

Liliane Obrecht / David Starchl

Staat und Daten

Tagungsbericht zur Veranstaltung Open Government Data und Verpflichtung zur Gewährung des Datenzugangs an den Staat

Daten werden als Gold des digitalen Zeitalters bezeichnet. Im Sinne eines Open Government sollen der Öffentlichkeit in Zukunft Verwaltungsdaten zur Verfügung gestellt werden, um Transparenz, gesellschaftliche Partizipation und Innovation zu fördern. Gleichzeitig interessiert sich auch der Staat unter dem Druck zur stetig effizienteren Aufgabenerfüllung für Daten, die in privater Hand liegen. Die Referierenden diskutierten die rechtlichen Herausforderungen, die mit Open Government Data und der Gewährung des Datenzugangs an den Staat in Verbindung stehen. Dabei legten sie den Fokus auf die Rechtslage in Deutschland, Österreich und der Schweiz.

Beitragsart: Tagungsberichte

Rechtsgebiete: Datenschutz, Meinungs- und Meinungsäusserungsfreiheit,
Staatsorganisation und Behörden

Zitiervorschlag: Liliane Obrecht / David Starchl, Staat und Daten, in: Jusletter 24. Oktober 2022

Inhaltsübersicht

- I. Veranstaltungsrahmen
- II. Open Government Data
 - 1. Transparenz und Open Government: auf dem Weg zu globalen Standards?
 - 2. Open Government Data – Perspektive Österreich
 - 3. Open Government Data – Perspektive Schweiz
 - 4. Plenumsdiskussion
- III. Gewährung des Datenzugangs an den Staat
 - 1. Gewährung des Datenzugangs an den Staat – Perspektive Deutschland
 - 2. Wann darf der Staat auf Daten von Privaten zugreifen? – Perspektive Österreich
 - 3. Verpflichtung zur Gewährung des Datenzugangs an den Staat – Perspektive Schweiz
 - 4. Plenumsdiskussion
- IV. Würdigung und Ausblick

I. Veranstaltungsrahmen

[1] Am 15. September 2022 fand an der Universität Basel die gemeinsame Tagung von Prof. Dr. NADJA BRAUN BINDER¹ und Prof. Dr. PETER BUSSJÄGER² statt. Die Referierenden befassten sich mit rechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit der staatlichen Nutzung und Zurverfügungstellung von Daten. Dabei standen zwei Themenkomplexe im Zentrum: Erstens, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen öffentliche Verwaltungen in Deutschland, Österreich und der Schweiz ihre Datenbestände im Interesse der Allgemeinheit im Sinne eines Open Government frei zugänglich machen (müssen). Zweitens, in welchen Bereichen und unter welchen Voraussetzungen der Staat sich zur Aufgabenerfüllung in den drei genannten Ländern auf gesetzliche Zugangsrechte zu Daten in privater Hand stützen kann. Rund 100 Teilnehmende verfolgten in einem hybriden Veranstaltungsrahmen die sechs Referate und beteiligten sich aktiv an den beiden Plenumsdiskussionen. Eine Auseinandersetzung mit der staatlichen Digitalisierung im Rahmen einer Zusammenarbeit der besagten Institutionen und juristischen Fakultäten erfolgte bereits in einer im Jahr 2020 online durchgeführten Tagung zu den Auswirkungen der Digitalisierung auf die Erlassung und Zuordnung behördlicher Entscheidungen.³

II. Open Government Data

1. Transparenz und Open Government: auf dem Weg zu globalen Standards?

[2] Prof. Dr. CRISTINA FRAENKEL-HAEBERLE⁴ zeichnete in ihrem Beitrag die Entwicklung von Informationsfreiheit und Open Government (OG) auf nationaler und völkerrechtlicher Ebene nach.

¹ Professorin für Öffentliches Recht an der juristischen Fakultät der Universität Basel und Leiterin der Forschungsstelle für Digitalisierung in Staat und Verwaltung (e-PIAF).

² Professor für Öffentliches Recht am Institut für Öffentliches Recht, Staats- und Verwaltungslehre der Universität Innsbruck, Direktor des Instituts für Föderalismus und Richter am Staatsgerichtshof des Fürstentums Liechtenstein.

³ Siehe Peter Bussjäger/Nadja Braun Binder/Mathias Eller (Hrsg.), Auswirkungen der Digitalisierung auf die Erlassung und Zuordnung behördlicher Entscheidungen, Innsbruck 2021.

⁴ Ausserplanmässige Professorin für Öffentliches Recht an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer sowie Koordinatorin des Programmbereichs Europäischer Verwaltungsraum am Deutschen Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung.

Im Fokus standen dabei das einschlägige Europaratsrecht und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR).

[3] Im internationalen Vergleich zeige sich ein unterschiedliches Verhältnis zur Informationsfreiheit. In den Vereinigten Staaten existiere bereits seit 1966 ein «Freedom of Information Act» (FOIA, 1966), der Bundesbehörden dazu verpflichte, amtliche Informationen zugänglich zu machen. In Europa hingegen bestehe noch eine gewisse Kultur der «Geheimhaltung». Anders verhalte sich dies in Schweden; so sei die Informationsfreiheit ein prägendes Element der dortigen Verwaltungskultur. Das schwedische Pressefreiheitsgesetz von 1766 sei eines der ersten Beispiele für umfassenden Zugang der Öffentlichkeit zu amtlichen Dokumenten. Auch in anderen europäischen Staaten würden sich gewisse Ausprägungen der Informationsfreiheit zeigen: Seit dem Jahr 2000 verfüge Grossbritannien ebenfalls über einen «Freedom of Information Act 2000»; auch in Deutschland sei der Grundsatz der «beschränkten Aktenöffentlichkeit» durch das Informationsfreiheitsgesetz des Bundes (2005) sowie die Informationsfreiheits-, Informationszugangs- bzw. Transparenzgesetze der Länder überwunden worden; in Österreich gelte zwar das verfassungsrechtliche Prinzip der Amtsverschwiegenheit (Art. 20 Abs. 3 B-VG), seit 1987 gebe es aber auch hier ein Auskunftspflichtgesetz (eingeführt mit BGBl 287/1987). Zu diesen Entwicklungen zähle auch das italienische Verwaltungsverfahrensgesetz, welches das Recht auf Akteneinsicht auch ausserhalb des Verwaltungsverfahrens vorsehe. Des Weiteren sei in Italien das Prinzip der Informationsfreiheit in letzter Zeit durch verschiedene gesetzvertretende Dekrete (Nr. 150/2009, Nr. 33/2013 und Nr. 97/2016), insbesondere mit dem Zweck der Leistungskontrolle im öffentlichen Dienst sowie der Korruptionsbekämpfung, umfassend gewährleistet worden.

