

Rolf H. Weber

## Transparenz und Open Data

---

Transparency, participation and collaboration of civil society are not only characteristics of a modern administration of the 21st century, but also essential features of a forward-looking democracy. Transparency of governmental actions should particularly contribute to constructing democratic processes in comprehensible and open way, thus delineating an element of founding legitimation. Redounding to this transparency are both the opening of governmental data pools and the establishment of a national data infrastructure. The challenges for open data occurring due to digitization have to be consequently tackled and seen as a chance for transparent administrative actions in the future. (ah)

---

Category: Articles

Region: Switzerland

Field of law: E-Democracy, E-Government

Citation: Rolf H. Weber, Transparenz und Open Data, in: Jusletter IT 25 May 2016

## Inhaltsübersicht

1. Begriff und Wesen der Transparenz
2. Transparenz im Staat
  - 2.1. Staatsrechtliche Grundlagen
  - 2.2. Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung
3. Open Data
  - 3.1. Begriff und Wesen
  - 3.2. Informationstätigkeit des Staates
  - 3.3. OGD-Strategie des Bundes
  - 3.4. Herausforderungen durch die Digitalisierung
4. Ausblick

### 1. Begriff und Wesen der Transparenz

[Rz 1] Der Begriff «Transparenz» lässt sich zurückführen auf das lateinische Wort «transparere» was «durchscheinend» sein bedeutet. Materiell hat der Begriff «Transparenz» seinen Ursprung in der Optik; in diesem Themenfeld bezeichnet Transparenz die Durchlässigkeit oder Klarheit von Objekten.<sup>1</sup> Transparenz als Teil des normativ verstandenen Prinzips der Öffentlichkeit gewisser Informationen beschreibt den Zustand der Offenheit, im Sinne von Wahrnehmbarkeit von Personen und Vorgängen.<sup>2</sup>

[Rz 2] Im politischen Kontext meint Transparenz die Möglichkeit, Einsicht in Verfahren, Vorgänge und Entscheide der Verwaltung zu nehmen. Ohne Zweifel ist die Transparenz als wichtiges Prinzip einer funktionierenden Demokratie einzustufen;<sup>3</sup> die Partizipation der Bevölkerung setzt aber die Verfügbarkeit von Informationen voraus. Transparenz, Partizipation und Mitarbeit zwischen Staat und Zivilgesellschaft sind als «Dreigestirn» einer guten Governance, welche eine moderne Verwaltung zwingend zu beachten hat, zu verstehen.<sup>4</sup>

[Rz 3] Im Zeitalter der Digitalisierung aller Lebensbereiche steigt indessen das Volumen der Daten, nicht zuletzt deshalb, weil sich Informationen leicht und kostengünstig sammeln, bearbeiten und speichern lassen, was die Anpassung der Transparenzregeln erforderlich macht. Offene Daten vermögen auch in vielen Bereichen zur Wertschöpfung beizutragen. Solchermassen transparent gemachte (verwaltungsbezogene) Prozesse haben für einen unbestimmten Personenkreis zudem durch Offenlegung der Gegebenheiten nachvollziehbar zu sein.<sup>5</sup>

[Rz 4] Die Transparenz lässt sich in drei wesentliche Aspekte differenzieren, nämlich:<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> BEATRICE LEDERER, Open Data, Informationsöffentlichkeit unter dem Grundgesetz, Diss., Berlin 2014, 53.

<sup>2</sup> LEDERER (Fn. 1), 85.

<sup>3</sup> GÖTTRIK WEWER, Open Government, Staat und Demokratie, Berlin 2014, 62.

<sup>4</sup> Vgl. dazu MARIO MARTINI, Transparenz, Partizipation und Kollaboration als Leitbilder einer digitalen Zeitalter, in: Hermann Hill/Mario Martini/Edgar Wagner (Hrsg.), Transparenz, Partizipation und Kollaboration, Baden-Baden 2014, 13; vgl. ebenfalls ein Referat von REINHARD RIEDL, Verwaltung 2.0 mit dem Web 2.0: Mehr Transparenz, Kollaboration und Partizipation, in welchem diese Begriffe eine wichtige Rolle einnehmen, [https://www.wirtschaft.bfh.ch/fileadmin/wgs\\_upload/wirtschaft\\_und\\_verwaltung/6\\_forschung/eGov\\_Fokus/Hand-Outs/eGF1\\_11/Praesentation\\_Riedl\\_eGF1\\_2011.pdf](https://www.wirtschaft.bfh.ch/fileadmin/wgs_upload/wirtschaft_und_verwaltung/6_forschung/eGov_Fokus/Hand-Outs/eGF1_11/Praesentation_Riedl_eGF1_2011.pdf) (alle Internetadressen zuletzt besucht am 26. April 2016).

<sup>5</sup> MARTINI (Fn. 4), 13, wonach das (zentrale) Gebot der Transparenz die Grundlage für eine Einbeziehung des Bürger in die staatlichen Entscheidungsabläufe darstellt.

<sup>6</sup> Eingehender dazu ROLF H. WEBER, Shaping Internet Governance: Regulatory Challenges, Zürich 2009, 122.

- *Prozedurale Transparenz*: Davon erfasst sind Regeln und Verfahren in der Gestaltung von Organisationen, die dazu beitragen, dass die Abläufe klar und ohne Ambiguität durchführbar sind; zudem vermag die prozedurale Transparenz durch Informationszugangsrechte die Teilhabe der Öffentlichkeit an den Vorgängen sicherzustellen.
- *Transparenz der Entscheidungsbildung*: Diese Art der Transparenz trägt dazu bei, dass die Überlegungen für die Entscheidungsbildung klar gemacht werden und für die Öffentlichkeit nachvollziehbar sind; damit wird die institutionelle Kreditibilität gestärkt und die Legitimität von Entscheiden verbessert.
- *Materielle Transparenz*: Bei dieser Transparenz geht es darum, dass die Regeln, Standards und Richtlinien materiell gerechtfertigt sind und diskriminierende bzw. arbiträre Einflüsse ausschliessen; letztlich geht es um die Rationalität und die Fairness der Entscheidungsbildung.

