

Organisationsform und Zuständigkeiten der
Datenschutzbehörden: Vergleichende Untersuchung
unter besonderer Berücksichtigung der
Herausforderungen in der Schweiz

Bericht zuhanden des Bundesamts für Justiz

Luzern, den 15. November 2013

Dr. Stefan Rieder (Projektleitung)
rieder@interface-politikstudien.ch

Christof Schwenkel
schwenkel@interface-politikstudien.ch

Daniel Kettiger
info@kettiger.ch

Stefanie Knubel
knubel@interface-politikstudien.ch

INHALTSVERZEICHNIS

I	EINLEITUNG	3
1.1	Fragestellungen	3
1.2	Methode	5
2	BESCHREIBUNG DES EDÖB	8
2.1	Organisation und Aufgaben	8
2.2	Herausforderungen	10
3	FALLSTUDIEN SCHWEIZ	15
3.1	WEKO (Wettbewerbsbehörden)	15
3.2	FINMA	23
3.3	Kanton Freiburg	33
4	FALLSTUDIEN AUSLAND	42
4.1	Spanien (AEPD)	42
4.2	Niederlande (CBP)	51
4.3	Schweden (Datainspektionen)	62
5	SYNTHESE	71
5.1	Elemente Organisation	74
5.2	Elemente Kompetenzen	77
5.3	Elemente Prozesse	78
6	RESULTATE DES WORKSHOPS	81
6.1	Allgemeine Bemerkungen zu den Fallstudien	81
6.2	Organisation	82
6.3	Kompetenzen	83
6.4	Prozesse	84
	IMPRESSUM	87

I EINLEITUNG

Das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) wurde vor kurzem einer umfassenden Evaluation unterzogen.¹ Ein Schwerpunkt der Evaluation bildete die Analyse der Tätigkeit des Eidgenössischen Daten- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB). Dabei wurden insbesondere dessen Organisation, institutionelle Stellung, Unabhängigkeit und Wirksamkeit untersucht.

Der Bericht des Bundesrates über die Evaluation des DSG² fasst zusammen, dass der EDÖB seinen gesetzlichen Auftrag erfüllt und im Rahmen seiner Möglichkeiten eine hohe Wirksamkeit erzielt. Der beschränkte „Rahmen der Möglichkeiten“ wird unter anderem darin gesehen, dass die Kompetenzen des EDÖB im internationalen Vergleich als wenig stark beurteilt werden. Weiter zeigt der Bericht eine Reihe von Entwicklungen und Herausforderungen auf, welche die Arbeit und die Wirkungen des EDÖB beeinflussen.

Die Ergebnisse der Evaluation sowie die Bedeutung zukünftiger Herausforderungen und Entwicklungen haben das Bundesamt für Justiz (BJ) dazu veranlasst, eine vergleichende Untersuchung zur Organisationsform und zu den Zuständigkeiten der Datenschutzbehörden durchführen zu lassen. Mit der Durchführung wurden *Interface Politikstudien Forschung Beratung* gemeinsam mit *Daniel Kettiger* als Experte im Bereich Datenschutz beauftragt. Zur Unterstützung des Projektes wurde vom Auftraggeber eine Begleitgruppe eingesetzt.³

Das Ziel der Untersuchung ist es, aufzuzeigen, wie ausgewählte alternative Institutionen (in der Schweiz und im Ausland) funktionieren, welche Wirkungen sie erzielen und welche Elemente anderer Modelle (hauptsächlich auf Ebene der Organisation) dazu beitragen könnten, die Wirkungen des EDÖB zu verstärken. Weiter soll die Untersuchung Hinweise darauf liefern, wo und inwiefern sich mögliche andere Organisationsformen besonders für eine Reaktion auf die Herausforderungen und Entwicklungen im Umfeld des EDÖB eignen.

1.1 FRAGESTELLUNGEN

Gegenstände der Untersuchung stellen Organisationsmodelle im Ausland und auf kantonaler Ebene in der Schweiz im Bereich Datenschutz sowie mit dem EDÖB vergleichbare Organisationen auf Ebene des Bundes dar. Anhand dieser Untersuchungsgegenstände sind die folgenden übergeordneten Fragestellungen zu beantworten:

- Wie funktionieren die ausgewählten Organisationsmodelle?

¹ Büro Vatter; Institut für Europarecht der Universität Freiburg (2011): Evaluation des Bundesgesetzes über den Datenschutz. Schlussbericht vom 10. März 2011.

² Bericht des Bundesrates über die Evaluation des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 9. Dezember 2011.

³ Mitglieder der Begleitgruppe sind neben den Vertretenden des BJ: Prof. Dr. Bertil Cottier und Prof. Dr. Marc Langheinrich (beide Università della Svizzera italiana) sowie Jean-Philippe Walter (EDÖB).

- Welche Wirkungen entfalten die ausgewählten Organisationsmodelle?
- Inwiefern sind die Wirkungen auf die Organisation zurückzuführen?
- Inwiefern eignen sich Elemente von ausgewählten Organisationsmodellen für ihre Übertragung auf den EDÖB?

Detailfragen für die Untersuchung wurden aus der Ausschreibung abgeleitet und werden in der folgenden Tabelle aufgezeigt.

D 1.1: Detaillierte Fragen

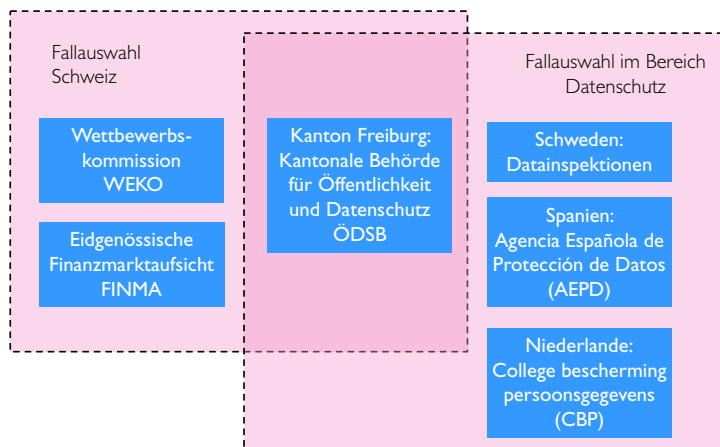
I. Entstehung
- Wie und wann ist die Organisation entstanden?
- Wurde die Organisationsform weiterentwickelt?
- Gibt es Entwicklungen, die auf eine Veränderung der Organisationsform abzielen? Wenn ja, aus welchem Grund?
II. Struktur
Organisation
- Welches ist die Organisationsform (z.B. Behörde, Kommission, verwaltungsexterne Stelle, Gericht oder gerichtsähnliche Organisation, Gremium des Parlaments)?
- Was für Vorkehrungen bestehen, um die Unabhängigkeit der Organisation zu sichern und Interessenkonflikte zu vermeiden?
Einbettung in die Verwaltung
- Welche Stellung nimmt die Organisation in der Verwaltung ein?
- Welche Durchsetzungsrechte und/oder Sanktionsmöglichkeiten hat die Organisation? Sind die Durchsetzungsrechte und/oder Sanktionsmöglichkeiten eher stark oder eher weniger stark ausgestaltet?
- Wird die Organisation durch Behörden auf subnationaler Ebene ergänzt?
- Sind die Behörde und ihre Mitglieder und Mitarbeitenden unabhängig von Weisungen und Interessenbindungen?
- Welchen Einfluss kann die Organisation auf den Gesetzgebungsprozess nehmen?
- Hat die Organisation selbst gesetzgeberische Befugnisse?
- Wie funktioniert die Zusammenarbeit mit anderen Organisationen (auf subnationaler Ebene)? Ist es möglich, Synergien im Vollzug (z.B. bei Kontrollen) zu nutzen?
Personal
- Wie werden die Behördenmitglieder gewählt?
- Wie werden die Mitarbeitenden der Organisation ausgewählt?
- Wie viele Mitarbeitende arbeiten in der Organisation (nach Stellenprozent/nach Personen)?
- Welchen fachlichen/persönlichen/parteilichen Hintergrund haben die Behördenmitglieder und Mitarbeitenden?
- Wie lange ist die Amtsdauer? Ist Wiederwahl möglich? Wie oft?
- Wie ist das Arbeitsverhältnis ausgestaltet?
- Wie wird die Arbeitsteilung in der Organisation vorgenommen?
- Was sind Gründe für Voll- und Teilzeitbeschäftigungen?
- Sind Nebenbeschäftigungen zulässig? Gibt es Einschränkungen?

Ressourcen
- Wer hat die Budgethoheit für die Organisation?
- Wie hoch ist das Budget der Organisation? Ist das Budget adäquat für die Erfüllung der Aufgaben?
- Wie wird die Organisation finanziert?
III. Outputs
- Wo liegen inhaltliche Schwerpunkte der Tätigkeit?
- Wie gestaltet sich die Kommunikation der Organisation nach aussen?
- Was macht die Organisation, um schnell/angemessen auf neue technologische Entwicklungen zu reagieren?
- Reagiert die Organisation eher reaktiv oder präventiv?
- Wie verbindlich sind die Aussagen, Weisungen der Organisation?
IV. Informationen zu Wirkungen
- Wie werden die Wirkungen der Organisation beurteilt?
- Wie kann sich die Organisation in der Praxis durchsetzen?
- Wie zugänglich ist die Organisation für die Betroffenen?
- Wie beurteilen die Mitarbeitenden die Organisation? Werden andere Organisationsformen bevorzugt?
- Wird die Organisation von den wichtigsten Anspruchsgemeinschaften als neutral beurteilt?
- Wie präsentieren sich Ansehen und Akzeptanz der Organisation bei den wichtigsten Anspruchsgemeinschaften?
- Besteht ein Konflikt zwischen Aufsichts- und Beratungsfunktionen?
- Wie reagieren die Organisationen auf die Entwicklungen und Herausforderungen im Bereich des Datenschutzes?

I.2 METHODE

Die Untersuchung basiert auf einem Fallstudienansatz. Zur Auswahl der Fälle wurde ein Vergleichsraster erarbeitet, bei welchem insgesamt sechs nationale und acht internationale Modelle anhand von vorher definierten Kriterien beschrieben worden sind. Es wurde dabei Wert darauf gelegt, bei den Fällen im Bereich des Datenschutzes möglichst eine breite Varianz verschiedener Organisationsformen auszuwählen. Für die Modelle in anderen Bereichen in der Schweiz wurde insbesondere darauf geachtet, dass die Zielgruppe der Beaufsichtigten mit der des EDÖB vergleichbar ist. Schliesslich wurden gemeinsam mit dem Auftraggeber und der Begleitgruppe die folgenden drei inländischen und drei ausländischen Fälle ausgewählt.

D 1.2: Fallauswahl



Quelle: eigene Darstellung.

Die Fallstudien wurden auf Grundlage von Dokumentenanalysen sowie von persönlichen und telefonischen Interviews mit Mitgliedern der entsprechenden Behörden erstellt. Eine wichtige Grundlage für die Erarbeitung der drei ausländischen Fallstudien stellte das Gutachten über Organisationsformen und Zuständigkeiten von Datenschutzbehörden dar, welches durch das Schweizerische Institut für Rechtsvergleich (SIR) erarbeitet worden ist.⁴ Die folgende Tabelle zeigt eine Übersicht der für die Fallstudien interviewten Personen.

D 1.3: InterviewpartnerInnen Fallstudien

Name	Vorname	Institution	Funktion
Zirlick	Beat	Sekretariat WEKO	Leiter Kompetenzzentrum Recht
Tanner	Kathrin	FINMA	Leiterin Gruppe Recht und Compliance, Geschäftsbereich strategische Grundlagen
Kohler	Barbara	FINMA	Abteilung Geldwäscherei und Finanzkriminalität, Geschäftsbereich Märkte
Reichmuth Pfammatter	Alice	Kanton Freiburg	Datenschutzbeauftragte
Zunzer Raemy	Anette	Kanton Freiburg	Beauftragte für Öffentlichkeit und Transparenz
Aced Félez	Emilio	AEPD, Spanien	Mitarbeiter der Unterstützungseinheit des Direktors
Frencken	Paul	CBP, Niederlande	Direktor des Sekretariats
Nas	Sjoera	CBP, Niederlande	Internet and telecom expert, Abteilung Aufsicht privater Sektor
Wallin	Elisabeth	Datainspektionen, Schweden	International Legal Adviser

Informationen aus dem Gespräch mit Frau Kohler (FINMA) wurden primär für eine parallel verlaufende Studie im Auftrag des BJ genutzt („Durchsetzung Lohngleichheit“).

⁴ Schweizerisches Institut für Rechtsvergleich (SIR) (2013): Gutachten über Organisationsform und Zuständigkeiten der Datenschutzbehörden in ausgewählten Staaten. Finale Version vom 25. Juli 2013. Lausanne.

Die Struktur des Berichtes sieht zunächst eine kurze Beschreibung der Organisation des EDÖB sowie der zentralen Herausforderungen und Entwicklungen vor. Danach werden die sechs Fallstudien präsentiert, wobei jede Fallstudie in die Unterkapitel „Entstehung und Aufgaben“, „Struktur“, „Prozesse“, „Outputs“ und „Wirkungen“ gegliedert wird. Bei den ausländischen Fallstudien werden zudem Herausforderungen im Bereich des Datenschutzes aufgezeigt. Jede Fallstudie schliesst mit einem Abschnitt „hervorzuhebende Merkmale“. Darin werden die Aspekte der Fallstudien aufgezeigt, die der Verstärkung von Wirkungen des EDÖB dienen könnten. Ein letztes Kapitel (Synthese) widmet sich diesen Aspekten und diskutiert Anregungen zur Verstärkung der Wirkungen des EDÖB.

In diesem Kapitel werden die Organisation und die Aufgaben der Datenschutzbehörde der Schweiz beschrieben, um eine Vergleichsbasis für die Fallstudien zu schaffen. Zudem wird auf die Herausforderungen des EDÖB eingegangen und erläutert, für welche Bereiche die Fallstudien allenfalls Möglichkeiten zur Verbesserung der Organisation des EDÖB aufzeigen könnten.

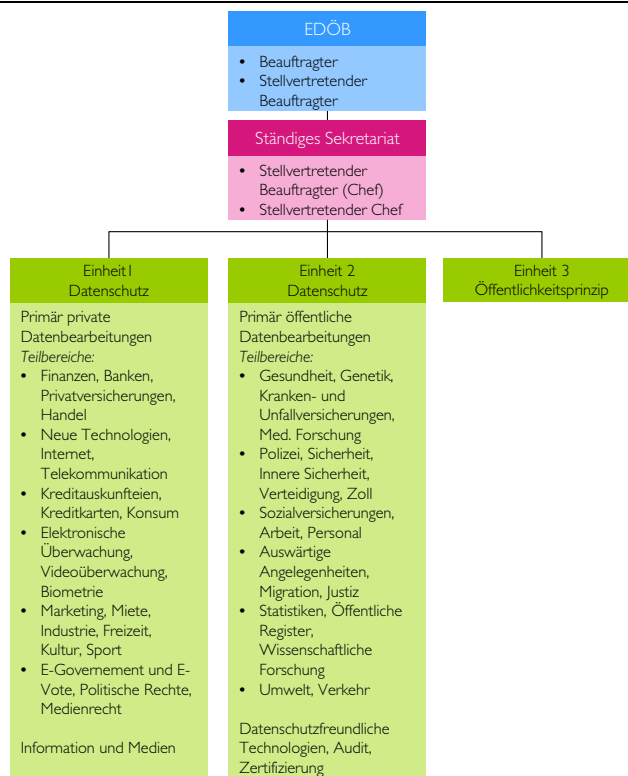
2.1 ORGANISATION UND AUFGABEN ---

Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) ist die Datenschutzbehörde der Schweizerischen Eidgenossenschaft und wird vom Bundesrat für eine Dauer von vier Jahren gewählt. Diese Wahl muss vom Parlament genehmigt werden (seit 2010). Seit 2001 ist Hanspeter Thür Eidgenössischer Datenschutzbeauftragter (seit Mitte 2006 auch Öffentlichkeitsbeauftragter). Er übt seine Tätigkeit in einem 60-Prozent-Pensum aus und arbeitet daneben als Anwalt. Administrativ ist der EDÖB der Bundeskanzlei angegliedert, jedoch nicht an Weisungen gebunden. Der EDÖB führt ein ständiges Sekretariat, dessen Mitarbeitende er selber bestimmen kann und dem sein Stellvertreter vorsteht. Aktuell beschäftigt der EDÖB zirka 30 Mitarbeitende auf 24.5 Vollzeitstellen. Das Budget des EDÖB betrug 2012 5,27 Millionen Franken.⁵

Die folgende Darstellung zeigt den Aufbau und die Verantwortlichkeiten des EDÖB und des Sekretariats.

⁵ Staatsrechnung 2012, Band 2A, Verwaltungseinheiten Zahlen. S. 15.

D 2.1: Organigramm des EDÖB



Quelle: eigene Darstellung auf der Grundlage von <<http://www.edoeb.admin.ch>> → Der ÖDEB → Organisation.

Die Schweizerische Datenschutzbehörde ist hierarchisch organisiert. Der Datenschutzbeauftragte und sein Stellvertreter bilden den Kopf der Organisation. Die operativen Tätigkeiten werden von den drei Einheiten des ständigen Sekretariats ausgeführt, welche nach Aufgabenbereichen gegliedert sind.

Der EDÖB nimmt Aufgaben in den Bereichen Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip wahr. Im Bereich Datenschutz ist er insbesondere verantwortlich für:

- die Aufsicht über Bundesorgane und Privatpersonen,
- die Beratung von privaten Personen,
- die Unterstützung und Beratung von Bundesorganen und Kantonen,
- die Zusammenarbeit mit in- und ausländischen Datenschutzbehörden,
- die Information der Öffentlichkeit
- sowie die Führung und Veröffentlichung des Registers der Datensammlungen.

Ausserdem übernimmt der EDÖB Aufgaben zur Erfüllung des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (BGÖ), welche in Artikel 18 lit. a-c BGÖ festgelegt sind. In diesem Rahmen informiert und berät der EDÖB Private, die Zugang zu amtlichen Dokumenten verlangen, und die Bundesämter und Departemente bei der Umsetzung des BGÖ. Er leitet Schlichtungsverfahren bei Unstimmigkeiten, kann Emp-

fehlungen zuhanden der Beteiligten abgeben und nimmt zu Rechtsvorhaben des Bundes, welche das Öffentlichkeitsprinzip betreffen, Stellung.

Der EDÖB ist zuständig für Datenverarbeitungen durch Bundesorgane und Private. Datenbearbeitungen durch öffentliche Institutionen auf kantonaler und kommunaler Ebene werden von den kantonalen und kommunalen Datenschutzbeauftragten beaufsichtigt.

In den beiden Aufgabenbereichen Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip sind der EDÖB und sein Sekretariat sowohl Aufsichts- als auch Beratungsorgan. Diese Doppelrolle kann mitunter zu Interessenkonflikten führen.⁶ In Abschnitt 2.2 werden dieser Aspekt sowie weitere mögliche Schwierigkeiten der Organisation und Arbeit des EDÖB beschrieben.

Zur Erfüllung seiner Aufsichtsaufgaben kann der EDÖB von sich aus oder auf Meldung Dritter einen Sachverhalt abklären und dazu Akten verlangen, Auskünfte einholen und sich Datenbearbeitungen vorführen lassen. Falls das Datenschutzgesetz verletzt wurde, gibt der EDÖB eine Empfehlung zur Behebung des Mangels ab. Wird eine Empfehlung von privaten Datenbearbeitern nicht befolgt, kann der EDÖB einen Entscheid beim Bundesverwaltungsgericht fordern. Handelt es sich um Bundesorgane, die eine Empfehlung nicht befolgen, kann der EDÖB die Angelegenheit dem zuständigen Departement oder der Bundeskanzlei zum Entscheid vorlegen.

Die Aktivitäten des EDÖB werden stark von den Fragen, Hinweisen und Beschwerden von Privatpersonen, Datenbearbeitern oder Medien bestimmt, die an ihn herangetragen werden. Er versucht dennoch, seine Tätigkeiten frühzeitig zu planen, indem aus sich abzeichnenden Themen aus den Medien oder der Politik jedes Jahr Schwerpunktthemen abgeleitet werden. Solche vorhersehbaren strategischen Schwerpunkte waren etwa die Einführung des biometrischen Passes oder die Fussball-Europameisterschaft in der Schweiz.⁷

2.2 HERAUSFORDERUNGEN

Der Bericht des Bundesrates über die Evaluation des Datenschutzgesetzes identifiziert eine Reihe von Herausforderungen, welche die Arbeit des EDÖB beeinflussen und einschränken. Diese werden als Grundlage für die Vergleichsfälle hier kurz beschrieben.⁸

Organisatorische Herausforderungen des EDÖB

Ressourcenverfügbarkeit: Die Evaluation des DSG kommt zum Schluss, dass der EDÖB mit ungenügenden Ressourcen ausgestattet ist. Einzelne Geschäfte absorbieren zum Teil die Ressourcen eines Fachbereichs fast vollständig, was dazu führt, dass andere

⁶ Weber, Rolf H. (2010): Datenschutz versus Öffentlichkeitsprinzip. Erläuterungen zu den Spannungsfeldern am Beispiel des Zürcher Informations- und Datenschutzgesetzes. Zürich: Schulthess.

⁷ Büro Vatter; Institut für Europarecht der Universität Freiburg (2011): Evaluation des Bundesgesetzes über den Datenschutz. Schlussbericht vom 10. März 2011.

⁸ Bericht des Bundesrates über die Evaluation des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 9. Dezember 2011.

Geschäfte aufgeschoben werden müssen. Dies wird vor allem dann zum Problem, wenn der EDÖB in Verfahren aufgrund des Ressourcenmangels nicht fristgerecht reagieren kann. Das Bundesverwaltungsgericht gab in diesem Zusammenhang in drei Urteilen einer Beschwerde wegen Rechtsverzögerung des EDÖB bei der Behandlung von Anfragen von Bürgern im Bereich des Öffentlichkeitsgesetzes Recht. Durch die neu zu erfüllenden Aufgaben im Bereich des Öffentlichkeitsgesetzes stehen zudem weniger Ressourcen für die Aufgabenerfüllung im Datenschutz zur Verfügung.⁹ Weiter seien die Ressourcen nicht ausreichend, um stichprobenartige Kontrollen durchführen zu können.

Beschränkte Kompetenzausstattung des EDÖB: Der EDÖB kann Empfehlungen zur Änderung oder Unterlassung von Datenbearbeitungen abgeben, diese sind jedoch keine rechtsverbindlichen Verfügungen. Der EDÖB kann jedoch, wenn seine Empfehlungen nicht eingehalten werden, Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht einreichen. Die Empfehlung ist die einzige Sanktionsmöglichkeit des EDÖB, im internationalen Vergleich ist er also mit relativ schwachen Kompetenzen ausgestattet. Der EDÖB selber findet diese Situation problematisch und fordert direktere Massnahmen für bestimmte Situationen, welche die direkte Unterbindung von Datenbearbeitungen möglich machen.¹⁰

Schweizer und Glutz von Bolzheim weisen darauf hin, dass die Empfehlungen des EDÖB zwar keine rechtsverbindlichen Verfügungen sind, jedoch indirekte Wirkungen durch die Autorität des EDÖB und die Möglichkeit straf- und haftpflichtrechtlicher Konsequenzen entfalten.¹¹

Doppelrolle als Aufsichtsorgan und Berater: Der EDÖB nimmt bei der Erfüllung seiner Aufgaben eine Doppelrolle ein, da er für die beaufsichtigten Institutionen auch beratend tätig ist. Dies kann zu Konflikten führen, etwa wenn durch eine beratende Tätigkeit eine Untersuchung ausgelöst wird. Beratung und Kontrolle können sich im gleichen Fall ablösen oder ergänzen. Der EDÖB betont, dass zur Erfüllung dieser Doppelrolle Transparenz und offene Kommunikation gegenüber den Beratenen wichtig sei. Er räumt jedoch auch ein, dass die Doppelrolle dazu führt, dass Bearbeitende zurückhaltend damit sind, den EDÖB für Beratungen zu konsultieren, um ihn nicht auf eventuelle Probleme aufmerksam zu machen.¹²

Spannungsfeld Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip: Öffentlichkeitsprinzip und Datenschutzgesetz bilden insofern ein Spannungsfeld, als dass die Offenlegung von Informationen im Rahmen des Öffentlichkeitsprinzips die Datenschutzrechte von be-

⁹ Büro Vatter; Institut für Europarecht der Universität Freiburg (2011): Evaluation des Bundesgesetzes über den Datenschutz. Schlussbericht vom 10. März 2011, S. 154, S. 198.

¹⁰ Büro Vatter; Institut für Europarecht der Universität Freiburg (2011): Evaluation des Bundesgesetzes über den Datenschutz. Schlussbericht vom 10. März 2011, S. 181.

¹¹ Schweizer, Rainer J.; Glutz von Blotzheim, Alexander M. (2011): Wie die Empfehlungen des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten gegenüber privaten Datenbearbeitern umgesetzt werden, in: Jusletter 21. Februar 2011, S. 2.

¹² Büro Vatter; Institut für Europarecht der Universität Freiburg (2011): Evaluation des Bundesgesetzes über den Datenschutz. Schlussbericht vom 10. März 2011, S. 191–192.

troffenen Personen beeinträchtigen kann.¹³ Die Evaluation des DSG kommt zum Schluss, dass die Doppelrolle des EDÖB als Verantwortlicher für Datenschutz- und für Öffentlichkeitsgesetz die Wahrnehmung der datenschützerischen Pflichten prinzipiell nicht beeinträchtigt.¹⁴ Die Evaluation des BGÖ von 2009 stellt fest, dass der EDÖB aufgrund der starken Beanspruchung seiner Ressourcen durch das DSG seine Pflichten im Bereich des BGÖ nur beschränkt wahrnehmen kann.¹⁵ Inwiefern das DSG abgesehen von den Ressourcen Auswirkungen auf die Erfüllung der Aufgaben im Bereich des BGÖ hat, wurde nicht untersucht.¹⁶ Da die gleichzeitige Wahrnehmung von Aufgaben zu Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip in den Fallstudien (namentlich im Kanton Freiburg) ein zentrales Element darstellt, wird dieser Aspekt in die vorliegende Untersuchung mit einbezogen.

Entwicklungen im Umfeld des EDÖB¹⁷

Zunahme der Zahl und neue Arten von Datenbearbeitungen: Seit dem Inkrafttreten des Datenschutzgesetzes 1993 haben die technologischen Entwicklungen dazu geführt, dass die Zahl und Art der produzierten Daten sowie die Möglichkeiten, wie die erhobenen Daten ausgewertet und gespeichert werden können, stark zugenommen haben. Dies kann zu komplexen und intransparenten Situationen führen, welche sowohl für Betroffene als auch für den EDÖB grosse Herausforderungen darstellen und die Aufsichtsaufgaben des EDÖB erschweren. Die Masse der Datenbearbeitungen und die Vielfalt der Anwendungen macht es zudem schwierig, die Kontrolle über einmal bekannt gegebene Daten zu behalten.

Zunahme der internationalen Datentransfers: Auch die Zahl der grenzübergreifenden Datenbearbeitungen hat massiv zugenommen. Im internationalen Datenverkehr ist es für den EDÖB schwieriger, seine Aufsichtsfunktion wahrzunehmen, da er die Wirkungen solcher internationaler Datentransfers kaum abschätzen kann und nicht über die rechtlichen Möglichkeiten verfügt, bei internationalen Transfers einzugreifen, wenn diese nicht in der Schweiz stattfinden.

Seltene Nutzung der Durchsetzungsrechte durch Betroffene: Es kommt eher selten vor, dass Betroffene rechtlich gegen Datenbearbeitende vorgehen. Vor allem Anwendungen neuer Technologien werden häufig nicht zur Anzeige gebracht. Die Durchsetzungsrechte auf Berichtigung, Löschung, Sperrung und Vermerk nach Artikel 15 DSG werden selten beansprucht, was auf die eher geringe Bekanntheit dieser Rechte sowie den grossen Aufwand, den eine Klage mit sich zieht, zurückzuführen ist. Aufgrund dieser seltenen Nutzung sind die Durchsetzungsrechte nur beschränkt wirksam. Auf der Website des EDÖB werden Musterbriefe zur Verfügung gestellt, welche es den Betroffenen er-

¹³ Weber, Rolf H. (2010): Datenschutz versus Öffentlichkeitsprinzip. Erläuterungen zu den Spannungsfeldern am Beispiel des Zürcher Informations- und Datenschutzgesetzes. Zürich: Schulthess.

¹⁴ Büro Vatter, Institut für Europarecht der Universität Freiburg (2011): Evaluation des Bundesgesetzes über den Datenschutz. Schlussbericht vom 10. März 2011.

¹⁵ Pasquier, Martial; Meilland, Philomène (2009): Evaluation de la loi sur la transparence, idheap, Chavannes-près-Renens.

¹⁶ Pasquier, Martial; Meilland, Philomène (2009): Evaluation de la loi sur la transparence, idheap, Chavannes-près-Renens.

¹⁷ Der Inhalt dieses Abschnitts bezieht sich auf den Bericht des Bundesrates über die Evaluation des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 9. Dezember 2011.

leichtern sollen, Auskunft über gespeicherte Daten zu erhalten sowie allenfalls deren Löschung oder Sperrung zu beantragen.

Unterschiedliches Medieninteresse: Da der EDÖB keine flächendeckenden Kontrollen durchführen kann, versucht er, präventive Wirkungen primär über Information zu entfalten, indem er beispielsweise über Sachverhaltsabklärungen öffentlich informiert. Dies gelingt jedoch nur bei Themen, welche ein grosses öffentliches Interesse wecken und in den Medien diskutiert werden. Aufgrund dieser Problematik können nur in Teilbereichen breite Wirkungen, die über den Einzelfall hinausgehen, erzielt werden.¹⁸

Reformentwicklungen auf Stufe EU und Europarat: Bereits heute haben die europäischen Datenschutzbestimmungen Implikationen für das Schweizerische Datenschutzgesetz, welches mehrmals an die europäischen Bestimmungen angepasst wurde. Gegenwärtig bestehen Bestrebungen für das Festlegen einer Datenschutzgrundverordnung in der EU, welche voraussichtlich ebenfalls Auswirkungen für das Schweizer Recht haben könnte.¹⁹ Die Europäische Kommission hat dazu einen Entwurf erarbeitet, welcher zurzeit in Parlament und EU-Ministerrat bearbeitet wird.²⁰ Da der Ministerrat sich Anfang Juni jedoch auf keine gemeinsame Grundverordnung einigen konnte, wird über den Entwurf aller Voraussicht nach erst in der nächsten Legislaturperiode ab Mai 2014 endgültig entschieden.²¹

Ziel der Reform ist die Anpassung des europäischen Datenschutzrechts an die technologischen Entwicklungen und die Anpassung des Datenschutzniveaus in den verschiedenen Mitgliedsstaaten. Die Reformentwicklungen sind für den EDÖB ein wichtiger Anhaltspunkt, da das Schweizer Datenschutzrecht eng mit dem europäischen verwoben und wesentlich von ihm geprägt ist. Mader/Hilti kommen zum Schluss, dass die Reformbestrebungen in der EU und in der Schweiz die gleiche Stossrichtung aufweisen und dass darauf geachtet wird, die Revisionsarbeiten aufeinander abzustimmen, dass aber die zukünftigen Datenschutzbestimmungen der EU erhebliche Auswirkungen auf das Schweizerische Datenschutzrecht haben werden, da sich die Schweiz im Bereich des Schengen/Dublin-Abkommens gegenüber der EU verpflichtet hat, Reformen des EU-Rechts auch in der Schweiz umzusetzen. Im Europarat wird gleichzeitig eine Revision

¹⁸ Büro Vatter; Institut für Europarecht der Universität Freiburg (2011): Evaluation des Bundesgesetzes über den Datenschutz. Schlussbericht vom 10. März 2011, S. 203–204.

¹⁹ Zurzeit wird kontrovers diskutiert, ob die Datenschutzgrundverordnung eine Schengen-Weiterentwicklung darstellt (und inwieweit die Schweiz in der Folge die Bestimmungen ins nationale Recht umsetzen müsste). Während die Europäische Kommission davon ausgeht, dass die Verordnung für die Schweiz eine solche Weiterentwicklung bildet, plädiert der Rechtsdienst des Rates dafür, dass der Verordnungsentwurf keine Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands darstellt.

²⁰ Mader, Luzius; Hilti, Martin (2012) Europarechtliche Vorgaben im Bereich Datenschutz: Implikationen für die Schweiz, in: Astrid Epiney; Fasnacht, Tobias (Hrsg.): Die Entwicklung der europarechtlichen Vorgaben im Bereich des Datenschutzes und Implikationen für die Schweiz, Zürich: Schulthess, S. 69–84.

²¹ <<http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/bruessel-eu-ministerrat-bremst-datenschutzreform-a-904266.html>>, Zugriff: 17. Juli 2013.

der Konvention Nr. 108 durchgeführt, welche sich inhaltlich stark an derjenigen der EU orientiert.²²

²² Mader, Luzius; Hilti, Martin (2012): Europarechtliche Vorgaben im Bereich Datenschutz: Implikationen für die Schweiz, in: Astrid Epiney; Fasnacht, Tobias (Hrsg.): Die Entwicklung der europarechtlichen Vorgaben im Bereich des Datenschutzes und Implikationen für die Schweiz, Zürich: Schulthess.

In diesem Kapitel werden die drei Fallstudien aus der Schweiz (Wettbewerbsbehörden, FINMA, Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz im Kanton Freiburg) dargestellt.

