

**Revision der Kantonsverfassung (KV) und Gesetz über die Infor-  
mation der Öffentlichkeit, den Datenschutz und das Archivwesen  
(IDAG)**

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>Zusammenfassung</b>	<b>3</b>
<b>1. Ergebnis der ersten Beratung</b>	<b>4</b>
1.1 Prüfungsauftrag zu § 72 Abs. 2 KV	4
1.2 Prüfungsauftrag zu § 1 IDAG	5
1.3 Erläuterungsbegehren zu § 43 Abs. 3 IDAG	6
<b>2. Neuerungen für die zweite Beratung</b>	<b>7</b>
2.1 Abkommen von Schengen und Dublin	7
2.1.1 Ausgangslage	7
2.1.2 Anpassungsbedarf	9
2.1.3 Kommentierung der Änderungen	11
2.2 Landeskirchen	14
2.2.1 Spitalseelsorge	14
2.2.2 Datenbekanntgabe durch Einwohnerkontrollen	15
<b>Antrag:</b>	<b>16</b>

Sehr geehrte Frau Präsidentin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir unterbreiten Ihnen die Entwürfe für ein Gesetz über die Information der Bevölkerung, den Datenschutz und das Archivwesen (IDAG) sowie eine damit zusammenhängende Teilrevision der Kantonsverfassung zur zweiten Beratung.

### **Zusammenfassung**

Der Grosse Rat hat die Vorlage in erster Lesung mit wenigen Änderungen gegenüber der Botschaft des Regierungsrats beschlossen und anlässlich der Beratung im Plenum dem Regierungsrat zwei Prüfungsaufträge erteilt sowie ein Erläuterungsbegehren gestellt:

Der erste Prüfungsauftrag zur Frage, ob § 72 Kantonsverfassung (KV), in dem unter anderem das Öffentlichkeitsprinzip in grundsätzlicher Hinsicht verankert wird, höherrangigem Recht (EMRK, Bundesrecht) entspricht, kann ohne weiteres bejaht werden.

Der zweite Prüfungsauftrag wurde im Zusammenhang mit § 1 IDAG ("Gegenstand und Zweck") gestellt und hatte den Schutz vor Missbrauch zum Inhalt. Hier kann – unter Verweis auf die verschiedenen Rechtsgebiete und Anwendungsfälle – aufgezeigt werden, dass Vorkehrungen, insbesondere Strafbestimmungen, im IDAG selbst sowie in weiteren Erlassen für den Missbrauchsschutz genügen.

Das Erläuterungsbegehren betraf § 43 Abs. 3 IDAG, der dem Regierungsrat die Kompetenz einräumt, vorübergehend Dokumente von der Anbietepflicht ans Staatsarchiv auszunehmen. Konkret wurde die Frage gestellt, wann private Interessen dafür ausschlaggebend sein könnten. Eine entsprechende Missbrauchsgefahr kann verneint werden.

Mit Schreiben vom 4. April 2006 stellte die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren den Kantonen eine Wegleitung zur Umsetzung der mit den Abkommen von Schengen und Dublin übernommenen Datenschutzvorschriften zu. Aufgrund dieser Wegleitung, welche die Minimalanforderungen festhält, und nach Prüfung der Revision der Bundesdatenschutzgesetzgebung besteht auch beim IDAG Änderungs- beziehungsweise Anpassungsbedarf gegenüber der Fassung gemäss erster Beratung. Diese zum Teil bedeutsamen Änderungen werden in der Synopse zum IDAG dargestellt und im Kapitel 2.1 der Botschaft kommentiert.

Weiter wird zu den in einem nachträglich eingegangenen Schreiben der Landeskirchen aufgeworfenen Fragen Stellung genommen. Eines der geschilderten Anliegen, Präzisierung der Auskunftspflicht von Spitälern gegenüber den Landeskirchen, nimmt der Regierungsrat auf und beantragt eine Fremdänderung des Gesundheitsgesetzes.

## **1. Ergebnis der ersten Beratung**

Der Grosse Rat hat die Vorlage am 13. Dezember 2005 beraten. Eintreten war unbestritten. Im Verlauf der Detailberatung wurden zwei Prüfungsaufträge gestellt, die vom zuständigen Departementsvorsteher entgegengenommen wurden, sowie ein Erläuterungsbegehren zu § 43 Abs. 3 IDAG. Änderungsanträge wurden keine gestellt.

In den beiden Gesamtabstimmungen wurden die KV-Revision sowie das IDAG in erster Beratung mit 106 zu 0 beziehungsweise 107 zu 0 Stimmen zum Beschluss erhoben. In der folgenden Abstimmung wurden die der Vorlage zugrunde liegenden parlamentarischen Vorstösse mit 106 zu 0 Stimmen als erledigt abgeschlossen.

### **1.1 Prüfungsauftrag zu § 72 Abs. 2 KV**

Walter Forrer, Oberkulm, stellte zu § 72 Abs. 2 KV folgenden Prüfungsauftrag: "Es sei zu prüfen, ob die vorgeschlagene Norm im Hinblick auf die absolute Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen höherrangigem Recht entspricht in Bezug auf Ausschlussmöglichkeiten der Öffentlichkeit bei Gerichtsverhandlungen."

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass Abs. 2 von § 72 KV nicht neu vorgeschlagen wird, sondern dem heute geltenden Abs. 1 entspricht. Höherrangiges Recht geht widersprechendem niederrangigem sodann stets vor. Damit ist kantonales Recht, das dem Bundesrecht widersprechen würde, gar nicht erst anwendbar (sog. "derogatorische Kraft" des Bundesrechts, vgl. Art. 49 Bundesverfassung). Im Folgenden ist die hinsichtlich der Ausschlussmöglichkeiten geltende Regelung zu untersuchen:

Die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4. November 1950 garantiert in Art. 6 Ziff. 1 die öffentliche Verhandlung und Verkündung des Urteils in Zivil- und Strafrechtssachen. Presse und Öffentlichkeit können namentlich aus Gründen der Sittlichkeit, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit, zum Schutz der Jugend oder der Privatsphäre ausgeschlossen werden.

