorité cantonale de surveillance en matière de protection des données<sup>220</sup>.

2. Il s'en est suivi une sérieuse divergence d'opinions entre le Conseil d'Etat et l'Autorité cantonale de surveillance des données quant aux compétences appartenant à cette dernière.

- Du point de vue du *Conseil d'Etat*, l'Autorité cantonale de surveillance ne peut intervenir que si l'administration ne respecte pas son devoir d'information. Dans le cas présent, la Commission de protection des données aurait dû rendre l'administration attentive à cette problématique et lui rappeler son devoir d'information. Une information *proactive* émanant de l'Autorité de surveillance et court-circuitant de ce fait l'administration ne serait pas conforme à la loi. En conséquence, l'aide-mémoire litigieux devrait être retiré du site internet.
- De son côté, l'*Autorité cantonale de surveillance* défend le point de vue selon lequel il est à la fois de son droit et de son devoir d'informer les cercles concernés, *de sa propre initiative*, dès lors qu'il s'agit de projets importants ou de problèmes sensibles. Une approbation préalable de l'exécutif ne serait en l'occurrence pas indispensable, qu'il s'agisse du *contenu* ou de la *forme* de l'information. En exigeant le retrait de la feuille informative, le Conseil d'Etat aurait indûment empiété sur son *indépendance*.

3. Dans ce contexte, la Direction de la Sécurité et de la Justice du Canton de Fribourg a demandé à l'Institut du Fédéralisme, par un courrier du 13 octobre 2009, d'élaborer un **avis de droit** apportant une réponse aux questions suivantes<sup>221</sup>:

1. *Exégèse de la notion d'indépendance d'une autorité de surveillance en matière de protection des données:*

*Il s'agit ici de présenter ce que ce concept signifie du point de vue de son contenu, les divers éléments qu'il recouvre et les normes de droit (cantonal, fédéral, international et concordataire) qui l'encadrent, mais également de déterminer si, outre le droit cantonal, il existe un droit supérieur qui imposerait au canton des prescriptions contraignantes. Pour parachever cette présentation, il convient de prendre en compte la pratique des autorités de surveillance dans les autres cantons et au niveau fédéral.*

---

<sup>219</sup> Feuille informative N° 8 – Feuille informative concernant les contrôles effectués en matière d'aide sociale et la protection des données (Février 2009).

<sup>220</sup> <<http://www.fr.ch/sprd/>>

<sup>221</sup> Annexe au courrier de la Direction de la Justice et de la Sécurité du 2 octobre 2009.

2. *Cette présentation doit permettre de répondre aux questions suivantes:*
- a. *L'indépendance de l'autorité de surveillance comprend-elle le libre choix de la forme sous laquelle celle-ci s'adresse au public ?*
  - b. *L'exécutif peut-il imposer des prescriptions quant au choix de la manière dont l'autorité de surveillance s'adresse au public ?*
  - c. *L'exécutif peut-il imposer à l'autorité de surveillance des prescriptions matérielles sur la manière dont elle doit s'exprimer ?*
  - d. *En ce qui concerne la feuille d'information litigieuse, l'autorité de surveillance a-t-elle indûment court-circuité l'administration ?*

4. Cet avis de droit est pour l'essentiel divisé en deux parties : une première (§ 2) étudie la notion et le contenu de l'indépendance des autorités cantonales de surveillance en matière de protection des données – en tenant compte des prescriptions du droit supérieur, mais aussi en procédant à une comparaison avec la situation juridique prévalant à la Confédération et dans d'autres cantons. Une seconde (§ 3) doit permettre de répondre aux questions touchant au conflit de compétence qui nous occupe.

**[Le § 2 (N° 5 – 103) – *La notion d'indépendance d'une autorité de surveillance en matière de protection des données : concept et contenu* – n'est pas traduit ; il convient alors de se référer à la version allemande]**

### § 3 APPRECIATION RELATIVE AU CAS PRESENT

#### I. Point de départ

**104.** La divergence d'opinions (cf. N° 2) entre le Conseil d'Etat et l'Autorité cantonale de surveillance en matière de protection des données, à l'aplanissement de laquelle la présente étude devrait permettre de contribuer, concerne pour l'essentiel la question de savoir si la préposée à la protection des données a le droit de publier des feuilles informatives en se dispensant de l'approbation préalable de l'exécutif. Cette question doit trouver une réponse à la lumière du concept d'indépendance rappelé précédemment, et en s'appuyant sur le catalogue des questions posées par le mandant.

**105.** Dans les paragraphes qui suivent, il va s'agir dans un premier temps d'éclaircir la question du rapport entre exécutif et autorité cantonale de surveillance pour ce qui concerne la publication de feuilles informatives (II.). Ce faisant, il conviendra également de présenter le cadre légal sous-tendant la mission d'information de l'autorité de surveillance et – là où c'est utile – de le comparer à la situation existant dans d'autres cantons. Les questions du mandant seront abordées dans un point séparé (III.).

#### II. La relation avec l'exécutif pour ce qui concerne la publication de feuilles informatives

**106.** Aux yeux de l'autorité de surveillance, la feuille informative qui nous occupe avait pour but d'orienter le public sur les principes de protection des données que les autorités compétentes doivent respecter dans le domaine des contrôles effectués en matière d'aide sociale. Le document contient pour l'essentiel des références aux cautions légales qui s'imposent lors des contrôles officiels dans le domaine de l'aide sociale.

**107.** L'interdiction de toute immixtion de l'exécutif dans l'accomplissement des tâches des autorités de surveillance, découlant de l'**indépendance** (fonctionnelle) de ces dernières (cf. N° 58) est uniquement valable – cela va de soi – pour les activités **touchant leurs compétences déléguées**. En revanche, une autorité de surveillance ne saurait se prévaloir de son indépendance si elle agit en dehors des compétences qui lui ont été confiées. Dans ce contexte, il s'agira d'examiner en tout premier lieu, dans les paragraphes qui suivent, si la préposée a principalement agi dans l'exécution d'une tâche légale (1.). Dans l'affirmative, il convient alors de voir si, et le cas échéant dans quelle mesure, l'autorité de surveillance était en droit d'informer elle-même sans donner au préalable à l'administration l'occasion de remplir son propre devoir d'information (2.).

##### 1. La préposée a-t-elle agi dans le contexte de l'exécution d'une tâche légale?

**108.** Dans la publication des informations mentionnées au début de cette étude, la préposée à la surveillance des données a fait référence aux art. 31 al. 2 lit. b et c LPrD. En conséquence, la feuille informative doit se comprendre d'une part comme une information donnée aux personnes concernées quant à leurs droits (Art. 31 al. 2 lit. c LPD), et d'autre part comme une

recommandation apportée aux autorités responsables de l'aide sociale (Art. 31 al. 2 lit. b LPrD). Par la suite, il conviendra tout d'abord (au sens d'une question préjudicielle), d'examiner si la publication de feuilles informatives nécessite véritablement une base légale, et si oui dans quelle mesure (cf. N° 109ss), avant de se demander si l'art. 31 al. 2 lit. b et c LPrD peut représenter une base légale suffisante pour la publication de la feuille informative dont il est question ici (N° 113ss.).