3.1 WEKO (WETTBEWERBSBEHÖRDEN)

Die erste Fallstudie gilt der Wettbewerbskommission (WEKO). Da wir die Kommission (WEKO) gemeinsam mit ihrem Sekretariat betrachten, sprechen wir im Folgenden von den „Wettbewerbsbehörden“. Die Wettbewerbsbehörden stellen aus zwei Gründen eine geeignete Fallstudie für den Vergleich mit dem EDÖB dar. Zum einen gibt es eine grosse Schnittmenge der Beaufsichtigten im Bereich der privaten Unternehmen. Zum anderen wurden im Falle der Wettbewerbsbehörden in den letzten Jahren (insbesondere im Zuge der geplanten Revision des Kartellgesetzes) umfangreiche Überlegungen zu Veränderungen auf Ebene der Organisation angestellt.

3.1.1 ENTSTEHUNG UND AUFGABEN

Mit dem ersten Kartellgesetz (KG) aus dem Jahr 1962 wurde eine Kartellkommission als verwaltungsunabhängige Milizbehörde geschaffen. Die Kommission setzte sich aus Vertretenden der Wissenschaft, Wirtschaft und Konsumenten zusammen und hatte die Aufgabe, die Wettbewerbssituation zu beobachten, Branchenerhebungen durchzuführen, die Behörden in Wettbewerbsfragen zu beraten und Sonderuntersuchungen durchzuführen.²³ Die Kommission konnte dabei keine Verfügungen erlassen, jedoch Empfehlungen abgeben. Eine weitgehende Veränderung wurde mit der Revision des Kartellgesetzes im Jahr 1995 auf den Weg gebracht. Dabei wurde als Wettbewerbsbehörde neu die WEKO geschaffen und mit Verfügungskompetenz ausgestattet.

Die WEKO trifft als Milizbehörde Entscheidungen und es steht ihr ein Sekretariat als Untersuchungsinstanz zur Verfügung. Die Kompetenzen der Wettbewerbsbehörden wurden 2003 weiter gestärkt und die Kommission hat seither auch die Möglichkeit, Sanktionen zu erlassen.

Derzeit läuft eine Revision des Kartellgesetzes. Der Bundesrat sah im Rahmen dieses Geschäftes vor, das WEKO-Sekretariat in eine rechtlich selbstständige Wettbewerbsbehörde (als öffentlich-rechtliche Anstalt) umzuwandeln. Als Entscheidungsinstanz sollte anstelle der Kommission ein Wettbewerbsgericht innerhalb des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer) tätig sein. Eine solche Institutionenreform wurde jedoch vom Ständerat im Frühjahr 2013 abgelehnt.

Die zentralen Aufgaben der Wettbewerbsbehörden sind die Bekämpfung von schädlichen Kartellen, die Missbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen, die Durchführung der Fusionskontrolle sowie die Verhinderung staatlicher Wettbewerbsbeschränkungen. Gemäss Kartellgesetz trifft die WEKO Entscheide und erlässt Verfügungen. Sie gibt Empfehlungen und Stellungnahmen an politische Behörden ab und

²³ Zur Entstehung der WEKO siehe Specht, Rolf (2008): Funktionsanalyse Weko und Sekretariat, Richterswil.

verfasst Gutachten. Das WEKO-Sekretariat bereitet die Geschäfte der Kommission vor, führt Untersuchungen durch und erlässt zusammen mit einem Mitglied des Präsidiums die notwendigen verfahrensleitenden Verfügungen. Weiter stellt das Sekretariat der Wettbewerbskommission Antrag und vollzieht ihre Entscheide. Gemäss Kartellgesetz kommt dem Sekretariat auch eine beratende Funktion zu: Nach eigenem Verständnis ein Dienstleistungsbetrieb, berät es Amtsstellen und Unternehmen in Fragen zum Gesetz. Überdies beobachtet es die Entwicklungen auf den Märkten und informiert sich über internationale wettbewerbspolitische Entwicklungen.²⁴

3.1.2 STRUKTUR

Der vorliegende Abschnitt beschreibt die Struktur der Wettbewerbsbehörden in der Schweiz.

Organisation

Die Wettbewerbskommission ist als Milizbehörde organisiert und ein von den Verwaltungsbehörden unabhängiges *Entscheidungsorgan*. Sie hat insgesamt zwölf Mitglieder und wird von einem dreiköpfigen Präsidium geleitet. Die Mehrheit der Mitglieder der Kommission müssen unabhängige Sachverständige (in der Regel Universitätsprofessoren) sein, die übrigen Sitze teilen sich Vertretende der grossen Wirtschaftsverbände und Konsumentenorganisationen auf (derzeit Vertretende des Schweizerischen Gewerbeverbandes, von Economiesuisse, des Schweizerischen Gewerkschaftsbundes, des Schweizerischen Bauernverbandes, und von Konsumentinnen und Konsumenten). Aufgrund ihrer Möglichkeit, direkte Sanktionen auszusprechen, wird die WEKO in der Evaluation des Kartellgesetzes als quasi-gerichtliche Instanz bezeichnet.²⁵

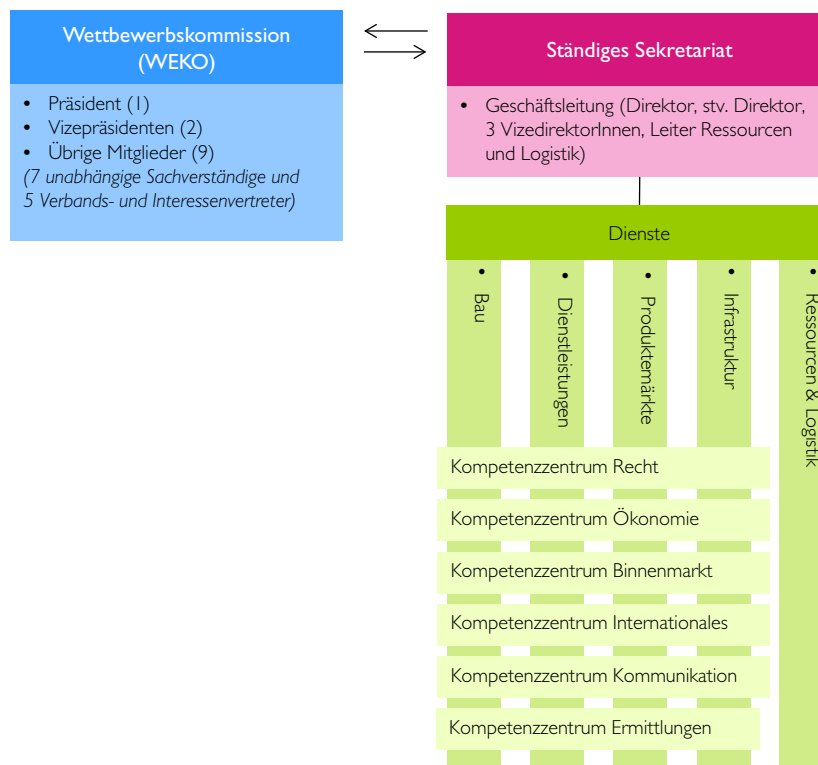
Der Kommission steht das vollamtliche WEKO-Sekretariat als *Untersuchungsorgan* zur Seite. Das Sekretariat wird vom Direktor geführt. Eine Geschäftsleitung setzt sich zusammen aus Direktor, stv. Direktor, drei Vizedirektoren und dem Chef „Ressourcen und Logistik“. Organisatorisch ist das Sekretariat in fünf Dienste gegliedert, zudem bestehen fünf Kompetenzzentren, die die Organisation in Form einer Matrixstruktur ergänzen. Alle wissenschaftlichen Mitarbeitenden sind einem Dienst und mindestens einem Kompetenzzentrum zugeordnet (eine Ausnahme bilden die Leitenden der Kompetenzzentren Recht, Ökonomie und Binnenmarkt). Die Unterteilung in die Dienste entspricht einer divisionalen Organisation (nach Branchen) und wird vom Interviewpartner der WEKO als sinnvoll erachtet, da die Mitarbeitenden so vertiefte Branchenkenntnisse erlangen können.

Das folgende Organigramm illustriert die Struktur der Wettbewerbsbehörden.

²⁴ <<http://www.weko.admin.ch/org/00092/index.html?lang=de>>, Zugriff: 13. Mai 2013.

²⁵ Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement EVD (2009): Bericht über die Evaluation des Kartellgesetzes und Vorschläge zum weiteren Vorgehen.

D 3.1: Organigramm Wettbewerbsbehörden



Quelle: eigene Darstellung auf der Grundlage von <<http://www.weko.admin.ch/org/00104/index>>, Zugriff: Februar 2013.

Zwar sind WEKO und Sekretariat als Institutionen unabhängig voneinander und die Hauptberührungspunkte betreffen gemäss Gesetz die Eröffnung einer Untersuchung und die Entscheidungsfällung.²⁶ Es gibt dennoch eine Vielzahl von Verflechtungen zwischen Entscheidungs- und Untersuchungsinstanz: Beispielsweise kann die WEKO in die Untersuchungstätigkeit des Sekretariats eingreifen und bei verfahrensleitenden Verfügungen des Sekretariats muss ein Präsidiumsmitglied mitwirken. Auch wird der Input der WEKO-Mitglieder bei Untersuchungen berücksichtigt.

Auf diese Verflechtungen sollen die wechselseitigen Pfeile im Organigramm hinweisen. Analog zur Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Kartellgesetzes vom Februar 2012 kann daher die Organisation der Wettbewerbsbehörden als „Mischmodell“ (Kommission und Sekretariat) bezeichnet werden. Die teilweise unklare Kompetenzzuordnung zwischen den Wettbewerbsbehörden wird insbesondere in der Evaluation des Kartellgesetzes kritisiert.²⁷

Personal

Der Bundesrat ernennt den Präsidenten der WEKO. Die unabhängigen ExpertInnen (derzeit 4 JuristInnen und 3 Ökonomen) werden nach Rücksprache mit dem Präsi-

²⁶ Specht, Rolf (2008): Funktionsanalyse Weko und Sekretariat, Richterswil, S. 15.

²⁷ Evaluationsgruppe Kartellgesetz (2008): Evaluation gemäss Art. 59a KG. Synthesebericht. Im Auftrag des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements.

ten oder direkt durch den Bundesrat bestellt, die Vertretenden der Verbände (derzeit 4) werden de facto von diesen bestimmt und ebenfalls durch den Bundesrat bestellt. Die Amtsdauer beträgt vier Jahre und es ist eine zweimalige Wiederwahl möglich.²⁸ Alle Mitglieder der WEKO üben ihr Amt nach dem Milizprinzip aus. Dabei steht dem Präsidenten ein Pensum von 50 Prozent, den beiden Vizepräsidenten von je 40 Prozent und den Mitgliedern von je 25 Prozent zu. In der Evaluation des Kartellgesetzes werden die Grösse der WEKO sowie die Ausübung der Tätigkeit der Mitglieder im Milizprinzip kritisiert und es wird ein verkleinertes und professionalisiertes Entscheidungsgremium gefordert.

Direktor, stv. Direktor und Vizedirektoren des WEKO-Sekretariats werden ebenfalls vom Bundesrat gewählt. Das Personal des vollamtlichen Sekretariats (83 Personen bzw. 72,6 Vollzeitstellen, Ende 2012) wird nach Artikel 24 Kartellgesetz von der Kommission gewählt. Der Grossteil der Mitarbeitenden hat einen juristischen oder ökonomischen Hintergrund. Das Dienstverhältnis richtet sich nach der Personalgesetzgebung des Bundes.

Einbettung in die Verwaltung und Unabhängigkeit

Die Wettbewerbsbehörden sind von der Verwaltung unabhängig, administrativ aber dem Eidgenössischen Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) zugeordnet. Verfügungen der WEKO können an das Bundesverwaltungsgericht weitergezogen werden. Gegen dessen Entscheide wiederum kann Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht erhoben werden. Specht trifft in seiner Funktionsanalyse die Annahme, dass das Sekretariat verwaltungsintern wohl als ein – besonderes – Bundesamt gesehen wird, eine Art Kompetenzzentrum des Bundes in Sachen Wettbewerbsrecht.²⁹ Der Bundesrat würde gemäss der Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes die Schaffung einer öffentlich-rechtlichen Anstalt und eines Wettbewerbsgericht (als Abteilung des BVGer) präferieren und damit auch eine Stärkung der Unabhängigkeit von der Verwaltung (durch einen unabhängigen Spruchkörper) anstreben.

Die Durchsetzung des Kartellrechts erfolgt zentral durch die Wettbewerbsbehörden auf Ebene Bund. Die Schnittstellen mit kantonalen Behörden sind gering, jedoch sind die Kantone verpflichtet, an Abklärungen der Wettbewerbsbehörden mitzuwirken und die notwendigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Bei Hausdurchsuchungen wird auf kantonale/kommunale Polizeikräfte zurückgegriffen. Schnittstellen mit anderen Behörden sind vor allem informeller Natur und branchenspezifisch (z.B. mit der FINMA im Bankenbereich). Eine Besonderheit stellt der Preisüberwacher dar, welcher mit beratender Stimme an den Sitzungen der WEKO teilnimmt.

Ein zentraler Kritikpunkt an der derzeitigen Organisation der WEKO betrifft die Unabhängigkeit der Mitglieder der Kommission von den Beaufsichtigten. So sei es gemäss der Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Kartellgesetzes unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten unbefriedigend, dass ein Gremium Sanktionen in Millionenhöhe er-

²⁸ Gemäss Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung.

²⁹ Specht, Rolf (2008): Funktionsanalyse Weko und Sekretariat, Richterswil, S. 23.

lassen kann, in dem Vertretungen von Wirtschaftsverbänden Einsitz haben.³⁰ Gemäss gültigem Kartellgesetz müssen die Verbandsvertretenden in der Regel nicht in den Ausstand treten, wenn über Unternehmen, die dem betreffenden Verband angehören, entschieden wird (vgl. Art. 22 KG). Die Mitglieder sind jedoch dazu verpflichtet, ihre Interessenbindungen offen zu legen. Diese werden auch für jedes Mitglied auf der Website der WEKO dargestellt.

Ressourcen

Die Wettbewerbsbehörden werden über das Budget des Departements für Wirtschaft, Bildung und Forschung finanziert. Gemäss Staatsrechnung stand im Jahr 2012 einem Aufwand von rund 12,3 Millionen Franken ein Ertrag von rund 6 Millionen Franken gegenüber. Der Ertrag aus Gebühren und Sanktionen fliesst in den allgemeinen Bundeshaushalt. Der Aufwand, der für die Wettbewerbsbehörden zur Verfügung steht, ist in den vergangenen Jahren überproportional zum Staatshaushalt gestiegen (2006 betrug der Aufwand rund 7,2 Mio. CHF).

Eine Empfehlung der Evaluation des Kartellgesetzes sieht eine Verbesserung der finanziellen und personellen Ausstattung des Sekretariates der WEKO vor. Insbesondere im Bereich von Hausdurchsuchungen sieht die Evaluation den Handlungsspielraum der WEKO aufgrund der Ressourcensituation beschränkt. Insgesamt würde eine bessere Ausstattung mit Ressourcen wohl dazu führen, dass eine grössere Zahl von Fällen bearbeitet werden könnte.

3.1.3 PROZESSE

Untersuchung und Entscheid

Die zentrale Aufgabe des Sekretariats ist die Durchführung kartellrechtlicher Untersuchungen. Ein Untersuchungsverfahren wird dann eröffnet, wenn die Kommission oder das WBF das Sekretariat damit beauftragen oder auf Initiative des Sekretariats (in Einvernehmen mit einem Mitglied des Präsidiums der WEKO). In der Praxis werden Untersuchungseröffnungen grossmehrheitlich vom Sekretariat veranlasst, sobald und sofern Anhaltspunkte für eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung vorliegen.³¹ Solche Anhaltspunkte werden meist in Vorabklärungen des Sekretariats identifiziert. Wo Vorabklärungen (oder in einem niederschwelligeren ersten Schritt Marktabklärungen) gemacht werden, entscheiden wiederum in der Regel die Dienstleiter, wobei die Anhaltspunkte über Anzeigen, Hinweise oder (für die Durchführung von Vorabklärungen) durch Marktbeobachtungen an die Dienste des Sekretariats gelangen. Die Auswahl der Unternehmen oder Branchen bei denen Vorabklärungen oder Marktbeobachtungen (und schliesslich auch Untersuchungen) gemacht werden, wird so stark vom Sekretariat gesteuert.³² Bei einer grossen Zahl von Meldungen durch KonsumentInnen und Unternehmen zu einem Thema kann das Sekretariat Verfahren mit Pilotcharakter eröffnen (und hat dies in der Vergangenheit auch gemacht, z.B. 2011 in Zusammenhang mit der Nichtweitergabe von Währungsvorteilen). Die Triage durch die Dienstleitenden funktioniert laut Interviewpartner gut, jedoch liege durchaus eine Herausforderung darin, zu

³⁰ Bundesrat (2012): Botschaft zur Änderung des Kartellgesetzes und zum Bundesgesetz über die Organisation der Wettbewerbsbehörde.

³¹ Vgl. Specht, Rolf (2008): Funktionsanalyse Weko und Sekretariat, Richterswil, S. 28.

³² Vgl. Specht, Rolf (2008): Funktionsanalyse Weko und Sekretariat, Richterswil, S. 28 f.

entscheiden, welche Fälle bei Meldungen von Bürgern weiter abgeklärt werden sollen und welche nicht. Meldungen werden dabei systematisch gesammelt. So kann beispielsweise eine zunächst als wenig bedeutsam erachtete Meldung bei einer grösseren Zahl ähnlicher Eingänge zu weiteren Abklärungen führen.

Das Sekretariat hat weitgehende Kompetenzen für die Durchführung einer Untersuchung. So können Zeugen einvernommen werden, Betroffene haben die Verpflichtung zur Beweisaussage, Beweisgegenstände können sichergestellt werden und Hausdurchsuchungen durchgeführt werden. Für die Durchführung solcher Massnahmen ist insbesondere das Kompetenzzentrum Ermittlungen verantwortlich. In der Funktionsanalyse von Specht aus dem Jahr 2008 wurde die Prozessorientierung des Sekretariats als ausbaufähig beschrieben. Es wurde damals die Einführung von Projektmanagement-Werkzeugen für die Abarbeitung der Kernaufgaben im Sekretariat empfohlen. Diese Empfehlung wurde auch umgesetzt und es wurden Ablaufschemata für die jeweiligen Prozesse erstellt.

Untersuchungen des Sekretariats enden mit einem Verfügungsentwurf und einem Antrag an die Kommission. Die Kommission entscheidet dann und kann beispielsweise über Sanktionen, aber auch über behördliche Anordnungen verfügen. Mit der Möglichkeit, direkte Sanktionen gegen Unternehmen zu verfügen, hat die WEKO ein starkes Instrument für die Durchsetzung ihrer Entscheide. So kommt auch die Evaluation des Kartellgesetzes zum Schluss, dass sich die Einführung der direkten Sanktionen und weiterer neuer Instrumente im Jahr 2003 (insbesondere die Möglichkeit der Hausdurchsuchungen) bewährt habe.³³ Laut der Evaluation würden diese Instrumente entscheidend zur erhöhten präventiven Wirkung des Kartellgesetzes, zur höheren Kartellrechtskonformität und zur Angst von Unternehmen, dass die Wettbewerbsbehörden ein unzulässiges Verhalten entdecken, beitragen.

Weitere Prozesse

2004 wurden zwei Instrumente eingeführt, welche die Unternehmen zu proaktivem Verhalten in Bezug auf die Vorgaben des Kartellgesetzes anhalten sollen. Zum einen wurde eine Bonusregelung eingeführt, welche es der WEKO erlaubt, gegen Unternehmen, welche an der Aufdeckung und Beseitigung einer Wettbewerbsbeschränkung mitwirken, ganz oder teilweise auf eine Sanktionierung zu verzichten.

Zum anderen wurde mit dem Widerspruchsverfahren ein Instrument eingeführt, das den Unternehmen erlaubt, geplante, allenfalls den Wettbewerb beschränkende Verhaltensweisen (zum Beispiel Absprachen mit Konkurrenten) durch die Wettbewerbsbehörden vorab auf ihre Kartellrechtskonformität überprüfen zu lassen. Unternehmen können damit eine Einschätzung der Wettbewerbsbehörden erhalten, ob ihr Verhalten eventuell als sanktionsbedroht einzustufen ist. Eröffnen die Wettbewerbsbehörden keine Vorabklärung oder Untersuchung gegen das Unternehmen in einer festgelegten Frist, so entfällt die Möglichkeit von Verwaltungssanktionen gegen diese Verhaltensweise.

³³ Vgl. Evaluationsgruppe Kartellgesetz (2008): Evaluation gemäss Art. 59a KG. Synthesebericht. Im Auftrag des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements.

Beide Instrumente sind gemäss der Evaluation des Kartellgesetzes grundsätzlich wirksam, jedoch soll das Widerspruchsverfahren im Rahmen der Revision des Kartellgesetzes verbessert werden. Es ist dabei geplant, dass Unternehmen neu die Möglichkeit erhalten, die gemeldete Verhaltensweise auch nach Eröffnung einer Vorabklärung – das heisst auch nach dem Ablauf einer zweimonatigen Frist – auf Zusehen hin (Monate bis Jahre) ohne das Risiko einer Sanktion umsetzen zu können (risikoloser „Praxistest“/„Versuchsphase“).³⁴ Damit soll gegenüber der bisherigen Regelung erreicht werden, dass bei im Rahmen des Widerspruchsverfahrens gemeldeten heiklen Verhaltensweisen, welche im Voraus weder als klar erlaubt noch als klar verboten qualifiziert werden können, anhand der Beobachtung der effektiven Auswirkung beurteilt werden kann, ob sie eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellen oder nicht.³⁵

Die Grundsätze von Bonusregelung und Widerspruchsverfahren sind in der Verordnung über die Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen (KG-Sanktionsverordnung) konkretisiert.

Neben den Untersuchungen kommt den Wettbewerbsbehörden die Aufgabe zu, Stellungnahmen zu Entwürfen von Erlassen des Bundes, die den Wettbewerb beeinflussen können, zu verfassen. Ausserdem nimmt die WEKO im Vernehmlassungsverfahren Stellung zu Entwürfen, die den Wettbewerb beschränken oder auf andere Weise beeinflussen.

Zwar führt die WEKO auch häufig Beratungen von Unternehmen zu kartellrechtlichen Fragen durch, jedoch scheint für diese ein (verbindliches) und funktionierendes Widerspruchsverfahren grundsätzlich nützlicher zu sein, um festzustellen, ob ein Verhalten sanktionsbedroht sein könnte. Ein Konflikt zwischen Aufsicht und Beratung ist bei den Wettbewerbsbehörden praktisch nicht zu erkennen.

Bei neuen (technologischen) Entwicklungen (z.B. im Gebiet der elektronischen Zahlungssysteme) oder der Einführung neuer Produkte/Dienstleistungen erfolgt eine relativ gute Kontrolle durch die Marktteilnehmenden selbst beziehungsweise durch ihre Branchenverbände. Diese beobachten sich gegenseitig und gelangen relativ häufig an die Wettbewerbsbehörden – das kann durch eine Anzeige, aber auch mit einer einfachen Anfrage oder einem Hinweis erfolgen. Die Wettbewerbsbehörden erhalten dadurch einen guten Überblick darüber, was für neue (technologische) Entwicklungen zu wettbewerbsrechtlichen Herausforderungen führen könnten. Für Entwicklungen im rechtlichen und ökonomischen Umfeld beobachten die Kompetenzzentren das Umfeld (z.B. relevante Bundesgerichtsentscheide) und informieren dann die Dienste darüber.

3.1.4 OUTPUTS

Die WEKO zeigt in ihren Jahresberichten auf, welche Leistungen erbracht worden sind. Die inhaltlichen Schwerpunkte ergeben sich dabei primär aus den durchgeführten Untersuchungen und Vorabklärungen der Dienste des Sekretariats.

³⁴ Siehe Fact Sheet – Revision KG: Verbesserung des Widerspruchsverfahrens, Version vom 2. April 2013.

³⁵ Siehe Fact Sheet – Revision KG: Verbesserung des Widerspruchsverfahrens, Version vom 2. April 2013.

Im Jahr 2012³⁶ wurden 33 Vorabklärungen und 22 Untersuchungen von den Wettbewerbsbehörden durchgeführt. Die Kommission hat 2012 fünf Endentscheide über Sanktionen bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen getroffen. In drei Fällen wurden dabei einvernehmliche Regelungen mit den gebüssten Unternehmen vereinbart. Die Anzahl der Untersuchungen und Entscheide aus diesen Verfahren ist damit im Vergleich zu den Vorjahren stabil geblieben.

Den Outputs sind weiter Marktbeobachtungen zuzuschreiben, welche das Sekretariat vornimmt, davon konnten 2012 58 abgeschlossen werden. In zehn Fällen wurden Meldungen von Unternehmen bearbeitet, die von sich aus eine Wettbewerbsbeschränkung angezeigt haben, bevor diese eine Wirkung entfalten konnte. Zudem wurden 28 Meldungen zu Zusammenschlüssen geprüft (eine davon hat zu einem Entscheid der WEKO geführt). Eine Beratung von Unternehmen hat in 25 Fällen stattgefunden.

Die Analyse der Evaluation des Kartellgesetzes zur Anzahl der durch die Wettbewerbsbehörden geführten Verfahren, ergibt ein zufriedenstellendes Bild. So besagt der Synthesebericht der Evaluation, dass die schweizerische und die europäische Wettbewerbsbehörde sich bezüglich Anzahl der durchgeführten Verfahren in Relation zu Budget und Personalbestand in ähnlichen Grössenordnungen bewegen.³⁷

Die Entscheidungen der WEKO werden alle öffentlich gemacht, ausserdem wird aufgezeigt, wo eine Untersuchung eröffnet worden ist. Mit der aktiven Kommunikation wird nicht zuletzt versucht, die Präventivwirkung auf die Unternehmen zu verstärken. Insgesamt ist das Interesse der Medien und der Öffentlichkeit an den Entscheidungen der Wettbewerbsbehörden als hoch zu beurteilen. In diesem Zusammenhang weist Specht darauf hin, dass die Tätigkeit der Wettbewerbsbehörden (im Unterschied zu vielen anderen Institutionen und Organisationen des Bundes) eine gewisse Fassbarkeit besitzt, welche das Interesse der Öffentlichkeit fördert.³⁸ Auch haben die Entscheide über Sanktionen regelmässig eine grosse Öffentlichkeitswirkung.

3.1.5 WIRKUNGEN

Welche Wirkungen zeigen die Wettbewerbsbehörden und inwiefern sind diese auf die Organisation zurückzuführen?

Trotz der teilweisen Kritik an der derzeitigen Organisation der Wettbewerbsbehörden, welche Gegenstand der laufenden Revision des Kartellgesetzes und des Bundesgesetzes über die Organisation der Wettbewerbsbehörden ist, werden die Wirkungen der Wettbewerbsbehörden in der Evaluation des Kartellgesetzes grundsätzlich positiv beurteilt. Zwar präferiert der Bundesrat die Schaffung einer öffentlichen Anstalt, jedoch besteht kein grosser Druck, diese Veränderung vorzunehmen und das Kommissionsmodell hat sich grundsätzlich bewährt. Eine (wie vom Ständerat befürwortete) Reduktion der Mitglieder und ein Verzicht auf die Vertretenden von Wirtschaftsverbänden und Konsumentenorganisationen könnte jedoch vermutlich dazu beitragen, die Aussenwirkung

³⁶ Wettbewerbskommission (2013): Jahresbericht 2012 der Wettbewerbskommission (WEKO) an den Bundesrat.

³⁷ Vgl. Evaluationsgruppe Kartellgesetz (2008): Evaluation gemäss Art. 59a KG. Synthesebericht. Im Auftrag des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements.

³⁸ Specht, Rolf (2008): Funktionsanalyse Weko und Sekretariat, Richterswil.

der WEKO zu verbessern, besser gegen den Vorwurf der mangelnden Unabhängigkeit gefeit zu sein und damit auch die Wirksamkeit der Wettbewerbsbehörden zu verstärken.

Ein zentrales Element, um bei den Unternehmen Wirkungen zu erzielen, wird im präventiven Charakter der Sanktionen gesehen. Gemäss den Umfragen bei Unternehmen im Rahmen der Evaluation des Kartellgesetzes erhöhte die direkte Sanktionsmöglichkeit die präventive Wirkung des Kartellgesetzes, die Kartellrechtskonformität und die Befürchtung von Unternehmen, dass die Wettbewerbsbehörden ein unzulässiges Verhalten entdecken, stark. Neben den zu erwartenden Geldstrafen sind für Unternehmen dabei auch negative Reputationseffekte ein relevantes Element, um Wirkungen auszulösen. Als wichtig haben sich zudem die Bonusregelung sowie das Widerspruchsverfahren erwiesen. Aufgrund der Sanktionsmöglichkeit und der Befugnisse zur Untersuchung, passen die Unternehmen ihr Verhalten ebenfalls an und werden vorsichtiger, wenn es darum geht, die Bildung von Kartellen gegenüber den Wettbewerbsbehörden bewusst zu verdecken.

Die interne Organisation mit der Matrixstruktur und der klaren Beschreibung der Prozesse trägt ebenfalls zu einem guten Funktionieren der Wettbewerbsbehörden und damit zur Erzielung von Wirkungen bei. Der Interviewpartner der Wettbewerbsbehörden erachtet die Matrixstruktur als geeignete Struktur, um die *unité de doctrine* zwischen den Diensten zu wahren.

3.1.6 HERVORZUHEBENDE MERKMALE

Folgende Merkmale der Wettbewerbsbehörden sind unserer Ansicht nach interessant im Hinblick auf die Diskussion zur Verstärkung der Wirkungen des EDÖB und lassen sich direkt aus dem Abschnitt zu den Wirkungen ableiten. Sie werden im Gesamtfazit wieder aufgenommen.

- Kommissionsmodell
- Einbezug von Interessenvertretungen in der Kommission
- Verfügungskompetenz und Möglichkeit von direkten Sanktionen
- Widerspruchsverfahren
- Sicherung des Austausches zwischen Organisationseinheiten durch Matrixstruktur

3.2 FINMA

Die zweite Fallstudie in der Schweiz ist der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) gewidmet. Die FINMA wurde aus zwei Gründen als Fallstudie für den Vergleich mit dem EDÖB ausgewählt. Zum einen stellt sie als öffentlich-rechtliche Anstalt eine weitere alternative Organisationsform (neben dem Kommissionsmodell der Wettbewerbsbehörden) dar. Zum anderen präsentieren die Beaufsichtigten ein ähnlich breites Spektrum, wie es auch für den EDÖB gilt (von Grossbanken bis zu kleineren Versicherungsvermittlern).

3.2.1 ENTSTEHUNG UND AUFGABEN

1934 trat das Bankengesetz in Kraft. Als Aufsichtsorgan über die Banken wurde damals die Eidgenössische Bankenkommission gegründet. Die EBK war eine verwaltungsunabhängige Behördenkommission mit einem ständigen Sekretariat. 2009 wurde die EBK gemeinsam mit dem Bundesamt für Privatversicherungen und der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei zur FINMA zusammengeschlossen. Damit wurde das Modell einer integrierten Finanzmarktaufsicht gewählt, wobei die FINMA als öffentlich-rechtliche Anstalt tätig ist. Das Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG) wurde als Rahmengesetz anlässlich der Gründung der FINMA geschaffen und regelt die Organisation der FINMA.³⁹

Einen zentralen Grund für die Schaffung der FINMA als öffentlich-rechtliche Anstalt sah der Bundesrat darin, dass im Vergleich zu einer Behördenkommission (wie der EBK) die Autonomie gestärkt werden könne. Die Botschaft zum FINMAG führt aus, dass „trotz der Weisungsungebundenheit (...) die institutionelle und finanzielle Autonomie bei einer Behördenkommission stark eingeschränkt“ seien.⁴⁰ Diese Einschränkung wurde insbesondere darin gesehen, dass Aufsichtsabgaben und -gebühren der EBK einen Teil des Finanzhaushalts des Bundes darstellten und die Kommission den personalpolitischen Vorgaben der Bundesverwaltung unterlag. Als Hauptgrund dafür, dass die drei Vorgängerorganisationen in eine neue Institution (die FINMA) integriert worden sind, werden Synergieeffekte in Bezug auf die verschiedenen Querschnittsaufgaben aufgeführt.⁴¹

Gemäss FINMAG (Art. 5) verfolgt die Finanzmarktaufsicht zwei Hauptziele. Zum einen ist dies der Schutz der Gläubiger, der Anleger und der Versicherten. Zum anderen wird der Schutz der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte angestrebt. Das Verfolgen dieser beiden Ziele soll dazu beitragen, das Ansehen und die Wettbewerbsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz zu stärken.⁴²

Als Aufsichtsbehörde ist die FINMA mit hoheitlichen Befugnissen über Banken, Versicherungen, Börsen, Effekthändler sowie über kollektive Kapitalanlagen ausgestattet. Beispielsweise bewilligt sie den Betrieb von Organisationen, die einer Aufsicht unterstellt sind und überwacht, ob die Beaufsichtigten die Gesetzesvorgaben einhalten. Sie kann dazu Verfügungen sowie Sanktionen aussprechen. Die strategischen Ziele legen Tätigkeitsschwerpunkte für einen Zeitraum von vier Jahren fest.⁴³

Die Tätigkeit der FINMA kann grob in drei zentrale Prozesse eingeteilt werden.⁴⁴ Den *Aufsichtsprozess*, der Bewilligung und Überwachung der verschiedenen Kategorien von

³⁹ Die Regeln für die Aufsicht sind in den Finanzmarktgesetzen festgehalten. Neben dem FINMAG sind dies: Bankengesetz, Börsengesetz, Kollektivanlagengesetz, Versicherungsaufsichtsgesetz, Versicherungsvertragsgesetz, Geldwäschereigesetz und Pfandbriefgesetz.

⁴⁰ Botschaft FINMAG, S. 2838.