[4] Weitere Quellen der Transparenz und der Informationsfreiheit fänden sich im Völkerrecht. Zu nennen seien insbesondere Art. 19 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) von 1948, Art. 19 Abs. 2 des Internationalen Pakts der Vereinten Nationen über bürgerliche und politische Rechte (UN-Zivilpakt), Art. 13 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (AMRK), Art. 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) sowie die der Aarhus-Konvention entspringenden Bestimmungen zur Gewährung von Zugang zu amtlichen Dokumenten. Eine besondere Rolle bei der Weiterentwicklung von Aktenzugangsrechten sei dem Europarat zugekommen. Einerseits durch die Auslegung der EMRK, was sich auch in der Rechtsprechung des EGMR widerspiegle, andererseits durch das richtungsweisende Übereinkommen über den Zugang zu amtlichen Dokumenten (SEV Nr. 205) aus dem Jahr 2009, das die zum Transparenzprinzip ergangenen Empfehlungen der Parlamentarischen Versammlung (R 854 [1979]; R [81] 19) und des Ministerkomitees des Europarates (Rec [2002] 2) in eine verbindliche Regelung umgewandelt habe.

[5] FRAENKEL-HAEBERLE lenkte die Aufmerksamkeit sodann auf die Rechtsprechung des EGMR, die sie insbesondere vor dem Hintergrund der Meinungsfreiheit nach Art. 10 EMRK kursorisch darstellte. Der EGMR gehe von der Prämisse aus, dass das Auskunftsrecht eine Facette des Rechts auf freie Meinungsäusserung sei; ohne angemessene Informationen sei die Meinungsbildung und somit eine fundierte Entscheidungsfindung nicht möglich. Der Zugang zu Information bedeute aber keinen uneingeschränkten Zugang zu Verwaltungsdokumenten. Insbesondere dann nicht, wenn es sich um vertrauliche Unterlagen die nationale Sicherheit betreffend handle (*Leander v. Sweden* vom 27. März 1987, Informationen über einen Marinestützpunkt). Daraufhin habe der EGMR jedoch Stück für Stück eine staatliche Pflicht zur Gewährung des Informationszugangs sowie die Bedeutung der NGOs als «public watchdog» anerkannt (ausgehend von *Sdruženi Jihočeské Matky v. Czech Republic* [Nr. 19101/03, 10. Juli 2006] und *Társaság a Szabadságjogokért v. Hungary*

[Nr. 37374/05, 14. April 2009]). Im Jahr 2016 habe der EGMR sodann erstmals eine Verpflichtung des Staates zur Gewährung des Zugangs zu Informationen angenommen und entsprechende Kriterien formuliert (*Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary [Grand Chamber]*, Urteil vom 8. November 2016, weitergeführt in *Centre For Democracy and the Rule of Law v. Ukraine* [Nr. 10090/16, 26. Juli 2020]). Der Zugang sei zu gewähren, wenn dies durch eine gerichtliche Entscheidung angeordnet werde, er in einem Wechselbezug zur Meinungsäusserungsfreiheit stehe und an der Information ein (berechtigtes) öffentliches Interesse bestehe («public interest test»). Berechtigte seien in diesem Sinne «social» oder «public watchdogs», zu denen auch Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler sowie Bloggerinnen und Blogger zählen. Der Zugang solle die Teilnahme am öffentlichen Leben ermöglichen, an Befriedigung reiner Sensationsgier oder Voyeurismus bestehe hingegen kein berechtigtes Interesse. Die begehrten Informationen müssten allerdings verfügbar («ready and available») sein, um den Aufwand für die öffentlichen Stellen in Grenzen zu halten.

[6] Eine weitere Initiative zur Stärkung von Transparenz und Open Government sei das Online-Tool «be-Open», das vom Kongress der Gemeinden und Regionen des Europarates entwickelt wurde, um lokale und regionale Mandatsträgerinnen und Mandatsträger bei der Verbesserung der demokratischen Meinungsbildung zu unterstützen. Das Tool biete Zugriff auf relevante internationale Standards, innerstaatliche Gesetzgebung, Rechtsprechung, Leitlinien und bewährte Verfahren. Zur Beförderung der bisherigen Transparenzbestrebungen seien in den Bereichen der Korruptionsbekämpfung und Förderung der öffentlichen Ethik der «European Code of Conduct for all Persons Involved in Local and Regional Governance» (Report CG35(2018)12final, 7. November 2018) und die «Roadmap to Prevent Corruption and Promote Public Ethics at Local and Regional Level» (RES 401[2016], 9. Oktober 2016) verabschiedet worden. Das Prinzip der Transparenz sei jedoch auch in den europäischen Verträgen verankert (Art. 11 Abs. 2 EUV, Art. 15 Abs. 3 AEUV sowie Art. 41 und 42 GRC). Im Unionsrecht hätten die Bestimmungen zum Umweltschutz massgeblich zu Verbesserungen der Informationsrechte und des OG geführt. Von zentraler Bedeutung seien Massnahmen zur Ausübung des Rechts auf Zugang zu Umweltinformationen von Behörden (gemäss der Umweltinformationsrichtlinie, 90/313/EWG, weiterentwickelt in der zweiten Umweltinformationsrichtlinie, 2003/4/EG), die sodann den Ausgangspunkt für Open-Data-Regelungen der Mitgliedstaaten bildeten. Die Ratifizierung der Aarhus-Konvention durch die Europäische Gemeinschaft am 17. Februar 2005 habe eine weitere Stärkung der Rolle der Öffentlichkeit in Entscheidungsprozessen in Umweltangelegenheiten zur Folge gehabt, indem sie die Öffentlichkeitsbeteiligung durch Information vorantrieb und diese Rechte gerichtlich absicherte. Die Kumulation dieser Rechtsakte der Union habe zur direkten wie auch indirekten Europäisierung der Thematik Transparenz und OG geführt. Der Spillover-Effekt dieser Normen könne in Deutschland ebenso an den generellen Informationsfreiheitsgesetzen von Bund und Ländern wie auch an weiteren Zugangsrechten in spezifischen Fachgesetzen beobachtet werden (Geodatenzugangsgesetz, Verbraucherinformationsgesetz etc.). Zu dieser Reihe bedeutsamer Rechtsakte könne auch die INSPIRE-Richtlinie (2007/2/EG) gezählt werden, die u.a. Vorgaben zur Sammlung und Zurverfügungstellung von Geodaten enthält. Inzwischen sei eine (eher unkoordinierte) Vielfalt an Informationsrechten zu verzeichnen.

[7] Abschliessend könne festgehalten werden, dass Informationsfreiheit der «Sauerstoff der Demokratie» sei. Gemäss FRAENKEL-HAEBERLE habe sich dennoch bis anhin keine klare Linie der Verwaltungspraxis oder Rechtsprechung entwickelt. Aus dem Recht auf Meinungsfreiheit nach Art. 19 UN-Zivilpakt, Art. 13 AMRK und Art. 10 EMRK lasse sich noch kein unbeschränktes

Recht auf Aktenzugang ableiten. Viel eher sei dieses an die Erfüllung der durch den EGMR konkretisierten Voraussetzungen geknüpft. Zwischen anbieterorientiertem und nachfrageorientiertem Informationszugang sei in bestimmten Fallkonstellationen der Zugang auf Nachfrage zu bevorzugen, da dieser weniger Gefahr laufe, die Adressatinnen und Adressaten mit einem undurchsichtigen und gar verwirrenden Informationsangebot zu überladen. Insbesondere für sensible Daten sei eine an der Nachfrage orientierte Lösung passender.