Dans le cas présent, on ne saurait considérer comme base légale les prescriptions qui obligent les autorités à informer le public de leurs activités (cf. Art. 88 al.1 Cst. Cant., Art. 30a al. 2 LPrD), puisque ce n'est pas là la *véritable* activité qui fait l'objet de la feuille informative, celle-ci présentant plutôt une situation juridique à l'attention des autorités impliquées et des personnes concernées. Il s'ensuit à bon droit que les prescriptions qui déterminent la manière dont l'administration cantonale doit informer le public sur son activité ne trouvent aucune application<sup>222</sup>.

a. *Question préjudicielle: la nécessité d'une base légale et les exigences imposées à celle-ci*

**109.** Selon le **principe de légalité** découlant de l'art. 5 al. 1 CF, l'Etat et les organes qui lui sont subordonnés ne peuvent agir que sur la base et dans le cadre d'une base légale valide. Il en découle une double contrainte<sup>223</sup>: d'une part, l'administration et les autres collectivités étatiques ne peuvent agir qu'en se prévalant d'une base légale suffisante, qui est définie avec suffisamment de précision (densité normative) et qui a été adoptée au « niveau normatif » adéquat. D'autre part, les autorités doivent respecter cette norme et ne pas la transgresser. Les exigences relatives à la densité normative et au niveau normatif varient notamment en fonction de l'intensité avec laquelle une activité étatique porte atteinte à la position des individus<sup>224</sup>.

**110.** Comme toute action de l'Etat, l'activité d'information d'une autorité (dans le cas présent sous forme de publication d'une feuille informative sur internet) nécessite une **base légale suffisante**<sup>225</sup>. Qu'il s'agisse en l'occurrence d'un acte matériel (« *Realakt* »), voire d'une action administrative concrète ou informelle<sup>226</sup>, ne change rien à la question. L'Etat ne connaît pas de zone de non-droit. La question du degré et de la précision requises pour une telle base légale n'est cependant pas immédiatement évidente.

- Quand l'activité d'information de l'Etat cause des atteintes importantes aux droits fondamentaux, il faut une **base légale formelle** (Art. 36 al. 1 CF). De telles atteintes ne résultent pas seulement d'actes juridiques, mais également d'actes matériels. Selon la doctrine dominante, les *avertissements* et les *recommandations* – qui peuvent être conçus comme une catégorie spécifique d'activité d'information de l'Etat – doivent reposer au minimum sur une base légale claire et nette, si tant est qu'ils doivent

---

<sup>222</sup> N'est donc pas applicable notamment l'Ordonnance du 22 mars 2005 sur l'information du public sur les activités du Conseil d'Etat et de l'administration cantonale (OInf, RSF 122.0.51). Même si elle était applicable, les prescriptions de la LPrD primeraient – pour ce qui concerne le devoir d'information de l'autorité de surveillance.

<sup>223</sup> Cf. un arrêt qui en vaut de nombreux autres: ATF 132 I 242 cons. 10.1; 130 I 1 cons. 3.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N° 379ss.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 N° 14ss.

<sup>224</sup> Cf. quant à la relativité des exigences en matière de densité normative un ATF qui en vaut de nombreux autres: 135 I 169 conc. 5.4.1–5.4.2; 131 II 29 cons. 6.5.1.

<sup>225</sup> Cf. MÜLLER/MÜLLER-GRAF, p. 423; TSCHANNEN, p. 423; ZIMMERLI, p. 73ss.

<sup>226</sup> Cf. de manière détaillée quant à la qualification (juridique) d'informations TSCHANNEN, p. 362ss.

être largement diffusés dans le cadre d'une campagne de grande ampleur<sup>227</sup>. Pour des campagnes d'information organisées dans les règles de l'art, l'existence irréfutable d'une base légale formelle est certes clairement postulée, mais cela ne va pas de soi. En effet, quiconque est compétent pour exécuter une tâche administrative du point de vue matériel, local et fonctionnel, possède aussi la compétence de régler les rapports de droit administratif qui y sont associés en vertu des prescriptions de la loi topique. La compétence administrative implique celle de prendre des décisions dans le domaine de compétences correspondant et par là même, à juste titre, celle d'effectuer les actes matériels nécessaires. TSCHANNEN en conclut que l'élément déterminant est moins la forme extérieure que la portée matérielle et instrumentale de la législation topique. En d'autres termes, aussi longtemps que l'activité d'information n'outrepasse pas le cadre d'une activité administrative usuelle, il n'existe aucune raison *per se* de réserver à la loi le recours à ce moyen lors de l'accomplissement de la tâche. De ce point de vue, excepté dans le cas d'atteintes sévères aux droits fondamentaux, selon les circonstances, il suffit que la réglementation figure dans une ordonnance pour respecter les exigences du principe de légalité en ce qui concerne le *niveau normatif*<sup>228</sup>.

- Il convient également de se référer au caractère et aux effets de l'activité étatique pour ce qui concerne la densité normative (précision) : plus l'activité étatique est importante, plus elle s'inscrit de manière invasive dans les relations entre les individus, que ce soit directement ou indirectement, et plus la norme sur laquelle se fonde l'activité publique doit être formulée de manière claire et précise<sup>229</sup>.

**111.** La **feuille informative** de la préposée qui nous occupe ici entend éclairer les autorités et les personnes concernées sur les contrôles en matière d'aide sociale, de manière à ce que les données personnelles des personnes contrôlées soient traitées dans le respect des principes relatifs à la protection des données. Pour les personnes privées, le contenu de cette communication sa borne à une pure information sans caractère incitatif. On ne voit pas très bien dans quelle mesure le citoyen pourrait, de quelque manière que ce soit, être affecté dans ses droits fondamentaux par un tel genre de travail d'information, ni comment la sphère de protection d'un droit fondamental pourrait être écornée par la publication de cette feuille informative. Bien au contraire, la diffusion d'informations relatives à la surveillance opérée par les autorités en charge de l'aide sociale, un domaine délicat de la protection des données, devrait permettre de sensibiliser les personnes privées pour qu'elles puissent faire valoir leurs droits en cas de violation des normes de la protection des données. La situation se présente de manière identique pour les autorités en charge de l'aide sociale, quoique l'information se limite à rappeler les normes légales ainsi que les principes fondamentaux de la protection des données. Il n'y a pas en l'état d'immixtion dans leur domaine de compétence ; c'est seulement en cas de non respect des prescriptions que l'autorité de surveillance prierait l'organe public concerné d'adopter dans un certain délai les mesures permettant d'y remédier (Art. 22a LPD). Dans ce contexte, la feuille informative peut être considéré par les autorités en charge de l'aide sociale plutôt comme un « moyen préventif et informel d'incitation comportementale », qui peut comporter un certain engagement matériel pour les autorités communales chargées de l'aide sociale.

---

<sup>227</sup> MÜLLER/GRAF-MÜLLER, p. 377; TSCHANNEN, p. 423; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 39 N 5; a.M. MORAND, p. 150.

<sup>228</sup> TSCHANNEN, p. 424.

<sup>229</sup> EHRENZELLER, St. Galler Kommentar, N° 5 relatif à l'art. 5.

**112.** De la sorte, vu le contenu et les „effets“ de cette activité informative, on ne saurait lui imposer des exigences trop élevées, que ce soit en terme de niveau normatif ou de densité normative.

*b. Une base légale déterminante pour les feuilles informatives?*

*aa. Point de départ*

**113.** La Confédération et les cantons sont obligés par l'accord d'association avec Schengen (ainsi que par le protocole additionnel à la Convention du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel [cf. N° 44ss.]) d'instaurer un ou plusieurs offices publics chargés de **surveiller** l'application des prescriptions relatives à la protection des données qu'ils ont adoptées dans le contexte de la transposition des normes européennes. Pour remplir leur mission, les autorités de surveillance doivent non seulement être indépendantes, mais elles doivent également se voir attribuer les indispensables *instruments et autres compétences efficaces*.