⁴¹ Götze, Patrick (2012): Dualistische Bankenaufsicht. Die Prüfgesellschaft im Spannungsfeld zwischen Aufsichtsbehörde und Auftraggeber. Bern: Editions Weblaw, S. 42.

⁴² Vgl. Zulauf, Urs; Eggen, Mirjam (2013): Finanzmarktrecht in a nutshell. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag.

⁴³ Vgl. dazu FINMA (2010): Strategische Ziele 2013–2016.

⁴⁴ Vgl. Zulauf, Urs; Eggen, Mirjam (2013): Finanzmarktrecht in a nutshell. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag.

Beaufsichtigten umfasst, das *Enforcement* zur Rechtsdurchsetzung bei Verstössen gegen aufsichtsrechtliche Vorgaben sowie die *Regulierung*, bei welcher die FINMA an Gesetzgebungsverfahren mitarbeitet und, wo dazu ermächtigt, die Anforderungen der Finanzmarktgesetze konkretisiert.

3.2.2 STRUKTUR

Im Folgenden wird die Struktur der FINMA beschrieben.

Organisation

Die FINMA ist eine öffentlich-rechtliche Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit und Rechnung.

Das *strategische Organ* der FINMA ist der Verwaltungsrat. Dieser hat derzeit sieben Mitglieder (inklusive Vizepräsident) und wird von einer Präsidentin geleitet. Die Mitglieder sind dabei fachkundige Personen, die von den Beaufsichtigten unabhängig sein müssen (sie dürfen keine Exekutivfunktion bei Beaufsichtigten ausüben). Der grösste Teil der Mitglieder war jedoch in einer früheren Tätigkeit für beaufsichtigte Unternehmen tätig. Der Verwaltungsrat beschliesst die Strategie der FINMA, wählt und überwacht die Geschäftsleitung, verantwortet das Budget der FINMA, erlässt Verordnungen und Rundschreiben und entscheidet über Geschäfte von grosser Tragweite. Aus dem Kreis der Mitglieder des Verwaltungsrates wurden drei Ausschüsse gebildet (Nominations- und Entschädigungsausschuss, Prüfungsausschuss, Strategiaeusschuss). Der Verwaltungsrat überwacht die Geschäftsleitung unter anderem mittels einer zweimonatlichen, detaillierten Berichterstattung sowie über eine interne Revisionsstelle.

Das *operative Organ* der FINMA ist die Geschäftsleitung. Sie besteht aus einem Direktor und sechs weiteren Mitgliedern. Die Geschäftsleitung entscheidet dabei über Bewilligungserteilungen, wesentliche Führungs-, Organisations- und Personalfragen, Weisungen und Aufsichtsfragen von bereichsübergreifender Bedeutung. Ausserdem erarbeitet sie die Entscheidungsgrundlagen für Geschäfte, die in die Zuständigkeit des Verwaltungsrates fallen und ist für die Umsetzung der Beschlüsse des Verwaltungsrates zuständig. Dabei erlässt sie Verfügungen in allen Geschäften, die nicht dem Verwaltungsrat zum Entscheid übertragen worden sind. Jedes Mitglied der Geschäftsleitung (mit Ausnahme des Direktors) führt einen der sechs Geschäftsbereiche der FINMA, welche je zwischen 35 und 100 Mitarbeitende beschäftigten. Die Geschäftsbereiche sind wiederum in Abteilungen und Gruppen untergliedert. Die Unterscheidung zwischen (den grösseren) Abteilungen und (den kleineren) Gruppen ergibt sich aus der Anzahl der Mitarbeitenden. Für Entscheide im Bereich Enforcement existiert ein ständiger Ausschuss der Geschäftsleitung.

Das folgende Organigramm illustriert die Struktur der FINMA.

D 3.2: Organigramm FINMA



Quelle: eigene Darstellung auf der Grundlage von <http://www.finma.ch/d/finma/organisation/>, Zugriff: Februar 2013.

Die Organisation der FINMA ist hierarchisch aufgebaut. Die Abteilungen und Gruppen sind dabei den Geschäftsbereichsleitenden direkt unterstellt. Die Trennung von strategischer und operativer Führung (ähnlich wie bei einer Aktiengesellschaft) scheint sinnvoll und ist mit Verwaltungsrat und Geschäftsleitung umgesetzt. Die Gliederung in die Geschäftsbereiche Banken, Versicherungen und Märkte entspricht einer divisionalen Organisation, die drei Geschäftsbereiche Enforcement, Strategische Grundlagen und Operations lehnen sich an das Konzept einer funktionalen Organisation an. Gemäss der FINMA bewährt es sich, dass alle Banken und alle Versicherungen von jeweils einem Geschäftsbereich überwacht werden.⁴⁵ Dies wurde Mitte 2009 mit einer organisatorischen Anpassung so geregelt, wobei damit insbesondere die Interaktion und der Informationsfluss zwischen den Teams innerhalb der Bankenaufsicht verbessert werden sollte. Dadurch, dass der Geschäftsbereich Banken neben den Aufsichtsfunktionen auch Querschnittsfunktionen wahrnimmt (z.B. mit den Abteilungen Risikomanagement und Bewilligungen) existiert hier eine „matrixartige Organisation“, die ein hohes Mass an Koordination erfordert, aber auch zu einem besseren Informationsfluss führen kann.⁴⁶ Anders als in einer klassischen Matrixorganisation sind die Mitarbeitenden der sechs Geschäftsbereiche jedoch klar einem dieser Bereiche zugeordnet.

Als Konsequenz der Finanzmarktkrise wurde das Verhalten der FINMA im Zuge der Krise vom Bundesrat kritisch überprüft.⁴⁷ Unter anderem ging es darum, zu analysie-

⁴⁵ FINMA (2011): Effektivität und Effizienz in der Aufsicht. Aufsichtsinstrumente, Arbeitsprozesse und Organisation in der FINMA.

⁴⁶ Siehe dazu Bundesrat (2012): Weiterentwicklung der Aufsichtsinstrumente und der Organisation der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA, vom 23. Mai 2012.

⁴⁷ Bundesrat (2010): Das Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzkrise – Lehren für die Zukunft. Bericht in Beantwortung des Postulats David und der Motion WAK-N. 12.05.2010.

ren, ob mit anderen organisatorischen Strukturen eine bessere Reaktion auf die Krise hätte erfolgen können. In seinem Bericht konstatiert der Bundesrat, dass nicht der Schluss gezogen werden könne, dass sich die Führungsstrukturen der FINMA nicht bewährt hätten. So Sorge die Führungsstruktur für ein Zusammenwirken von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung im Sinne von „checks and balances“. Die vorgebrachte Kritik, dass sich der Verwaltungsratspräsident zu stark in das operative Geschäft einmische, wird entkräftet, jedoch wird davor gewarnt, den Begriff „Geschäfte von grosser Tragweite“ nicht eng genug auszulegen und damit den Verwaltungsrat zu stark in operative Aufgaben einzubinden.⁴⁸

Personal

Der Bundesrat wählt den Verwaltungsrat der FINMA für vier Jahre, wobei jedes Mitglied zweimal wiedergewählt werden kann. Die Präsidentin übt ihre Aufgaben im Vollamt, die übrigen Mitglieder im Nebenamt aus. Der Aufwand für die übrigen Verwaltungsratsmitglieder kann mit unter 20 Prozent angegeben werden (mit Ausnahme des Vizepräsidenten). Der Verwaltungsrat wählt selbst wiederum die Mitglieder der Geschäftsleitung der FINMA sowie den Direktor (letzteren unter Vorbehalt der Genehmigung durch den Bundesrat). Die Mitglieder der Geschäftsleitung arbeiten in Vollzeit.

Im Jahr 2012 beschäftigte die FINMA durchschnittlich 477 Mitarbeitende, verteilt auf 442 Vollzeitstellen. Für das Jahr 2013 genehmigte der Verwaltungsrat einen Personalbestand von 481 Vollzeitstellen.⁴⁹ Das Personal der FINMA setzt sich aus Juristen, Ökonomen, Mathematikern, Wirtschaftsprüfern und Aktuaren, Rechnungslegungs- und Anlagespezialisten sowie aus weiteren Fachkräften zusammen.⁵⁰ Das Personal steht in einem öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverhältnis, jedoch gewährt der Gesetzgeber der FINMA ein eigenes Personalstatut ausserhalb der Bundespersonalgesetzgebung. Damit wird für die FINMA die Möglichkeit für eine höhere Konkurrenzfähigkeit mit der Privatwirtschaft auf dem Arbeitsmarkt geschaffen.

Einbettung in die Verwaltung und Unabhängigkeit

Die FINMA ist als öffentlich-rechtliche Anstalt von der Verwaltung unabhängig, administrativ aber dem Finanzdepartement zugeordnet.

Sie erörtert mindestens einmal jährlich mit dem Bundesrat die Strategie ihrer Aufsichtstätigkeit sowie aktuelle Fragen der Finanzplatzpolitik.⁵¹ Neben der Teilnahme an regelmässigen Gesprächen mit dem Bundesrat legt die FINMA gegenüber der Regierung auf Wunsch durch eine schriftliche Berichterstattung über besondere Themen Rechenschaft ab. Die Oberaufsicht wird durch das Parlament mittels GPK ausgeübt. Die Eidgenössische Finanzkontrolle ist die externe Revisionsstelle und erstattet dem Verwaltungsrat und dem Bundesrat über das Ergebnis ihrer Prüfung Bericht.

⁴⁸ Bundesrat (2010): Das Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzkrise – Lehren für die Zukunft. Bericht in Beantwortung des Postulats David und der Motion WAK-N. 12.05.2010.

⁴⁹ Siehe FINMA (2013): Jahresbericht 2012.

⁵⁰ FINMA (2008): FINMA in Kürze.

⁵¹ Art. 21 Abs. 2 FINMAG.

Verfügungen der FINMA können an das Bundesverwaltungsgericht gezogen werden. Gegen dessen Entscheide wiederum kann Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht erhoben werden. Während die finanzielle Unabhängigkeit der FINMA von der Verwaltung unbestritten ist, weist Götze⁵² darauf hin, dass es bei der Absprache mit dem Finanzdepartement zur Umsetzung der Regulierungsgrundsätze (nach Art. 7 Abs. 5 FINMAG) einen gewissen Spielraum gibt, der die Unabhängigkeit der FINMA vom Departement gefährden könnte. Der Bericht des Bundesrates zum „Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzkrise – Lehren für die Zukunft“⁵³ warnt davor, dass eine Missachtung der funktionellen Unabhängigkeit der FINMA von den politischen Behörden auch zu einer indirekten Einflussnahme der Beaufsichtigten (über Einflussnahme auf Regierung oder andere politische Instanzen) führen könnte.

Neben dem Verbot für die nebenamtlichen Verwaltungsräte, eine Exekutivfunktion in einem beaufsichtigten Unternehmen zu haben, gibt es weitere Regelungen, welche die Unabhängigkeit von den Beaufsichtigten gewährleisten sollen. Hierzu sind die Regelungen zu Ausstand und Unvereinbarkeit im Organisationsreglement der FINMA zu nennen.⁵⁴ Ausserdem hat sich die FINMA einen Verhaltenskodex gegeben, in welchem Anweisungen für die Mitarbeitenden und die Mitglieder des Verwaltungsrates enthalten sind, um Interessenkonflikte zu vermeiden. Beispielsweise dürfen Mitarbeitende und Verwaltungsräte grundsätzlich keine Aktien von Beaufsichtigten besitzen. Der Bundesrat erachtet diese Regelungen als sinnvoll und konnte 2010 keine Abhängigkeiten von den Beaufsichtigten feststellen.⁵⁵

Ressourcen

Die Kosten der FINMA werden vollumfänglich durch die Beaufsichtigten über Gebühren und Aufsichtsabgaben finanziert. Grundlage dafür ist Art. 15 FINMAG, welcher neben Gebühren für Aufsichtsverfahren im Einzelfall und für Dienstleistungen eine jährliche Aufsichtsabgabe für die Kosten der FINMA vorsieht. Die FINMA versucht, ihren Aufsichtsaufwand möglichst verursachergerecht und angemessen auf die einzelnen Beaufsichtigten aufzuteilen. Die Höhe der Abgaben und Gebühren ist in der Verordnung über die Erhebung von Gebühren und Abgaben durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht geregelt. 2012 stand einem Ertrag von rund 120 Millionen Franken ein Betriebsaufwand von rund 110 Millionen Franken gegenüber. Rund 80 Prozent des Betriebsaufwands stellen Personalkosten dar.⁵⁶ Die FINMA ist autonom hinsichtlich Budget und Organisation, wobei der Verwaltungsrat über Budget und Rechnung der FINMA entscheidet. Die Budgetautonomie trägt dazu bei, dass die FINMA flexibel auf neue oder erweiterte Aufgaben reagieren kann (z.B. mit Neueinstellungen).

⁵² Götze, Patrick (2012): Dualistische Bankenaufsicht. Die Prüfgesellschaft im Spannungsfeld zwischen Aufsichtsbehörde und Auftraggeber. Bern: Editions Weblaw, S. 43.

⁵³ Bundesrat (2010): Das Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzkrise – Lehren für die Zukunft. Bericht in Beantwortung des Postulats David und der Motion WAK-N. 12.05.2010.

⁵⁴ FINMA (2009): Reglement über die Organisation der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA.

⁵⁵ Bundesrat (2010): Das Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzkrise – Lehren für die Zukunft. Bericht in Beantwortung des Postulats David und der Motion WAK-N. 12.05.2010.

⁵⁶ Siehe Jahresrechnung FINMA 2012.

Der risikobasierte Aufsichtsansatz und der Einsatz der Prüfgesellschaften (dualistisches Aufsichtssystem) sind wichtige Elemente, um den Aufwand für die FINMA im bestehenden Rahmen zu halten (vgl. dazu Abschnitt 3.2.3).

3.2.3 PROZESSE

Untersuchung und Entscheid

Die FINMA überwacht nur Institute, die eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausüben und die entsprechende Bewilligung erhalten haben. Damit ist die Gruppe der Beaufsichtigten, anders als beim EDÖB oder den Wettbewerbsbehörden, klar bezeichnet und weniger umfangreich. Eine aktuelle Übersicht über sämtliche bewilligten und registrierten Beaufsichtigten findet sich auf der Website der FINMA. 2012 waren der FINMA unter anderem 625 Banken und Raiffeisenbanken, 222 Versicherungsunternehmen und Krankenkassen sowie mehrere Tausend kollektiver Kapitalanlagen unterstellt.⁵⁷

Zentral für den *Aufsichtsprozess* der FINMA sind Auskunfts- und Meldepflichten der Beaufsichtigten.⁵⁸ Dabei unterliegen die Beaufsichtigten einer laufenden Überwachung und sie müssen der FINMA Informationen offenlegen, welche diese zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben benötigt. Weiter müssen die Beaufsichtigten der FINMA unverzüglich Vorkommnisse melden, die für die Aufsicht von wesentlicher Bedeutung sind. Dazu gehören zum Beispiel grosse Verluste, wichtige personelle Veränderungen oder wesentliche Übernahmen.⁵⁹

Die Schweiz setzt Prüfgesellschaften als ihren verlängerten Arm in der Finanzmarktaufsicht ein. Im Jahr 2012 hatten 15 Prüfgesellschaften eine Zulassung zur spezialgesetzlichen Aufsicht/Prüfung von der FINMA.⁶⁰ Die Prüfgesellschaften werden von der FINMA zugelassen, überwacht und von den Beaufsichtigten ausgewählt und finanziert, wobei die Auswahl der Prüfgesellschaft von der FINMA genehmigt werden muss. Die Prüfgesellschaften erfüllen ihre Aufgabe entlang einer vorab festgelegten Prüfstrategie und erstatten der FINMA in erster Linie anhand des jährlichen Aufsichtsberichts Bericht, welchen sie bei der FINMA einzureichen haben.⁶¹ Da die FINMA eine flächendeckende Überwachung sämtlicher beaufsichtigter Institute nicht sicherstellen kann, basiert die Aufsicht auf einem risikobasierten Ansatz. Dabei orientieren sich die Intensität der Aufsicht, der Einsatz der Instrumente und die Frage nach dem Zusammenspiel zwischen direkter Aufsicht und Aufsicht durch die Prüfgesellschaften am Risikoprofil der Beaufsichtigten. So werden diese anhand von vordefinierten Kriterien in fünf Aufsichtskategorien eingeteilt (nach der Risikowirkung für Gläubiger, Anleger, Versicherte, Gesamtsystem und für die Reputation des schweizerischen Finanzplatzes). Zusätzlich durchläuft jedes Institut einen Ratingprozess (Einschätzung der FINMA zur aktuellen Verfassung). In der Finanzmarktprüfverordnung ist festgelegt, dass sich Planung, Durchführung und Festlegung der Prüfungsschwerpunkte der aufsichtsrechtlichen Prüfung an den Risiken der Beaufsichtigten orientieren müssen. Von der Risikobeurteilung

⁵⁷ FINMA (2013): Jahresbericht 2012.

⁵⁸ Vgl. Zulauf, Urs; Eggen, Mirjam (2013): Finanzmarktrecht in a nutshell. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag.

⁵⁹ Vgl. Zulauf, Urs; Eggen, Mirjam (2013): Finanzmarktrecht in a nutshell. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag.

⁶⁰ Die grössten Prüfgesellschaften sind PricewaterhouseCoopers, Ernst & Young, KPMG und Deloitte.

⁶¹ Vgl. Götze, Patrick (2012): Dualistische Bankenaufsicht. Die Prüfgesellschaft im Spannungsfeld zwischen Aufsichtsbehörde und Auftraggeber. Bern: Editions Weblaw.

ist es auch abhängig, ob die FINMA ergänzend zur Aufsicht durch die Prüfungsgesellschaften eigene, gezielte Vor-Ort-Einsätze sowie eigene Erhebungen und Analysen durchführt. Es ist vorgesehen, dass in Zukunft die Aufsicht über die Prüfungsgesellschaften nicht mehr durch die FINMA, sondern durch die Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde (RAB) übernommen wird.⁶²

Wenn die Prüfungsgesellschaft Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen feststellt, dann setzt sie zunächst den Beaufsichtigten eine angemessene Frist zur Behebung. Bei einer Nichteinhaltung dieser Frist (oder bei schweren Verletzungen) wird die FINMA informiert.⁶³

Der *Enforcementprozess* umschreibt die Aktivitäten bei denen die FINMA aufgrund von Hinweisen auf Verstösse gegen Aufsichtsrecht feststellt, ob ein Verstoß effektiv vorliegt und ihr Aufsichtsrecht notfalls mittels Zwangsmassnahmen durchsetzt. Dabei richtet sich das Enforcement primär gegen beaufsichtigte Unternehmen, aber auch gegen solche Unternehmen, die ohne eine notwendige Bewilligung eine Tätigkeit vornehmen, die Bewilligungsträgern vorbehalten ist.

Der Prozess verläuft bei beaufsichtigten Organisationen parallel zur normalen Aufsichtstätigkeit, kann die Aufsicht aber relativ stark berühren. Der Enforcementprozess läuft typischerweise folgendermassen ab:

- Zunächst findet eine Vorabklärung durch die FINMA statt, wenn diese Anzeichen dafür erkennt, dass Finanzmarktgesetze verletzt wurden oder Missstände vorliegen.
- Als nächsten Schritt kann es zu einem eingreifenden Verwaltungsv erfahren (Untersuchung) kommen, bei welchem die FINMA weitgehende Kompetenzen hat. So kann sie von den Parteien alle nötigen Auskünfte und Unterlagen verlangen und auch selbst vor Ort untersuchen und Zeugen befragen.
- Wenn Verstösse festgestellt werden, ordnet die FINMA in einem weiteren Schritt im Rahmen des Enforcement die zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustands notwendigen Massnahmen, falls erforderlich in einer anfechtbaren Verfügung, an. Hierzu gehört beispielsweise die Einziehung unrechtmässiger Gewinne oder – als stärkstes Instrument – der Entzug einer Bewilligung. Die FINMA ist jedoch nicht befugt, Bussen gegen Beaufsichtigte zu verhängen.

2009 hat die FINMA 13 Grundsätze für das Enforcement in einem Dokument zur Enforcement-Policy festgehalten.⁶⁴ Unter anderem ist darin geregelt, dass wenn möglich innerhalb der FINMA nicht die gleichen Personen für die dauernde Aufsicht über Institute und für Enforcement-Verfahren gegen diese verantwortlich sein sollen. Dies wird insbesondere dadurch gewährleistet, dass das „Enforcement“ von einem gleichnamigen Geschäftsbereich übernommen wird.

⁶² Siehe Vorentwurf zum Bundesgesetz betreffend die Bündelung der Aufsichtskompetenzen über Revisionsunternehmen und Prüfungsgesellschaften vom 20. Dezember 2012.

⁶³ Vgl. hierzu das Rundschreiben 2013/3 der FINMA über das Prüfwesen.

⁶⁴ FINMA (2009): Enforcement-Policy der FINMA. Aktualisierte Fassung vom 10. November 2011.

Im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Geldwäscherei spielen zudem Selbstregulierungsorganisationen eine wichtige Rolle bei der Aufsicht. Dabei können sich bestimmte Finanzmarktintermediäre⁶⁵ entweder direkt von der FINMA beaufsichtigen lassen oder sich einer Selbstregulierungsorganisation (SRO) anschließen, welche dann die Einhaltung der gesetzlichen Regelungen überwacht (und selbst wiederum von der FINMA beaufsichtigt wird). Die SRO sind privatrechtlich organisiert und es obliegt der FINMA, eine SRO anzuerkennen oder ihr die Anerkennung zu entziehen. Die SRO legen eigene Reglemente vor (die von der FINMA genehmigt werden müssen).

Weitere Prozesse

Die FINMA reguliert durch Verordnungen, wo dies in der Finanzmarktregulierung vorgesehen ist. In Rundschreiben gibt sie zudem bekannt, wie sie unbestimmte Rechtsbegriffe mit Blick auf ein bestimmtes Thema anzuwenden gedenkt. Bei den Regulierungsprozessen orientiert sich die FINMA an ihren Leitlinien zur Finanzmarktregulierung.⁶⁶

Nicht zum gesetzlichen Auftrag der FINMA gehört die Beratung der Beaufsichtigten. Es liegen damit auch keine Konflikte zwischen Beratung und Aufsicht vor.

Im Dokument „Effektivität und Effizienz in der Aufsicht“ legt die FINMA dar, was aus organisatorischer Perspektive gemacht wird, um auf Entwicklungen im Bankenbereich vorbereitet zu sein. So wurde (im Zuge der Bankenkrise) eine Gruppe „Kapitalmärkte“ gegründet, die spezielles Know-how im Bereich des Investment Banking aufbauen konnte und dieses an die Geschäftsbereiche weiter gibt. Weiter wurde ein gezieltes Wissensmanagement im Bankbereich aufgebaut. Hierzu gibt es monatliche Informationsveranstaltungen wobei Themen aus dem gesamten Geschäftsbereich Banken eingebracht werden können und von einem Team priorisiert werden. Das Themenspektrum reicht von Neuerungen in der Rechnungslegung über spezifische Probleme einer Bank bis zu generellen Diskussionen eines Prüfungsergebnisses.⁶⁷

Laut der Interviewpartnerin der FINMA sei es durch die intensiven Prozesse zur Erkennung der Risiken bei den Beaufsichtigten und aufgrund der laufenden (und je nach Institut auch engen) Begleitung im Rahmen der Aufsicht für die FINMA grundsätzlich gut möglich, auf neue Entwicklungen zu reagieren. Auch trage die Flexibilität in Bezug auf das Personal dazu bei, bei neuen Aufgaben angemessen reagieren zu können. Positiv wird weiter gesehen, dass nach dem Aufbau der FINMA systematisch die Prozesse der integrierten Finanzmarktaufsicht definiert und weiterentwickelt wurden.

3.2.4 OUTPUTS

Die FINMA legt in ihren Jahresberichten dar, welche Leistungen erbracht worden sind und wo Schwerpunkte gesetzt wurden. Beispielsweise belief sich die Zahl der Verfügungen des Enforcementausschusses der Geschäftsleitung im Jahr 2012 auf 58. Da ein

⁶⁵ Die Regeln des Geldwäschereigesetzes gelten auch für zahlreiche Unternehmen, die nach den Finanzmarktgesetzen nicht prudenziell beaufsichtigt werden (z.B. Vermögensverwalter und Anlageberater).

⁶⁶ FINMA (2010): Leitlinien zur Finanzmarktregulierung.

⁶⁷ FINMA (2011): Effektivität und Effizienz in der Aufsicht. Aufsichtsinstrumente, Arbeitsprozesse und Organisation in der FINMA.

grosser Teil der Tätigkeit die Aufsicht von Bewilligungsträgern betrifft, ist es schwierig, bei den Outputs einen Vergleich zum EDÖB herzustellen.

Trotz der für die Enforcementprozesse aufgezeigten Instrumente mit repressivem Charakter hat die Finanzmarktaufsicht in der Schweiz traditionell in erster Linie ein präventives Ziel.⁶⁸ So soll die Möglichkeit des Enforcements die beaufsichtigten Akteure davor abschrecken, gegen die Finanzmarktgesetze zu verstossen und bei Gesetzesverletzungen sollen zunächst Massnahmen zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes durchgeführt werden, bevor über Sanktionen verfügt wird. Die Bewilligung, wie sie für die Beaufsichtigten verlangt wird, ist zudem als zentrales präventives Kontrollinstrument der Finanzmarktaufsicht zu betrachten.⁶⁹

Anders als die WEKO informiert die FINMA nicht über einzelne Verfahren, es sei denn, es bestehe dafür ein besonderes aufsichtsrechtliches Bedürfnis (z.B. zum Schutz der Marktteilnehmenden oder Beaufsichtigten).⁷⁰

3.2.5 WIRKUNGEN

Der Bundesrat konstatierte im Februar 2013, dass die FINMA die Voraussetzungen erfüllt, um ihren gesetzlichen Anforderungen nachzukommen.⁷¹ Dabei wird unter anderem bestätigt, dass die FINMA über ein angemessenes Aufsichtskonzept, effiziente Prozesse sowie über einen funktionierenden internen und externen Informationsaustausch verfüge. Der Bundesrat führt weiter auf, dass die FINMA sowohl in quantitativer Hinsicht als auch in qualitativer Hinsicht auf ausreichende personelle Ressourcen zurückgreifen kann. Auch sieht er bei der finanziellen Mittelausstattung keinen Handlungsbedarf.⁷²

Weiter wird begrüsst, dass die FINMA im Nachgang zur Finanzkrise Massnahmen zur Verbesserung der Aufsicht und ihrer Organisation ergriffen hat. Es wird dabei auf den Informationsaustausch innerhalb der FINMA sowie die vermehrte Durchführung von Vor-Ort-Prüfungen (und nicht über Prüfgesellschaften) insbesondere bei Grossbanken hingewiesen.⁷³

Gilardi et al.⁷⁴ stellen fest, dass im Bereich der Banken- und Finanzmarktregulierung eine immer striktere öffentliche Regulierung beobachtet werden kann. So habe die FINMA an Unabhängigkeit, Kompetenzen und Ressourcen gewonnen, wodurch tradi-

⁶⁸ Zulauf, Urs; Eggen, Mirjam (2013): Finanzmarktrecht in a nutshell. Zürich/St. Gallen: Dike Verlag, S. 142.

⁶⁹ FINMA (2012): Strategische Ziele 2013–2016.

⁷⁰ Vgl. Art. 22 FINMAG.

⁷¹ Bundesrat (2013): Stellungnahme des Bundesrates vom 13.02.2013 zum Postulat Graber (12.4095), Externe und unabhängige Beurteilung der FINMA.

⁷² Siehe dazu auch Bundesrat (2010): Das Verhalten der Finanzmarktaufsicht in der Finanzkrise – Lehren für die Zukunft. Bericht in Beantwortung des Postulats David und der Motion WAK-N. 12.05.2010.

⁷³ Bericht des Bundesrates zur Weiterentwicklung der Aufsichtsinstrumente und der Organisation der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA vom 23. Mai 2012.

⁷⁴ Gilardi, Fabrizio; Maggetti, Martino; Servalli, Fabio (2013): Regulierungsbehörden in der Schweiz, in: Ladner, Andreas et al. (Hrsg.): Handbuch der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz. Zürich: Verlag Neue Zürcher Zeitung, S. 212.

tionelle Arrangements, die auf geringen staatlichen Interventionen und Selbstregulierung beruhten, teilweise ersetzt worden sind.⁷⁵

Die interne Organisation der FINMA scheint geeignet, um Wirkungen zu entfalten. Dabei kann die hohe Autonomie und damit die Flexibilität hinsichtlich der Organisation als ein wichtiger Faktor für die Wirkungsentfaltung betrachtet werden. Die Führung als öffentliche Anstalt wird als positiv erachtet, wobei zu beachten ist, dass die FINMA im Vergleich mit dem EDÖB eine ungleich grössere Organisationseinheit darstellt. Jedoch ist es auch im Fall der deutlich kleineren Eidgenössischen Revisionsbehörde (RAB) möglich, diese als öffentliche-rechtliche Anstalt mit einem Verwaltungsrat zu führen.

3.2.6 HERVORZUHEBENDE MERKMALE

Für eine mögliche Weiterentwicklung des EDÖB scheinen die folgenden Elemente aus dem Bereich der FINMA interessant:

- Einbezug von Selbstregulierungsorganisationen und privaten Prüfgesellschaften
- Verwaltungsrat als Kontrollorgan
- Trennung von Aufsicht und Enforcement (vgl. mit Beratung und Durchsetzung bei EDÖB)
- Konzentration auf Aufgaben durch systematische Risikobeurteilung
- Interne „Früherkennung“ von neuen Entwicklungen und internes Wissensmanagement

3.3 KANTON FREIBURG

Als Beispiel für eine kantonale Datenschutzbehörde wird in dieser Fallstudie die kantonale Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz (ÖSDB) des Kantons Freiburg dargestellt. Der Kanton Freiburg wurde aufgrund des in der Schweiz einmaligen Organisationsmodells ausgewählt: Dieses besteht aus einer Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission sowie zwei ihr unterstellten Beauftragten für Datenschutz sowie für Öffentlichkeit und Transparenz.

3.3.1 ENTSTEHUNG UND AUFGABEN

Entstanden ist die Kantonale Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz (ÖSDB) im Zusammenhang mit dem kantonalen Gesetz vom 25. November 1994 über den Datenschutz (DschG). In der Revision des DschG in den Jahren 2007 und 2008 wurde im Zuge der Anpassung der Vorschriften an die Schengen/Dublin-Abkommen das Verfahren bei Nichteinhaltung der Vorschriften (Beschwerderecht der Aufsichtsbehörde, DschG Art. 22a) eingeführt.

⁷⁵ Gilardi, Fabrizio; Maggetti, Martino; Servalli, Fabio (2013): Regulierungsbehörden in der Schweiz, in: Ladner, Andreas et al. (Hrsg.): Handbuch der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz. Zürich: Verlag Neue Zürcher Zeitung, S. 212.

Die Stelle der Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz entstand im Zuge der Schaffung des Gesetzes über die Information und den Zugang zu Dokumenten vom 9. September 2009 (InfoG). Das InfoG trat im Januar 2011 in Kraft. In der Botschaft zum InfoG vom 26. August 2008 begründete der Staatsrat die Schaffung der Stelle einer Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz mit Hinweis auf die Wirtschaftlichkeit dieser Lösung, der Unabhängigkeit der so geschaffenen Behörde und der besonderen Beziehung zwischen Datenschutz und dem Zugang zu Dokumenten.⁷⁶ Einwänden, die Lösung schaffe einen Konflikt zwischen Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip in der Behörde begegnete die Regierung mit dem Argument, dass eine gleichberechtigte Behörde unter der Führung einer einzigen Kommission geeignet sei, gerade diesen Konflikt zu bewältigen.

Im Bereich *Datenschutz* ist die ÖDSB für die Aufsicht über die öffentlichen Datenverarbeitenden zuständig⁷⁷. Der Auftrag wird von der Kommission und der Datenschutzbeauftragten ausgeführt. Die Kommission ist für die Leitung der Datenschutzbehörde zuständig. Die operativen Tätigkeiten übernimmt die Datenschutzbeauftragte⁷⁸.

Die *Datenschutzbeauftragte* nimmt Überwachungs-, Beratungs- und Informationsaufgaben wahr. Sie überwacht und berät Organe, die Daten bearbeiten und informiert die Bevölkerung über ihre Rechte. Ausserdem nimmt sie Stellung zu Gesuchen um Zugriff auf die Einwohnerregisterdaten (FRI-PERS-Stellungnahmen) und zu Gesuchen um Inbetriebnahme von Videoüberwachungsanlagen (VidG-Stellungnahmen). Darüber hinaus ist die Datenschutzbeauftragte für den Austausch mit dem Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) und den kantonalen Datenschutzbehörden (KDSB) besorgt. Das Führen des Registers der Datensammlungen (ReFi) und gehört ebenfalls zum Aufgabenbereich der Datenschutzbeauftragten.

Im Bereich *Öffentlichkeit und Transparenz* ist die ÖDSB für die Umsetzung des Rechts auf Zugang zu amtlichen Dokumenten und die Aufsicht über dasselbe zuständig. Der Zugang zu amtlichen Dokumenten ist im Kantonsgesetz vom 9. September 2009 über die Information und den Zugang zu Dokumenten (InfoG) geregelt. Innerhalb der ÖDSB wird dieser Auftrag von der Kommission und der Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz wahrgenommen. Während die Kommission als Koordinations-, Leitungs- und Aufsichtsorgan fungiert, ist die Beauftragte für Öffentlichkeit und Transparenz für die operativen Aufgaben zuständig (Information, Beratung, Schlichtung). Sofern Gemeinden ein eigenes Fachorgan einsetzen, um die Umsetzung des Zugangsrechts und die Schlichtungsfunktion wahrzunehmen, übt die kantonale Kommission die Oberaufsicht über die kommunalen Fachorgane aus. Über die Beauftragte findet zudem der Austausch mit den entsprechenden Öffentlichkeitsstellen auf Bundes- und Kantonsebene statt. Des Weiteren ist sie Schlichtungsorgan, wenn Betroffenen

⁷⁶ Botschaft Nr. 90 des Staatsrats an den Grossen Rat zum Gesetzesentwurf über die Information und den Zugang zu Dokumenten (InfoG), 26. August 2008, Freiburg.