Es gilt zu berücksichtigen, dass die EMRK als völkerrechtlicher Vertrag vertragsautonom, das heisst unabhängig vom nationalen Recht des jeweiligen Vertragsstaats, auszulegen ist. Demzufolge erfasst die EMRK mit den Begriffen "Zivil- und Strafrechtssachen" zahlreiche Streitigkeiten, die in der Schweiz anders qualifiziert werden. Gemäss der Rechtsprechung fallen zum Beispiel Enteignungen und andere Eigentumsbeschränkungen, Bewilligungen zur Ausübung privater Berufstätigkeit und Staatshaftung darunter. Ebenfalls erfasst Art. 6 Ziff. 1 EMRK Sanktionen, welche entweder schwer wiegen oder ein bestimmtes Verhalten verlangen wie zum Beispiel Administrativmassnahmen (Führerausweisentzug, Straffunktion!), Strafsteuern.

Die Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 weitet den Anspruch auf Öffentlichkeit von Verhandlung und Urteilsverkündung auf jegliches Gerichtsverfahren aus, unter Vorbehalt gesetzlicher Ausnahmen (Art. 30 Abs. 3 BV).

Mit diesen Vorgaben haben die Kantone ihre Gerichtsprozesse auszugestalten. Der Kanton Aargau statuiert die Öffentlichkeit grundlegend in § 72 Abs. 1 KV (geltendes Recht). Eine

Konkretisierung erfolgt in § 14 des Gerichtsorganisationsgesetzes (GOG; SAR 155.100) vom 11. Dezember 1984 für die Zivil- und Strafgerichte sowie die Spezialverwaltungsgerichte; das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG; SAR 271.100) vom 9. Juli 1968 enthält die entsprechende Bestimmung in § 57 Abs. 3.

Die Regelungen in den angesprochenen Rechtspflegegesetzen lassen sich dahingehend zusammenfassen, dass Gerichtsverhandlungen prinzipiell öffentlich sind, solange nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen. Solche vor der öffentlichen Verhandlung zu schützenden Interessen liegen regelmässig vor:

- im Familienrecht (vgl. § 79 Abs. 3 des Zivilrechtspflegegesetzes [ZPO] vom 18. Dezember 1984),
- im Strafverfahren gegen Jugendliche (vgl. § 17 Abs. 2 des Gesetzes über die Strafrechtspflege [StPO] vom 11. November 1958) sowie
- in Steuersachen (vgl. § 249 Steuergesetz [StG] vom 15. Dezember 1998; Art. 17 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege [OG] vom 16. Dezember 1943; das OG wird 2007 vom Bundesgerichtsgesetz [BGG] abgelöst).

Die Bestimmung von § 72 Abs. 2 KV (nach geltendem Recht Abs. 1) hat deshalb im kantonalen Kompetenzbereich nie absolut gegolten, sondern stand unter dem Vorbehalt des (neuen wie alten) Abs. 3, dass per Gesetz Einschränkungen möglich sind. Damit ist der Vorrang der Spezialgesetzgebung (das heisst vorgehende Verfahrens- beziehungsweise Prozessgesetze) angesprochen. Daran ändert der neu formulierte Abs. 1 nichts, da auch für diesen der Vorbehalt des Abs. 3 von § 72 KV gilt, mit anderen Worten Einschränkungen auf Gesetzesstufe formuliert werden können. Die Öffentlichkeit kann weiter ausgeschlossen werden, sofern überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen, entsprechend Art. 6 Ziff. 1 EMRK, der Bestimmung, die heute weitgehend Grundsatz und Ausschluss der Öffentlichkeit bestimmt.

Sodann betrifft der neue Abs. 1 von § 72 KV lediglich die Einsichtnahme in amtliche Akten und nicht die Teilnahme an Verhandlungen beziehungsweise deren Öffentlichkeit. Die Einsicht in Dokumente hängiger Geschäfte, laufender Verfahren oder Verhandlungen wird aber durch das IDAG, dessen Vorbehalt – wie ausgeführt – gemäss § 72 Abs. 3 KV gültig ist, gerade explizit vom Öffentlichkeitsprinzip ausgenommen (vgl. § 7 IDAG). Das IDAG ist damit in zweifacher Hinsicht nicht auf die geltende Regelung bezüglich der Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen anwendbar beziehungsweise greift eben gar nicht in diese ein.

## **1.2 Prüfungsauftrag zu § 1 IDAG**

Roger Fricker, Oberhof, stellt zu § 1 IDAG folgenden Prüfungsauftrag: "Der Regierungsrat wird eingeladen zu prüfen, wie der Schutz gegen allfälligen Missbrauch verbessert werden kann."

Bei der anschliessenden mündlichen Erläuterung wurde ausgeführt, es gehe darum, möglichst zu verhindern, dass missbräuchlich Daten, zum Beispiel zur Einreichung von Sammelklagen, gesammelt werden.

Die Gefahr von Missbrauch kann in einer freiheitlichen Rechtsordnung mit einer Reihe von Parteirechten nie gänzlich gebannt werden. Regelmässig wird deshalb vorgesehen, dass Missbrauch verwaltungs- und/oder strafrechtliche Sanktionen zur Folge hat. Führt missbräuchliches Verhalten zur Verletzung von Verwaltungs- oder Strafnormen, so sind die dafür vorgesehenen Strafen zu verhängen und/oder (Disziplinar-) Massnahmen anzuordnen. In präventiver Hinsicht besteht die Möglichkeit, dass bei der Einreichung von Gesuchen, Anträgen etc. den Begehren keine Folge geleistet wird, sofern ein missbräuchliches Motiv erkennbar ist.

