



An den Grossen Rat

13.0739.01

GD/P130729
Basel, 22. Mai 2013

Regierungsratsbeschluss vom 21. Mai 2013

Ratschlag

betreffend Änderung des Gesetzes über die Information und den Datenschutz (IDG) zwecks Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Bearbeitung von besonderen Personendaten im Rahmen von Pilotversuchen

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	3
2. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung.....	3
3. Grundgedanken der Gesetzesänderung	4
4. Erläuterungen zum Gesetzesänderungsentwurf	4
4.1 Absatz 1	4
4.2 Absatz 2	6
4.3 Absatz 3	7
4.4 Absatz 4	7
5. Finanzielle Auswirkungen	7
6. Regulierungsfolgeabschätzung (RFA)	7
7. Prüfung durch das FD und das JSD	7
8. Antrag.....	8

1. Einleitung

Mit diesem Ratschlag beantragt der Regierungsrat die vorgelegte Teilrevision des Gesetzes über die Information und den Datenschutz (IDG) vom 9. Juni 2010¹ zu genehmigen. Mit dieser Änderung kann der Regierungsrat unter bestimmten Voraussetzungen für zeitlich befristete Pilotversuche für das Bearbeiten von besonderen Personendaten eine Rechtsgrundlage auf Verordnungsebene schaffen.

2. Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung

Gerade im Rahmen von Pilotversuchen, bestehen oft noch keine rechtlichen Grundlagen in Form von formellen Gesetzen, um besondere Personendaten bearbeiten zu können. Damit diese Pilotprojekte dennoch durchgeführt werden können, wird eine formell-gesetzliche Grundlage mit einem neuen § 9a IDG geschaffen, der es dem Regierungsrat erlaubt, für zeitlich befristete Pilotversuche für das Bearbeiten von besonderen Personendaten eine Rechtsgrundlage auf Verordnungsebene zu schaffen.

Ein öffentliches Organ darf besondere Personendaten im Sinne von § 3 Absatz 4 IDG bearbeiten, wenn a) ein Gesetz dazu ausdrücklich ermächtigt oder verpflichtet oder b) es für eine in einem Gesetz klar umschriebene Aufgabe zwingend notwendig ist (§ 9 Absatz 2 IDG). Im Unterschied zu den gesetzlichen Grundlagen, wie sie für das Bearbeiten von «gewöhnlichen» («trivialen») Personendaten erforderlich sind, reicht für das Bearbeiten von besonderen Personendaten eine Grundlage auf Verordnungsstufe nicht aus: Das IDG verlangt nicht bloss eine «gesetzliche Grundlage» wie in § 9 Absatz 1, sondern ausdrücklich ein «Gesetz». Dasselbe gilt für die Bekanntgabe von besonderen Personendaten (§ 21 Absatz 2 im Gegensatz zu § 21 Absatz 1 IDG). Diese erhöhte Anforderung ist Ausfluss der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die gesetzliche Grundlage bei schwerwiegenden Einschränkungen von Grundrechten (§ 13 Absatz 1 Satz 2 Kantonsverfassung², Artikel 36 Absatz 1 Satz 2 Bundesverfassung³). Das Bearbeiten von besonderen Personendaten stellt eine schwerwiegende Einschränkung des Grundrechts auf informativelle Selbstbestimmung (Art. 13 Absatz 2 Bundesverfassung; § 11 Absatz 1 Buchstabe j Kantonsverfassung) dar.

Gerade im Umfeld der «E-Bereiche» (eGovernment, eHealth) werden häufig besondere Personendaten bearbeitet: «sensitive» Personendaten im Sinne von § 9 Absatz 4 Buchstabe a IDG beispielsweise bei eHealth-Anwendungen wie beim elektronischen Patientendossier oder auch bei eGovernment-Anwendungen wie beim elektronischen Behördenschalter, wohl aber auch Persönlichkeitsprofile im Sinne von § 3 Absatz 4 Buchstabe b IDG.

