



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra



KONFERENZ DER KANTONSREGIERUNGEN
CONFERENCE DES GOUVERNEMENTS CANTONAUX
CONFERENZA DEI GOVERNI CANTONALI
CONFERENZA DA LAS REGENZAS CHANTUNALAS

OGD Schweiz

Konzept: Rechtliche Rahmenbedingungen zur
Publikation von Daten als Open Government
Data (OGD)

Anne Wiedmer, Corinna Seiberth, 13. März 2015

Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage	3
2	Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage	3
2.1	Legalitätsprinzip in der Leistungsverwaltung	3
2.2	Allgemeiner Informationsauftrag des Bundesrats und der Verwaltung.....	3
2.3	Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ) und Öffentlichkeitsverordnung (VBGÖ).....	4
2.4	Verhältnis zur Informationsfreiheit (Art. 16 insb. Abs. 3 BV)	6
3	Öffentlich-rechtliche Nutzungsbestimmungen für OGD – keine Lizenzen	6
4	Haftung	8
5	Urheberrecht	9
5.1	Einleitung.....	9
5.2	Urheberrechtlicher Schutz.....	9
5.2.1	Der Werkbegriff	9
5.2.2	Werkcharakter der als OGD verwendeten Inhalte	10
5.3	Verwendung der Inhalte.....	10
5.4	Urheberrechte der Bundesangestellten.....	11
6	Datenschutz	12
6.1	Begriff „Personendaten“	12
6.2	Anonymisierte Daten	15
6.3	Recoupement de données anonymisées avec d’autres données personnelles.....	16
6.4	Datenschutzrechtliche Schutzvorkehrungen	17
6.5	Fazit der datenschutzrechtlichen Abklärungen	18

1 Ausgangslage

Das nachfolgende Konzept fasst die Ergebnisse der Arbeiten der Arbeitsgruppe Recht OGD (AG Recht OGD) zusammen und zeigt die rechtlichen Rahmenbedingungen auf, innerhalb derer die OGD Strategie umgesetzt werden soll. Weitere Lieferobjekte der AG Recht OGD sind Textbausteine für Standardformulierungen zur Nutzung der OGD Datensätze, ein Entwurfstext für die Rubrik "rechtliche Grundlagen" auf der Internetseite ("Disclaimer"), sowie eine Arbeitshilfe für Behörden, die Datensätze auf OGD publizieren möchten.

2 Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage¹

2.1 Legalitätsprinzip in der Leistungsverwaltung

OGD ist der Leistungsverwaltung² zuzuordnen. Heute ist klar, dass in der Leistungsverwaltung das Legalitätsprinzip gilt. Daher ist für die Publikation von Daten als OGD (verstanden als: Daten publizieren und rechtlich freigeben) immer eine gesetzliche Grundlage erforderlich. Je nach der Bedeutung des jeweiligen konkreten Vorhabens (Umfang und Natur der zu publizierenden Daten, Wettbewerbsinteressen von Privaten, usw.) sind entsprechende Anforderungen an Normstufe und Normdichte zu stellen.

Die gesetzliche Grundlage für die Publikation von Daten, die für OGD in Frage kommen, findet sich meistens in Spezialgesetzen (z.B. über die Meteorologie oder die Landestopografie). Hier soll nun aber überprüft werden, ob die Publikation von Daten auch aufgrund der Bundesverfassung (BV, SR 101), des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG, SR 172.010) oder des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (BGÖ, SR 152.3) erfolgen kann.

2.2 Allgemeiner Informationsauftrag des Bundesrats und der Verwaltung

Die folgenden Bestimmungen regeln den allgemeinen Informationsauftrag des Bundesrats und der Verwaltung.

Art. 180 Abs. 2 BV:

«[Der Bundesrat] informiert die Öffentlichkeit rechtzeitig und umfassend über seine Tätigkeit, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen.»

Art. 10 RVOG (Information über die Tätigkeit des Bundesrats; vgl. zu den Zuständigkeiten auch Art. 10a und 34):

«¹ Der Bundesrat gewährleistet die Information der Bundesversammlung, der Kantone und der Öffentlichkeit.

² Er sorgt für eine einheitliche, frühzeitige und kontinuierliche Information über seine

¹ Der Beitrag zum Informationsauftrag nach RVOG und zum BGÖ wurde vom BJ per 6.01.2014 erarbeitet.

² **Leistungsverwaltung** bezeichnet Handlungen der öffentlichen [Verwaltung](http://de.wikipedia.org/wiki/Verwaltung), die den [Bürgern](http://de.wikipedia.org/wiki/Bürgern) Leistungen darbieten. Quelle: <http://de.wikipedia.org/wiki/Leistungsverwaltung>, 13.3.2015

Lagebeurteilungen, Planungen, Entscheide und Vorkehren.

³ Vorbehalten bleiben die besonderen Bestimmungen zum Schutz überwiegender öffentlicher oder privater Interessen.»

Art. 40 RVOG (Information über die Tätigkeit der Departemente):

«Der Departementvorsteher oder die Departementvorsteherin trifft in Absprache mit der Bundeskanzlei die geeigneten Vorkehren für die Information über die Tätigkeit des Departements und bestimmt, wer für die Information verantwortlich ist.»

Die Zielsetzung dieser Bestimmungen liegt in der Transparenz der Behörden. Eine wirtschaftliche Nutzung der publizierten Informationen wird von Verfassung und Gesetz nicht grundsätzlich ausgeschlossen, steht aber auch nicht im Vordergrund. Die Bestimmungen decken jede Tätigkeit der Zentralverwaltung ab. Die Information nach diesen Bestimmungen folgt grundsätzlich dem Bring-Prinzip. Das schliesst aber selbstverständlich die passive oder reaktive Information (insb. Beantwortung von Anfragen von Journalisten und Privaten) nicht aus. Gemeint ist immer nur die Information *über* behördliche Tätigkeiten, die ohnehin stattfinden. Das heisst auch, dass die behördliche Tätigkeit, über die informiert wird, eine eigene gesetzliche Grundlage haben muss. Der allgemeine Informationsauftrag bietet mit anderen Worten keine gesetzliche Grundlage für eine Behördentätigkeit, die zur Hauptsache aus dem Erschaffen oder Verbreiten von Informationen besteht. Vielmehr hängt er sich an jegliche Regelung von behördlichen Tätigkeiten an und fügt ihr die Zusatzaufgabe an, über die Haupttätigkeit zu informieren. Ein typisches Beispiel für eine vom allgemeinen Informationsauftrag erfasste Information wäre eine Statistik über die durch eine Behörde jedes Jahr behandelten Fälle³, sowie natürlich sämtliche Medieninformationen und die typischen Internetseiten, die allgemein die Tätigkeiten der Behörden und den Stand wichtiger Projekte beschreiben. Ein Beispiel für nicht erfasste Daten wären die Meteo- oder Geodaten, oder auch die meisten Statistiken des BFS, z.B. über die Bevölkerung.

Die genannten Bestimmungen sehen keine Kostenpflicht für die Informationen vor.

Fazit: Daten, die nach diesen Überlegungen vom Informationsauftrag erfasst werden, dürfen, wenn nicht ausnahmsweise besondere Gründe entgegenstehen (insb. Klassifikation nach Informationsschutzregeln⁴ oder Urheberrechte Dritter) nach OGD-Grundsätzen veröffentlicht und freigegeben werden. In wie vielen Fällen das für OGD-Nutzer interessant sein kann, ist schwierig abzuschätzen. Das Beispiel der jährlichen Fall-Statistik in Tabellenform zeigt aber, dass es durchaus ein sinnvolles Anwendungsfeld gibt.

2.3 Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ) und Öffentlichkeitsverordnung (VBGÖ)⁵

Auf der OGD-Plattform werden Daten aus der Verwaltung der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt. Damit stellt sich die Frage der Anwendbarkeit bzw. Abgrenzung zum gesetzlich verankerten Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung.