Au nombre de ces derniers, on trouve en particulier selon l'art 28 al. 3 de la Directive 95/46/CE des *compétences inquisitoriales* (comme le droit d'accès aux données qui font l'objet de traitements et le droit de recueillir toutes les informations nécessaires à leur activité de contrôle), des *compétences réelles d'immixtion* (comme la possibilité, avant la mise en œuvre des traitements en accord avec l'art. 20 de la Directive, de prendre position et de veiller à une publication appropriée des prises de position, ou la compétence d'ordonner le blocage, l'effacement ou la destruction de données, ou l'interdiction provisoire ou définitive d'un traitement, ou encore la compétence d'adresser un avertissement ou une injonction aux personnes responsables du traitement, ou enfin d'en appeler au parlement ou à d'autres institutions politiques<sup>230</sup>) ou l'octroi d'un *droit de porter plainte* ou d'une *compétence de dénonciation* en cas de violation des prescriptions nationales adoptées par chaque Etat pour transposer cette directive.

**114.** Aux termes de l'Accord cadre 2008/977/JI du Conseil du 27 novembre 2008 (Cf. N° 55s,) qui s'applique également pour la Suisse, les autorités de surveillance doivent – outre les tâches de contrôle mentionnées ci-dessus – accompagner de leurs **conseils** l'application des prescriptions adoptées pour transposer l'accord-cadre.

**115.** Les prescriptions énumérées ci-dessus ne vont pas sans certaines **obligations** pour la Confédération et les cantons, et cela non seulement en ce qui concerne l'aménagement de la surveillance en matière de protection des données du point de vue des institutions et de l'organisation, mais également quant au genre et au volume des missions qui doivent être confiées à l'autorité de surveillance. L'**éventail des tâches** proposé comporte aussi bien la *surveillance* du respect des prescriptions relatives à la protection des données qu'une *fonction de conseil*. Il convient finalement aussi de tenir compte de ces obligations pour l'interprétation des bases légales dans lesquelles la Confédération et les cantons fixent chacun de leur côté les compétences de leurs autorités de surveillance respectives.

---

<sup>230</sup> Cette énumération donnée à titre d'exemple montre bien que toutes les compétences d'immixtion mentionnées ne doivent pas obligatoirement être cumulées. Ce qui est cependant requis, c'est que les compétences soient vraiment effectives, autrement dit que l'autorité de surveillance puisse véritablement garantir le respect des prescriptions relatives à la protection des données (cf. également EPINEY, p. 128).

bb. Excursus (1): les bases légales et la pratique au niveau fédéral

**116.** Les tâches du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) sont réglées aux art. 27 – 31 de la LPD. Leur clé de voûte est la **surveillance** de l'application des dispositions relatives à la protection des données par les organes fédéraux (Art. 27 LPD) et dans le secteur privé (Art. 29 LPD).

**117.** Au surplus, la LPD a doté le préposé fédéral de **fonctions de conseil et de médiation** vis-à-vis des *citoyens*. C'est ainsi qu'il renseigne les personnes privées en matière de protection des données (Art. 28 LPD). Cette fonction recouvre en premier lieu le conseil juridique concret qu'il fournit sur requête en cas de problème spécifique touchant la protection des données<sup>231</sup>. Il ressort en outre des travaux préparatoires que le législateur entendait clairement confier au préposé fédéral le rôle d'un ombudsman, capable de jouer les médiateurs en cas de divergences entre les personnes privées et l'Etat. Il s'agissait en tout premier lieu d'aplanir à un stade encore précoce les litiges pouvant survenir en matière de protection des données, et de décharger par là-même les autorités et les tribunaux. En cas d'échec de la médiation, l'adoption d'une recommandation peut s'imposer<sup>232</sup>. Le préposé est en outre obligé d'assister les organes fédéraux et cantonaux en matière de protection des données (Art. 31 al. 1 lit. a LPD). Il ressort enfin (implicite) de l'art. 31 al. 2 LPD que la fonction consultative du préposé s'étend également aux *autorités*.

**118.** Dans le contexte de sa **mission d'information**, le préposé fait rapport au Conseil fédéral à intervalles réguliers et selon les besoins. Ses rapports périodiques sont publiés (Art. 30 al. 1 LPD). S'il en va de l'intérêt général, il *peut* informer le public de ses constatations et de ses recommandations (Art. 30 al. 2 LPD). La mission d'information du préposé doit globalement être entendue comme une mission de relations publiques. Il s'agit ici d'une compétence vraiment essentielle. Le préposé peut informer le public et engager comme bon lui semble des opérations de relations publiques, en choisissant librement la manière de procéder, sur les questions de protection des données qui lui paraissent importantes<sup>233</sup>. Il s'agit ici d'une tâche que la loi confie au préposé et dont il est *contraint* de s'acquitter. Pour ce qui concerne le contenu, le choix des médias, la manière de la publication de même que le moment de celle-ci, le préposé est absolument libre. A l'inverse, il n'est pas tenu de communiquer impérativement certains événements par voie de presse – mais il en a le loisir. Il serait aussi concevable que le préposé organise de véritables campagnes pour sensibiliser la population à l'un ou l'autre domaine délicat de la protection des données, comme c'est parfois le cas à l'étranger<sup>234</sup>.

En pratique, le préposé remplit cette fonction en rédigeant notamment des directives, des newsletters, des formulaires, des aide-mémoire, des lettres-type ou des avis de droit, en prononçant des conférences et en publiant des articles de fond dans la presse spécialisée<sup>235</sup>. Dans le cadre des art. 30 et 31 LPD, on pourrait

---

<sup>231</sup> Cf. HUBER, in BSK DSG, N° 6 relatif à l'art. 28; ROSENTHAL, in Handbuch DSG, N° 1 relatif à l'art. 28.

<sup>232</sup> Cf. les explications et références chez HUBER, in BSK DSG, N° 8 relatif à l'art. 28, ainsi que ROSENTHAL, in Handbuch DSG, N° 8 relatif à l'art. 28.

<sup>233</sup> Message relatif à la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421.

<sup>234</sup> HUBER, in BSK DSG, N° 12 relatif à l'art. 30.

<sup>235</sup> Les publications du préposé fédéral (feuilles informatives, recommandations, avis, aide-mémoire, exposés, avis de droit etc.) sont accessibles sous forme électronique sous <<http://www.edoeb.admin.ch>> ou <<http://www.derbeauftragte.ch>> (choisir l'option « français »)

également concevoir qu'il édite sa propre publication spécialisée<sup>236</sup>. A l'art. 31 LPD, la loi énumère à titre d'exemple d'autres attributions confiées au préposé.

**119.** Dans le contexte de l'exécution des attributions qui lui sont confiées par la loi, notamment de son devoir général d'information, le préposé a publié diverses **notices d'information** (« *Merkblätter* ») sans se référer pour autant à une base légale *explicite* qui préciserait le genre et la forme selon lesquels il convient d'exécuter cette attribution. Il a ainsi publié sur son site internet une notice relative à la LTrans, qui commente diverses normes légales et qui explique la manière de procéder pour les privés qui veulent déposer une demande générale. La notice s'adresse également aux autorités<sup>237</sup>. La base légale qui s'imposerait pour de telles publications est à notre avis en tout premier lieu l'art. 28, de même que l'art 30 al. 2 et 31 al. 1 lit. a LPD, dans la mesure où la notice, à côté de son effet de sensibilisation, informe aussi suffisamment tôt les privés des violations menaçant leurs droits. De la sorte, de futures violations du droit lors du traitement de données personnelles sont combattues à titre *préventif*, l'individu n'est pas entravé dans ses droits – ces notices généralement formulées de manière abstraite ne lui imposant en aucune façon des devoirs – et l'autorité compétente dans les domaines sensibles de la protection des données est informée sans aucune injonction légale. Une telle manière d'exécuter sa mission permet au préposé non seulement de tenir compte du devoir d'information qui lui est imparti par la loi, mais également de prendre au sérieux sa fonction de conseil et de médiation.