Bei eHealth- wie bei eGovernment-Anwendungen sind oft grössere Investitionen erforderlich, um die Anwendungen flächendeckend zum Einsatz zu bringen. Ausserdem ist vielfach noch nicht restlos klar, ob sich solche Anwendungen technisch so umsetzen lassen, wie es geplant ist. Es ist also in bestimmten Fällen notwendig, die Konzeption – und insbesondere die Vernetzung – neuer Systeme in ihrer Gesamtheit im Rahmen von Pilotversuchen zu evaluieren, bevor sie flächendeckend «ausgerollt» werden. Schliesslich ist aber oft auch noch unsicher, in welchem Ausmass sich der erhoffte Nutzen einer Anwendung einstellen wird und inwiefern damit die Investitionen gerechtfertigt werden können.

Für den Bereich des Gesundheitswesens enthält § 59 Gesundheitsgesetz⁴ eine Regelung zu eHealth-Modellversuchen. Danach kann der Kanton zur Erprobung von neuen Technologien und

¹ SG 153.260.

² SG 111.100.

³ SR 101.

⁴ SG 300.100.

Anwendungen im Bereich eHealth Modellversuche durchführen; der Regierungsrat regelt die zu bearbeitenden Personendaten und Zugriffsrechte. Außerdem ist festgelegt, dass die Teilnahme freiwillig sein muss. Die Grundsatzfrage, ob der Kanton eHealth-Modellversuche durchführen soll, ist damit vom Gesetzgeber entschieden worden. Allerdings ist diese Bestimmung zu unbestimmt, um für alle möglichen eHealth-Modellversuche, bei denen besondere Personendaten bearbeitet werden, als gesetzliche Grundlage für das Datenbearbeiten zu dienen.

Rechtsstaatlich korrekt müssen auch bei einem Pilotversuch, in welchem Personendaten bearbeitet werden sollen, die erforderlichen gesetzlichen Grundlagen vor dem Beginn der Datenbearbeitung geschaffen werden. Mit der Einführung einer Bestimmung im Informations- und Datenschutzgesetz, wonach der Regierungsrat unter bestimmten Voraussetzungen für zeitlich befristete Pilotversuche für das Bearbeiten von besonderen Personendaten eine Rechtsgrundlage auf Verordnungsebene schaffen kann, wird dieser Anforderung Genüge getan. Der Bund hat 2006 anlässlich der Revision des Bundesdatenschutzgesetzes⁵ eine entsprechende Bestimmung (Art. 17a DSG) geschaffen; ihr ist die hier vorgeschlagene Bestimmung materiell nachgebildet.

3. Grundgedanken der Gesetzesänderung

Der neue § 9a IDG enthält eine Delegationsklausel, die dem Regierungsrat die Durchführung eines Pilotprojekts befristet für maximal 5 Jahre erlaubt. Für die Überführung in ein reguläres Angebot ist entscheidend, dass eine formell-gesetzliche Grundlage für die Personenbearbeitung vorhanden ist.

Mit dem neuen Paragraphen wird das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage für die Bearbeitung von besonderen Personendaten nicht generell gelockert. Durch die Formulierung von strengen Voraussetzungen muss verhindert werden, dass die Pilotversuchsbestimmung bei versäumter Gesetzgebung genutzt wird, wenn also bereits klar ist, dass und wie besondere Personendaten bearbeitet werden sollen, aber festgestellt wird, dass die notwendigen formellgesetzlichen Grundlagen für diese Form der Datenbearbeitung fehlen. Die neue Bestimmung beschränkt sich darauf, dort, wo eine entsprechende Notwendigkeit wirklich besteht, eine «experimentelle Gesetzgebung» zuzulassen. Diese ermöglicht, die Auswirkungen einer geplanten Regelung zunächst während einer Pilotphase zu überprüfen und genau zu evaluieren.

4. Erläuterungen zum Gesetzesänderungsentwurf

Nachfolgend werden die einzelnen Absätze des Entwurfs ausführlich erläutert und kommentiert.