⁷⁷ Die gesetzliche Grundlage für diesen Auftrag bilden das kantonale Gesetz vom 25. November 1994 über den Datenschutz (DschG), sowie die Verordnung vom 14. Juni 2010 über die Informatikplattform für die Einwohnerregisterdaten und das kantonale Gesetz vom 7. Dezember 2010 über die Videoüberwachung inklusive der dazugehörigen Verordnung vom 23. August 2011.

⁷⁸ Tätigkeitsbericht 2012 der Kantonalen Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz ÖDSB.

Zugang zu öffentlichen Dokumenten verwehrt wird, oder diese die Veröffentlichung eines Dokuments verhindern möchten.⁷⁹

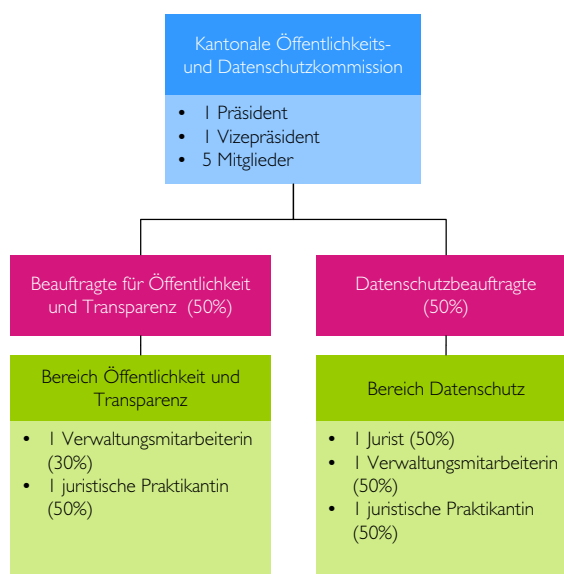
3.3.2 STRUKTUR

Wir beschreiben die Struktur der Behörde und ihre personelle Ausstattung.

Organisation

Die kantonale Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz (ÖDSB) ist eine von der Verwaltung unabhängige Behörde, die administrativ der Staatskanzlei zugewiesen ist. Die Behörde setzt sich aus der Kommission, der Beauftragten Datenschutz und der Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz zusammen. In der Darstellung D 3.3 ist das Organigramm der ÖDSB abgebildet.

D 3.3: Organigramm ÖDSB Kanton Freiburg



Quelle: eigene Darstellung auf Grundlage von http://www.fr.ch/atprd/de/pub/ueber_uns/organisation.htm

Die *Kommission* besteht aus einem Präsidenten, einem Vizepräsidenten und fünf weiteren Mitgliedern. Ihr obliegt die strategische Leitung der Öffentlichkeits- und Datenschutzbehörde. Sie koordiniert zwischen den Erfordernissen des Datenschutzes und der Ausübung des Rechts auf Zugang zu amtlichen Dokumenten, nimmt Stellung zu Gesetzesentwürfen, welche den Bereich des Datenschutzes oder der Öffentlichkeit und Transparenz betreffen und evaluiert die Wirksamkeit und die Kosten der Umsetzung des Rechts auf Zugang zu amtlichen Dokumenten. Die *Beauftragten* für Öffentlichkeit und Transparenz sowie für Datenschutz leiten jeweils ihren Arbeitsbereich selbständig.

Personal

Die *Kommission* wird vom Grossen Rat auf Vorschlag des Staatsrates für eine Amtsperiode von vier Jahren gewählt. Die Mitglieder können maximal drei Mal wiederge-

⁷⁹ Tätigkeitsbericht 2012 der Kantonalen Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz ÖDSB.

wählt werden, das heisst maximal vier Amtsperioden absolvieren.⁸⁰ Die Kommissionsmitglieder arbeiten im Milizsystem. Bisher stellte sich dadurch aber nie ein Rekrutierungsproblem. Aktuell ist die Kommission wie folgt zusammengesetzt: Das Präsidium liegt bei einem Richter, das Vizepräsidium bei einem Informatikingenieur. Weitere Kommissionsmitglieder sind eine Rechtsprofessorin, ein Professor für Kommunikationswissenschaften, eine Journalistin, ein Mediziner und ein Notar. Die Kommission fasst ihre Beschlüsse nach dem Mehrheitsprinzip. Für einen Beschluss müssen mindestens 4 Mitglieder anwesend sein.⁸¹ 2012 hielt die Kommission acht Sitzungen ab. Das Arbeitspensum des Präsidenten über das ganze Jahr betrug ca. 120 Stunden. Die Kommissionsmitglieder werden für den Aufwand pauschal mit einem Tagesansatz entschädigt, der zwischen 150 bis 240 Franken liegt. Entschädigungen für spezielle Aufgaben sind möglich.⁸²

Datenschutzbeauftragte ist seit April 2013 die Juristin und frühere Richterin Alice Reichmuth Pfammatter. Sie übernahm das Amt von Dominique Nouveau Stoffel, die fast 20 Jahre als Datenschutzbeauftragte tätig war. Die Datenschutzbeauftragte wird vom Staatsrat nach Stellungnahme der Kommission auf unbestimmte Zeit ernannt⁸³ Das Pensum der Datenschutzbeauftragten beträgt 50%.⁸⁴

Die Beauftragte für *Öffentlichkeit und Transparenz* ist seit September 2010 die Kommunikationsspezialistin Annette Zunzer Raemy. Sie wird im selben Verfahren wie die Datenschutzbeauftragte auf unbestimmte Zeit ernannt⁸⁵ und ist in einem Teilzeitpensum von 50% angestellt.⁸⁶

Das Sekretariat der ÖDSB besteht aus einer Verwaltungssachbearbeiterin, im welche im zu 30% für den Bereich Öffentlichkeit und Transparenz und zu 50% für den Bereich Datenschutz tätig ist, sowie einem Juristen im 50% Pensum.⁸⁷ Insgesamt ist die ÖDSB auf der operativen Ebene mit 230 Stellenprozenten dotiert (ohne die juristische Praktikumsstelle (100%), die auf die beiden Bereiche aufgeteilt wird).

Die Teilung der operativen Verantwortung in Datenschutz sowie Öffentlichkeit und Transparenz hat es nach Aussagen der Beauftragten ermöglicht, juristische Kompetenz und Fachwissen im Bereich der Kommunikation auf der Führungsebene der Behörde zu vereinen. Dies stellt aus Sicht der Verantwortlichen eine Stärke des Modells dar.

⁸⁰ Art. 30 Abs. 1 DSchG; Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes vom 22. September 1982 betreffend die Dauer der öffentlichen Nebenämter.

⁸¹ Art. 9 des Reglements über die Organisation und die Arbeitsweise der kantonalen Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission.

⁸² Verordnung vom 16. November 2010 über die Entschädigung der Mitglieder der Kommissionen des Staates.

⁸³ vgl. auch Art. 31 des kantonalen Gesetzes über den Datenschutz (DSchG).

⁸⁴ Tätigkeitsbericht 2012 der Kantonalen Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz ÖDSB.

⁸⁵ vgl. auch Art. 41 des kantonalen Gesetzes über die Information und den Zugang zu Dokumenten (InfoG).

⁸⁶ Tätigkeitsbericht 2012 der Kantonalen Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz ÖDSB.

⁸⁷ Art. 16 des Reglements über die Organisation und die Arbeitsweise der kantonalen Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission;

Einbettung in die Verwaltung und Unabhängigkeit

Die Kantonale Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz (ÖDSB) ist eine unabhängige Behörde, die einer Direktion administrativ zugewiesen ist.⁸⁸ Früher war das Justizdepartement für die ÖDSB zuständig, heute ist die ÖDSB administrativ der Staatskanzlei zugewiesen. Auslöser dieser Änderung war die Ausweitung des Tätigkeitsbereichs der ÖDSB im Jahr 2011. Die Unabhängigkeit der ÖDSB wurde 2012 in einem Rechtsgutachten der Universität Freiburg bestätigt. Dieses wurde aufgrund einer Meinungsverschiedenheit zwischen dem Staatsrat und der ÖDSB erstellt. Anlass war ein von der ÖDSB publiziertes Informationsblatt über die Kontrollen im Bereich der Sozialhilfe.⁸⁹ Der Staatsrat stellte sich auf den Standpunkt, dass die proaktive Publikation unter Umgehung der zuständigen Verwaltung nicht gesetzeskonform sei. Das Gutachten widersprach dieser Ansicht und bestätigte die Unabhängigkeit des ÖDSB von Regierung und Verwaltung mit folgender Begründung: „Die Aufsichtsbehörde des Kantons Freiburg ist berechtigt, ein allgemein gehaltenes Informationsblatt zu einem datenschutzrechtlich relevanten Aspekt der breiten Öffentlichkeit auf dem Internet zugänglich zu machen. Sie braucht hierfür weder den Staatsrat noch die Justiz- und Sicherheitsdirektion oder die fachlich zuständige Direktion vorgängig zu kontaktieren und deren Einverständnis betreffend Form und Inhalt der vorgesehenen Publikation einzuholen. Hätten die Direktion oder der Staatsrat die Möglichkeit, der Aufsichtsbehörde hinsichtlich der Erfüllung ihrer gesetzlich übertragenen Aufgaben bestimmte Vorgaben zu machen oder Weisungen erteilen zu können, würde dies in eklatanter Weise gegen den Grundsatz der funktionellen Unabhängigkeit verstossen“.⁹⁰

Ressourcen

Die ÖDSB verfügt über ein eigenes Globalbudget.⁹¹ Dieses wird von der ÖDSB über die Staatskanzlei in den Budgetprozess eingebracht, vom Staatsrat bei der Beratung des kantonalen Budgets beraten und dem Grossen Rat zur Genehmigung unterbreitet. Der Staatsrat entscheidet über die Höhe des Budgets des ÖDSB, das dem Grossen Rat zur Beratung und definitiven Entscheid vorgelegt wird. Im Jahr 2012 betrug das Budget der ÖDSB 473'050 Franken.⁹² Die Behörde verfügt über keine Einnahmen, da sie keine Bussen oder Strafen aussprechen kann.

Das Budget (Personalbudget) im Bereich Datenschutz wird von der Datenschutzbeauftragten als zu gering betrachtet. Begründet wird dies mit der Zunahme der Aufgaben seit der Schaffung der Stelle (zum Beispiel Behandlung von Gesuchen über die Inbetriebnahme von Videoüberwachungen). Eine Erhöhung des Personalbudgets der Datenschutzbeauftragten um total 60 Stellenprozent wurde unlängst abgelehnt. Aufgrund beschränkter Mittel und der Arbeitsbelastung wurde das Register der Datensammlun-

⁸⁸ Art. 32 des kantonalen Gesetzes über den Datenschutz (DSchG).

⁸⁹ Vergleiche Ausführlich dazu Waldmann B, Sielmann A. (2010): Unabhängigkeit der kantonalen Aufsichtsbehörde für Datenschutz, Rechtsgutachten im Auftrag der Sicherheits- und Justizdirektion des Kantons Freiburg, Institut für Föderalismus, Universität Freiburg, Freiburg.

⁹⁰ Waldmann B, Sielmann A. (2010): Unabhängigkeit der kantonalen Aufsichtsbehörde für Datenschutz, Rechtsgutachten im Auftrag der Sicherheits- und Justizdirektion des Kantons Freiburg, Institut für Föderalismus, Universität Freiburg, Freiburg.

⁹¹ Art. 32, Abs. 3 des kantonalen Gesetzes über den Datenschutz (DSchG).

⁹² Staatsrechnung Kanton Freiburg 2012.

gen im Jahr 2012 nicht mehr weitergeführt.⁹³ Das Budget der Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz wird von der Beauftragten als ausreichend betrachtet.

3.3.3 PROZESSE

Wir schildern im Folgenden die Abläufe bei Kontrollen durch die Datenschutzbeauftragte respektive den Ablauf bei Gesuchen um Einsichtnahme in Akten der Verwaltung.

Kontrollen zur Einhaltung des Datenschutzes⁹⁴

Der Kontrollprozess lässt sich wie folgt beschreiben:

- Die Datenschutzbeauftragte wählt anhand eines Kriterienkatalogs die zu untersuchende öffentliche Behörde aus. Die Auswahl erfolgt risikoorientiert. Die Kommission kann Einfluss auf die Wahl nehmen. Bisher hat sie von diesem Recht aber nie gebrauch gemacht.
- Die Datenschutzbeauftragte führt vor Ort die Untersuchung durch. Ziel ist dabei nicht nur die Kontrolle sondern auch die Sensibilisierung der ausgewählten Behörde, deren Information und allenfalls Beratung.
- Im Anschluss an die Untersuchung verfasst die Datenschutzbeauftragte einen Bericht zuhanden der Kommission.
- Die Kommission kann auf Grundlage des Berichts Empfehlungen erarbeiten, welche sie der untersuchten Behörde mitteilt.
- Die Behörde als Empfängerin der Empfehlung ist verpflichtet, der Kommission ihren Entscheid bezüglich der Umsetzung der Empfehlungen innerhalb einer festgelegten Frist mitzuteilen.
- Entscheidet eine Behörde, den Empfehlungen der Kommission nicht oder nur teilweise Folge zu leisten, kann die Kommission beim Verwaltungs- oder Kantonsgericht dagegen Beschwerde einreichen.

Zugang zu öffentlichen Dokumenten

Gemäss Artikel 23ff. des Gesetzes vom 25. November 1994 über den Datenschutz (DSchG) kann jede Person von einem Amt Einsicht in die eigenen, persönlichen Daten inklusive einer Beschreibung der betreffenden Datensammlung verlangen. Auf dasselbe Gesetz stützt sich auch das Recht auf den Zugang zur eigenen Krankengeschichte. Jede Person kann aber auch eine Sperrung ihrer persönlichen Daten verlangen, so dass die Weitergabe an Privatpersonen auch zu Forschungszwecken unzulässig wird.

Der Prozess von der Gesuchstellung zur Einsichtnahme oder Sperrung persönlicher Daten bis zu einem möglichen Schlichtungsverfahren lässt sich wie folgt beschreiben:

⁹³ Tätigkeitsbericht 2012 der Kantonalen Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz ÖDSB.

⁹⁴ Tätigkeitsbericht 2012 der Kantonalen Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz ÖDSB, Vorgehen bei geplanten Kontrollen und Art. 22a des kantonalen Gesetzes über den Datenschutz (DSchG).

- Es wird ein Gesuch bei einer Behörde um Einsichtnahme in Dokumente gestellt. Um die Gesuchstellung zu erleichtern, stellt die ÖDSB im Internet ein Gesuchformular zur Verfügung, welches Betroffene verwenden können.⁹⁵

Die betroffene Behörde muss das Gesuch beurteilen und innerhalb von 30 Tagen eine Antwort erteilen. Diese Frist kann aber auch verlängert werden.

- Entsteht im Rahmen des Zugangs zu öffentlichen Dokumenten Uneinigkeiten zwischen Gesuchsteller und Behörde, können die Gesuchsteller bei der Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz einen Antrag auf ein Schlichtungsverfahren stellen. Dieses kann beantragt werden, wenn die betroffene öffentliche Behörde den Zugang zum geforderten Dokument verweigert oder beschränkt, die betroffene Behörde nicht innerhalb der vorgeschriebenen Frist Stellung nimmt, oder eine Behörde einem Gesuchsteller den Zugang zu einem Dokument gewähren möchte, welches persönliche Daten von Drittpersonen enthält, welche mit der Veröffentlichung nicht einverstanden sind. Um einen Schlichtungsantrags zu erleichtern, stellt die ÖDSB auf ihrer Website einen Musterbrief zur Verfügung.
- Wird im Schlichtungsverfahren keine für alle Beteiligten zufriedenstellende Lösung gefunden, schreibt die Beauftragte eine Empfehlung zuhanden der beteiligten Behörde. In der Ausübung der Schlichtungsaufgabe hat die Beauftragte für Öffentlichkeit und Transparenz keine Kompetenz, Entscheide durchzusetzen.
- Die betroffene öffentliche Behörde muss entscheiden, ob sie den Empfehlungen der Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz Folge leisten möchte oder nicht.
- Der Entscheid der Behörde kann von den beteiligten Personen und der kantonalen Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission, welche über den Entscheid der Organe informiert wird, angefochten werden sofern Personendaten betroffen sind.⁹⁶

Zusammenarbeit Kommission und Beauftragte

Die operative Trennung zwischen Datenschutz und Transparenz/Öffentlichkeit hat sich nach Ansicht der beiden Beauftragten bewährt. In Fällen, wo beide Bereiche betroffen sind und ein potentieller Zielkonflikt zwischen Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip bestehen kann, werden gemeinsame Dossier eingerichtet und diskutiert. So können Argumente des Datenschutz und des Öffentlichkeitsprinzip gleichermassen einfließen. Wichtige Fälle werden unter Beteiligung des Präsidenten der Kommission besprochen. Dieses Verfahren erlaubt eine optimale Abwägung verschiedener Argumente, erfordert aber auch einen gewissen Aufwand.

Zwischen den Beauftragten und den Kommissionsmitgliedern besteht ein Austausch: Insbesondere können die Kommissionsmitglieder auf Grund ihres jeweiligen beruflichen Hintergrunds wichtige Impulse und Hinweise an die Beauftragten übermitteln.

3.3.4 OUTPUTS

Im Folgenden stellen wir kurz wichtige Leistungen der Verwaltung dar.

⁹⁵ <http://www.fr.ch/atprd/de/pub/publikationen/oeffentlichkeit/zugangsgesuch_.htm>, Zugriff: 06.08.2013.

⁹⁶ <http://www.fr.ch/atprd/de/pub/faq/oeffentlichkeitsprinzip/drittpersonen_vom_zugangsgesuc.htm> und <<http://www.fr.ch/atprd/de/pub/faq/oeffentlichkeitsprinzip/mediation.htm>>. Zugriff: 07.08.2013

Aktivitäten der Datenschutzbeauftragten

2012 behandelte die Datenschutzbeauftragte insgesamt 282 Dossiers. Sie nahm sechs Kontrollen und Inspektionen vor und kontrollierte dabei eine zentrale Einheit der Kantonsverwaltung, führte eine Untersuchung von Webcams durch und machte Nachkontrollen bereits früher kontrollierten Organen. Zudem war sie in 166 Fällen beratend tätig und prüfte in 27 Fällen gesetzliche Bestimmungen. Der Schwerpunkt der Arbeit der Datenschutzbeauftragten liegt damit in der beratenden Tätigkeit. In 94 der 282 Dossiers waren kantonale Ämter betroffen, in 45 Gemeinden oder Pfarreien, in 113 Privatpersonen und private Institutionen und in 30 Fällen andere öffentlich-rechtliche Organe.⁹⁷

Das Register der Datensammlungen (ReFi) wird seit 2006 online geführt. Die Führung des Registers ist Aufgabe der Datenschutzbeauftragten. Aufgrund beschränkter Mittel konnte das Register 2012 nicht weitergeführt werden. Momentan sind 1'165 Datensammlungen angemeldet.⁹⁸

Aktivitäten der Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz:

Die Haupttätigkeit der Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz ist ebenfalls die Informationsvermittlung bzw. die Beratung. Die Beauftragte behandelte 2012 75 Dossiers, wovon 29 Auskunftsbegehren waren. Zudem beschäftigte sie sich mit 25 Gesetzgebungsangelegenheiten und führte 3 Schlichtungsverfahren durch. 2011 wurden 7 Schlichtungsverfahren durchgeführt, wovon der Konflikt in drei Fällen nicht durch die Anhörung der beteiligten Parteien beigelegt werden konnte und die Beauftragte deshalb Empfehlungen zuhanden der betroffenen Behörde formulieren musste. 32 der 75 behandelten Dossiers betrafen neben dem Öffentlichkeits- und Transparenzgesetz auch den Datenschutz.

Kommunikation

Die ÖDSB kommuniziert über ihre Website, sowie über die halbjährlich veröffentlichten Newsletter und jährlich veröffentlichten Tätigkeitsberichte. Auf der Website werden auch Links zu Presseartikeln über die ÖSDB sowie Medienmitteilungen publiziert.⁹⁹

Sowohl die Datenschutzbeauftragte wie auch die Beauftragte für Öffentlichkeit und Transparenz unterhalten auf Stufe Departemente wie auf Stufe Dienststellen ein Netz von Kontaktstellen innerhalb der Verwaltung. Es handelt sich dabei um Personen, die sich in ihrem Verwaltungsbereich mit Fragen des Datenschutzes und des Öffentlichkeitsprinzips auseinander setzen. Die Kontaktpersonen erlauben es der ÖDSB, gezielt Informationen und Beratung zu verteilen respektive anzubieten. Es finden jährlich ein bis zwei Treffen zwischen den Kontaktstellen und der jeweiligen Beauftragten des ÖDSB statt.

⁹⁷ Tätigkeitsbericht 2012 der Kantonalen Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz ÖDSB.

⁹⁸ Tätigkeitsbericht 2012 der Kantonalen Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz ÖDSB.

⁹⁹ Tätigkeitsbericht 2012 der Kantonalen Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz ÖDSB.

3.3.5 WIRKUNGEN

Die Wirkungen im Bereich des Datenschutzes sind schwierig einzuschätzen. Die Behörde geht davon aus, dass ein Effekt vorliegt, der sich an Hand der Anfragen aus der Bevölkerung und der Verwaltung feststellen lässt.

Im Rahmen der Evaluation der Wirksamkeit und der Kosten der Umsetzung des Rechts auf Zugang zu amtlichen Dokumenten hat die kantonale Öffentlichkeits- und Datenschutzkommission festgestellt, dass ein reales Interesse am neuen Gesetz (InfoG) bestehe. Gemäss Einschätzung der Behörde funktionieren die Informationsvermittlung und die Beratung der Verwaltung gut. Über das Netzwerk in der Verwaltung ist diese zudem sensibilisiert in Hinblick auf das Öffentlichkeitsprinzip und die Transparenz. Die Einführung des InfoG habe zudem keine grosse Mehrbelastung für das Personal der betroffenen Organe ausgelöst.¹⁰⁰

3.3.6 HERVORZUHEBENDE MERKMALE

Folgende Merkmale erscheinen uns prüfenswert in Hinblick auf die Fragestellung der Untersuchung:

- Trennung der Bereiche Öffentlichkeitsprinzip und Datenschutz auf der operativen Ebene durch die Schaffung einer Beauftragten für Datenschutz und einer Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz.
- Koordination des Datenschutz und des Öffentlichkeitsprinzips mittels gemeinsamer Dossiers und Durchführung trilateraler Sitzungen.
- Schaffung einer (Miliz-) Kommission, der verschiedene Fachleute angehören, die Impulse für die Arbeit der Behörde geben können und diese auch beaufsichtigt.
- Periodische risikoorientierte Kontrollen der Behörden im Bereich des Datenschutz auf Basis eines Kriterienkatalogs.

¹⁰⁰ Tätigkeitsbericht 2012 der Kantonalen Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz ÖDSB.

Das Kapitel 0 ist den Fallstudien zu den drei ausländischen Datenschutzbehörden (Spanien, Niederlande, Schweden) gewidmet.

4.1 SPANIEN (AEPD)

In diesem Kapitel wird die spanische Datenschutzbehörde, die *Agencia Española de Protección de Datos* (AEPD), vorgestellt.

4.1.1 ENTSTEHUNG UND AUFGABEN

Das erste spanische Datenschutzgesetz wurde 1992 verabschiedet und als Folge davon wurde 1993 die spanische Datenschutzbehörde AEPD gegründet. Diese bestand zunächst aus einigen wenigen Personen und entwickelte sich über die Jahre zu einer Behörde mit etwa 150 Angestellten. Die Aufgabenteilung innerhalb der AEPD hat sich jedoch über die Jahre nur wenig geändert und die heutigen organisatorischen Einheiten entsprechen weitgehend denen der ursprünglichen Organisation. Die grösste organisatorische Veränderung seit 1993 war die Schaffung der Abteilung internationale Zusammenarbeit.

Der Sitz der AEPD ist in Madrid und sie ist für den Datenschutz im gesamten Staatsgebiet Spaniens zuständig. Die Aufgaben der spanischen Datenschutzbehörde umfassen die *Überwachung* der Einhaltung des Datenschutzgesetzes sowohl von öffentlichen als auch privaten Datenbearbeitern, das Erteilen von *Bewilligungen* für Datenbearbeitungen, das Beantworten von *Anfragen* betroffener Personen, die *Information* der BürgerInnen über ihre Rechte im Zusammenhang mit dem Schutz persönlicher Daten, das Aussprechen von *Sanktionen* bei Verletzungen des Datenschutzgesetzes, das Führen des *zentralen Datenregisters* und die Information der Öffentlichkeit über dasselbe sowie die Überwachung von *internationalem Datenaustausch* und die internationale Zusammenarbeit im Datenschutz. Die Aufsicht über öffentliche Datenbearbeiter der 17 autonomen Regionen Spaniens kann von regionalen Datenschutzbehörden übernommen werden, welche jedoch nur in den zwei Regionen Katalonien und Baskenland vorhanden sind. In den anderen Regionen, in denen keine regionalen Datenschutzbehörden existieren, übernimmt die AEPD diese Kompetenz.

Die AEPD hat keine Aufgaben im Bereich des Öffentlichkeitsgesetzes. Bis heute existiert in Spanien keine entsprechende Behörde. Ein Gesetzesentwurf, welcher die Gründung einer Behörde für den Schutz der Informationsfreiheit vorsieht, wird momentan im Parlament diskutiert. Ob diese Behörde als eigene unabhängige Organisation geschaffen oder in eine andere Behörde integriert würde, ist noch nicht festgelegt. Die aktuellen Diskussionen deuten laut dem Interviewpartner der AEPD jedoch darauf hin, dass es sich wohl um eine separate unabhängige Behörde handeln wird. Die Organisation dieser Behörde könnte insofern ähnlich aufgebaut sein wie die der AEPD, als dass auch hier die Behörde auf nationaler Ebene durch regionale Behörden ergänzt wird.

Pläne, die Struktur oder die Aufgabengebiete der AEPD zu verändern, gibt es aktuell keine. Laut dem Interviewpartner der AEPD ist es aufgrund der spanischen Gesetzgebung schwierig, Änderungen in der Organisationsstruktur umzusetzen, weswegen Anpassungen aufgrund neuer oder veränderter Aufgabengebiete meist innerhalb der jetzigen Struktur geregelt werden.

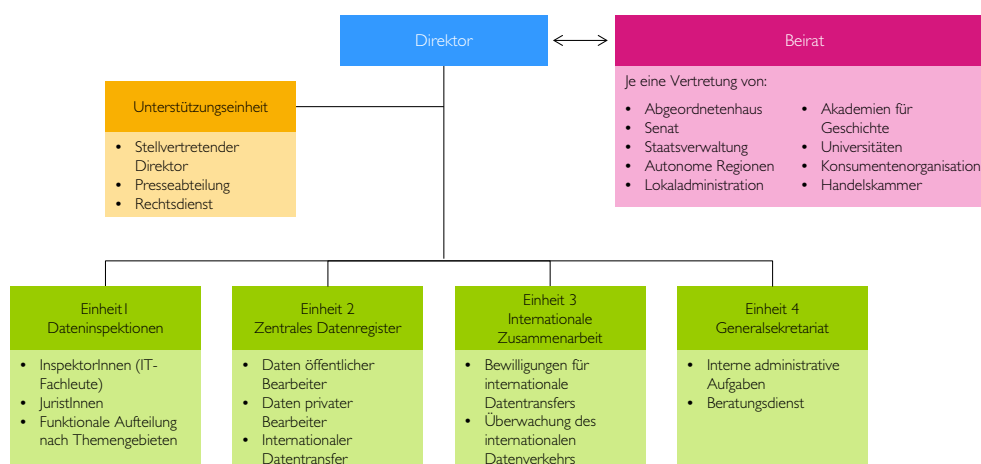
4.1.2 STRUKTUR

Der vorliegende Abschnitt beschreibt die organisatorische Struktur der spanischen Datenschutzbehörde.

Organisation

Die AEPD wird von einem Direktor oder einer Direktorin geleitet. Die Behörde ist in die vier Untereinheiten Dateninspektionen, zentrales Datenregister, internationale Zusammenarbeit und Generalsekretariat gegliedert. Ausserdem kann der Direktor auf eine Unterstützungseinheit zurückgreifen, welcher auch sein Stellvertreter angehört. Die Organisation wird ergänzt durch einen Beirat (Consejo consultivo) mit neun Mitgliedern, welcher eine beratende Funktion für den Direktor hat. Die untenstehende Darstellung zeigt das Organigramm der AEPD.

D 4.1: Organigramm AEPD



Quelle: eigene Darstellung nach <https://www.agpd.es/portalwebAGPD/conozca/estructura_funciones/index-ides-idphp.php>, Zugriff: 15. Juli 2013.

Der Direktor der AEPD verfügt über weitreichende Kompetenzen und ist an keine Weisungen von aussen gebunden. Er muss lediglich Vorschläge des Beirats für die Ausführung seiner Aufgaben anhören. Er kann das sofortige Einstellen von privaten und öffentlichen Datenbearbeitungen verlangen. Wird dieser Aufforderung nicht innert dreier Tage Folge geleistet, kann der Direktor eine Sperrung des betreffenden Datenregisters verfügen. Er hat ausserdem die Kompetenz, Untersuchungen einzuleiten und Inspektionen anzuordnen und Sanktionen für Verstösse gegen das Datenschutzgesetz auszusprechen. Schliesslich ist der Direktor auch für die Autorisierung von internationalen Datentransfers zuständig.

Der Beirat zählt neun Mitglieder und setzt sich wie folgt zusammen:

- Ein Mitglied des Abgeordnetenhauses
- Ein Mitglied des Senats
- Ein Mitglied der Staatsverwaltung, der vom Justizminister bestimmt wird
- Eine Vertretung der autonomen Regionen
- Eine Vertretung der lokalen Administration (Provinzen und Gemeinden)
- Ein Mitglied der königlichen Akademie für Geschichte
- Ein/eine ExpertIn für automatisierte Datenbearbeitung, der/die vom Rat der Universitäten bestimmt wird
- Ein Mitglied der spanischen Konsumentenorganisation
- Ein Mitglied, das von der Handelskammer bestimmt wird.

Der Beirat dient dem Direktor als Beratungsorgan und wird von ihm in allen wichtigen Fragen konsultiert. Umgekehrt kann der Beirat dem Direktor Vorschläge für das Vorgehen in allen den Datenschutz betreffenden Themen machen. Diese sind jedoch für den Direktor nicht bindend. Die Mitglieder des Beirates sollen als Vertretende der jeweiligen Institutionen deren Interessen in Datenschutzangelegenheiten in den Entscheidungsprozess einbringen. Der Beirat wird auf Wunsch des Direktors zu Sitzungen einberufen, wenn spezifische Fragen auftauchen, jedoch mindestens alle sechs Monate. Eine Sitzung kann auch von der Mehrheit der Beiratsmitglieder verlangt werden.

Die Unterstützungseinheit des Direktors besteht aus dem Rechtsdienst, dem Sekretariat des stellvertretenden Direktors und der Presseabteilung. Ausserdem sind in dieser Abteilung einige Mitarbeitende beschäftigt, welche dem Direktor für spezifische Aufgaben wie beispielsweise die Erarbeitung von Richtlinien zur Verfügung stehen.

Die Abteilung Dateninspektionen beschäftigt einerseits InspektorInnen, welche üblicherweise IT-Fachleute sind, und andererseits JuristInnen, die für die rechtliche Abwicklung der Untersuchungen zuständig sind. Mit der zunehmenden Anzahl von Fällen wurde zudem eine thematische Gliederung der Abteilung vorgenommen. So sind aktuell die meisten Mitarbeitenden der Abteilung Dateninspektionen auf Fälle in bestimmten Themenbereichen wie beispielsweise Telekommunikation oder Videoüberwachung spezialisiert. Zudem verfügt die Abteilung über eine Koordinationsstelle, welche die Beschwerden entgegennimmt und nach einer ersten Durchsicht den entsprechenden Themenbereichen und Untersuchungsarten zuordnet.

Die Abteilung zentrales Datenregister führt das Register, in welchem jedes Datenablagensystem in Spanien registriert werden muss. Sie ist in drei Bereiche für öffentliche und private Datenbearbeitungen sowie internationalen Datentransfer eingeteilt.

Das Erteilen von Bewilligungen für internationale Datentransfers und die Überwachung des internationalen Datenverkehrs werden von der Abteilung internationale Zusammenarbeit geregelt.

Das Generalsekretariat schliesslich ist für alle internen administrativen Belange zuständig und beinhaltet den Beratungsdienst für Bürgerinnen und Bürger.

Personal

Laut dem Jahresbericht der AEPD zählte diese 2011 160 Angestellte, 91 Frauen und 69 Männer, welche alle in Vollzeitpensen arbeiten. Über Anstellungen entscheidet der Direktor. Dieser wiederum wird von der Regierung aus den Mitgliedern des Beirates für eine Amtsdauer von vier Jahren ernannt. Er führt sein Amt im Vollzeitpensum aus, eine Teilzeitanstellung ist nicht möglich. Der aktuelle Direktor der AEPD ist seit 2011 José Luis Rodríguez Álvarez.

Die Mitglieder des Beirates werden ebenfalls für vier Jahre gewählt. Die Wahl erfolgt durch die jeweilige Institution, die das Mitglied vertritt (Senat, Abgeordnetenhaus, Universitätsrat usw.). Die Vorschläge der Organisationen werden vom Justizministerium entgegengenommen, welches die Wahl koordiniert. Die formelle Ernennung der Mitglieder erfolgt daraufhin durch die Regierung. Die Mitglieder des Beirates führen ihre Tätigkeit nebenamtlich aus und sind dazu verpflichtet, sich mindestens alle sechs Monate zu einer Sitzung zu treffen.