**120.** Les relations publiques et la tâche de conseil du préposé sont cependant **limitées** par la loi, en ce sens qu'il ne peut porter à la connaissance du public des données soumises au *secret de fonction* qu'avec le *consentement de l'autorité compétente*. Si celle-ci ne donne pas son consentement, le président de la cour du Tribunal administratif fédéral qui est compétente en matière de protection des données tranche, et sa décision est définitive (Art. 30 al. 2 LPD). Cette voie de droit doit empêcher qu'une autorité invoque de manière abusive le secret de fonction afin de couvrir ses propres manquements lors du traitement de données personnelles.

Une publication anonymisée, qui ne permet pas de faire le lien avec des personnes privées déterminées, est en revanche admissible sans autre forme de procès<sup>238</sup>. Il en va de même pour des données purement factuelles qui ne font pas référence à des personnes précises. Toutes deux ne sont pas soumises au secret de fonction. Pour ce qui concerne de telles données il relève avant tout du pouvoir d'appréciation du préposé de rendre publics les traitements inadmissibles et les graves problèmes de sécurité, et d'orienter l'opinion publique sur les intentions et les projets d'une administration qui se révèlent problématiques du point de vue de la protection des données. Cette manière de remplir son mandat est en principe admissible même si le fait de citer l'administration en cause permet de remonter indirectement aux collaborateurs responsables des manquements. L'autorité fautive peut être citée. Les noms de collaborateurs dirigeants, qui agissent dans l'exercice de leurs fonctions, ne bénéficient en principe d'aucune protection spéciale<sup>239</sup>.

cc. Excursus (2): bases légales et pratique dans d'autres cantons

**121.** Tous les cantons ont ancré dans la loi, de manière plus ou moins détaillée, les **tâches de leurs autorités de surveillance en matière de protection des données**. Outre la **fonction (classique) de surveillance** dotée de compétences intrusives effectives, d'autres missions centrales sont confiées aux organes de surveillance :

---

<sup>236</sup> HUBER, in BSK DSG, N° 12 relatif à l'art. 30.

<sup>237</sup> Feuillet thématique sur le principe de la transparence dans l'information (LTrans; RS 152.3) <<http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00652/00937/01030/index.html?lang=de#>> choisir l'option « français ».

<sup>238</sup> JÖHRI, in Handkommentar DSG, N° 48 relatif à l'art. 19 et N° 10 relatif à l'art. 30.

<sup>239</sup> JÖHRI, in Handbuch DSG, N° 11 relatif à l'art. 30.

- Au premier rang de celles-ci, on retrouve la fonction de *conseil*<sup>240</sup>. Contrairement à ce qui se passe avec la surveillance, où les préposés cantonaux dans leur livrée de contrôleurs examinent le traitement des données pour ainsi dire « de l'extérieur », dans les cas de consultation ils agissent « de l'intérieur » et concourent à trouver une solution. Les renseignements s'adressent à toute une palette d'intéressés. Il s'agit d'un côté de conseils aux *autorités* traitant des données<sup>241</sup>, et de l'autre de conseils aux *personnes* touchées par le traitement des données<sup>242</sup>. Dans la plupart des législations cantonales, il s'agit en premier lieu de renseigner les personnes concernées par le traitement de données « sur leurs droits »<sup>243</sup>. En pratique, cela se concrétise souvent de la manière suivante : des privés s'adressent à l'autorité cantonale de surveillance et se voient indiquer les droits et les prétentions que la loi leur accorde (voies de droit, mais également revendications relevant de la protection des données comme le droit aux renseignements et à la consultation des données, demande de correction de données erronées, voire d'autres prétentions comme l'abstention, la suppression ou la constatation). Par la suite, une telle consultation peut conduire à des considérations de nature tactique, par exemple pour savoir s'il est approprié de faire valoir de telles prétentions en justice à un moment donné et si l'action a des chances de succès.
- Dans l'exercice de leurs tâches de conseil, les préposés cantonaux à la surveillance en matière de protection des données se chargent aussi souvent de *fonctions de médiation*, et ils apparaissent alors comme des traits d'union entre l'autorité traitante et la personne concernée. Ce faisant, ils revêtent alors une fonction d'*ombudsman*<sup>244</sup>. La médiation s'opère dans tous les cas de conflits relatifs à la protection des données, et notamment dans les cas de demandes d'informations, de rectifications et de suppressions<sup>245</sup>. Le cas échéant, le préposé met sur pied une procédure d'arbitrage<sup>246</sup>. Cela permet aux parties de préserver leurs droits sans devoir se confronter à une procédure formelle, puisque l'organe de surveillance va chercher à trouver une solution d'une manière pragmatique et consensuelle<sup>247</sup>. Si aucun accord n'est trouvé, l'autorité de surveillance émet une recommandation écrite ; si l'arbitrage est couron-

---

<sup>240</sup> RUDIN, *Wegleitung*, p. 19; RUDIN, p. 70.

<sup>241</sup> Un cas spécial (mais qu'il ne convient pas d'approfondir ici) dans le conseil donné aux autorités est représenté par la tâche des autorités de surveillance de prendre position au stade préparatoire de la procédure législative sur les textes significatifs pour la protection des données (cf. à ce propos l'art. 28 al. 2 de la Directive ainsi que l'art. 1 al. 2 Ch. du Protocole additionnel; par ailleurs art. 31 al. 1 lit. b en relation avec l'art. Art. 37 al. 2 LPD).

<sup>242</sup> RUDIN, *Datenschutzaufsicht*, p. 381.

<sup>243</sup> Jusqu'aux cantons de SZ et UR, toutes les lois cantonales sur la protection des données prévoient explicitement que le conseil aux privés quant à leurs droits fait partie des tâches de l'autorité de surveillance.

<sup>244</sup> RUDIN, *Datenschutzaufsicht*, p. 381ss.

<sup>245</sup> Cf. etwa § 19 al. 1 lit. d LPrD ZG (*Datenschutzgesetz* vom 28. September 2000; BGS 151.1) et § 23 al. 1 lit. d LPrD LU (*Gesetz über den Schutz von Personendaten* vom 2. Juli 1990; SRL Nr. 51).

<sup>246</sup> Les cantons de AR, BE, BL, BS, GR, LU, NW, OW, SG, SH, TG, UR, VS, ZG et ZH prévoient simplement dans leurs lois cantonales respectives la médiation, et ils renoncent donc à mentionner explicitement une procédure d'arbitrage. Les cantons de AI, FR et JU ne mentionnent ni la médiation ni la procédure d'arbitrage.

<sup>247</sup> *Erläuternder Bericht des Regierungsrates des Kantons Glarus zum Datenschutzgesetz des Kantons Glarus*, du 4 décembre 2001, p. 20.

né de succès, la procédure est considérée comme éteinte<sup>248</sup>. Il faut néanmoins signaler que les préposés cantonaux à la surveillance en matière de protection des données ne sont pas obligés par le droit fédéral à exercer des activités de médiation. Une telle obligation ne peut pas non plus être déduite directement de la lettre de l'art. 28 de la directive 95/46/CE ou de l'art. 1 al. 2 du protocole additionnel.

