

Botschaft des Regierungsrates
an den Grossen Rat

B 171

**zum Entwurf von Änderungen
des Datenschutzgesetzes und
des Gesundheitsgesetzes**

Übersicht

Der Regierungsrat unterbreitet dem Grossen Rat den Entwurf von Änderungen des Datenschutzgesetzes und des Gesundheitsgesetzes. Die Änderungen sind aus zwei Gründen notwendig: Zum einen verlangen die bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft über die Assozierung mit Schengen/Dublin nach einem höheren Datenschutz-Standard. Begründet wird dies insbesondere mit dem Anschluss der Schweiz an das Schengener Informationssystem SIS – einer europaweiten Fahndungsdatenbank – und an die elektronische Datenbank «Eurodac» zur Erkennung von mehrfach gestellten Asylgesuchen. In diesem Zusammenhang müssen Bearbeitungen von Personendaten in weiten Bereichen den Datenschutzvorschriften der EU genügen. Gefordert wird unter anderem eine Vorabkontrolle durch die Datenschutz-Kontrollstelle bei besonders heiklen Bearbeitungen von Daten, die Möglichkeit, Entscheide im Bereich des Datenschutzes gerichtlich anzufechten, und die völlige Unabhängigkeit der Datenschutz-Kontrollstelle. Zum anderen wurden am 24. März 2006 das Bundesgesetz über den Datenschutz geändert und der Bundesbeschluss über den Beitritt der Schweiz zum Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitender Datenübermittlung angenommen. Dies hat ebenfalls Auswirkungen auf die Kantone. Sie werden verpflichtet, unabhängige Kontrollorgane einzuführen, denen namentlich eine Klagebefugnis oder die Befugnis, Rechtsverletzungen einer gerichtlichen Behörde zur Kenntnis zu bringen, zusteht. Das Datenschutzgesetz soll an diese Vorgaben angepasst werden. Zudem ist im Gesundheitsgesetz eine gesetzliche Grundlage für das Bearbeiten von besonders schützenswerten Personendaten durch den Kantsarzt oder die Kantsärztin im Rahmen der Beglaubigung von Bescheinigungen für die Ein- und Ausfuhr von Betäubungsmitteln durch kranke Reisende zu schaffen.

Der Regierungsrat des Kantons Luzern an den Grossen Rat

Sehr geehrte Frau Präsidentin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir unterbreiten Ihnen mit dieser Botschaft den Entwurf von Änderungen des Gesetzes über den Schutz von Personendaten (Datenschutzgesetz) und des Gesundheitsgesetzes.

I. Ausgangslage

1. Europäische Union

a. Bilaterale II

Am 26. Oktober 2004 schloss die Schweiz die bilateralen sektoriellen Abkommen mit der Europäischen Gemeinschaft über landwirtschaftliche Verarbeitungserzeugnisse, Statistik, Umwelt, Media, Pensionen, Schengen/Dublin, Betrugsbekämpfung und Zinsbesteuerung ab (sogenannte «Bilaterale II»; vgl. Botschaft des Bundesrates vom 1. Oktober 2004, BBI 2004 S. 5965 ff.). Die Umsetzungsgesetzgebung des Bundes wurde von den eidgenössischen Räten gleichzeitig mit dem Genehmigungsbeschluss zu den Abkommen verabschiedet. Die bilateralen Abkommen II können unabhängig voneinander in Kraft treten. Bislang sind das Abkommen über landwirtschaftliche Verarbeitungserzeugnisse (30. März 2005), das Abkommen über die Vermeidung der Doppelbesteuerung von ehemaligen EU-Beamten (31. Mai 2005) sowie das Abkommen über die Zinsbesteuerung (1. Juli 2005) in Kraft getreten.

b. Abkommen von Schengen/Dublin

Für den Datenschutz von besonderer Bedeutung sind die bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziiierung mit Schengen/Dublin (nachfolgend: Schengen/Dublin). An Schengen/Dublin sind alle EU-Mitgliedstaaten beteiligt, Grossbritannien und Irland allerdings nur in Teilbereichen. Mit Norwegen und Island nehmen auch zwei Nicht-EU-Mitgliedstaaten an Schengen/Dublin teil. Das Schweizer Stimmvolk stimmte am 5. Juni 2005 der Assoziiierung mit Schengen/Dublin zu. Die Assoziationsabkommen beschlagen Bereiche, welche innerstaatlich teilweise im Kompetenzbereich der Kantone liegen oder deren Vollzug den Kantonen obliegt. Neben dem Bund sind folglich auch die Kantone gefordert, die Abkommen rechtlich und organisatorisch umzusetzen.

Im Normalfall müssen völkerrechtliche Abkommen zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens in innerstaatliches Recht umgesetzt sein. Die Abkommen von Schengen/Dublin sehen hingegen ein spezielles Vorgehen zu ihrer Umsetzung und Weiterentwicklung vor. Dies hängt einerseits damit zusammen, dass sie kontinuierlich weiterentwickelt werden sollen und diese Änderungen von der Schweiz und damit auch von den Kantonen zu übernehmen sind. Andererseits wird Schengen/Dublin erst dann definitiv in Kraft gesetzt, wenn die Schweiz alle entsprechenden Bestimmungen des einschlägigen EU-Schengen-Acquis (Schengener Abkommen und die auf dieser Grundlage erlassenen Regelungen) ins innerstaatliche Recht übernommen hat. Die bisherigen Mitglieder des Schengen-Raums entscheiden, nach einer entsprechenden Kontrolle der korrekten Umsetzung aller einschlägigen Bestimmungen im Bund und in den Kantonen, durch einstimmigen Beschluss über die definitive Inkraftsetzung der Abkommen. Die Kontrollen sind in zwei Phasen aufgeteilt: In einer ersten Phase wird die Umsetzung der Vorgaben von Schengen/Dublin anhand von Fragekatalogen sowie der eingereichten Schengen-relevanten Gesetzgebung überprüft. Die zweite Phase umfasst Kontrollen vor Ort durch eine von der EU eingesetzte Kontrollgruppe, welche sich aus Juristinnen, Informatikern und Datenschutzbeauftragten der EU-Länder zusammensetzt.

Das Abkommen von Schengen sieht damit folgende Phasen bis zum definitiven Inkrafttreten vor:

1. Mitwirkung der Schweiz an der Weiterentwicklung des Schengen-Acquis ab Unterzeichnung des Abkommens im Oktober 2004.
2. Inkrafttreten der Abkommen nach Ratifizierung durch die Vertragsparteien.
3. Prüfung der korrekten und vollständigen Umsetzung des Abkommens von Schengen durch die bisherigen Schengen-Mitglieder.
4. Beschluss der Schengen-Mitglieder über die Inkraftsetzung des Abkommens in Bezug auf die Schweiz.

Kompliziert wird die Angelegenheit dadurch, dass die Schweiz sich nicht mehr am derzeit installierten Schengener Informationssystem SIS I beteiligen kann, sondern erst Anschluss an ein erweitertes System finden wird.

Nach dem heutigen Wissensstand sind die EU-Kontrollen über die Umsetzung des Abkommens durch die Schweiz nicht vor der zweiten Hälfte des Jahres 2007 zu erwarten. Mit einem Inkrafttreten der Abkommen für die Schweiz ist frühestens im Herbst 2008 zu rechnen.

Falls zum Beispiel der Kanton Luzern die Kontrollen nicht bestehen würde, bestünde das Risiko, dass der Schweiz eine weitere Frist zur Umsetzung gesetzt würde. Die Abkommen von Schengen/Dublin würden dann erst zu einem späteren Zeitpunkt in Kraft gesetzt, womit der Zugang zum erweiterten SIS ebenfalls erst später zustande käme.

c. Inhalt von Schengen/Dublin

Im Rahmen der Schengener Zusammenarbeit haben die teilnehmenden Staaten ihre Personenkontrollen an den Binnengrenzen aufgehoben und gleichzeitig zur Stärkung der inneren Sicherheit eine Reihe von Ausgleichsmassnahmen beschlossen. Dazu gehören die Verstärkung der Kontrollen an den Aussengrenzen des Schengener Raums, eine gemeinsame Visumspolitik für Kurzaufenthalte, die Verbesserung der Zusammenarbeit im Bereich der Rechtshilfe in Strafsachen sowie die Intensivierung der grenzüberschreitenden Polizeizusammenarbeit. Zu den wichtigsten Instrumenten der Zusammenarbeit zählt das Schengener Informationssystem SIS, eine europaweite Fahndungsdatenbank. Dieses System enthält heute über 12 Millionen Datensätze über gesuchte und vermisste Personen und über verschwundene Gegenstände wie Fahrzeuge oder Waffen. Es besteht aus einem Zentralrechner, der in Strassburg steht, an welchen die nationalen Schengener Informationssysteme (N-SIS) angehängt sind.