Anschliessend an die Ernennung der Mitglieder des Beirats wird eines der gewählten Mitglieder von der Regierung zum Direktor ernannt. Der Justizminister macht der Regierung dazu einen Vorschlag für einen passenden Kandidaten und diese unterbreitet den Vorschlag dem Parlament zur Stellungnahme. Das Parlament hat jedoch keine Entscheidungskompetenz für die Ernennung, sondern gibt lediglich seine Meinung zum von der Regierung vorgeschlagenen Kandidaten ab. Es ist grundsätzlich sowohl für den Direktor als auch für die Mitglieder des Beirats möglich, wiedergewählt zu werden und es gibt keine Beschränkung der Anzahl Amtsperioden. Bis jetzt hat jedoch kein Direktor der AEPD sein Amt länger als vier Jahre ausgeführt. Eine verkürzte Amtsdauer der Mitglieder des Beirats kann auftreten, wenn während der Amtsperiode Parlamentswahlen stattfinden und die Vertretenden von Senat oder Kongress abgewählt werden. In diesem Fall ist eine neue Vertretung zu ernennen, welche jedoch nur für die Restdauer der Amtsperiode im Beirat sitzt.

Unabhängigkeit von Direktor und Beirat

Die Unabhängigkeit des Direktors der AEPD ist im Datenschutzgesetz und im Gesetz über die Unabhängigkeit der Staatsverwaltung geregelt. Für den Direktor sind keine Nebenbeschäftigungen erlaubt. Falls ein Senator oder ein Kongressmitglied zum Direktor ernannt wird, tritt diese Person aus dem Parlament zurück und wird ersetzt, dasselbe gilt für die anderen Organisationen, welche im Beirat vertreten sind.

Die Mitglieder des Beirates hingegen sind Interessenvertretende der jeweiligen Organisation, die sie ernennt, und sollen die Meinung dieser Institutionen einbringen. Für sie existieren deshalb keine Einschränkungen für die Ausführung von Nebenbeschäftigungen. Da der Beirat keine Entscheidungskompetenz hat, ist dadurch keine Gefährdung der Unabhängigkeit der AEPD zu befürchten.

Einbettung in die Verwaltung und Unabhängigkeit der Behörde

Die AEPD ist eine unabhängige Organisation, welche keiner staatlichen Autorität zugeordnet ist. Die Behörde wird von der Verwaltung und der Bevölkerung weitgehend als neutral wahrgenommen und geniesst allgemein einen guten Ruf; die Unabhängigkeit wurde bisher laut dem Interviewpartner der AEPD nie in Frage gestellt.

Neben der AEPD existieren in Spanien im Moment zwei regionale Datenschutzbehörden in den autonomen Regionen Katalonien und Baskenland. Diese sind unabhängig in ihrer Arbeit. Ihre Aufgaben sind klar von denjenigen der AEPD abgegrenzt und beschränken sich auf die Aufsicht über die öffentlichen Datenbearbeiter in der jeweiligen Region, während die nationale Behörde für alle privaten Datenbearbeiter und für die nationale Verwaltung zuständig ist. Die regionalen Datenschutzbehörden dürfen ihr eigenes Datenregister führen und amten vor allem als Kontrollbehörden. Der Direktor der AEPD kann die regionalen Behörden regelmässig einbestellen, um Aufgaben zu koordinieren. Ausserdem können die regionalen Behörden und die nationale Datenschutzbehörde gegenseitig Informationen voneinander abfragen, wenn diese zur Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben notwendig sind. Die Kompetenzen der regionalen Behörden können sich je nach Region geringfügig unterscheiden. Grundsätzlich sind regionale Datenschutzbehörden in allen 17 autonomen Regionen Spaniens möglich, jedoch nicht obligatorisch. Bis vor kurzem existierte eine dritte regionale Organisation in Madrid, welche jedoch im letzten Jahr aufgrund von Budgetkürzungen aufgelöst wurde. Pläne für die Schaffung einer neuen regionalen Datenschutzbehörde gibt es in Andalusien. Die Region debattiert zurzeit über einen Gesetzesentwurf, welcher eine gemeinsame regionale Behörde für Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip vorsieht. In den Regionen, in welchen keine regionalen Behörden vorhanden sind, übernimmt die AEPD deren Aufgaben. Die Zusammenarbeit zwischen nationalen und regionalen Behörden im Datenschutz funktioniert laut dem Interviewpartner der AEPD aufgrund der klaren Aufgabenteilung weitgehend konfliktfrei.

Ressourcen

Die AEPD verfügt über ein eigenes Budget, welches sie als Vorentwurf selber erarbeitet und bei der Regierung beantragt. Das Jahresbudget der AEPD ist bis 2009 kontinuierlich gewachsen und betrug in den Jahren 2010 und 2011 konstant rund 14,5 Millionen Euro (ca. 17,9 Millionen Franken). Es gibt keine eigenen Einnahmequellen der AEPD.

Die Einkünfte aus Bussen sind für die Behörde nicht frei verfügbar. Diese können zwar zur Finanzierung des Budgets herbeigezogen werden, die Summe der ausgesprochenen Bussen beeinflusst die Höhe des Budgets jedoch nicht. Es ist laut dem Interviewpartner von der AEPD ein weit verbreitetes Missverständnis, dass sich die Datenschutzbehörde mit den Einkünften aus Bussen finanziert und die Strafen zur Finanzierung ihrer Aktivitäten verhängt.

Dass die AEPD ihr eigenes Budget beantragen kann, ist laut dem Interviewpartner der AEPD essentiell für die Erfüllung ihrer Aufgaben. Jedoch liess die steigende Arbeitsbelastung aufgrund der wachsenden Zahl von Anfragen und Beschwerden und dem grösser werdenden Interesse an Datenschutzfragen die finanziellen und personellen Ressourcen der AEPD in den letzten Jahren immer knapper werden. Eine Erhöhung des Budgets könnte somit zur besseren Erfüllung der Aufgaben beitragen.

4.1.3 PROZESSE

Die AEPD ist mit weitreichenden Kompetenzen ausgestattet und kann präventive Massnahmen bei Verdacht auf die Verletzung des spanischen Datenschutzrechts ergreifen sowie Sanktionen verhängen. Die Behörde kann auf unterschiedliche Weise aktiv werden. So kann der Direktor zu jedem Zeitpunkt einer Untersuchung das sofortige Einstellen einer Datenbearbeitung verlangen. Diese Kompetenz gilt sowohl für öffentliche als auch für private Datenbearbeitungen.

Die AEPD führt abgesehen von allgemeinen Sektor-Inspektionen auf eigene Initiative ausschliesslich Untersuchungen als Reaktion auf Beschwerden durch. Werden die Datenschutzrechte einer natürlichen oder juristischen Person ihrer Meinung nach verletzt, so kann sie bei der AEPD oder bei der zuständigen Behörde der autonomen Regionen Beschwerde einreichen. Die Beschwerden werden zunächst dem entsprechenden Themengebiet zugeordnet und dann auf ihre Wichtigkeit und Beweiskraft geprüft. Wenn zu wenig Evidenz vorhanden ist, um eine Untersuchung durchzuführen oder der Fall mit den der AEPD zur Verfügung stehenden Informationen geklärt werden kann, wird ein *Schnellverfahren* angewendet. Im Rahmen dieses Verfahrens wird vom Direktor eine formelle Entscheidung getroffen, welche von den betroffenen Parteien beim Verwaltungsgericht eingeklagt werden kann. Wenn es sich um komplexere Fälle handelt und ein Verdacht auf Verletzung des Datenschutzgesetzes vorliegt, wird eine *Untersuchung* unter der Leitung eines Inspektors der AEPD eröffnet. Im Rahmen dieser Inspektionen können die Mitarbeitenden der AEPD den Zugang zu Dokumenten und Daten verlangen und es können Durchsuchungen vor Ort angeordnet werden. Die Untersuchung wird mit einem Bericht des zuständigen Inspektors abgeschlossen. Der Abteilungsleitende entscheidet aufgrund dieses Berichts darüber, ob eine *Strafverfolgung* eingeleitet wird. Ist dies der Fall, wird der Fall einem juristischen Mitarbeitenden der AEPD übergeben. Die endgültige Entscheidung über die Rechtmässigkeit der betroffenen Datenbearbeitung muss innerhalb von sechs Monaten nach Erhalt der Beschwerde erfolgen. Falls die Parteien mit dem Entscheid nicht zufrieden sind, können sie den Direktor der AEPD um eine *Neuerwägung* des Falls bitten oder direkt beim *Verwaltungsgericht* klagen.

Spanien hat ein striktes Sanktionssystem mit hohen Bussen. Die Bussen können von der AEPD ausgesprochen werden. Es wird unterschieden zwischen geringfügigen (Bussen von 900–40'000 Euro), schwerwiegenden (Bussen von 40'001–300'000 Euro) und sehr schwerwiegenden Verstössen (Bussen von 300'001–600'000 Euro) gegen das Datenschutzgesetz. Der tatsächliche Betrag der Busse hängt dabei von verschiedenen Faktoren ab, wie der Art der Datenbearbeitung, dem Datenvolumen, den damit erhaltenen Gewinnen, der Reichweite und dem Schaden, der den Betroffenen zugefügt wurde.

Im Bereich des internationalen Datenverkehrs hat der Direktor der AEPD die Kompetenz, Datentransfers zu autorisieren und gegebenenfalls einen Entscheid zum Unterbruch des internationalen Datentransfers zu fällen.

Teilnahme an Gesetzgebungsprozessen

Die Gesetzgebung sieht vor, dass die AEPD an der Entwicklung und Anwendung von Regeln und Normen im Datenschutzbereich beteiligt ist. Die AEPD arbeitet dazu mit

den betreffenden staatlichen Institutionen zusammen und gibt Empfehlungen für Gesetzesänderungen ab.

Zugänglichkeit

Die AEPD hat neben ihren Aufsichtspflichten auch die Aufgabe, auf Anfragen von Betroffenen zu reagieren und die BürgerInnen über ihre Rechte zu informieren. Das Recht für Unternehmen, Individuen und andere Behörden, Zugang zur AEPD zu erhalten, ist gesetzlich festgeschrieben. Gemäss diesem haben alle Personen das Recht, Informationen über persönliche Daten, welche im zentralen Datenregister abgelegt sind, zu erhalten.

Falls eine betroffene Person von einem Datenbearbeitenden Zugang zu Daten verlangt und dieser ihn zurückweist, ist es die Pflicht der Datenbearbeitenden, die betroffene Person über ihr Recht, sich an eine Datenschutzbehörde zu wenden, zu informieren. Die AEPD prüft in diesen Fällen, wieso der Zugang nicht gewährt wurde, und entscheidet darüber, ob die Daten zugänglich gemacht werden müssen.

4.1.4 OUTPUTS

In diesem Abschnitt werden die Aktivitäten der AEPD in den letzten Jahren beschrieben.

Verstösse gegen das Datenschutzgesetz

2011 hat die AEPD rund 5'300 Fälle untersucht. Darunter finden sich sowohl Untersuchungen als auch Schnellverfahren und die zuvor erwähnten Entscheidungen über die Gewährung des Zugangs zu Daten. Es wurden 674 Sanktionen gegen Private und 99 Sanktionen gegen öffentliche Organe ausgesprochen. Der Gesamtbetrag der ausgesprochenen Bussen beläuft sich auf rund 19,5 Millionen Euro (ca. 24,1 Millionen Franken).

Die meisten Verstösse gegen das Datenschutzgesetz wurden 2011 in den Bereichen Telekommunikation, Videoüberwachung und Finanzunternehmen sanktioniert. Diese drei Themenbereiche machen mehr als 50 Prozent der Sanktionen aus.

Zentrales Datenregister

Im zentralen Datenregister sind alle bekannten Datensysteme, welche persönliche Daten enthalten, registriert. Jeder Datenbearbeiter ist dazu verpflichtet, der AEPD die Art der abgelegten Daten und allfällige geplante Weitergaben dieser Daten zu melden. 2011 waren rund 2,6 Millionen Datensysteme registriert, während es 2007 noch 1 Million war. Zugenommen haben vor allem Registrierungen von privaten Datenbearbeitern.

Die regionalen Datenschutzbehörden führen ihre eigenen Register. Damit die öffentlichen Datenbearbeiter in den Regionen ihre Datenablagensysteme nicht doppelt registrieren müssen, existiert in diesem Bereich ein Datenaustausch zwischen den regionalen Behörden und der AEPD.

Beratung

Die Zahl der Anfragen an den Beratungsdienst der AEPD nimmt stetig zu. 2011 wurden rund 135'000 Anfragen entgegengenommen, was einer Zunahme von 28 Prozent gegenüber 2010 entspricht. Die meisten Anfragen gab es zu den Themenbereichen Telekommunikation, Videoüberwachung, Kreditauskünfte, Recht auf Vergessen werden bei Internetbeiträgen, Datenschutz am Arbeitsplatz und persönliche Daten im Gesundheitsbereich.

Präventive Aktivitäten

Die AEPD führt folgende Aktivitäten durch, um Verstößen gegen das Datenschutzgesetz vorzubeugen:

- *Sektor-Inspektionen:* Die AEPD untersucht regelmässig auf eigene Initiative die Ist-Situation im Datenschutz in spezifischen Sektoren. Diese Analysen sollen primär nicht Sanktionsprozesse zur Folge haben, sondern einen Überblick über die Situation und Probleme des untersuchten Sektors geben und dabei helfen, Empfehlungen abzugeben, wie der Datenschutz verbessert werden kann. Der zu untersuchende Sektor wird dabei von der AEPD nach Kriterien wie Aktualität des Themas, Sensibilität der bearbeiteten Daten im Sektor oder Anzahl Beschwerden ausgewählt. Die letzte Sektor-Analyse, die durchgeführt wurde, war eine gross angelegte Inspektion des Gesundheitssektors im Jahr 2010, bei welcher vor allem der Umgang mit sensiblen Daten in Spitälern untersucht wurde.
- *Kampagnen und Informationsmaterialien:* Aktuell entwickelt die AEPD Informationsmaterialien zum Thema Datenschutz im Internet für Kinder und Jugendliche. Weitere Themen, welche in den letzten Jahren in Leitfäden und Richtlinien verarbeitet wurden, sind Videoüberwachung oder Cloud-Computing.
- *Selbstevaluationstool:* Auf der Website der AEPD kann ein Selbstevaluationstool genutzt werden, mit dem ein Datenbearbeiter überprüfen kann, ob seine Datenbearbeitungen dem spanischen Recht entsprechen oder nicht. Das Werkzeug kann kostenlos genutzt werden und besteht aus einem Online-Fragebogen.

Kommunikation nach aussen

Die AEPD hat in den letzten Jahren die Zusammenarbeit mit den Medien verstärkt, mit dem Ziel, Informationen über die Aktivitäten der AEPD zu verbreiten und die BürgerInnen über ihre Rechte im Bereich Datenschutz aufzuklären. Diese Intensivierung der Kommunikationsaktivitäten ging mit einer Zunahme an personellen und finanziellen Ressourcen im Kommunikationsbereich einher und äusserte sich in einer Zunahme der Medienanfragen. 2007 erhielt die AEPD rund 450 Anfragen für Interviews und Information und wurde rund 850 Mal in den Medien zitiert.

4.1.5 WIRKUNGEN

Laut dem Interviewpartner der AEPD ist die Struktur der Behörde sehr gut dazu geeignet, die Ziele der AEPD zu erreichen und den Datenschutz in Spanien zu gewährleisten, und wird von den Mitarbeitenden und der Verwaltung grundsätzlich positiv beurteilt. Die weitreichenden Untersuchungs- und Sanktionskompetenzen sowie die finanzielle und funktionale Unabhängigkeit der Organisation sind dabei die wichtigsten Elemente, um Wirkungen zu erzielen.

Um die Wirkungen der Behörde zu verstärken, würde die AEPD gerne eine aktivere Rolle bei der vertieften Analyse von neuen Technologien, die den Datenschutz beeinflussen, und bei der frühen Erkennung von möglichen Risiken im Zusammenhang mit diesen Technologien einnehmen. Dazu fehlen jedoch momentan die nötigen Ressourcen. Ein Bereich, in dem es schwierig ist, Wirkungen zu erzielen, ist die Strafverfolgung von Unternehmen, welche ihren Sitz ausserhalb der EU haben, aber Daten von spanischen BürgerInnen bearbeiten. Diese können aufgrund der Gesetzgebung kaum für Verstösse gegen das spanische Datenschutzgesetz zur Verantwortung gezogen werden.

Die AEPD ist sowohl Aufsichtsorgan als auch beratende Behörde für Betroffene und Datenbearbeiter. Diese Doppelrolle birgt einen gewissen Konflikt, da es schwierig ist, Sanktionen gegen eine Organisation zu verhängen, die zuvor beraten wurde. Um diesen Konflikt zu entschärfen, versucht die AEPD, die Grenzen ihrer beratenden Aussagen möglichst deutlich aufzuzeigen. Auf diese Weise wird versucht, die beratende Funktion auszuüben, ohne im Fall einer Inspektion weitere Aktivitäten der AEPD zu erschweren. Die beratenden Aussagen sind für die AEPD nicht bindend und die Behörde kann für diese Aussagen nicht zur Rechenschaft gezogen werden. Aufgrund dieser Regelung gelingt es der AEPD laut dem Interviewpartner gut, die Doppelrolle als Aufsichts- und Beratungsorgan wahrzunehmen.

Laut dem Interviewpartner der AEPD ist in der spanischen Bevölkerung ein wachsendes Interesse an Datenschutzthemen zu beobachten. Dieses äussert sich in den steigenden Zahlen von Anfragen und Beschwerden an die AEPD. Die letzten Zahlen über die Bekanntheit stammen aus einer Umfrage im Jahr 2009. Damals kannten 53 Prozent der Bevölkerung die AEPD und ihre Aufgaben.

Der Bericht des SIR¹⁰¹ zitiert eine Studie, in welcher trotz des allgemein hohen Ansehens der AEPD einige Empfehlungen für Verbesserungen vorgeschlagen werden: Die Studie kommt zum Schluss, dass die Prüfung von privaten Datenbearbeitungen auf ihre Gesetzeskonformität gegen Honorar durch die AEPD zwar nicht gegen das Gesetz verstösst, jedoch die Unabhängigkeit und den Ruf der Behörde in Frage stellen könnte. Deshalb wird empfohlen, diese Aktivitäten soweit wie möglich in Grenzen zu halten. Zudem empfehlen die Autoren der Studie, das Datenschutzrecht künftig in einem normalen Gesetz statt in einem Grundlagengesetz (*ley orgánica*) zu regeln, da Änderungen an einem *ley orgánica* schwierig umzusetzen sind, was die Reaktion auf schnelle gesellschaftliche Veränderungen im Datenschutzbereich erschwert.

4.1.6 HERAUSFORDERUNGEN

Folgende gesellschaftliche und technologische Entwicklungen sieht die AEPD als zentrale Herausforderungen für ihre Arbeit in den nächsten Jahren:

- *Vermehrte Verwendung von persönlichen Daten im Internet:* Die meisten Neuerungen im Umgang mit persönlichen Daten können im Zusammenhang mit im Internet angebotenen Dienstleistungen ausgemacht werden. Die Fülle der Angebote und die grosse Masse an Daten machten es für Betroffene schwierig, den Überblick

¹⁰¹ Schweizerisches Institut für Rechtsvergleich (SIR) (2013): Gutachten über Organisationsform und Zuständigkeiten der Datenschutzbehörden in ausgewählten Staaten. Finale Version vom 25. Juli 2013. Lausanne.

zu behalten und die traditionellen Kriterien zur Garantie der Privatsphäre werden oft umgangen. Die Folgen der Verarbeitung von persönlichen Daten zum Beispiel durch Suchmaschinen sind für die InternetnutzerInnen oft nicht nachvollziehbar. Beschwerden von Betroffenen über die Veröffentlichung von persönlichen Daten durch Dritte, beispielsweise in Internetforen oder social media, nehmen zu.

- *Videouberwachungssysteme:* Die Videoüberwachung im öffentlichen Raum hat in Spanien stark zugenommen. Dieser Trend zeigt sich beispielsweise im zentralen Datenregister, in welchem die Zahl der Videoüberwachungssysteme stark angestiegen ist: Während 2003 noch 67 solche Systeme registriert waren, konnten 2007 bereits rund 5'000 gezählt werden. Die Zunahme der Videoüberwachung geht einher mit einer grossen Zahl von Beschwerden gegen die Überwachung. Die Zahl der Untersuchungen der AEPD, welche Videoüberwachung betreffen, ist stark angestiegen und machte 2011 16 Prozent aller Inspektionen aus.
- *Zunehmende Kontrolle am Arbeitsplatz:* Neue Entwicklungen wie Videoüberwachung, die Verwendung von biometrischen Daten sowie Internetzugang und E-Mail-Systeme haben zu einer Häufung der Konflikte bei der Verwendung von persönlichen Daten am Arbeitsplatz geführt. Die Grenzen der Überwachung durch den Arbeitgeber und die Rechte der ArbeitnehmerInnen sind hierbei zentrale Themen der Debatte.
- *Intensivierung des internationalen Datenverkehrs:* Der international Datentransfer nimmt zu. Dies geht mit Risiken und Gefahren einher, vor allem wenn Daten von einem Land mit stark ausgebautem Datenschutz in ein Land mit mangelnden Datenschutzgesetzen transferiert werden. Die Überwachung von internationalen Datentransfers ist deshalb ein prioritäres Thema für die AEPD.

4.1.7 HERVORZUHEBENDE MERKMALE

Vor dem Hintergrund der Fallstudie aus Spanien werden die folgenden Aspekte in Bezug auf die Organisation als geeignet für eine Diskussion zur Verstärkung der Wirkungen des EDÖB erachtet. Sie sollen nicht zuletzt auch Ansatzpunkte für den Workshop mit dem Experten der AEPD im Oktober 2013 bilden:

- Stark ausgebaute Sanktionsmöglichkeiten
- Begegnung Dilemma Beratung–Aufsicht (Unverbindlichkeit bei Beratungen)
- Beirat mit beratender Funktion

Für den Vergleich mit dem EDÖB gilt es insgesamt zu beachten, dass die dezentrale Struktur der Datenschutzbehörden in Spanien nur schwer mit derjenigen in der Schweiz vergleichbar ist, da es in nur zwei Regionen eigenständige Organisationen gibt.

4.2 NIEDERLANDE (CBP)

Die vorliegende Fallstudie ist der Datenschutzbehörde der Niederlande gewidmet.

4.2.1 ENTSTEHUNG UND AUFGABEN

Im Jahr 2001 ist das heute gültige Datenschutzgesetz (Wet bescherming persoonsgegevens) für die Niederlande in Kraft getreten. Es ersetzt das Wet persoonsregistratie aus dem Jahr 1989. Als Datenschutzbehörde ist ihrerseits die Datenschutzkommission (College bescherming persoonsgegevens, CBP) mit Inkrafttreten des Gesetzes aus der Vorgängerorganisation (Registratiekamer) hervorgegangen. Mit der Reform wurden die Kompetenzen der Datenschutzbehörde erweitert, so kann beispielsweise das CBP selbst über Sanktionen verfügen. Heute umfasst das CBP eine Kommission mit drei Mitgliedern, welcher ein Sekretariat von rund 70 Mitarbeitenden zur Verfügung steht.

Das CBP ist für das ganze Staatsgebiet der Niederlande zuständig und hat seinen Sitz in Den Haag. Es gibt keine regionalen Datenschutzbehörden. Die zentrale Aufgabe ist die Überwachung der Einhaltung der Gesetze, die die Verwendung personenbezogener Daten regeln. Neben dem Datenschutzgesetz gehören hierzu das Gesetz über polizeiliche Daten (Wet politiegegevens) sowie das Gesetz über kommunale Datenbanken (Wet gemeentelijke basisadministratie). In den Zuständigkeitsbereich des CBP fallen damit sowohl private, als auch öffentliche Datenverarbeitungen.

Die Aufgaben des CBP liegen in den Bereichen Aufsicht, Beratung und Intervention. Als Aufsichtsbehörde muss das CBP über die Verwendung personenbezogener Daten informiert werden (für Ausnahmen siehe die Vorgaben des Datenschutzgesetzes). Sie kann Untersuchungen durchführen und Verfügungen erlassen. Hierzu gehört auch das Aussprechen von Sanktionen bei Verletzungen des Datenschutzgesetzes. Weitere Tätigkeiten umfassen die Durchführung von Studien, die öffentliche Kommunikation, die Behandlung von Beschwerden, die internationale Zusammenarbeit und die Mitarbeit im legislativen Prozess. Das CBP hat keine Aufgaben im Bereich des Öffentlichkeitsprinzips (in diesem Bereich gilt seit 1980 das Wet Openbaarheid van bestuur). Aufgrund ihrer hohen Unabhängigkeit kann die CBP selbst bestimmen, wo sie Schwerpunkte für ihre Aufgabenerfüllung legen möchte.

Während sich die Organisation in den letzten Jahren nicht wesentlich verändert hat (und auch derzeit keine Veränderung vorgesehen ist), fand im Jahr 2007 ein wichtiger Wandel hinsichtlich der Ausrichtung der Tätigkeit des CBP statt. So wurde die Entscheidung getroffen, dass der Fokus des CBP nicht mehr auf die Beratung von Datenverarbeitenden (auch Einzelberatungen von Unternehmen, Einsitz in Design-Kommissionen), sondern auf die Durchsetzung des Gesetzes gelegt werden soll. Anders als in den Jahren zwischen der Einführung des neuen Gesetzes (2001) und 2007 werden Fragen von einzelnen Datenverarbeitenden heute möglichst so allgemein und unverbindlich beantwortet, dass die Antworten auch von anderen Organisationen genutzt werden können.

Die Schwerpunkte der Arbeit des CBP werden jährlich in einem nicht öffentlichen „policy plan“ festgehalten.

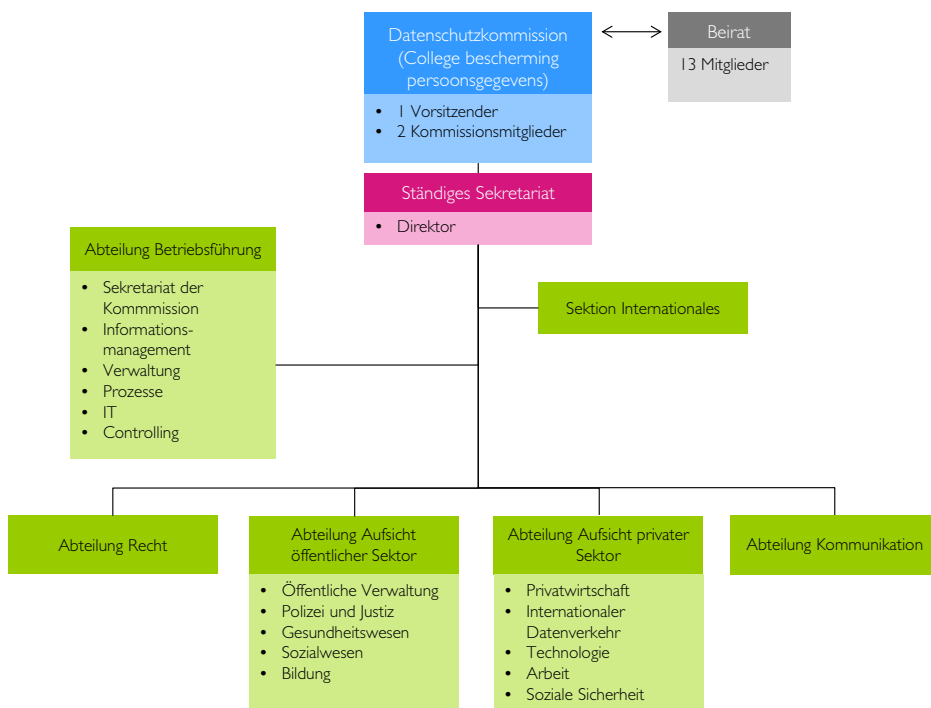
4.2.2 STRUKTUR

Der vorliegende Abschnitt umschreibt die Organisationsstruktur der niederländischen Datenschutzbehörde.

Organisation

Die Leitung des CBP ist Aufgabe der Kommission. Es gibt zudem einen Beirat mit 13 Personen, welcher die Kommission zu generellen Fragen des Datenschutzes berät. Der Kommission steht ein ständiges Sekretariat mit fünf Abteilungen sowie der Sektion Internationales zur Verfügung. Das folgende Organigramm illustriert die Organisation des CBP.

D 4.2: Organigramm CBP



Quelle: eigene Darstellung nach http://www.cbweb.nl/Pages/ind_cbp_organisatie_structuur.aspx, Zugriff: 17. Juli 2013.

Die *Kommission* hat einen Vorsitzenden und zwei weitere Mitglieder. Zusätzlich dazu ist es möglich, „special members“ (Art. 53 Data Protection Act) in die Kommission aufzunehmen. Dies ist derzeit jedoch nicht der Fall. Die Kommission ist frei darin, ihre Verfahrensregeln zu bestimmen und Kompetenzen zu verteilen. Während der Vorsitzende die Kommission und das Sekretariat führt und die zentralen Entscheidungsprozesse der Kommission leitet, teilen sich die beiden Mitglieder der Kommission ihre Aufgaben nach relevanten Sektoren auf (Privatsektor, soziale Sicherheit auf der einen, öffentliche Verwaltung, Justiz, Polizei auf der anderen Seite). Die Kommission verfügt über weitreichende Kompetenzen und kann unter anderem Untersuchungen einleiten und Verfügungen (auch über Sanktionen) erlassen. Entscheidungen bei wichtigen Fragen trifft die Kommission als Kollegialbehörde, bei weniger zentralen Entscheidungen hat je ein Mitglied die Kompetenz zu entscheiden. Letzteres trifft für etwa 75 Prozent der Entscheidungen der Kommission zu.

Der *Beirat* mit seinen 13 Mitgliedern ist breit zusammengesetzt und umfasst Vertretende von datenverarbeitenden Unternehmen, Branchenverbänden, der öffentlichen Ver-

waltung, der Wissenschaft, Konsumentenorganisationen sowie weitere ExpertInnen.¹⁰² Der Beirat hat die Aufgabe, die Kommission in generellen Fragen des Datenschutzes zu beraten. Dazu tritt er mindestens zweimal pro Jahr zusammen und macht Empfehlungen zur strategischen Ausrichtung und zu den Jahresberichten des CBP. Der Beirat wählt aus seinen Mitgliedern einen Vorsitzenden, der die Sitzungen führt. Bei allen Sitzungen des Beirates kann die Kommission teilnehmen. Weiter kann gemäss Artikel 19 ff. der Geschäftsordnung (Bestuursreglement) die Kommission einzelne Mitglieder des Beirates bei spezifischen Fragestellungen heranziehen.

Das *ständige Sekretariat* des CBP wird von einem Direktor geleitet. Gemäss Artikel 4 der Geschäftsordnung ist der Direktor für eine effektive und effiziente Verwaltung verantwortlich und muss sich dabei an die Anweisungen der Kommission halten. Der Direktor unterstützt die Kommissare in ihrer Arbeit und ist als Vorsitzender des Management Teams (Direktor und vier AbteilungsleiterInnen) dafür verantwortlich, die Erarbeitung des policy plans, der von den Kommissionsmitgliedern verabschiedet wird, zu begleiten, dessen Umsetzung zu überwachen und aktiv an die Kommission zu berichten. Der Direktor führt die *Abteilung Betriebsführung*, welche als administrative Unterstützungseinheit des CBP fungiert. Ausserdem steht er der *Sektion Internationales* vor, welche für die internationalen Aufgaben des CBP verantwortlich ist.¹⁰³

Weitere Abteilungen des Sekretariats werden ihrerseits von Abteilungsleitern geführt. Es sind dies:

- Die *beiden Aufsichtsabteilungen*: Die zentrale Aufgabe der beiden Aufsichtsabteilungen liegt darin, Verletzungen der gesetzlichen Grundlagen zu überprüfen. Es gibt eine Aufsichtsabteilung für den privaten und eine für den öffentlichen Sektor. Weiter prüfen die Aufsichtsabteilungen Gesetzesentwürfe und Verordnungen, welche von Fragen des Datenschutzes betroffen sind (gemäss Art. 51 Abs. 2 Datenschutzgesetz).
- Die *Rechtsabteilung*: Sie berät die Kommission in rechtlichen Fragen zur Durchsetzung ihrer Entscheide, ist selbst für die Durchsetzung von Sanktionen verantwortlich (Enforcement) und behandelt Einsprachen und Beschwerden, welche sich aus den Aktivitäten der beiden Aufsichtsabteilungen sowie der Kommunikationsabteilung ergeben. Zudem ist die Abteilung ein internes Kompetenzzentrum bei rechtlichen Belangen.
- Die *Kommunikationsabteilung*: Sie ist für die externe Kommunikation des CBP (mit der Presse, mit BürgerInnen) verantwortlich. Zudem fällt das interne Wissensmanagement in ihren Aufgabenbereich.

Vorgaben für die Prozesse und das Zusammenwirken der unterschiedlichen Organe des CBP sind in der Geschäftsordnung festgelegt.

¹⁰² Für die aktuelle Zusammensetzung des Beirats vgl. <http://www.dutchdpa.nl/Pages/en_ind_cbp_rva.aspx>, Zugriff: 17. Juli 2013.

¹⁰³ In diesem Zusammenhang ist aufzuführen, dass der Vorsitzende der Kommission derzeit der Artikel-29-Datenschutzgruppe vorsitzt, welche der Europäischen Kommission beratend zu Seite steht. Die Sektion Internationales beschäftigt drei Mitarbeitende und ist damit deutlich kleiner als die Abteilungen.