[Rz 5] Zusätzlich lässt sich die Transparenz je nach «Richtung» der Offenlegung von Informationsregeln differenzieren:<sup>7</sup>

- *Aufwärts*: Die hierarchisch höherstehende Person ist in der Lage, insbesondere in einer Auftragsbeziehung, das Verhalten und die Tätigkeit der unterstellten Person transparent zu beurteilen.
- *Abwärts*: Die hierarchisch tiefer stehende Person hat das Recht, das Verhalten, die Tätigkeit und auch die Ergebnisse von Aktivitäten, die von der höhergestellten Person erreicht werden, transparent nachzuvollziehen.
- *Auswärts*: Die Beteiligten einer Organisation haben die Möglichkeit, transparent zu verfolgen, was ausserhalb der Organisation abläuft.
- *Einwärts*: Ausserhalb der Organisation stehende Personen sind in der Lage, transparent zu beobachten, was innerhalb der Organisation geschieht.

[Rz 6] Vor gut 100 Jahren hat der US-amerikanische Supreme Court Richter Louis Brandeis bereits die Bedeutung der Transparenz im Finanzmarktbereich hervorgehoben, und zwar mit den berühmten Worten: «Sunlight is said to be the best of disinfectants».<sup>8</sup> Immerhin lässt sich nicht übersehen, dass Brandeis in dem zusammen mit Samuel Warren im Jahre 1890 verfassten grundlegenden Beitrag zum «Right to be let alone» auch das Anliegen eines verbesserten Datenschutzes vertreten hat.<sup>9</sup>

## 2. Transparenz im Staat

[Rz 7] Die Transparenz gewinnt im immer komplexer strukturierten und organisierten Staat verstärkt an Bedeutung; kürzlich hat der Economist deshalb ausdrücklich auf die «data republic» Bezug genommen.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> WEBER (Fn. 6), 122 f.

<sup>8</sup> LOUIS D. BRANDEIS, What Publicity Can Do, in: Other People's Money: And How the Bankers Use It, New York 1914, 92.

<sup>9</sup> SAMUEL D. WARREN/LOUIS D. BRANDEIS, The Right to Privacy, 4 Harvard Law Review 193 (1890) ; so auch später als Supreme Court Richter in seiner *dissenting opinion* in Olmstead v. USA, 277 US 433, 471 (1929).

<sup>10</sup> The Economist, The data republic, March 26th 2016, Special Report Technology and Politics, 11.

## 2.1. Staatsrechtliche Grundlagen

[Rz 8] Die Schweizerische Bundesverfassung basiert auf dem Konzept, dass jedes staatliche Handeln ein Mindestmass an Transparenz voraussetzt; die Bundesverfassung ist indessen nicht besonders aussagekräftig mit Blick auf die Frage, in welchem Umfang und in welcher Tiefe der Staat einzelne Informationen bzw. Daten offenzulegen hat. Auf Verfassungsstufe legt Art. 158 BV fest, dass die Öffentlichkeit der parlamentarischen Sitzungen garantiert ist; weiter gewährleistet Art. 30 Abs. 3 BV den Individuen das Recht auf die Öffentlichkeit von Urteilsverkündungen und von Gerichtsverhandlungen.

[Rz 9] Das Öffentlichkeitsprinzip als solches, das die Grundlage der Transparenz im Staat darstellt, ist hingegen nicht verfassungsrechtlich verankert. Art. 16 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BV gibt dem Einzelnen lediglich das Recht, sich aus den allgemein zugänglichen Quellen zu informieren. Auf der Gesetzgebungsebene ist das Öffentlichkeitsprinzip im Bundesgesetz über die Öffentlichkeit (BGÖ) normiert; alle amtlichen Dokumente der Bundesverwaltung zählen grundsätzlich zu den «allgemein zugänglichen Quellen», soweit nicht besondere Geheimhaltungsvorschriften greifen.<sup>11</sup>

[Rz 10] Das Transparenz- bzw. Öffentlichkeitsprinzip zeichnet sich insbesondere durch zwei Charakteristika aus: Auf der einen Seite steht die aktive Information (von Amtes wegen), auf der anderen Seite die passive Information (auf Anfrage hin). Aktive Information bedeutet die Pflicht der Behörden, von sich aus über die Tätigkeit zu informieren. Die passive Information beinhaltet das Recht jeder Person auf Zugang zu Verwaltungsinformationen.<sup>12</sup>

[Rz 11] Die Differenzierung zwischen der aktiven und der passiven Information lässt sich anhand der unterschiedlichen Ermessensspielräume der Verwaltung aufzeigen; bei der passiven Information ist das Ermessen wesentlich kleiner als bei der aktiven Information.<sup>13</sup> Indessen sind die beiden Arten der Information insofern verknüpft, als eine aktive Information am Ursprung für die passive Information eines Individuums stehen kann.<sup>14</sup>

[Rz 12] Die staatliche Informationstätigkeit in der Schweiz war während Jahrzehnten vom Amtsgeheimnis geprägt. Daraus haben Lehre und Praxis das Prinzip der Geheimhaltung der Verwaltungstätigkeit abgeleitet.<sup>15</sup> Mit dem Inkrafttreten des BGÖ hat sich die Rechtslage aber geändert: Anstelle des «Geheimhaltungsprinzips mit Öffentlichkeitsvorbehalt» gilt nun das «Öffentlichkeitsprinzip mit Geheimhaltungsvorbehalt».<sup>16</sup>

[Rz 13] Grundsätzlich lässt sich deshalb sagen, dass die Gewährung von Transparenz für Verwaltungsinformationen sich in der Schweiz etabliert hat. Neben dem Bund kennen auch verschiedene

---

<sup>11</sup> PETER NOBEL/ROLF H. WEBER, Medienrecht, Bern 2007, Kap. 2 Rz. 91.