Der Geltungsbereich des BGÖ wird in den Artikeln 2-4 BGÖ geregelt (im Grundsatz: zentrale

³ Z.B. die Statistik-Tabellen des Dienstes für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, www.li.admin.ch > Statistik.

⁴ Heute noch die Informationsschutzverordnung vom 4. Juli 2007. Zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Informationssicherheit wurde 2014 eine Vernehmlassung durchgeführt (www.admin.ch > Vernehmlassungs- und Anhörungsverfahren > Abgeschlossene Verfahren > 2014 > VBS); die Botschaft soll 2015 vorliegen (Medienmitteilung vom 5. November 2014, www.news.admin.ch > Dokumentation).

⁵ Beitrag des BJ zu Informationsauftrag nach RVOG und zum BGÖ, 6.01.2014.

und dezentrale Bundesverwaltung; Ausnahme für Rechtsverfahren; Vorbehalt von Spezialbestimmungen). Das Gesetz gewährt – Ausnahmeregelungen vorbehalten – den Zugang zu allen *amtlichen Dokumenten*. Ein amtliches Dokument ist jede Information, die auf einem beliebigen Informationsträger aufgezeichnet ist, sich im Besitz einer Behörde befindet, von der sie stammt, oder der sie mitgeteilt worden ist und die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betrifft (Art. 5 Abs. 1 BGÖ). Als amtliche Dokumente gelten auch solche, die durch einen einfachen elektronischen Vorgang aus aufgezeichneten Informationen erstellt werden können, welche die genannten Anforderungen erfüllen (Art. 5 Abs. 2 BGÖ). Als OGD sollen gemäss bundesrätlicher OGD-Strategie Daten publiziert werden, die bei der allgemeinen Verwaltungstätigkeit entstehen.

Das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (BGÖ) und die Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (VBGÖ) regeln die passive Informations-tätigkeit von Bundesbehörden.⁶ Damit schaffen sie einen Rechtsanspruch auf Zugang zu Informationen der Verwaltung auf Anfrage („Hol-Prinzip“). Abzugrenzen davon ist die Aktivi-nformation durch den Bund. Diese kann von Amtes wegen oder freiwillig erfolgen und ent-spricht dem „Bring-Prinzip“, gemäss welchem die Verwaltung von sich aus Informationen zur Verfügung stellt. Für OGD gilt das „Bring-Prinzip“, denn die Behörden publizieren selber Da-ten auf dem Portal. Damit ist das BGÖ grundsätzlich nicht auf OGD anwendbar.

Das Gesetz sieht zwei Konstellationen vor, die vom Grundsatz der „Hol-Prinzips“ abweichen:

- Nach Artikel 18 VBGÖ haben die Behörden Informationen über Aufgabenbereiche und wichtige Geschäfte im Internet zu veröffentlichen und Informationen zur Verfü-gung zu stellen, die das Auffinden von Dokumenten erleichtern können.
- Nach Artikel 19 VBGÖ haben die Behörden *wichtige* amtliche Dokumente im Internet zu veröffentlichen, soweit dies keinen unangemessenen Aufwand verursacht und der Veröffentlichung im Internet keine gesetzlichen Bestimmungen entgegenstehen. Ge-mäss den Erläuterungen zur VBGÖ handelt es sich bei wichtigen Dokumente insbe-sondere um Dokumente, die für ein Geschäft von grundlegender Bedeutung sind, die von grosser Aktualität sind oder die für die Öffentlichkeit von besonderer Aussage-kraft sind. Ein Anzeichen dafür, dass ein erhebliches Interesse an der Veröffentli-chung eines Dokuments besteht, können auch mehrmalige Zugangsgesuche darstel-len. Im Gesamtkontext betrachtet, kann Artikel 19 VBGÖ nicht dazu dienen, das Grundkonzept des BGÖ umzukehren und für grössere Mengen von Dokumenten das Bring-Prinzip zu verankern. Erfasst werden durch Art. 19 VBGÖ daher nur die wich-tigsten Dokumente. Diese aber fallen auch unter den allgemeinen Informationsauf-trag.

Keine Ausnahme vom „Hol-Prinzip“ (d.h. keine Verankerung des „Bring-Prinzips“) liegt in der Regelung, dass es bei veröffentlichten Dokumenten keinen Einsichtsanspruch gibt (Art. 6 Abs. 3 BGÖ und Art. 3 Abs. 2 VBGÖ). Hier sieht die Gesetzgebung vielmehr bloss vor, dass der Zugangsanspruch durch die Publikation erschöpft ist. Eine Aussage darüber, in welchen Fällen die Publikation stattzufinden hat, wird damit nicht gemacht.

Fazit: Eine Publikation von Daten nach OGD-Prinzipien kann sich nicht auf das BGÖ stüt-zen. Allenfalls können in besonders gelagerten Fällen die Artikel 18 und 19 VBGÖ gewisse Dokumente erfassen, die für OGD-Nutzende interessant sind. In diesen Fällen könnte die in diesen Bestimmungen vorgesehene Publikation grundsätzlich nach OGD-Prinzipien erfolgen. Das wird aber die Ausnahme bleiben. Zudem geht die Publikation von Daten, die sich auf das BGÖ stützen könnte nicht weiter als das, was nach dem allgemeinen Informationsauf-trag ohnehin erforderlich ist. Schliesslich sind wie beim allgemeinen Informationsauftrag

⁶ Vgl Botschaft, BBl 2003 1976; Brunner/Mader, Handkommentar BGÖ, Einleitung Rz. 41, S. 11.

Bestimmungen vorhanden, welche die Veröffentlichung verbieten.

2014 hat eine Evaluation des BGÖ stattgefunden und der Bundesrat wird im März 2015 über eine Revision desselben entscheiden. Allerdings war die Thematik OGD nicht Bestandteil der Evaluation und es ist nicht vorgesehen, im Zusammenhang mit einer möglichen Revision des BGÖ das „Hol-Prinzip“ anzupassen oder ein „Bring-Prinzip“ einzuführen.

2.4 Verhältnis zur Informationsfreiheit (Art. 16 insb. Abs. 3 BV)

Artikel 16 Absatz 3 BV schützt die Informationsfreiheit. Diese steht in einem engen Zusammenhang zur Meinungsfreiheit (Art. 16 Abs. 1 und 2 BV). Die Informationsfreiheit gibt jeder Person das Recht, Informationen frei zu empfangen, aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen und zu verbreiten.

Es gibt gestützt auf die Informationsfreiheit aber *keinen* Anspruch, von den Behörden Informationen zu erhalten, die nicht öffentlich zugänglich sind. Welche Informationen öffentlich zugänglich sind, bzw. bei welchen Informationen der Zugang verweigert werden kann, ergibt sich aus der Gesetzgebung, insbesondere aus dem BGÖ. Konkret müssen Abweichungen vom Grundsatz der Öffentlichkeit im Gesetz vorgesehen und verhältnismässig sein (vgl. z.B. BGE 133 II 209, E.2.3.3, am Ende). Zu beachten ist aber auch hier, dass das BGÖ, von unwesentlichen Ausnahmen abgesehen, ein Hol-Prinzip vorsieht, das mit der Konzeption von OGD kaum kompatibel ist (zum Ganzen oben Ziff. 2.3).

Fazit: Dementsprechend kann die Informationsfreiheit nicht als Rechtsgrundlage für die Veröffentlichung und die Freigabe von Behördendaten dienen.

