

## Gutachten (Kurzfassung)

Datum: 18. Mai 2012  
an: Dr. Anne Grünenfelder  
cc: Andreas Németh  
von: Dr. Christian Laux  
Betreff: **Stadt Zürich / eZurich**

### **Haftung der Stadt Zürich für Open Government Data**



**Dr. Christian Laux**  
Rechtsanwalt · LL.M.

LAUX LAWYERS Attorneys-at-Law  
A Seegartenstrasse 2  
CH · 8008 Zurich  
B P. O. Box 360  
P +41 44 880 2424  
F +41 44 880 2425  
@ christian.laux@lauxlawyers.ch  
W <http://www.lauxlawyers.ch>

Im Anwaltsregister eingetragen

<b>I.</b>	<b>Ausgangslage und Fragestellung .....</b>	<b>2</b>
1.	Ausgangslage .....	2
2.	Fragestellung .....	2
<b>II.</b>	<b>Open Government Data in der Stadt Zürich .....</b>	<b>3</b>
A.	Begriffsbestimmung.....	3
3.	Information .....	3
4.	Daten.....	3
5.	Behörden­daten (Government Data).....	3
6.	Öffentlich zugängliche Behörden­daten (Open Government Data) .....	4
B.	Entwicklungen in der Stadt Zürich heute und morgen .....	4
7.	Übersicht über die bisherige Veröffentlichungspraxis der Stadt Zürich .....	4
8.	Einführung einer Open Government Data Policy der Stadt Zürich .....	4
C.	Open Government Data: Veröffentlichung als verwaltungsrechtlicher Realakt .....	5
9.	Veröffentlichung von Open Government Data unter dem IDG .....	5
10.	Allgemeine Grundlagen der Zuordnung zum Verwaltungs- oder zum Privatrecht .....	6
11.	Veröffentlichen von Open Government Data als Realakt .....	6
<b>III.</b>	<b>Fehler in Open Government Data .....</b>	<b>7</b>
12.	Parameter zur Bestimmung von Informationsqualität im Allgemeinen .....	8
13.	Kontextabhängigkeit des Begriffs Informationsfehler .....	9
<b>IV.</b>	<b>Haftung der Stadt Zürich für Open Government Data .....</b>	<b>10</b>
A.	Allgemeine Grundlagen der Haftung der Stadt Zürich .....	10
14.	Kantonales Haftungsgesetz .....	10
15.	Kausalhaftung gemäss der Grundnorm (§ 6 Abs. 1 Haftungsgesetz) .....	11
16.	Verschuldenshaftung bei falscher Auskunft (§ 6 Abs. 3 Haftungsgesetz) .....	11
17.	Vertrauenshaftung im Allgemeinen .....	11
B.	Haftung der Stadt Zürich für Open Government Data .....	12
18.	Fehlerhafte Daten stellen kein Verhaltensunrecht im Sinne des Haftungsrechts dar .....	12
19.	Keine Unterlassungshaftung bei fehlender Vorausssehbarkeit .....	13
20.	Relevanter Zeitpunkt der Kenntnis .....	13
21.	Ein Datenangebot auf einer Webseite löst für sich allein die Haftung unter § 6 Abs. 3 Haftungsgesetz nicht aus .....	14
22.	Verbindliche Normen zum Schutz von Information .....	14
23.	Verbleibende Haftungsrisiken .....	15



<b>V.</b>	<b>Haftung für allgemein verfügbar gemachte Informationen im Privatrecht .....</b>	<b>16</b>
24.	Ausservertragliche Haftung.....	16
25.	Vereinbarte Haftungsausschlüsse oder -reduktionen.....	17
<b>VI.</b>	<b>Zusammenfassung und Empfehlungen.....</b>	<b>18</b>
26.	Zusammenfassung.....	18
27.	Empfehlungen.....	19
28.	Abschliessende Stellungnahme.....	19