<sup>12</sup> PASCAL MAHON/OLIVIER GONIN, in: Stephan C. Brunner/Luzius Mader (Hrsg.), Öffentlichkeitsgesetz, Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008, BGÖ 6 Rz. 3; allgemein zu den Informationszugangsrechten vgl. ROLF H. WEBER, Allgemeiner Überblick, in: Rolf H. Weber (Hrsg.), SBVR, Informations- und Kommunikationsrecht, Band V/1, 2. Aufl., Basel 2003, Teil A, Rz. 108.

<sup>13</sup> STEPHAN C. BRUNNER/LUZIOUS MADER, in: Stephan C. Brunner/Luzius Mader (Hrsg.), Öffentlichkeitsgesetz, Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008, Einleitung Rz. 90; ROLF H. WEBER, Datenschutz v. Öffentlichkeitsprinzip, Erläuterungen zu den Spannungsfeldern am Beispiel des Zürcher Informations- und Datenschutzgesetzes, Zürich/Basel/Genf 2010, Rz. 251.

<sup>14</sup> BRUNNER/MADER (Fn. 13), Einleitung Rz. 93; WEBER (Fn. 13), Rz. 251.

<sup>15</sup> BGE 120 Ib 66 ff.; BGE 107 Ia 305 f.

<sup>16</sup> WEBER (Fn. 13), Rz. 66.

Kantone entsprechende Regelungen. Transparenz ist und bleibt somit ein zentrales legitimationsstiftendes Instrument.<sup>17</sup>

## 2.2. Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung

[Rz 14] Da sich aus der Informationsfreiheit nach Art. 16 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 BV kein Anspruch auf Zugang zu amtlichen Dokumenten ableiten lässt, fehlt dem Öffentlichkeitsprinzip (bislang) eine Grundlage in der Verfassung. Hingegen ist das Öffentlichkeitsprinzip gesetzesrechtlich in Art. 6 BGÖ normiert, der – namentlich der erste Absatz – als «die zentrale Bestimmung» des Gesetzes einzustufen ist. Die Implementierung dieser Regelung zielt darauf ab, in der Bundesverwaltung einen Paradigmenwechsel beim Umgang mit Informationen herbeizuführen; das Primat der Geheimhaltung hat dem Prinzip der Transparenz weichen müssen.<sup>18</sup>

[Rz 15] Gemäss Art. 6 Abs. 1 BGÖ hat jede Person das Recht, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskünfte über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten. Ein umfangreicher Ausnahmekatalog in Art. 7–9 BGÖ hat aber zur Folge, dass die Verwirklichung des Öffentlichkeitsprinzips nur beschränkt zum Tragen kommt.<sup>19</sup> Die verankerten Einschränkungen haben faktisch eine nicht zu unterschätzende Wirkung.

[Rz 16] Art. 6 Abs. 1 BGÖ führt zu einer gesetzlichen Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten, was einer inhärenten Beweislastumkehr entspricht. Das Öffentlichkeitsprinzip wird allgemein als «passive» Information durch die Behörden oder als Information «auf Anfrage» bezeichnet, weil die Behörden lediglich auf ein Zugangsgesuch hin tätig werden müssen.<sup>20</sup> Hingegen beinhaltet das BGÖ nicht eine «aktive» Informationspflicht der Behörden, die eine «Information von Amtes wegen» sicherstellen würde; diese wird aber in gewissen Bereichen durch andere Rechtsvorschriften angeordnet.<sup>21</sup>

[Rz 17] Als weitere gesetzliche Bestimmungen, welche die Transparenz und das Öffentlichkeitsprinzip verankern, lassen sich Art. 40 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG), welcher die Information über die Tätigkeit der Departemente regelt, und Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup> des Bundesgesetzes über des Datenschutz (DSG), welcher die Rechtsgrundlage für die Schaffung von Transparenz darstellt, nennen.<sup>22</sup>

---

<sup>17</sup> Kritisch zur Frage, ob staatliches Handeln durch Transparenz zu legitimieren ist, vgl. GÖTTRIK WEWER, Legitimation staatlichen Handelns durch Transparenz, in: dms – der moderne staat – Zeitschrift für Public Policy, Recht und Management, 2015, 295 ff.

<sup>18</sup> MAHON/GONIN (Fn. 12), BGÖ 6 Rz. 3.

<sup>19</sup> WEBER (Fn. 13), Rz. 540.

<sup>20</sup> Oft ist vom sog. «Holprinzip» die Rede, vgl. dazu MAHON/GONIN (Fn. 12), BGÖ 6 Rz. 13.

<sup>21</sup> Vgl. insbesondere Art. 180 Abs. 2 BV und Art. 10 ff. RVOG.

<sup>22</sup> Vgl. SCHWEIZERISCHES BUNDESARCHIV BAR, Konzept: Rechtliche Rahmenbedingungen zur Publikation von Daten als Open Government Data (OGD), Bern 2015, 4, 14.