Die Dubliner Zusammenarbeit ist ein Element des europäischen Asylraums. Mit ihr soll sichergestellt werden, dass Asylsuchende im Dubliner Raum nur ein Asylgesuch stellen können. Das Abkommen von Dublin legt die Kriterien fest, gemäss denen der für die Behandlung eines Asylgesuches zuständige Staat bestimmt wird, und sorgt so für eine ausgewogene Verteilung der Asylsuchenden auf die Dublin-Staaten. Dank der elektronischen Datenbank «Eurodac» können mehrfach gestellte Asylgesuche erkannt werden (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 1. Oktober 2004, BB1 2004 S. 5968).

d. Auswirkungen von Schengen/Dublin auf die Gesetzgebung des Kantons

Die bedeutendsten Änderungen aufgrund der Abkommen von Schengen/Dublin sind im Bereich des Datenschutzes notwendig (vgl. dazu unsere Ausführungen in Kap. I.1.e unten). Zudem besteht ein Handlungsbedarf im Betäubungsmittelbereich. Artikel 75 des Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 (Schengener Durchführungsübereinkommen; SDÜ; Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften¹ Nr. L 239 vom 22. September 2000, S. 19 ff.) stellt den Grundsatz auf, dass kranke Reisende die im Rahmen einer ärztlichen Behandlung notwendigen Betäubungsmittel mit sich führen dürfen, soweit sie eine besondere Bescheinigung besitzen. Die Bescheinigung wird auf der Grundlage einer ärztlichen Verschreibung ausgestellt und muss durch eine kantonale Behörde beglaubigt werden (Art. 40a der Verordnung über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 29. Mai 1996 [BtmV; SR 812.121.1] in der Fassung des Entwurfs für die Anhörung vom 9. Januar 2006). In der Vollzugsverordnung zum Bundesgesetz über die Betäubungsmittel vom 27. Dezember 1976 (SRL Nr. 833) muss die für

¹ <http://eur-lex.eu>

die Beglaubigung der Bescheinigungen zuständige kantonale Behörde bezeichnet werden. Es ist vorgesehen, die Kompetenzen der Kantonsärztin oder des Kantonsarztes entsprechend zu ergänzen. Ausserdem besteht im Bereich des Waffenwesens ein geringer Anpassungsbedarf bei der Vollzugsverordnung zum Bundesgesetz über Waffen, Waffenzubehör und Munition vom 15. Dezember 1998 (SRL Nr. 976). Dort muss insbesondere die Meldestelle für die Übertragung von Waffen ohne Waffenerwerbs-schein bezeichnet werden.

e. Auswirkungen auf das Datenschutzrecht

Im Rahmen der Assoziiierung der Schweiz mit Schengen/Dublin muss jede Bearbeitung von Personendaten, die unter den sogenannten ersten Pfeiler der EU fällt, den Anforderungen der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (EU-Datenschutzrichtlinie; EU-DSRL; Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Nr. L 281 vom 23. November 1995, S. 31 ff.) genügen (vgl. dazu Botschaft des Bundesrates vom 1. Oktober 2004, BBI 2004 S. 6108). Unter den ersten Pfeiler fallen Grenzkontrollen, Visa, Feuerwaffen, teilweise Betäubungsmittel und Asyl. Anders als beim ersten Pfeiler der EU gelangt die EU-Datenschutzrichtlinie im Bereich des dritten Pfeilers der EU, das heisst bei der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit, nicht unmittelbar zur Anwendung. Hier enthält das Schengener Durchführungsübereinkommen selber die spezifischen, direkt anwendbaren Schutzvorschriften über die Datenbearbeitungen im Zusammenhang mit dem SIS und ausserhalb des SIS. Das Luzerner Gesetz über den Schutz von Personendaten (Datenschutzgesetz) vom 2. Juli 1990 (DSG-LU; SRL Nr. 38) muss an diese europäischen Grundlagen angepasst werden, soweit das kantonale Recht die persönlichen Daten nicht bereits im selben Ausmass schützt.

Die EU-Datenschutzrichtlinie enthält Vorschriften, die über das im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende schweizerische und in den meisten Fällen auch kantonale Datenschutzrecht hinausgehen (Frank Seethaler, in: Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Basel 2006, N 84 zur Entstehungsgeschichte des DSG). Insbesondere die Regelung von Artikel 28 der EU-Datenschutzrichtlinie über die Datenschutz-Kontrollstelle hat Auswirkungen auf die kantonale Datenschutzgesetzgebung. Sie lautet wie folgt:

«Artikel 28

Kontrollstelle

(1) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass eine oder mehrere öffentliche Stellen beauftragt werden, die Anwendung der von den Mitgliedstaaten zur Umsetzung dieser Richtlinie erlassenen einzelstaatlichen Vorschriften in ihrem Hoheitsgebiet zu überwachen.

Diese Stellen nehmen die ihnen zugewiesenen Aufgaben in völliger Unabhängigkeit wahr.

(2) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass die Kontrollstellen bei der Ausarbeitung von Rechtsverordnungen oder Verwaltungsvorschriften bezüglich des Schutzes der Rechte und Freiheiten von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten angehört werden.

(3) Jede Kontrollstelle verfügt insbesondere über:

- Untersuchungsbefugnisse, wie das Recht auf Zugang zu Daten, die Gegenstand von Verarbeitungen sind, und das Recht auf Einholung aller für die Erfüllung ihres Kontrollauftrags erforderlichen Informationen;
- wirksame Einwirkungsbefugnisse, wie beispielsweise die Möglichkeit, im Einklang mit Artikel 20 vor der Durchführung der Verarbeitungen Stellungnahmen abzugeben und für eine geeignete Veröffentlichung der Stellungnahmen zu sorgen, oder die Befugnis, die Sperrung, Löschung oder Vernichtung von Daten oder das vorläufige oder endgültige Verbot einer Verarbeitung anzuordnen, oder die Befugnis, eine Verwarnung oder eine Ermahnung an den für die Verarbeitung Verantwortlichen zu richten oder die Parlamente oder andere politische Institutionen zu befassen;
- das Klagerecht oder eine Anzeigebefugnis bei Verstößen gegen die einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung dieser Richtlinie.

Gegen beschwerende Entscheidungen der Kontrollstelle steht der Rechtsweg offen.

(4) Jede Person oder ein sie vertretender Verband kann sich zum Schutz der die Person betreffenden Rechte und Freiheiten bei der Verarbeitung personenbezogener Daten an jede Kontrollstelle mit einer Eingabe wenden. Die betroffene Person ist darüber zu informieren, wie mit der Eingabe verfahren wurde.

Jede Kontrollstelle kann insbesondere von jeder Person mit dem Antrag befasst werden, die Rechtmässigkeit einer Verarbeitung zu überprüfen, wenn einzelstaatliche Vorschriften gemäss Artikel 13 Anwendung finden. Die Person ist unter allen Umständen darüber zu unterrichten, dass eine Überprüfung stattgefunden hat.

(5) Jede Kontrollstelle legt regelmässig einen Bericht über ihre Tätigkeit vor. Dieser Bericht wird veröffentlicht.

(6) Jede Kontrollstelle ist im Hoheitsgebiet ihres Mitgliedstaats für die Ausübung der ihr gemäss Absatz 3 übertragenen Befugnisse zuständig, unabhängig vom einzelstaatlichen Recht, das auf die jeweilige Verarbeitung anwendbar ist. Jede Kontrollstelle kann von einer Kontrollstelle eines anderen Mitgliedstaats um die Ausübung ihrer Befugnisse ersucht werden.

Die Kontrollstellen sorgen für die zur Erfüllung ihrer Kontrollaufgaben notwendige gegenseitige Zusammenarbeit, insbesondere durch den Austausch sachdienlicher Informationen.

(7) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass die Mitglieder und Bediensteten der Kontrollstellen hinsichtlich der vertraulichen Informationen, zu denen sie Zugang haben, dem Berufsgeheimnis, auch nach Ausscheiden aus dem Dienst, unterliegen.»

Auch für die Datenbearbeitung in den Bereichen des dritten Pfeilers gilt grundsätzlich, dass die Datenübermittlung erst beginnen kann, wenn unabhängige Kontrollinstanzen eingerichtet sind (Art. 126 SDÜ).