Diese Möglichkeiten bestehen auch im IDAG: Bei Auskunfts- oder Einsichtsgesuchen ist eine Interessenabwägung vorgeschrieben (§ 5 Abs. 3 IDAG). Ist das konkrete Gesuch als missbräuchlich zu bewerten, so ist diesem keine Folge zu leisten. Hier wird regelmässig das öffentliche Interesse das private um Auskunft beziehungsweise Einsicht überwiegen. Weitere Einschränkungen bestehen hinsichtlich der Einsicht in Dokumente mit Personendaten Dritter (§ 6 IDAG) und schliesslich statuiert § 7 IDAG gar den gänzlichen Ausschluss des Zugangs bei Protokollen nicht öffentlicher Sitzungen und bei laufenden Verfahren, Verhandlungen etc. § 41 IDAG regelt sodann die Verwaltungsstrafe bei Datenmissbrauch durch Dritte, die im Auftrag des Staats Daten bearbeiten. Daneben gelten aber weitere, bereichsspezifische Strafbestimmungen in Spezialerlassen beispielsweise des Strafrechts oder des Personalrechts. Schliesslich wird auch die Gebührenerhebung eine präventive Wirkung entfalten können. Ein zusätzlicher beziehungsweise weitergehender Schutz ist daher nicht notwendig.

Um das Beispiel der Sammelklagen aufzunehmen, ist darauf hinzuweisen, dass das Sammeln von Daten – auch zum Zweck einer Klagevorbereitung – nicht per se missbräuchlich sein muss. Allerdings steht nicht zu erwarten, dass das IDAG Sammelklagen Vorschub leisten wird. Diese richten sich in der Regel auch nicht nach nationalem Recht, da sie mit Vorteil im Ausland eingereicht werden (vgl. die Sammelklagen in den USA gegen Schweizer Grossbanken; hier wurde unter anderem mit Wirtschaftssanktionen gedroht). Weiter ist auf den unterschiedlichen Anwendungs- respektive Wirkungsbereich der einzelnen Gesetze zu verweisen: Soweit im Rahmen einer Sammelklage Akteneinsicht oder -edition gefordert wird, richtet sich dieses Begehren nach dem zur Anwendung gelangenden Verfahrens- beziehungsweise Prozessrecht und nicht nach dem IDAG, da dieses – wie bereits oben ausgeführt – einen Vorbehalt bezüglich laufender Verfahren macht. In der Regel wird denn auch zunächst die (Sammel-) Klage eingereicht und anschliessend, unter dem Regime des laufenden Verfahrens und des entsprechenden Verfahrensrechts, Aktenedition verlangt.

### **1.3 Erläuterungsbegehren zu § 43 Abs. 3 IDAG**

Anlässlich der Detailberatung im Grossen Rat ist zu § 43 Abs. 3 IDAG beziehungsweise zu der auf Antrag der Kommission AVW beschlossenen Interessenabwägung die Frage aufgetaucht, inwiefern private Interessen ausschlaggebend sein können, dass der Regierungsrat gewisse Dokumente vorübergehend von der Anbietepflicht ausnehmen kann.

Was unter überwiegenden – und um solche muss es sich handeln – privaten Interessen zu verstehen ist, wird in § 3 lit. k Ziff. 2 IDAG (beispielhaft) definiert. Der Anspruch auf Schutz privater Interessen entsteht dadurch, dass der Verwaltung im Rahmen ihrer hoheitlichen Tätigkeit etliche "Geheimnisse" bekannt werden. Häufig müssen Private im Verkehr mit öffentlichen Organen sensible Daten und/oder Informationen preisgeben, beispielsweise bei Kon-

zessionsgesuchen, Submissions- oder Plangenehmigungsverfahren, im strafrechtlichen Zusammenhang oder im Zivilstandsbereich. Aus einer frühzeitigen Ablieferung solcher Akten könnte unter Umständen eine Verletzung der Privatsphäre (zum Beispiel Andenkensschutz) oder beispielsweise des Betriebsgeheimnisses resultieren. Mit anderen Worten müssen die privaten Interessen schützenswert sein und in einem Zusammenhang mit staatlichen Aufgaben beziehungsweise Tätigkeiten stehen, damit sie das Interesse an der ordentlichen Ablieferung ans Staatsarchiv überwiegen. In aller Regel wird es sich bei der vorübergehenden Ausnahme von der Ablieferungspflicht jedoch um überwiegende öffentliche Interessen (zum Beispiel Ordnung, Sicherheit, Gesundheit etc.) handeln.

Soweit Unternehmen oder Privatpersonen allein im privatrechtlichen Bereich tätig werden, gilt – sofern eine Datenschutzverletzung zu beurteilen ist – ohnehin nur das Bundesgesetz. In der Regel sind über rein privatrechtliche Aktivitäten bei der Verwaltung auch keine Akten oder Dokumente vorhanden. Wenn beispielsweise eine Unternehmung im Ausland dubiose Geschäftspraktiken pflegt oder sich in Handlungen verstrickt, die in der Schweiz verboten sind, kann dies zum Vornherein nicht unter den Geltungsbereich des IDAG beziehungsweise des § 43 Abs. 3 (neu: § 45 Abs. 3) IDAG fallen. Sind dennoch in einem solchen Fall ausnahmsweise Unterlagen bei Behörden vorhanden, so gilt der Vorbehalt der Bundes- und/oder Spezialgesetzgebung und es greifen die entsprechenden bundesrechtlichen, insbesondere strafrechtlichen, oder allfällig weitere (Spezial-) Bestimmungen.

Eine missbräuchliche Anrufung von § 43 Abs. 3 IDAG, wie die Fragestellung nahe legen könnte, ist damit in zweierlei Hinsicht undenkbar: Erstens muss es sich um Dokumente handeln, die im Zusammenhang mit staatlichen Tätigkeiten oder Aufgaben angelegt wurden; zweitens prüft der Regierungsrat, ob überwiegende (schützenswerte) private Interessen vorliegen.