2. Open Government Data – Perspektive Österreich

[8] Prof. Dr. MARIA BERTEL⁵ eröffnete ihr Referat mit Ausführungen zur allgemeinen Kultur von Transparenz in einem Verfassungsstaat. Da in Österreich das Amtsgeheimnis auf Verfassungsebene verankert sei (Art. 20 Abs. 3 Bundes-Verfassungsgesetz, B-VG), führe Open Data bis anhin doch eher ein Schattendasein. Durch jüngste Gesetzesvorhaben, insbesondere auch auf unionsrechtlicher Ebene, bahne sich nun der (lang ersehnte) Perspektivenwechsel im österreichischen Recht vom durch das Arkanprinzip dominierten Staat zu OG an. Was unter Open Government Data (OGD) überhaupt zu verstehen sei, bildete den Auftakt ihrer inhaltlichen Ausführungen. OG beschreibe das Konzept eines für die Bürgerinnen und Bürger weitestgehend zugänglichen und transparenten Staates, das über den Zugang zu Daten hinausgehe. Open Data beinhalte sodann nicht nur die freie Nutzung und Weiterverwendung staatlicher Daten, sondern alle frei nutzbaren Daten. In der Verwaltung stehe der Begriff deshalb mit der Frage nach Transparenz in Verbindung, da Open Data voraussetze, dass Daten zu veröffentlichen seien. Dies könne anhand verschiedener Perspektiven dargestellt werden, die mit den Akteurinnen und Akteuren, welche die Regelungen schliesslich umsetzen müssten und von den Daten einen Nutzen ziehen könnten (z.B. Verwaltung, Bürgerinnen und Bürger, Unternehmen), verbunden seien. Unterscheiden könne man eine bürokratische Perspektive, die den Blick auf Prozesse innerhalb der Verwaltung richte, eine politische Perspektive, die das Recht auf Bereitstellung von Daten erfasse, eine ökonomische Perspektive, welche die Weiterverwendung von Daten beinhalte und eine technische Perspektive, die sich mit dem Modus der Bereitstellung von Daten beschäftige. Nach diesen Begriffserläuterungen wandte sich BERTEL der Frage nach Transparenz und deren Einfluss im österreichischen Recht zu. OGD würde namentlich durch völkerrechtliche und europarechtliche Vorgaben sowie durch nationales Recht beeinflusst. Europarechtliche Vorgaben ergäben sich einerseits aus dem Primärrecht (insbesondere Art. 10 Abs. 3 Satz 2 und Art. 11 EUV, Art. 41 und 42 GRK), das aber für die Mitgliedstaaten keine Bindungswirkung entfalte. Andererseits präge das Sekundärrecht OGD massgeblich. Beispielhaft nannte BERTEL Bestimmungen in Zusammenhang mit der Umwelt: Die Richtlinie über den Zugang der Öffentlichkeit zu Umweltinformationen (RL 2003/4/EG vom 28. Januar 2003), die in Österreich durch das Umweltinformationsgesetz des Bundes und der Länder umgesetzt wurde, sehe eine generelle Pflicht zur Veröffentlichung von Daten sowie ein Recht auf Zugang zu Information ohne Nachweis eines spezifischen Interesses vor. Gemäss der Richtlinie zur Schaffung einer Geodateninfrastruktur in der Europäischen Gemeinschaft (RL 2007/2/EG vom 14. März 2007), umgesetzt durch das Bundesgesetz über eine umweltrelevante Geodateninfrastruktur des Bundes und entsprechende Landesgesetze, solle auch die Bevölkerung Zugang zu den Geodaten erhalten. Ferner werde der Informationszugang

⁵ Professorin für Öffentliches Recht mit Schwerpunkt Verwaltungsrecht an der Universität Graz.

massgeblich durch die Richtlinie über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors (kurz «PSI-Richtlinie», RL 2003/98/EG) geprägt, welche die öffentliche Verwaltung adressiere und in Österreich durch die Informationsweiterverwendungsgesetze des Bundes und der Länder umgesetzt werde. Treibende Kraft seitens der EU stelle die Open Data Richtlinie der EU (RL 2019/1024) dar, welche die Förderung der Verwendung offener Daten sowie das Schaffen von Anreizen für deren erleichterte Weiterverwendung vorsehe. Der Data Governance Act (VO 868/2022/EU) sowie der Data Act (COM/2022/68 final), beide Bestandteil der EU-Gesetzgebung, würden in Zukunft voraussichtlich eine entscheidende Rolle dabei spielen, OG im österreichischen Recht zu konkretisieren. Verfassungsrechtliche Vorgaben in Bezug auf Transparenz und Zugang zu Information ergäben sich insbesondere aus Art. 10 EMRK, dessen Judikatur sich aktuell massgeblich in Richtung eines allgemeinen Zugangsrechtes bewege. Dabei handle es sich allerdings um ein Zugangsrecht zur Information im Interesse der Allgemeinheit und nicht um eine Pflicht zur aktiven Bereitstellung bestimmter Informationen.

[9] Aus verfassungsrechtlicher Warte sei das Spannungsverhältnis zwischen OGD und dem im österreichischen Staat fest verankerten Amtsgeheimnis, das Ausdruck des Arkanprinzips sei, augenfällig. Letzteres sei immerhin im Jahr 1987 durch eine Auskunftspflicht ergänzt worden (Art. 20 Abs. 4 B-VG). Mit der nun beschlossenen Einführung des Art. 20 Abs. 5 B-VG, der am 1. Januar 2023 in Kraft treten werde, könnte OGD neuen Aufwind erhalten. Demnach hätten «Alle mit Aufgaben der Bundes-, Landes- und Gemeindeverwaltung betrauten Organe [...] Studien, Gutachten und Umfragen, die sie in Auftrag gegeben haben, samt deren Kosten in einer für jedermann zugänglichen Art und Weise zu veröffentlichen, solange und soweit deren Geheimhaltung nicht gemäss Abs. 3 geboten ist.» Die Norm sei jedoch unscharf, es bleibe bspw. unklar, welches Format der Veröffentlichungspflicht genüge. Gemäss des Ausschussberichts (AB 1642 BlgNR XXVII. GP. 2) könne die Veröffentlichung sodann über die einschlägige Internetseite des Organs oder eine zentrale Website erfolgen, wobei BERTEL betonte, dass eine zentrale Veröffentlichung über eine gemeinsame Website wünschenswert wäre. Die Norm sei Vorboten des angestrebten Paradigmenwechsels vom Geheimhaltungsprinzip zu OGD, da die allgemeine Veröffentlichung von Daten im Allgemeininteresse sei und nicht ein subjektives Recht auf Zugang zu Information statuiert würde. Allerdings verstärke der Fortbestand des Amtsgeheimnisses (Art. 20 Abs. 3 B-VG) die bestehende österreichische (In-)Transparenzkultur.