2. Bund

Die eidgenössischen Räte haben am 24. März 2006 die Revision des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992 (SR 235.1; BBl 2006 S. 3547 ff.) verabschiedet sowie den Bundesbeschluss über den Beitritt der Schweiz zum Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Übereinkommen des Europarates zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Übermittlung (nachfolgend: Zusatzprotokoll; abgedruckt in: BBl 2003 S. 2167 ff.) angenommen. Ziel dieser Änderung war nicht primär eine Anpassung des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG; SR 235.1) an die Vorgaben von Schengen/Dublin. Auslöser für die Revision waren vielmehr in den Jahren 1999 und 2000 von den eidgenössischen Räten angenommene Motionen, die einerseits eine Verstärkung der Transparenz beim Beschaffen von Daten und andererseits eine formelle gesetzliche Grundlage für Online-Verbindungen zu Datenbanken des Bundes sowie einen Mindestschutz bei der Bearbeitung von Daten durch die Kantone beim Vollzug von Bundesrecht verlangten. Im Zug dieser Revision wurden einige Bestimmungen des Bundesgesetzes angepasst, damit die Schweiz dem oben erwähnten Zusatzprotokoll beitreten konnte.

Die Gesetzesänderung sieht für Datenbearbeiter die Verpflichtung zur aktiven Information der betroffenen Personen vor, wenn besonders schützenswerte Daten und Persönlichkeitsprofile beschafft werden. Bei Personendaten, die nicht besonders schützenswert sind und auch kein Persönlichkeitsprofil darstellen, muss für die betroffenen Personen zumindest erkennbar sein, dass Daten beschafft werden. Die Revision umfasst außerdem gewisse Änderungen hinsichtlich der Pflicht zur Meldung von Datensammlungen, und sie stärkt die Position von Personen, die sich einer Bearbeitung der sie betreffenden Daten widersetzen. Sie legt außerdem die Mindestanforderungen fest, denen die Kantone im Bereich des Datenschutzes genügen müssen, wenn sie Bundesrecht vollziehen, und sie verstärkt die Kontrollmöglichkeiten, wenn beim Vollzug von Bundesrecht Personendaten bearbeitet werden.

Mit dem Ziel einer Anpassung des DSG an das Zusatzprotokoll werden zudem die Kriterien für eine rechtmässige grenzüberschreitende Bekanntgabe von Daten festgelegt, und dem Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten wird ein Beschwerderecht im Rahmen der Aufsicht über Bundesorgane zugestanden. Weiter sind gewisse Bestimmungen des Bundesgesetzes fortan im Rahmen des Vollzugs von Bundesrecht durch kantonale Organe nicht nur dann subsidiär anwendbar, wenn keine kantonalen Datenschitzvorschriften bestehen, sondern auch dann, wenn solche Vorschriften keinen angemessenen Schutz gewährleisten. Angemessen ist der Schutz dann, wenn er die Anforderungen erfüllt, die sich aus dem Europaratsübereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 28. Januar 1981 (nachfolgend: Europaratsübereinkommen STE Nr. 108; SR 0.235.1) und dem Zusatzprotokoll ergibt.

Zum jetzigen Zeitpunkt ist eine Inkraftsetzung der Revision per 1. März 2007 vorgesehen. Das Zusatzprotokoll dürfte für die Schweiz am 1. April 2008 in Kraft treten.

Aus der beschriebenen Gesetzesänderung ergibt sich beim kantonalen Recht insbesondere bezüglich der Beschwerdelegitimation des Beauftragten für den Datenschutz und der grenzüberschreitenden Bekanntgabe von Daten ein Handlungsbedarf.

II. Vorgehen bei der Anpassung des kantonalen Rechts

Auf interkantonaler Ebene haben die Plenarversammlungen der Konferenz der Kantsregierungen (KdK) und der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren und -direktoren (KKJPD) am 1. Oktober 2004 beziehungsweise am 7. April 2005 Konzepte zur Mitwirkung der Kantone bei der Weiterentwicklung und bei der Umsetzung der Abkommen von Schengen und Dublin beschlossen. Das Generalsekretariat der KKJPD übernahm die Funktion der interkantonalen Kontrollstelle, die den Stand der Umsetzung in den Kantonen prüft, entsprechende Meldungen an den Bund verfasst und Informationen des Bundes an die Kantone weiterleitet. Am 8. November 2004 wurden die Kantone dazu eingeladen, Ansprechpartner auf technischer und politischer Ebene zu benennen, welche den Informationsfluss zwischen KKJPD/KdK und den einzelnen Kantonen sowie die rechtzeitige Beschlussfassung innerhalb der einzelnen Kantone sicherstellen sollen. Im Kanton Luzern wurde zur Umsetzung der Vorgaben von Schengen/Dublin eine Arbeitsgruppe mit je einer Vertretung des Amtes für Migration, der Kantonspolizei, der Staatsanwaltschaft und des Rechtsdienstes des Justiz- und Sicherheitsdepartementes gebildet. Zudem liess die KdK durch Dr. Beat Rudin eine Wegleitung zur Umsetzung von Schengen/Dublin in den Kantonen ausarbeiten (Rudin, Umsetzung Schengen/Dublin in den Kantonen: im Auftrag der KdK erstellte Datenschutz-Wegleitung, Basel 2006; nachfolgend: Wegleitung). Die Vernehmlassungsvorlage wurde in Zusammenarbeit mit dem kantonalen Datenschutzbeauftragten ausgearbeitet.

Ein Ausschuss der Zentralschweizer Regierungskonferenz (ZRK) beantragte im Herbst 2006 den Zentralschweizer Regierungen den Start eines Projektes mit dem Ziel, auf der Basis einer Verwaltungsvereinbarung eine Zusammenarbeit in der Datenschutzaufsicht zu institutionalisieren. Die einzelnen Kantsregierungen wurden eingeladen, bis Ende November 2006 zum Vorhaben Stellung zu nehmen. Im Kanton Luzern ist der Datenschutz gut organisiert und eingeführt. Wir lehnten deshalb das Projekt ab, weil es für den Kanton Luzern keine erkennbaren Vorteile hat.

III. Vernehmlassungsverfahren

Am 30. August 2006 haben wir den Entwurf einer Änderung des Datenschutzgesetzes bis zum 31. Oktober 2006 in die Vernehmlassung gegeben. Zur Vernehmlassung wurden alle im Grossen Rat vertretenen politischen Parteien, der Verband Luzerner Gemeinden (VLG), das Obergericht und das Verwaltungsgericht, die Departemente sowie die Staatskanzlei, der kantonale Datenschutzbeauftragte, die Kantonspolizei und das Amt für Migration eingeladen.

In den 16 eingegangenen Vernehmlassungsantworten wurde die grundsätzliche Notwendigkeit der Anpassung des kantonalen Rechts an die Abkommen von Schengen/Dublin durchwegs anerkannt. Eine grosse Anzahl von Vernehmlassern legte

Wert darauf, dass der vorhandene Spielraum bei der Anpassung des kantonalen Rechts an das EU-Recht ausgenützt wird. So verlangten die Christlichdemokratische Volkspartei (CVP), die Freisinnig-Demokratische Partei (FDP) und die Schweizerische Volkspartei (SVP) sowie das Bau-, Umwelt- und Wirtschaftsdepartement, dass nur das absolute Minimum umgesetzt werde. Dieses Anliegen wurde berücksichtigt, so insbesondere bei der Frage einer direkten Anordnungsbefugnis des Beauftragten für den Datenschutz. Hier hat man sich – wie dies die FDP und das Finanzdepartement ausdrücklich anregten – dafür entschieden, dass die Anordnungen des Beauftragten lediglich Empfehlungscharakter haben sollen und er sich bei Nichtbefolgung dieser Anordnungen an ein Gericht wenden können soll (vgl. § 24 Abs. 4 in Verbindung mit § 21 Abs. 2 des Entwurfs). Diese Lösung sehen auch der Bund und die Kantone Aargau und Zürich vor. In der Vernehmlassungsvorlage war noch eine direkte Anordnungsbefugnis des Beauftragten für den Datenschutz enthalten. Das Grüne Bündnis (GB) begrüsste ausdrücklich die Stärkung der Unabhängigkeit der Kontrollstelle. Zudem sprach es sich für die Unterstellung aller verwaltunginternen Verfahren unter das DSG-LU und für einen Genehmigungsvorbehalt der Wahl des Beauftragten für den Datenschutz durch das Parlament aus. Diese Anliegen wurden nicht berücksichtigt, da sich eine Mehrzahl der Vernehmlasser dafür aussprach, nur das notwendige Minimum an Anpassungen vorzunehmen. Die Sozialdemokratische Partei (SP) begrüsste insbesondere das eigene Budget des Beauftragten für den Datenschutz und die feste Amtsdauer von vier Jahren – zwei Elemente, die in der Vernehmlassungsvorlage noch enthalten waren. Im vorliegenden Entwurf verzichten wir jedoch auf diese beiden Elemente. Wir verweisen dazu auf unsere Ausführungen in Kapitel IV.4. Darüber hinaus forderte die SP die Wahl des Datenschutzbeauftragten durch das Parlament. Dieses Anliegen wurde nicht berücksichtigt, da sich die Mehrheit der Vernehmlasser gegen weiter gehende Änderungen aussprach.