### 3. Open Data

#### 3.1. Begriff und Wesen

[Rz 18] Die Zielsetzung, durch die weitgehende Öffnung behördlicher Datenbestände die Transparenz staatlichen Handelns zu erhöhen, bildet ein Teil von Open Government. Die informativrechtlichen Aspekte von Open Government bzw. die damit verbundenen Entwicklungen und Erscheinungsformen sind indessen im schweizerischen Recht (noch) nicht vollständig herausgearbeitet worden. Der Begriff «Open» findet sich in vielfältigen Kombinationen mit transparenten Erscheinungsformen von Informationen, etwa bei «Open Software» oder «Open Access».<sup>23</sup>

[Rz 19] Im Kontext von «Data» stellt sich insbesondere die Frage, ob nur Personendaten oder auch Sachdaten darunter zu verstehen sind. Das Datenschutzgesetz regelt lediglich die Personendaten, welche damit als Ausschlussgrund für die Anwendung des Öffentlichkeitsprinzips in Frage kommen.<sup>24</sup>

[Rz 20] Weiter relevant sein kann auch die Frage, ob eine Behörde als Teil der Verwaltung ausschliesslich über den Zugang zu Datenbeständen entscheiden kann oder nicht. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil Behörden oft auch mit Daten arbeiten müssen, über deren Verfügbarkeit sie nicht entscheiden können.<sup>25</sup> Soweit die Datenherrschaft nicht besteht, kommt den Daten auch nicht der Charakter von «Government Data» zu.

[Rz 21] Unter Open Data wird meist eine Offenheit verstanden, die sich sowohl auf die Primärals auch auf die Sekundärnutzung von Daten bezieht. Im Zusammenhang mit Daten von obrigkeitlichen Organisationen ist in der Vergangenheit vornehmlich von Open Government Data (OGD) gesprochen worden; diese Terminologie findet auch in der Schweizer Politik und Rechtslandschaft weiterhin Verwendung. Neuere Vorstösse nehmen indessen vermehrt Bezug auf die kürzere Form der «Open Data»; nachfolgend wird auf beide Begrifflichkeiten je nach gegebenem Kontext jeweils Bezug genommen.

#### 3.2. Informationstätigkeit des Staates

[Rz 22] Die Informationstätigkeit ist für das Funktionieren eines demokratischen Staates unerlässlich. Im englischsprachigen Raum ist der Begriff Open Government bereits in den 1970er Jahren für die Unterscheidung von offenen und geschlossenen Regierungssystemen benutzt worden; damals waren aber lediglich Informationen als Referenzpunkt der Offenheit relevant.<sup>26</sup>

[Rz 23] Jegliche ausführenden Handlungen eines Staates lassen sich als sog. informationsverarbeitende Tätigkeiten qualifizieren. Weil der Staat an den Bedürfnissen der Gesellschaft zu messen ist, hat die Verwaltung als Repräsentantin des Staates die Aufgabe, über ihre Tätigkeit zu informieren. Somit hat sich die Verwaltung in ihrer gesamten Arbeit zu öffnen; deshalb werden Infor-

---

<sup>23</sup> Zu Open Access vgl. RETO M. HILTY, Open Approaches, in: Rolf Sethe/Andreas Heinemann/Reto M. Hilty/Peter Nobel/Roger Zäch (Hrsg.), Festschrift für Rolf H. Weber, Bern 2011, 83 ff.

<sup>24</sup> WEBER (Fn. 13), Rz. 41 ff.

<sup>25</sup> Als Beispiel ist an Privatpersonen zu denken, welche ein schützenswertes Interesse an bestimmten Daten/Informationen geltend machen, weshalb eine stetige Entscheidungsmöglichkeit über die Datenverfügbarkeit seitens der Behörden nicht besteht.

<sup>26</sup> RONALD EDWARD WRAITH, Open Government: The British Interpretation, London 1977, 24 f.; LEDERER (Fn. 1), 52.

mationen, welche aus der internen Verwaltungshierarchie stammen, seit jeher durch eine gewisse nach aussen gerichtete Informationstätigkeit ergänzt.<sup>27</sup>

[Rz 24] Die Vorgaben an die Offenheit von Daten lassen sich in einem Prinzipienkatalog konkretisieren; ein solcher Prinzipienkatalog bedarf aber der jeweiligen Anpassung an die Besonderheiten der Datenbestände in der konkret betroffenen Verwaltung sowie an die Bedürfnisse des anwendbaren Rechtsraums. Allgemein gültige Prinzipien sind z.B. die Vollständigkeit, die Zugänglichkeit, die Diskriminierungsfreiheit oder die Maschinenlesbarkeit von Daten.<sup>28</sup>

[Rz 25] Als offene Verwaltungsdaten können dementsprechend jene Datenbestände des öffentlichen Sektors, welche von Staat und Verwaltung im Interesse der Allgemeinheit ohne Einschränkung zur freien Nutzung, zur Weiterverarbeitung oder zur freien Verwendung zugänglich gemacht werden, gelten. Kürzer ausgedrückt handelt es sich um die Veröffentlichung von nicht-personenbezogenen Regierungs- und Verwaltungsdaten.<sup>29</sup> Regelmässig handelt es sich dabei um Datenbestände, die von der öffentlichen Verwaltung im Bereich der Hoheitsverwaltung und der privatwirtschaftlichen Verwaltung im Interesse der Allgemeinheit erhoben und in einem anerkannt offenen maschinenlesbaren Format zur beliebigen digitalen Weiterverbreitung zur Verfügung gestellt werden.<sup>30</sup> Dieser Ansatz zielt darauf ab, den Bürgern/Bürgerinnen die Möglichkeit einzuräumen, beim Staat vorhandene Informationen nutzen zu können.

### 3.3. OGD-Strategie des Bundes

[Rz 26] In der Schweiz haben im Jahre 2011 erste politische Vorstösse das Thema OGD aufgegriffen. Von Vertretern der sog. Gruppe «Digitale Nachhaltigkeit Parldigi» sind Ende September 2011 die Motion zur «Öffnung der Datenbestände des Bundes. Open Government Data»<sup>31</sup> sowie zwei Postulate («Open Government Data als strategischer Schwerpunkt im E-Government»<sup>32</sup> und «Masterplan für Open Government Data»<sup>33</sup>) eingereicht worden. Diese Vorstösse haben den Bundesrat veranlasst, im OGD-Bereich tätig zu werden.