## **I. Ausgangslage und Fragestellung**

### **1. Ausgangslage**

- 1.1. Die Stadt Zürich erwägt, in Zukunft Daten einer breiten Öffentlichkeit als sog. Open Government Data zur Verfügung zu stellen.
- 1.2. Im Vordergrund solcher Informationspolitik steht neben den bisher gelebten Informationsangeboten der Stadt Zürich – namentlich durch den Abruf von Informationen über Webseiten der Stadt Zürich, durch erteilte Auskünfte oder durch das Bereitstellen von Online-Dienstleistungen (wie Formularen, Betreibungsregisterauszügen etc.) – das Zur-Verfügung-Stellen von Datensätzen zur automatisierten oder andern Weiterverarbeitung durch Dritte.
- 1.3. Im Zusammenhang mit solchen elektronisch und automatisch verwertbaren Daten ist es denkbar, dass einerseits Fehler in der Datenübermittlung auftreten und andererseits die Inhalte der Informationen nicht zutreffend sind. In diesen Situationen fragt sich, ob die Stadt Zürich gegebenenfalls haftet und, wenn ja, nach welchen Rechtsnormen.
- 1.4. Die von der Stadt Zürich offengelegten Daten sollen ohne Auflagen verfügbar sein. Als Folge wird die Stadt Zürich die Kontrolle darüber verlieren, wie die so zur Verfügung gestellten Daten verwendet werden. Die Stadt Zürich wird namentlich nicht wissen:
  - wer Kenntnis von den Daten erhält;
  - wie diese Kenntnis (bzw. die in den Daten verkörperte Information) verwertet wird; und
  - ob die Daten mit weiteren Daten verknüpft werden und so möglicherweise einen neuen Kontext erhalten oder so vielleicht eine andere (oder gar verfälschte) Bedeutung bekommen.

### **2. Fragestellung**

Die Stadt Zürich gelangt mit der folgenden Fragestellung an uns: Wie verändert sich die Haftungsexposition der Stadt Zürich dadurch, dass sie Informationen als Open Government Data zur Verfügung stellt?



## II. Open Government Data in der Stadt Zürich

### A. Begriffsbestimmung

Vor der Darstellung der rechtlichen Erörterungen ist der Begriff von Open Government Data zu definieren, soweit dies für die Zwecke des vorliegenden Gutachtens hilfreich ist. Die Begriffsdefinition orientiert sich dabei an den folgenden Teilbegriffen:

- Information (dazu Ziffer 3)
- Daten (dazu Ziffer 4)
- Behördendaten (Government Data) (dazu Ziffer 5)
- öffentlich zugängliche Behördendaten (Open Government Data) (dazu Ziffer 6)

### 3. Information

Information ist schwer zu definieren. Es existiert keine einheitliche, alle Forschungsbereiche übergreifende Definition. Kurz gefasst ist Information das „it“ von „Bit“, der kleinsten Masseinheit zur Darstellung von messbarer Information (ERNST PETER FISCHER, Information – Eine kurze Geschichte in 5 Kapiteln, Berlin 2010, 7). Relevant ist Information namentlich in der Kommunikation. Wir tauschen mit Informationen das aus, was im Rahmen der Kommunikation etwas bedeutet. Eine tiefergehende Definition erscheint im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nicht als notwendig.