[10] Sodann wandte sich BERTEL einfachgesetzlichen Veröffentlichungspflichten zu, wobei sie Gesetze ausklammerte, die «individuelle» Zugangsrechte vorsehen und sich vielmehr auf jene konzentrierte, welche die Verwaltung explizit zur Veröffentlichung von Daten verpflichten. Auf Bundesebene zu nennen seien bspw. das Umweltinformationsgesetz, das Informationsweiterverwendungsgesetz sowie das Bundesstatistikgesetz. Allerdings könne auch aus den genannten Gesetzen kein subjektives Recht auf generelle Bereitstellung von Daten abgeleitet werden. Lediglich die individuelle Erteilung von Informationen sei als durchsetzbares Recht ausgestaltet. Schliesslich erwähnte BERTEL die zentrale Plattform für offene Daten (www.data.gv.at), die Informationen enthalte, die den Informationsweiterverwendungsgesetzen unterliegen, sowie solche, die durch die öffentlichen Verwaltungen und Unternehmen freiwillig veröffentlicht werden. BERTEL blickt dem Übergang von OGD in Österreich von der Schatten- auf die Sonnenseite positiv entgegen, da technologische Entwicklungen und Innovationskraft den politischen wie auch wissenschaftlichen Diskurs bereits jetzt massgeblich prägen würden.

3. Open Government Data – Perspektive Schweiz

[11] Im Zentrum des Vortrages von Prof. Dr. BEAT RUDIN⁶ stand die Idee von OGD in der Schweiz. Der Vortragende zog den Vergleich zum Öffentlichkeitsprinzip und verdeutlichte die unterschiedlichen Ziele der zwei Ansätze. Das Verhältnis des Datenschutzes zum OGD-Ansatz wurde dabei genauer beleuchtet und anhand der Praxis der Umsetzung im Kanton Basel-Stadt dargestellt.

[12] OGD habe zwei Stossrichtungen, einerseits die Zurverfügungstellung von Daten der öffentlichen Verwaltung und andererseits die Gewährung des freien Zugangs zu diesen Daten. Grundgedanke sei die Möglichkeit der Sekundärnutzung bereits gesammelter Daten nach Erfüllung ihres primären Zwecks. Die Akquirierung dieser Daten sei bereits durch die Steuerzahlerinnen und Steuerzahler finanziert worden, nun gelte es zusätzliche Potenziale auszuschöpfen. Antreibender Faktor der Entwicklung des OGD sei das Interesse an der Weiternutzung z.B. von Steuerdaten, Daten zu landwirtschaftlichen Subventionen, Wetterdaten, Daten zum Stimmverhalten der Bürgerinnen und Bürger, Umweltdaten oder Daten zu Sicherheitsanliegen (z.B. sog. crime maps). Das Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalt haben einen Paradigmenwechsel gegenüber dem ursprünglichen Geheimhaltungsprinzip mit Öffentlichkeitsvorbehalt gebracht. Nach Letzterem sei notwendig gewesen, zu begründen, welche Informationen gewollt seien, ohne überhaupt Kenntnis vom Inhalt des «Objektes des Interesses» zu haben. Beim Öffentlichkeitsprinzip sei es nun aber Aufgabe der Verwaltung zu begründen, weshalb kein Zugang zu Daten zur Verfügung gestellt werde. Konkret könne es sich um besondere Geheimhaltungspflichten (z.B. Steuergeheimnis, Opferhilfegeheimnis, Sozialhilfegeheimnis) oder um gegenüber dem Zugangsinteresse der Öffentlichkeit überwiegende öffentliche oder private Geheimhaltungsinteressen handeln. Der Vortragende ging in der Folge auf den Entwicklungsstand des Öffentlichkeitsprinzips in der Schweiz ein. Fast alle Kantone hätten das Prinzip gesetzlich verankert, lediglich in den Kantonen Obwalden, Appenzell Ausserrhoden und Schaffhausen werde noch über die mögliche Einführung des Öffentlichkeitsprinzips diskutiert, in den Kantonen Luzern und Nidwalden gebe es derzeit kein Öffentlichkeitsprinzip. Nicht nur, dass dieses Prinzip in den Kantonen nicht durchwegs angewendet werde, teilweise werde auch nur die reaktive Seite dieses Prinzips erfasst, womit die Behörde lediglich auf ein Gesuch um Zugang zu Daten der öffentlichen Verwaltung (DÖV) reagiere. Ein proaktiver Ansatz wie bei OGD, bei dem die Behörde von sich aus tätig werde, fehle oft. OGD könne sodann auch nicht durch das Öffentlichkeitsprinzip garantiert werden. Um OGD zu garantieren, seien vielmehr spezialgesetzliche Regelungen (wie z.B. zur Umsetzung der Aarhus-Konvention im Umweltbereich) oder ein OGD-Erlass i.S.e. Rahmengesetzes, das die Pflicht zur Zurverfügungstellung von DÖV durch den Staat unter (allgemeinen) Einschränkungen vorsehe.

[13] RUDIN widmete sich sodann dem Verhältnis des Datenschutzrechts zu OGD. Er differenzierte vorweg, dass der Datenschutz nur die Bearbeitung von Personendaten erfasse, wobei eine Person durch die Daten zumindest bestimmbar sein müsse. OGD beinhalte jedoch i.d.R. (d.h. ohne Rechtsgrundlage für die Bekanntgabe von Personendaten) keine Personendaten und stehe somit auch nicht in einem Konflikt mit dem Datenschutzrecht. Allerdings könne eine Visualisierung von DÖV dennoch dazu führen, dass unter Umständen Rückschlüsse auf einzelne Personen gezogen werden könnten (z.B. bei einer Georeferenzierung der Rohdaten). Werde etwa das Einkommen, das Vermögen oder der Sozialhilfebezug eines bestimmten Wohnblocks (ein aus

⁶ Datenschutzbeauftragter des Kantons Basel-Stadt und Titularprofessor im Fachbereich Öffentliches Recht an der Universität Basel.

mehreren Gebäuden bestehendes Geviert) dargestellt, müsse darauf geachtet werden, dass die Referenzgrösse so ausgestaltet werde, dass kein Personenbezug hergestellt werden könne. Dreh- und Angelpunkt stelle somit die Anonymisierung von Personendaten dar. RUDIN widmete sich sodann der Praxis von OGD in der Schweiz. Einen wichtigen Anfang der Umsetzung von OGD bilde die Plattform «opendata.swiss». Diese frei zugängliche Datenbank enthalte offene Daten des Bundes, der Kantone, der Gemeinden und anderer Organisationen mit staatlichem Auftrag. Die Plattform erfasse anonymisierte Daten u.a. zu den Themen Energie, Verkehr, Umweltschutz oder Klima. Nicht nur auf Bundesebene gebe es Initiativen im Bereich von OGD, sondern auch auf kantonaler Ebene. So sei im Jahr 2014 im Kanton Basel-Stadt eine E-Government-Strategie beschlossen worden und bereits wenig später habe im Jahr 2016 ein OGD-Pilotprojekt begonnen. Der Umsetzung des OGD diene auch eine durch den Datenschutzbeauftragten des Kantons Basel-Stadt im Jahr 2017 erstellte Checkliste, welche die Amtsstellen bei der Auswahl von Daten unterstützen solle, um Unsicherheiten und Bedenken, insb. hinsichtlich des Datenschutzes, zu entschärfen. Von wesentlicher organisatorischer Bedeutung sei zuletzt die Angliederung einer Fachstelle OGD beim Statistischen Amt im Jahr 2019 gewesen. Die Arbeit sei aufgrund des bereits vorhandenen Know-hows durchaus erfolgreich. Generell könne «opendata.swiss» in Zusammenarbeit mit den Kantonen als Erfolg gesehen werden, auch wenn noch nicht alle Angebote den OGD-Grundsätzen entsprechen. Um OGD in der Schweiz voranzutreiben, sei aufgrund der mangelnden Rechtsetzungskompetenz des Bundes in der Bundesverfassung eine Kooperation mit den Kantonen notwendig.