Auf weitere inhaltliche Vorbringen wird in den folgenden Erläuterungen näher eingegangen. Alle in den Stellungnahmen gemachten Vorschläge wurden sorgfältig geprüft und führten, soweit sie als stichhaltig erachtet wurden, zu einer Überarbeitung des Änderungsentwurfs.

IV. Inhalt der Revision des Datenschutzgesetzes

1. Allgemeines

Im jeweiligen Kompetenzbereich müssen die massgebenden internationalen Erlasses (EU-DSRL, SDÜ, Europaratsübereinkommen STE Nr. 108 und Zusatzprotokoll) auch von den Kantonen angewendet werden, womit die Kantone ein gleichwertiges Schutzniveau wie dasjenige der erwähnten Erlasses gewährleisten müssen. Nach schweizerischem Recht versteht man unter gleichwertigem Datenschutz, dass die in Frage stehenden Regelungen einander in ihrer Gesamtheit entsprechen (BBl 2004 S. 6241). In der Folge werden die wesentlichen Punkte der vorgeschlagenen Revision erläutert.

2. Geltungsbereich

Die im Auftrag der KdK erstellte Wegleitung hält in Ziffer 2.4 zum Geltungsbereich der Datenschutzgesetze Folgendes fest: «Es ist zulässig, eine Ausnahme für hängige Verfahren der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit vorzusehen, wenn die dadurch zur Anwendung gelangende Prozessordnung die nötigen Regelungen (insbesondere zur Beschaffung und Bekanntgabe von Personendaten sowie zu den Rechten der betroffenen Personen und zur Aufsicht) enthält (...). Auf keinen Fall kann das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren aus dem Geltungsbereich ausgenommen werden; auch das verwaltungsinterne Rekursverfahren (Rekursinstanz Departement/Direktion oder Exekutive) rechtfertigt eine Ausnahme nicht.»

Auf Bundesebene ist der Geltungsbereich des Bundesgesetzes über den Datenschutz zwar weiter gefasst als derjenige des kantonalen Datenschutzgesetzes, er geht aber nicht so weit, wie von der Wegleitung gefordert. Gemäss Artikel 2 Absatz 2c DSG ist das Bundesgesetz über den Datenschutz nicht anwendbar auf hängige Zivilprozesse, Strafverfahren, Verfahren der internationalen Rechtshilfe sowie staats- und verwaltungsrechtliche Verfahren mit Ausnahme erstinstanzlicher Verwaltungsverfahren. Das kantonale Datenschutzgesetz wird nicht angewendet auf hängige Verfahren der Zivil- und Strafrechtspflege sowie hängige, durch Entscheid zu erledigende Verwaltungssachen (§ 3 Abs. 2a DSG-LU). Mit der Regelung im DSG ist im Bund für den Schutz von Personendaten bei der verwaltungsinternen Rechtspflege das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) massgebend, wogegen bei erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren, welche ebenfalls in den Geltungsbereich des VwVG fallen, das DSG massgebend ist. Der Bundesgesetzgeber wollte offensichtlich den Geltungsbereich des DSG nicht allzu stark einschränken. Die Botschaft des Bundesrates zum DSG hält dazu Folgendes fest: «Weil praktisch ausnahmslos alle Verwaltungstätigkeiten durch Verfügungen erledigt werden, könnten sich die Bundesorgane den Pflichten des DSG entziehen, und die betroffenen Personen wären gänzlich schutzlos» (BBI 1988 II S. 443 f.).

Da sich das Schutzniveau des kantonalen Datenschutzgesetzes aus der Gesamtheit der Regelungen ergibt und sich die vorgeschlagene Änderung im Bereich der Unabhängigkeit der Kontrollstelle an der Bundeslösung orientiert, ist es angebracht, sich beim Geltungsbereich ebenfalls am Bundesrecht zu orientieren. Ansonsten würde das Schutzniveau des kantonalen Datenschutzes zu tief ausfallen. Es ist aber kein Grund ersichtlich, weshalb man über die Lösung des Bundes hinaus gehen und damit die verwaltungsinterne Rechtspflege ebenfalls unter das Datenschutzgesetz stellen müsste. Schliesslich ist das Vorgehen einer Verwaltungsbehörde bei der Behandlung beispielsweise einer Verwaltungsbeschwerde (vgl. dazu §§ 142 ff. des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 3. Juli 1972 [VRG; SRL Nr. 40]) dem Vorgehen des Verwaltungsgerichtes bei der Behandlung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde (vgl. dazu §§ 148 ff. VRG) sehr ähnlich. Der Schutz der Personendaten ist in beiden Fällen durch das VRG genügend gewährleistet.

Damit soll die Regelung des Geltungsbereiches in diesem Punkt an die Bundesregelung angeglichen werden, wodurch auch das Schutzniveau des Datenschutzgesetzes angehoben wird. Fortan sollen nur mehr hängige verwaltungsrechtliche Verfahren, mit Ausnahme von erstinstanzlichen Verfahren, nicht unter das Datenschutzgesetz fallen.

3. Befugnisse des Beauftragten für den Datenschutz

Gemäss Artikel 1 Ziffer 2a des Zusatzprotokolls und Artikel 28 Absatz 3 der EU-Datenschutzrichtlinie muss das Kontrollorgan über umfassende Untersuchungsbefugnisse, wirksame Einwirkungsbefugnisse und eine Klage- oder Anzeigebefugnis bei Verstössen gegen das Datenschutzgesetz verfügen.

Unter dem Titel umfassende Untersuchungsbefugnisse sind die Befugnisse, ungethut allfälliger Geheimhaltungspflichten Ermittlungen durchzuführen, alle für die Erfüllung des Kontrollauftrages erforderlichen Informationen über Datenbearbeitungen einzuholen, Einsicht in alle Unterlagen zu nehmen, Besichtigungen durchzuführen und sich Bearbeitungen vorführen zu lassen, zu nennen (Wegleitung, Ziff. 7.3.a). Das Datenschutzgesetz in der geltenden Fassung gesteht dem Beauftragten für den Datenschutz die genannten Untersuchungsbefugnisse in genügender Weise zu (§ 24 Abs. 2 DSG-LU).

Es gibt keine Vorschrift über einen Minimalsatz an Einwirkungsbefugnissen. Es ist erforderlich, dass das Kontrollorgan mit den gesetzlich festgelegten Einwirkungsbefugnissen in ihrer Gesamtheit tatsächlich Wirksamkeit entfalten kann. Als Beispiele werden in der Literatur die Befugnis zur Vorabkontrolle von heiklen Datenbearbeitungen, zur Anordnung der Sperrung, Löschung oder Vernichtung von Daten oder des vorläufigen oder endgültigen Verbots einer Datenbearbeitung, zur Verwarnung oder Ermahnung der Verantwortlichen oder die Möglichkeit, an das Parlament oder eine andere politische Institution zu gelangen, genannt (Wegleitung, Ziff. 7.3b; René Huber, in: Basler Kommentar zum DSG, N 27 zu Vorbemerkungen zum 5. Abschnitt). Die Befugnis zur Vorabkontrolle von heiklen Datenbearbeitungen fehlt im Datenschutzgesetz des Kantons Luzern. Sie ist zu ergänzen. Der Beauftragte für den Datenschutz kann gemäss § 24 Absatz 3 DSG-LU in der geltenden Fassung zwar die jeweiligen Behörden auffordern, Daten zu sperren, zu löschen oder zu vernichten sowie andere oben angeführte Massnahmen zu treffen. Diese Aufforderung hat aber lediglich Empfehlungscharakter. Ebenfalls nur rechtlich unverbindliche Empfehlungen abgeben konnte bis anhin der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte (vgl. Art. 27 Abs. 4 DSG). Im Rahmen der Änderung des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 24. März 2006 wurde nun aber Artikel 27 DSG dahingehend geändert, dass bei Ablehnung einer Empfehlung die Angelegenheit durch den Beauftragten dem Departement oder der Bundeskanzlei zum Entscheid vorgelegt werden kann. Der Entscheid wird den betroffenen Personen neu in Form einer Verfügung mitgeteilt, bezüglich welcher der Beauftragte berechtigt ist, Beschwerde zu führen (Art. 27 Abs. 5 und 6 DSG in der geänderten Fassung). Dadurch wird die Wirksamkeit der Einwirkungsbefugnisse gesteigert. Im kantonalen Datenschutzgesetz sollen die Einwirkungsbefugnisse des Datenschutzbeauftragten ebenfalls an die europäischen Normen angeglichen werden. Zu diesem Zweck haben Behörden, welche eine Aufforderung des Beauftragten nicht befolgen wollen, fortan einen Entscheid zu erlassen, welcher vom Beauftragten angefochten werden kann.