4.1 Absatz 1

§ 9a. Bearbeitung von besonderen Personendaten im Rahmen von Pilotversuchen

¹ Der Regierungsrat kann, nachdem er im Rahmen einer Vorabkontrolle nach § 13 die Beurteilung der oder des Datenschutzbeauftragten eingeholt hat, vor Wirksamwerden eines Gesetzes die Bearbeitung von besonderen Personendaten bewilligen, wenn:

- a) die Aufgaben, die diese Bearbeitung erforderlich machen, in einem Gesetz geregelt sind,
- b) ausreichende Massnahmen zur Verhinderung von Persönlichkeitsverletzungen getroffen werden und

⁵ SR 235.1; Botschaft: BBI 2003 2101, 2141-2144.

- c) die praktische Umsetzung einer Datenbearbeitung eine Testphase vor dem Wirksamwerden des Gesetzes zwingend erfordert.

§ 9a Absatz 1 IDG ermächtigt den Regierungsrat, die Bearbeitung von besonderen Personendaten im Rahmen von Pilotprojekten zu bewilligen, und damit für den Zeitraum der Datenbearbeitung auf das Bestehen einer formellgesetzlichen Grundlage, wie sie für die Bearbeitung von besonderen Personendaten nach § 9 Absatz 2 IDG erforderlich wäre, zu verzichten. Die Ausnahme vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage darf jedoch nur dann vorgenommen werden, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- **Aufgabennorm in einem Gesetz im formellen Sinne (Buchstabe a):** § 9a Absatz 1 Buchstabe a IDG verdeutlicht, dass auch im Rahmen eines Pilotprojekts nicht vom Legalitätsprinzip abgewichen werden kann: Die Aufgaben, zu deren Erfüllung das Pilotprojekt mit der Bearbeitung der besonderen Personendaten erforderlich sein soll, müssen daher, wie es § 9 Absatz 2 Buchstabe b IDG ganz generell vorschreibt, in einem Gesetz im formellen Sinne geregelt sein.
- **Verhinderung von Persönlichkeitsverletzungen (Buchstabe b):** Das Bearbeiten von besonderen Personendaten im Rahmen eines Pilotprojekts birgt erhöhte Risiken für die betroffenen Personen. Es sind daher besondere Anforderungen an die Schutzmassnahmen zu stellen, auch oder gerade wenn es sich erst um ein unter Umständen noch nicht rundum austariertes Projekt handelt. Zu denken ist an Massnahmen zur Sicherstellung der Informationsicherheit, aber auch Anforderungen an die Freiwilligkeit der Beteiligung von betroffenen Privatpersonen (ausdrückliche Einwilligung nach hinreichender Information). Der Regierungsrat hat die Massnahmen zur Verhinderung von Persönlichkeitsverletzungen in der Verordnung nach § 9a Absatz 3 IDG festzuhalten.
- **Zwingende Erforderlichkeit der Testphase (Buchstabe c):** Die Testphase und damit verbunden die «experimentelle Gesetzgebung» muss zwingend erforderlich sein, die temporäre «Aufweichung» des Legalitätsprinzips zugunsten dieser Vorgehensweise darf nicht leichthin stattfinden. § 9a Absatz 2 IDG konkretisiert sodann, wann eine Testphase zwingend erforderlich sein kann. Dass ein Pilotversuch zwingend erforderlich ist, ist bei der Vorlage des Vorhabens zur Vorabkontrolle (dazu sogleich) und im Antrag an den Regierungsrat zum Erlass der Verordnung nach § 9a Absatz 3 IDG zu belegen.