### 4. Daten

- 4.1. Das schweizerische Recht kennt keine einheitliche Begriffsdefinition für den Begriff „Daten“. In Einzelgesetzen, wie etwa dem Bundesgesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, Art. 3 DSG: „alle Angaben ...“) oder dem Strafgesetzbuch („betrügerischer Missbrauch einer Datenverarbeitungsanlage“) scheint der Datenbegriff jedoch durch und wird vorausgesetzt.
- 4.2. Als Daten gelten „zum Zweck der Verarbeitung zusammengefasste Zeichen, die aufgrund bekannter oder unterstellter Abmachungen Informationen (d.h. Angaben über Sachverhalte und Vorgänge) darstellen“ (<<http://de.wikipedia.org/wiki/Daten>>, besucht am 2. März 2012). Auch umgangssprachlich werden „Daten“ als Informationen verstanden, die für die Verarbeitung durch den Computer gespeichert sind („Dateien“). Der Datenbegriff stellt zudem auf den Begriff der Information ab.
- 4.3. Unter den Begriff „Daten“ fallen:
  - strukturierte Daten, d.h. Daten, die in Datenbanken oder Dateien, einer einheitlichen Struktur folgend, systematisch erfasst und angeordnet sind;
  - semistrukturierte Daten, z.B. als Daten definierbare Konventionen wie etwa die Extensible Markup Language;
  - unstrukturierte Daten, namentlich Dokumente mit beliebigen Texten sowie Grafiken.

### 5. Behördendaten (Government Data)

- 5.1. Alle Datenbestände, über deren Zugang eine Behörde ausschliesslich bestimmt oder auch nur in wesentlichem Umfang mitbestimmt, gelten nach der hier vertretenen Definition als Behördendaten.



- 5.2. Darüber hinaus arbeiten Behörden mit weiteren Daten, über deren Verfügbarkeit andere, z.B. Privatpersonen, entscheiden. Aufgrund des Umstands, dass andere über den Zugang zu solchen Daten bestimmen können, gelten diese Daten nach der hier vertretenen Auffassung nicht als Behördendaten bzw. Government Data.

## 6. Öffentlich zugängliche Behördendaten (Open Government Data)

- 6.1. Als Open Government Data (**OGD**) gelten alle Behördendaten, welche die Verwaltung der Öffentlichkeit zur freien Wiederverwendung zur Verfügung stellt, indem sie einem unbeschränkten Nutzerkreis den Zugang zu diesen Daten verschafft.
- 6.2. Um festzulegen, wie Open Government Data einen möglichst grossen Nutzen mit sich bringt, hat die Sunlight Foundation zehn Grundprinzipien bzw. Anforderungen an Open Government Data aufgestellt (siehe zum Anforderungskatalog <<http://sunlightfoundation.com/policy/documents/ten-open-data-principles>>, besucht am 2. März 2012). Man kann sich fragen, ob als Daten gespeicherte Informationen, die diesen Prinzipien nicht genügen ebenfalls als Open Government Data gelten können. Für die Zwecke dieses Gutachtens muss die Frage nicht beantwortet werden, da die Haftungsfrage hiervon nicht abhängt.

## B. Entwicklungen in der Stadt Zürich heute und morgen

### 7. Übersicht über die bisherige Veröffentlichungspraxis der Stadt Zürich

Es ist bereits heute in der Stadt Zürich gängige Praxis, Informationen aktiv an die Öffentlichkeit zu bringen, etwa durch Auskünfte auf Anfrage; Information an die Öffentlichkeit ohne Anfrage; Entscheidprotokolle; Medienberichte; Register; Statistische Informationen. Es fragt sich damit, inwiefern der Schritt, Informationen jeder Art im Sinne der Grundsätze von Open Government Data an die Öffentlichkeit zu bringen, tatsächlich eine haftungsrechtlich relevante Änderung darstellen.