[Rz 27] Der Bundesrat hat die Bedeutung einer offenen Datenwirtschaft bzw. der Regelung des Spannungsverhältnisses zwischen der Offenlegung von Informationen und deren Geheimhaltung ebenfalls erkannt und eine Strategie «Open Government Data» 2014 bis 2018 formuliert.<sup>34</sup> Inhaltlich geht es dabei um die Veröffentlichung von nicht personenbezogenen Regierungs- und Verwaltungsdaten, d.h. um eine Zugänglichmachung von Informationen und Daten des öffentlichen Sektors für die Allgemeinheit. Ausmass und Grenzen dieser «Offenheit» hängen von der gesetzlichen Rahmenordnung sowie den anwendbaren allgemeinen Handlungsmaximen des Staates ab.<sup>35</sup>

---

<sup>27</sup> LEDERER (Fn. 1), 52 m.w.H.

<sup>28</sup> Vgl. LEDERER (Fn. 1), 43 f. m.w.H.

<sup>29</sup> JÖRN VON LUCKE/CHRISTIAN P. GEIGER, Open Government Data. Frei verfügbare Daten des öffentlichen Sektors, Friedrichshafen 2010, 6, <https://www.zu.de/institute/togi/assets/pdf/TICC-101203-OpenGovernmentData-V1.pdf>.

<sup>30</sup> MARTIN KALTENBÖCK/TOMAS THURNER, Open Government Data Weissbuch (Österreich), Krems 2011, 16.

<sup>31</sup> Motion 11.3871 vom 28. September 2011.

<sup>32</sup> Postulat 11.3884 vom 29. September 2011.

<sup>33</sup> Postulat 11.3902 vom 29. September 2011.

<sup>34</sup> Open Government Data Strategie Schweiz 2014–2018 des Bundesrates, Bern 2014, BBl 2014 3493 ff.

<sup>35</sup> Mit Blick auf die OGD-Prinzipien sind neben der Transparenz namentlich die Gesetzmässigkeit und die Verhältnismässigkeit als wesentliche staatliche Handlungsmaximen zu nennen.

[Rz 28] Die Strategie des Bundesrates zu OGD von 2014 nennt folgende konkrete Zielsetzungen:<sup>36</sup>

- *Freigabe der Behördendaten*: Der Bund hat der Öffentlichkeit geeignete Daten zur kostenlosen Wiederverwendung in maschinenlesbaren und offenen Formaten zur Verfügung zu stellen. Die rechtlichen, organisatorischen, finanziellen und technischen Rahmenbedingungen der Datenproduktion sind entsprechend anzupassen und die öffentliche Zurverfügungstellung ist zeit- und kosteneffizient sicherzustellen.
- *Koordinierte Publikation und Bereitstellung der Behördendaten*: Eine zentrale Infrastruktur soll dazu beitragen, dass der Bund seine Datenbestände für die Öffentlichkeit leicht auffindbar macht und die Daten zur freien Nutzung bereitstellt. Aus diesem Grunde sind inhaltliche Beschreibungen der Datenbestände auf einem Open Government-Portal zu publizieren und standardisierte technische Zugriffsaktionen für offene Daten anzubieten.
- *Etablierung einer Open Data Kultur*: Der Bund unterstützt die Verwendung der Daten durch freie, einheitliche und verständliche Nutzungsbedingungen; weiter sorgt er für die Zusatzinformationen zu den einzelnen Datensätzen, welche das inhaltliche und technische Verständnis der Daten erleichtern. Um die Nutzung der offenen Daten zu erweitern und so zur Etablierung einer partizipativen und innovativen Open Data Kultur beizutragen, unternimmt der Bund weitere kommunikative Massnahmen, um eine kontinuierliche Dialogkultur mit der Öffentlichkeit einzurichten.

[Rz 29] Als Konsequenz der OGD-Strategie haben Bundesstellen im Rahmen der Überprüfung des vorliegenden Rechtsrahmens verschiedene Entscheidungsgrundlagen zum weiteren Vorgehen bezüglich der Rechtsgrundlagen für die Publikation von Daten als OGD<sup>37</sup> sowie ein Konzept für deren rechtliche Rahmenbedingungen erarbeitet.<sup>38</sup> Dieses im März 2015 vorgestellte Konzept hat zwischenzeitlich indessen keine wesentliche Vertiefung erfahren. Als Varianten sind die Anpassung der Spezialerlasse durch Gesetzgebungsprojekte der sachlich zuständigen Stellen, eine einheitliche Querschnittsregelung und die Anpassung der Spezialerlasse durch ein zentral geführtes Gesetzgebungsprojekt vorgeschlagen worden.<sup>39</sup> Angesichts der Vielzahl von Querbeziehungen zu den verschiedensten Rechtsbereichen lässt sich nicht übersehen, dass die Ausarbeitung neuer Rechtsgrundlagen sehr komplex ist, weshalb die weitere Verfolgung des OGD-Projekts etwas ins Stocken geraten ist.<sup>40</sup>

[Rz 30] Als praktische Umsetzung der bisherigen OGD-Strategie lässt sich das am 2. Februar 2016 online gegangene Portal «opendata.swiss» sehen.<sup>41</sup> Dieses neue Instrument ersetzt das bisherige Pilotportal zu OGD, welches ab 2013 in Betrieb war.<sup>42</sup> Auf der neuen Plattform, welche das Bun-

---

<sup>36</sup> Open Government Data Strategie (Fn. 34), 3499.

<sup>37</sup> SCHWEIZERISCHES BUNDESARCHIV BAR, Konzept (Fn. 22).

<sup>38</sup> SCHWEIZERISCHES BUNDESARCHIV BAR, Entscheidungsgrundlage: Weiteres Vorgehen bezüglich Rechtsgrundlagen für die Publikation von Daten als OGD, Bern 2015.

<sup>39</sup> SCHWEIZERISCHES BUNDESARCHIV BAR, Entscheidungsgrundlage (Fn. 38), 2 f.