Mit der Bestimmung, dass bei einem solchen Pilotprojekt zwingend die Beurteilung der oder des Datenschutzbeauftragten im Rahmen einer Vorabkontrolle im Sinne von § 13 IDG – konkretisiert durch §§ 2-4 der Verordnung vom 9. August 2011 über die Information und den Datenschutz (Informations- und Datenschutzverordnung, IDV, SG 153.270) – einzuholen ist, wird dafür gesorgt, dass ein Projekt auch einer Beurteilung «von aussen» unterstellt wird. Die oder der Datenschutzbeauftragte hat insbesondere auch zu beurteilen, ob beim geplanten Vorhaben die Voraussetzungen von § 9a IDG erfüllt sind. Die Beurteilung erfolgt in Form einer Empfehlung nach § 46 IDG (§ 13 IDG). Eine solche Empfehlung hat keine unmittelbare Rechtswirkung außer der Pflicht des angesprochenen öffentlichen Organs, gegenüber der oder dem Datenschutzbeauftragten zu erklären, ob es der Empfehlung folgen will. Auf ein stärkeres Mittel – etwa die Regelung, dass ein Pilotversuch nur mit Zustimmung der oder des Datenschutzbeauftragten durchgeführt werden dürfte – wird aber bewusst verzichtet. Die Verantwortung für den Entscheid, ob und wie ein Pilotversuch gestartet werden soll, bleibt beim öffentlichen Organ (und dem Regierungsrat, der nach § 9a Absatz 3 die Rechtsgrundlage dafür schafft). Auch ist die Empfehlung der oder des Datenschutzbeauftragten nicht gänzlich ohne Wirkung: Wenn ein öffentliches Organ erklärt, der Empfehlung der oder des Datenschutzbeauftragten nicht folgen zu wollen, oder tatsächlich der Empfehlung nicht folgt, kann die oder der Datenschutzbeauftragte die Empfehlung oder Teile davon als Weisung in Form einer Verfügung erlassen, wenn a) die Empfehlung das Bearbeiten von Personendaten betrifft und b) das Interesse an der Durchsetzung schwer wiegt (§ 47 Absatz 1 IDG). Die Weisung kann vom öffentlichen Organ, an welches sie gerichtet ist, mit einem Rekurs nach den allgemeinen Vorschriften beim Appellationsgericht angefochten werden (§ 47 Absatz 5 IDG). Werden schutzwürdige Interessen offensichtlich gefährdet oder verletzt, so kann die oder der

Datenschutzbeauftragte ausserdem im Sinne einer vorsorglichen Massnahme anordnen, dass das öffentliche Organ die Bearbeitung bis zur erfolgten Überprüfung durch das Appellationsgericht einschränkt oder einstellt (§ 47 Absatz 4 IDG).

4.2 Absatz 2

² Die praktische Umsetzung einer Datenbearbeitung kann eine Testphase dann zwingend erfordern, wenn:

- a) die Erfüllung einer Aufgabe technische Neuerungen erfordert, deren Auswirkungen zunächst evaluiert werden müssen,
- b) die Erfüllung einer Aufgabe bedeutende organisatorische oder technische Massnahmen erfordert, deren Wirksamkeit zunächst geprüft werden muss, insbesondere bei der Zusammenarbeit mit öffentlichen Organen des Bundes und anderer Kantone und Privaten; oder
- c) sie die Übermittlung von besonderen Personendaten an Dritte mittels eines Abrufverfahrens erfordert.

§ 9a Absatz 2 IDG nennt abschliessend und alternativ die Kriterien, anhand welcher beurteilt werden kann, ob eine Testphase und damit die Bearbeitung der besonderen Personendaten vor der Schaffung der notwendigen formellgesetzlichen Grundlage zwingend erforderlich ist:

- **Evaluation technischer Neuerungen erforderlich (Buchstabe a):** Die Evaluation technischer Neuerungen im Rahmen eines Pilotprojekts kann beispielsweise angezeigt sein, wenn eine bestimmte Software noch nicht mit realen Daten genutzt werden konnte und nun *in realis* getestet werden soll, oder wenn neue Technologien für die Informationserfassung eingeführt werden sollen.
- **Wirksamkeitsprüfung organisatorischer oder technischer Massnahmen (Buchstabe b):** Die Erfüllung gesetzlicher Aufgaben kann die Zusammenarbeit mit diversen anderen kantonalen oder Bundesorganen sowie mit Privatpersonen erfordern. Aber auch ohne die Zusammenarbeit mit anderen Stellen ist es unabdingbar, Informationsflüsse und -bedürfnisse im Rahmen eines Projekts zu umschreiben und die Wirksamkeit der getroffenen Lösungen und Massnahmen zu evaluieren. Als Beispiel kann hier die Einführung der DNA-Datenbank des Bundes dienen; die Vielzahl der Beteiligten und die unterschiedlichsten Informationsflüsse erforderten einen höchst präzisen Definitionsprozess; dies nicht zuletzt, um den bestmöglichen Schutz der betroffenen Personen zu gewährleisten.
- **Einrichtung eines Abrufverfahrens (Buchstabe c):** Ein Abrufverfahren, d.h. der Online-Zugriff auf Daten, die bei einem kantonalen öffentlichen Organ vorhanden sind, kann beispielsweise anderen kantonalen Organen, Bundesorganen und/oder Privaten, unter Umständen auch grenzüberschreitend, ermöglicht werden. § 9a Absatz 2 Buchstabe c IDG öffnet mit dem Begriff «Dritte» bewusst ein breites Spektrum an Empfänger(inne)n der mittels Online-Zugriff übermittelten Daten – im Rahmen des Pilotversuchs sind dann aber diesbezüglich insbesondere zwei weitere Aspekte zu prüfen: Zum einen ist zu klären, ob der Einrichtung von Abrufverfahren gegenüber den bereits bestehenden Informationsabläufen tatsächlich den Vorzug zu gewähren ist, ob ein Online-Abrufverfahren also zur jeweiligen Aufgabenerfüllung tatsächlich geeignet und erforderlich ist. Zum anderen ist es unabdingbar, den Kreis derjenigen Personen zu erfassen, die zur Erfüllung ihrer jeweiligen gesetzlichen Aufgaben über eine Zugangsberechtigung verfügen müssen; zudem erlaubt es die Pilotphase auch, allenfalls bereits bestehende Zugangsberechtigungen zu evaluieren und entsprechende Anpassungen vorzunehmen.

Allen diesen Voraussetzungen ist gemeinsam, dass die Prüfung der Zweck- und der Verhältnismässigkeit des Projekts und damit die Evaluation, ob die geplante Bearbeitung der besonderen Personendaten mit den datenschutzrechtlichen Erfordernissen vereinbar ist, im Vordergrund ste-

hen muss. Wichtig – insbesondere auch für die folgende Evaluation (§ 9a Absatz 3 IDG) – ist, dass vorweg möglichst präzise festgelegt wird, was genau ausgetestet werden muss. Im Pilotbetrieb sollen ja genau die Erkenntnisse gewonnen werden, die für die Schaffung der notwendigen formellgesetzlichen Grundlage noch fehlen.

4.3 Absatz 3

³ Pilotprojekte sind auf maximal fünf Jahre zu befristen.

§ 9a Absatz 3 IDG stellt den experimentellen Charakter der Pilotprojekte in den Vordergrund. Pilotprojekte können höchstens fünf Jahre dauern. Wird ein Pilotprojekt auf weniger als fünf Jahre befristet, kann es nach einer Evaluation verlängert werden, bis die fünf Jahre erreicht sind. Vor Ablauf der fünfjährigen Frist ist das Pilotprojekt zu evaluieren, mit dem Ziel, dieses in ein reguläres Angebot zu überführen oder abzubrechen. Soll das Pilotprojekt in ein reguläres Angebot überführt werden, muss ein entsprechendes Gesetz in Kraft getreten sein, das mit hinreichender Bestimmtheit die notwendige formellgesetzliche Grundlage für das Personendatenbearbeiten umfasst.

4.4 Absatz 4

⁴ Der Regierungsrat regelt die Modalitäten der Datenbearbeitung in einer Verordnung.

Der Regierungsrat muss das eigentliche Pilotprojekt im Rahmen einer Verordnung präzise regeln, allein die Bewilligung des Regierungsrats nach § 9a Absatz 1 IDG genügt aus rechtstaatlicher Sicht nicht. Mit der Verordnung kann das Manko der formellgesetzlichen Grundlage für das Bearbeiten der besonderen Personendaten zumindest ansatzweise wettgemacht werden. Insbesondere ermöglicht die Regelung der Modalitäten der Datenbearbeitung in einer Verordnung nicht nur die Festlegung verbindlicher Massnahmen zum Schutz der vom Pilotprojekt betroffenen Personen, sondern schafft auch die für eine kritische Diskussion der Projekte erforderliche Transparenz.