Avec cette fonction de consultation, il s'agit de créer au sens le plus large une *instance servant au soutien, au conseil en amont et à la médiation*. Cela doit permettre de garantir que les intérêts fondamentaux des personnes subissant un traitement de données sont pris en compte par les autorités compétentes d'une manière sérieuse et appropriée, même si les personnes concernées ne sont pas ou pas constamment présentes et qu'elles ne dénoncent pas d'elles-mêmes des infractions. Une telle procédure doit se dérouler d'une part en relation avec le traitement concret des données, mais d'autre part également à titre prophylactique, lorsqu'il ne s'agit pas encore de traiter concrètement les données, par exemple dans toutes les phases législatives, dans les projets de processus industriels et de systèmes (informatiques)<sup>249</sup>.

- Comme le préposé fédéral, les autorités cantonales de surveillance sont tenues à un travail d'**information** et de **relations publiques**. Selon l'art. 28 al. 5 de la directive 95/46/CE, l'organe de contrôle (cantonal) doit publier périodiquement un rapport sur ses activités et informer régulièrement le public sur le résultat de ses activités (de contrôle), et donc sur les constatations et les jugements d'une certaine importance ainsi que sur l'efficacité des dispositions relatives à la protection des données. En outre, l'autorité cantonale de surveillance peut publier des prises de position ou des recommandations à caractère préjudiciel<sup>250</sup>. Un certain nombre de cantons ont explicitement ancré dans leur législation cette mission générale d'information, comme celui de Zoug : « L'autorité cantonale en matière de protection des données renseigne les organes et le public sur les questions essentielles touchant la protection des données »<sup>251</sup>.

**122.** En pratique, la surveillance en matière de protection des données n'est depuis longtemps plus limitée à un rôle de contrôle, comme le concevaient encore les cantons à la fin des années 1980. De fait, le point névralgique de l'activité des préposés cantonaux s'est déplacé depuis quelques années de la surveillance vers la consultation. Dans le droit fil du *New Public Management*, les autorités de surveillance s'engagent plus et mieux pour la protection des droits de la personnalité du citoyen si elles soutiennent aussi à titre *préventif* les autorités et les privés traitant des données. Pour ce faire, elles fournissent aujourd'hui déjà, en se basant sur les bases légales cantonales existantes, toute une panoplie de prestations dans le domaine du conseil de l'information, de la formation, de la documentation et de la certification<sup>252</sup>.

**123.** Pour montrer à quel point les *tâches d'information et de sensibilisation* des autorités cantonales de surveillance sont devenues importantes, il suffit de voir l'étendue de leurs prestations. Malgré la minceur de leurs ressources, les autorités de surveillances essaient de se fai-

---

<sup>248</sup> Cf. à ce propos le § 37 IDAG AG (*Gesetz über die Information der Öffentlichkeit, den Datenschutz und das Archivwesen* du 24 octobre 2006; SAR 150.700).

<sup>249</sup> RUDIN, Datenschutzaufsicht, p. 382s.

<sup>250</sup> C'est ainsi par exemple que la déléguée à la protection des données du canton de Fribourg a rédigé une note explicative sur les exigences minimales en matière de sécurité des données personnelles, adoptées par le Conseil d'Etat (Art. 22 al. 2 LPrD), accessible sur son site internet: < [http://www.fr.ch/sprd/pour\\_en\\_savoir\\_plus/pour\\_en\\_savoir\\_plus\\_securite.htm](http://www.fr.ch/sprd/pour_en_savoir_plus/pour_en_savoir_plus_securite.htm) >.

<sup>251</sup> § 19 al. 1 lit. e de la Loi sur la protection des données du 19 septembre 2000.

<sup>252</sup> RUDIN, Datenschutzaufsicht, p. 383.

re entendre du public au moyen de publications régulières, d'aide-mémoire rédigés en termes généraux, de brochures ou d'articles spécialisés. Dans la plupart des cantons, l'autorité de surveillance organise également des cours de formation et de formation continue pour les membres des autorités :

- Le préposé à la transparence et à la protection des données du canton d'*Argovie* a publié un aide-mémoire qui s'adresse aux autorités cantonales et aux privés et qui, en se référant aux textes de loi, fait clairement ressortir les conditions auxquelles les enregistrements vidéo sont admissibles pour des organes officiels dans le canton<sup>253</sup>.
- La revue spécialisée «datenschutz.konkret» permet au préposé à la protection des données du canton de *Bâle-Campagne* d'informer de manière ciblée toutes les autorités bâloises ainsi que d'autres cercles intéressés sur les propositions pratiques de solutions en matière de protection des données<sup>254</sup>. En outre, le préposé met constamment à disposition du public divers aide-mémoire et autres recommandations relatives aux thèmes d'actualités et aux problèmes qui se posent en la matière<sup>255</sup>.
- Dans la documentation en ligne du préposé à la protection des données du canton de *Berne*, on trouve divers formulaires-type, des recommandations et des manuels etc. relatifs à la sécurité des données, des rapports annuels et un guide sur les aspects délicats de la protection des données dans les écoles<sup>256</sup>. De surcroît, le ISCB<sup>257</sup> contient des feuilles informatives rédigées en termes généraux (appelées « Points de vue » ou «*Ansichtsaussagen*»), qui sont adressées aux communes bernoises. Contrairement à ce qui se passe dans quelques autres cantons, celui de *Berne* n'a pas encore publié d'aide-mémoire généraux adressés également aux privés, bien qu'en raison de sa fonction de conseil le préposé soit en principe habilité à le faire (Art. 34 al. 1 lit. g et e en relation avec l'art. 35 al. 3 LCPD)
- «*Datenschutz Aktuell*», tel est le nom donné à la nouvelle feuille d'information trimestrielle du préposé à la protection des données des cantons de *Schwyz*, *Obwald* et *Nidwald*. Elle s'adresse aussi bien aux offices de l'administration qu'aux privés intéressés. On y trouve des contributions abordant divers thèmes relatifs à la protection des données, au principe de publicité et à la sécurité dans l'information. En outre, des cas exemplaires relevant de la pratique du conseil y sont documentés<sup>258</sup>. Par ailleurs, le préposé donne des exposés sur des questions spécifiques liées à la protection des données, et il organise des séminaires de for-

---

<sup>253</sup> Préposé à la transparence et à la protection des données, Videosurveillance par des organes publics («*Überwachung durch öffentliche Organe*»), feuille informative de décembre 2009, accessible en ligne:

<[http://www.ag.ch/idag/shared/dokumente/pdf/01\\_merkblatt\\_videoueberwachung\\_definitiv.pdf](http://www.ag.ch/idag/shared/dokumente/pdf/01_merkblatt_videoueberwachung_definitiv.pdf)>.

Le préposé a entrepris cette publication en se basant sur sa fonction de consultation (§ 31 al. 1 lit. b IDAG AG).

Newsletter de «datenschutz.konkret», téléchargeable sous:

<[http://www.baselland.ch/main\\_newsletter-htm.273785.0.html](http://www.baselland.ch/main_newsletter-htm.273785.0.html)>.

<sup>255</sup> Téléchargeable sous: <[http://www.baselland.ch/main\\_prakt-htm.278144.0.html#body-over](http://www.baselland.ch/main_prakt-htm.278144.0.html#body-over)>.

Le préposé n'a cependant pas indiqué sur quelle norme il s'est basé pour cette publication; à notre avis il s'agit du § 24 lit. c et d DSchG BL (Gesetz über den Schutz von Personendaten du 7 mars 1991; SGS 162).