[14] Als neuestes Projekt im Bereich OGD erwähnte RUDIN abschliessend den Entwurf des Bundesgesetzes über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben (EMBAG, BBl 2022 804 ff.), das die Digitalisierung der Bundesverwaltung vorantreiben solle. Mit diesem Rechtsakt werde ein Regularium für die Zusammenarbeit der Behörden im Gebiet des E-Government geschaffen. Das Gesetz sehe auch die Veröffentlichung von Daten der Verwaltung zur freien Nutzung vor, so finde sich im Entwurf in Art. 10 eine eigene OGD-Bestimmung. Zusammenfassend sei festzuhalten, dass OGD in seinem Umfang über das Öffentlichkeitsprinzip hinausgehe und proaktives Handeln verlange, gleichzeitig gab und gebe es noch Zweifel bei den Amtsstellen im Umgang mit OGD, insb. hinsichtlich des Datenschutzes und der Abgabe der Kontrolle über die Daten. OGD biete einen nicht zu unterschätzenden «Kollateralnutzen», denn die öffentliche Verwaltung könne ihre Vorgehensweise anhand der Daten überprüfen und gegebenenfalls notwendige Anpassungen vornehmen. Der Einbezug der Datenschutzbeauftragten könne dazu führen, dass öffentlichen Stellen die Angst vor der unzulässigen Weitergabe von Personendaten genommen werde.

4. Plenumsdiskussion

[15] Die drei Vortragenden zum Themenkomplex OGD stellten sich im Anschluss an die Referate den Fragen aus dem Publikum. Ob zwischen den drei vertretenen Ländern ein Austausch zwischen den Behörden zu OGD-Fragen bestünde, wurde im Allgemeinen von den drei Referierenden bejaht – zwar eher bzgl. datenschutzrechtlicher Themen als ausschliesslich zu OGD. Daran schloss sich eine Frage nach der föderalistischen Kooperation im Bereich OGD an, denn es zeichneten sich erhebliche Disparitäten im Verständnis und der Auslegung neuer Rechtsgrundlagen ab. Wiederum fanden die drei Referierenden einen gemeinsamen Nenner, indem sie die Wichtigkeit und den Willen zur Zusammenarbeit der unterschiedlichen Organe (auf nationaler

Stufe) betonten. Weiter wurde angemerkt, dass die Mehrfachnutzung von Daten deren Qualität auch verbessern könne, was ein weiteres Argument für OGD sei. Bezüglich der Qualität der Daten würde sich aber auch die Frage stellen, welche Auswirkung die Preisgabe «minderwertiger» Daten hätte, wenn Dritte sich auf die Korrektheit dieser Daten verlassen würden. Die Vortragenden wurden gebeten, ihre Einschätzung zur Möglichkeit der Sicherstellung ausreichender Qualität der Daten zu geben. BERTEL sah bei Forschungsdaten die Möglichkeit der Offenlegung der Forschungsmethodik, womit die Ergebnisse der objektiven Überprüfbarkeit zugänglich würden. FRAENKEL-HAEBERLE betonte, dass die Frage der Qualität der Daten auch mit der Frage des Umgangs der Bevölkerung mit den ihr zur Verfügung gestellten Daten zusammenhänge und «Data Literacy» (Datenkompetenz) in Bezug auf den Umgang und die Auslegung der Daten notwendig sei. Klare Qualitätsmessstandards für Daten werde es aber wohl nicht allzu bald geben, ergänzte RUDIN. Im Zuge der Diskussion wurde die Frage aufgeworfen, ob es zwischen den Vortragenden eine einheitliche Linie hinsichtlich des Umgangs mit den Daten gebe und inwiefern ein proaktiver oder reaktiver Ansatz zu befürworten sei. Ein Gleichklang liess sich aus den Antworten der Vortragenden nicht erkennen, viel eher scheint es an Nuancen zu liegen, die den Ausschlag geben, ob Daten auf Anfrage oder von Amts wegen zur Verfügung gestellt werden sollen. Dennoch scheint die Idee von OGD unter gewissen Einschränkungen der bevorzugte Ansatz zu sein. FRAENKEL-HAEBERLE wünschte sich einen Lösungszugang, der sich an den Interessen der Bürgerinnen und Bürger orientiere und eine Mischung aus reaktiver und proaktiver Vorgangsweise beinhalte. Für BERTEL wäre eine Unterscheidung nach Art der Information denkbar, die sich teils mehr oder teils weniger zur öffentlichen Bereitstellung ohne konkrete Nachfrage eigne. RUDIN betonte den Nutzen der proaktiv zur Verfügung gestellten Daten, durch welche es zu einer Versachlichung der Diskussion über staatliche Entscheidungen kommen könne. Eine Abschlussfrage betraf das Verhältnis von Data Literacy zu OGD. Die Referierenden waren sich einig, dass es sich dabei um einen langwierigen Prozess handle, der sicherlich wichtig sei und dessen sich insbesondere die Universitäten und Hochschulen – allerdings nicht unbedingt die Datenschutzbeauftragten – annehmen müssten.

III. Gewährung des Datenzugangs an den Staat

1. Gewährung des Datenzugangs an den Staat – Perspektive Deutschland

[16] Prof. Dr. MARTIN EIFERT⁷ hielt vorweg fest, dass sein Vortrag einen Perspektivenwechsel im Vergleich zu den vorangegangenen Vorträgen darstelle. Es gehe nun nicht mehr darum, welche Daten der Staat zur Verfügung stelle, sondern um die Frage, zu welchen Daten er Zugang haben solle. Während im Bereich OGD Grundsätze und Strategien vorhanden seien, sei dies bei der Gewährung des Datenzugangs an den Staat nicht der Fall. Ein demokratischer Staat müsse ständig um Verbesserungen für seine Bevölkerung ringen, dementsprechend komme es immer wieder zu einer Welle an Verwaltungsmodernisierungen. Gegenstand dieser Modernisierung sei zum jetzigen Zeitpunkt die Digitalisierung, welche «datengetrieben» sei. Für den Staat gelte es, effektiver, transparenter und kostengünstiger zu agieren, um Akzeptanz in der Bevölkerung zu wahren. Der

⁷ Professor für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht, an der Humboldt-Universität zu Berlin.