## **2. Neuerungen für die zweite Beratung**

### **2.1 Abkommen von Schengen und Dublin**

#### **2.1.1 Ausgangslage**

Zur besseren Verständlichkeit werden zunächst die wesentlichen Fragen erläutert:

#### **Worum geht es bei Schengen/Dublin?**

Die Abkommen von Schengen und Dublin stehen für die koordinierten Anstrengungen der EU-Mitgliedstaaten, die individuellen Freiheiten der Bürger auszubauen und die Sicherheit innerhalb Europas gleichzeitig zu verbessern. Dahinter steht die Einsicht, dass die Gewährleistung der inneren Sicherheit ebenso wie die Bewältigung der Asylströme schon längst keine rein nationalen Probleme mehr sind, sondern ein koordiniertes Vorgehen aller Staaten erfordern. An Schengen/Dublin sind alle EU-Mitgliedstaaten beteiligt, Grossbritannien und Irland allerdings nur in Teilbereichen. Mit Norwegen und Island nehmen auch zwei Nicht-EU-Mitgliedstaaten an Schengen/Dublin teil. Am 5. Juni 2005 hat das Volk der Teilnahme der Schweiz an Schengen/Dublin zugestimmt.

### **Was regeln die Schengener Übereinkommen genau?**

Mit den Übereinkommen von Schengen von 1985 und 1990 wurden auf der einen Seite die systematischen Personenkontrollen an den Binnengrenzen der EU abgebaut, auf der anderen Seite wurden verschiedene Massnahmen ergriffen, um das Sicherheitsbedürfnis der Mitgliedstaaten weiterhin zu decken. Hierzu gehören:

- die Verstärkung der Grenzkontrollen an den Aussengrenzen des Schengen-Raums,
- die gemeinsame Visapolitik,
- die Verbesserung der grenzüberschreitenden Polizeizusammenarbeit,
- die Modernisierung des Informationsaustausches im Bereich der Personen- und Sachfahndung (sog. Schengener Informationssystem SIS),
- die Erleichterung der Rechtshilfe,
- die Zusammenarbeit im Kampf gegen den Drogenhandel.

### **Was regelt das Übereinkommen von Dublin genau?**

Das Übereinkommen von Dublin wurde am 15. Juni 1990 in der irischen Hauptstadt von den EU-Mitgliedstaaten unterzeichnet. Es regelt, welcher Vertragsstaat für die Behandlung eines Asylgesuchs zuständig ist. Das Übereinkommen von Dublin ersetzte die asylrechtlichen Bestimmungen des Schengener Durchführungsübereinkommens (SDÜ). Inzwischen ist es durch eine EG-Verordnung (Dublin II) abgelöst worden, welche seit dem 1. September 2003 anwendbar ist.

### **Welche Instrumente dienen der Zusammenarbeit?**

Im Wesentlichen sind dies:

- EURODAC: In diesem Datensystem, das seit dem 15. Januar 2003 in Betrieb ist, werden in Ergänzung zur Dubliner Zusammenarbeit die Fingerabdrücke von Asylbewerbern und illegalen Einwanderern gesammelt. Damit wird der Beweis erleichtert, dass ein Asylbewerber bereits in einem anderen Teilnehmerstaat ein Asylgesuch gestellt oder sich dort aufgehalten hat. Diese Information ist für die Bestimmung des zuständigen Staats ein wichtiges Hilfsmittel;
- Schengener Informationssystem: Kernstück der polizeilichen Zusammenarbeit bildet das "Schengener Informationssystem (SIS)", eine europaweite elektronische Fahndungskartei. Dieses System beinhaltet über 12 Millionen Datensätze über gesuchte und vermisste Personen beziehungsweise verschwundene Gegenstände wie Fahrzeuge, Waffen, usw. Das SIS verfügt über einen hohen internationalen Datenschutzstandard. Es besteht aus einem Zentralrechner, der in Strassburg steht. Daran sind die Nationalen Systeme (sog. N-SIS, nationale Schengener Informationssysteme) angehängt.

## 2.1.2 Anpassungsbedarf

Nach Anhang B des Schengen-Assoziierungsabkommens<sup>1</sup> ist die Schweiz verpflichtet, die Datenschutzrichtlinie der EG aus dem Jahr 1995 (RL 95/46/EG)<sup>2</sup> anzuwenden. Dieser Datenschutzrichtlinie sind eine Reihe von materiellen Vorgaben zu entnehmen; sie verstärkt die Kontrollaufgabe der Datenschutzaufsicht und sieht dazu eine völlige Unabhängigkeit und bessere Ausstattung der Aufsicht mit Instrumenten und Ressourcen vor. Um an das Schengener Informationssystem (SIS)<sup>3</sup> angeschlossen zu werden, müssen zumindest die Anforderungen der Europaratskonvention 108<sup>4</sup> (samt Zusatzprotokoll<sup>5</sup>), die ebenfalls eine völlige Unabhängigkeit, ein Untersuchungsrecht, sowie eine Klage- und Anzeigebefugnis der Datenschutzaufsichtsbehörden vorsieht, eingehalten werden<sup>6</sup>. Dies gilt auch für die Kantone.

Ohne die entsprechenden Massnahmen im Bereich des Datenschutzes wird die EU, die im Jahr 2007 Kontrollen durchführen wird, den Anschluss an das SIS nicht freigeben<sup>7</sup>. Besonderes Augenmerk liegt bei diesen Kontrollen auf der Unabhängigkeit des zuständigen Organs.

Mit Schreiben vom 4. April 2006 stellte die Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren den Kantonen eine detaillierte Wegleitung zur Umsetzung von Schengen/Dublin in den Kantonen in Bezug auf den Datenschutz zu. Der Entwurf des IDAG für die erste Lesung entsprach den materiellen Vorgaben bereits sehr weitgehend, sodass sich hier nur geringer Anpassungsbedarf ergab; auf die vereinzelt Änderungen oder Verdeutlichungen des Textes wird im Rahmen der Kommentierung der einzelnen Bestimmungen näher eingegangen. Ein grösserer Handlungsbedarf hat sich indessen bei der Datenschutzkontrolle ergeben, und zwar in folgenden Bereichen:

### Unabhängigkeit

Art. 28 Abs. 1 EU-DSRL und Art. 1 Ziff. 3 ZP zur ER-Konv 108 verlangen "völlige Unabhängigkeit" der Datenschutzaufsicht. Ein normaler Arbeitsvertrag mit ordentlicher Kündigungsmöglichkeit genügt dieser Anforderung nicht; gefordert ist die Wahl auf eine Amtsdauer.