Es stellt sich weiter die Frage, ob es im Rahmen der Umsetzung von Schengen/Dublin nötig ist, dem Beauftragten für den Datenschutz ein Beschwerderecht oder eine Anzeigebefugnis zu übertragen. Das schweizerische Rechtssystem

kennt – mit Ausnahme des Strafprozesses – die private oder behördliche Anzeige im Rahmen eines Gerichtsverfahrens nicht. Im Fall eines Strafprozesses wird das Verfahren in der Regel von der Staatsanwältin oder dem Staatsanwalt geleitet, und der Anzeigende ist nicht Partei, sofern er nicht als Privatkläger auftritt. In einem Gerichtsverfahren greift die Gerichtsbehörde nur ein, wenn sich eine Privatperson oder eine Behörde mit einer Klage oder einer Beschwerde an sie wendet. Die klage- oder beschwerdeführende Person ist im Verfahren Partei. In diesem System ist es nicht angebracht, dem Beauftragten die Befugnis zu erteilen, Verstöße gegen den Datenschutz der zuständigen Behörde zur Kenntnis zu bringen, ohne ihm Parteistellung einzuräumen (vgl. dazu auch BBI 2004 S. 6247). Um den Anforderungen insbesondere der EU-Datenschutzrichtlinie zu genügen, ist es folglich einfacher, ein Beschwerderecht gegen Entscheide, welche in Anwendung des DSG-LU ergangen sind, vorzusehen. Der Bund hat dasselbe Vorgehen gewählt (vgl. BBI 2004 S. 7154 und 7159).

4. Unabhängigkeit des Beauftragten für den Datenschutz

Artikel 28 der EU-Datenschutzrichtlinie schreibt ein Kontrollorgan vor, welches seine Aufgaben in «völliger Unabhängigkeit» wahrnimmt. Das ebenfalls massgebende Europaratsübereinkommen STE Nr. 108 verlangt, dass Datenbearbeitungen durch eine unabhängige Kontrollinstanz überwacht werden müssen.

Zur Gewährleistung der völligen Unabhängigkeit des Datenschutz-Kontrollorgans werden in der Literatur (Wegleitung S. 23 f.; René Huber, in: Basler Kommentar zum DSG, N 24 ff. zu Vorbemerkungen vor 5. Abschnitt) folgende Punkte angeführt:

1. Eigenes Budget, welches vom Kontrollorgan erstellt und ohne Regierungsintervention dem Parlament zum Entscheid vorgelegt wird.
2. a. Wahl durch das Parlament auf eine Amtsduer von vier bis sechs Jahren,
b. Wahl durch die Exekutive auf eine Amtsduer von sechs bis acht Jahren mit Vorbehalt der Genehmigung durch das Parlament oder
c. Wahl durch die Exekutive auf eine Amtsduer von acht Jahren.
3. Anstellungsverhältnis, welches nur unter erschwerten Bedingungen aufgelöst werden kann.
4. Administrative Zuordnung zum Parlament oder zur Bundes- beziehungsweise Staatskanzlei.

Der Bund hat mit der Änderung des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 24. März 2006 den Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten neu der Bundeskanzlei (bisher: Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement) zugeordnet und ihm ein eigenes Budget zugesichert. Er wird aber nach wie vor vom Bundesrat auf unbestimmte Amtsduer gewählt.

Wir erachten für die Unabhängigkeit die administrative Zuordnung des Beauftragten für den Datenschutz zur Staatskanzlei als zentral. Hingegen sehen wir von einem eigenen Budget ab, weil dem Parlament ohnehin die Budgetkompetenz zukommt. Zur Gewährleistung der Unabhängigkeit des Beauftragten muss ihm aber

zumindest die Gelegenheit eingeräumt werden, sich vor der das Budget vorberatenden Kommission des Grossen Rates äussern zu können. Das Anstellungsverhältnis kann bereits nach geltendem Recht im Vergleich zu einem privatrechtlichen Anstellungsverhältnis nur unter erschwerten Bedingungen aufgelöst werden, ist doch für dessen Auflösung in der Regel ein begründeter Entscheid erforderlich. Aus diesem Grund wird auf eine Änderung des Wahlverfahrens verzichtet. Mit der vorgeschlagenen Regelung orientiert sich der Kanton Luzern an der Minimallösung des Bundes, mit Ausnahme des eigenen Budgets. Es ist somit von zentraler Bedeutung, dass in anderen Bereichen – beispielsweise dem Geltungsbereich – das Schutzniveau des Bundesgesetzes über den Datenschutz nicht unterschritten wird. Der kantonale Datenschutzbeauftragte sprach sich gegen den Verzicht auf die beiden Elemente eigenes Budget und feste Amtsdauer aus.

V. Finanzielle und personelle Auswirkungen

Die personellen Ressourcen des Beauftragten für den Datenschutz betragen seit dem 1. Januar 2005 90 Stellenprozente (bis 31. Dezember 2004: 140 Stellenprozente). Der Beauftragte teilt in seinen jährlichen Tätigkeitsberichten regelmässig mit, dass er mit seiner jetzigen Dotierung nicht in der Lage ist, sämtliche seiner gesetzlichen Aufgaben wahrzunehmen.

Die finanziellen und personellen Auswirkungen der vorliegenden Revision sind im Moment schwierig abzuschätzen. Die Befugnisse des Beauftragten für den Datenschutz werden mit dem Revisionsentwurf geringfügig erweitert. Dies führt vor allem im Bereich der Prüfungen von polizeilichen SIS-Abfragen zu einem Mehraufwand. Zu zusätzlichen Beschwerdeverfahren könnte die Beschwerdebefugnis des Beauftragten führen. Da es sich bei diesen zusätzlichen Befugnissen des Beauftragten hauptsächlich um Massnahmen im Sinn einer Ultima Ratio handelt, dürfte es sich bei den so ausgelösten Beschwerdeverfahren nur um wenige Einzelfälle handeln. Diesem Mehraufwand steht als Nutzen gegenüber, dass allfälligen widerrechtlichen Datenbearbeitungen früher Einhalt geboten werden kann und so Imageschäden für die kantonale Verwaltung verhindert werden können.

Eine geringfügige Erweiterung der personellen Ressourcen für die Belange des Datenschutzes ist nicht auszuschliessen. Die SP des Kantons Luzern fordert die Dotierung der Stelle des Datenschutzbeauftragten mit 100 Stellenprozenten, der Beauftragte hält eine Aufstockung auf 140 Stellenprozente (Stand vor dem 1. Januar 2005) für notwendig, damit er die gesetzlichen Aufgaben wahrnehmen kann. Die Frage einer Pensenaufstockung ist mit dem Voranschlag für das Jahr 2008 oder das Jahr 2009 zu entscheiden.

VI. Die einzelnen Bestimmungen

1. Datenschutzgesetz

§ 3

Absatz 1 regelt den Geltungsbereich des Datenschutzgesetzes. Absatz 2 nennt eine Anzahl Bereiche, auf die das Datenschutzgesetz keine Anwendung findet. Einen davon stellen hängige Verfahren dar. Bis anhin wurde das Datenschutzgesetz auf hängige Verfahren der Zivil- und Strafrechtspflege sowie sämtliche hängige, durch Entscheid zu erledigende Verwaltungssachen nicht angewendet. Der Regierungsrat begründete dies in der entsprechenden Botschaft damit, dass das VRG den Datenschutz eigenständig regle. Der Schutz der erhobenen Personendaten werde, ausser durch das Verfahrensrecht, auch durch die Amtsverschwiegenheit gewährleistet. In aller Regel handle es sich um Personendaten, die ihrer besonderen Natur nach geheim zu halten seien (Botschaft des Regierungsrates zum Entwurf eines Gesetzes über den Schutz von Personendaten vom 16. Mai 1989, in: Verhandlungen des Grossen Rates [GR] 1989 S. 715 f.).