### 8. Einführung einer Open Government Data Policy der Stadt Zürich

- 8.1. Die Stadt Zürich plant, ihre Behördendaten in Zukunft auf einer regelmässigen Basis zu veröffentlichen. Sie beabsichtigt, sich zu diesem Zweck eine Open Government Data Policy zu geben.
- 8.2. Nach den uns vorliegenden Informationen plant die Stadt Zürich, ein zweistufiges Verfahren einzurichten, um den Zugang zu Behördendaten zu ermöglichen. Im Rahmen eines ersten Schritts geht es zunächst um die Fragen, ob die Stadt Zürich, bzw. die jeweils verantwortliche Stelle, einen bestimmten Datensatz nach § 14 des Gesetzes über die Information und den Datenschutz vom 12. Februar 2007 (**IDG, LS 170.4**) überhaupt veröffentlichen will oder ob sie, auf Anfrage eines Privaten, einen Datensatz im Sinne von § 20 IDG veröffentlichen muss. Kommt die zuständige Stelle zum Schluss, einen Datensatz allgemein zugänglich zu machen, bedarf es in einem zweiten Schritt vor der Veröffentlichung oft noch weiterer interner Massnahmen, um die Daten im Sinne der Anforderungen der Open Government Data Policy der Stadt Zürich hinsichtlich Formatierung und weiterer Aspekte aufzubereiten. Sind diese Massnahmen erledigt, kann der Datensatz publiziert werden. Die Publikation erfolgt alsdann im Rahmen eines Massenverfahrens, d.h. die Stadt Zürich plant, Open Government Data voraussetzungslos zum Abruf von einer online verfügbar gemachten Plattform anzubieten (**Repository**, z.B. bestimmte Webseite, evtl. separates Portal). Das Herunterladen des Datensatzes (Download) muss nicht vorgängig im Rahmen einer Einzeltransaktion bewilligt werden, sondern steht jedermann frei.



## C. Open Government Data: Veröffentlichung als verwaltungsrechtlicher Realakt

Zu entscheiden ist, ob sich die Haftung für das Zur-Verfügung-Stellen von Open Government Data nach öffentlich-rechtlichen Haftungsnormen oder nach den privatrechtlichen Haftungsbestimmungen richtet. Diese Frage beantwortet sich danach, ob die Stadt Zürich beim Offenlegen von Open Government Data hoheitlich oder privatrechtlich auftritt.

### 9. Veröffentlichung von Open Government Data unter dem IDG

9.1. Das IDG bestimmt den Rahmen für das in Art. 17 der Kantonsverfassung vom 27. Februar 2005 (**KV, LS 101**) verankerte Öffentlichkeitsprinzip. Behörden der Stadt Zürich richten sich nach den Grundsätzen des IDG, um Daten auf eigene Initiative oder auf Anfrage (§ 20 ff. IDG, dazu Ziffer 9.2) offenzulegen.

9.2. Zugang auf Anfrage (§ 20 ff. IDG): Erhält ein Gesuchsteller auf Anfrage Zugang zu Behördeninformationen, regelt die Verordnung über die Information und den Datenschutz vom 28. Mai 2008 (**IDV, LS 170.41**) die Einzelheiten. Legen Behörden Daten auf Antrag im Sinne von § 20 ff. IDG einem Gesuchsteller offen, resultiert allein daraus noch keine *Veröffentlichung*. Information, die ein Gesuchsteller auf Anfrage erhält, können in einem Folgeschritt aber öffentlich werden, wenn die Behörde keine Schutzvorkehrungen vorsieht (namentlich die Auflage, die Informationen seien nicht zu veröffentlichen). Beispielsweise kann ein Journalist, dem Information vorbehaltlos offengelegt werden, diese anschliessend in einem Zeitungsartikel veröffentlichen. Dass die das Gesuch bearbeitende Behörde den Zugang einschränken kann, ergibt sich aus dem Wortlaut von § 27 Abs. 1 IDG:

*"Das öffentliche Organ erlässt eine Verfügung, wenn es den Zugang zur gewünschten Information verweigern, einschränken oder aufschieben will" (§ 27 Abs. 1 IDG).*

Das IDG geht implizit davon aus, dass ein Informationsempfänger die erhaltene Information grundsätzlich ohne Einschränkungen nutzen kann, insbesondere auch gewerblich (siehe § 29 Abs. 4 IDG), es sei denn, dass die Behörde den Zugang gestützt auf § 23 und § 27 Abs. 1 IDG nur unter Auflagen genehmigt hat. Als Auflage ist auch die Beschränkung der Verwertung anzusehen.