Staat sei zur Ausübung seiner Funktionen vielfach darauf angewiesen, Kenntnis vom Geschehen innerhalb seiner Staatsgrenzen zu erlangen und müsse sich dafür auch Daten bzw. Informationen bei den Bürgerinnen und Bürgern beschaffen (z.B. Ausbau öffentlicher Verkehrsmittel anhand der Zahl der Nutzenden). Vor dem Hintergrund verschiedener Zwecke der Datennutzung bestünden verschiedene Zugangsformen. Eine Möglichkeit sei eine Mitteilungspflicht von Privaten über deren Verhalten an den Staat (z.B. das Weiterleiten von Emissionsdaten zur Sicherung der Compliance). Ebenso könnten Mitteilungspflichten von Privaten über Dritte bestehen (z.B. die Pflicht zur Übermittlung der Information rechtswidriger Vorgänge innerhalb einer Bank). Der Staat erhebe aber auch Daten für statistische Zwecke (z.B. über das Verkehrsaufkommen). Hinzu kämen Datenerhebungen für individuelle Verwaltungsverfahren.

[17] EIFERT hielt sodann fest, dass sich neue Formen des staatlichen Datenzugangs herausbildeten, die nicht mehr vollständig in diese bisherige Typologie passten. Es gehe um den Zugang zu privaten Daten durch Fachbehörden als generelle Grundlage konkreter staatlicher Aufgabenplanung. Typische Politikfelder hierfür seien die Mobilitäts- und Klimaschutzplanung. So könnten Daten über die Effizienz eingebauter Heizungsanlagen zielgenaue Fördermassnahmen zum Klimaschutz liefern. Teilweise nehme der Staat hier auch die Rolle eines Informationsbrokers ein, der Daten selektiere und wieder zur Verfügung stelle. Expertinnen und Experten einer durch die EU eingesetzten Gruppe betonen ebenfalls, dass private Daten als Rohstoff betrachtet werden sollten, welche der öffentlichen Verwaltung beim Treffen angemessener Entscheidungen helfen könnten. Bei diesen Informationszugängen gehe es nicht um die Kontrolle von Fehlverhalten, sondern um das Erstellen einer aufgabenbezogenen Datensammlung durch die Fachbehörden. Das Gewähren eines Zugangs zu diesen Daten bei privaten Unternehmen bzw. entsprechende Übermittlungspflichten bedürften einer Rechtfertigung und bei personenbezogenen Daten datenschutzrechtlicher Sicherungen. Eine Rechtfertigung scheitere nicht grundsätzlich daran, dass die Daten für eine staatliche Aufgabenwahrnehmung benötigt würden. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE) habe festgehalten, dass der deutschen Verfassung keine kategorische Trennung von privaten und öffentlichen Aufgaben entnommen werden könne (BVerfGE 125, 260, Rn. 301 ‹Vorratsdatenspeicherung›, 2010). Der staatliche Zugriff sei aber durch die Grundrechte beschränkt. Konkret gehe es um die Berufsfreiheit, welche die Verhältnismässigkeit eines Eingriffes verlange. Ein zentrales Kriterium bei der Abwägung sei der funktionale Zusammenhang zwischen der betroffenen Tätigkeit der Privatperson und dem Zweck der Datenerfassung. Ferner käme es auf das Gewicht der Zwecke an. Die gegenwärtig in Rede stehenden Zwecke (z.B. der Klimaschutz nach Art. 20a GG oder die Mobilitätseffizienz) seien jedenfalls von höherer Bedeutung als die private Tätigkeit und könnten eher einen Grundrechtseingriff rechtfertigen. Falle die Datenerfassung für die betroffene Person gar vorteilhaft aus, begünstige dies die Verhältnismässigkeit des Eingriffes (z.B. wenn die Mobilitätsplanung das allgemeine Strassenangebot verbessere). Mit der Frage der Verhältnismässigkeit verbunden sei auch die Frage nach einer möglichen Kompensationspflicht seitens des Staates – z.B. wegen besonders hoher Belastungen oder bei Vorliegen einer Ungleichbehandlung. Das BVerfGE gewähre bei der Frage der Kompensation einen weiten Spielraum (BVerfGE 22, 30 ‹Kuponsteuer› 1967; BVerfGE 30, 292 ‹Erdölbevorratung›, 1971; BVerfGE 44, 103 ‹Kirchensteuer›, 1977; BVerfGE 125, 260 ‹Vorratsdatenspeicherung›, 2010). Ökonomische Belastungen z.B. durch aufwändige Datenermittlungen oder -aufarbeitungen seitens der Privaten könnten aber für eine Kompensation sprechen.

[18] Abschliessend befasste sich EIFERT mit dem Datenschutz beim Zugang des Staates zu privaten Daten. Eine datenschutzkonforme Ausgestaltung der Inanspruchnahme verlange, entgegen

missverstehender Auslegungen des Volkszählungsurteils des BVerfG, keine zwingende Bindung der Erhebung genereller Datenbestände an die Statistikbehörden. Für (sonstige) Behörden seien die Anforderungen an Verfahren und Organisation der Verarbeitung aber umso strenger, je weniger eng die Zweckbindung der Daten sei (vgl. BVerfGE 65, 1, 48ff. ‹Volkszählung›, 1983). Aus dieser Problemstellung heraus sei eine sorgfältige Prüfung der Erforderlichkeit der konkret erhobenen Daten geboten und eine strikte Geheimhaltung von Einzeldaten durch frühzeitige Anonymisierung oder Pseudonymisierung zu gewährleisten.

[19] Als Fazit könne festgehalten werden, dass der Staat unter Wahrung des Grundrechts der Berufsfreiheit und des Verhältnismässigkeitsprinzips Zugriff auf Daten Privater zur Verbesserung seiner Aufgabenerfüllung nehmen dürfe. Die sich abzeichnende Entwicklung werde sich also weiter verstärken.

2. Wann darf der Staat auf Daten von Privaten zugreifen? – Perspektive Österreich

[20] Den Auftakt zu seinem Referat gab Prof. Dr. MATTHIAS C. KETTEMANN⁸ mit der Feststellung, es existierten heute immer mehr Daten, die zu einem grossen Teil in privater Hand – vor allem bei Plattformen – lägen, an denen der Staat berechtigterweise grosses Interesse zeige. Diese Entwicklung liege insbesondere in der Zunahme unbewusst produzierter Daten (z.B. Mobilitätsdaten durch das Fahren von E-Scootern oder durch die Nutzung von smarten Uhren). Gleichzeitig steige die Sensibilität für den Datenschutz. KETTEMANNs inhaltliche Ausführungen fussten auf einer Auslegeordnung zum erzwingbaren Datenzugang durch den Staat *de lege lata*, wobei er sich auf vier Referenzgebiete stützte: das Strafrecht, das Katastrophenschutzrecht, das Finanzrecht und das Gesundheitsrecht. Dabei sei auch der Frage, ob das Datenschutzrecht in diesen Bereichen seiner Schutzfunktion nachkomme, nachzugehen.