3 Öffentlich-rechtliche Nutzungsbestimmungen für OGD – keine Lizenzen⁷

Bei bestehenden europäischen OGD-Portalen sind die Daten häufig mit einer Lizenz versehen. Bevor die Frage nach der optimalen Lizenz für OGD in der Schweiz beantwortet werden kann, muss jedoch geklärt werden, ob in der Schweizerischen Rechtsordnung eine Lizenz als privatrechtliches Rechtsinstitut überhaupt das richtige Mittel ist, um Daten gemäss OGD zu publizieren, oder ob die Antworten nicht vielmehr im öffentlichen Recht zu suchen sind. Die Abgrenzung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht ist oft keine einfache Sache. Es sind gleichzeitig mehrere Kriterien bzw. Argumente zu berücksichtigen. In den Worten des Bundesgerichts: „Ob eine Rechtsbeziehung dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist, beurteilt sich nicht allein danach, ob die Beteiligten als Privatrechtssubjekte konstituiert sind und als solche auftreten. Vielmehr werden in der Rechtsprechung - in Anbetracht dessen, dass der Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht je nach Regelungsbedürfnissen und den im Einzelfall in Betracht fallenden Rechtsfolgen ganz verschiedene Funktionen zukommt (BGE 109 Ib 149 Erw. ib) - mitunter verschiedene, einander nicht ausschliessende Abgrenzungskriterien herangezogen“ (vgl. BGE 128 III 253 Erw. 2a mit Hinweisen); zu nennen sind nebst der auch Subjektionstheorie genannten Subordinationstheorie, welche das Gewicht auf die Gleich- oder Unterordnung der Beteiligten bzw. die Ausübung von hoheitlichem Zwang legt, namentlich auch die Interessen- und Funktionstheorie, die danach unterscheiden, ob private oder öffentliche Interessen verfolgt bzw. öffentliche Aufgaben erfüllt werden (BGE 128 III 253

⁷ Dieses Kapitel basiert auf einer Stellungnahme des BJ vom 30. Mai 2013 zur „Anfrage betreffend Klärung von Rechtsfragen“ des BAR.

Erw. 2a mit Hinweisen; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, S. 52 ff., Rz 250 ff.).⁸

Bei der Frage, nach welchen Regeln Daten der Verwaltung verwendet werden können, wird man wohl in den meisten Fällen starke Argumente finden, die dafür sprechen, das Verhältnis zwischen dem Gemeinwesen und dem Datenverwender dem öffentlichen Recht zuzuschlagen: Das Gemeinwesen ist beteiligt, die Daten fallen bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben an, an ihrer Verfügbarkeit bestehen öffentliche Interessen usw.

Am Beispiel der Geobasisdaten lässt sich gut zeigen, dass die öffentlich-rechtliche Gesetzgebung viele Fragen, die für OGD relevant sind, relativ präzise beantwortet. Das Bundesgesetz vom 5. Oktober 2007 über Geoinformation (GeolG, SR 51 0.62) sieht in Art. 10 vor, dass Geobasisdaten des Bundesrechts (vgl. Art. 5) öffentlich zugänglich sind und von jeder Person genutzt werden können, sofern dieser Bestimmung keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen. Diese noch ziemlich offene Grundsatznorm wird in Art. 12 Abs. 1 konkretisiert, indem dort den zuständigen Behörden die Möglichkeit gegeben wird, die Nutzung der Daten von einer Einwilligung abhängig zu machen. Nach Abs. 2 hat der Bundesrat eine ganze Reihe von Fragen zu regeln, die im privaten Bereich typischerweise Gegenstand von Lizenzen, wie etwa der Creative-Commons-Lizenzen, sind. Die entsprechenden Regeln finden sich insbesondere im 8. Abschnitt der Geoinformationsverordnung vom 21. Mai 2008 (GeoIV, SR 510.620). Ohne diese Regelungen systematisch zu untersuchen, möchten wir auf drei interessante Bestimmungen hinweisen: In Art. 28 GeoIV erklärt der Bundesrat für die Nutzung zum Eigengebrauch die entsprechenden (privatrechtlichen) Bestimmungen des Urheberrechtsgesetzes vom 9. Oktober 1992 (UrG; SR 231.1) für sinngemäss anwendbar. Art. 30 enthält eine Bestimmung, die im System der Creative Commons-Lizenzen dem Element «Namensnennung»⁹ entspricht; Art. 31 entspricht dem Element «Weitergabe unter gleichen Bedingungen»¹⁰.

Für eine weitergehende Regelung in Form einer Lizenz bliebe nur schon rein sachlich kaum noch Raum: Das öffentliche Recht scheint alle Antworten zu geben. Sollte es zu einem Bereich, in dem ein Interesse an offenen Daten der Verwaltung besteht, keine entsprechende Regelung im öffentlichen Recht geben, so kann die Frage nicht mittels Lizenz gelöst werden, sondern es müssen neue öffentlich-rechtliche Regelungen geschaffen werden.

Fazit: Das Verhältnis zwischen Bund und privaten Nutzerinnen und Nutzern der Daten auf dem OGD-Portal ist dem öffentlichen Recht zuzuordnen und stützt sich somit auf öffentlich-rechtliche Grundlagen. Das öffentliche Recht regelt die Nutzungsmöglichkeiten oder deren Einschränkungen abschliessend und ist in der Regel direkt und ohne Vertragsabschluss anwendbar. Es besteht in dieser Situation kein Spielraum, um mit Vertragsbestimmungen die Nutzung zu regeln. Auf der OGD-Plattform sollen die – ohnehin geltenden – Nutzungsbedingungen einfach verständlich als „menschenslesbare“ Standardformulierungen dargestellt werden (siehe auch Lieferobjekt Standardformulierungen). Entsprechende Texte haben jedoch immer nur informierenden Charakter; die massgeblichen Regelungen ergeben sich aus der Gesetzgebung.¹¹

⁸ BGE 132 V 303, E. 4.2.2 (beachte allerdings die aktuelle, 6. Auflage von Hafelin/Müller/Uhlmann aus dem Jahr 2010, S. 54ff., Rz. 247 ff.)

⁹ Vgl. <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/ch/>

¹⁰ Vgl. <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/ch/>

¹¹ Feedback BJ zu Entwurf „Rechtliche Grundlagen“, AG OGD Sitzung vom 16. Dezember 2014.

4 Haftung¹²

Die Art. 3 ff. des Bundesgesetzes vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (VG; SR 170.32) regeln die Haftung des Bundes für die vom öffentlichen Recht geregelten amtlichen Tätigkeiten¹³. Art. 3 Abs. 1 VG statuiert die Haftung unter folgenden Voraussetzungen: Schaden, Zusammenhang mit einer amtlichen Tätigkeit, adäquate Kausalität, Beamteneigenschaft des Schädigers und Widerrechtlichkeit der schädigenden Handlung. Diese Haftung nach Art. 3 Abs. 1 VG lässt sich nicht wegbedingen¹⁴. Diese Bestimmung steht in einem problematischen Verhältnis zum bestehenden Disclaimer auf der Homepage des Bundes, der besagt: „Haftungsansprüche gegen die Bundesbehörden wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der veröffentlichten Informationen, durch Missbrauch der Verbindung oder durch technische Störungen entstanden sind werden ausgeschlossen“¹⁵. Es wäre zu prüfen, ob diese Formulierung weiterhin Bestandteil des Disclaimers des Bundes sein sollte.

Obschon das Verantwortlichkeitsgesetz am Beamtenbegriff anknüpft, behält es seine Geltung für das Bundespersonal auch nach der Aufhebung des Beamtenstatus¹⁶. Die Widerrechtlichkeit einer Handlung kann in der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts (wie Leib und Leben, Persönlichkeit, Eigentum) und im Fall einer Vermögensschädigung im Verstoss gegen eine Norm der Rechtsordnung gründen. Im Fall einer Vermögensschädigung muss die Norm, gegen welche die schädigende Handlung verstösst, gerade (auch) dem Schutz vor solchen Vermögensschädigungen dienen¹⁷. Eine solche Schutznorm könnte sich beispielsweise aus dem Datenschutzgesetz ergeben, wenn irrtümlicherweise besonders schützenswerte Personendaten veröffentlicht würden.