<sup>40</sup> Aus heutiger Sicht dürfte sich das zuständige Eidgenössische Departement des Innern (EDI) wohl eher dazu entscheiden, einzelne Spezialgesetze anzupassen und (vorläufig) auf die Schaffung eines OGD-Gesetzes, das für die ganze Bundesverwaltung Geltung hätte, zu verzichten. Die Ziele der OGD-Strategie sollen aber weiterverfolgt werden.

<sup>41</sup> <https://opendata.swiss/de/>.

<sup>42</sup> Das Pilotprojekt war unter [opendata.admin.ch](https://opendata.admin.ch) zu erreichen.



desarchiv betreibt, bieten Bund, Kantone, Gemeinden sowie weitere Organisationen zentral ihre verfügbaren Daten an.<sup>43</sup>

[Rz 31] Im Unterschied zum bisherigen Pilotprojekt sind die Daten unter gemeinsamen und einheitlichen Nutzungsbedingungen verfügbar. Damit soll ein Beitrag geleistet werden, damit interessierte Personen oder Unternehmen die Daten einfacher verwenden können.<sup>44</sup> Neu lassen sich auch die Daten der SBB herunterladen; damit ist der Bund (zutreffend) dem Ansatz gefolgt, dass auch Daten von staatsnahen Organisationen in das OGD-Portal aufzunehmen sind.<sup>45</sup>

[Rz 32] Die Freigabe und Publikation weiterer Datenbestände ist für den Datenstandort Schweiz von grosser Bedeutung.<sup>46</sup> Die verfügbaren Daten stellen wichtige Impulse für Innovationen und wirtschaftliches Wachstum dar. Die Schweiz hat ein Interesse daran, im internationalen Vergleich eine bessere Position zu erreichen.<sup>47</sup>

### 3.4. Herausforderungen durch die Digitalisierung

[Rz 33] Die technologischen Entwicklungen, insbesondere die Big Data Analytics, tragen weiter dazu bei, dass der «Wert» der Daten zunimmt, weil dank deren Verarbeitung und Kombination neue Informationen entstehen. Sind die entsprechenden Erkenntnisse öffentlich zugänglich, kommt der «Wert» einer grösseren Personenzahl zugute.<sup>48</sup>

[Rz 34] Selbstredend sind als Folge davon weitere rechtliche Fragestellungen von Bedeutung: Immer wichtiger wird der Aspekt der Zuordnung von «Dateneigentum», d.h. von Nutzungsrechten der die Daten verarbeitenden Personen und Unternehmen.<sup>49</sup> Gemäss Art. 641 und 713 ZGB lassen sich dingliche Rechte grundsätzlich nur an körperlichen Objekten begründen. Weil Daten in der Schweiz nicht als Sache zu qualifizieren sind, erwirbt das betreffende Individuum somit weder positive noch negative Eigentumsmacht an den Daten.<sup>50</sup>

[Rz 35] Eine zentrale Rolle spielt zudem das Datenschutzrecht: Gemäss Art. 13 Abs. 2 BV gewährleistet die schweizerische Bundesverfassung ein Abwehrrecht des Individuums gegenüber dem Staat auf Achtung der Privatsphäre. In Konkretisierung des Persönlichkeitsschutzes (Art. 28

---

<sup>43</sup> Die Errichtung dieses neuen Portals ist eine Massnahme der bundesrätlichen Strategie zu OGD. Vgl. dazu die Medienmitteilung des Bundesrates vom 2. Februar 2016, <https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-60512.html>.

<sup>44</sup> Medienmitteilung des Bundesrates (Fn. 43).

<sup>45</sup> Gemäss einem Interview von Mitte Juli 2015 gedenkt Frau Bundesrätin Doris Leuthard, Vorsteherin des UVEK, mit den Daten von der Post, der Swisscom und der SBB ein sog. «Open Data-System» zu implementieren, vgl. «Le Temps» vom 17. Juli 2015, <https://www.letemps.ch/economie/2015/07/17/poussons-mise-place-un-systeme-open-data-donnees-recoltees-swisscom>.

<sup>46</sup> Vgl. zum Datenstandort Schweiz ein Kommentar von Ständerat Ruedi Noser, der Open Data als wichtigen Standortfaktor begreift und die OGD-Situation in der finnischen Hauptstadt Helsinki als Vorbild herausgreift, vgl. dazu NZZ vom 3. Februar 2016, S. 12, <http://www.nzz.ch/meinung/kommentare/entwicklung-im-werbe-und-datenmarkt-open-data-als-standortfaktor-ld.4846>.

<sup>47</sup> Im Jahre 2015 hat die Schweiz im «Global Open Data Index» lediglich Rang 29 eingenommen, vgl. dazu <http://global.census.okfn.org/year/2015>.

<sup>48</sup> Vgl. THOMAS JARCHOW/BEAT ESTERMANN, Big Data: Chancen, Risiken und Handlungsbedarf des Bundes: Ergebnisse einer Studie im Auftrag des Bundesamtes für Kommunikation, Bern 2015, <http://www.bakom.admin.ch/dokumentation/Newsletter/01315/05016/05019/index.html?lang=de>.

<sup>49</sup> Vgl. dazu ROLF H. WEBER/LENNART CHROBAK, Rechtsinterdisziplinarität in der digitalen Datenwelt, in: Jusletter 4. April 2016, Rz. 14 ff.

<sup>50</sup> WEBER/CHROBAK (Fn. 49), Rz. 16.

ZGB) ist im Juli 1993 das DSG in Kraft getreten. Die datenschutzrechtliche Problematik im Kontext von OGD besteht insbesondere darin, dass gegebenenfalls Rückschlüsse auf Personen aus Daten, welche sich zwar nicht direkt auf Personen beziehen, herstellen lassen.<sup>51</sup> Diesbezügliche Probleme ergeben sich namentlich bei allfälligen Re-Individualisierungen von grundsätzlich anonymisierten Daten.<sup>52</sup> Die Anonymisierung von Daten ist grundsätzlich geeignet, einerseits die datenschutzrechtlichen Risiken zu minimieren und andererseits die Vorteile von OGD fruchtbar zu machen.