Unter den Begriff des verwaltungsrechtlichen Verfahrens fallen die Verwaltungsgerichtsbarkeit vor dem Verwaltungsgericht, die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege und erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, welche mit Entscheid erledigt werden. Neu sollen erstinstanzliche Verwaltungsverfahren unter den Geltungsbereich des Datenschutzgesetzes fallen, wogegen das Datenschutzgesetz auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit und die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege nach wie vor nicht angewendet werden soll. Damit wird für die erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren eine Ausnahme von der Ausnahme statuiert. Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren umfasst die Vorbereitung und den Erlass von Verfügungen durch eine Verwaltungsbehörde in einer Verwaltungssache, welche in derselben Weise noch nie geregelt wurde. Nicht unter den Begriff der erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren fallen erstinstanzliche verwaltungsgerichtliche Verfahren, für welche das Datenschutzgesetz nicht angewendet werden soll. Die verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege ist das Verfahren, in dem eine Verwaltungsbehörde über die Erledigung einer verwaltungsrechtlichen Streitigkeit entscheidet. Die entscheidende Behörde ist Teil der hierarchisch aufgebauten Verwaltungsorganisation (Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, N 1735). Darunter fällt auch das Einspracheverfahren. Im Übrigen verweisen wir auf unsere Ausführungen in Kapitel IV.2.

§ 7

Artikel 7 des Europaratsübereinkommens STE Nr. 108 und Artikel 17 der EU-Datenschutzrichtlinie verlangen, dass die Datenschutzgesetze die Gewährleistung der Datensicherheit mittels angemessener technischer und organisatorischer Massnahmen ausdrücklich festhalten. Absatz 1 wird in diesem Sinn ergänzt.

§ 12a

Gemäss Artikel 2 des Zusatzprotokolls und Artikel 25 der EU-Datenschutzrichtlinie ist im Gesetz festzuhalten, dass die grenzüberschreitende Übermittlung von Personendaten an Empfänger, für welche die massgebenden europäischen Datenschutzerlasse nicht gelten, nur dann zulässig ist, wenn beim Empfänger ein angemessenes Datenschutzniveau sichergestellt ist. Die Formulierung von § 12a lehnt sich an Artikel 6 DSG in der Fassung gemäss Änderung vom 24. März 2006 an.

Absatz 1 verlangt als grundsätzliche Voraussetzung für eine gesetzeskonforme Datenübermittlung ins Ausland, dass die Gesetzgebung im Bestimmungsland einen angemessenen Schutz gewährleistet.

Absatz 2 enthält eine Liste von alternativen Bedingungen, unter welchen die Bekanntgabe von persönlichen Daten ins Ausland ebenfalls erlaubt ist. Die Aufzählung ist abschliessend. Dadurch verdeutlicht der Entwurf die verschiedenen Möglichkeiten der Sicherstellung einer gesetzeskonformen Übermittlung und lässt die Inhaber der Datensammlungen in der Wahl ihrer Mittel frei. Die Gesetzgebung im Empfängerstaat gewährleistet dann ein angemessenes Schutzniveau, wenn sie den Anforderungen des Europaratsübereinkommens STE Nr. 108 entspricht. Darüber hinaus ist aber insbesondere zu berücksichtigen, wie diese Gesetzgebung in der Praxis umgesetzt wird.

Nach Absatz 2a ist eine Bekanntgabe ins Ausland beim Fehlen einer Gesetzgebung mit angemessenem Schutz zulässig, wenn andere hinreichende Garantien vorliegen. Solche können sich beispielsweise aus einem Verhaltenskodex ergeben, das heisst aus einem Regelwerk, dem sich Private freiwillig unterstellen können, wie etwa dem «Safe Harbor Privacy Framework», das zwischen der EU-Kommission und den USA ausgehandelt wurde (www.export.gov/safeharbor).

Absatz 2b betrifft eine konkrete ausservertragliche Situation. Der Ausdruck «im Einzelfall» ist in dem Sinn weit zu interpretieren, als nicht jede einzelne grenzüberschreitende Datenübermittlung, sondern auch eine Gesamtheit von Übermittlungen erfasst werden kann. So ist zum Beispiel die Übermittlung von mehreren Protokollen einer Arbeitsgruppe, der Personen verschiedener Länder angehören, zulässig, ohne dass die Zustimmung der betroffenen Personen zur Übermittlung der Dokumente jedesmal erneut eingeholt werden muss.

Absatz 2c sieht vor, dass im Rahmen einer vertraglichen Beziehung Personendaten ins Ausland bekanntgegeben werden können, wenn die Bearbeitung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrages steht und es sich um Personendaten des Vertragspartners handelt. Diese Bestimmung findet nur Anwendung, wenn die Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland für den Abschluss oder den Vollzug eines Vertrages unabdingbar ist.

Absatz 2d lässt die Datenbekanntgabe ins Ausland für die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses oder für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht zu. Der Begriff des öffentlichen Interesses ist im eidgenössischen und kantonalen Recht hinlänglich bekannt.

Eine Bekanntgabe gestützt auf Absatz 2e ist einzig dann zulässig, wenn es darum geht, lebenswichtige Interessen der betroffenen Person zu schützen. Dabei wird es in der Regel um Situationen gehen, in denen die betroffene Person nicht in der Lage ist,

ihre eigenen Interessen geltend zu machen, und vermutet werden kann, dass sie ihre Zustimmung zu einer solchen Datenübermittlung gegeben hätten.

Absatz 2f versteht sich von selbst.

Auf europäischer Ebene ergibt sich aus Artikel 2 Absatz 2b des Zusatzprotokolls, dass die zuständige Behörde überprüfen können muss, ob die Schutzmassnahmen angemessen sind, wenn die Gesetzgebung des Empfängerstaates keinen genügenden Schutz bietet. Aus diesem Grund sieht Absatz 3 eine Informationspflicht gegenüber dem Beauftragten für den Datenschutz vor. Die Einzelheiten dieser Informationspflicht sind auf Verordnungsstufe zu regeln.

§ 18

Der betroffenen Person kommen nach dem Datenschutzgesetz in der geltenden Fassung folgende Kontrollrechte zu: Auskunfts- inklusive Einsichtsrecht (§ 15), Berichtigungsrecht (§ 17), Beseitigungsrecht (§ 18 Abs. 1) und Recht auf Bekanntgabe des Entscheides an Behörden und Dritte (§ 18 Abs. 2). Die massgebenden internationalen Rechtsgrundlagen verlangen zusätzlich, dass der betroffenen Person ein Recht auf Unterlassung des widerrechtlichen Bearbeitens von Personendaten und bei Nachweis eines schutzwürdigen Interesses ein Recht auf Feststellung der Widerrechtlichkeit einer Bearbeitung sowie auf Sperrung der Bekanntgabe von bestimmten Personendaten zukommt (Art. 8 Unterabs. c Europaratsübereinkommen STE Nr. 108 und Art. 12 Unterabs. b EU-DSRL).

§ 18 in der vorgeschlagenen Formulierung kommt dieser Forderung nach. Absatz 1 hält diejenigen Rechte der betroffenen Person fest, welche ihr voraussetzungslös zustehen. Für die in Absatz 2 enthaltenen Rechte muss die betroffene Person ein schutzwürdiges Interesse nachweisen. Im Datenschutzgesetz in der geltenden Fassung erscheinen die beiden Begriffe «schutzwürdiges Interesse» und «schützenswertes Interesse» nebeneinander, ohne dass ein Unterschied zu erkennen wäre. Neu wird im Datenschutzgesetz einheitlich nur mehr der Begriff «schutzwürdiges Interesse» verwendet.

Für den Spezialfall der Bekanntgabe von Personendaten an Private durch die Einwohnerkontrolle geht die bereits bestehende Bestimmung von § 11 Absatz 4 als lex specialis dem geänderten § 18 insofern vor, als ihr gemäss jede betroffene Person ohne Angabe von Gründen bei der Einwohnerkontrolle das Bekanntgeben ihrer Personendaten sperren lassen kann. Sowohl in § 11 Absatz 4 als auch in § 18 Absatz 3 in der geänderten Fassung werden im Übrigen Ausnahmen zum Sperrungsrecht der betroffenen Person vorgesehen. Das Organ kann die Sperrung verweigern, wenn die Bekanntgabe der Daten in einer gesetzlichen Vorschrift vorgesehen ist (§§ 11 Abs. 4 und 18 Abs. 3), wenn durch die Sperrung die Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe gefährdet wird (§ 18 Abs. 3) oder wenn ein Gesuchsteller eine Behinderung in der Verfolgung schutzwürdiger Ansprüche gegenüber der betroffenen Person glaubhaft macht (§ 11 Abs. 4).