Die Widerrechtlichkeit entfällt, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Ein Rechtfertigungsgrund kann beispielsweise vorliegen, wenn die schädigende Handlung in rechtmässiger Ausübung amtlicher Tätigkeiten erfolgt. Dies ist der Fall, wenn eine Schädigung „zwangsläufig mit der Durchführung des Gesetzes verbunden“ ist, nicht aber, wenn die Schädigung „eine vom Gesetz nicht gewollte Nebenfolge bei der Ausübung einer an sich rechtmässigen Tätigkeit“ ist¹⁸. Die Grenzziehung zwischen der rechtmässigen Ausübung einer amtlichen Tätigkeit, welche die Haftung entfallen lässt, und der nicht gerechtfertigten Schädigung durch eine Amtshandlung erweist sich in der Praxis oft als schwierig¹⁹.

Schliesslich sei hier noch auf Internetauftritte von Bundesstellen hingewiesen, bei denen Informationen gezielt der Orientierung der Betroffenen dienen. Hier kann u.U. Vertrauen der betroffenen Privaten in die Richtigkeit der Informationen begründet werden, und dieses Vertrauen verdient auch dann Schutz, wenn sich die Informationen als falsch herausstellen. Die Publikation von Daten als OGD ist aber von solchen Internetauftritten abzugrenzen, da es gerade nicht der gezielten Information von bestimmten Privaten dient (vgl. im Übrigen die aufschlussreichen Ausführungen zur Rolle, die der Kontext der Nutzung für die Beurteilung einer allfälligen Fehlerhaftigkeit spielt: Gutachten (Kurzfassung) vom 18.5.2012 betr. Haftung der Stadt Zürich für Open Government Data, Ziff. III).

¹² Dieses Kapitel basiert auf einer Stellungnahme des BJ vom 30. Mai 2013.

¹³ Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Auflage, 2010, Rz 2243.

¹⁴ Vgl. auch Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 670a.

¹⁵ <http://www disclaimer.admin.ch/index.html> (Stand am 12. Januar 2015).

¹⁶ Vgl. Art. 6 Abs. 1 Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1); vgl. auch Botschaft des Bundesrates vom 14. Dezember 1998 zum Bundespersonalgesetz, BBl 1999 S. 1609.

¹⁷ Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 2248 ff.; Jost Gross, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Stand und Entwicklungstendenzen, 2. überarbeitete Auflage, Bern 2001, S. 175 ff.

¹⁸ Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 2250.

¹⁹ Gross, a.a.O., S. 165 f., 185 ff.

Fazit: Aus haftungsrechtlicher Sicht gibt es für die Publikation von Daten als OGD keine spezifischen Probleme gegenüber der allgemeinen haftungsrechtlichen Rechtslage, wie sie für die bereits heute üblichen Publikationen des Bundes gilt. Allenfalls könnten sich weitere Fehlerquellen eröffnen, beispielsweise indem irrtümlich bisher absichtlich nicht öffentlich zugängliche Daten neu öffentlich zugänglich gemacht werden oder in seltenen Fällen urheberrechtliche Ansprüche durch eine Publikation auf OGD verletzt würden.

5 Urheberrecht²⁰

5.1 Einleitung

Das Urheberrecht schützt Werke. Werke sind geistige Schöpfungen der Literatur und Kunst, die individuellen Charakter haben (Art. 2 Abs. 1 URG). Wer fremde, urheberrechtlich geschützte Werke verwenden will (diese z.B. auf dem Internet zugänglich machen will), braucht dafür die Erlaubnis des Urhebers bzw. des Rechteinhabers. Für die Verwendung von Inhalten (Daten, Texte, Bilder etc.) die nicht urheberrechtlich geschützt sind, braucht man aus urheberrechtlicher Sicht keine Erlaubnis. Werden Inhalte als OGD auf das Internet gestellt sind folglich zwei Aspekte von Relevanz:

Erstens ist zu prüfen, ob die als OGD vorgesehenen Inhalte urheberrechtlich geschützt sind. Wird dies bejaht, muss man zweitens abklären, ob eine Erlaubnis vorliegt, die Inhalte zu verwenden.

5.2 Urheberrechtlicher Schutz

5.2.1 Der Werkbegriff

Nur Werke sind urheberrechtlich geschützt. Ein Werk zeichnet sich durch die nachfolgenden Elemente aus:

- **Geistige Schöpfung:** Ein Werk liegt nur dann vor, wenn etwas geschaffen wurde. Mit der Umschreibung „geistige Schöpfung“ will der Gesetzgeber verdeutlichen, dass nur menschliche Schöpfungen nach Urheberrechtsgesetz geschützt sind. Computergenerierte Daten, d.h. Daten, welche ein Mensch mithilfe von Computern erstellt, können ebenfalls geistige Schöpfung sein. Der Computer dient hier lediglich als Werkzeug.²¹
- **Literatur und Kunst:** Das Gesetz beschränkt den Urheberrechtsschutz auf Werke der Literatur und Kunst, ohne dass das Gesetz diese Begriffe allerdings definiert. In Art. 2 Abs. 2 URG findet sich jedoch eine nicht abschliessende Aufzählung von Beispielen, welche den Werkbegriff veranschaulichen sollen. Danach sind z.B. Sprachwerke, Werke mit wissenschaftlichem Inhalt wie Pläne oder Karten, fotografische Werke etc. geschützt.
- **Individueller Charakter:** Um geschützt zu sein, muss eine Schöpfung individuell sein, d.h. Merkmale aufweisen, welche sie von anderen Werken in ausreichendem Masse unterscheidet und sie vom allgemein Üblichen abhebt. Individuell ist eine Schöpfung nur dann, wenn anzunehmen ist, dass diese in derselben Form bisher nicht existiert und auch

²⁰ Vgl. dazu „Urheberrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Open Government Data“, Stellungnahme IGE vom 16.06.2014; „Nachtrag zu urheberrechtlichen Aspekten im Zusammenhang mit OGD – Urheberrechte der Bundesangestellten“, Stellungnahme IGE vom 01.09.2014.

²¹ Vgl. zu einem computeranimierten Film das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 07.01.2011, Az. 310 O 1/11.

in Zukunft voraussichtlich nicht gleich geschaffen wird. Der Urheber muss nach Ansicht des Bundesgerichtes den gestalterischen Spielraum ausnützen, um persönliche Entscheidungen zu treffen, die dem Werk seine Individualität verleihen (sog. differenzierte statistische Einmaligkeit)²². Gemäss BGE 113 II 190 E. I.2.a ist sodann die erforderliche Individualität abhängig vom Gestaltungsspielraum, der dem Urheber zur Verfügung steht. Ist dieser eng, so wird der urheberrechtliche Schutz bereits bei einem geringen Grad an Individualität gewährt. Dies hat zur Folge, dass die Höhe des Schutzes ebenfalls geringer wird.

5.2.2 Werkcharakter der als OGD verwendeten Inhalte

Bei den Inhalten, die als OGD verwendet werden, ist jeweils im Einzelfall zu prüfen, ob es sich dabei um urheberrechtlich geschützte Werke handelt oder nicht. Oftmals ist es schwierig, dies zu beurteilen. Verallgemeinert kann man allerdings festhalten:

- **Daten:** Wissenschaftliche Daten sind nur selten urheberrechtlich geschützt, da ihnen in der Regel der notwendige individuelle Charakter fehlt.
- **Datenbank/-sammlung:** Datenbanken bzw. Datensammlungen können urheberrechtlich geschützt sein. Dies unter den Voraussetzungen, dass sie als geistige Schöpfung anzusehen sind und bezüglich Auswahl und Anordnung der Daten individuellen Charakter aufweisen.

In der Praxis ist es im Bereich der Datenbanken allerdings oft schwierig, urheberrechtlichen Schutz zu erhalten. Werden einzelne Daten lediglich zusammengestellt, handelt es sich meist nicht um ein Werk von individuellem Charakter. So ist bspw. ein Telefonbuch üblicherweise auf Vollständigkeit ausgerichtet und weist eine alphabetische Anordnung auf. Die Auswahl und Anordnung der Daten wird in einem solchen Fall kaum individuellen Charakter aufweisen können.