<sup>256</sup> Site internet du délégué à la protection des données du canton de *Berne*, accessible sous: <[http://www.jgk.be.ch/site/index/ds/ds\\_dokumentation.htm](http://www.jgk.be.ch/site/index/ds/ds_dokumentation.htm)>.

<sup>257</sup> «Information systématique des communes bernoises», accessible en ligne sous:

<[http://www.jgk.be.ch/site/fr/agr\\_gemeinden\\_bsig](http://www.jgk.be.ch/site/fr/agr_gemeinden_bsig)>

<sup>258</sup> Préposé à la protection des données des cantons de *Schwyz*, *Obwald* et *Nidwald*, «*Datenschutz Aktuell*»,

téléchargeable sous: <[http://www.kdsb.ch/xml\\_1/internet/de/application/d144/f137.cfm](http://www.kdsb.ch/xml_1/internet/de/application/d144/f137.cfm)>.

mation. Pour finir, il a publié nombre d'aide-mémoire à l'usage des autorités aussi bien que des privés<sup>259</sup>.

- Le préposé à la protection des données du canton de *Zoug* tient à jour une longue liste de courriers électroniques portant sur des communications d'actualité, ainsi que des archives ; il édite également des newsletters et a publié divers aide-mémoire (notamment sur la sécurité des données)<sup>260</sup>.
- Outre des articles spécialisés, des brochures et de nombreuses feuilles informatives, le préposé à la protection des données du canton de *Zurich* a également rédigé un aide-mémoire relatif à l'engagement d'inspecteurs sociaux et, ce faisant, en énumérant les principes cantonaux devant être appliqués, il en a rappelé les aspects délicats du point de vue de la protection des données<sup>261</sup>. Il s'est basé pour ce faire sur son devoir de conseil à l'égard des autorités en charge du traitement des données (§ 34 lit. a Information- und Datenschutzgesetz, IDG), mais aussi sur sa mission inscrite au § 34 lit. 3 IDG, et qui consiste à informer le public sur les problèmes relatifs à la protection des données (cf. à ce propos le § 129 ci-dessous). En décembre 2009, il a publié en outre un précis intitulé «*Datenschutz im Sozialbereich*»<sup>262</sup>. Enfin, le préposé se montre très actif dans le domaine de la formation continue.

dd. Une base légale (suffisante?) dans le canton de Fribourg?

**124.** Les tâches de l'autorité cantonale de surveillance sont fixées dans la *loi* : alors que celles de la commission sont circonscrites sous forme de clause générale à l'art. 30a, avec la formulation «*exerce une surveillance générale*» assortie d'un catalogue non exhaustif, on trouve pour les tâches du préposé à l'art. 31 al. 2 LPrD une liste qui est, elle, *exhaustive*. A cela viennent s'ajouter les tâches qui lui sont confiées par la commission et par sa présidente ou son président (Art. 14 al. 1 règlement d'organisation). C'est à la préposée qu'incombe l'essentiel de l'activité courante de surveillance et de conseil en matière de protection des données<sup>263</sup>.

**125.** Quant à la base légale pour la feuille informative, il s'agit tout d'abord – et c'est la position également adoptée par la préposée à la protection des données – de l'art. 31 al. 2 lit. b LPrD, en vertu duquel *la préposée* a pour tâche de **conseiller les organes concernés**. Dans d'autres cantons également, la publication d'aide-mémoire rédigés en termes généraux repose

---

<sup>259</sup> Site internet Préposé à la protection des données des cantons de Schwyz, Obwald et Nidwald, téléchargeable sous: <[http://www.kdsb.ch/xml\\_1/internet/de/intro.cfm](http://www.kdsb.ch/xml_1/internet/de/intro.cfm)>.

<sup>260</sup> Préposé à la protection des données du canton de Zoug, Feuilles informatives relatives à la sécurité des données, téléchargeable sous:

<[http://www.datenschutz-zug.ch/pdf/DSV\\_Merkblaetter\\_22082008.pdf](http://www.datenschutz-zug.ch/pdf/DSV_Merkblaetter_22082008.pdf)>.

Pour cette publication, le préposé s'est basé sur le § 7 DSV (Datensicherheitsverordnung, BGS 157.12), selon lequel l'autorité de surveillance zougnoise met à disposition des feuilles informatives pour l'instruction des collaborateurs.

Téléchargeable sous:

<[http://www.datenschutz.ch/fileadmin/user\\_upload/datenschutz/04\\_Publikationen/Sozialinspektor\\_en\\_Kanton-Zuerich.pdf](http://www.datenschutz.ch/fileadmin/user_upload/datenschutz/04_Publikationen/Sozialinspektor_en_Kanton-Zuerich.pdf)>.

<sup>262</sup> Préposé à la protection des données du canton de Zurich, Protection des données dans le domaine social, aide-mémoire, Zurich 2009, téléchargeable sous:

<[http://www.datenschutz.ch/fileadmin/user\\_upload/datenschutz/04\\_Publikationen/Leitfaden\\_Datenschutz\\_im\\_Sozialbereich.pdf](http://www.datenschutz.ch/fileadmin/user_upload/datenschutz/04_Publikationen/Leitfaden_Datenschutz_im_Sozialbereich.pdf)>.

<sup>263</sup> Message LPD (Note 8), p. 3063.

sur des dispositions qui mentionnent explicitement le conseil aux organes cantonaux au nombre des tâches de la surveillance des données<sup>264</sup>.

**126.** Pour la publication de la feuille informative, la préposée se fonde également sur l'**art. 31 al. 2 lit. c LPrD**, selon lequel elle doit **renseigner les personnes concernées sur leurs droits**. D'après sa lettre, cette disposition se rapproche de l'art 28 LPD, aux termes duquel le préposé conseille les personnes privées en matière de protection des données. Dans le droit fédéral de la protection des données, cette tâche de conseil signifie en principe le *soutien et l'aide individuelles à une personne concrète* confrontée à un problème particulier (N° 117) ; il convient donc de la distinguer de la mise à disposition au grand public d'informations générales relevant de la protection des données<sup>265</sup>. Les travaux préparatoires de la LPrD ne permettent pas de diagnostiquer exactement les activités que cette formulation doit recouvrir *in casu* ; quoi qu'il en soit, il semble que le législateur soit plutôt parti d'une interprétation extensive («*l'essentiel de l'activité courante [...] de conseil*»<sup>266</sup>), qui recouvre également des informations comme celles dont il est question. Il en va de même à la lumière des prescriptions de droit international public quant à l'éventail des tâches des autorités de surveillance (cf. N° 114) : il semble bien que la tâche de consultation, au-delà du conseil individuel, contient également une fonction d'appui *préventif* à l'égard des personnes potentiellement concernées par une possible violation de la protection des données.

Dans ce contexte, on pourrait à tout le moins se poser également la question de savoir si ce n'est pas avant tout la mission générale d'information qui est concernée, mission pour laquelle la commission serait compétente aux termes de la LPrD. Cela ressort d'une part de l'art. 30a al.2 LPrD<sup>267</sup>, et de l'autre de la circonstance faisant que le catalogue de compétences de l'art. 30a al. 2 LPrD n'est pas exhaustif. La question de la répartition interne des compétences entre commission et préposé/e ne doit cependant pas être approfondie ici. Même si, dans le cas présent, la mission générale d'information relevant du domaine de compétence de la commission était concerné, la commission pourrait confier des tâches à la déléguée (Art. 14 al. 1 du règlement d'organisation)<sup>268</sup>. Par ailleurs, il ne s'agirait pas en l'occurrence de tâches que la loi confie de manière «*contraignante* » à la commission et que celle-ci ne pourrait dès lors plus transférer (comme l'exécution de la procédure prévue à l'art.22a LPrD [Art. 30a al. 1 lit. c LPrD]).