---

<sup>1</sup> Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staats bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (SAA), BBl 2004 6447 ff.

<sup>2</sup> Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (EU-DSRL), ABl. L 281 v. 23.11.1995.

<sup>3</sup> Art. 92 ff. Schengen-Durchführungs-Übereinkommen (SDÜ).

<sup>4</sup> Übereinkommen vom 28. Januar 1981 zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (SR 0.235.1).

<sup>5</sup> Zusatzprotokoll zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (STE Nr. 108) bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung (STE Nr. 179; ZP zur ER-Konv 108), BBl 2003, 2167 ff.

<sup>6</sup> Art. 117 Abs. 1 SDÜ.

<sup>7</sup> Art. 15 Abs. 1 SAA; Art. 117 Abs. 2 SDÜ.

Gemäss Wegleitung sind folgende Möglichkeiten zulässig:

Variante	Wahlorgan	Amts-dauer	Stellung/Zuordnung
<b>A</b>	Wahl durch den Grossen Rat auf Antrag seines Büros	4 bis 6 Jahre (mit der Möglichkeit der Wiederwahl)	Administrative Zuordnung zur Ratsleitung des Parlaments
<b>Untervarianten zu A</b>	(1) auf Antrag des Büros nach Anhörung des Regierungsrats; (2) auf Antrag des Regierungsrats	wie A	wie A
<b>B</b>	Wahl durch den Regierungsrat mit Vorbehalt der Genehmigung durch den Grossen Rat	6 bis 8 Jahre (mit der Möglichkeit der Wiederwahl)	Selbständige Stellung mit lediglich administrativer Zuordnung/Angliederung zu einem Departement oder zur Staatskanzlei
<b>C</b>	Wahl durch den Regierungsrat	8 oder mehr Jahre (mit der Möglichkeit der Wiederwahl)	Selbständige Stellung mit lediglich administrativer Zuordnung/Angliederung zu einem Departement oder zur Staatskanzlei

## Aufgaben

Mit dem SIS erhalten die Polizeibehörden ein zusätzliches, äusserst wirkungsvolles Instrument. Sie haben für ihre Aufgabenerfüllung Zugriff auf eine Datenbank mit mehreren Millionen Einträgen und können (nach der vollständigen Einbindung der neuen EU-Mitglieder voraussichtlich ab 2007) ihre Ausschreibungen von Personen und Sachen in einem Fahndungsraum von 27 Schengen-Staaten und etwa 450 Millionen Einwohnern verbreiten. Entsprechend dem Wirkungsgewinn sind die Schweiz und die Kantone verpflichtet, ihre Kontrollen im Datenschutzbereich zu verstärken. Das verlangt nicht bloss die reaktive Beantwortung von Fragen oder Beschwerden von betroffenen Personen, sondern die aktive Kontrolle. Dafür braucht es einerseits das nötige Instrumentarium und die nötigen Kompetenzen. Dazu gehört auch, dass die kantonalen Datenschutzbeauftragten – neben dem Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten – Funktionen in den internationalen Kontrollgremien ("Gemeinsame Kontrollinstanz" für das SIS<sup>8</sup> und die nach dem zugrunde liegenden Artikel der EU-DSRL benannte "Art. 29-Datenschutzgruppe") wahrzunehmen haben werden.

## Instrumente und Kompetenzen

Handlungsbedarf besteht auch bezüglich der Instrumente der Datenschutzaufsicht. Während die Rechtsgrundlagen bezüglich der Untersuchungsbefugnisse und des Informationsanspruchs wie auch das Recht zur Stellungnahme bei Rechtsetzungsvorhaben bereits vorgesehen sind, brauchen die Punkte wirksame Einwirkungsbefugnisse, Beschwerdebefugnis,

<sup>8</sup> Art. 115 Schengen-Durchführungs-Übereinkommen (SDÜ).

Tätigkeitsbericht und dessen Veröffentlichung im Entwurf für die zweite Beratung eine Verstärkung.

## **Ressourcen**

Die Wirksamkeit und Unabhängigkeit der Datenschutzkontrolle steht und fällt mit der Ausstattung mit personellen und finanziellen Ressourcen. Die Mitgliedstaaten der EU haben denn auch bei der Umsetzung der Datenschutz-Richtlinie in ihren Datenschutzgesetzen vorgeschrieben, dass die Kontrollstellen mit den erforderlichen personellen und finanziellen Mitteln zu versehen sind und über ein separat auszuweisendes Budget zu verfügen haben.

Aufgrund der zusätzlichen Anforderungen durch die Abkommen von Schengen und Dublin geht der Regierungsrat gegenüber der Botschaft für die erste Beratung auch von etwas höheren Gesamtkosten (Personal- und Sachaufwand) für den Vollzug des IDAG aus (rund Fr. 375'000.– statt 300'000.– pro Jahr). Die Mehrkosten gegenüber dem heutigen Aufwand für den Datenschutz belaufen sich auf rund Fr. 300'000.–. Die entsprechenden Mittel sind im Aufgaben- und Finanzplan 2007 - 2010 eingestellt.

### **2.1.3 Kommentierung der Änderungen**

Nachfolgend werden die im Hinblick auf Schengen/Dublin gegenüber dem Ergebnis der ersten Lesung angepassten Bestimmungen aufgeführt. In der Regel orientieren sich die Änderungen beziehungsweise Anpassungen an den in der Wegleitung formulierten Minimalanforderungen.

#### **§ 2 Abs. 3 und 4 Geltungsbereich**

Die gesetzliche Regelung muss für alle Datenbearbeitungen durch öffentliche Organe gelten. Die im Entwurf gemäss erster Beratung globale Ausnahme für den medizinischen Bereich ist nicht zulässig. Um dem besonderen Rechtsverhältnis Arzt-Patient-Spital Rechnung zu tragen (keine Öffentlichkeit der Patientenakten), ist die Ausnahme im Bereich des Öffentlichkeitsprinzips beizubehalten.

Die Umstellung der Abs. 3 und 4 erfolgt aus rechtsetzungstechnischen Gründen (Abs. 1-3: IDAG als Gesamtvorlage; Abs. 4: nur Teilbereich Öffentlichkeitsprinzip).