Ist eine Datensammlung ausnahmsweise urheberrechtlich geschützt, so entspricht ihr Schutzzumfang demjenigen einzelner Werke. D.h. die Datensammlung als solche ist als Werk urheberrechtlich geschützt. Der urheberrechtliche Schutz der Datensammlung erstreckt sich jedoch nicht auf die einzelnen Inhalte (Daten) der Sammlung. Sind diese Inhalte nicht selbständig urheberrechtlich geschützt, bleiben sie frei verwendbar.

An dieser Stelle ist auch zu erwähnen, dass die nach Art. 5 Abs. 2 URG amtlichen oder gesetzlich geforderten Sammlungen von Gesetzen, Verordnungen, Protokollen und Berichten von Behörden etc. keinen urheberrechtlichen Schutz erfahren.

- **Texte, Bilder und Filme:** Alle Texte, Bilder und Filme, welche auf dem OGD-Portal veröffentlicht werden, können unter den Voraussetzungen der geistigen Schöpfung sowie des individuellen Charakters urheberrechtlich geschützt sein. Zu beachten ist auch hier, dass amtliche Werke nach Art. 5 URG keinen urheberrechtlichen Schutz erfahren (so z.B. Gesetze und Verordnungen sowie nicht interne Entscheidungen, Protokolle und Berichte von Behörden etc.). Soweit Texte, Bilder und Filme von OGD in eine der Kategorien von Art. 5 URG fallen, sind sie folglich urheberrechtlich nicht geschützt.

5.3 Verwendung der Inhalte

Die als OGD publizierten Inhalte (v.a. Daten) sind als solche wohl nur selten urheberrechtlich geschützt. Die Verwendung der Inhalte ist somit aus urheberrechtlicher Sicht meistens frei.

²² Vgl. BGE 130 III 168 E. 4.2 ff sowie BGE 134 III 166 E. 2.3 ff.

Es kann aber sein, dass auch urheberrechtlich geschützte Werke auf die OGD-Plattform aufgeschaltet werden sollen. Wenn an Daten in Text- bzw. Bild-/Grafikform oder an Datensammlungen Urheberrechte bestehen, muss sich die Stelle, welche die Daten auf dem OGD-Portal aufschalten will, die entsprechenden Urheberrechte vorgängig vom Urheber abtreten lassen (bzgl. der Urheberrechte von Bundesangestellten vgl. nachfolgend Ziff. 5.4). Urheber eines Werkes ist die natürliche Person, welche das Werk geschaffen hat (Art. 6 URG). Die Übertragung von Urheberrechten richtet sich – vom Erbfall und der Zwangsvollstreckung abgesehen – nach vertraglichen Vereinbarungen. Man muss vertraglich sicherstellen, dass der Urheber alle Rechte überträgt, welche für die spätere Verwendung der Inhalte als OGD notwendig sind. Dies wird in der Regel eine sehr umfassende Abtretung der Urheberrechte bedingen, da die spätere Datenverwendung nach OGD-Prinzipien möglichst frei sein soll. Eine Erlaubnis zur Werkverwendung einzuholen ist im Übrigen auch dann sinnvoll, wenn Zweifel über den urheberrechtlichen Schutz der zu publizierenden Inhalte bestehen sollten.

5.4 Urheberrechte der Bundesangestellten

Urheber eines Werkes ist wie erwähnt die Person, welche das Werk geschaffen hat (Art. 6 URG). Dies führt dazu, dass die Urheberrechte auch im Arbeitsverhältnis zunächst dem Arbeitnehmenden, der das Werk geschaffen hat, zustehen. Urheberrechte können aber im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses vom Arbeitnehmenden auf den Arbeitgebenden übertragen werden. Vollumfänglich übertragbar sind die Nutzungsrechte. Die Übertragung von Urheberrechten richtet sich im Arbeitsverhältnis nach dem Arbeitsvertrag. Für Rechte an Computerprogrammen besteht eine spezifische urhebervertragsrechtliche Regelung (Art. 17 URG).

Gemäss Auskunft des Eidg. Personalamtes (EPA), gibt es für Bundesangestellte weder im Bundespersonalgesetz noch in der Bundespersonalverordnung eine Norm betreffend Urheberrechte. Auch das Muster für Arbeitsverträge der Bundesangestellten und das zugehörige Handbuch sehen keine urheberrechtlichen Regelungen vor. Die Departemente und Ämter sind in der Ausgestaltung ihrer Arbeitsverträge weitgehend frei. Welche Arbeitsverträge existieren, die eine Übertragung der Urheberrechte regeln, konnte das EPA nicht sagen. Hier wird jedes Departement / Amt individuell seine Arbeitsverträge prüfen müssen.

Sehen die Arbeitsverträge keine urheberrechtlichen Regeln vor, so heisst dies nicht zwingend, dass alle Urheberrechte bei den Arbeitnehmenden verbleiben. Urheberrechte können auch stillschweigend übertragen werden, da die Übertragung an keine Formvorschriften gebunden ist.

Gerade weil es für die Übertragung keine Formvorschriften gibt, kann es zu Unklarheiten darüber kommen, ob und welche Urheberrechte im Einzelnen übertragen wurden. Kann der konkrete Parteiwille nicht ermittelt werden, ist zur Bestimmung des hypothetischen Parteiwillens die sog. Zweckübertragungstheorie anzuwenden.²³ Die Zweckübertragungstheorie spielt bei der Werkschaffung im Arbeitsverhältnis insoweit eine grosse Rolle, als im schweizerischen Urheberrecht, ausser betreffend Rechte an Computerprogrammen, keine gesetzliche Rechtsübertragung zugunsten des Arbeitgebenden besteht.²⁴

Nach der Zweckübertragungstheorie muss davon ausgegangen werden, dass bei Zweifeln über die Rechtseinräumung der Urheber konkludent jene Urheberrechte überträgt, die zur Erfüllung des Vertragszweckes erforderlich sind.²⁵

²³ Vgl. Jacques de Werra in: Urheberrechtsgesetz (URG), Müller / Oertli (Hrsg.), 2. Aufl., Bern 2012, Art. 16 N 40.

²⁴ Jacques de Werra in: Urheberrechtsgesetz (URG), Müller / Oertli (Hrsg.), 2. Aufl., Bern 2012, Art. 16 N 43.

²⁵ Vgl. Jacques de Werra in: Urheberrechtsgesetz (URG), Müller / Oertli (Hrsg.), 2. Aufl., Bern 2012, Art. 16 N 40.

Wurde ein Werk vom Arbeitnehmer in Erfüllung seiner Arbeitspflicht geschaffen, so ist im Arbeitsvertrag nach dieser Auslegungsregel ein stillschweigender Übergang derjenigen Nutzungsrechte enthalten, die der Arbeitgeber für seine Zwecke benötigt.²⁶

Welche Nutzungsrechte der jeweilige Arbeitgeber benötigt, kann nicht pauschal beantwortet werden. Ob die Veröffentlichung von Daten (soweit urheberrechtlich geschützt) auf dem OGD-Portal in der Zweckerreichung des Arbeitgebers enthalten ist, kann nicht zweifelsfrei bejaht oder verneint werden und muss im Vorfeld der Veröffentlichung jeweils von den einzelnen Stellen abgeklärt werden.

Abschliessend ist allerdings nochmals darauf hinzuweisen, dass die meisten der hier interessierenden Daten nicht urheberrechtlich geschützt sind und frei veröffentlicht werden dürfen.

6 Datenschutz

La LPD vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données. En vertu de l'art. 2, al.1, cette loi régit le traitement de données concernant des personnes physiques et morales effectués par des personnes privées ou des organes fédéraux. Cette loi a fait l'objet d'une évaluation. Sur la base des résultats de cette étude, le Conseil fédéral a chargé le DFJP d'examiner quelles mesures législatives seraient susceptibles d'améliorer la LPD, et de lui faire une proposition sur la suite des travaux, ceci en tenant compte des développements législatifs au sein de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe. Le Conseil fédéral devrait rendre sa décision prochainement.