## **2. La préposée doit-elle donner à l'administration l'occasion d'informer à titre préalable avant qu'elle ne le fasse elle-même?**

**127.** Selon ce qui vient d'être dit, la publication de feuilles informatives et d'aide-mémoire relève du domaine de compétences de l'autorité de surveillance. Celle-ci dispose d'une totale indépendance pour définir les modalités de cette activité de conseil et d'information (Art. 32 al. 1 LPrD). Cette indépendance implique une interdiction absolue d'immixtion d'autres autorités (en particulier de l'exécutif) dans l'accomplissement des tâches de l'autorité de surveillance. Ses travaux ne doivent pas être influencés de l'extérieur, que ce soit directement ou indirectement.

**128.** Le fait d'exiger que l'autorité de surveillance, avant la publication de feuilles informatives, doive solliciter l'avis, voire l'assentiment de la direction concernée à raison de la com-

---

<sup>264</sup> Cf. par exemple pour le canton de ZH N° 123 ci-dessus.

<sup>265</sup> HUBER, in BSK DSG, N° 1 relatif à l'art 28.

<sup>266</sup> Message LPrD (Note 8), p. 3063.

<sup>267</sup> Dans le message relatif à la version originale de cette disposition (aArt 30 LPrD), le Conseil d'Etat renvoyait à ce propos à la lettre presque identique de l'art. 30 LPD, qui fixe le devoir général d'information du ou de la délégué/e (Message LPrD [note 8], p. 3063).

<sup>268</sup> La commission a pris connaissance de la présente feuille informative avant sa publication.

pétence, ne serait pas compatible avec l'indépendance fonctionnelle qui lui est garantie par l'art. 32 al. 1 LPrD en relation avec les prescriptions du droit européen. Il va de soi qu'une telle exigence empêcherait l'autorité de surveillance de choisir librement la manière dont elle entend accomplir sa mission. Bien évidemment, la loi n'exclut pas que l'autorité de surveillance informe la direction concernée lorsqu'elle prépare la publication d'une feuille informative, ou qu'elle demande même des conseils en cas de doutes sur la législation topique. Elle ne saurait cependant être contrainte de le faire.

**129.** Les devoirs d'information de l'administration, généraux comme particuliers, ne changent rien à cette conclusion. La mission de conseil et d'information de l'autorité de surveillance se comprend comme une « *tâche transversale originnaire* ». Ni la loi ni les normes européennes n'en font découler le fait que l'administration ne pourrait plus remplir ses propres tâches. Si donc l'autorité de surveillance publie une feuille informative sans accorder au préalable à la direction concernée l'occasion de remplir sa propre tâche d'information, il ne s'agit en aucun cas d'une violation du droit. On se saurait donc parler d'une « information proactive » illégale (N° 2).

Ce résultat recoupe la conception de la mission d'information et de conseil des autorités de surveillance telle qu'elle est conçue dans d'autres cantons. C'est ainsi que le préposé à la surveillance des données du canton de Zurich – cf. N° 123 – en se basant sur le § 34 lit. a et e de la loi zurichoise sur la protection des données (IDG), a publié un aide-mémoire relatif à l'engagement d'inspecteurs sociaux. Selon les renseignements fournis par le préposé lui-même<sup>269</sup>, il n'a pas soumis ce document à la direction compétente. Il procède ainsi non seulement pour l'édition d'aide-mémoire, mais également pour toutes les autres publications.

---

<sup>269</sup> Renseignement écrit par courriel du Dr. BRUNO BAERISWYL, préposé à la protection des données du canton de Zurich, le 13 janvier 2010.

### **III. Réponse aux questions spécifiques**

#### **1. L'indépendance de l'autorité de surveillance comprend-elle le libre choix de la forme sous laquelle celle-ci s'adresse au public?**

**130.** L'information du public (par exemple sous la forme d'aide-mémoire) relève du domaine de compétence des autorités de surveillance. Mais au vu de sa position dans l'organigramme de l'administration cantonale, la surveillance en matière de protection des données est simplement rattachée administrativement et par là même elle n'est pas soumise aux directives, et donc elle n'est pas non plus obligée d'informer le Conseil d'Etat ou la direction de la justice et de la sécurité et de requérir leur consentement avant d'entreprendre une quelconque activité. Il devrait en aller de même dans le cas où la surveillance des données souhaiterait saisir l'opinion publique d'infractions concrètes commises par des autorités cantonales. La surveillance des données a d'autant moins besoin de l'approbation préalable de la direction si elle prévoit de publier des feuilles informatives rédigées en termes généraux, qui se contentent pour l'essentiel d'énumérer des dispositions législatives cantonales et entendent uniquement sensibiliser les offices compétents de l'administration et les personnes concernées. Dans la pratique, une autre manière de procéder reviendrait à contredire le principe de l'indépendance totale de l'autorité de surveillance qui doit être respectée par le canton, également en vertu des normes internationales. L'*indépendance fonctionnelle*, en tant qu'élément constitutif de cette indépendance postulée par le droit international, exige que l'autorité de surveillance ne soit pas soumise aux directives de ceux qu'elle est amenée à contrôler. En ce qui concerne la manière d'exercer sa mission, l'autorité de surveillance peut librement décider sous quelle forme elle entend concrétiser la mission d'information et de conseil que lui confère la législation (Art. 31 al. 2 lit. b et c LPrD).

#### **2. L'exécutif peut-il imposer des prescriptions quant au choix de la manière dont l'autorité de surveillance s'adresse au public?**

**131.** Non, car cela contredirait les obligations internationales inscrites à l'art. 28 al. 1 2<sup>ème</sup> phrase de la directive 95/46/EU ainsi que l'art. 1 du protocole additionnel à la Convention du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, qui exigent une indépendance totale de l'organe de contrôle. D'éventuelles prescriptions par les autorités hiérarchiquement supérieures quant à la forme et à la manière dont elles doivent remplir leur mission violeraient une composante de cette indépendance fonctionnelle. Toute tentative de l'exécutif d'influencer de l'extérieur la formation de la volonté et le processus décisionnel des autorités de contrôle est exclue.

#### **3. L'exécutif peut-il adresser à l'autorité de surveillance des prescriptions matérielles sur la manière dont elle doit s'exprimer?**

**132.** Non, en aucune façon. Aussi longtemps que l'autorité de surveillance, qui n'est pas tenue de suivre des directives, peut s'appuyer sur une base légale suffisante pour son activité concrète, ni la direction ni le Conseil d'Etat n'ont la possibilité de lui imposer quelque prescription que ce soit en ce qui concerne le contenu de ses publications. L'indépendance qu'il convient d'accorder aux autorités de surveillance n'autorise pas l'autorité contrôlée à imposer de quelque manière que ce soit des prescriptions à l'autorité en charge du contrôle. Restent

réservés des cas dans lesquels l'autorité de surveillance excéderait la mission de conseil et d'information qui lui est légalement confiée ; dans un tel cas une intervention devrait être possible, dans la mesure où l'autorité de surveillance ne dispose pas d'une indépendance (fonctionnelle) en dehors de l'éventail de ses tâches tel qu'il est défini par la loi. Pour l'élimination des divergences, une application par analogie de l'art. 22a LPD pourrait s'avérer recommandée.