#### **§ 8 Abs. 3 (neu) Grundsatz; Vorabkontrolle**

Wenn die Bearbeitung von Personendaten aufgrund der Bearbeitungsart oder der zu bearbeitenden Daten besondere Risiken für die Rechte und Freiheit der betroffenen Personen mit sich bringen könnte, muss sie vor ihrem Beginn durch das Kontrollorgan geprüft werden. Kriterien für die Beurteilung der Risiken sind etwa die Zahl der erfassten Personen, die Zahl der beteiligten öffentlichen Organe, die Sensitivität der Daten usw. Gegenstand der Vorabkontrolle können sein: IT-Systeme, Datenbanken, Register usw. Mit dem Verweis auf § 32 wird verdeutlicht, dass als Rechtsfolge eine Empfehlung ausgesprochen werden kann. Die sog. Pflicht zur Vorabkontrolle muss ausdrücklich im Gesetz festgeschrieben sein.

### **§ 9 Marginalie (neu) Verhältnismässigkeit**

Gemäss den Abkommen von Schengen und Dublin sind bei der Datenbeschaffung das Prinzip der Verhältnismässigkeit und der Grundsatz von Treu und Glauben zu beachten. Der Grundsatz von Treu und Glauben ist bereits in Art. 9 der Bundesverfassung verankert und gilt gestützt auf diese Bestimmung auch für den Datenschutz. Das Prinzip der Verhältnismässigkeit wird in § 9 verankert. Weitere Ausprägungen der Verhältnismässigkeit und von Treu und Glauben sind auch die §§ 11 ("Zweckbindung") und 13 ("Informationspflicht"). Daraus abgeleitet wird beispielsweise das Verbot der verdeckten und/oder unnötigen Datenerhebung, oder dass Personendaten, wenn immer möglich, bei der betroffenen Person zu erheben sind und die Erhebung (Beschaffung) und der Zweck der Bearbeitung für die betroffene Person erkennbar sein müssen.

### **§ 10 Satz 2 (neu) Korrektheit der Daten; Beweislast**

Es wird eine eigentliche Umkehr der Beweislast verlangt. Damit ist vom öffentlichen Organ die Richtigkeit, nicht von Betroffenen die Unrichtigkeit der verwendeten Personendaten zu beweisen.

### **§ 14 Abs. 3 und 4 (neu) Bekanntgabe an öffentliche Organe**

Die grenzüberschreitende Bekanntgabe von Personendaten wird im Zusatzprotokoll zum europäischen Datenschutzübereinkommen (ZP zur ER-Konv 108) geregelt. Diese Regelung ist explizit von den Kantonen aufzunehmen, um den direkten Datenaustausch ins Ausland sicherzustellen (zum Beispiel SIS).

Für den Fall des grenzüberschreitenden Datenverkehrs ist im Gesetz festzuhalten, dass die Übermittlung von Personendaten an Empfänger, für welche die ER-Konv 108 nicht gilt, zusätzlich zu den allgemeinen Bekanntgabevoraussetzungen nur dann zulässig ist, wenn beim Empfänger ein adäquates Datenschutzniveau sichergestellt. Eine "genügende Gesetzgebung" – die Formulierung orientiert sich am Datenschutzgesetz des Bundes – dürfte dann vorliegen, wenn der Persönlichkeits-, Daten- und Rechtsschutz allfällig Betroffener gewährleistet ist und auch technische Sicherheitsvorkehrungen für die grenzüberschreitende Datenübermittlung im Sinne des Zusatzprotokolls (Art. 2 Ziff. 2 ZP zur ER-Konv 108) getroffen worden sind. Laut Zusatzprotokoll muss dieser Schutz "in Übereinstimmung mit dem innerstaatlichen Recht angemessen sein", womit schweizerisches Niveau angesprochen wird.

### **§ 20 Abs. 3, letzter Satz**

Der neu eingefügte Vorbehalt dient dem Hinweis, aber auch der Klarstellung, dass die Informationspflicht bei Videoüberwachungen in gewissen Fällen relativiert werden muss. In der Regel wird es sich dabei um Ermittlungs- und/oder Untersuchungsverfahren der zuständigen Strafverfolgungsbehörden handeln. Entsprechend dem allgemein gültigen Vorbehalt der Spezialgesetzgebung, richten sich Zeitpunkt und Art der Information nach den einschlägigen Erlassen vor allem des Straf- und Strafprozessrechts. Strafrecht ist dabei umfassend zu verstehen, da beispielsweise auch das Betäubungsmittel- und das Geldwäschereigesetz des Bundes zu beachten sein werden, soweit diese Rechtsgrundlagen für die optisch-elektronische Überwachung und die Verwertung der dabei erzielten Ergebnisse enthalten.

## **§ 27 Abs. 2 Berichtigung von Personendaten**

Die Anpassung erfolgt in Analogie zu § 10 Satz 2.

## **§§ 30–34: Beauftragte Person für Öffentlichkeit und Datenschutz (Kontrollorgan)**

Die nachfolgenden Anpassungen an die von der Kommission der europäischen Gemeinschaften geforderte Unabhängigkeit der Kontrollstelle Datenschutz führen gegenüber dem Ergebnis der ersten Lesung zu verschiedenen, zum Teil bedeutsamen Änderungen der Stellung des Kontrollorgans:

### **§ 30 Organisation**

Die behördliche Datenbearbeitung ist durch ein unabhängiges Kontrollorgan zu kontrollieren. Dafür muss das Gesetz ausdrücklich ein Kontrollorgan vorsehen. Die Form des Kontrollorgans (Datenschutzbeauftragte/r, Datenschutzkommission oder eine Kombination der beiden Formen) ist nicht vorgeschrieben, jedoch muss sich die gewählte Form an den Anforderungen an die Unabhängigkeit und Wirksamkeit der Kontrolle messen lassen, was für eine/n Datenschutzbeauftragte/n mit gesetzlichen und institutionellen Garantien der Unabhängigkeit und genügender Ausstattung mit personellen und finanziellen Ressourcen spricht.