Für die Abklärungen im Bereich „Datenschutz und OGD“ wurde bei Prof. Rolf H. Weber ein Gutachten in Auftrag gegeben, welches insbesondere auf die technologische Entwicklung bei der Datenverarbeitung und die damit verbundenen De-Anonymisierungsmöglichkeiten vertieft eingeht. Für die Bearbeitung von Personendaten durch Behörden existiert der „Leitfaden Bearbeitung von Personendaten in der Bundesverwaltung“, sowie der „Leitfaden Technische und organisatorische Massnahmen des Datenschutzes“²⁷. Diese Dokumente können bei der Klärung von über das vorliegende Konzept hinausgehenden Fragen des Datenschutzes helfen.

6.1 Begriff „Personendaten“

Personendaten sind nach Art. 3 lit. a DSG alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen²⁸. Diese Definition umfasst drei Elemente:

- *Angaben*: Unter „alle Angaben“ sind jede Art der Informationen oder Aussage gemeint, und zwar jeder Art, jedes Inhalts oder jeder Form. Hinsichtlich der *Art* der Informationen sind sowohl objektive Informationen (z.B. der Beruf einer Person) als auch subjektive Informationen (z.B. die Kreditwürdigkeit einer Person) gemeint. Unerheblich ist auch der *Inhalt* der Information. Erfasst sind nicht nur Informationen über das Privatleben

²⁶ Vgl. Jacques de Werra in: Urheberrechtsgesetz (URG), Müller / Oertli (Hrsg.), 2. Aufl., Bern 2012, Art. 16 N 44.

²⁷ Bearbeitung von Personendaten in der Bundesverwaltung: <http://www.edoeb.admin.ch/daten-schutz/00628/00629/00632/index.html?lang=de>

Technische und organisatorische Massnahmen des Datenschutzes: <http://www.edoeb.admin.ch/daten-schutz/00628/00629/00636/index.html?lang=de>

²⁸ „Datenschutzrechtliche Aspekte im Zusammenhang mit Open Government Data, Stn des EDÖB vom 13.08.2014.

einer Person, sondern auch Angaben, die sich auf das Wirken einer Person in ihrem Beruf oder in einem Amt beziehen. Ebenfalls unbeachtlich ist, auf welcher Art von Datenträger (Papier, Film, elektronische, optoelektronische Datenträger, etc.) die Angaben gespeichert sind und ob diese als Zeichen (analog, digital, alphanumerisch, numerisch) als Wort, Bild, Ton oder als Kombinationen aus verschiedenen Elementen (z.B. Filmaufnahmen mit Untertiteln) auftreten.

- *Personenbezug*: Für die Qualifikation als Personendatum ist entscheidend, dass sich die Informationen einer (oder mehreren) Person(en) zuordnen lassen. Dieser Bezug liegt dann vor, wenn es sich um Angaben über diese Person (en) handelt. Ein hinreichender Personenbezug liegt offensichtlich vor, wenn sich die Informationen ihrer Natur nach auf eine Person beziehen (z.B. Äusserung einer Person). Der Bezug kann jedoch auch weniger offenkundig sein, wenn es sich um Angaben handelt, die an sich keine personenbezogenen Informationen zum Inhalt haben, aber aufgrund ihres Kontexts oder aufgrund von Zusatzinformation eine Aussage über eine oder mehrere Personen erlauben²⁹.
- *Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit*: Damit Personendaten vorliegen, muss schliesslich die Person, auf welche sich die Angaben beziehen, bestimmt oder bestimmbar sein. Die erste alternative Voraussetzung ist, dass sich die Angaben auf eine ganz bestimmte Person beziehen müssen, d.h. auf diese Person und nur auf diese³⁰. Ergibt sich die Identität einer Person aus der Information selbst, ist sie als bestimmt zu bezeichnen (z.B. bei einem Personalausweis). Zweite alternative Voraussetzung ist, dass die betreffende Person identifiziert werden kann. Bestimmbar ist eine Person insoweit, als grundsätzlich die Möglichkeit besteht, ihre Identität festzustellen. Namentlich ist eine Person bestimmbar, wenn sie zwar allein aus den anhand der Daten vermittelten Informationen nicht eindeutig identifiziert wird, aus dem Kontext der Information indes ermittelt werden kann (BBl 1988 II 444) und demnach eine Unterscheidung dieser Person von anderen Personen ermöglicht wird (z. B. wenn aus Angaben über Liegenschaften der Eigentümer ausfindig gemacht werden kann). Allerdings darf der für die Identifizierung erforderliche Aufwand nicht übermässig sein, weshalb nicht jedes verfügbare Mittel zur Identifizierung einer Person i.S.v. Artikel 3 lit. a DSG tauglich ist. Der für die Bestimmung einer Person zu betreibende Aufwand ist in diesem Sinne insb. dann nicht mehr vertretbar, „wenn nach den allgemeinen Lebenserfahrungen nicht damit gerechnet werden kann, dass ein Interessent diesen auf sich nehmen wird“ (BBl 1988 II 445). Die Frage nach der Bestimmbarkeit einer Person ist daher anhand objektiver Kriterien im konkreten Fall unter Berücksichtigung möglichst aller relevanten Kontextfaktoren zu beurteilen, wobei insb. der Stand der Technik zum Zeitpunkt der Datenverarbeitung sowie die technischen Entwicklungsmöglichkeiten während des Zeitraums der Datenbearbeitung zu berücksichtigen sind. Massgebend ist mithin weniger, ob der Bearbeitende der Daten den für eine Identifizierung erforderlichen Aufwand auf sich nehmen kann oder will, sondern vielmehr, ob damit zu rechnen ist, dass ein interessierter Dritter bereit ist, den absehbaren Aufwand einer Identifizierung auf sich zu nehmen. Der Bundesrat ging in der Botschaft 1988 durchaus zu Recht davon aus, dass beispielsweise komplizierte Analysen einer Statistik nicht zu erwarten waren. Infolge der technologischen Entwicklung und infolge der daraus resultierenden vielfältigen und gewöhnlich mit geringen Kosten verbundenen Möglichkeiten der Identitätsfeststellung

²⁹ David Rosenthal, Yvonne Jöhri, Handkommentar Datenschutzgesetz, Art. 3 Bst. a DSG, Seite 26, Ziffer 14.

³⁰ David Rosenthal, Yvonne Jöhri, Handkommentar Datenschutzgesetz, Art. 3 Bst. a DSG, Seite 29, Ziffer 19.

von Personen ist dies heute anders zu beurteilen. Folglich ist heute der Begriff der „Bestimmbarkeit“ einer Person äusserst weit zu fassen³¹.

En principe, un organe fédéral n'est en droit de traiter des données personnelles ou de les communiquer à des tiers que s'il existe une base légale (art. 17, al. 1, et 19, al. 1, LPD). Une compétence générale de traiter des données personnelles au sens de l'art. 17 LPD ne constitue pas une base légale suffisante pour communiquer des données personnelles. S'il s'agit de données sensibles ou de profils de la personnalité, une base légale au niveau d'une loi au sens formel est nécessaire (art. 17, al. 2, LPD). Dans les autres cas, une base légale au sens matériel suffit.

En vertu de l'art. 19 al. 1bis, LPD, les organes fédéraux peuvent communiquer des données personnelles dans le cadre de l'information active du public, d'office ou en vertu de la LTrans, pour autant toutefois que les données concernées soient en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques et que la communication réponde à un intérêt public prépondérant. Selon le message du Conseil fédéral relatif à la LTrans (FF 2003 1807ss, ch. 2.5.2.1), cette disposition constitue une norme de coordination prévoyant l'accès à des documents officiels contenant des données personnelles. Parallèlement, le législateur a jugé nécessaire, dans le cadre de l'obligation de procéder à une information active fondée sur les art. 180, al. 2, Cst. et 10 LOGA qui incombe aux autorités fédérales, d'autoriser ces dernières à publier des informations contenant des données personnelles dans certains cas exceptionnels. Selon le message du Conseil fédéral, une base juridique claire est par exemple nécessaire pour la publication de rapports relatifs à des enquêtes administratives contenant des données personnelles.