Personal

Das CBP hatte im Jahr 2012 im Mittel 84 Personen auf 75,8 Vollzeitstellen beschäftigt.¹⁰⁴ Die drei Mitglieder der Kommission werden auf Vorschlag des Ministers für Sicherheit und Justiz per königlichem Beschluss ernannt. Die Amtsdauer des Vorsitzenden beträgt sechs, die der beiden übrigen Mitglieder vier Jahre. Die Amtszeit der Kommissionsmitglieder kann einmal verlängert werden. Seit 2004 ist Jacob Kohnstamm Vorsitzender des CBP.

Die Kommissionsmitglieder üben derzeit ihre Arbeit im Vollamt aus. Grundsätzlich wäre auch eine Teilzeitbeschäftigung möglich, jedoch hätten die Kommissionsmitglieder aus Sicht des Sekretariats dann vermutlich weniger Zeit, um im Rahmen von Untersuchungen auch für strategische Fragen einbezogen zu werden und hätten damit auch weniger Einblick in die laufenden Prozesse.

Die Mitglieder des Beirates werden von der Kommission vorgeschlagen und vom Minister für Sicherheit und Justiz ernannt.

Der Vorsitzende der Kommission schlägt das Personal für das Sekretariat vor, welches formal ebenfalls vom Minister für Sicherheit und Justiz ernannt wird. Der Direktor des Sekretariats ist seit 2008 Paul Frencken.

Unabhängigkeit von Kommission und Beirat

Artikel 52 des Datenschutzgesetzes legt fest, dass die Kommission in der Ausübung ihrer Aufgaben unabhängig sein muss. Die Mitglieder der Kommission erhalten einen Lohn und es ist ihnen nicht erlaubt, Nebenbeschäftigungen auszuüben, welche nicht mit der Arbeit beim CBP kompatibel wären (es sei denn, der Minister für Sicherheit und Justiz würde dies autorisieren).¹⁰⁵

Ein Teil der Mitglieder des Beirates sind Interessenvertretende. Dies ist auch so gewollt, um eine Vertretung wichtiger Stakeholder und Meinungsträger im Beirat zu gewährleisten. Da der Beirat jedoch nur eine beratende Funktion hat und die Entscheidungskompetenz bei der Kommission liegt, ist die Unabhängigkeit formal gewährleistet.

Einbettung in die Verwaltung und Unabhängigkeit der Behörde

Das CBP fällt als unabhängige Behörde unter den Zuständigkeitsbereich des Ministeriums für Sicherheit und Justiz, welches auch über das Budget des CBP entscheidet. Das CBP ist nicht an Weisungen von Seiten der Regierung oder Verwaltung gebunden, jedoch kann der Minister für Sicherheit und Justiz gemäss Artikel 24 der Geschäftsordnung beschliessen, dass das Management ein besonderes Augenmerk auf spezifische Bereiche legen soll. Gemäss Artikel 24 Absatz 3 bleibt die Verantwortung der Kommission für die ordnungsgemässe Erfüllung der Aufgaben davon jedoch unberührt.

Laut den InterviewpartnerInnen wird das CBP von der Bevölkerung als von der Verwaltung unabhängig wahrgenommen. Dies zeige sich nicht zuletzt darin, dass sich die

¹⁰⁴ Jahresbericht 2012: CBP (2013): Jaarverslag 2012.

¹⁰⁵ Art. 55 Datenschutzgesetz.

Bevölkerung häufig bei Problemen mit der Verarbeitung von Daten durch öffentliche Stellen an das CBP wendet.

Ressourcen

Das CBP verfügt über ein eigenes Budget, welches es als Kostenschätzung für den Zeitraum von drei Jahren beim Ministerium für Sicherheit und Justiz beantragt. Daneben erarbeitet das CBP einen Plan für die Verteilung der Ausgaben des nächsten Jahres – basierend auf der Schätzung für das Budget (bestedingsplan). Budget und Plan müssen vom Minister für Sicherheit und Justiz genehmigt werden.

Das Jahresbudget für 2012 betrug 7,68 Millionen Euro (ca. 9,5 Millionen Franken) und ist damit in den letzten zehn Jahren zwar deutlich gestiegen (von 2,96 Mio. Euro im 2001), jedoch gegenüber dem Vorjahr im Zuge der Ausgabenkürzungen im niederländischen Staatshaushalt leicht zurückgegangen (7,74 Mio. Euro im 2011).

Die Einkünfte aus Bussen fließen in den allgemeinen Staatshaushalt. Im Jahr 2012 betrug die Höhe der Bussen etwa 500'000 Euro (ca. 620'000 Franken).

Die Ressourcen werden als ausreichend erachtet, wenn Schwerpunkte in der Aufgabenerfüllung gesetzt werden. Insbesondere habe die Umstellung durch den Umstand, dass praktisch keine Beratungen einzelner Unternehmen mehr durchgeführt werden, zu einer Effizienzsteigerung des CBP beitragen können.

4.2.3 PROZESSE

Nach Artikel 60 Datenschutzgesetz kann die Kommission eine Untersuchung von Amtes wegen oder auf Ersuchen hin einleiten. Der Entscheid zur Durchführung einer Untersuchung liegt dabei immer bei der Kommission. Auslöser für Untersuchungen sind häufig Beschwerden. Auch eine grössere Zahl von Meldungen von Einzelpersonen kann in der Durchführung einer Untersuchung resultieren. Ob eine Untersuchung durchgeführt werden soll, wird vom Sekretariat nach bestimmten Kriterien wie Risiko, Zahl der Betroffenen, aber auch den Erfolgchancen für eine Rechtsdurchsetzung beurteilt. Zudem wird geschaut, ob ein Thema mit den Prioritäten des CBP gemäss policy plan in Einklang steht. Das Sekretariat prüft auch (neue) Angebote, die eine potenzielle Gefährdung des Datenschutzgesetzes darstellen können auf eigene Initiative (bspw. werden Online-Applications getestet). Das Sekretariat schlägt der Kommission in der Regel vor, wo eine Untersuchung als notwendig und lohnenswert erachtet wird, und führt dann (häufig in enger Kooperation mit der Kommission) die Untersuchung durch. Der Ansatz und die Tiefe einer Untersuchung können unterschiedlich ausfallen und von einem Briefwechsel mit der betreffenden Organisation bis zu einer Vor-Ort-Untersuchung reichen. Mitglieder der Kommission, des Sekretariats und von der Kommission bestimmte Personen sind befugt, im Rahmen einer Untersuchung Hausdurchsuchungen durchzuführen.

Wenn die Kommission zum Schluss kommt, dass Verstösse gegen das Datenschutzgesetz vorliegen, erfolgt eine Verwarnung der betreffenden Organisation. Diese kann zu den Vorwürfen Stellung nehmen. Wird der Verdacht nicht entkräftet, wird die Organisation dazu aufgefordert, die gesetzlichen Regelungen einzuhalten. Erfolgt dies nicht, so kann das CBP in einem zweiten Schritt über eine Busse (preventive penalty payment)

verfügen. Eine geplante Gesetzesrevision sieht laut den InterviewpartnerInnen vor, zukünftig bereits in einem ersten Schritt Fehlverhalten zu büßen. Die Höhe der Strafzahlungen ist insbesondere vom Umsatz der gebüssten Unternehmen abhängig. Die bisher höchste verfügte Busse betrug 250'000 Euro (ca. 310'000 Franken). Gegen Entscheidungen des CBP kann Beschwerde an das Verwaltungsgericht eingelegt werden.

Seit etwa einem Jahre experimentiert das CBP mit „alternativem Enforcement“. Dazu führt das CBP mahnende Anrufe bei Datenverarbeitenden durch, bei welchen sie eine Verletzung vermuten, die jedoch nicht so schwerwiegend ist, dass eine Untersuchung eingeleitet werden muss. Sie kündigen bei diesen Anrufen an, dass etwas verändert werden muss und verweisen auf die Möglichkeit, eine Untersuchung zu starten. Zwar ist es noch zu früh, die Erfahrungen mit dem alternativen Enforcement zu beurteilen, die Interviewpartnerin geht jedoch davon aus, dass dieses sich als wirksam erweisen wird. Häufig sei es den Datenverarbeitenden auch nicht klar, dass beispielsweise Datenlecks vorhanden sind, und die Mahnung des CBP kann einen niederschweligen Anstoss für die Behebung des Problems darstellen.

Selbstregulierung

Für das CBP spielt Selbstregulierung eine wichtige Rolle. In diesem Rahmen können Datenverarbeiter ihre eigenen (betrieblichen) Datenschutzverantwortlichen ernennen und diese beim CBP registrieren. Das Datenschutzgesetz (Art. 63) sieht vor, dass die Betriebe nur natürliche Personen mit spezifischen Kenntnissen im Bereich des Datenschutzes ernennen, welche zudem als ausreichend Zuverlässig beurteilt werden. Für die Datenschutzbeauftragten dürfen keine Nachteile durch die Ausübung ihrer Tätigkeit entstehen. Die Verantwortlichen überwachen, ob die Verarbeitung personenbezogener Daten mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar ist, und erstellen einen jährlichen Bericht über ihre Arbeit und ihre Erkenntnisse (welche in wenigen Fällen auch an das CBP gesendet werden). Das CBP fördert die Ernennung von Datenschutzverantwortlichen und ermutigt Unternehmen und Verbände dazu, Verhaltensregeln für ihre jeweilige Branche oder ihren Sektor aufzustellen. Organisationen, die einen Datenschutzverantwortlichen bestimmt haben, werden, wenn sich das System bewährt, vom CBP mit grösserer Zurückhaltung behandelt. So werden beispielsweise Beschwerden gegen solche Organisationen, die beim CBP eingehen, wenn möglich direkt an die Datenschutzverantwortlichen weitergeleitet. Eine Schwierigkeit mit den betrieblichen Datenschutzverantwortlichen wird laut der Interviewpartnerin des CBP darin gesehen, dass diese in der Hierarchie eines Unternehmens nicht so weit oben angesiedelt sind, um mit der Geschäftsleitung über wichtige Datenschutzthemen zu diskutieren.

Das CBP hat in Kooperation mit Prüfungs- und Beratungsunternehmen Instrumente entwickelt, mit welchen Organisationen den Stand des Datenschutzes in ihrer Organisation überprüfen können. Dabei ist beispielsweise das Tool zur Selbstevaluation (Wbp Zelfevaluatie) zu nennen, welches primär von betrieblichen Datenschutzbeauftragten genutzt wird. Weiter wurde ein privacy audit framework festgelegt, welches bei externen Datenschutzaudits von Unternehmen als Grundlage dienen soll.

Teilnahme an Gesetzgebungsprozessen

Nach Artikel 51 Datenschutzgesetz muss das CBP bei geplanten Gesetzesänderungen, welche ganz oder zu weiten Teilen einen Bezug zur Verarbeitung persönlicher Daten

haben, konsultiert werden. Das CBP bemüht sich als Aufsichtsbehörde darum, möglichst früh zu Gesetzgebungsvorhaben Stellung zu nehmen, auch wenn die Konsultation nicht obligatorisch ist. Häufig werden die Kommissionsmitglieder in parlamentarische Kommissionen eingeladen, um Stellung zu Fragen des Datenschutzes zu nehmen.

Zugänglichkeit

Information und Beratung von Bürgerinnen und Bürgern, aber auch von Organisationen ist eine wichtige Aufgabe für das CBP. Die wichtigste Informationsquelle für Bürgerinnen und Bürger ist die Website www.mijnprivacy.nl. Darauf informiert das CBP über praktische Fragen zum Datenschutz und ermöglicht es, mit einem Kontaktformular eine Meldung über mögliche unerlaubte Nutzungen privater Daten an das CBP zu senden. Das CBP möchte die Bevölkerung für ihre Rechte im Bereich Datenschutz sensibilisieren und dazu bringen, die Einhaltung der Rechte wenn möglich auch selbst gegenüber Datenverarbeitenden zu verteidigen (Stichwort Enablement). Hierzu haben BürgerInnen beispielsweise die Möglichkeit, auf der Website www.mijnprivacy.nl Musterbriefe herunterzuladen und damit Beschwerden direkt an Datenverarbeitende zu senden. Die Informationen der Website werden ergänzt durch eine telefonische Hotline des Front Desks des CBP, welche jeden Vormittag konsultiert werden kann. Dass Bürgerinnen und Bürger ihre Rechte hinsichtlich des Datenschutzgesetzes gerichtlich einklagen, kommt in der Praxis praktisch nicht vor.

Organisationen können sich vor allem über die Website www.dutchdpa.nl über ihre Rechte und Pflichten informieren. Das CBP versucht dabei, Informationen so allgemein zu formulieren, dass der Bedarf für individuelle Beratungen in einem minimalen Rahmen gehalten werden kann.

4.2.4 OUTPUTS

In diesem Kapitel werden die Outputs beschrieben, die sich aus der Tätigkeit des CBP ergeben.

Untersuchungen

2012 wurden rund 58 Untersuchungen und 93 Vorabklärungen abgeschlossen. Laut dem Interviewpartner des CBP lagen Schwerpunkte im privaten Sektor beim Finanzwesen, beim Internet und Social Media sowie bei Websites mit Kindern als Zielgruppe. Kerngebiete im öffentlichen Sektor lagen im Gesundheits- und Bildungsbereich sowie auf den Gebieten von Polizei und Justiz. Insgesamt wurde im Jahr 2012 zwölf Mal eine Busse ausgesprochen.¹⁰⁶ In der Regel führen die Untersuchungen dazu, dass Organisationen von sich aus die gesetzlichen Regelungen einhalten.

Zentrales Datenregister

Das CBP hat die Aufgabe, ein öffentliches Datenregister zu führen. Nach Artikel 27 Datenschutzgesetz muss die Verarbeitung persönlicher Daten im Vorfeld dem CBP gemeldet werden. Wenn Organisationen ihrer Pflicht nicht nachkommen, inkorrekt oder unvollständig berichten, kann die Kommission eine Busse von maximal 4'500 Euro verfügen (ca. 5'560 Franken). Im Jahr 2012 sind 5'966 Meldungen beim CBP

¹⁰⁶ Jahresbericht 2012: CBP (2013): Jaarverslag 2012.

eingegangen.¹⁰⁷ Bussen wurden schon lange Zeit nicht mehr verfügt. Es ist auch nicht bekannt, welcher Anteil der Unternehmen seiner Pflicht für die Meldungen nicht nachkommt. Die Interviewpartnerin des CBP betrachtet die Meldepflicht als ein veraltetes Instrument und würde es befürworten, dieses durch andere Regelungen (bspw. eine obligatorische Festlegung einer Online-Private-Policy für Unternehmen) abzulösen. Zudem betrachtet sie die Summe von maximal 4'500 Euro als klar zu tief, um tatsächlich eine Wirkung bei Unternehmen zu erzielen.

Beratung

2012 zählte das CBP 6'042 Meldungen und Fragen aus der Bevölkerung, was eine Steigerung gegenüber den Vorjahren bedeutet. Die meisten Meldungen und Fragen gab es in den Bereichen Handel und Dienstleistungen (29%), Regierung und Verwaltung (27%) sowie Arbeit und Beschäftigung (13%). Von den Meldungen und Fragen kamen 2'091 über das Online-Formular auf www.mijnprivacy.nl, 3'284 per Telefon und 667 per Brief.¹⁰⁸

Kommunikation nach aussen

Die Zahl der Pressekontakte wird für das Jahr 2012 mit 587 beziffert.¹⁰⁹ Das Interesse der Medien für die Arbeit des CBP betrachten die InterviewpartnerInnen des CBP als hoch.

4.2.5 WIRKUNGEN

Der Direktor des Sekretariats betrachtet die Organisationsstruktur als angemessen, um Wirkungen zu entfalten. Der wichtigste Aspekt für die Wirkungsentfaltung wird dabei im Zusammenspiel der Akteure innerhalb des CBP gesehen. So sind beispielsweise die Vernetzung und das Zusammenspiel zwischen Aufsichtsabteilung (für eine Untersuchung), Rechtsabteilung (für das Enforcement) und Kommunikationsabteilung (um das Vorgehen zu erklären) von zentraler Bedeutung. Die Tatsache, dass die Kommission aus drei Personen besteht, die ihre Tätigkeit hauptamtlich ausüben, erachten die Interviewpartner ebenfalls als wichtig, um Wirkungen zu erzielen und eine professionelle Tätigkeit des CBP zu gewährleisten.

Die Sanktionsmöglichkeiten werden heute noch als zu gering erachtet, um wirklich grosse Wirkungen (bei Unternehmen) zu erzielen. Mit der Möglichkeit für (höhere) Strafzahlungen, die direkt verfügt werden könnten, würden sich die InterviewpartnerInnen eine grössere präventive Wirkung des CBP auf die Datenverarbeitenden versprechen.

Eine Beschränkung der präventiven Wirkung der Tätigkeit des CBP sieht die Interviewpartnerin zudem darin, dass die Ergebnisse von Untersuchungen nicht immer vollständig veröffentlicht werden dürfen. Beispielsweise dürfe das CBP häufig nicht den Namen betreffender Firmen nennen (bzw. ist aufgrund möglicher Prozesse mit Datenverarbeitenden vorsichtig damit).

¹⁰⁷ Jahresbericht 2012: CBP (2013): Jaarverslag 2012, S. 42.

¹⁰⁸ Jahresbericht 2012: CBP (2013): Jaarverslag 2012, S. 47.

¹⁰⁹ Jahresbericht 2012: CBP (2013): Jaarverslag 2012.

Eine weitere Beschränkung der Wirkungen – die der Schwerpunktsetzung und den Ressourcen des CBP geschuldet ist – ist die relativ geringe Zahl an jährlich durchgeführten Untersuchungen. Es wird erwartet, dass mit dem Instrument des alternativen Enforcements („mahnende Anrufe“) die Wirkungen auch ohne grossen formalen Aufwand gesteigert werden können.

Die Doppelrolle als Aufsichtsorgan und beratende Behörde stellt auch für das CBP eine Herausforderung dar. Dadurch, dass Organisationen aber praktisch nicht mehr zu spezifischen Fragen beraten werden, können potenzielle Konflikte im Rahmen gehalten werden. Eine tägliche Herausforderung sei es, die Balance zwischen dem Dialog mit den datenverarbeitenden Organisationen zu suchen und gleichermassen die Tätigkeiten im Bereich der Aufsicht wahrzunehmen.

Die Bevölkerung ist sich laut dem Direktor zu wenig über ihre Rechte im Bereich des Datenschutzes bewusst. Mit dem Informationsangebot kann das CBP zwar dazu beitragen, eine grössere Sensibilisierung zu erreichen, die Wirkungen sind jedoch begrenzt. Durch den Fokus auf das Enablement der Bevölkerung, selbst aktiv zu werden, kann aus Sicht des CBP die Effizienz der Behörde gesteigert werden.

Im Jahr 2008 wurde eine Evaluation zu den Wirkungen des Datenschutzgesetzes durchgeführt.¹¹⁰ Neben einer Literaturrecherche basiert die Evaluation auf Experteninterviews sowie Umfragen mit Unternehmen, Behörden und Datenschutzbeauftragten. Die englischsprachige Zusammenfassung zeigt als zentrale Schlussfolgerung auf, dass dem Datenschutzgesetz noch keine grosse Bedeutung in der Rechtspraxis zukomme und der Umgang mit dem Gesetz nicht einfach sei. Auch habe sich noch klare Datenschutzkultur oder eine Community von Experten in diesem Bereich herausbilden können.

Konkret wird kritisiert, dass bisher nur wenige Organisationen selbst Anforderungen im Bereich Datenschutz entwickelt und festgelegt haben und nach wie vor Rechte im Bereich Datenschutz durch Individuen zu wenig genutzt würden. Auch habe bisher nur ein verschwindend geringer Anteil von Organisationen in den Niederlande von der Möglichkeit betriebliche Datenschutzbeauftragte zu ernennen, Gebrauch gemacht. Eine gewisse präventive Wirkung gehe laut Evaluation für die Unternehmen davon aus, dass der Prozess der Meldung im zentralen Datenregister durchlaufen werden muss. Diese wird jedoch als gering erachtet und Interviews haben gezeigt, dass das zentrale Datenregister kaum bekannt ist.

Ein zentrales Resultat der Evaluation ist, dass der Weiterentwicklung und Festlegung spezifischer Anforderungen sowie der Interpretation des Gesetzes besondere Beachtung geschenkt werden muss. Eine Schwierigkeit liege insbesondere darin, dass (Weiter-)Entwicklungen für die Anforderungen zu unterschiedlichen Sektoren und Technologien auch sehr spezifische Kenntnisse erfordern. Inwiefern die Organisation des CBP zu den Wirkungen des Datenschutzgesetzes in den Niederlanden beiträgt, wird aus der Zusammenfassung nicht ersichtlich. Eine weitere Untersuchung aus dem Jahr 2007

¹¹⁰ Winter, H.B. et al. (2008): Wat niet weet, wat niet deert Een evaluatieonderzoek naar de werking van de Wet bescherming persoonsgegevens in de praktijk. Ministerie van Justitie.

stellt weniger eine Evaluation im Sinne einer Überprüfung von Wirkungen als eine Identifikation von Schwierigkeiten, welche das Datenschutzgesetz birgt, auf Grundlage der Literatur dar.¹¹¹

Der Bericht des SIR zitiert einen Zeitungsartikel aus dem Jahr 2011, welcher zu Diskussionen mit der Regierung über die Höhe des Budgets des CBP führte. Darin wurde die Höhe der Ressourcen als zu niedrig erachtet und kritisiert, dass die niederländische Datenschutzbehörde zu wenig technisch geschultes Personal habe, um den Entwicklungen in diesen Bereich gerecht zu werden.¹¹²

4.2.6 HERAUSFORDERUNGEN

Das CBP beobachtet die gesellschaftlichen und technologischen Entwicklungen, die für den Datenschutz relevant sein können und besondere Herausforderungen für das CBP darstellen. Danach orientieren sich auch die Schwerpunkte, welche im policy plan festgelegt werden. Für das Jahr 2013 führt das CBP auf seiner Website die folgenden inhaltlichen Schwerpunkte auf:

- Profiling (also Beobachten, Sammeln und Vergleichen von persönlichen Daten online)
- Datenschutz bei medizinischen Daten
- Datenschutz innerhalb eines Arbeitsverhältnisses
- Schutz personenbezogener Daten von Kindern

Herausforderungen, die von den Interviewpartnern genannt werden, betreffen die noch weiter zunehmende Nutzung von Online-Applikationen in den verschiedensten Lebensbereichen und die Intensivierung des internationalen Datenverkehrs sowie die Behandlung von pseudonomisierten Daten.

4.2.7 HERVORZUHEBENDE MERKMALE

Die folgenden Merkmale sollen für das Fazit und im Hinblick auf eine mögliche Weiterentwicklung des EDÖB hervorgehoben werden:

- Niederschwellige Möglichkeit für BürgerInnen, auf Website Meldungen zu machen
- Breit besetzter Beirat mit beratender Funktion
- Hauptamtliche, professionelle Kommission mit thematischer Aufteilung der Aufgaben
- Alternatives Enforcement
- Unverbindlichkeit beziehungsweise Einschränkung von Beratungen seit 2007

¹¹¹ Zwenne, Gerrit-Jan et al. (2007): Eerste fase evaluatie Wet bescherming persoonsgegevens. Literatuuronderzoek en knelpuntenanalyse. Ministerie van Justitie.

¹¹² Schweizerisches Institut für Rechtsvergleich (SIR) (2013): Gutachten über Organisationsform und Zuständigkeiten der Datenschutzbehörden in ausgewählten Staaten. Finale Version vom 25. Juli 2013. Lausanne.

- Konzentration auf Aufgaben durch Risikobeurteilung (bei Entscheidung zur Einleitung einer Untersuchung)

4.3 SCHWEDEN (DATAINSPEKTIONEN)

Die schwedische Datenschutzbehörde *Datainspektionen* wird als dritte ausländische Fallstudie in diesem Kapitel beschrieben.

4.3.1 ENTSTEHUNG UND AUFGABEN

Schweden gehört zu den Vorreitern im Datenschutz und führte 1973 das weltweit erste nationale Datenschutzgesetz ein. In diesem Zusammenhang wurde 1973 auch die Datainspektionen gegründet. Die schwedische Datenschutzbehörde hat sich bezüglich ihrer Grösse seither kaum verändert und beschäftigt rund 40 Mitarbeitende.

Das Hauptziel der schwedischen Datenschutzbehörde ist es, die Privatsphäre der BürgerInnen in der Informationsgesellschaft zu schützen, ohne den Gebrauch neuer Technologien unnötig zu verkomplizieren. Die Behörde ist zuständig für die *Aufsicht* über öffentliche und private Institutionen und die Aufgaben umfassen das Herausgeben von *Informationsmaterialien*, das Behandeln von *Beschwerden*, die Durchführung von *Untersuchungen*, die *Beratung* von öffentlichen und privaten Datenbearbeitenden, insbesondere von Datenschutzbeauftragten innerhalb dieser Organisationen, und die Beratung von BürgerInnen und die *Überprüfung von Gesetzesentwürfen* auf ihren Beitrag zum Datenschutz. Die Informations- und Beratungsfunktion wird hierbei besonders betont und als Kernaufgabe der Behörde bezeichnet.¹¹³

Die Aufgaben der Datenschutzbehörde haben sich seit ihrer Gründung 1973 insofern verändert, als dass das frühere Datenschutzgesetz verlangte, dass jede Datenbearbeitung eine Bewilligung der Datainspektionen erforderte, was diese Aufgabe zu einer der Kernaufgaben der Behörde machte. Seit der Änderung der Gesetzgebung im Jahr 1998 ist dies nicht mehr nötig und die Kernaufgaben der Datainspektionen haben sich von der Erteilung von Bewilligungen hin zu Überwachung der Einhaltung des Datenschutzgesetzes sowie Information und Beratung über dasselbe verändert.

Die Datainspektionen hat keine Aufgaben im Bereich des Öffentlichkeitsgesetzes. Das Öffentlichkeitsprinzip ist in Schweden seit 1766 in der Verfassung verankert und stark ausgebaut. Gemäss diesem Prinzip sind, bis auf einige wenige Ausnahmen wie beispielsweise Geheimdienstakten, alle behördlichen Schriftstücke für Privatpersonen zugänglich. So können beispielsweise Steuerdaten beim Finanzamt telefonisch abgefragt werden. Verstösse gegen das Öffentlichkeitsprinzip werden am Verwaltungsgericht behandelt, eine spezifische Aufsichtsbehörde existiert nicht.¹¹⁴

¹¹³ Schweizerisches Institut für Rechtsvergleich (SIR) (2013): Gutachten über Organisationsform und Zuständigkeiten der Datenschutzbehörden in ausgewählten Staaten. Finale Version vom 25. Juli 2013. Lausanne.

¹¹⁴ The Public Information and Secrecy Act: <<http://www.government.se/sb/d/11929/a/131397>>, Zugriff: 15. Juli 2013.

4.3.2 STRUKTUR

Organisation

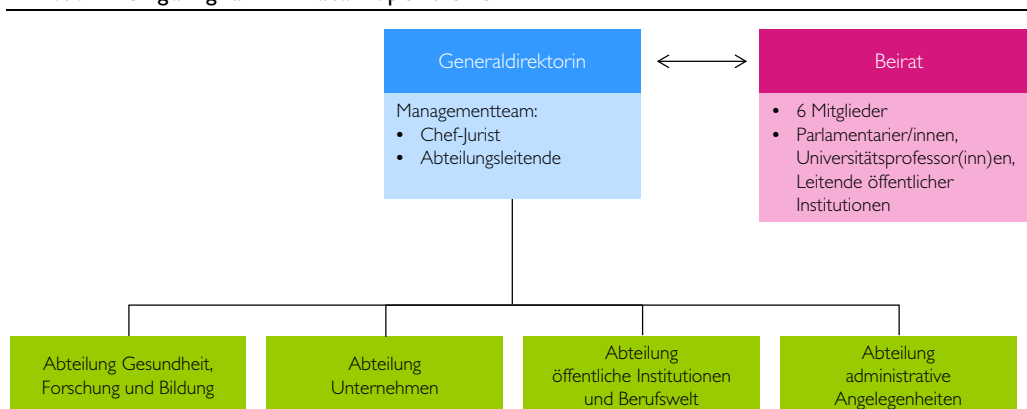
Die schwedische Datenschutzbehörde ist ähnlich organisiert wie die meisten schwedischen Regierungsorganisationen. Sie wird von einem Generaldirektor oder einer Generaldirektorin geleitet und ist in fünf Abteilungen gegliedert:

- Das *Managementteam* des Generaldirektors/der Generaldirektorin,
- die Abteilung *Gesundheit, Forschung und Bildung*,
- die Abteilung *Unternehmen*,
- die Abteilung *öffentliche Institutionen und Berufswelt*
- sowie eine Abteilung für interne *administrative Angelegenheiten*, welche beispielsweise für das Personalwesen verantwortlich ist und den Pressedienst der Datainspektionen beinhaltet.

Die schwedische Datenschutzbehörde wird durch einen beratenden Beirat begleitet, welcher dem oder der Generaldirektor/-in Ratschläge geben kann. Der Beirat hat jedoch keine Entscheidungskompetenzen. Er besteht zurzeit aus sechs Mitgliedern, welche beispielsweise ParlamentarierInnen, UniversitätsprofessorInnen oder Leitende von anderen öffentlichen Institutionen sind. Die Mitglieder des Beirates führen ihre Tätigkeit nebenamtlich aus.

Die Generaldirektorin der schwedischen Datenschutzbehörde ist seit dem 1. Juni 2013 Kristina Svahn Starrsjö. Die folgende Darstellung zeigt die Organisation der schwedischen Datenschutzbehörde.

D 4.3: Organigramm Datainspektionen



Quelle: eigene Darstellung nach <<http://www.datainspektionen.se/om-oss/organisation/>>, Zugriff: 17. Juli 2013.

Die Interviewpartnerin der Datainspektionen betont, dass die Hierarchie in der Datainspektionen relativ flach ist. Die Abteilungsleitenden sind Teil des Managementteams, welchem zudem die Generaldirektorin und der Chef-Jurist angehören. Der Chef-Jurist unterstützt die Generaldirektorin und beaufsichtigt die Untersuchungsprozesse der verschiedenen Abteilungen.

Die jetzige Organisationsstruktur wurde vom letzten Generaldirektor eingeführt. Zuvor bestand die Datainspektionen aus einer grossen Inspektionsabteilung und einer kleinen Rechtsabteilung, welche aus nur drei Personen bestand. Aufgrund der thematischen Spezialisierung der Angestellten, welche faktisch durch die Zuteilung der Fälle entstand, wurde entschieden, die Struktur der Behörde entsprechend anzupassen. Zurzeit gibt es keine Pläne für weitere Änderungen in der Organisationsstruktur der Datainspektionen.

Personal

Datainspektionen beschäftigte 2012 42 Mitarbeitende mit 40 Vollzeitäquivalenten. Die Mitarbeitenden sind mehrheitlich JuristInnen, zudem sind drei IT-SpezialistInnen bei der Behörde angestellt.

Laut der Interviewpartnerin der Datainspektionen wird der/die Generaldirektor/-in von der Regierung für eine Amtsperiode von sechs Jahren ernannt, welche um drei weitere Jahre verlängert werden kann. Ein Generaldirektor oder eine -direktorin kann also maximal neun Jahre im Amt sein. Die Position wird im Vollzeitpensum ausgefüllt, ein Teilzeitpensum wäre gemäss der Gesprächspartnerin nicht denkbar. Die Unabhängigkeit des Generaldirektors oder der -direktorin ist in der Verfassung festgesetzt und die Position ist nicht mit anderen Positionen in der öffentlichen Verwaltung vereinbar. Der/die GeneraldirektorIn ist zudem dazu verpflichtet, allfällige Interessenskonflikte der Regierung zu melden. Alle weiteren Mitarbeitenden der Behörde werden von dem/der GeneraldirektorIn bestimmt.

Die Mitglieder des Beirats werden ebenfalls von der Regierung ernannt und für eine begrenzte Zeitperiode gewählt, in der Regel für drei Jahre. Im Zuge einer generellen Reform der Regierungsorganisationen¹¹⁵ in Schweden wurde der beratende Beirat der Datenschutzbehörde vor rund fünf Jahren eingeführt. Ziel der Reorganisation der Regierungsorganisationen war es, die vorhandenen Organisationsformen zu vereinheitlichen und das System transparenter zu gestalten. Vor dieser Reform existierte eine Kommission mit ähnlicher Zusammensetzung, welche auch Entscheidungskompetenzen hatte, die meisten Entscheidungen jedoch an den oder die GeneraldirektorIn delegiert hatte.

Einbettung in die Verwaltung und Unabhängigkeit

Die schwedische Datenschutzbehörde ist eine unabhängige Regierungsorganisation, welche administrativ dem Justizministerium zugeordnet ist. Die Regierung formuliert jährlich generelle Ziele für die Datenschutzbehörde und die Datainspektionen muss der Regierung in einem Jahresbericht über ihre Aktivitäten berichten; die Regierung beauftragt die Datenschutzbehörde jedoch nicht und kann keinen Einfluss auf die Entscheidungen der Datainspektionen nehmen.

¹¹⁵ Die Struktur der Regierungsorganisationen ist seither in der Myndighetsförordningen (2007: S. 515) geregelt:
http://www.riksdagen.se/sv/Dokument-Lagar/Lagar/Svenskforfattningssamling/Myndighetsforordning-2007515_sfs-2007-515/>,
 Zugriff: 17. Juli 2013.

Es gibt in Schweden keine regionalen Datenschutzbehörden. Alle Aufgaben im Datenschutz werden auf nationaler Ebene erledigt. Die Schaffung von regionalen Behörden wurde nie in Erwägung gezogen.

Die Unabhängigkeit der Datainspektionen wurde bisher nicht in Frage gestellt. Die Behörde hat im Vergleich mit anderen öffentlichen Organen ein hohes Ansehen und wird von der Bevölkerung als vertrauensvoll bewertet.¹¹⁶

Ressourcen

Das Budget der Datainspektionen beträgt 2013 rund 42 Millionen schwedische Kronen (ca. 6 Mio. Franken). Das Jahresbudget wird von der Regierung bestimmt. Die schwedische Datenschutzbehörde unterbreitet der Regierung dazu einen Vorschlag, welchen die Regierung und das Parlament überarbeiten. Das Parlament entscheidet schliesslich über das endgültige Budget, welches meist etwas unter der Schätzung der Datenschutzbehörde liegt.

Die Einnahmen aus Sanktionen, welche die Datenschutzbehörde aussprechen kann, stehen der Behörde nicht zur Verfügung, sondern fliessen in den allgemeinen Staatshaushalt. Zusätzliche Einnahmen können durch Vorträge an Tagungen und Konferenzen, Weiterbildungsseminare für DatenschutzexpertInnen sowie den Verkauf von gedrucktem Informationsmaterial entstehen.

Das Budget ist in den letzten Jahren jeweils leicht gestiegen, die Erhöhungen des Budgets waren dabei aber an die Erfüllung neuer Aufgaben gekoppelt. So müssen beispielsweise seit 2012 neue Aufgaben im Bereich der Videoüberwachung wahrgenommen werden.

Die Adäquanz des Budgets ist laut der Interviewpartnerin gegeben, deren Beurteilung hänge aber stark von den Ansprüchen ab. Das Budget reiche zur Erfüllung der heutigen Aufgaben knapp, mit mehr personellen und finanziellen Ressourcen wäre es jedoch möglich, höhere Wirkungen zu erzielen.

4.3.3 PROZESSE

Untersuchungen

Die schwedische Datenschutzbehörde führt sowohl Untersuchungen als Reaktion auf Beschwerden, als auch solche auf eigene Initiative durch. Auslöser für eine Untersuchung auf eigene Initiative kann beispielsweise ein Bericht in den Medien oder eine andere Information über eine eventuelle Verletzung des Datenschutzgesetzes sein. Zudem führt die Datainspektionen auch generelle Untersuchungen im Rahmen ihres jährlichen Aktivitätenplans durch, welcher sich nach der Aktualität der Themen und dem Handlungsbedarf im betroffenen Themenfeld richtet. Die Entscheidung, eine Untersuchung zu initiieren, kann von den Abteilungsleitenden oder den juristischen Mitarbeitenden einer Abteilung gefällt werden. Zudem kann auch die Generaldirektorin Untersuchungen starten.

¹¹⁶ Schweizerisches Institut für Rechtsvergleich (SIR) 2013: Gutachten über Organisationsform und Zuständigkeiten der Datenschutzbehörden in ausgewählten Staaten. Finale Version vom 25. Juli 2013. Lausanne.

Wenn entschieden wird, einen Sachverhalt zu untersuchen, kann entweder eine *desk inspection* oder eine *field inspection* durchgeführt werden. Im Rahmen einer *desk inspection* werden die Datenbearbeitenden auf allfällige Missstände aufmerksam gemacht und wenn nötig werden von ihnen weitere Informationen eingeholt. Es wird jedoch im Gegensatz zur *field inspection* keine Kontrolle vor Ort durchgeführt. Diese Art von Untersuchung wird in der Regel durchgeführt, wenn es sich um kleinere Vergehen handelt oder Fälle, in denen die Datenschutzbehörde annimmt, dass dem Datenbearbeitenden lediglich Informationen über das Datenschutzgesetz fehlen, um die betroffenen persönlichen Daten dem Datenschutzgesetz entsprechend zu bearbeiten. Eine *field inspection* wird initiiert, wenn die Datenschutzbehörde es für nötig erachtet, sich vor Ort ein Bild über die Datenbearbeitungen zu machen. Im Rahmen ihrer Inspektionen kann die schwedische Datenschutzbehörde Zugang zu Daten und Informationen über die Datenverarbeitung verlangen und Durchsuchungen durchführen.

Eine Untersuchung wird immer durch eine formelle Entscheidung der Datenschutzbehörde abgeschlossen. Diese kann, wenn ein Verstoß gegen das Datenschutzgesetz festgestellt wurde, Anordnungen zur Richtigstellung beinhalten. In dringenden Fällen kann die Behörde auch eine Datenbearbeitung verbieten. Die Datainspektionen kann administrative Bussen aussprechen, die fällig werden, wenn die Datenbearbeitenden die Anordnungen der Datainspektionen innert einer festgelegten Frist nicht umsetzen. Die Bussen haben aber eher präventiven Charakter und werden selten verhängt, in den meisten Fällen beseitigt der Datenbearbeiter die Missstände, ohne dass die Busse fällig wird. Dies wird von der Interviewpartnerin darauf zurückgeführt, dass die Umsetzung der Entscheide von der Datenschutzbehörde regelmässig kontrolliert wird. Die Höhe der Bussen wird unter Berücksichtigung der Schwere des Delikts und der finanziellen Verhältnisse der Person, gegen die die Busse ausgesprochen wird, festgelegt. Gegen die Entscheidungen der schwedischen Datenschutzbehörde kann beim Verwaltungsgericht geklagt werden.

Datenschutzbeauftragte

Datenverarbeitende können innerhalb ihrer Organisation einen Datenschutzverantwortlichen bestimmen, welcher die Funktion eines unabhängigen, internen Experten für Datenschutzangelegenheiten übernimmt. Die Möglichkeit der Schaffung einer solchen Position ist in Artikel 38 bis 40 des Datenschutzgesetzes festgelegt und freiwillig, viele Organisationen in Schweden beschäftigen jedoch einen Datenschutzverantwortlichen, weil damit entscheidende Vorteile für die Datenbearbeitenden verbunden sind: Organisationen, welche einen Datenschutzverantwortlichen ernennen, sind nicht mehr dazu verpflichtet, der Datenschutzbehörde einzelne Datenverarbeitungen zu melden. Der Datenschutzverantwortliche führt vielmehr ein Register über die in der Organisation vorgenommenen Datenverarbeitungen und hat die Pflicht, die Datainspektionen bei Verstößen gegen das Datenschutzgesetz zu benachrichtigen, falls diese nicht durch Information der Datenbearbeitenden selbstständig gelöst werden können. Die Datenschutzbehörde behält jedoch ihre Überwachungskompetenzen und kann jederzeit eine Untersuchung gegen eine Organisation einleiten, unabhängig davon, ob diese einen Datenschutzverantwortlichen beschäftigt. Über die Datenschutzverantwortlichen erhalten die Organisationen erleichterten Zugang zu Information und Beratung, da die Datenschutzbehörde eine eigene Anlaufstelle für Datenschutzverantwortliche unterhält.

Ausserdem bietet die schwedische Datenschutzbehörde Weiterbildungskurse für die Datenschutzverantwortlichen an.

Zugänglichkeit

Die Datainspektionen hat neben ihren Aufsichtspflichten auch Aufgaben im Bereich der Information und Beratung und nimmt die Anfragen von Datenbearbeitenden und Betroffenen mittels verschiedener Kanäle entgegen:

- Für die Datenschutzverantwortlichen besteht eine eigene Anlaufstelle innerhalb der Datainspektionen, welche die ExpertInnen berät und ihre Fragen zu Datenschutzthemen beantwortet. Auf diese Weise erhalten die Organisationen, welche einen Datenschutzverantwortlichen haben, erleichterten Zugang zu Information und Beratung durch die Datenschutzbehörde.
- Die schwedische Datenschutzbehörde unterhält einen Beratungsdienst, welcher aus zwei vollzeitbeschäftigten JuristInnen besteht, die Telefon- und E-Mail-Anfragen zu Datenschutzthemen entgegennehmen und diese möglichst innert dreier Werktage beantworten.
- Informationen über ihre Rechte im Bereich Datenschutz, Verhaltensregeln und Tipps werden der Bevölkerung auf der Website der Datainspektionen zugänglich gemacht.

4.3.4 OUTPUTS

2012 hat die Datainspektionen 199 Untersuchungen eingeleitet. Davon waren 26 field inspections, 114 desk inspections und 59 Kontrollüberprüfungen von früher angeordneten Änderungen. Die Gesamtzahl der initiierten Untersuchungen ist im Vergleich zu 2011 (247 gestartete Untersuchungen) etwas zurückgegangen, der Grund dafür ist gemäss dem Jahresbericht der Datainspektionen, dass Ende 2011 eine grosse Zahl von Untersuchungen begonnen wurde, welche erst 2012 abgeschlossen wurden.¹¹⁷

In den meisten Fällen setzen die Datenbearbeitenden die Anordnungen der Datenschutzbehörde innert der gesetzten Frist um, sodass keine Bussen verhängt werden müssten. Nur in wenigen schweren Fällen wurden Bussen fällig.

Die häufigsten Themen, zu denen 2012 Inspektionen durchgeführt wurden, waren das Publizieren von persönlichen Daten im Internet, die Videoüberwachung, die Überwachung von Arbeitnehmenden während der Arbeitszeit, insbesondere mit GPS, die Verwendung von E-Government in Schweden oder der Umgang mit sensiblen Daten im Gesundheitsbereich. Zudem führte die Datainspektionen 2012 im Rahmen ihres jährlichen Aktivitätenplans eine Untersuchung zum Datenschutz in der Strafverfolgung durch. Grund dafür war ein neues Gesetz für den Datenschutz in der Strafverfolgung, dessen Vollzug die Behörde überprüft hat.

Der Beratungsdienst für Betroffene, welcher mit zwei Vollzeitstellen besetzt ist, nahm 2012 rund 8'000 Telefonanfragen und 5'600 Anfragen per E-Mail entgegen. Während die Zahl der Telefonanfragen nur leicht zugenommen hat, verdoppelte sich die Zahl

¹¹⁷ Jahresbericht 2012: Datainspektionen (2013): Årsredovisning 2012.

der E-Mail-Anfragen zwischen 2010 und 2012. Beschwerden über Verstösse gegen das Datenschutzgesetz gingen 2012 323 bei der Datainspektionen ein. Die Themen, welche in Anfragen und Beschwerden am meisten nachgefragt werden, decken sich mit den oben genannten häufigsten Themen in Untersuchungen der schwedischen Datenschutzbehörde. Zudem gibt es viele Anfragen zum Thema Direktmarketing.

Ende 2012 hatten rund 6'800 Organisationen in Schweden einen Datenschutzverantwortlichen bestimmt. Die Zahl der registrierten Datenschutzverantwortlichen betrug 4'200. Dieser Unterschied kommt dadurch zustande, dass ein Datenschutzverantwortlicher für mehrere Organisationen tätig sein kann.

Kommunikation nach aussen

Es ist ein wichtiger Teil der Strategie der Datainspektionen, die Sichtbarkeit der Behörde für die Bevölkerung zu erhöhen. Es wird eine möglichst häufige Präsenz in den Medien angestrebt, welche beispielsweise mit regelmässigen Pressemitteilungen zu den gefällten Entscheiden oder dem seit 2009 existierenden Twitter-Account der Datainspektionen zu erreichen versucht wird. Ausserdem unterhält die Datainspektionen für das Kernthema „Privatsphäre im Internet“ eine eigene Website, die Verhaltensregeln für die Nutzung persönlicher Daten im Internet enthält und darüber informiert, welche Schritte Betroffene unternehmen können, wenn ihre Privatsphäre im Internet verletzt wird.

Durch die Kommunikation soll die Datenschutzbehörde bekannt gemacht und auf Datenschutzthemen aufmerksam gemacht werden. In dieser Strategie sieht die Interviewpartnerin von Datainspektionen eine wichtige präventive Massnahme, welche durch Sensibilisierung zu weniger Verstössen gegen das Datenschutzgesetz führt. 2012 wurde die Datenschutzbehörde 3'250 Mal in Printmedien und rund 5'000 Mal in digitalen Medien erwähnt und veröffentlichte 69 Pressemitteilungen.

Vertretende der Datenschutzbehörde haben ausserdem 2012 bei 52 Gelegenheiten wie Konferenzen, Seminaren oder Vorlesungen Vorträge über das Datenschutzgesetz gehalten.

4.3.5 WIRKUNGEN

Die Interviewpartnerin von der schwedischen Datenschutzbehörde bezeichnet die Organisation der Datainspektionen als angemessen, um die gewünschten Wirkungen zu erzielen. Verbesserungspotenzial sieht sie in der Zusammensetzung des Personals: Momentan sind nur drei von insgesamt 40 Mitarbeitenden IT-SpezialistInnen, die grosse Mehrheit des Personals machen JuristInnen aus. Die Interviewpartnerin merkt an, dass mit mehr auf Datenschutz spezialisierten IT-Fachpersonen die Wirkungen der Datainspektionen verbessert werden könnten.

Die Organisationsstruktur mit den inhaltlich gegliederten Abteilungen, welche erst durch den letzten Generaldirektor eingeführt wurde, wird als gut geeignet erachtet, um die Aufgaben der Datenschutzbehörde zu erfüllen.

2002 wurde die Datainspektionen von einer Kommission aus externen Experten evaluiert. Die Evaluation kommt zum Schluss, dass die Behörde ihre Aufgaben effizient er-

füllt und dass keine Änderungen der Struktur und Kompetenzen notwendig sind. Verbesserungspotenzial sieht die Evaluationskommission bei der Finanzierung der Datenschutzbehörde. Zudem empfiehlt sie, ein Instrument für die Selbstregulierung der öffentlichen Administration und verschiedener Branchen von privaten Datenverarbeitenden einzuführen.¹¹⁸

Die Doppelrolle der Behörde als Aufsichts- und Beratungsorgan wird von der Interviewpartnerin nicht als problematisch angesehen. Sie sieht diese zwei Aufgaben eher als sich unterstützende Bereiche und vor allem die Information und Beratung als Massnahme, welche dabei hilft, Verstössen gegen das Datenschutzgesetz vorzubeugen. In ihren Antworten auf Anfragen versucht die Datenschutzbehörde, sich möglichst klar auszudrücken und den Anwendungsrahmen der Aussagen eng abzugrenzen, um Missverständnisse und Konflikte zu verhindern.

Die stetig zunehmende Zahl an Anfragen von BürgerInnen zeigt, dass die Datainspektionen in der Bevölkerung gut bekannt ist. Dies ist unter anderem das Resultat der Medienoffensive in den letzten Jahren. Es gab in Schweden bisher keine spezifischen Diskussionen über die Wirksamkeit der Datenschutzbehörde. Die Behörde geniesst im Allgemeinen ein hohes Ansehen in der Bevölkerung und wird laut der Interviewpartnerin der Datainspektionen positiv beurteilt. Spannungen können lediglich in Themenbereichen auftreten, in denen die Datenschutzbehörde keine Kompetenz zum Verbot von heiklen Datenbearbeitungen hat, die Bevölkerung aber ein Eingreifen erwarten würde, wie beispielsweise gewisse Veröffentlichungen von persönlichen Daten im Internet oder die Kontrolle von ausländischen Datenbearbeitenden. Das stark ausgebaute Öffentlichkeitsgesetz in Schweden ist hingegen laut der Interviewpartnerin keine Ursache von Konflikten. Dass alle Daten von öffentlichen Behörden zugänglich sind, wird in Schweden als normal angesehen und ist akzeptiert. Jedoch führt die (gemäss dem Öffentlichkeitsprinzip legale) Praxis, dass Behörden persönliche Daten an Private verkaufen, zu Kritik in den Medien und der Öffentlichkeit.¹¹⁹

Auch die Evaluation der Datainspektionen aus dem Jahr 2002 kommt zum Schluss, dass die Datenschutzbehörde in der Bevölkerung und den Medien ein hohes Ansehen geniesst, dies auch im Vergleich zu anderen öffentlichen Behörden in Schweden.¹²⁰

4.3.6 HERAUSFORDERUNGEN

Die grössten Herausforderungen für die Arbeit der Datainspektionen in den nächsten Jahren sieht die Interviewpartnerin in folgenden Bereichen:

¹¹⁸ Datainspektionen - Kompetens, effektivitet, service. Justitiedepartementet, Betänkande från Utredningen om översyn av Datainspektionens verksamhet och finansiering, Statens offentliga utredningar (SOU) SOU 2002:2 2002. <<http://www.regeringen.se/sb/d/108/a/491>> Zugriff: 02.10.2013.

¹¹⁹ Vgl. „Schwedische Behörden verkaufen munter Bürgerdaten“, in „Der Standard“ vom 08.08.2013.

¹²⁰ Datainspektionen - Kompetens, effektivitet, service. Justitiedepartementet, Betänkande från Utredningen om översyn av Datainspektionens verksamhet och finansiering, Statens offentliga utredningar (SOU) SOU 2002:2 2002, zitiert in: Schweizerisches Institut für Rechtsvergleich (SIR) 2013: Gutachten über Organisationsform und Zuständigkeiten der Datenschutzbehörden in ausgewählten Staaten. Finale Version vom 25. Juli 2013. Lausanne;

- *E-Government:* Die vermehrte Nutzung von E-Government ist aus Sicht des Datenschutzes nicht ganz unproblematisch, da oft persönliche Daten ausgetauscht werden und im Zusammenhang mit den Datentransfers Sicherheitsprobleme auftreten. Für die Datenschutzbehörde bedeutet dies einen zusätzlichen Überwachungsaufwand.
- *Internationaler Datenverkehr:* Durch die Globalisierung entstehen immer mehr Firmen, welche in mehreren Ländern tätig sind und Daten zwischen den einzelnen Ländern austauschen. Internationale Datentransfers unterliegen jedoch gewissen Restriktionen, und viele Unternehmen versuchen deshalb Ausnahmen von diesen Einschränkungen durchzusetzen.
- *Strafvollzug:* Ein sehr aktuelles Thema in Schweden ist der Umgang mit persönlichen Daten im Strafvollzug, welcher seit 2012 einer neuen Gesetzgebung unterliegt. Da es sich hier oft um sensitive Daten handelt, treten häufig Beschwerden auf.
- *Veröffentlichung von persönlichen Daten im Internet:* Der Umgang mit persönlichen Daten im Internet ist eine zentrale Herausforderung für die Datainspektionen. Insbesondere die Sensibilisierung der Bevölkerung für die Risiken der Nutzung des Internets und die Veröffentlichung von persönlichen Daten im Internet wird als Kernaufgabe der Datenschutzbehörde gesehen. Die Datainspektionen hat dazu wie weiter oben erwähnt eine eigene Website eingerichtet.

4.3.7 HERVORZUHEBENDE MERKMALE

Folgende Merkmale der schwedischen Datenschutzbehörde sollen als Diskussionsgrundlagen für das Fazit genutzt werden:

- Beirat mit beratender Funktion
- desk inspections (informelle Anfragen ohne Kontrolle vor Ort)
- Information und Weiterbildung betrieblicher Datenschutzverantwortlicher

Im vorliegenden Kapitel sollen diejenigen Elemente aus den Fallstudien diskutiert werden, welche lohnenswert dafür scheinen, Wirkungen des EDÖB zu verstärken. Die folgende Tabelle zeigt solche Elemente auf und gibt an, aus welchen Fallstudien diese abgeleitet worden sind. Dabei wurden die Elemente in drei Kategorien eingeteilt (Organisation, Kompetenzen und Prozesse).

Es gilt zu beachten, dass die Synthese keine systematische Prüfung gängiger Elemente aus der Organisationslehre oder auf der Grundlage des Corporate Governance Berichts des Bundesrates oder von internationalen Datenschutzwerken darstellt, sondern dass Elemente geprüft wurden, die in den Fallstudien identifiziert und für wirksam befunden wurden. Die Synthese stellt gemeinsam mit den Fallstudien die Grundlage für die Diskussion an einer Sitzung im September 2013 mit der Auftraggeber und der Begleitgruppe sowie an einem Workshop im Oktober 2013 unter Teilnahme ausländischer ExpertInnen dar.

D 5.1: Elemente aus den Fallstudien

	Elemente aus den Fallstudien	Fallstudien
Kategorie 1	Organisation	
1a	Kommissionsmodell	WEKO, FR, NL
1b	Beirat mit beratender Funktion	ES, NL, SW
1c	Verwaltungsrat mit Entscheidungsfunktion als Kontrollorgan	FINMA
1d	Einbezug von Interessenvertretungen	WEKO, ES, NL
1e	Sicherstellung des Austausches innerhalb der Organisation	WEKO, FR
1f	Klare organisatorische Abgrenzung der Zuständigkeiten (Beratung/Aufsicht/Enforcement)	FINMA
1g	Trennung Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte in gleicher Institution	FR
Kategorie 2	Kompetenzen	
2a	Allgemeine Verfügungskompetenz (verbindliche Anordnungen)	WEKO, ES, NL, SW
2b	Möglichkeit, hohe Bussen zu verfügen	WEKO, ES
Kategorie 3	Prozesse	
3a	Widerspruchsverfahren	WEKO
3b	Konzentration auf Aufgaben durch systematische Risikobeurteilung	FINMA, FR, NL
3c	Alternative Enforcement, desk inspections	NL, SW
3d	Unverbindlichkeit bzw. Einschränkung von Beratungen	ES, NL
3e	Verstärkung Selbstregulierung	FINMA
3f	Niederschwellige Möglichkeit für BürgerInnen, Meldungen zu machen	NL

In einem nächsten Schritt verknüpfen wir die aufgezeigten Elemente mit den Herausforderungen, mit denen der EDÖB konfrontiert ist (vgl. hierzu Abschnitt 2.2). Diese lassen sich in Herausforderungen in der Organisation und in Herausforderungen im

Umfeld unterteilen. Die Herausforderungen sind die folgenden, wobei jeder Herausforderung ein Buchstabe zugeordnet worden ist:

Herausforderungen Organisation:

- A Beschränkte Ressourcenverfügbarkeit, Konzentration auf Aufgaben
- B Beschränkte Aufsichts- und Durchsetzungskompetenz EDÖB
- C Doppelrolle Aufsicht/Beratung
- D Spannungsfeld Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip

Herausforderungen Umfeld:

- E Häufigere, unübersichtliche und internationalisiertere Datenverarbeitungen
- F Seltene Nutzung Durchsetzungsrechte durch Betroffene
- G Unterschiedliches Medieninteresse

In der folgenden Tabelle werden Kreuze dann gesetzt, wenn wir annehmen, dass eine Übernahme von Elementen aus den Fallstudien eine primär unterstützende Wirkung im Umgang mit den spezifischen Herausforderungen haben kann.

D 5.2: Elemente und Herausforderungen EDÖB

	Elemente aus den Fallstudien	Herausforderungen Organisation EDÖB				Herausforderungen Umfeld EDÖB		
		A	B	C	D	E	F	G
Kategorie I	Elemente zur Organisation aus den Fallstudien							
1a	Kommissionsmodell	x						
1b	Beirat mit beratender Funktion	x				x		
1c	Verwaltungsrat mit Entscheidungsfunktion als Kontrollorgan			x	x			
1d	Einbezug von Interessenvertretungen	x					x	
1e	Sicherstellung des Austausches innerhalb der Organisation			x		x		
1f	Klare organisatorische Abgrenzung der Zuständigkeiten (Beratung/Aufsicht/Enforcement)			x				
1g	Trennung Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte in gleicher Institution				x			
Kategorie 2	Elemente zu Kompetenzen aus den Fallstudien							
2a	Allgemeine Verfügungskompetenz (verbindliche Anordnungen)		x					x
2b	Möglichkeit, hohe Bussen zu verfügen		x					x
Kategorie 3	Elemente zu Prozessen aus den Fallstudien							
3a	Widerspruchsverfahren			x				
3b	Konzentration auf Aufgaben durch systematische Risikobeurteilung	x				x		
3c	Alternative Enforcement, desk inspections	x	x					
3d	Unverbindlichkeit bzw. Einschränkung von Beratungen	x		x				
3e	Verstärkung Selbstregulierung	x						
3f	Niederschwellige Möglichkeit für BürgerInnen, Meldungen zu machen	x					x	x

Legende: A: Beschränkte Ressourcenverfügbarkeit, Konzentration auf Aufgaben; B: Beschränkte Aufsichts- und Durchsetzungskompetenz EDÖB; C: Doppelrolle Aufsicht/Beratung; D: Spannungsfeld Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip; E: Häufigere, unübersichtliche und internationalisiertere Datenverarbeitungen; F: Seltene Nutzung Durchsetzungsrechte durch Betroffene; G: Unterschiedliches Medieninteresse.

Die Tabelle zeigt, dass in den Fallstudien Elemente gefunden wurden, die für jede der Herausforderungen Ansatzpunkte zur Verbesserung der Wirkungen des EDÖB beinhalten. Im Folgenden werden die Elemente im Einzelnen diskutiert.

5.1 ELEMENTE ORGANISATION

Dieser Abschnitt zeigt die sieben Elemente (1a–1g) aus dem Bereich Organisation auf, die im Hinblick auf den EDÖB diskutiert werden sollen.

1a: Kommissionsmodell	
Aus Fallstudien:	NL, WEKO, FR
Möglicher Beitrag zur Herausforderung:	A Beschränkte Ressourcenverfügbarkeit, Konzentration auf Aufgaben

Von den untersuchten Fallstudien sind die Wettbewerbsbehörden, die ÖDSB im Kanton Freiburg sowie die niederländische Datenschutzbehörde als Kommissionsmodell organisiert. Bei der WEKO stellt die Kommission die Entscheidungsinstanz dar und ist im Milizprinzip organisiert. Im Kanton Freiburg obliegen der Milizkommission die Formulierung von Empfehlungen (Datenschutz) und die Einsprache gegen Entscheide der Behörden (Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip) sowie die Koordination zwischen den Belangen des Datenschutzes und des Öffentlichkeitsprinzips. In den Niederlanden kennt das CBP eine hauptamtliche und schlanke Kommission (3 Mitglieder) als Entscheidungsinstanz. Anders als bei der WEKO und ähnlich wie im Kanton Freiburg liegt aber eine enge Zusammenarbeit mit dem Sekretariat vor (welche auch gewollt ist). So besteht insbesondere eine inhaltlich grosse Nähe der Kommissionsmitglieder zu den Untersuchungen des Sekretariats (dies gilt auch für das Modell im Kanton Freiburg, obwohl die Kommission in Freiburg im Gegensatz zum CBP im Milizsystem organisiert ist und 7 Mitglieder zählt). Auch die Aufteilung der Aufgaben nach inhaltlichen Sektoren zwischen den Kommissionsmitgliedern sowie die Entscheidungskompetenz einzelner Mitglieder für den Grossteil der Entscheidungen wird als sinnvoll erachtet (dies gilt für das Modell im Kanton Freiburg in gleicher Weise). Zwar haben sich die Kommissionsmodelle grundsätzlich bewährt, eine Übertragung auf den EDÖB scheint aber nur dann angebracht, wenn eine Trennung zwischen Entscheidungsinstanz (Kommission) und Untersuchungsinstanz (Datenschutzbeauftragte/r) gewünscht wäre, wie sie beispielsweise bei der ÖDSB im Kanton Freiburg besteht. Mit einem Kommissionsmodell könnte zudem die Person des EDÖB entlastet werden. Durch die Benennung eines/einer Vorsitzenden ist im Falle des CBP und des Kantons Freiburg gewährleistet, dass die Behörde mit einer konkreten Person verbunden werden kann, was insbesondere für die Aussenwirkung als wichtig zu erachten ist.

1b: Beirat mit beratender Funktion	
Aus Fallstudien:	ES, NL, SW
Möglicher Beitrag zu Herausforderungen:	A Beschränkte Ressourcenverfügbarkeit, Konzentration auf Aufgaben E Häufigere, unübersichtliche und internationalisiertere Datenverarbeitungen

In allen drei ausländischen Fallstudien kann die Datenschutzbehörde auf einen Beirat mit beratender Funktion zurückgreifen. Ein Beirat hat dabei die Aufgaben, den Behörden Vorschläge zu machen, die jedoch nicht bindend sind. Weiter können sich die Behörden bei spezifischen Fragestellungen an den Beirat oder an einzelne Mitglieder des Beirats wenden. Während der Beirat in Schweden am kleinsten und am wenigsten breit zusammengesetzt ist, können die Gremien in Spanien und den Niederlanden eine Ein-

bindung einer grösseren und heterogeneren Zahl von Akteuren gewährleisten. Beim niederländischen Beirat ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass auch Vertretende von Firmen, die Daten verarbeiten, Mitglieder des Beirates sind. Ein Beirat mit beratender Funktion könnte sich einerseits positiv auf die beschränkte Ressourcenverfügbarkeit des EDÖB auswirken, dieser den EDÖB durch die Lieferung von Informationen zu spezifischen Fragen entlasten könnte. Andererseits könnte er mit einer breiten Einbindung von Akteuren einen Beitrag dazu leisten, besser auf die Zunahme, Unübersichtlichkeit und Internationalisierung von Datenverarbeitungen zu reagieren.

Ic: Verwaltungsrat mit Entscheidungsfunktion als Kontrollorgan	
Aus Fallstudien:	FINMA
Möglicher Beitrag zu Herausforderungen:	C Doppelrolle Aufsicht/Beratung D Spannungsfeld Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip

Die FINMA ist als öffentlich-rechtliche Anstalt organisiert und hat als strategisches Organ einen Verwaltungsrat, welcher aus unabhängigen, fachkundigen Personen zusammengesetzt ist. Der Verwaltungsrat beschliesst unter anderem die Strategie der FINMA und ist für die Überwachung der Geschäftsleitung zuständig. Im Falle des EDÖB könnte ein (strategisches) Kontrollorgan dazu beitragen, dass Konflikte zwischen Aufsicht und Beratung früh erkannt und vermieden werden. Auch im Spannungsfeld zwischen Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip könnte ein Kontrollorgan Wirkungen des EDÖB verstärken und zu einer grösseren Unabhängigkeit beitragen.

Id: Einbezug von Interessenvertretungen	
Aus Fallstudien:	NL, ES, WEKO
Möglicher Beitrag zu Herausforderungen:	A Beschränkte Ressourcenverfügbarkeit, Konzentration auf Aufgaben F Seltene Nutzung Durchsetzungsrechte durch Betroffene

Mit den Beiräten wird in den Niederlanden und in Spanien ein Einbezug von Interessenvertretungen gewährleistet (vgl. Element 1b). Hierzu gehören neben Branchenverbänden und Unternehmen nicht zuletzt Konsumentenorganisationen. Während in diesen beiden ausländischen Fallstudien die Interessenvertretungen in beratenden Organen Einsitz haben, werden bei den Wettbewerbsbehörden in der Schweiz Vertretende von Wirtschaftsverbänden und Konsumentenorganisationen (noch) direkt in das Entscheidungsorgan WEKO mit eingebunden. Der Einbezug von Interessenorganisationen könnte für den EDÖB in zweierlei Hinsicht Vorteile darstellen.

Zum einen könnten gewisse Aufgaben an diese Organisationen delegiert werden und damit den EDÖB entlasten. Zum anderen könnte ein grösserer Einbezug von Konsumentenorganisationen auch dazu beitragen, dass der EDÖB diese für eine stärkere Nutzung der Durchsetzungsrechte von Betroffenen sensibilisieren könnte.

Wie auch die WEKO würde sich der EDÖB mit einem institutionalisierten Einbezug von Interessenvertretungen jedoch dem Vorwurf aussetzen, etwas von seiner Unabhängigkeit zu verlieren. Weitere Schwierigkeiten in der stärkeren Einbindung von Interessenvertretungen liegen in den begrenzten Ressourcen, welche diesen zur Verfügung

stehen sowie in einer erschwerten Entscheidungsfindung durch den Einbezug vieler unterschiedlicher Akteure.

Ie: Sicherstellung des Austausches innerhalb der Organisation	
Aus Fallstudien:	WEKO, FR
Möglicher Beitrag zu Herausforderungen:	C Doppelrolle Aufsicht/Beratung E Häufigere, unübersichtliche und internationalisiertere Datenverarbeitungen

Die Organisation als Matrixstruktur wird bei den Wettbewerbsbehörden als wichtiger Faktor betrachtet, um einen Austausch innerhalb der Organisation zu gewährleisten. So sind dort alle Mitarbeitenden der Dienste gleichzeitig Mitglieder eines Kompetenzzentrums, was einen Austausch und die *unité de doctrine* zwischen den Diensten unterstützt. Eine stärkere Ausrichtung des EDÖB auf eine matrixartige Organisation könnte dazu beitragen, besser auf Entwicklungen im Umfeld zu reagieren (Herausforderung E). Auf die Doppelrolle des EDÖB als Beratungsorgan und Aufsichtsinstanz könnte sich ein besserer und institutionalisierter Austausch zwischen den Einheiten ebenfalls positiv auswirken. Es könnten aufgrund zusätzlicher Verflechtungen hier auch neue Probleme entstehen und Organisationen noch eher davon abhalten, eine Beratung des EDÖB zu suchen.

Im Falle des Kantons Freiburg wird der notwendige Austausch zwischen Belangen des Datenschutzes und des Öffentlichkeitsprinzips durch zwei Elemente gefördert, die prüfenswert sind: Zunächst bestehen gemeinsame Dossiers der Beauftragten für Datenschutz und der Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz. Ferner finden periodisch Sitzungen zwischen den beiden Beauftragten und dem Präsident der Kommission statt, welche den Austausch fördern. Beide Elemente wären im Falle des EDÖB nur realisierbar (bzw. notwendig), wenn entsprechende strukturelle Voraussetzungen geschaffen werden (vgl. Element 1a und 1g).

If: Klare organisatorische Abgrenzung der Zuständigkeiten (Beratung/Aufsicht/Enforcement)	
Aus Fallstudien:	FINMA
Möglicher Beitrag zur Herausforderung:	C Doppelrolle Aufsicht/Beratung

Bei der FINMA wird grosser Wert auf die organisatorische Trennung zwischen Aufsicht und Enforcement gelegt. So gibt es einen eigenen Geschäftsbereich, welcher für das Enforcement verantwortlich ist. Durch die Organisation der FINMA soll vermieden werden, dass dieselben Personen für die Rechtsdurchsetzung und die dauernde und begleitende Aufsicht verantwortlich sind. Im Falle des EDÖB könnten eine stärkere organisatorische Trennung zwischen der Beratung von Organisationen und der Aufsicht nach dem Vorbild der FINMA dazu beitragen, mögliche Konflikte in der Doppelrolle als Beratungs- und Aufsichtsorgan zu entschärfen.