5. Finanzielle Auswirkungen

Die vorliegend beantragte Einführung von § 9a IDG hat keine finanziellen Auswirkungen.

6. Regulierungsfolgeabschätzung (RFA)

Der RFA-Vortest zeigt keine eine Betroffenheit von KMU auf, weshalb auf eine Regulierungsfolgenabschätzung verzichtet werden kann.

7. Prüfung durch das FD und das JSD

Das Finanzdepartement hat das vorliegende Geschäft gemäss § 8 des Gesetzes über den kantonalen Finanzaushalt (Finanzaushaltsgesetz, FHG) vom 14. März 2012 (SG 610.100) geprüft. Ebenso hat das Justiz- und Sicherheitsdepartement die Vorlage im Hinblick auf die Aufnahme in die Gesetzessammlung geprüft. Da der kantonale Datenschutzbeauftragte an der Ausarbeitung der Gesetzesänderung beteiligt war, hat sich die Einholung seiner Stellungnahme nach § 44 lit. f IDG erübrigt.

8. Antrag

Gestützt auf unsere Ausführungen beantragen wir dem Grossen Rat die Annahme des nachstehenden Beschlussentwurfes.

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Dr. Carlo Conti
Vizepräsident



Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatschreiberin

Beilage

Entwurf Grossratsbeschluss

Grossratsbeschluss

Ratschlag betreffend Änderung des Gesetzes über die Information und den Datenschutz zwecks Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Bearbeitung von besonderen Personendaten im Rahmen von Pilotversuchen

(Änderung vom [Datum eingeben])

Der Grosse Rat des Kantons Basel-Stadt, nach Einsichtnahme in den Ausgabenbericht des Regierungsrates Nr. [Nummer eingeben] vom [Datum eingeben] und nach dem mündlichen Antrag der [Kommission eingeben] vom [Datum eingeben], beschliesst:

I.

Das Gesetz über die Information und den Datenschutz (Informations- und Datenschutzgesetz, IDG) wird wie folgt geändert:

Einfügung eines neuen §9a:

§ 9a Bearbeitung von besonderen Personendaten im Rahmen von Pilotversuchen

¹ Der Regierungsrat kann, nachdem er im Rahmen einer Vorabkontrolle nach § 13 die Beurteilung der oder des Datenschutzbeauftragten eingeholt hat, vor Wirksamwerden eines Gesetzes die Bearbeitung von besonderen Personendaten bewilligen, wenn:

- a) die Aufgaben, die diese Bearbeitung erforderlich machen, in einem Gesetz geregelt sind,
- b) ausreichende Massnahmen zur Verhinderung von Persönlichkeitsverletzungen getroffen werden und
- c) die praktische Umsetzung einer Datenbearbeitung eine Testphase vor dem Wirksamwerden des Gesetzes zwingend erfordert.

² Die praktische Umsetzung einer Datenbearbeitung kann eine Testphase dann zwingend erfordern, wenn:

- a) die Erfüllung einer Aufgabe technische Neuerungen erfordert, deren Auswirkungen zunächst evaluiert werden müssen,
- b) die Erfüllung einer Aufgabe bedeutende organisatorische oder technische Massnahmen erfordert, deren Wirksamkeit zunächst geprüft werden muss, insbesondere bei der Zusammenarbeit mit öffentlichen Organen des Bundes und anderer Kantone und Privaten; oder
- c) sie die Übermittlung von besonderen Personendaten an Dritte mittels eines Abrufverfahrens erfordert.

³ Pilotprojekte sind auf maximal fünf Jahre zu befristen.

⁴ Der Regierungsrat regelt die Modalitäten der Datenbearbeitung in einer Verordnung.

II.

Diese Änderung ist zu publizieren; sie unterliegt dem fakultativen Referendum und wird nach Eintritt der Rechtskraft sofort wirksam.