[21] Die Strafprozessordnung sehe zwar die Sicherstellung von (z.B. technischen) Geräten der beschuldigten Person vor, Einblick in die auf dem Datenträger gespeicherte Information sei aber nur mittels Kooperation mit der beschuldigten Person möglich. Dieselbe Kooperationsbereitschaft bilde die Basis für das Verlangen von Auskünften zu IP-Adressen oder Standortdaten in sicherheitspolizeilichen Situationen. Keine Kooperation, jedoch das Vorliegen eines dringenden Tatverdachts und einer richterlichen Anordnung sowie einer gerichtlichen Bewilligung ermögliche weitere Datenzugangsmöglichkeiten wie die Beschlagnahme von Briefen oder Auskünfte über Daten einer Nachrichtenübermittlung durch die Strafverfolgungsbehörden. Im Katastrophenschutzrecht sei der Anspruch der Behörden auf Kontaktdatenherausgabe im Katastrophenfall (z.B. Erdbeben) vorgesehen. Interessant sei, dass der Digital Services Act (COM/2020/825 final) in der EU ähnliche Regelungen beinhalte – und zwar spezifisch für Plattformen: Diese würden der Verpflichtung unterstellt, in Krisensituationen mit den Behörden Daten zu teilen (z.B. Standortzugriffsdaten). Um Finanzkriminalität zu bekämpfen, sehe das österreichische Bankwesengesetz Möglichkeiten vor, dass der Staat die Herausgabe von Daten von Privaten verlangen könne. Allerdings dürfe keine Auskunft über Kundinnen und Kunden erteilt werden, sofern keine Ausnahme einschlägig sei (z.B. erzwungene Kontoöffnung im Strafverfahren). Wachsende Bedeutung – nicht zuletzt aufgrund der COVID-19-Pandemie – erlange die Datenherausgabe an den Staat im

⁸ Professor für Innovation, Theorie und Philosophie des Rechts an der Universität Innsbruck.

Kontext des Gesundheitsrechts. Bspw. sehe das Epidemiengesetz die Verpflichtung vor, Daten im Gastronomiebereich zu erheben und zu übermitteln. Zusammenfassend könne das Datenschutzrecht jedoch als robustes Schutzsystem der vorgestellten Referenzgebiete betrachtet werden. Fälle des Eingriffs, die als problematisch erachtet werden können, seien systematischen (auch technischen) Mängeln und unpräziser Kommunikation zuzurechnen. KETTEMANN öffnete sodann den Blick in die Zukunft und stellte Überlegungen zu einer Regulierung des Datenzugangs für den Staat *de lege ferenda* an. Dabei plädierte er für eine kooperative, freiwillige Datenbewirtschaftung im Gegensatz zu einem erzwungenen Datenzugang im Einzelfall. Um Erkenntnispotenziale in den Datenmengen zu realisieren, sei die progressive Schaffung von Rahmenbedingungen für die Förderung des Dateninnovationswettbewerbs zwischen Unternehmen unabdingbar. Gesellschaftliche Wertschöpfung sei nur möglich, wenn die proprietären Datenbestände der Unternehmen, die über den Informationsstand der Behörden hinausgehen, durch Dritte – insbesondere den Staat – besser genutzt werden könnten. Auf europäischer Ebene würden aktuell Rechtsgrundlagen für diesen B2G-Datenaustausch (Business-to-Government Data Sharing) geschaffen (Data Act, Data Governance Act). Allerdings würden Plattformen dadurch wohl nicht zur verstärkten Datenspende ermutigt. Es seien neue Formen der Data Governance unter Achtung der digitalen Souveränität der Bürgerinnen und Bürger zu schaffen sowie ein Perspektivenwechsel vom öffentlichen Datenzugang zum Zugang im Interesse der Öffentlichkeit als Innovations- und Standortfaktor vorzunehmen.

3. Verpflichtung zur Gewährung des Datenzugangs an den Staat – Perspektive Schweiz

[22] Prof. Dr. NADJA BRAUN BINDER leitete ihre Ausführungen mit der Aussage ein, dass der Staat für die Erfüllung seiner Aufgaben bereits seit vielen Jahrzehnten auf Daten angewiesen sei. Dies zeigte sie anhand des Beispiels der Volkszählungen auf, d.h. statistische Erhebungen im öffentlichen Bereich. Seit einigen Jahren gebe es aufgrund technischer Fortschritte und zunehmender Datenverfügbarkeit neue Methoden zur Datenauswertung (Stichwort: Datenwissenschaft). Mittels dieser solle eine faktenbasierte Entscheidungsfindung ermöglicht werden. In diesem Zusammenhang verwies BRAUN BINDER auf das neu geschaffene Kompetenzzentrum für Datenwissenschaft (DSCC) des Bundes, das als Dienstleistungsanbieter innerhalb der Bundesverwaltung dem öffentlichen Sektor sein Fachwissen zur Verfügung stelle. Durch diese Entwicklungen dränge sich die Frage auf, woher der Staat die erforderlichen Daten nehme. Bisher habe der Staat v.a. auf die folgenden vier bewährten Methoden zurückgegriffen, um an Daten zur Aufgabenerfüllung zu gelangen: Direkterhebungen in Form von Befragungen bei Personen und Unternehmen (z.B. im Kontext der öffentlichen Statistik), Erhebungen durch den Staat selbst (z.B. Messungen im Bereich der Meteorologie und Klimatologie), Zugriffe auf Daten anderer Behörden (z.B. im Bereich des Monitorings aufgrund des Energiegesetzes) oder Zugriffe auf Daten von Unternehmen, die öffentliche Aufgaben erfüllten und gesetzlich zur Zurverfügungstellung der Daten verpflichtet seien (z.B. im Zusammenhang mit dem unterirdischen Gütertransport). Im Folgenden gehe es allerdings um Konstellationen, in denen der Staat Zugang zu Daten Privater erhalte, die diese durch eigene Erhebungen gewonnen hätten und die nicht mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben in Verbindung stünden. Die zugrunde gelegte These laute wie folgt: «Der Staat braucht immer mehr Daten; er kann diese aber teilweise nicht selbst erheben bzw. selbst erfassen. Deshalb benötigt er systematischen Zugriff auf Daten, die Private von sich aus erheben bzw. erfassen.» Im

Folgenden solle diskutiert werden, ob es aus rechtlicher Sicht Anhaltspunkte zur Stützung dieser These gebe und welche offenen Rechtsfragen damit in Verbindung stünden. Ein Blick auf den europäischen Data Act-Entwurf zeige erste Bestätigungen der These. Dieser enthalte eine Klausel (Art. 14 Data Act), wonach Behörden die Möglichkeit eingeräumt wird, von Unternehmen, die nicht Klein- oder Kleinstunternehmen seien, maschinengenerierte Daten herauszuverlangen, sofern ein «aussergewöhnlicher Bedarf» im Sinne eines öffentlichen Notfalls (z.B. Naturkatastrophen oder Pandemien) vorliege. Die Begriffe würden allerdings sehr weit gefasst. Dies zeige sich z.B. darin, dass u.U. auch die Erstellung einer amtlichen Statistik als aussergewöhnlicher Bedarf der Behörde ausreiche.