Ig: Trennung Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte in gleicher Institution	
Aus Fallstudien:	FR
Möglicher Beitrag zur Herausforderung:	D Spannungsfeld Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip

Die organisatorische Trennung des Datenschutzes und des Bereiches Öffentlichkeit und Transparenz ist im Kanton Freiburg sauber vollzogen. Beide Bereiche werden durch eine Beauftragte geführt und sind damit auf gleicher Hierarchiestufe angesiedelt. Durch die Schaffung gemeinsamer Dossiers (für Themen, bei denen Öffentlichkeitsprinzip und Datenschutz gleichermaßen betroffen sind) und durch die Sitzungen in Dreierbesetzung (die zwei Beauftragten und der Präsident der Kommission) kann dem Spannungsfeld zwischen Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip gut Rechnung getragen werden. Übertragen auf den EDÖB würde dies heissen, dass die Organisation stark verändert werden müsste: Es wäre eine Doppelspitze zu schaffen und allenfalls durch eine Kommission zu ergänzen (vgl. 1a).

5.2 ELEMENTE KOMPETENZEN

Im Folgenden werden zwei Elemente aus den Fallstudien hinsichtlich der Kompetenzen (2a und 2b) diskutiert.

2a: Allgemeine Verfügungskompetenz	
Aus Fallstudien:	WEKO, ES, NL, SW
Möglicher Beitrag zu Herausforderungen:	B Beschränkte Aufsichts- und Durchsetzungskompetenz EDÖB G Unterschiedliches Medieninteresse

Während der EDÖB keine rechtsverbindlichen Verfügungen gegenüber Datenverarbeitenden erlassen kann, ist dies den Datenschutzbehörden in allen drei ausländischen Fallstudien möglich. Trotz unterschiedlicher Ausgestaltung der Verfügungskompetenz wird diese in allen drei Ländern als wichtiger Faktor sowohl für die Durchsetzung als auch im Hinblick auf eine präventive Wirkung erachtet. Eine Erweiterung der Kompetenzen des EDÖB hätte vor diesem Hintergrund Potenzial, um die Wirkungen zu verstärken – insbesondere dann, wenn die Verfügungskompetenz, wie dies in Spanien der Fall ist, eine sofortige Einstellung von Datenverarbeitungen beinhalten würde. Weiter wären Verfügungen des EDÖB gegenüber den bisherigen Empfehlungen dafür geeignet, ein grösseres Medieninteresse bei Rechtsverstössen auszulösen. Die Fallstudie der Wettbewerbsbehörden konnte aufzeigen, dass die Wirkungen durch die in den 1990er Jahren eingeführte Verfügungskompetenz der WEKO verstärkt worden sind.

2b: Möglichkeit, hohe Bussen zu verfügen	
Aus Fallstudien:	WEKO, ES
Möglicher Beitrag zu Herausforderungen:	B Beschränkte Aufsichts- und Durchsetzungskompetenz EDÖB G Unterschiedliches Medieninteresse

In zwei Fallstudien haben die Aufsichtsbehörden die Möglichkeit, bei Verstössen gegen die rechtlichen Grundlagen über hohe direkte Sanktionszahlungen zu verfügen. Bei der WEKO hat die 2003 eingeführte Möglichkeit, über direkte Sanktionen gegen Unter-

nehmen zu verfügen, dazu geführt, dass die Gesetzeskonformität und die präventive Wirkung der gesetzlichen Grundlagen gestiegen sind. In Spanien wird in den hohen Bussen ebenfalls ein zentrales Instrument für die Rechtsdurchsetzung gesehen. Wie auch bei Element 2a, ist anzunehmen, dass Fälle in denen hohe Bussen verfügt werden, grundsätzlich ein hohes Medieninteresse nach sich ziehen. In der niederländischen Regelung, Bussen erst als zweiten Schritt (nach der Aufforderung zur Behebung des Verstosses) zu verfügen, kann eine Schwächung der präventiven Wirkung von Bussen gesehen werden.

5.3 ELEMENTE PROZESSE

Hinsichtlich der Prozesse sollen die folgenden Elemente aus den Fallstudien diskutiert werden.

3a: Widerspruchsverfahren	
Aus Fallstudien:	WEKO
Möglicher Beitrag zur Herausforderung:	C Doppelrolle Aufsicht/Beratung

Im Fall der Wettbewerbsbehörden ermöglicht es das Widerspruchsverfahren, dass Unternehmen geplante, allenfalls den Wettbewerb beschränkende Verhaltensweisen im Vorfeld auf ihre Gesetzeskonformität überprüfen zu lassen. Im Fall des EDÖB könnte ein ähnliches Verfahren dazu beitragen, dass Unternehmen bei neuen Datensammlungen und/oder der Einführung neuer Produkte bereits frühzeitig Kontakt zum EDÖB suchen und – bei der Möglichkeit von Sanktionen – in einer Versuchsphase keine Sanktionen befürchten müssen. Eine solche Regelung könnte eine geeignete Reaktion auf die Herausforderungen bezüglich der Doppelrolle des EDÖB als Beratungs- und Aufsichtsorgan sein, in dem Sinne, dass es für Unternehmen attraktiver gestaltet wird, proaktiv den Kontakt mit dem EDÖB zu suchen. Eine ähnliche Wirkung könnte von einem Einsatz von Selbstevaluationstools für Unternehmen, wie sie in Spanien und den Niederlanden bekannt sind, ausgehen.

3b: Konzentration auf Aufgaben durch systematische Risikobeurteilung	
Aus Fallstudien:	NL, FINMA, FR
Möglicher Beitrag zu Herausforderungen:	A Beschränkte Ressourcenverfügbarkeit, Konzentration auf Aufgaben E Häufigere, unübersichtliche und internationalisiertere Datenverarbeitung

In allen untersuchten Fallstudien müssen sich die Organisationen Schwerpunkte in ihrer Tätigkeit setzen. Die Fallstudie der FINMA zeigt den risikobasierten Ansatz auf, nach welchem Beaufsichtigte in Kategorien eingeteilt werden und sich die Intensität der Aufsicht nach der Risikowirkung (z.B. auf Anleger) ergibt. Auch die niederländische CBP macht die Einleitung einer Untersuchung von einer systematischen Prüfung bestimmter Kriterien abhängig. Hierzu gehören neben dem Risiko auch die Anzahl der Betroffenen sowie die Erfolgschancen für ein Enforcement. Im Kanton Freiburg werden

die Kontrollen im Bereich des Datenschutzes ebenfalls risikoorientiert festgelegt auf der Basis eines Kriterienkatalogs.

Eine stärkere Konzentration auf eine systematische Risikobeurteilung anhand eines Kriterienkataloges könnte dem EDÖB die Konzentration auf Aufgaben erleichtern. Dies scheint insbesondere vor dem Hintergrund von häufigeren, unübersichtlichen und internationalisierteren Datenverarbeitungen empfehlenswert.

3c: Alternative Enforcement, desk inspections	
Aus Fallstudien:	NL, SW
Möglicher Beitrag zu Herausforderungen:	A Beschränkte Ressourcenverfügbarkeit, Konzentration auf Aufgaben B Beschränkte Aufsichts- und Durchsetzungskompetenz EDÖB

Die Fallstudien in den Niederlanden und in Schweden zeigen auf, wie die dortigen Datenschutzbehörden versuchen, mit möglichst geringem Aufwand eine Veränderung von Verhaltensweisen bei Datenverarbeitenden zu erreichen. In Schweden werden desk inspections durchgeführt bei kleineren Vergehen oder bei Fällen, in denen angenommen wird, dass den Datenbearbeitenden lediglich Informationen über das Datenschutzgesetz fehlen. Solche Fälle werden in den Niederlanden versuchsweise unter dem Begriff „Alternative Enforcement“ bearbeitet. In beiden Ländern sucht die Datenschutzbehörde den Kontakt mit den Datenverarbeitenden auf einer niederschweligen Ebene (z.B. durch Anrufe) und sieht von der Einleitung einer formalen Untersuchung ab. Im Falle des EDÖB könnte ein solches Vorgehen dazu beitragen, mit den beschränkten Ressourcen eine breitere Wirkung zu erzielen. Weiter könnte ein Alternative Enforcement dazu beitragen, die Durchsetzung zur Einhaltung der gesetzlichen Grundlagen zu stärken (auch bei Datenverarbeitenden, die sich über ihre Pflichten nicht im Klaren sind).

3d: Unverbindlichkeit bzw. Einschränkung von Beratungen	
Aus Fallstudien:	ES, NL
Möglicher Beitrag zu Herausforderungen:	A Beschränkte Ressourcenverfügbarkeit, Konzentration auf Aufgaben C Doppelrolle Aufsicht/Beratung

Die Datenschutzbehörden in Spanien und den Niederlanden versuchen bei Einzelberatungen von privaten Datenverarbeitenden möglichst unverbindlich und allgemein zu sein. Dies hat den Vorteil, dass Informationen der Behörden von einer grösseren Zahl von Organisationen genutzt werden können und eine grössere Kohärenz in den Beratungen der Organisationen vorliegt. Weiter wurde in den Niederlanden die Zahl der Einzelberatungen stark reduziert, mit dem Ziel, mehr Ressourcen für die Durchsetzung des Rechtes einzusetzen. In beiden Ländern wird dieses Vorgehen als wirksam erachtet. Eine stärkere Ausrichtung des EDÖB auf ein solches Vorgehen könnte dazu beitragen, den Konflikt zwischen Beratung und Aufsicht zu entschärfen und es könnte zu einer Entlastung von Ressourcen, die für Beratungen aufgewendet werden beitragen.

3e: Verstärkung Selbstregulierung	
Aus Fallstudien:	FINMA
Möglicher Beitrag zur Herausforderung:	A Beschränkte Ressourcenverfügbarkeit, Konzentration auf Aufgaben

Der Aufsichtsansatz der FINMA ist durch den Einbezug von Prüfgesellschaften sowie Selbstregulierungsorganisationen geprägt. Letztere entlasten im Bereich der Bekämpfung der Geldwäscherei die FINMA und es wird ermöglicht, dass die Beaufsichtigten im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben ihre Reglemente individuell abstimmen. Das Datenschutzgesetz (Art. 11a Abs. 5 lit. e) kennt eine Selbstregulierung von Unternehmen durch die Ernennung betrieblicher Datenschutzverantwortlicher. Ein stärkerer Fokus auf Selbstregulierung, beispielsweise mit der Mitwirkung von Branchenverbänden, könnte insbesondere zu einer stärkeren Entlastung des EDÖB beitragen.

3f: Niederschwellige Möglichkeit für BürgerInnen, Meldungen zu machen	
Aus Fallstudien:	NL
Möglicher Beitrag zu Herausforderungen:	A Beschränkte Ressourcenverfügbarkeit, Konzentration auf Aufgaben F Seltene Nutzung Durchsetzungsrechte durch Betroffene G Unterschiedliches Medieninteresse

Die Möglichkeit für Meldungen aus der Bevölkerung zu möglichen Verstößen gegen das Datenschutzrecht wird aus zwei Gründen als wichtig erachtet. Zum einen wird Bürgerinnen und Bürgern dadurch die Möglichkeit gegeben, sich zu beschweren. Zum anderen gelangen die Datenschutzbehörden zu Informationen darüber, in welchen Bereichen möglicherweise weitere Abklärungen sinnvoll wären. Auch der EDÖB verfügt über ein Online-Formular für Meldungen aus der Bevölkerung und bietet einen telefonischen Beratungsdienst an. Die Fallstudie der Niederlande zeigt ein Beispiel, in welchem die Zugänglichkeit für Betroffene einfacher und attraktiver gestaltet ist (über die Website www.mijnprivacy.nl). Dort erleichtert ein Formular die Durchführung einer Meldung und es wird systematisch aufgezeigt, in welchen Bereichen in den letzten Jahren Meldungen gemacht worden sind. Mit einem Ausbau der Möglichkeit für Meldungen könnte der EDÖB Informationen gewinnen, die ihm die Konzentration auf Bereiche bei der Erfüllung seiner Aufgaben erleichtern würde. Weiter könnten dadurch das Bewusstsein und die Nutzung der Durchsetzungsrechte durch die Betroffenen sowie das Medieninteresse gesteigert werden.

Am 25. Oktober 2013 wurde ein Workshop mit einer Vertreterin der niederländischen Datenschutzbehörde CBP, einem Vertreter der spanischen Datenschutzbehörde AEPD, einer Vertreterin der ÖDSB des Kantons Freiburg sowie den Mitgliedern der Begleitgruppe durchgeführt.

Das Ziel des Workshops war der Informations- und Erfahrungsaustausch zwischen den eingeladenen ExpertInnen und der Begleitgruppe. Die Diskussion orientierte sich an den im Kapitel 5 aufgezeigten Elementen, wobei primär diejenigen Elemente diskutiert wurden, welche aus den Fallstudien zu den Niederlanden, Spanien und dem Kanton Freiburg abgeleitet worden sind. Den Teilnehmenden wurde vorgängig ein Entwurf dieses Berichts (ohne Kapitel 6) in deutscher Sprache sowie eine englische Zusammenfassung zugestellt. Die im Workshop gewonnenen Erkenntnisse werden in diesem Kapitel beschrieben.

6.1 ALLGEMEINE BEMERKUNGEN ZU DEN FALLSTUDIEN

Aufgrund der Schilderung der Datenschutz-Praxis in den Niederlanden und in Spanien lässt sich in Ergänzung zu den Fallstudien Folgendes feststellen:

Beirat

Der beratende Beirat der Datenschutzbehörde Spaniens und der Niederlande ist ein Organ, welches der Leitung der Behörde Vorschläge machen kann und von dieser im Bedarfsfall konsultiert werden kann (wie dies auch in den Fallstudien dargestellt wird). Der tatsächliche Einfluss des Beirates auf die tägliche Arbeit der Behörden ist aber eher gering, da sich die Beiräte in beiden Ländern lediglich zwei Mal im Jahr treffen. Der Beirat ist ein Gremium, welches punktuelle Inputs zur strategischen Ausrichtung der Behörde zu geben vermag, nicht aber die Tätigkeit der Behörde als Ganzes prägt oder wesentlich beeinflusst.

Eine stärkere Einbindung des Beirates wäre aus Sicht beider ExpertInnen wünschenswert, aber nur mit einer organisatorischen Umstrukturierung erreichbar. So müssten die Mitglieder beispielsweise für ihre Arbeit entschädigt werden, und es müssten Personen gefunden werden, welche sich in ihrem Alltag vertieft mit Datenschutzfragen auseinandersetzen.

Entgegennehmen von Beschwerden und Signalen

Die Möglichkeiten der BürgerInnen, sich mit Beschwerden an die Behörden zu wenden und die Reaktion der Behörden darauf sind in den Niederlanden und in Spanien sehr unterschiedlich geregelt:

- Die spanische Datenschutzbehörde ist dazu verpflichtet, jede Beschwerde von BürgerInnen individuell zu bearbeiten und zu beantworten, auch wenn diese nicht zur Eröffnung einer Untersuchung führt. In diesem Fall muss eine fundierte Begründung für die Ablehnung der Beschwerde (Umfang 8–9 Seiten) abgegeben werden.

Im letzten Jahr wurden 11'000 Beschwerden entgegengenommen. Dies führte zu einer solch grossen Arbeitsbelastung, dass die Behörde in der Vergangenheit auf eigene Untersuchungen verzichten musste.

- In den Niederlanden werden Hinweise von BürgerInnen als Signale aufgenommen, welche bei einer Häufung zu einer Untersuchung führen können. Die Beschwerden werden jedoch nicht individuell behandelt. Die Absender von Beschwerden erhalten lediglich die Nachricht, dass die CBP ihr Anliegen zur Kenntnis genommen hat und als Signal aufnehmen wird. Die Beschwerden und deren Häufigkeit fliessen in die Risikobeurteilung zur Festlegung der Prioritäten der Behörde ein (siehe Element 3b).

6.2 ORGANISATION

Der folgende Abschnitt enthält die Ergebnisse der Diskussion am Workshop zu den Elementen der Organisation der Datenschutzbehörden.

1a und 1b: Kommissionsmodell und Beirat mit beratender Funktion

Eine Möglichkeit, Interessensvertretende in den Arbeitsprozess der Datenschutzbehörde miteinzubeziehen, bietet das Modell der Öffentlichkeits- und Datenschutzbehörde des Kantons Freiburg. Deren oberste Leitung, die Kommission, trifft sich acht bis neun Mal pro Jahr und hat Entscheidungskompetenzen. Die Kommission nimmt zudem eine wichtige Rolle bei der Koordination der zwei Teilbereiche Öffentlichkeit und Datenschutz wahr.

Ein weiterer Vorteil einer Kommission mit Entscheidungskompetenz gegenüber einer Einzelperson an der Spitze der Datenschutzbehörde wird darin gesehen, dass die Objektivität der Entscheidungen einer Kommission weniger in Frage gestellt werden kann als die einer Einzelperson und dass eine Kommission als weniger anfällig für Lobbying betrachtet wird. Andererseits ist zu bedenken, dass der EDÖB in der Schweiz der Datenschutzbehörde ein Gesicht gibt und diese nach aussen vertritt. Diese kommunikative Wirkung könnte mit der Schaffung einer Kommission verloren gehen, die Funktion müsste dann vom Präsidenten der Kommission wahrgenommen werden.

Die ausländischen ExpertInnen begrüssen generell das Vorhandensein eines Beirates mit beratender Funktion, allerdings plädieren sie dafür, dass Massnahmen getroffen werden sollten, um den Beirat stärker in die Tätigkeit der Datenschutzbehörde einzubinden. Diese könnten beispielsweise darin bestehen, dass Mitglieder in den Beirat gewählt werden, für die das Thema Datenschutz eine hohe Priorität hat, oder dass die Mitglieder für ihre Tätigkeit entschädigt werden. Ein beratender Beirat, der sich lediglich zwei Mal pro Jahr trifft, kann laut den ExpertInnen keinen Beitrag zur Entschärfung der Ressourcenknappheit leisten, sondern vermag eher allgemeine Impulse zur strategischen Ausrichtung zu geben, welche jedoch nicht die alltägliche Arbeit der Datenschutzbehörden betreffen.

Ig: Trennung Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte in gleicher Institution

Die ExpertInnen äussern sich aus unterschiedlichen Gründen kritisch zu einer gemeinsamen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbehörde, welche weder in den Niederlanden noch in Spanien existiert.

- Zum einen könnten die teilweise im Gegensatz zueinander stehenden Aufgaben zu Interessenskonflikten führen.
- Zum anderen wäre es schwierig für eine neu in die Datenschutzbehörde integrierte Öffentlichkeitsbehörde, gleichwertige Kompetenzen und Ressourcen zu erhalten, da der Datenschutzbereich in beiden Ländern historisch gewachsen ist.

Als Vorteil einer gemeinsamen Behörde wird die erleichterte Koordination genannt. Im Kanton Freiburg existiert wie auf Bundesebene eine gemeinsame Behörde, jedoch sind hier die beiden Bereiche organisatorisch und personell getrennt. Mit diesem System, dass durch eine gemeinsame Kommission ergänzt wird, wurden gemäss der Expertin aus dem Kanton Freiburg gute Erfahrungen gemacht.

6.3 KOMPETENZEN

Am Workshop wurden die Kompetenzen der Datenschutzbehörde (allgemeine Verfügungskompetenz und die Möglichkeit, hohe Bussen zu verfügen) lebhaft diskutiert. Hier die wichtigsten Ergebnisse der Diskussion.

2a und 2b: Allgemeine Verfügungskompetenz und Möglichkeit, hohe Bussen zu verfügen.

Die Kompetenz, bindende Entscheidungen zu fällen, wird in beiden ausländischen Datenschutzbehörden als zentral angesehen, um die Einhaltung des Datenschutzrechts zu verbessern. Mit einer solchen Kompetenz könnte die Position des EDÖB gestärkt werden.

Ein interessantes Modell stellt das in den Niederlanden praktizierte Verfahren der *preventive penalty payments* dar: Es wird eine Busse verfügt, die nur dann fällig wird, wenn der/die DatenbearbeiterIn den Verstoss gegen das Datenschutzgesetz nicht innerhalb einer festgelegten Frist richtigstellt. Dabei wird der/die DatenbearbeiterIn in die Entscheidung miteinbezogen: Er/sie wird in einem Hearing dazu befragt, wie er/sie den Verstoss richtigstellen möchte und wie viel Zeit er/sie dafür braucht. Erst danach wird die Entscheidung getroffen. Der Bussbetrag musste im letzten Jahr (2012) nur in einem einzigen Fall tatsächlich bezahlt werden. Eine nicht zu unterschätzende Wirkung der preventive penalty payments ist die öffentliche Aufmerksamkeit, welche den Datenarbeitenden durch diese zuteilwird. Die Angst vor negativer Publicity löst oft grössere Effekte aus als die zu zahlenden Bussbeträge.

Preventive penalty payments tragen zweifellos dazu bei, dass unbeabsichtigte Verstösse beseitigt werden. Ob das System bei bewussten Verstössen funktioniert, wird kritisch beurteilt. Es stellt sich die Frage, ob hier die Kompetenz notwendig wäre, direkt hohe Bussen auszustellen, wie dies in Spanien möglich ist (und in den Niederlanden derzeit

diskutiert wird). In Spanien funktioniert dieses System gut, in der Diskussion wurde aber darauf verwiesen, dass es im schweizerischen System eher unwahrscheinlich ist, dass dem EDÖB als Einzelperson eine derart grosse Entscheidungskompetenz zugestanden wird.

Ein weiterer Unterschied der preventive penalty payments zu den Empfehlungen des EDÖB besteht darin, dass im Falle der Niederlande die Datenbearbeitenden darüber mitbestimmen können, auf welche Art sie einen Verstoss richtigstellen wollen. Die Empfehlungen des EDÖB dagegen geben den Weg zur Richtigstellung vor. Die Idee, die betroffene Organisation selber nach Lösungen suchen zu lassen, wird von Teilnehmenden des Workshops positiv beurteilt, gab es doch in der Schweiz Fälle, bei denen Behörde und betroffene Organisation sich zwar darüber einig waren, dass ein Verstoss vorliegt, die betroffene Organisation jedoch mit der Empfehlung nicht einverstanden war und deswegen ein Gerichtsverfahren eingeleitet werden musste.

Schliesslich stellte sich die Frage, ob bei den Sanktionskompetenzen eine Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Datenbearbeitenden gemacht werden muss. Einige der Workshop-Teilnehmenden haben Bedenken, ob es möglich und richtig wäre, dass die Datenschutzbehörde mit rechtlichen Mitteln beispielsweise gegen ein Departement oder ein Bundesamt vorgehen würde oder gegen diese Organe eine Busse aussprechen könnte. Andererseits besteht, falls gegen öffentliche Organe keine Sanktionen verhängt werden können, das Risiko, dass diese sich ausserhalb des Systems positionieren und Verstösse gegen das Datenschutzgesetz begehen können, ohne Sanktionen fürchten zu müssen. Einige Teilnehmende halten dem entgegen, dass in der Linie schon heute Sanktionen möglich sind: das heisst, die vorgesetzte Behörde wäre im Falle eines Verstosses verantwortlich, diesen zu ahnden und zu sanktionieren.

Die niederländische Expertin plädierte letztlich für einen Katalog von Sanktionen, die von der Datenschutzbehörde situationsgerecht ausgewählt und angeordnet werden könnten: schriftliche Verwarnung, unbedingte hohe Bussen für schwere Datenschutzverletzungen, bedingte Bussen zur Durchsetzung von Massnahmen sowie die Publikation von Untersuchungsberichten.

6.4 PROZESSE

Im letzten Teil des Workshops wurden Elemente bezüglich der Prozesse diskutiert. Die Resultate dieser Diskussion bilden den Inhalt dieses Abschnitts.

3b: Konzentration auf Aufgaben durch systematische Risikobeurteilung
Die knappen Ressourcen des EDÖB erfordern eine Prioritätensetzung bei der Auswahl von zu untersuchenden Fällen oder Sektoren. Unter diesem Aspekt wurde die Praxis der systematischen Risikobeurteilung der Datenschutzbehörden des Kantons Freiburg und der Niederlande diskutiert. Für die Risikobeurteilung betrachtet die Datenschutzbehörde der Niederlande drei Aspekte:

- Es wird *erstens* analysiert, in welchen Sektoren ein Gesetzesverstoss am wahrscheinlichsten ist und in welchen Sektoren eine Risikoerhöhung stattgefunden hat, beispielsweise durch Privatisierung.
- *Zweitens* wird eine Expertenanalyse der verschiedenen Sektoren gemacht: ExpertInnen innerhalb der Datenschutzbehörde bringen ihre Erfahrungen aus der Praxis zum jeweiligen Sektor ein.
- Schliesslich beruht die Risikobeurteilung *drittens* auf den Signalen, welche von den BürgerInnen entgegengenommen werden (vgl. Element 3f). Diese werden von zwei Mitarbeitenden, welche ausschliesslich für diese Aufgabe angestellt sind, priorisiert und geordnet.

Die Teilnehmenden sind sich einig, dass eine Risikobeurteilung sinnvoll ist. Diskutiert wird die Einführung einer Meldepflicht für Verstösse gegen das Datenschutzgesetz. Eine solche Meldepflicht besteht in den Niederlanden bei der Telekommunikationsaufsicht. Im Datenschutzbereich kennt Irland eine entsprechende Regelung. Wenn eine solche Pflicht bestehen würde, könnte sich die Risikobeurteilung auf jene Bereiche konzentrieren, in denen keine oder nur sehr wenige Verstösse gemeldet werden.

3e: Verstärkung Selbstregulierung

Die Vertreterin der niederländischen Datenschutzbehörde äussert sich eher kritisch zum System der Selbstregulierung. Dieses funktioniere in der Praxis nicht einwandfrei, sektorale Selbstregulierungsorganisationen würden teilweise versuchen, die Standards des Datenschutzgesetzes zu unterlaufen. Es fehlen ihrer Meinung nach Anreize für die Datenbearbeitenden zur Zusammenarbeit und zum Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation. Die niederländische Datenschutzbehörde hat in den vergangenen Jahren vergeblich versucht, solche Anreize zu schaffen.

Ein Anreiz zur Zusammenarbeit könnte beispielsweise sein, dass die Organisationen weniger Kontrollen zu befürchten haben, wenn sie Mitglied einer Selbstregulierungsorganisation sind. Um dieses System umzusetzen, müsste jedoch gewährleistet werden, dass die Selbstregulierungsorganisationen bei Verstössen gegen die Regelungen Massnahmen ergreifen. Dies ist oft schwierig umzusetzen.

Mitglieder der Begleitgruppe verweisen auf Beispiele für funktionierende Selbstregulierungsorganisationen in der Schweiz, wie die Lauterkeitskommission oder die Börsenaufsicht. Es wurde auch diskutiert, ob Labels dazu beitragen könnten, einen Anreiz für Firmen zur Partizipation in Selbstregulierungsorganisationen zu schaffen (ähnlich den Qualitätslabels bei Lebensmitteln oder im Bauwesen). Hier besteht jedoch nach Ansicht einiger Teilnehmenden die Gefahr, dass unterschiedliche Labels entstehen, die Übersichtlichkeit leidet und der Inhalt der Labels unklar bleibt.

Es wurde diskutiert, ob präzisierende Regulierungen und Anweisungen für spezifische Sektoren den Datenbearbeitenden dabei helfen könnten, das Datenschutzrecht korrekt umzusetzen. Solche Vollzugshilfen könnten im Gegensatz zum Datenschutzgesetz konkrete Hinweise zum Umgang mit persönlichen Daten geben, welche auf den jeweiligen Bereich zugeschnitten sind. Die Zahl der Verstösse aufgrund fehlenden Wissens der Datenbearbeitenden könnte so reduziert werden. Ausserdem könnten diese Regelungen

flexibler angepasst werden als das Datenschutzgesetz, was das Reagieren auf neue Entwicklungen erleichtern würde. Die Regelungen müssten selbstverständlich den Rahmen des Datenschutzgesetzes respektieren.

Als Fazit der Diskussion kann festgehalten werden, dass eine verstärkte Selbstregulierung theoretisch dazu beitragen könnte, Ressourcen einzusparen und das Datenschutzgesetz besser einzuhalten. Dazu bräuchte es jedoch wirkungsvolle Anreize, um die Datenbearbeitenden zur Zusammenarbeit zu motivieren, welche in der Praxis schwierig zu setzen sind.

3f: Niederschwellige Möglichkeit für BürgerInnen, Meldungen zu machen

Angesichts der enormen Zahl der Beschwerden, welche die spanische Datenschutzbehörde im letzten Jahr zu beantworten hatte und unter Berücksichtigung des Kontexts des Schweizer Systems sowie der vorhandenen Ressourcen, sind sich die Diskussions teilnehmenden einig, dass eine Pflicht zur individuellen Beantwortung der Beschwerden für den EDÖB nicht geeignet ist.

Positiv wird das Vorhandensein einer Hotline beurteilt, bei welcher BürgerInnen Meldungen machen können. Kleinere Verstösse können so von den Datenschutzbehörden oft mit wenig Aufwand, beispielsweise mit einem Anruf bei dem betroffenen Unternehmen (ein sogenannter „frown eyebrow call“ in den Niederlanden), erledigt werden. Dieses System funktioniert sowohl bei den ausländischen Datenschutzbehörden als auch in der Schweiz sehr gut.

Diskutiert wird auch die Schaffung einer Ombudsstelle, wie sie in der Schweiz in der Telekommunikation besteht. Es ist jedoch fraglich, ob eine solche Schlichtungsstelle im Datenschutz Sinn machen würde, da es hier eher um inhaltliche Aspekte geht, während die Ombudscom mehrheitlich Fälle behandelt, bei denen die Frage der Kostenübernahme im Vordergrund steht.

IMPRESSUM

Stefan Rieder, Dr. rer. pol. (Projektleiter)

Stefan Rieder hat an der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern Volkswirtschaft und Politologie studiert. Nach einem Forschungsaufenthalt in Deutschland als Stipendiat des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung promovierte er mit der Dissertation „Regieren und Reagieren in der Energiepolitik“. Stefan Rieder ist seit 1994 bei Interface tätig. Er führt den Bereich Organisation und Verwaltungsmanagement und ist Mitinhaber des Unternehmens. Seine Arbeitsschwerpunkte liegen im Bereich der Reform öffentlicher Verwaltungen sowie in der Energiepolitik. Er ist insbesondere als Berater für Strategieentwicklungen, Organisation und Controlling für verschiedene Bundesstellen, kantonale Stellen und Gemeinden tätig.

Christof Schwenkel, Diplom-Verwaltungswissenschaftler

Christof Schwenkel hat an den Universitäten Konstanz, Prag und Bordeaux studiert und 2007 sein Studium als Diplom-Verwaltungswissenschaftler abgeschlossen. Bei Interface ist er seit 2007 als wissenschaftlicher Mitarbeiter im Bereich Organisation und Verwaltungsmanagement tätig. Christof Schwenkel hat eine Vielzahl von Evaluationen und Beratungen als Projektleiter und -mitarbeiter durchgeführt. Schwerpunkte seiner Arbeit liegen in den Bereichen Justiz und Polizei sowie im kantonalen Politikvollzug. Bei Interface ist er zudem für die Koordination der Aktivitäten im europäischen Netzwerk C2E verantwortlich.

Daniel Kettiger, Rechtsanwalt, Mag.rer.publ.

Daniel Kettiger studierte Rechtswissenschaften an der Universität Bern und schloss das Studium 1988 mit dem bernischen Fürsprecherpatent ab. Von Juni 1988 bis Juni 1990 war er stellvertretender Leiter des Rechtsdienstes der Interkantonalen Kontrollstelle für Heilmittel, von Juni 1990 bis April 1999 Leiter des Rechtsdienstes der Staatskanzlei des Kantons Bern (In dieser Funktion war er verantwortlich für die Einführung des Öffentlichkeitsprinzips im Kanton Bern.) und vom April 1999 bis April 2002 stellvertretender Gesamtprojektleiter des bernischen NPM-Projekts NEF 2000. Seit Ende 2002 ist er selbstständiger Anwalt und Berater für den öffentlichen Sektor. Im Jahr 2000 schloss er an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften mit einem Magister in Verwaltungswissenschaften ab. Daniel Kettiger verfügt über eine grosse Erfahrung in der Gesetzgebung (Kantone Bern, Zug, Aargau, Bund) und befasste sich wissenschaftlich mit Fragen der Gesetzgebung und der Gesetzesevaluation. Er ist Verfasser zahlreicher juristischer und verwaltungswissenschaftlicher Publikationen.

Stefanie Knubel, MSC Geographie

Stefanie Knubel studierte Geographie mit Schwerpunkt Human- und Wirtschaftsgeographie sowie Politikwissenschaften an der Universität Zürich. Anschliessend absolvierte sie ein akademisches Praktikum an der Schweizerischen Botschaft in Washington D.C. Von März bis August 2012 war sie als wissenschaftliche Mitarbeiterin am Geographischen Institut der Universität Zürich tätig. Seit September 2012 arbeitet Stefanie Knubel im Bereich Organisation und Verwaltungsmanagement bei Interface, zunächst als Praktikantin und seit September 2013 als wissenschaftliche Mitarbeiterin.

WEITERE INFORMATIONEN

INTERFACE

Politikstudien Forschung Beratung

Seidenhofstr. 12

CH-6003 Luzern

Tel. +41 (0)41 226 04 26

www.interface-politikstudien.ch

PROJEKTFERENZ

Luzern, 15. November 2013

Projektnummer: 13-18