Die vorgeschlagene Lösung mit der Wahl durch den Regierungsrat erfordert laut Wegleitung der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD) (vgl. oben, Ziffer 2.1.2 "Unabhängigkeit" sowie Beilage 1) eine lange Amtsdauer (8 Jahre oder mehr) sowie ein Maximum an Einwirkungsmöglichkeiten und an weiteren institutionellen Garantien (Befugnisse, Ressourcen); die Unabhängigkeit muss gewährleistet sein. Mit dem eigenen Budget verbunden ist deshalb auch die Kompetenz, eigenes Personal anzustellen und die zur Aufgabenerfüllung notwendigen Fachpersonen beizuziehen.

Mit dem Verweis auf die §§ 33–36 des Personalgesetzes werden die Voraussetzungen geregelt, unter denen die Tätigkeit der beauftragten Person für Öffentlichkeit und Datenschutz beendet werden kann. Es gelten die gleichen Bestimmungen wie für die übrigen auf Amtsdauer gewählten Beamten (zum Beispiel Bezirksamtmänner, Staatsanwälte).

### **§ 31 Aufgaben**

Die Regelungsstruktur wird der Wegleitung entsprechend angepasst: Aufgaben, Befugnisse und Pflichten werden konsequent getrennt: So sind beispielsweise die lit. f und g von alt § 31 nun in § 33 "Pflichten" eingeordnet.

### **§ 32 Abs. 4 und 5 (neu) Befugnisse**

Gefordert sind wirksame Untersuchungs- und Einwirkungsbefugnisse. Dazu gehören beispielsweise auch die Befugnis zur Vorabkontrolle (vgl. oben, § 8 Abs. 3), die geeignete Veröffentlichung von Stellungnahmen, die Anordnung der Sperrung, Löschung oder Vernichtung von Daten oder das vorläufige oder endgültige Verbot einer Datenbearbeitung, die Verwarnung oder Ermahnung der Verantwortlichen oder die Anrufung des Parlaments oder anderer politischer Institutionen. Es ist erforderlich, dass das Kontrollorgan mit den gesetzlich festgelegten Untersuchungs- und Einwirkungsbefugnissen in ihrer Gesamtheit tatsächlich Wirksamkeit entfalten kann.

Der Lösungsvorschlag folgt auch hier einem moderaten Ansatz: Obwohl an sich auch eine direkte Verfügungsgewalt (die Kompetenz, Sperrungen, Löschungen, Bearbeitungsverbote etc. auszusprechen) denkbar wäre, wird hier am Prinzip der Empfehlung festgehalten. Neu wird aber die Möglichkeit geschaffen, dass die beauftragte Person bei Nichtbefolgung dieser Empfehlung ein eigenes Beschwerderecht erhält und zwar gegen den Entscheid sowohl der ersten Instanz wie auch der Beschwerdeinstanz, bei der es sich in der Regel um den Regierungsrat handeln wird (Justiz: Leitungsorgan der Gerichte; Landeskirchen: Synode).

Würde die direkte Verfügungsgewalt eingeführt, müsste auch der Rechtsschutz entsprechend angepasst werden, das heisst es müsste eine Beschwerdemöglichkeit (eventuell Klage) gegen rechtswirksame Entscheidungen der beauftragten Person vorgesehen werden.

### **§ 33 Pflichten**

Mindestens die folgenden Pflichten (Aufgaben, die Dritten einen [Erledigungs-] Anspruch einräumen) des Kontrollorgans müssen im Gesetz ausdrücklich festgelegt werden: Behandlung von Eingaben, Zusammenarbeit mit den Kontrollorganen der anderen Kantone, des Bundes und des Auslands, Geheimhaltungspflicht und Berichterstattung.

Zu Abs. 1 lit. a ist zu sagen, dass die beauftragte Person Anzeigen direkt behandelt, Beschwerden hingegen entgegen nimmt, eventuell das Schlichtungsverfahren durchführt, ansonsten aber weiterleitet und nicht selber beurteilt.

Weiter ist speziell zu erwähnen, dass mit der Berichterstattung an den Grossen Rat gemäss Abs. 1 lit. c die entsprechenden Dokumente regelmässig öffentlich werden, womit die Publikation beziehungsweise die Information der Öffentlichkeit nicht explizit aufgenommen werden muss.

### **§ 34 Haushaltsführung**

Der Lösungsvorschlag orientiert sich an der Regelung für die Finanzkontrolle, womit das anvisierte Ziel erreicht werden sollte (= institutionelle Garantie für die Unabhängigkeit).

## **2.2 Landeskirchen**

Mit Schreiben vom 1. März 2006 gelangten die Landeskirchen an das Departement Volkswirtschaft und Inneres mit den beiden folgenden Anliegen im Hinblick auf die zweite Lesung:

### **2.2.1 Spitalseelsorge**

Im Sinne einer Präzisierung soll mit einer zusätzlichen Fremdänderung im IDAG § 49 Abs. 3 des Gesundheitsgesetzes vom 10. November 1987 (GesG; SAR 301.100) wie folgt geändert werden:

"§ 49 Abs. 3 GesG:

<sup>3</sup>Die seelsorgerische Betreuung des Patienten ist zu gewährleisten; sie wird durch die Spitalpfarrdienste der anerkannten Landeskirchen und die Gemeindepfarrämter wahrgenommen. Sie haben Anspruch auf Mitteilung der notwendigen Patientendaten."

Die geltende Formulierung lautet:

"<sup>3</sup>Die seelsorgerische Betreuung der Patienten ist zu gewährleisten."

Zur Begründung wird angeführt, das IDAG habe zur Folge, dass aus Gründen des Datenschutzes für die Weitergabe von Daten eine klare gesetzliche Grundlage erforderlich sei. Der heutige § 49 Abs. 3 GesG genüge unter Umständen als gesetzliche Grundlage nicht mehr. Es sei sicherzustellen, dass der verfassungsmässig abgestützte Auftrag der Landeskirchen nach wie vor wahrgenommen werden könne. Deshalb sei § 49 Abs. 3 GesG zu präzisieren. Eine materielle Änderung der bisherigen Situation sei damit nicht verbunden, wohl aber ein Bekenntnis zu unseren verfassungsmässig abgestützten Landeskirchen und ihrem Wirken.