Eine Behörde kann also (innerhalb der Grenzen des Verhältnismässigkeitsprinzips) steuern, ob der Gesuchsteller die erhaltene Information (insbesondere durch Veröffentlichung) weiterleiten darf oder nicht.

Erhält ein Gesuchsteller auf Anfrage Zugang zu Behördeninformationen, können ihm gestützt auf § 29 IDG Gebühren auferlegt werden. Die Begründung des Regierungsrats zur IDV geht sogar von einer grundsätzlichen Gebührenpflicht aus. Eignen sich Informationen für eine gewerbliche Nutzung, kann ein Entgelt erhoben werden, das sich nach dem Markt richtet (§ 29 Abs. 4 IDG).

Eine Veröffentlichung mittels automatisiertem Abrufverfahren ist nach der hier vertretenen Auffassung als ein Sonderfall der Zugangsgewährung auf Anfrage anzusehen, wenn die Möglichkeit des Herunterladens von Bedingungen abhängig gemacht wird, wie z.B. der Bekanntgabe der Personalien oder dergleichen.



- 9.3. Veröffentlichung auf eigene Initiative der Behörde (§ 14 IDG): Das IDG verlangt von den Behörden nicht nur, dass sie Gesuchstellern auf Antrag Zugang zu amtlichen Informationen gewähren, sondern dass sie Informationen auch aus eigener Initiative offenlegen. Das Gesetz legt den Informationsauftrag wie folgt fest:
- Information über die Tätigkeiten der Behörde, die von allgemeinem Interesse sind (§ 14 Abs. 1 IDG);
  - Informationen über den Aufbau der Behörde (§ 14 Abs. 1 IDG);
  - Informationen über die Zuständigkeiten der Behörde (§ 14 Abs. 2 IDG);
  - Informationen über die Ansprechpersonen in einer Behörde (§ 14 Abs. 2 IDG);
  - Informationen über hängige Verfahren (unter gewissen Voraussetzungen, § 14 Abs. 3 IDG);
  - Dateninventar (§ 14 Abs. 4 IDG).
- 9.4. Es kann als Zwischenresultat festgehalten werden, dass die Veröffentlichung von Rohdaten in § 14 IDG nicht ausdrücklich erwähnt ist. Zugleich kann festgestellt werden, dass Open Government Data durch das IDG jedenfalls nicht ausdrücklich verboten wird.
- 9.5. Nachfolgend ist zu untersuchen, ob die fehlende Erwähnung von Open Government Data, für die haftungsrechtliche Analyse von Bedeutung ist.

## 10. Allgemeine Grundlagen der Zuordnung zum Verwaltungs- oder zum Privatrecht

Hoheitliches Handeln setzt voraus, dass eine Behörde tätig wird, was bei der Veröffentlichung von Open Government Data selbstredend der Fall ist. Damit hoheitliche Tätigkeit vorliegt, ist in Bezug auf das Vorgehen der Behörde weiter erforderlich, dass die Behörde übergeordnet auftritt (und nicht etwa vermittelnd). Namentlich, wenn die Behörde bezweckt, einer öffentlichen Aufgabe zum Durchbruch zu verhelfen, kann von hoheitlichem Handeln ausgegangen werden.