[23] Sodann wandte sich BRAUN BINDER dem Schweizer (Bundes-)Recht zu. Sie zeigte auf, dass *de lege lata* bereits vereinzelt Bestimmungen existieren, die einen staatlichen Zugriff auf Daten bei Privaten im Einzelfall – allerdings nicht systematisch – ermöglichen. Dieser Zugriff könne z.B. zu Kontrollzwecken (z.B. Art. 31 Zollgesetz, SR 631) oder aus polizeilichen Interessen (z.B. Art. 26 Nachrichtendienstgesetz, SR 121) erfolgen. Die öffentlichen Interessen seien dabei evident: Die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung. Darauf folgend wandte sie sich der möglichen gesetzgeberischen Entwicklung *de lege ferenda* zu. Als Beispiel diene die Vernehmlassungsvorlage zur Änderung des Bundesgesetzes über die Geoinformation (E-GeolG, SR 510.62), das künftig eine Rechtsgrundlage enthalten solle, um geologische Primärdaten (z.B. Messdaten, Aufnahmen oder Dokumentationen, Art. 3 Abs. 2 lit. I E-GeolG) von Privaten den Kantonen und dem Bund für die Planung im Untergrund zur Verfügung zu stellen (Art. 28a E-GeolG). Es handle sich praktisch um eine allgemeine, kostenlose Zurverfügungstellungspflicht aller geologischen Daten. Lediglich prozessierte geologische Daten unterlägen einer Entschädigungspflicht (Art. 28a Abs. 2 E-GeolG). Als Holschuld des Bundes bzw. der Kantone ausgestaltet, beziehe sich die Bestimmung ausschliesslich auf bereits vorhandene Daten. Eine Pflicht zur zusätzlichen Datengewinnung solle damit hingegen nicht verankert werden. Die Angst vor der Schaffung eines Präzedenzfalls sowie der ungerechtfertigte Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit bildeten u.a. die Grundlage vehementer Opposition aus der Vernehmlassung. Dieses Beispiel belege, dass die Schaffung bzw. Ausweitung von Zurverfügungstellungspflichten von Daten Privater zu Händen des Staates in Zukunft nicht ausgeschlossen sei und bestätige die eingangs erwähnte These.

[24] BRAUN BINDER wandte sich zu guter Letzt einigen offenen Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Zurverfügungstellung von Daten Privater an den Staat zu. Hinsichtlich datenschutzrechtlicher Aspekte betonte sie, dass eine systematische Zurverfügungstellung von Personendaten vor dem Hintergrund des grundrechtlichen Schutzes der informationellen Selbstbestimmung nicht vorstellbar bzw. nicht zu rechtfertigen sei. Sodann stellten sich Fragen hinsichtlich der Vereinbarkeit eines (systematischen) Zugriffs auf Sachdaten mit der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 i.V.m. Art. 94 und 95 Bundesverfassung, SR 101). Der Anwendungsbereich der Wirtschaftsfreiheit sei dabei durchaus berührt, allerdings wäre ein Eingriff wohl nicht als schwer zu taxieren, da die betroffenen Privaten die Daten ohne Einschränkungen weiterverwenden könnten. Problematisch sei allerdings, dass die Rechtslage bzgl. der Weiterverwendung der auf diese Art gewonnenen Daten unklar sei. Wie durch RUDIN bereits erwähnt worden sei, bestehe in der Schweiz auf Bundesebene ein gesetzgeberisches Vorhaben zu OGD (Art. 10 E-EMBAG). Fraglich sei nun, ob die durch Zugriff bei Privaten erhobenen Daten ebenfalls unter eine mögliche OGD-Pflicht fallen würden. Sollte dies bejaht werden, könnte sich ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit u.U. als schwerer entpuppen. Es sei demnach von zentraler Bedeutung, bei der Regelung von Zurverfügungstellungspflichten von Daten an den Staat genau festzuhalten, welche Daten davon erfasst werden

und zu welchen Zwecken diese Daten verwendet bzw. ob diese Daten weiterverwendet werden dürften.

4. Plenumsdiskussion

[25] Wiederum stellten sich die drei Vortragenden zum Themenkomplex «Gewährung des Datenzugangs an den Staat» im Anschluss an ihre Referate den Fragen aus dem Publikum. Die zweite Plenumsdiskussion stand ganz im Lichte der Nutzungsrechte an Daten. KETTEMANN sehe ein grundsätzliches Problem in der Übertragung des Eigentumsbegriffs auf Daten, denn die Nutzungsrealität sei eine andere: Würden Daten von mehreren Personen genutzt, würden sie nicht weniger wert – im Gegenteil. Durch Nutzung und Verknüpfung von Daten werde erst ein Mehrwert generiert. Dies sei insbesondere bei Geodaten der Fall. BRAUN BINDER ergänzte, dass es nur punktuell Möglichkeiten gebe, Rechte an Daten festzumachen, etwa aufgrund des Urheberrechts, des Wettbewerbsrechts, des Datenschutzrechts und aufgrund von Geschäftsgeheimnissen. EIFERT betonte, dass der finanzielle Aspekt der Datenerhebung (z.B. im Bereich der Gewinnung von Geodaten) zwar berücksichtigt werden müsse, die Daten jedoch öffentlichen Boden beträfen und somit weitergegeben werden sollten. EIFERT gab sodann zu bedenken, dass die Schutzwürdigkeit der unternehmerischen Interessen nicht ohne Weiteres zu bejahen sei, wenn der Staat die Daten für eigene, öffentliche Zwecke nutze.

IV. Würdigung und Ausblick

[26] Die Diskussion um OGD ist in vollem Gange – dies zeigen auch diverse gesetzgeberische Vorhaben auf unionsrechtlicher wie auch auf nationaler Ebene. Dass zahlreiche Rechtsfragen noch offen sind, haben die drei Referate am Vormittag der Tagung gezeigt. Deutlich wurde zudem, dass auch der gesellschaftspolitische Blickwinkel bei der Regulierung von OGD nicht fehlen darf. Das Thema systematischer staatlicher Zugriffe auf Daten Privater bzw. der Zurverfügungstellungspflichten von Daten Privater an den Staat ist in den rechtswissenschaftlichen Diskussionen weniger präsent. Die drei Referate am Nachmittag der Tagung haben die damit in Verbindung stehenden Rechtsfragen offengelegt. Auch hier werden die öffentlichen Interessen eine wichtige Rolle bei der rechtlichen Beurteilung spielen. Beide behandelten Themenfelder belegen, dass das Thema «Staat und Daten» auch weiterhin Diskussions- und Forschungsbedarf aufweist.

LILIANE OBRECHT, MLaw, Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin an der Juristischen Fakultät der Universität Basel.

Mag. iur. DAVID STARCHL, Universitätsassistent und Doktorand an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Innsbruck.

Die Autorin und der Autor danken den Referierenden herzlich für die Durchsicht des Beitrages und die wertvollen Rückmeldungen.