[Rz 36] Im Rahmen der nationalen Open Data-Bewegung hat auch die Swiss Data Alliance für eine innovative und faire Datenwirtschaft in der Schweiz, die im Verein Opendata.ch konstituiert ist, ihre Tätigkeiten aufgenommen.<sup>53</sup> Diese Initiative basiert auf der Idee, dass Daten als teilbare und wertvolle Güter einzustufen sind und deshalb allgemein verfügbar sein sollten. Der Wert von Daten ist namentlich dann gross, wenn sie offen zugänglich und ohne Einschränkungen nutzbar sind.

[Rz 37] Am 25. September 2015 hat der FDP-Nationalrat Fathi Derder das Postulat «Recht auf Nutzung der persönlichen Daten. Recht auf Kopie»<sup>54</sup> eingereicht. Darin wird der Bundesrat beauftragt zu prüfen und zu berichten, inwiefern der Einzelne und die Volkswirtschaft von der Weiterverwendung von personenbezogenen Daten profitieren könnten. Insbesondere soll der Bundesrat dabei ein «Recht auf Kopie» für den Einzelnen prüfen. Dieses Postulat hat der Nationalrat am 18. Dezember 2015 angenommen.

[Rz 38] Um die Rechte der Individuen besser zu schützen, sind neben einem Recht auf Kopie (weitere) staatliche Massnahmen – z.B. in Bildung und Rechtssetzung – sowie technische Lösungskonzepte und Dienstleistungen, die sich am Nutzer orientieren, in Erwägung zu ziehen.<sup>55</sup> Aus diesem Grunde ist namentlich einer datenschutzkonformen Technikgestaltung – Privacy by Design and by Default – künftig eine wesentliche Bedeutung,<sup>56</sup> wie dies die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung nun vorsieht, beizumessen.<sup>57</sup>

#### 4. Ausblick

[Rz 39] Die unterschiedlichen Betrachtungsweisen der Transparenz zeigen auf, dass die angestrebte Offenheit in vielerlei Hinsicht zu verwirklichen ist. Der in der Öffentlichkeit breit diskutierte Vorfall um den Badener Stadtammann und damaligen Nationalrat Geri Müller – besser als

---

<sup>51</sup> Vgl. in diesem Kontext ROLF H. WEBER/DOMINIC OERTLY, Aushöhlung des Datenschutzes durch De-Anonymisierung bei Big Data Analytics?, in: Jusletter IT 21. Mai 2015, Rz.1 ff.

<sup>52</sup> WEBER/ OERTLY (Fn. 51), Rz. 14 ff.; vgl. auch ROLF H. WEBER, Big Data: Herausforderungen für das Datenschutzrecht, in: Astrid Epiney/Daniela Nüesch (Hrsg.), Big Data und Datenschutzrecht, Zürich 2016, 1, 10 ff.

<sup>53</sup> Vgl. zu den Aktivitäten des Vereins, <http://opendata.ch/>.

<sup>54</sup> Postulat 15.4045 vom 25. September 2015.

<sup>55</sup> REINHARD RIEDL, Welchen Regulierungsbedarf schaffen die Paradigmenwechsel von Big Data?, in: Jusletter IT 21. Mai 2015, der insbesondere (mehr) öffentliche Bildung und Bildungsangebote, die Etablierung von sog. Informationsdienstleistern und einen besseren technischen Schutz («privacy by default») als mögliche Lösungen vorschlägt.

<sup>56</sup> Vgl. dazu ROLF H. WEBER, Datenschutzkonforme Technikgestaltung: Privacy by Design and by Default, Jusletter IT Flash 21. Januar 2016, Rz. 3 ff.

<sup>57</sup> Die EU-Datenschutz-Grundverordnung steht kurz vor der Verabschiedung und wird voraussichtlich Mitte 2018 in Kraft treten, vgl. zur Datenschutzreform in der EU [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/index_en.htm).

«Gerigate» bekannt – zeigt exemplarisch, dass namentlich auf die «einwärts» gerichtete Transparenz ein Augenmerk zu richten ist.<sup>58</sup> Ein legitimes Anliegen der Zivilgesellschaft kann darin bestehen, Informationen darüber zu erhalten, welche Abläufe und Tätigkeiten innerhalb eines «geschützten» Umfelds wie einer Verwaltung vor sich gehen. Zudem sind künftig auch die materielle und prozedurale Transparenz zu gewährleisten, um der Zivilgesellschaft die Möglichkeit zu geben, an politischen Entscheidungsprozessen zu partizipieren.

[Rz 40] Weiter wird interessant zu beobachten sein, wie sich die rechtlichen Rahmenbedingungen des BGÖ und damit die Gebote der Transparenz weiterentwickeln bzw. ändern werden. Im Jahr 2014 hat eine erste Evaluation des BGÖ stattgefunden.<sup>59</sup> Am 1. April 2015 hat der Bundesrat die Ergebnisse dieser Evaluation präsentiert und gleichzeitig das Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJDP) beauftragt, gestützt auf die Erkenntnisse des Evaluationsberichtes einen Vorentwurf für eine Teilrevision des BGÖ zu erarbeiten.<sup>60</sup> Demnach möchte der Bundesrat die Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips in der Bundesverwaltung verbessern. Diese Revisionsbestrebungen gründen auf der Tatsache, dass die Zahl der Gesuche um Zugang zu amtlichen Dokumenten gestützt auf das BGÖ in den letzten Jahren erheblich zugenommen hat und diesbezügliche Umsetzungsprobleme aufgetreten sind.<sup>61</sup>