Artikel 19 Absatz 1bis DSG schafft die notwendige Rechtsgrundlage für diese beiden Fälle behördlicher Informationstätigkeit und ermöglicht dadurch die Koordination von Datenschutz- und Transparenzanliegen. Welche Daten auf Grund der vorliegenden Bestimmung veröffentlicht werden können, ist auf Grund einer Interessenabwägung im Einzelfall zu ermitteln. Dabei sind verschiedene Kriterien mit einzubeziehen. Die Veröffentlichung darf nicht unvereinbar sein mit dem Zweck, für den die Daten ursprünglich beschafft wurden (vgl. Art. 4 Abs. 3 DSG): Die Information durch die Behörden kann zumindest unter gewissen Voraussetzungen als vereinbar mit dem datenschutzrechtlichen Gebot der Zweckbindung gelten, da sie sich auf Verpflichtungen stützt, die formell-gesetzlich verankert sind. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, ob die Angabe der Daten freiwillig erfolgt ist oder ob dazu eine Verpflichtung bestand, um welche Art von Daten es sich handelt und welche Auswirkungen die Veröffentlichung auf die betroffene Person hat. Die Formulierung der vorliegenden Bestimmung trägt diesen Anforderungen Rechnung. Insbesondere wird auf die Zweckbindung verwiesen, indem festgehalten wird, dass die bekanntzugebenden Personendaten im Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stehen müssen.

Gemäss Artikel 19 Absatz 3bis DSG dürfen Bundesorgane Personendaten mittels automatisierter Informations- und Kommunikationsdienste jedermann zugänglich machen, wenn eine Rechtsgrundlage die Veröffentlichung dieser Daten vorsieht oder wenn sie gestützt auf Absatz 1bis Informationen der Öffentlichkeit zugänglich machen. Besteht das öffentliche Interesse an der Zugänglichmachung nicht mehr, so sind die betreffenden Daten wieder aus dem automatisierten Informations- und Kommunikationsdienst zu entfernen. Comme il ressort du message du Conseil fédéral (FF 2003 1907, ch. 2.5.2.2), cette disposition sert de base légale à la publication par les autorités fédérales de données personnelles sur Internet à des fins d'information. Dabei ist allerdings der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 4 Abs. 2 DSG) zu beachten; es sind Fälle denkbar, in denen eine Veröffentlichung von Personendaten auf Internet zu Informationszwecken unverhältnismässig sein könnte (z.B. wenn

³¹ Maurer-Lambrou-Belchta (Hrsg.), Datenschutzgesetz Öffentlichkeitsgesetz, Artikel 3 S. 92-93 Ziffer 11, 3. Auflage, Basel 2014

der Personenkreis, an den sich die Information richtet, klein und von vornherein genau bestimmbar ist). Artikel 19 Absatz 1bis, an welchen Absatz 3bis anknüpft, verlangt vorgängig eine Interessenabwägung. Zudem sind Informationen, die Personendaten enthalten, wieder zu löschen bzw. vom Netz zu nehmen, wenn durch den Zeitablauf das öffentliche Interesse an ihrer Publikation erloschen ist. Si l'organe fédéral envisage de traiter des données qui ne contiennent aucune information qui se rapporte à une personne identifiée ou identifiable (« données anonymes »), les exigences de la LPD ne sont pas applicables. La LPD vise en effet à protéger la personnalité des personnes physiques et morales et non les données comme telles.

6.2 Anonymisierte Daten

La LPD ne définit pas la notion de « données anonymes » mais prévoit une obligation de rendre les données anonymes à l'art. 21 LPD (proposition des documents aux Archives fédérales) et à l'art. 22 LPD (traitements à des fins de recherche, de planification et de statistique).

Die Anonymisierung besteht darin, dass die identifizierenden Personenmerkmale entfernt werden, d. h. es ist danach nicht mehr möglich, aus den Daten einen Bezug zu einer bestimmten Person herzustellen. L'anonymisation a donc pour but de rendre impossible le rattachement des données à une personne déterminée, y compris pour le responsable de traitement. Le processus d'anonymisation est irréversible, contrairement à la pseudonymisation qui tend au remplacement de certaines caractéristiques d'identification par un code (le pseudonyme), de façon à ce que les données ne puissent être attribuées à une personne déterminée que par ceux qui sont autorisés à réaliser l'opération inverse³².

Anonymisierte Daten stellen keine Personendaten im Sinne der Legaldefinition des Artikels 3 Buchstabe a DSGVO dar. Das Datenschutzrecht ist daher nicht anwendbar.

Die Frage, inwieweit sich Personendaten im Rahmen der heute gegebenen technisch möglichen Reidentifizierungsverfahren tatsächlich irreversibel anonymisieren lassen und somit nicht mehr als „Personendaten“ i.S. des DSGVO gelten, lässt sich allerdings nicht ohne weiteres allgemein beantworten, sondern hängt vom jeweiligen Entwicklungsstand der Technik ab. Angesichts der bereits verfügbaren technischen Möglichkeiten der Reidentifizierung verbleibt für die irreversible Anonymisierung von Personendaten nur wenig Raum. Gemäss der Lehre³³ werden sich vermeintlich irreversible Anonymisierungen, angesichts der verfügbaren technischen Reidentifikationsverfahren und des äusserst breiten Umfangs des Begriffs „Personendaten“ i.S. des DSGVO, in den meisten Fällen als reversibel erweisen. Die Artikel-29-Datenschutzgruppe weist ausdrücklich darauf hin, dass die Techniken zur Anonymisierung und Re-Individualisierung Gegenstand laufender Forschung sind, welche immer wieder demonstrieren, dass (noch) keine Technik ohne Mängel ist.³⁴

Im Kontext von sog. „Big Data Analytics“ ist indessen mit einer immer höheren Wahrscheinlichkeit zu rechnen, dass es zu einer Re-Individualisierung von anonymen Daten kommt. Damit diese Wahrscheinlichkeit so tief wie möglich gehalten werden kann, ist entscheidend, die im konkreten Fall passende Anonymisierungstechnik einzusetzen. Im Zusammenhang mit

³² Philippe Meier, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé S. 206 Ziffer 446

³³ Maurer-Lambrou-Belchta (Hrsg.), Datenschutzgesetz Öffentlichkeitsgesetz, Artikel 3 S. 93 Ziffer 12, 3. Auflage, Basel 2014

³⁴ WEBER, Gutachten OGD, S. 7.

der Anonymisierung sind namentlich drei Risiken von zentraler Bedeutung, die von der bearbeitenden Behörde im Auge zu behalten sind:

- *Herausgreifen von Datensätzen:* Das Risiko des Herausgreifens besteht darin, dass in einem Datenbestand bestimmte Datensätze isoliert werden, womit die Identifizierung einer Person potentiell möglich wird.
- *Inferenz:* Dieses Risiko bezieht sich auf die Möglichkeit, den Wert eines Merkmals mit einer Wahrscheinlichkeitsanalyse von den Werten einer Reihe mit anderen Merkmalen abzuleiten.
- *Verknüpfbarkeit:* Dieses Risiko berücksichtigt die Verknüpfung mindestens zweier Datensätze (in derselben Datenbank oder in zwei verschiedenen Datenbanken), welche dieselbe Person oder Personengruppe betreffen. Ist ein Interessent fähig - z.B. durch eine Korrelationsanalyse - festzustellen, dass zwei Datensätze dieselbe Personengruppe betreffen, ohne aber einzelne Personen in dieser Gruppe herauszugreifen, bietet die entsprechende Technik keinen Schutz vor der Verknüpfbarkeit.³⁵

Dans le cadre de la politique de « open data government », l'Etat doit tenir compte de l'évolution prévisible de la technologie: Was heute als „anonym“ gilt, kann morgen eventuell aufgrund des rapiden technologischen Fortschritts und zusätzlicher Datenquellen ohne grossen Aufwand einer bestimmten Person zugeordnet werden und so möglicherweise eine grobe Persönlichkeitsverletzung darstellen. Daher ist es notwendig, dass Datenschutzfragen schon bei der Entwicklung neuer Technologien geprüft werden. Der Datenschutz muss von vornherein in die Gesamtkonzeption einbezogen werden („Privacy by Design“) anstatt Datenschutzprobleme im Nachhinein mühsam und mit viel Kosten und Zeitaufwand zu beheben³⁶.