#### **4. En ce qui concerne la feuille informative litigieuse, l'autorité de surveillance a-t-elle indûment court-circuité l'administration?**

**133.** Non. Totalement indépendante, l'autorité de surveillance ne doit pas solliciter l'autorisation préalable de la direction concernée lorsqu'elle prend l'initiative de délivrer des avis ou lorsqu'elle souhaite rendre l'opinion publique attentive à des violations des principes de la protection des données qui, de son point de vue, ont été commises par des autorités cantonales dans le traitement de données personnelles. Elle ne fait ici qu'accomplir la mission de conseil et d'information qui lui est confiée par la loi (cf. également N° 128 ci-dessus).

**134.** Pour la publication de feuilles informatives rédigées en termes généraux, la LPrD contient à notre avis une base légale suffisante. Dans le contexte de sa fonction de conseil, l'autorité de surveillance a le droit de publier des aide-mémoire et des avis relatifs à des questions générales de la protection des données dans le domaine du traitement des données personnelles par les organes cantonaux. En ce sens il lui appartient de recourir à des instructions générales pour lutter à titre préventif contre des violations potentielles de la protection des données. Il est exclu que la direction ou le Conseil d'Etat tentent de l'influencer, que ce soit directement ou indirectement.

### **IV. Conclusion générale**

**135.** L'autorité de surveillance en matière de protection des données du canton de Fribourg a toute latitude pour rendre accessible à un large public, sur internet, une feuille informative rédigée en termes généraux et concernant un aspect bien précis du droit de la protection des données. Pour ce faire, elle n'a pas besoin de solliciter au préalable l'approbation du Conseil d'Etat, de la Direction de la Sécurité et de la Justice ou encore de la direction compétente en l'espèce quant à la forme et au contenu de la publication envisagée. Si la direction ou le Conseil d'Etat avaient la possibilité d'adresser à l'autorité de surveillance des injonctions précises ou de lui imposer des directives touchant l'exercice des tâches qui lui sont confiées par la loi, une telle façon de faire violerait de manière inacceptable le principe de son indépendance fonctionnelle. Celui-ci découle pour l'essentiel du protocole additionnel à la Convention du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, et de la directive européenne sur la protection des données, avec pour conséquence le fait que l'art. 32 al. 1 LPrD doit être interprété conformément à ces prescriptions. Cette indépendance fonctionnelle trouve (à bon droit) sa concrétisation dans le rattachement administratif de l'autorité de surveillance à la Direction de la Sécurité et de la Justice, ce qui interdit par là même toute mainmise sur l'exercice de ses tâches déléguées.

## BIBLIOGRAFIE / BIBLIOGRAPHIE

Die angeführten Autorinnen und Autoren werden, wo nicht anders angegeben, mit ihren Namen und mit der Seitenzahl oder der Randnote der Fundstelle zitiert.

BIAGGINI GIOVANNI, BV, Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zürich 2007.

BREITENMOSER STEPHAN/GLESS SABINE/LAGODNY OTTO (HRSG.), Schengen in der Praxis – Erfahrungen und Einblicke, Zürich/St. Gallen 2009.

EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (HRSG), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2008 (zit. Autor/-in, in: St. Galler Kommentar).

EPINEY ASTRID, Datenschutz und «Bilaterale II», Zu den Auswirkungen der Schengen-Assoziierung auf das schweizerische Datenschutzrecht – ausgewählte Aspekte, in: SJZ 102 (2006), S. 126 ff.

EPINEY ASTRID/HOBI PATRICK, Die Revision des Datenschutzgesetzes/La révision de la loi sur la protection des données, Zürich/Basel/Genf 2009.

EPINEY ASTRID/HOFSTÖTTER BERNHARD/MEIER ANNEKATHRIN/THEUERKAUF SARAH, Schweizerisches Datenschutzrecht vor europa- und völkerrechtlichen Herausforderungen. Zur rechtlichen Tragweite der europa- und völkerrechtlichen Vorgaben und ihren Implikationen für die Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2009 (zit. EPINEY ET AL.).

EPINEY ASTRID/THEUERKAUF SARAH (HRSG.), Datenschutz in Europa und die Schweiz / La protection des données en Europe et la Suisse, Zürich/Basel/Genf 2006.

FÜSSLEIN PETER, Ministerialfreie Verwaltung, Begriff, Erscheinungsformen und Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, Bonn 1972.

GRABENWARTHER CHRISTOPH, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Aufl., München 2009.

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Allgemeines Staatsrecht, 7. Aufl., Zürich 2008.

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006.

HÄNER ISABELLE, Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden, Umsetzung am Beispiel der Datenschutzaufsicht des Kantons Zürich, Zürich/Basel/Genf 2008.

HUBER RENÉ, Die Teilrevision des Eidg. Datenschutzgesetzes – ungenügende Pinselrennovation, in: recht 2006, S. 220 ff.

MAURER-LAMBROU URS/VOGT NEDIM PETER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz, Basel/Genf/München, 2. Aufl. 2006 (zit. Autor/-in, in: BSK DSGVO).

MORAND CHARLES-ALBERT, Le principe de légalité et l'interventionnisme étatique, in: Francis Cagiant (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts, Bern/Stuttgart 1989, S. 139 ff.

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der Uno-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.

MÜLLER JÖRG PAUL/WILDHABER LUZIUS, Praxis des Völkerrechts, 3. Aufl., Bern 2001.

MÜLLER MARKUS/MÜLLER-GRAF THOMAS, Staatliche Empfehlungen, Gedanken zu Rechtscharakter und Grundrechtsrelevanz, in: ZSR 1995 I, S. 357 ff.

RUDIN BEAT, Datenschutz und E-Government, in: Buser Denise (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 1083 ff.

RUDIN BEAT, Datenschutzgesetze – fit für Europa. Europarechtliche Anforderungen an die schweizerischen Datenschutzgesetze, Zürich/Basel/Genf 2007 (zit. RUDIN, Datenschutz).

RUDIN BEAT, Strukturen und Instrumente der Umsetzung des Datenschutzes, Datenschutzaufsicht – vom Kontrolleur zum Kompetenzzentrum, in: Baeriswyl Bruno/Rudin Beat (Hrsg.), Perspektive Datenschutz – Praxis und Entwicklungen in Recht und Technik, S. 373 ff., Zürich 2002 (zit. RUDIN, Datenschutzaufsicht).

RUDIN BEAT, Umsetzung Schengen/Dublin in den Kantonen: Datenschutz – Wegleitung, erstellt im Auftrag der Konferenz der Kantonsregierungen, Basel 2006 (zit. RUDIN, Wegleitung).

SÄGESSER THOMAS, Institutionelle Stellung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten, in: AJP 2009, S. 1420 ff.

SCHAAR PETER, Unabhängige Datenschutzaufsicht im Innenministerium? in: Zeitschrift Datenschutz und Datensicherheit (DuD), Recht und Sicherheit in Informationsverarbeitung und Kommunikation, Band 29 (2005), S. 579 ff.

STÄMPFLI SANDRA, Das Schengener Informationssystem und das Recht der informationellen Selbstbestimmung, Bern 2009.

SCHWEGLER IVO, Datenschutz im Polizeiwesen von Bund und Kantonen, Bern 2001.

ROSENTHAL DAVID/JÖHRI YVONNE (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008 (zit. Handkommentar DSG).

TSCHANNEN PIERRE, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, in: ZSR 1999 II, S. 353 ff..

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 2009.

WALDMANN BERNHARD, Wirkung und Verwirklichung der Grundrechte, Inhalt und Tragweite von Art. 35 BV, in: ius.full 2008, S. 20 ff.

ZIMMERLI ULRICH, Zum Gesetzmässigkeitsprinzip im Verwaltungsrecht, in: recht 1984, S. 73 ff.