[Rz 41] Im Rahmen der BGÖ-Evaluation hat die OGD-Thematik keine (wesentliche) Rolle gespielt. Demnach ist nicht vorgesehen, im Rahmen der allfälligen Revision des BGÖ das «Hol-Prinzip» anzupassen bzw. das «Bring-Prinzip» zu implementieren.<sup>62</sup> Diese «Nicht-Beachtung» von OGD im Rahmen der anstehenden Teilrevision ist zu bedauern, wohl aber auch Ausdruck einer OGD-Politik, die (leider) etwas ins Stocken geraten ist. Immerhin stellt der Evaluationsbericht mit Blick auf die Strategie des Bundesrates für eine Informationsgesellschaft in der Schweiz aus dem Jahr 2012 fest, dass unter dem Stichwort OGD der erleichterte Zugang zu Behördendaten und -informationen zu verstehen ist, welche ein Ziel der damaligen Strategie des Bundesrates reflektiert.<sup>63</sup> Am 20. April 2016 hat der Bundesrat die Strategie «Digitale Schweiz» präsentiert,<sup>64</sup> welche die entsprechende Strategie aus dem Jahr 2012 ablöst;<sup>65</sup> im Rahmen dieser neuesten Auslegeordnung hält der Bundesrat namentlich fest, dass die Schweiz eine kohärente und zukunftsorientierte Datenpolitik verfolgt und über eine nationale Dateninfrastruktur verfügt.<sup>66</sup>

---

<sup>58</sup> Wie die Sonntagszeitung berichtete, sendete der Badener Stadtammann sog. «Nackt-Selfies» aus dem Stadthaus, was zu vielen Diskussionen führte, vgl. dazu die Schweiz am Sonntag vom 14. August 2014, [http://www.schweizamsonntag.ch/ressort/politik/geri\\_mueller\\_nackt-selfies\\_aus\\_dem\\_stadthaus/](http://www.schweizamsonntag.ch/ressort/politik/geri_mueller_nackt-selfies_aus_dem_stadthaus/).

<sup>59</sup> Vgl. EVELINE HUEGLI/MARIUS FÉRAUD, Schlussbericht vom 9. Dezember 2014, Evaluation des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (BGÖ).

<sup>60</sup> Medienmitteilung des Bundesrates vom 1. April 2015, <http://www.edoeb.admin.ch/oeffentlichkeitsprinzip/00902/index.html?lang=de>.

<sup>61</sup> Medienmitteilung (Fn. 60).

<sup>62</sup> Ebenfalls dieser Auffassung ist das SCHWEIZERISCHE BUNDESARCHIV BAR (Fn. 22), 5 f.

<sup>63</sup> HUEGLI/FÉRAUD (Fn. 59), 2 mit Hinweisen auf die am 9. März 2012 verabschiedete Strategie des Bundesrates. Demnach ist die Feststellung, dass den Informations- und Kommunikationstechnologien bei der Umsetzung der Öffentlichkeitsprinzips der Verwaltung eine wesentliche Bedeutung zukommen, bereits im Rahmen der Strategie des Bundesrates für eine Informationsgesellschaft in der Schweiz aus dem Jahr 2006 geboren.

<sup>64</sup> Vgl. Strategie «Digitale Schweiz», April 2016, <http://www.bakom.admin.ch/themen/infosociety/>.

<sup>65</sup> Der Bundesrat will mit dieser Strategie dazu beitragen, dass die Schweiz von der zunehmenden Digitalisierung profitiert, vgl. dazu die Medienmitteilung des Bundesrates vom 20. April 2016, <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=61417>.

<sup>66</sup> Strategie «Digitale Schweiz» (Fn. 64), 5 f.

[Rz 42] Denkbar ist, dass im Rahmen einer Weiterentwicklung der OGD-Strategie die Transparenz als wichtiger Anker definiert wird. Transparenz als vertrauensstiftendes Element erscheint als notwendig, um die Schweiz als funktionierende Demokratie (weiterhin) gut zu positionieren. Eine ausreichende Transparenz soll zudem dazu beitragen, dass sich die Schweiz als sicherer Datenstandort zu etablieren vermag, an welchem sich die Individuen nicht nur in der realen, sondern auch in der virtuellen Welt sachgerecht bewegen können.

[Rz 43] Neben der Transparenz ist das Augenmerk auf den Ausbau und die Weiterentwicklung einer nationalen Dateninfrastruktur zu legen, wie sie in der Strategie «Digitale Schweiz» vorgesehen ist und derzeit in der Form des OGD-Portals «opendata.swiss» besteht.<sup>67</sup> Dem Prinzip von Open Data gilt es nicht nur in der gesamten Bundesverwaltung, sondern auch bei den staatsnahen Betrieben und in der Forschung zum Durchbruch zu verhelfen.<sup>68</sup> Letztlich bleibt entscheidend, dass die (zahlreichen) guten Ansätze und Vorschläge in Bezug auf eine «digitalisierte Schweiz» nicht lediglich in theoretischer Form vorliegen, sondern auch eine konsequente Umsetzung erfahren.

---

Prof. Dr. iur. ROLF H. WEBER ist Ordinarius für Privat-, Wirtschafts- und Europarecht an der Universität Zürich und Rechtskonsulent bei Bratschi Wiederkehr Buob AG in Zürich. Herrn MLaw Dominic Oertly danke ich für die wertvolle Unterstützung bei der Fertigstellung dieses Beitrages.

---

<sup>67</sup> Zum Aufbau und Pflege einer nationalen Dateninfrastruktur vgl. JARCHOW/ ESTERMANN (Fn. 48), 4, 83; Strategie «Digitale Schweiz» (Fn. 64), 6.

<sup>68</sup> Vgl. in diese Richtung ebenfalls die Strategie «Digitale Schweiz» (Fn. 64), 6.