Der Regierungsrat beantragt, dem Anliegen der Landeskirchen grundsätzlich zu entsprechen. Damit aber das Selbstbestimmungsrecht der Patienten und Patientinnen über ihre durch das ärztliche Geheimnis geschützten Daten gewahrt bleiben, schlägt er vor, die Weitergabe von Daten durch die Spitäler an die Landeskirchen von der Zustimmung der Patientinnen und Patienten abhängig zu machen

Die Formulierung von § 49 Abs. 3 GesG soll deshalb wie folgt lauten:

"Die seelsorgerische Betreuung der Patienten ist zu gewährleisten; sie wird durch die Spitalpfarrdienste der anerkannten Landeskirchen und die Gemeindepfarrämter wahrgenommen. Sie haben gegenüber den Institutionen Anspruch auf die Mitteilung von Name und Adresse von Angehörigen ihrer Glaubensgemeinschaft, sofern die Patienten vorgängig ihre Zustimmung erteilt haben."

Da die Seelsorge eine Aufgabe darstellt, die eine entsprechende Bereitschaft auf Seiten der Gläubigen voraussetzt, erscheint der Zustimmungsvorbehalt im Lichte der tangierten Interessen als angebracht, werden doch mit der Weitergabe in der Regel auch besonders schützenswerte Personendaten preisgegeben. Hinzu kommt, dass sich die Umsetzung in der Praxis problemlos bewerkstelligen lässt: Es genügt, beim Spitaleintritt nebst der Angabe der Konfession auch den Wunsch nach Spitalseelsorge und damit das Einverständnis für die Weitergabe der dazu notwendigen Daten zu erheben.

### **2.2.2 Datenbekanntgabe durch Einwohnerkontrollen**

Weiter wird im genannten Schreiben der Landeskirchen um Bestätigung ersucht, dass Einwohnerkontrollen bei Mutationen den Kirchgemeinden respektive den Pfarrämtern die Personen der entsprechenden Konfession melden sowie die Namen der im gleichen Haushalt wohnenden Familienangehörigen mit anderer Konfession, jedoch ohne Konfessionsangabe.

Die Landeskirchen gehen dabei von einer "aktiven" Datenbekanntgabe betreffend die Familienangehörigen aus. Im Einzelfall jedes Mal rückzufragen, würde sowohl die Einwohnerkontrollen wie auch die Pfarrämter unnötig belasten. Zudem könne es durchaus sein, beispielsweise im Todesfall, dass auf die Daten sofort zurückgegriffen werden könne, also auch ausserhalb der Bürozeiten.

Zunächst gilt auch in diesem Bereich das Prinzip der "Amtshilfe" gemäss § 14 IDAG. Die Einwohnerkontrollen dürfen den Landeskirchen die Daten der eigenen Konfessionsangehörigen bekannt geben. Im Gegenzug sind die Landeskirchen auch verpflichtet, die Bestimmungen über den Datenschutz, hier namentlich über die besonders schützenswerten Daten, einzuhalten.

Eine Besonderheit besteht hinsichtlich der Daten von Familienangehörigen mit anderer Konfession. Hier besteht gemäss IDAG kein expliziter Anspruch auf Bekanntgabe, wie bereits in der Botschaft zur ersten Lesung ausgeführt wurde. Andererseits dürfen bestimmte Angaben wie Name, Wohnort etc. gemäss § 16 IDAG privaten Dritten herausgegeben werden. Entsprechend dürfen diese Daten auch ohne weiteres den Landeskirchen bekannt gemacht werden. Da wohl in jeder Gemeinde diese "einfachen" Personendaten in der einen oder anderen Form an Private herausgegeben werden (zum Beispiel an Vereine etc.), können die Landeskirchen immerhin aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz einen Anspruch auf Erhalt dieser Daten ableiten.

Was hingegen die "aktive" oder automatische Datenbekanntgabe durch die Einwohnerkontrollen bei Mutationen sowohl von Angehörigen der eigenen Konfession wie auch von deren Familienangehörigen mit anderer Konfession betrifft, ist darauf hinzuweisen, dass das IDAG dazu keine Regelung enthält. Das IDAG legt den Grundsatz fest und regelt die Voraussetzung des Anspruchs, nicht aber wie dies in der Praxis durchgeführt wird; dies ist eine Frage der Organisation beziehungsweise des Vollzugs. Somit kann den Landeskirchen gestützt auf das IDAG bestätigt werden, dass ihnen die gewünschten Informationen mitgeteilt werden dürfen, nicht aber, dass dies automatisch geschehen muss.

*Zum Antrag:*

*Der Beschluss gemäss Ziffer 2 untersteht dem fakultativen Referendum gemäss § 63 Abs. 1 lit. a der Kantonsverfassung, sofern ihm die absolute Mehrheit der Mitglieder des Grossen Rats zustimmt. Erreicht die Abstimmung nicht 71 befürwortende Stimmen oder wird das Behördenreferendum gemäss § 62 Abs. 1 lit. b der Kantonsverfassung ergriffen, findet eine Volksabstimmung statt.*

## **A n t r a g :**

1.

Der Entwurf für eine Teilrevision der Kantonsverfassung wird zuhanden der Volksabstimmung verabschiedet.

2.

Der Entwurf für das Gesetz über die Information der Bevölkerung, den Datenschutz und das Archivwesen (IDAG) wird in zweiter Beratung zum Beschluss erhoben.

Aarau, 5. Juli 2006

IM NAMEN DES REGIERUNGSRATS

Landammann:

Kurt Wernli

Staatsschreiber:

Dr. Peter Grünenfelder

Beilagen:

Beilage 1: Auszug aus der Wegleitung der KKJPD

Beilage 2: Synopse zur Änderung der Kantonsverfassung

Beilage 3: Synopse zum Gesetzesentwurf IDAG