

d i g m a

Schriften zum
Datenrecht

Herausgegeben von Bruno Baeriswyl und Beat Rudin

Band 5

Bernhard Waldmann / Andre Spielmann

Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht

**Rechtsgutachten im Auftrag
des Kantons Freiburg**

Schulthess § 2010

Inhaltsverzeichnis

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

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