§ 21

Mit dem neuen Absatz 2 wird der Beauftragte für den Datenschutz legitimiert, Entscheide gemäss § 24 Absatz 4 dieses Gesetzes anzufechten. Diese Bestimmung sieht vor, dass eine Behörde, die sich weigert, einer Aufforderung des Beauftragten nachzukommen, einen Entscheid zu erlassen hat. Damit wird den massgebenden europäischen Bestimmungen Rechnung getragen, welche verlangen, dass dem Kontrollorgan die Befugnis zusteht, wegen Datenschutzverstößen bei gerichtlichen Instanzen Klage zu erheben oder eine Anzeige einzureichen (Art. 1 Ziff. 2a Zusatzprotokoll und Art. 28 Abs. 3 EU-DSRL). Da es sich bei dieser zusätzlichen Befugnis des Beauftragten hauptsächlich um eine Massnahme im Sinn einer Ultima Ratio handelt, dürfte es sich – wie bereits in Kapitel V erläutert – bei den dadurch verursachten Beschwerdeverfahren nur um wenige Einzelfälle handeln.

§ 22

Artikel 1 Ziffer 3 des Zusatzprotokolls und Artikel 28 Absatz 1 der EU-Datenschutzrichtlinie verpflichten die Mitgliedstaaten und die Gliedstaaten zur Einführung von völlig unabhängigen Kontrollorganen. Die Unabhängigkeit des kantonalen Beauftragten für den Datenschutz ist deshalb wie folgt zu stärken: In Absatz 2 wird der Beauftragte für den Datenschutz neu administrativ nicht mehr dem Justiz- und Sicherheitsdepartement, sondern – wie auch die Finanzkontrolle – der Staatskanzlei zugeordnet. Dies ist zweckmässig, führte doch der Regierungsrat bereits in seiner Botschaft vom 16. Mai 1989 aus, die Stellung des Beauftragten für den Datenschutz sei mit jener der Finanzkontrolle vergleichbar (GR 1989 S. 728). Wie bisher wird festgehalten, dass der Beauftragte fachlich selbstständig und unabhängig ist. Unter einer unabhängigen Stellung wird verstanden, dass der Beauftragte in der Ausführung seiner Aufgaben vollständig weisungsungebunden und nur dem Gesetz und der Verfassung unterworfen ist (René Huber, in: Basler Kommentar zum DSG, N 28 ff. zu Art. 26). Trotz seiner Unabhängigkeit handelt es sich jedoch um eine Verwaltungsstelle des Kantons Luzern, welche der Finanzaufsicht der Finanzkontrolle unterworfen ist. Der Regierungsrat als Wahlorgan ist Aufsichtsorgan lediglich in Fragen, die direkt das Anstellungsverhältnis betreffen (vgl. René Huber, in: Basler Kommentar zum DSG, N 50 ff. zu Art. 26).

§ 23

Die Aufgaben des Beauftragten für den Datenschutz werden erweitert. Artikel 20 der EU-Datenschutzrichtlinie verlangt die gesetzliche Verankerung einer Vorabkontrolle durch das Kontrollorgan bei der Bearbeitung von Daten, die besondere Risiken für die Rechte und die Freiheit der betroffenen Personen mit sich bringen können. Dieser Forderung wird mit dem materiell neuen Absatz 1h Rechnung getragen. Dabei kann sich das Verletzungspotenzial der Bearbeitungsmethode entweder aus der Art der Bearbeitung oder aus den zu bearbeitenden Daten ergeben. Kriterien für die Beurteilung des Risikos können zum Beispiel die Zahl der erfassten Personen, die Zahl der beteiligten öffentlichen Organe oder die Sensitivität der Daten sein. Objekt der Vorabkontrolle können vor allem Projekte für IT-Systeme, für Datenbanken oder Register sein.

Im Sinn einer Steigerung der Wirksamkeit des Kontrollorgans fordern die massgebenden internationalen Erlasse, dass das Kontrollorgan seinen jährlichen Tätigkeitsbericht und seine Stellungnahmen, die beispielsweise im Rahmen einer Vorabkontrolle erstellt wurden, veröffentlicht (Art. 1 Ziff. 2a Zusatzprotokoll und Art. 28 Abs. 3 und 5 EU-DSRL). Weiter soll die Amtshilfepflicht in Bezug auf Kontrollorgane der Kantone wie auch des Bundes verankert werden (Art. 1 Ziff. 5a Zusatzprotokoll und Art. 28 Abs. 6 EU-DSRL). Die vorgeschlagene Erweiterung des Pflichtenhefts des Beauftragten für den Datenschutz trägt dem Rechnung. Absatz 1k entspricht dem bisherigen Absatz 1h, lediglich ergänzt um die Pflicht zur Veröffentlichung des Tätigkeitsberichtes. Nicht veröffentlicht werden Stellungnahmen, die in Anwendung von § 23 Absatz 1e DSG-LU in hängigen Verfahren auf Ersuchen von entscheidenden Organen oder Rechtsmittelbehörden erstellt werden (sogenannte Amtsberichte).

§ 24

Gemäss Absatz 3 kann der Beauftragte für den Datenschutz bei Feststellungen von Datenschutzverletzungen die verantwortliche oder deren vorgesetzte Behörde auffordern, die erforderlichen Massnahmen zu ergreifen. Diese Aufforderungen haben heute lediglich empfehlenden Charakter.

Neu hat die Behörde gemäss Absatz 4 einen Entscheid zu erlassen, sofern sie einer Aufforderung des Beauftragten im Sinne von Absatz 3 nicht nachkommen will. Der Beauftragte hat gemäss § 21 Absatz 2 das Recht, solche Entscheide nach den Regeln des Verwaltungsrechtspflegegesetzes anzufechten. Dieses System lehnt sich an Artikel 27 DSG in der Fassung gemäss Änderung vom 24. März 2006 an. Es soll voraussichtlich auch von den Kantonen Aargau und Zürich angewendet werden. Die Änderung verfolgt ebenfalls den Zweck, die Wirksamkeit der Einwirkungsbefugnisse des Kontrollorgans zu steigern. Wir verweisen dazu auf unsere Ausführungen in Kapitel IV.3.

Aus Artikel 28 Absatz 7 der EU-Datenschutzrichtlinie ergibt sich für den Beauftragten die Pflicht, dieselben Geheimhaltungsbestimmungen einzuhalten wie die öffentlichen Organe, welche Personendaten bearbeiten. Diese Pflicht soll über die Beendigung der Funktion hinaus weiter bestehen. Der bisherige Absatz 4 wird in diesem Sinn geändert. Formell wird er zu Absatz 5.

§ 24a

Gemäss Artikel 24 der EU-Datenschutzrichtlinie müssen Sanktionen vorgesehen werden, welche bei Verstössen gegen das Datenschutzgesetz anzuwenden sind. Als mögliche Lösungen nennt die Wegleitung Strafbestimmungen für Amtsgeheimnisverletzungen oder für die auftragswidrige Verwendung oder Bekanntgabe von Personendaten durch die Beauftragten bei einer Datenbearbeitung im Auftrag (Wegleitung, Ziff. 6.3).

Das Amtsgeheimnis wird durch Artikel 320 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) genügend geschützt. So wird die Verletzung der datenschutzrechtlichen Schweigepflicht durch eine Amtsperson der kantonalen oder kommunalen Verwaltung fast immer schon durch Artikel 320 StGB erfasst (Franz Riklin, in: Basler Kommentar zum DSG, N 8 zu Vorbemerkungen zum

7. Abschnitt). Es erübrigts sich damit, Strafbestimmungen für Amtsgeheimnisverletzungen in das kantonale Recht aufzunehmen. Nicht unter den Tatbestand von Artikel 320 StGB fällt hingegen die Datenbearbeitung durch Personen, welche von einer Behörde zur Datenbearbeitung beauftragt wurden.

Neu soll die auftragswidrige Bearbeitung von Daten unter Strafe gestellt werden. Damit wird auf Fälle Bezug genommen, in denen kantonale oder kommunale Behörden die Bearbeitung von Daten an externe Dritte ausgelagert haben. Unter den Begriff der Bearbeitung von Personendaten fallen insbesondere auch die Verwendung und die Bekanntgabe der Daten. Eine auftragsgemässen Bearbeitung kann sich insbesondere auch auf eine ausdrückliche Ermächtigung des Auftraggebers stützen. Auf eine breiter angelegte strafrechtliche Absicherung von datenschutzrechtlichen Verhaltensnormen wird aus Gründen des Bestimmtheitsgebotes von Artikel 1 StGB verzichtet (vgl. dazu Franz Riklin, in: Basler Kommentar zum DSG, N 2 zu Vorbemerkungen zum 7. Abschnitt).

