

d i g m a

Schriften zum
Datenrecht

Herausgegeben von Bruno Baeriswyl und Beat Rudin

Band 5

Bernhard Waldmann / Andre Spielmann

Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht

**Rechtsgutachten im Auftrag
des Kantons Freiburg**

Schulthess § 2010

Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage, Fragestellung und Vorgehen	5
2	Begriff und Inhalt der Unabhängigkeit einer Datenschutzbehörde	7
21	Nach freiburgischem Recht	7
211	Ausgangslage.....	7
212	Organisationsrechtliche Stellung der Aufsichtsbehörde.....	9
213	Begriff und Inhalt der «Unabhängigkeit» gemäss Art. 32 DSchG.....	12
213.1	Ausgangslage.....	12
213.2	Auslegung von Art. 32 Abs. 1 DSchG.....	13
213.21	Grammatikalisches Verständnis.....	13
213.22	Historisches Verständnis.....	14
213.23	Gesetzessystematik.....	16
213.24	Teleologische Auslegung.....	18
213.3	Zwischenergebnis.....	18
22	Vorgaben aus dem übergeordneten Recht	19
221	Bundesrecht.....	19
221.1	«Richterliche Unabhängigkeit» gemäss Art. 30 Abs. 1 BV?.....	19
221.2	«Unabhängigkeit» als Ausfluss der Verfahrensfairness (Art. 29 Abs. 1 BV)?.....	20
221.3	«Unabhängigkeit» aufgrund der staatlichen Pflicht zum Schutz der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 2 i.V.m. Art. 35 BV)?.....	22
222	Völkerrecht.....	23
222.1	Vereinte Nationen.....	23
222.2	OECD.....	24
222.3	Europarat.....	24
222.31	EMRK.....	24
222.32	Datenschutzkonvention und Zusatzprotokoll zur Datenschutzkonvention.....	26
222.4	Assoziierungsabkommen Schengen (SAA).....	28
222.41	Ausgangslage.....	28
222.42	Schengener Durchführungsübereinkommen vom 19. Juni 1990.....	28
222.43	Richtlinie 95/46/EG (Datenschutzrichtlinie).....	30
222.44	Weiterentwicklung Schengen-Besitzstand: Rahmenbeschluss 2008/977/JI.....	32
222.45	Von verschiedenen Elementen der Unabhängigkeit.....	33
222.46	... zu einem umfassenden Unabhängigkeitsbegriff.....	36
23	Im Vergleich mit dem Bund und den anderen Kantonen	37
231	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter.....	38
231.1	Organisatorische und institutionelle Stellung.....	38
231.2	Ergebnisse des Evaluationsberichts der EU.....	41
231.3	Teilrevision DSG.....	41
232	Datenschutzaufsicht in den Kantonen.....	43
232.1	Ausgangslage.....	43
232.2	Konkretisierung der Unabhängigkeit in den Kantonen (Übersicht).....	45
232.21	Konkretisierungen der Unabhängigkeit in funktioneller Hinsicht.....	46
232.22	Konkretisierungen der Unabhängigkeit in institutioneller Hinsicht.....	46
232.23	Konkretisierungen der Unabhängigkeit in personeller Hinsicht.....	48
232.24	Konkretisierungen der Unabhängigkeit in materieller Hinsicht.....	48
232.3	Konkretisierung und Umsetzung der Unabhängigkeit in ausgewählten Kantonen.....	49

Inhaltsverzeichnis

232.31	Kanton Bern.....	49
232.32	Kanton Luzern.....	51
232.33	Kanton Zürich.....	52
24	Fazit.....	53
3	Beurteilung des vorliegenden Falles.....	55
31	Ausgangslage.....	55
32	Verhältnis zur Exekutive im Zusammenhang mit der Veröffentlichung von Informationsblättern.....	55
321	Hat die Datenschutzbeauftragte in Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe gehandelt?.....	56
321.1	Vorfraget Notwendigkeit einer Rechtsgrundlage und Anforderungen an diese.....	56
321.2	Massgebende Rechtsgrundlage für die Informationsblätter?.....	59
321.21	Ausgangslage.....	59
321.22	Exkurs (1): Rechtsgrundlagen und Praxis auf Bundesebene.....	60
321.23	Exkurs (2): Rechtsgrundlage und Praxis in anderen Kantonen.....	62
321.24	(Genügende) Rechtsgrundlage im Kanton Freiburg?.....	66
322	Muss die Datenschutzbeauftragte zuerst der Verwaltung die Gelegenheit zur Information geben, bevor sie selber informiert?.....	68
33	Beantwortung der Einzelfragen.....	69
331	Umfasst die Unabhängigkeit der Behörde die freie Wahl der Form, wie die Behörde an die Öffentlichkeit tritt?.....	69
332	Können der Datenschutzbehörde in Bezug auf die Wahl, wie sie an die Öffentlichkeit gelangt, durch die Exekutive Vorschriften gemacht werden?.....	70
333	Können der Behörde seitens der Exekutive inhaltliche Vorgaben gemacht werden, wie sie sich materiell zu äussern hat?.....	70
334	Hat die Datenschutzbehörde in Bezug auf das fragliche Informationsblatt in unzulässiger Weise die Verwaltung umgangen?.....	70
34	Schlussfolgerung.....	71
	Bibliografie.....	72