6.3 Recoupement de données anonymisées avec d'autres données personnelles

Die Schwierigkeit bei Big Data mit „anonymisierten“ Daten besteht darin, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass bei der Zusammenführung von mehreren Datenbeständen eine De-Anonymisierung erfolgt. Die Anonymisierung einzelner eindeutiger Identifikatoren reicht in vielen Fällen nicht aus, um Re-Identifizierungen auszuschliessen. Auch mit sogenannten Quasi-Identifikatoren (Kombinationen von Attributen wie Geburtsdatum, Geschlecht und Postleitzahl) muss vorsichtig umgegangen werden. So ermittelten US-Wissenschaftler, dass sich vier Fünftel der amerikanischen Bevölkerung allein anhand dieser drei Merkmale nachträglich identifizieren lassen. Deutlich schwieriger gestaltet sich eine nachträgliche Zuordnung hingegen, wenn Quasi-Identifikatoren in generalisierter Form verarbeitet werden, wenn also statt der genauen Angabe des Lebensalters (z. B. 44 Jahre) der Bereich „40-49 Jahre“ gewählt wird. Werden mehrere Datenfelder generalisiert, spricht man von einer sogenannten „k-Anonymität“. Je höher der Zahlenwert „k“, desto mehr Datenwillinge existieren, die dieselbe Kombination von Datenwerten aufweisen - die Anonymisierung wird somit stärker. Wird eine zu schwache Anonymisierung der Personendaten gewählt, hat dies zur Folge, dass die datenschutzrechtlichen Anforderungen an die Datenbearbeitung bestehen bleiben und der ursprüngliche Dateninhaber zur Rechenschaft gezogen werden kann.

Les exemples suivants illustrent cette problématique :

³⁵ WEBER, Gutachten OGD, S. 9.

³⁶ <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00683/01169/index.html?lang=de>

- Werden in den Gemeinden statistische Daten erhoben, die z.B. auch die Nationalität erfassen, lässt sich z.B. im Falle nur eines Einwohners aus Finnland in einer kleinen Gemeinde die entsprechende Person ohne grössere Schwierigkeiten eruieren und die übrigen Daten, welche diesem Finnen in der Statistik zugeordnet sind, erhalten den Charakter von Personendaten. Ähnliche Auswirkungen können sich etwa auch bei Gesundheitsdaten oder Fahrzeugdaten ergeben.
- Beziehen sich anonymisierte Daten z.B. auf Liegenschaften der amtlichen Vermessung, ist es möglich, den Grundeigentümer über den öffentlichen Grundbucheintrag zu ermitteln. Als Beispiel lässt sich der Geoviewer von Basel-Stadt nennen, mit dem sämtliche Parzellennummern des Kantonsgebiets eruiert werden können; sodann ist es möglich, Auskunft zu erhalten, wer als Eigentümer eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist; um das Auskunftssystem vor automatisierten Listenabfragen zu schützen, ist die Anzahl möglicher Anfragen indessen auf 5 pro Tag und IP-Adresse beschränkt. Sind Aussagen parzellengenau, enthalten sie potenziell Personendaten; zumindest ist dies der Fall, wenn natürliche Personen oder private juristische Personen Eigentümer sind.

6.4 Datenschutzrechtliche Schutzvorkehrungen

Neben der Einhaltung der materiellen Datenschutzprinzipien sind gemäss in Art. 7 DSG (konkretisiert durch Art. 8-12 und Art. 20-23 VD³⁷) technische und organisatorische Massnahmen zu treffen: Die Vornahme von Datenbearbeitungen ist nur rechtmässig, wenn die Grundsätze der datenschutzrechtlichen Datensicherheit eingehalten sind. Die gesetzlichen Vorgaben sind relativ offen, doch hat der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) zu den in Art. 7 DSG erwähnten technischen und organisatorischen Massnahmen einen Leitfaden publiziert.³⁸ Abgesehen von den datenschutzrechtlichen Vorhaben sind auch die spezialgesetzlichen Regeln zu beachten, die allenfalls dem DSG vorgehen.

Eine genauere Umschreibung des Begriffs der Datensicherheit unter Berücksichtigung des gegenwärtigen Standes der Technik lässt sich im DSG bzw. in der VD³⁷ selbst nicht finden. Im Vordergrund steht aber zweifellos die Verhinderung von Risiken zu Lasten derjenigen Personen, deren Personendaten bearbeitet werden. Die angemessenen technischen und organisatorischen Massnahmen müssen geeignet und verhältnismässig sein. Die Gewährleistung eines angemessenen Datenschutzes beinhaltet überdies, für die Vertraulichkeit, die Verfügbarkeit und die Integrität der Daten zu sorgen (Art. 8 Abs. 1 VD³⁷); offensichtliche (z.B. seltene) Merkmale sollten nicht im OGD-Datenbestand enthalten sein. Zudem haben die staatlichen Stellen die in Art. 9 VD³⁷ aufgelisteten Kontrollziele einzuhalten.

Die erwähnten Datensicherheitsmassnahmen gelten für alle Datenbearbeitungen durch staatliche Stellen. Der Kontext von OGD führt nicht zu einer grundsätzlich veränderten Betrachtungsweise; vielmehr steht die Frage im Vordergrund, inwieweit der Zugang zu rechtmässig gesammelten und bearbeiteten Daten geschaffen werden darf. Die Bedeutung der Datensicherheitsmassnahmen liegt also in der Vermeidung des Risikos, dass der Zugriff auf OGD auch die Möglichkeit eröffnet, an grundsätzlich nicht zugängliche Daten zu gelangen, weil das Sicherheitsdispositiv der staatlichen Stelle nicht ausreichend dicht ist. Diesem Aspekt ist von den staatlichen Stellen in sicherheitstechnischer Hinsicht genaue Beachtung zu

³⁷ Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VD³⁷) vom 14. Juni 1993 (SR 235.11).

³⁸ <<http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00628/00629/00636/index.html?lang=de>>.

schenken. Weitere rechtliche Besonderheiten liegen aber nicht vor.³⁹

6.5 Fazit der datenschutzrechtlichen Abklärungen

Es ist nicht Ziel von OGD, Personendaten zu publizieren. Die Realität zeigt aber, dass in einigen Fällen anonymisierte Daten mit geeigneten technischen Massnahmen oder Verknüpfungen relativ schnell zu Personendaten werden können. Die publizierende Behörde muss ihre Datensätze vor der Publikation entsprechend analysieren und laufend überprüfen, ob entsprechend dem technologischen Fortschritt ein Personenbezug ihrer publizierten Daten herstellbar ist. Das bedingt auch, dass die technischen und organisatorischen Massnahmen adäquat angepasst werden müssen.

Werden Personendaten publiziert, bzw. kann nicht ausgeschlossen werden, dass anonymisierte Daten durch Re-Individualisierung zu Personendaten werden. Deshalb ist das Datenschutzrecht, insbesondere die Regelungen über die Bearbeitung von Personendaten durch Bundesorgane, zu beachten (Artikel 16 ff DSG).

³⁹ WEBER, Gutachten OGD S. 15.