Im Hinblick auf den am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen neuen Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches ist vorgesehen, die Übertretungen nur mit Busse und nicht mit Busse oder Haft zu bestrafen.

2. Gesundheitsgesetz

§ 56

Es ist vorgesehen, den Kantonsarzt oder die Kantonsärztin für die Beglaubigung von Bescheinigungen zur Ein- oder Ausfuhr von Betäubungsmitteln durch kranke Reisende als zuständig zu erklären. In die Bescheinigungen trägt der verschreibende Arzt die Bezeichnung des Arzneimittels sowie verschiedene Angaben über den enthaltenen Wirkstoff ein. Der Kantonsarzt oder die Kantonsärztin sammelt die Kopien der beglaubigten Bescheinigungen.

Angaben über die Gesundheit sind besonders schützenswerte Personendaten (§ 2 Abs. 2 DSG-LU). Als Angaben über die Gesundheit gelten alle Informationen, die direkt oder indirekt Rückschlüsse über den physischen oder psychischen Gesundheitszustand einer Person zulassen. Auch eine Rechnung für Medikamente ist in der Regel als Dokument mit besonders schützenswerten Personendaten anzusehen (Urs Belser, in: Basler Kommentar zum DSG, N 14 zu Art. 3). Dabei ist davon auszugehen, dass Rückschlüsse auf den Gesundheitszustand insbesondere bei rezeptpflichtigen Medikamenten möglich sind. Da ausschliesslich für rezeptpflichtige Arznei- oder Betäubungsmittel Bescheinigungen ausgestellt werden, handelt es sich vorliegend um das Bearbeiten von besonders schützenswerten Personendaten.

Das Bearbeiten von besonders schützenswerten Personendaten bedarf in der Regel einer Grundlage in einem formellen Gesetz (§ 5 Abs. 2a DSG-LU). Ausnahmsweise ist eine Bearbeitung auch ohne formell-gesetzliche Grundlage zulässig, sofern dies für eine in einem formellen Gesetz umschriebene Aufgabe unentbehrlich ist (§ 5 Abs. 2b DSG-LU). Die Beglaubigung der Bescheinigungen ist lediglich in der Betäubungsmittelverordnung des Bundes vorgesehen (Art. 40a BetmV in der Fassung des Entwurfs für die Anhörung vom 9. Januar 2006). Mit § 56 Absatz 3 des Gesund-

heitsgesetzes wird die notwendige formell-gesetzliche Grundlage für das Bearbeiten von besonders schützenswerten Personendaten durch den Kantonsarzt oder die Kantonsärztin geschaffen.

VII. Antrag

Sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrte Damen und Herren, wir beantragen Ihnen, den Änderungen des Datenschutzgesetzes und des Gesundheitsgesetzes zuzustimmen.

Luzern, 16. Januar 2007

Im Namen des Regierungsrates
Schultheiss: Yvonne Schärli-Gerig
Staatsschreiber: Viktor Baumeler

Nr. 38

**Gesetz
über den Schutz von Personendaten
(Datenschutzgesetz)**

Änderung vom

*Der Grosse Rat des Kantons Luzern,
nach Einsicht in die Botschaft des Regierungsrates vom 16. Januar 2007,
beschliesst:*

I.

Das Datenschutzgesetz vom 2. Juli 1990 wird wie folgt geändert:

§ 3 Absatz 2a

- ² Es wird nicht angewendet auf
- hängige Verfahren der Zivil- und Strafrechtspflege sowie hängige verwaltungsrechtliche Verfahren mit Ausnahme von erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren,

§ 7 Absatz 1

¹ Organe sorgen durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen für die Sicherung von Personendaten; sie sichern sie insbesondere vor Verlust, Fälschung, Entwendung sowie vor Kenntnisnahme, Kopieren und Bearbeiten durch Unbefugte.

§ 12a (neu)

Grenzüberschreitende Bekanntgabe

¹ Personendaten dürfen nicht ins Ausland bekanntgegeben werden, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Personen schwerwiegend gefährdet würde, namentlich weil eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleistet.

- ² Fehlt eine Gesetzgebung, die einen angemessenen Schutz gewährleistet, können persönliche Daten nur ins Ausland bekanntgegeben werden, wenn
- hinreichende Garantien, insbesondere durch Vertrag, einen angemessenen Schutz im Ausland gewährleisten,
 - die betroffene Person im Einzelfall eingewilligt hat,
 - die Bearbeitung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrages steht und es sich um Personendaten des Vertragspartners handelt,
 - die Bekanntgabe im Einzelfall entweder für die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses oder für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht unerlässlich ist,
 - die Bekanntgabe im Einzelfall erforderlich ist, um das Leben oder die körperliche Integrität der betroffenen Person zu schützen,
 - die betroffene Person die Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt hat.

³ Der Beauftragte für den Datenschutz muss über die Garantien nach Absatz 2a informiert werden. Der Regierungsrat regelt das Nähere.

§ 18 *Andere Ansprüche*

¹ Jede Person kann vom Inhaber der Datensammlung verlangen, dass

- ein widerrechtliches Bearbeiten von Personendaten unterlassen wird,
- unbefugt bearbeitete Personendaten vernichtet oder die Folgen sonst wie beseitigt werden.

² Weist die betroffene Person ein schutzwürdiges Interesse nach,

- ist die Widerrechtlichkeit einer Bearbeitung durch das verantwortliche Organ festzustellen,
- ist der Entscheid des angegangenen Organs den von ihr bezeichneten Organen und Dritten bekanntzugeben,
- kann sie vom verantwortlichen Organ verlangen, dass es die Bekanntgabe von bestimmten Personendaten sperrt.

³ Das Organ kann die Sperrung verweigern, wenn

- die Bekanntgabe gesetzlich vorgesehen ist oder
- durch die Sperrung die Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe des Organs gefährdet wird.

Titel vor § 21

IV. Rechtsschutz, Aufsicht, Strafbestimmungen

§ 21 *Absatz 2 (neu)*

² Der Beauftragte für den Datenschutz ist zur Anfechtung von Entscheiden im Sinn von § 24 Absatz 4 befugt.

§ 22 Absatz 2

² Der Beauftragte ist fachlich selbständig und unabhängig; administrativ ist er der Staatskanzlei zugeordnet.

§ 23 Absätze 1h sowie 1i–k (neu)

¹ Der Beauftragte für den Datenschutz

- h. kontrolliert im Voraus Bearbeitungsmethoden, die geeignet sind, die Persönlichkeit einer grösseren Anzahl von Personen zu verletzen,
- i. veröffentlicht Stellungnahmen,
- j. arbeitet mit den Kontrollorganen der anderen Kantone, des Bundes und des Auslandes zusammen,
- k. erstattet dem Regierungsrat jährlich Bericht über seine Tätigkeit und stellt gleichzeitig der Aufsichts- und Kontrollkommission des Grossen Rates eine Kopie zu; der Bericht wird öffentlich zugänglich gemacht.

§ 24 Absätze 4 sowie 5 (neu)

⁴ Folgt die Behörde einer Aufforderung des Beauftragten nicht, erlässt sie einen Entscheid.

⁵ Der Beauftragte darf unter Vorbehalt besonderer Geheimhaltungsvorschriften Kenntnisse, die er bei seiner Tätigkeit erlangt, nur so weit bekanntgeben, als es zur Erfüllung seiner Aufgabe notwendig ist. Die Geheimhaltungspflicht besteht nach Beendigung des Dienstverhältnisses weiter.

§ 24a (neu)***Strafbestimmungen***

Wer Personendaten im Auftrag bearbeitet und sich dabei vorsätzlich auftragswidrig verhält, wird auf Antrag mit Busse bestraft.

II. Änderung des Gesundheitsgesetzes

Das Gesundheitsgesetz vom 13. September 2005 wird wie folgt geändert:

§ 56 Absatz 3 (neu)

³ Im Zusammenhang mit der Ein- und Ausfuhr von Betäubungsmitteln durch kranke Reisende darf der Kantsarzt oder die Kantsärztein besonders schützenswerte Personendaten bearbeiten, soweit dies aufgrund internationaler Abkommen notwendig ist.

III.

Der Regierungsrat bestimmt das Inkrafttreten. Die Gesetzesänderung unterliegt dem fakultativen Referendum.

Luzern,

Im Namen des Grossen Rates

Die Präsidentin:

Der Staatsschreiber: