



Regierungsrat, 9102 Herisau

An die Mitglieder
des Kantonsrates

Herisau, 9. Januar 2024

6000.371

Kantonales Datenschutzgesetz, Teilrevision; 2. Lesung

1. Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 9. Januar 2024

Sehr geehrter Herr Kantonsratspräsident
Sehr geehrte Damen Kantonsrätinnen
Sehr geehrte Herren Kantonsräte

A. Ausgangslage

Der Kantonsrat hat an seiner Sitzung vom 28. März 2022 den Entwurf für eine Teilrevision des Datenschutzgesetzes (DSG) in 1. Lesung behandelt und der Vorlage in der Schlussabstimmung mit 60:0 Stimmen ohne Enthaltungen zugestimmt. Die Vorlage unterstand bis zum 29. April 2022 der Volksdiskussion (vgl. Amtsblatt vom 1. April 2022). Es wurden keine Diskussionsbeiträge eingereicht.

Der Regierungsrat hat die in der 1. Lesung im Kantonsrat formulierten Aufträge, Anliegen und Fragen aufgenommen und nimmt nachfolgend dazu Stellung. Zudem hat er die Vorlage nochmals eingehend beraten und stellt neue Anträge.

B. Erwägungen

1. Grundzüge der Vorlage

Die Grundzüge der Vorlage und der Gesamtkontext der Teilrevision des Datenschutzgesetzes (DSG) wurden im Bericht und Antrag des Regierungsrates zur 1. Lesung bereits dargelegt.



Anlässlich der 1. Lesung wurden im Kantonsrat verschiedene Fragen und Prüfungsaufträge formuliert. Der Regierungsrat nahm diese Punkte zur Prüfung und Erläuterung für die 2. Lesung entgegen (vgl. nachfolgender Abschnitt B.2.).

2. Fragen und Prüfungsaufträge aus der 1. Lesung

a) Datenschutz und Gemeinden

Kantonsrat Gut, Walzenhausen, hat als Präsident der Kommission Inneres und Sicherheit (KIS) darauf hingewiesen, dass sich die KIS auch in ihrem Bericht und Antrag zur 1. Lesung geäußert habe: «Aus den Vernehmlassungsunterlagen wird deutlich, dass etliche Gemeinden finden, dass mit der strikten Regelung von Datenschutz relativ viel verunmöglicht wird, was in der täglichen Verwaltungspraxis wichtig und nötig wäre. Der KIS leuchten diese Argumente ein. Sie hält sie aber inhaltlich für falsch, weil sie der Meinung ist, dass Datenschutz ein höheres Gut als eine funktionierende Administration ist».

Dem ist aus Sicht des Regierungsrates grundsätzlich nichts hinzuzufügen. Der Einwand der Gemeinden ist nicht ganz unberechtigt. Datenschutz kann einer effizienten Administration entgegenstehen, gerade mit Blick auf die digitale Transformation der öffentlichen Verwaltung. Dies ist mit ein Grund, weshalb bisweilen eine grundsätzliche Neukonzeption des Datenschutzes gefordert wird. Der Datenschutz orientiert sich heutzutage (noch) mehr an der Trennung von Entscheidfunktionen als an Gefährdungslagen und tut sich generell schwer mit der Digitalisierung. Solche Überlegungen übersteigen jedoch das Thema der vorliegenden Teilrevision.

b) Mehr Erläuterungen

Kantonsrätin Egger, Speicher, wies im Namen der SP-Fraktion darauf hin, dass der Regierungsrat der Meinung sei, dass «diesen Bedenken [...] – wo möglich – mit einigen Ergänzungen, Präzisierungen und Erläuterungen im Gesetzestext und in den Erläuterungen Rechnung getragen worden» sei (Bericht und Antrag 1. Lesung, S. 7). Die SP-Fraktion sei anderer Meinung, nämlich, dass mehr Erläuterungen möglich und dringend notwendig gewesen wären, nicht nur für die Gemeinden, sondern auch für die Mitglieder des Kantonsrates.

Der Regierungsrat weist darauf hin, dass die Teilrevision des Datenschutzgesetzes eine schwierige Vorlage ist und bleibt, weil sie ein Grundwissen voraussetzt, das im Rahmen einer Teilrevision nicht wirklich vermittelt bzw. nachgeliefert werden kann. Wie in Aussicht gestellt, werden die von der Revision betroffenen Stellen – insbesondere die Gemeinden – im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten der Teilrevision informiert werden, was sie konkret vorzukehren haben.

c) Ausführungsverordnung

Die Frage oder der Wunsch nach einer Ausführungsverordnung, welche zusätzliche Punkte des Datenschutzes aufnimmt und diese konkretisiert, ist so alt wie das erste kantonale Datenschutzgesetz. Bisher wurde die Frage – in Absprache mit dem Datenschutz-Kontrollorgan (DSKO) – dahingehend beantwortet, dass kein Bedarf für eine Ausführungsverordnung besteht.

Ausführungsrecht zum Datenschutzgesetz ist in der Regel spezielles Datenschutzrecht. Es findet sich in diversen Sachgesetzen und Verordnungen. Als Beispiele seien hier Art. 70 des Volksschulgesetzes (bGS 412.4) oder die Polizeigesetzgebung (Art. 29 ff. PolG, [bGS 521.1] und Art. 12 ff. Polizeiverordnung [bGS 521.11]) genannt. Eine generelle Ausführungsverordnung zum DSG dürfte dagegen kaum zweckmässig sein. Auch bei



Würdigung der Datenschutzverordnung des Bundes (DSV; SR 235.1) und der Verordnung über die Datenschutzzertifizierung (VDSZ; SR 235.13) drängt sich auf kantonaler Stufe keine solche Verordnung auf.

d) Datenschutz und Justiz

In der SP-Fraktion sind schliesslich auch Fragen zum Datenschutz bei richterlichen Behörden bzw. in Rechtspflegeverfahren aufgetaucht.

Die Datenbearbeitung in Gerichtsverfahren richtet sich nach dem anwendbaren Prozessrecht. Dem DSG kommt dabei keine besondere Bedeutung zu. Anders verhält es sich mit der Gerichtsverwaltung. In diesem Bereich untersteht die Justiz wie alle öffentlichen Organe des Kantons dem DSG und der Aufsicht des DSKO.

e) IT-Sicherheit

Kantonsrat Aggeler, Herisau, erklärte im Namen der Fraktion der Mitte/EVP, dass aus ihrer Sicht das Gesetz nur ein Teil eines Duos sei, der andere Teil sei eine hochstehende Informatiktechnik, welche einen wesentlichen Bestandteil des Schutzes darstelle. Für die Fraktion der Mitte/EVP müssten namentlich auch die technischen Voraussetzungen zum Schutz der Daten gegeben sein. Dem werde im vorliegenden Gesetzesentwurf nur in Art. 16 marginal Rechnung getragen. Es stelle sich gerade nach den in jüngster Zeit stattgefundenen Angriffen auf Verwaltungen und auf die Privatwirtschaft die Frage, ob dieser Gesichtspunkt nicht noch mehr Gewicht bekommen müsste. Mit der Revision werde zumindest eine Bestimmung ins Gesetz über eGovernment und Informatik aufgenommen, wonach die Geschäftsleitung der AR Informatik AG (ARI) eine verantwortliche Person bezeichne. Es gelte aber zu klären, ob nicht weitere Vorkehrungen bzw. Verbindlichkeiten angezeigt wären.

Die technische Sicherung der Informatik wird durch das Gesetz über eGovernment und Informatik (eGovG; bGS 142.3) geregelt. Sie obliegt grundsätzlich der ARI als deren Bereitstellerin und Betreiberin. Soweit darüber hinaus Regeln für die IT-Sicherheit erforderlich sind, gehören sie als spezielles Datenschutzrecht in die Organisationserlasse von Kanton und Gemeinden und nicht ins DSG.

f) Oberaufsicht

Kantonsrat Gut, Walzenhausen, verwies auf das Thema der Oberaufsicht, die bei der Geschäftsprüfungskommission (GPK) liege. Die KIS halte das Thema für sehr wichtig.

Die GPK prüft die Geschäftsführung (auch) des DSKO. Im DSG ist dazu nichts zu regeln. Die parlamentarische Aufsicht ist namentlich im Kantonsratsgesetz (bGS 141.1) geregelt (vgl. v.a. Art. 12 und Art. 65 ff.).

3. Erläuterungen zu einzelnen Artikeln

Art. 2 Begriffe

Juristische Personen (Abs. 2)

Kantonsrat Kessler, Teufen, wies darauf hin, dass sowohl die KIS als auch der Regierungsrat gesagt hätten, dass der Artikel noch einmal redigiert werde. Er schlug ergänzend dazu vor, dass – wie in der Datenschutz-Grundverordnung der EU und im Datenschutzgesetz des Bundes – die juristischen Personen ausgenommen werden sollten. Kantonsrat Gut, Walzenhausen, teilte die Einschätzung von Kantonsrat Kessler. Die KIS war



ebenfalls der Meinung, dass man die juristischen Personen ausnehmen solle, weil die relevanten Dinge an anderer Stelle geregelt sind. Die juristischen Personen seien in den aktuellen Gesetzestexten auf Bundesebene und in der überwiegenden Zahl der kantonalen Datenschutzgesetze nicht (mehr) enthalten.

Nach nochmaliger Prüfung schlägt der Regierungsrat vor, in Abs. 2 den Passus «juristische Person» zu streichen. Anders als die meisten europäischen Staaten schützen die schweizerischen Datenschutzgesetze bisher nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen. Der Entwurf DSG zur 1. Lesung behält diese schweizerische Eigenart bei (ebenso die Kantone Schwyz und Zürich). Nachdem sich inzwischen aber der Bund und eine grössere Anzahl der Kantone für eine Deregulierung bei den juristischen Personen entschieden haben, scheint es angebracht, dass auch Appenzell Ausserrhoden nachzieht. In Wirtschaftskreisen wird bemängelt, dass der Schutz von Daten juristischer Personen zu ungerechtfertigten Erschwerungen im grenzüberschreitenden Verkehr führe.

Profiling (Abs. 5bis)

Der Regierungsrat hält den Wunsch, den Begriff «Profiling» zu verdeutlichen, grundsätzlich für nachvollziehbar, möchte aber nochmals darauf hinweisen, dass der Begriff dem übergeordneten Recht entnommen und daher die Definition ebenfalls dort zu suchen ist. Zudem soll die Begrifflichkeit nicht neu definiert werden, sondern – wie dies schon anlässlich der 1. Lesung betont wurde – kompatibel mit den Begriffen des Schweizer und des europäischen Rechts bleiben.

Als «Profiling» gilt beispielsweise eine personalisierte Buchempfehlung eines Online-Shops, die auf bisherigen Einkäufen basiert, ebenso wie eine Prüfung der Kreditwürdigkeit, für die Daten wie Geburtsdatum, Beruf, Wohnort oder Wohnsituation aus verschiedenen Quellen ausgewertet werden. In der öffentlichen Verwaltung könnte die Bewertung des Personals als Beispiel herangezogen werden: Wenn bestehendes Personal oder – im Rahmen eines Rekrutierungsverfahrens – künftiges Personal automatisiert einer Bewertung unterzogen wird, z.B. die Eignung für eine neu zu besetzende Stelle, ist ziemlich sicher von einem Profiling auszugehen. Offensichtlich ist dies, wenn die Beurteilung der Eignung für eine Stelle oder Ermittlung bestimmter Charaktereigenschaften, wie Zuverlässigkeit oder Offenheit, mit Hilfe einer Software vorgenommen wird, welche Sprache oder Stimme analysiert und Aussagen zu diesen Aspekten macht. Um dabei verwertbare Ergebnisse zu erzielen, wird regelmässig auf eine grosse Datenmenge zurückgegriffen werden (müssen). Macht eine Software zur Verwaltung und Durchführung von internen Online-Schulungen beispielsweise eine Aussage zur Zuverlässigkeit von Mitarbeitenden gestützt auf die Einhaltung oder Nichteinhaltung der Fristen zum Abschluss der Schulungen, kann dies bereits ein Profiling darstellen.

Art. 3 Abs. 2 Geltungsbereich

Vorgeschlagen wurde zuhanden der 1. Lesung im Kantonsrat folgende Neuformulierung:

² Dem Gesetz unterstehen alle Organe mit Ausnahme derjenigen der kirchlichen Körperschaften sowie Privater, die öffentliche Aufgaben erfüllen; vorbehalten bleiben Art. 8 Abs. 3 und Art. 15.

Kantonsrat Gut, Walzenhausen, als KIS-Präsident erklärte, dass die KIS zu Art. 3 Abs. 2 etliche Diskussionen geführt habe. Er führte weiter aus, dass der Regierungsrat vorschlage, «Private» durch «Privater» zu ersetzen und führte aus, dass ein Buchstabe den Sinn ins Gegenteil verkehren könne. Unklar sei auch, worauf sich das Wort «sowie» beziehe. Die KIS sprach sich dafür aus, am Wort «Private» festzuhalten.



Der Regierungsrat konnte anlässlich der 1. Lesung feststellen, dass Art. 3 Abs. 2 viele Fragen aufgeworfen hat, weil die Auslegung der gewählten Formulierung einen grossen Interpretationsspielraum zulässt, und es wurde versprochen, auf die 2. Lesung hin eine präzisierende Formulierung zu suchen, die den Geltungsbereich klar und eindeutig regelt.

Nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers sollte das DSG «für alle öffentlichen Organe im Sinne von Art. 2 Abs. 1 gelten, nicht jedoch für kirchliche Körperschaften und Private, auch wenn sie öffentliche Aufgaben erfüllen; in diesen Fällen gilt das eidgenössische Datenschutzgesetz» (Erläuternder Bericht vom 12.10.2000, S. 4f.). Die geltende Fassung von Art. 3 Abs. 2 ist jedoch missglückt und leidet an einem sinnentstellenden Grammatikfehler (die Wendung «mit Ausnahme» verlangt den Genitiv, also «... mit Ausnahme ... Privater...» statt «mit Ausnahme ... Private...»). Dem Gesetzgeber ging es im Jahre 2001 darum, eine doppelte datenschutzrechtliche Unterstellung von Privaten und damit eine Normenkollision zwischen eidgenössischem und kantonalem Datenschutzrecht zu vermeiden. Die Frage nach dem Geltungsbereich des DSG war letztlich wenig bedeutsam, weil das kantonale DSKO nur beratend tätig war. Mit der vorliegenden Teilrevision erhält das DSKO jedoch explizite Entscheidbefugnisse (Art. 27b). Damit ist der Geltungsbereich des DSG zwingend zu klären.

Durch den sinnentstellenden Fehler im Gesetzestext entwickelte sich – entgegen der auch in den Lehrbüchern zu findenden Auslegung, wonach im Kanton Appenzell Ausserrhoden Private, welche öffentliche Aufgaben erfüllen, explizit vom Geltungsbereich des kantonalen Datenschutzgesetzes ausgeschlossen sind – eine Praxis, welche diesem Wortlaut entgegenstand. Dies bedeutet, dass auch im Kanton Appenzell Ausserrhoden Private, welche öffentliche Aufgaben erfüllten, bisher grundsätzlich dem kantonalen DSG unterstellt wurden.

Für die 2. Lesung wird daher eine Umformulierung von Art. 3 Abs. 2 vorgeschlagen, welche zwar einen Systemwechsel gegenüber der heutigen Konzeption darstellt, aber der seither gelebten Praxis entspricht:

Dies führt zu folgendem Antrag für die 2. Lesung:

² Dem Gesetz unterstehen alle Organe mit Ausnahme derjenigen der kirchlichen Körperschaften; vorbehalten bleiben Art. 8 Abs. 3 und Art. 15.

Im Kontext mit Art. 2 Abs. 1 DSG – der Definition, was ein öffentliches Organ ist – ergibt sich mit dieser Streichung der Passage über Private, welche öffentliche Aufgaben erfüllen, dass auch diese nunmehr dem kantonalen DSG unterstellt werden. Eine solche nun auch gesetzlich vorgesehene «Ausdehnung» des Geltungsbereichs des kantonalen Datenschutzrechts ist solange unproblematisch, als der Anwendungsbereich des Datenschutzgesetzes des Bundes, d.h. der Datenbearbeitung durch Private, nicht tangiert wird.

Private sind allerdings nur dann vom Geltungsbereich des Bundesgesetzes über den Datenschutz ausgenommen, wenn es sich um kantonalrechtliche Organe handelt. Private müssen also den kantonalrechtlichen Organbegriff von Art. 2 Abs. 1 DSG erfüllen, wenn sie dem kantonalen Recht unterstellt sein sollen. Die nun neu zu kodifizierende Praxis wird auch in vielen anderen Kantonen so gelebt bzw. ist dort in den kantonalen Datenschutzgesetzen statuiert.

Art. 6 Verantwortung der Organe

Kantonsrat Kessler, Teufen, erklärte, dass gemäss dem neuen Datenschutzgesetz pro Unternehmen, pro Gemeinde oder im Kanton eine Person als Datenschutzverantwortlicher festgelegt werden müsse, die auch zur Verantwortung gezogen werde. Die Bussen gingen bis zum Betrag von Fr. 250'000.- und seien auf die Person



gerichtet. Er möchte auf die 2. Lesung hin geklärt haben, wie es im öffentlich-rechtlichen Raum aussehe, wenn gegen den Datenschutz verstossen werde und wer schlussendlich verantwortlich gemacht werde.

Die Aussage von Kantonsrat Kessler ist unzutreffend. Verantwortliches Organ im Sinne von Art. 6 DSGVO ist jede Amtsstelle, die öffentliche Aufgaben des Kantons, der Gemeinden oder von Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts erfüllt (Art. 2 Abs. 1).

Ein Verstoss gegen Datenschutzvorschriften ist ein Verstoss gegen Amtspflichten und wird nach den entsprechenden Bestimmungen beurteilt. Dies kann für fehlbare Angestellte personalrechtliche Folgen haben (vgl. Art. 69 Personalgesetz; bGS 142.21). Die vorsätzliche Verletzung von Amtspflichten wird zudem mit Busse bestraft (vgl. Art. 29 Gesetz über das kantonale Strafrecht). Kommen Dritte durch die Verletzung von Amtspflichten zu Schaden, haftet das Gemeinwesen nach den Regeln des Staatshaftungsrechts (Art. 262 ff. EG zum ZGB).

Art. 7 Informationspflicht

Die KIS führte in ihrem Bericht aus, dass Art. 7 Abs. 1 DSGVO eine Informationspflicht für die verantwortlichen Organe einführe. Diese seien neu verpflichtet, die betroffenen Personen in geeigneter Form über die Beschaffung von Daten zu informieren. Die Kommission begrüsse die Einführung dieser Pflicht und sehe darin einen Fortschritt gegenüber dem geltenden Recht. Die Kommission stellte jedoch die Frage, wie diese Informationspflicht konkret umgesetzt und vollzogen werden soll. Sie bat den Regierungsrat auf die 2. Lesung hin, hierzu einige Ausführungen zu machen.

Die Informationspflicht wird im besten Fall in Form eines schriftlichen Dokuments, wie etwa einer Datenschutzerklärung, erfüllt. Eine Datenschutzerklärung kann auf der Website des Kantons oder der Gemeinde (oder z.B. am Schalter eines Amtes) platziert werden, um Benutzer bzw. Bürgerinnen darüber zu informieren, wie sie deren Daten verarbeiten. Es können aber auch andere Vorgehensweisen gewählt werden. Die Informationstätigkeit öffentlicher Organe erfolgt im Weiteren über die amtlichen Publikationsorgane, das Internet oder die Medien.

Die Informationspflicht bezieht sich indes nicht nur auf die externen Beziehungen zu Einwohnerinnen und Kunden, sondern auch intern auf die Mitarbeitenden. Intern genügt, dass die Datenbeschaffung aus den einschlägigen Dienstvorschriften ersichtlich wird (z.B. Art. 37 und 37a Personalverordnung; bGS 142.212).

Art. 13a Bekanntgabe ins Ausland

Kantonsrat Scherer, Herisau, wies darauf hin, dass der Passus in Art. 13a Abs. 1 «weil eine Gesetzgebung fehlt» in «weil eine gesetzliche Grundlage fehlt» umzuformulieren sei.

Die zwei erwähnten Begriffe sind nicht kongruent. Während der Begriff «Gesetzgebung» umfassender zu verstehen ist, kann eine gesetzliche Grundlage beispielsweise auch nur aus einem einzigen Artikel eines Gesetzes bestehen.

Im vorliegenden Fall empfiehlt es sich, den umfassenderen Begriff zu verwenden, wie dies auch in anderen kantonalen Gesetzen der Fall ist (vgl. z.B. § 21^{bis} Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Solothurn), da eine umfassende Gesetzgebung, die *in ihrer Gesamtheit* dem schweizerischen Schutzniveau entspricht, gemeint ist. «Gesetzliche Grundlage» wäre eindeutig zu eng und nicht zutreffend.



Art. 16 Datensicherheit

Kantonsrat Aggeler, Herisau, führte – wie bereits im Zusammenhang mit der IT-Sicherheit (vgl. oben Abschnitt B.2e), erwähnt – namens der Fraktion der Mitte/EVP aus, dass für die Fraktion auch die technischen Voraussetzungen (*«... aus unserer Sicht ist das Gesetz jedoch nur ein Teil eines Duos, denn dazu gehört auch eine hochstehende Informatiktechnik, welche einen wesentlichen Bestandteil des Schutzes darstellt...»*) zum Schutz der Daten gegeben sein müssten. Dem werde im vorliegenden Gesetzesentwurf nur in Art. 16 marginal Rechnung getragen. Es stelle sich gerade nach den in jüngster Zeit erfolgten Cyber-Angriffen auf Verwaltungen und auf die Privatwirtschaft die Frage, ob dieser Gesichtspunkt nicht noch mehr Gewicht bekommen müsste. Mit der Revision werde zumindest eine Bestimmung ins Gesetz über eGovernment und Informatik aufgenommen, dass die Geschäftsleitung der AR Informatik AG (ARI) eine verantwortliche Person bezeichnen müsse. Es gelte aber zu klären, ob nicht weitere Vorkehrungen bzw. Verbindlichkeiten angezeigt wären. Kantonsrätin Egger, Speicher, erklärte, dass es hier um ein wenig mehr als nur redaktionelle Anpassungen gehe. Es gehe nämlich darum, ob ein Gesetz gemacht werde, das man lesen und verstehen könne.

Das DSG ist ein allgemein gehaltener Erlass zum Schutz der Grundrechte (Art. 1). Entsprechend dieser Konzeption fordert es zwar generell, dass die notwendigen technischen und organisatorischen Vorkehrungen getroffen werden, um Daten vor Verlust, Entwendung sowie unbefugter Kenntnisnahme und Bearbeitung zu schützen. Die konkrete Umsetzung dieser Forderung ist jedoch Spezialvorschriften überlassen, die sich an bestimmte Organisationseinheiten und Personen richten. Sie finden sich in Sachgesetzen wie dem eGovG, in Organisationsvorschriften und in Dienstanweisungen über den Umgang mit Informatikmitteln.

Als Informatikdienstleister ist die ARI einem erhöhten Sicherheitsrisiko ausgesetzt. Die Gewährleistung der technischen Daten- und Betriebssicherheit setzt zudem spezifisches Fachwissen voraus. Es ist daher zweckmässig, ein betriebsinternes Organ einzusetzen, das die Einhaltung der Datenschutzvorschriften innerhalb der ARI überwacht und dem DSKO als Anlaufstelle für den fachlichen Austausch in datenschutzrechtlichen Fragen dient. Aufsichtsrechtlich bleibt auch im Falle der ARI das DSKO zuständig.

Art. 26 Abs. 1 Datenschutz-Kontrollorgan

Namens der KIS erklärte der Präsident, Kantonsrat Gut, Walzenhausen, dass sich der zweite Antrag der KIS auf Art. 26 Abs. 1 beziehe. Dort gehe es letztlich darum, ob man einen Datenschutzbeauftragten oder das Fachpersonal wähle. Die KIS sei der Ansicht, dass die Beschränkung auf eine Person nicht korrekt sei. Möglicherweise sei auch das nur eine sprachliche Feinheit. Die KIS stelle jedoch folgenden Antrag: *«Der Kantonsrat wählt in Datenschutzfragen ausgewiesenes Fachpersonal»*.

Kantonsrat Aggeler, Herisau, führte namens der Fraktion der Mitte/EVP aus, dass sie begrüsse, dass das DSKO mit ausgewiesenem Fachpersonal besetzt werde. Sie stelle sich die Frage, ob es bei diesem Pensum wirklich eine Outsourcing-Lösung geben müsse oder ob es auch eine kantonseigene und unabhängige Stelle analog zur Finanzkontrolle geben könnte.

Der Regierungsrat antwortete, dass jeder Ausbau des DSKO bei der Formulierung der KIS vom Kantonsrat bewilligt werden müsste. Der Kantonsrat müsste sämtliche Personen wählen. Zweitens: Sogar der Kanton Zürich, bei dessen Datenschutzbehörde rund ein Dutzend Personen arbeiten würden, habe *«nur»* eine Amtsträgerin.



Kantonsrat Gut erwiderte, dass die KIS die Formulierung im Singular nicht richtig finde, auch wenn das im Kanton Zürich der Fall sei. Man könne durchaus den Appenzeller Weg gehen. Die Befürchtung, dass es plötzlich zwei, drei Datenschutzbeauftragte gebe, sei im Kanton Appenzell Ausserrhoden eher unbegründet. Zum anderen stehe eine ernsthafte politische Überlegung dahinter: Es müsse zumindest eine Stellvertretung des DSKO definiert werden. Auch diese Stellvertretung müsse vom Kantonsrat gewählt werden, weil es sich um so etwas wie ein «hoheitliches» Amt handle. Wenn die Mehrzahlform ins Gesetz aufgenommen werde, könne das DSKO auch aus einer Person bestehen. Wenn aber die Einzahlform im Gesetz stehe, sei es schwierig, mehrere Personen daraus zu machen.

Der Rat stimmte dem Antrag der KIS mit 45:5 Stimmen bei 9 Enthaltungen zu.

Art. 26 Abs. 1 in der Fassung gemäss 1. Lesung im Kantonsrat lautet demnach:

¹ Der Kantonsrat wählt in Datenschutzfragen ausgewiesenes Fachpersonal als unabhängiges und nicht weisungsgebundenes Datenschutz-Kontrollorgan. Die Wahl erfolgt auf eine Amtsdauer von vier Jahren; Wiederwahl ist zulässig.

Die Konzeption des DSKO ist dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) nachempfunden. Das Gesetz versteht unter dem Begriff des Organs einen Amtsträger mit bestimmten Rechten und Pflichten. Diese Rechte und Pflichten kommen ausschliesslich dem gewählten Amtsträger zu und nicht dem Personal, das ihm allenfalls zur Erfüllung seiner Aufgaben zur Verfügung steht. Verfügt ein Organ über mehrere Amtsträger, müssen ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten geklärt werden. Andernfalls stehen sich innerhalb des gleichen Organs mehrere gleichberechtigte Amtsträger gegenüber, was zwar typisch für eine Kollegialbehörde wäre, im Falle des DSKO jedoch zu unklaren Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten führt. Es ist daher nicht richtig, in Bezug auf die Organeigenschaft in Art. 26 Abs. 1 von «Fachpersonal» zu sprechen. Die Organeigenschaft kann nach der Konzeption des Gesetzes nur einem einzelnen Amtsträger zukommen. Eine andere Konzeption ist durchaus denkbar; sie würde jedoch eine Überarbeitung diverser Gesetzesbestimmungen bedingen.

Der Regierungsrat beantragt daher, auf die Formulierung gemäss 1. Lesung zurückzukommen und die Formulierung gemäss Bericht und Antrag zur 1. Lesung wieder zu übernehmen:

¹ Der Kantonsrat wählt eine in Datenschutzfragen ausgewiesene Fachperson als unabhängiges und nicht weisungsgebundenes Datenschutz-Kontrollorgan. Die Wahl erfolgt auf eine Amtsdauer von vier Jahren; Wiederwahl ist zulässig.

Art. 27a Untersuchung

Namens der KIS erklärte Kantonsrat Gut, Walzenhausen, als Präsident, dass es bei Art. 27a vielleicht um mehr als nur um eine sprachliche Feinheit gehe. Die Wörter «Untersuchung» und «Anzeige» würden nach Strafuntersuchung und polizeilicher Gewalt klingen. Die KIS halte die Wortwahl für nicht korrekt, auch wenn sie an das aktuelle bzw. zukünftige Bundesgesetz angelehnt sei. Die KIS finde, dass ein Gesetz bürgerinnen- und bürgerfreundlich sein müsse. Auch Personen ohne juristische Grundkenntnisse müssten eindeutig verstehen können, worum es im Gesetz gehe. Die Wörter «Untersuchung» und «Anzeige» suggerierten etwas, was nicht der Fall sei. Die KIS plädiere dafür, statt «Untersuchung» wie bisher «Sachverhaltsabklärung» zu verwenden. Das sei



kein besonders schönes Wort, aber es sei eindeutiger. Das Wort «Anzeige» solle durch die Formulierung «entsprechende Meldung» ersetzt werden. Dann sei es eindeutig, dass es nicht um strafrechtlich relevante Dinge gehe.

Kantonsrat Aggeler, Herisau, begrüßte im Namen der Fraktion der Mitte/EVP die redaktionellen Anpassungsanträge der Kommission im Rahmen von Art. 27a. Hier dürfe durchaus von Sachverhaltsabklärungen und Meldungen gesprochen werden. So bleibe der Zugang niederschwellig, und mit einer konstruktiven Fehlerkultur könne auch gelebt werden.

Der Regierungsrat führte aus, dass er bereits in seinem Eintretensvotum kurz darauf hingewiesen habe, worum es gehe. Die Kommission schlage gegenüber dem übergeordneten Recht andere Begriffe vor. Der Regierungsrat sei der Meinung, dass das nicht zielführend sei. Es sei zwar nachvollziehbar, was die Frage der Verständlichkeit betreffe. Er plädiere aber dafür, die Verbindlichkeit bei den Begriffen zu bewahren.

Kantonsrat Kunz, Rehetobel, erklärte, dass er eine Frage zum übergeordneten Recht habe: In Art. 27 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (SR 235.1) heisse es: «Der Beauftragte klärt von sich aus oder auf Meldung Dritter hin den Sachverhalt näher ab». Das wäre genau die von der KIS vorgeschlagene Wortwahl. Er habe das Wort «Untersuchung» in diesem Gesetz nicht gefunden.

Entgegen der Auffassung der KIS bezeichnen die Begriffe «Untersuchung» und «Anzeige» genau das, worum es hier der Sache nach geht – um eine verwaltungsinterne Untersuchung eines potenziell rechtswidrigen Vorfalls. Führt die Untersuchung zu einer Bestätigung, dass ein datenschutzrechtlich relevanter Vorfall vorliegt, sind geeignete Abhilfemassnahmen anzuordnen. Fehlbare Personen können zudem personalrechtlich und allenfalls auch strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.

Gesetze richten sich nicht nur an Bürgerinnen und Bürger. Primäre Adressaten von Vorschriften des öffentlichen Rechts sind sehr oft die mit dem Vollzug betrauten Stellen. Für den Vollzug ist es aber nicht zweckdienlich, wenn von rechtlich zutreffenden, klaren Begriffen abgerückt wird.

Im Übrigen ist im Datenschutzrecht der Begriff *Untersuchung* rechtsüblich. Er wird insbesondere verwendet in:

- Art. 49 Bundesgesetz über den Datenschutz vom 25. September 2020
- Art. 15 Abs. 2 SEV 223 vom 10.10.2018 (Europaratsvertrag)
- Art. 46 Abs. 1 lit. f Richtlinie (EU) 2016/680 (Schengen-Acquis)

4. Bemerkung zum Rechtsmittelweg

Abschliessend sei zum Bericht und Antrag (S. 4) der KIS zur ersten Lesung noch Folgendes vermerkt:

Die KIS führte aus: «*Will die Gemeindeverwaltung die Massnahmen nicht umsetzen, kann das Datenschutz-Kontrollorgan eine Beschwerde beim Obergericht einreichen*».

Die Aussage ist unzutreffend. Werden verbindlich angeordnete Abhilfemassnahmen nicht umgesetzt, hat das DSKO die Möglichkeit, an die Aufsichtsbehörde des verantwortlichen Organs zu gelangen (vgl. Art. 27b Abs. 2). Das wäre im vorliegenden Fall der Gemeinderat, allenfalls der Regierungsrat. Mit der Beschwerde ans



Obergericht können nur Verfügungen angefochten werden (vgl. Art. 27b Abs. 3), nicht aber Vollzugsverweigerungen. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen im Bericht und Antrag des Regierungsrates zur 1. Lesung verwiesen werden. Dort wurde ausgeführt: «Fühlt sich die Gemeindeverwaltung zu Unrecht in ihrem Handlungsspielraum beschnitten und kommt sie zu einer anderen rechtlichen Einschätzung als das Datenschutz-Kontrollorgan, kann sie vor Obergericht gegen die Verfügung des Datenschutz-Kontrollorgans vorgehen».

C. Finanzielle und organisatorische Auswirkungen

Wie schon anlässlich der ersten Lesung erwähnt, werden die Anpassungen und Neuerungen im Rahmen dieser Teilrevision zu finanziellen Mehraufwänden für das DSKO führen. Der finanzielle Mehraufwand für den Datenschutz ist aber bereits in den letzten Jahren – ab dem Voranschlag 2022 – stark gestiegen, sodass sich weitere Erhöhungen des Budgets für das DSKO in Grenzen halten werden. Am Anfang dürfte sich ein gewisser Mehraufwand für die vorgesehenen Schulungen und Fortbildungen, v.a. der Gemeinden, durch das DSKO ergeben. Das DSKO konnte seine Tätigkeit aufgrund des höheren Budgets bereits in den letzten beiden Jahren deutlich ausbauen und, wie es im Aufgaben- und Finanzplan formuliert ist, aufgrund eines Konzeptes eine systematische Kontrolltätigkeit planen und aufbauen.

Der gesamte Aufwand des DSKO wird durch den Kanton gedeckt. Die Frage eines Ausgleichs der davon profitierenden Gemeinden wird früher oder später geprüft werden müssen.

Zur ebenfalls in der ersten Lesung aufgeworfenen Frage, ob es bei diesem Pensum des DSKO wirklich eine Outsourcing-Lösung (mit einem externen Rechtsanwalt) geben müsse oder ob es auch eine kantonseigene und unabhängige Stelle analog zur Finanzkontrolle geben könnte, ist zu sagen, dass derzeit im Rahmen einer interkantonalen Arbeitsgruppe unter der Leitung des Departements Inneres und Sicherheit (DIS) geprüft wird, ob eine engere Zusammenarbeit zwischen den Ostschweizer Kantonen möglich wäre. Resultate sind im Laufe des Jahres 2024 zu erwarten.



D. Antrag

Der Regierungsrat beantragt Ihnen,

dem Entwurf eines teilrevidierten Datenschutzgesetzes (DSG) in zweiter Lesung zuzustimmen.

Im Namen des Regierungsrates

sign. Yves Noël Balmer

sign. Roger Nobs

Yves Noël Balmer, Landammann

Roger Nobs, Ratschreiber

Beilagen

Beilage 1.1

Gesetzesentwurf

Beilage 1.2

Synopse