## 11. Veröffentlichen von Open Government Data als Realakt

11.1. Mit Blick auf Open Government Data kann Folgendes gesagt werden:

- Wahlfreiheit: Das Kriterium der Wahlfreiheit lässt keinen eindeutigen Schluss zu.
- Interessenverfolgung nicht fiskalisch motiviert: Die Behörde kann zwar für gewerblich genutzte Daten ein marktübliches Entgelt verlangen, doch stehen hierbei keine fiskalischen Interessen im Vordergrund. Das Veröffentlichen von Open Government Data ist nach diesem Kriterium eher öffentlich-rechtlicher Natur.
- Öffentliche Aufgabe: Mit der Veröffentlichung von Open Government Data verfolgt die Behörde eine öffentliche Aufgabe (Verwirklichung des Öffentlichkeitsprinzips, Art. 17 KV). Die Veröffentlichung von solchen Daten wird zwar im IDG nicht explizit geregelt (siehe Ziffer 9.4), doch dürfte die genannte Verfassungsnorm ausreichen, um ein öffentliches Interesse zu begründen. Das Veröffentlichen von Open Government Data ist nach diesen Kriterien eher öffentlich-rechtlicher Natur.
- Verfahren der Veröffentlichung: Zwar kann das Verfahren der Veröffentlichung von Open Government Data dem Verfahren im Submissionsrecht verglichen werden. Die Zweistufentheorie kann aber nicht als Argument für die Rechtsnatur des Verhältnisses beigezogen werden. Die Zweistufentheorie hilft in dieser Fragestellung nicht weiter.
- Keine Wahl des Privatrechts im Gesetz: Das zürcherische Recht regelt nicht ausdrücklich, dass Open Government Data nach privatrechtlichen Grundlagen zu veröffentlichen ist. Das Veröffentlichen von Open Government Data ist nach diesem Kriterium eher öffentlich-rechtlicher Natur.



- 11.2. Nach dem Vorstehen sprechen mehr Gründe dafür als dagegen, das Veröffentlichen von Open Government Data als öffentlich-rechtlich motiviert und begründet anzusehen. Die Veröffentlichung ist deshalb nach der hier vertretenen Auffassung vom öffentlichen Recht geprägt. Namentlich das Fehlen eines fiskalischen Interesses des Staates führt zu diesem Ergebnis. Zweckmässigkeitsgründe könnten zwar dafür sprechen, das Nutzungsverhältnis zwischen Behörde und Nutzer privatrechtlich zu regeln. Dies ist im Gesetzesrecht jedoch so nicht vorgesehen. Dazu besteht auch kein Anlass, solange Nutzungslizenzen für reine Daten privatrechtlich nicht durchgesetzt werden können, wozu Folgendes anzumerken ist:

Der Mechanismus, der für Open Source Software und Open Content gilt und dort zu einer vertragsrechtlichen Argumentation führt (dass der Abnehmer die Open Source Software oder den Open content bindend unter den anwendbaren Lizenzbedingungen entgegen genommen hat), lässt sich zufolge des überwiegend fehlenden Urheberrechtsschutz für strukturierte Information, wie sie bei Open Government Data überwiegend vorkommen dürfte, kaum durchsetzen. Ist der zur Verfügung gestellte „Gegenstand“ (der Datensatz) nicht urheberrechtlich geschützt, steht der Stadt Zürich als potentieller Lizenzgeberin kein Mittel zur Verfügung, die Durchsetzung von Nutzungsbedingungen zu erzwingen und diese verbindlich werden zu lassen. Würde die Behörde hingegen dazu übergehen, jeden Nutzer mit individuellen Verträgen zu binden (Einzeltransaktionen), spräche nichts Grundsätzliches gegen die Durchsetzbarkeit jener Verträge. Die Stadt beabsichtigt jedoch nicht, die Veröffentlichung von Open Government Data auf der Grundlage von Einzeltransaktionen vorzunehmen.

- 11.3. Insgesamt ist das Veröffentlichen von Open Government Data am ehesten als **Realakt** anzusehen. Wengleich sich für den Begriff des Realakts keine einheitliche Definition finden lässt, lässt sich doch festhalten, dass ein Realakt auf einen Taterfolg (Daten sind öffentlich) ausgerichtet ist, und nicht auf eine Rechtswirkung.
- 11.4. Ein Realakt untersteht grundsätzlich der kantonalen Haftungsregelung im Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten vom 14. September 1969; LS 170.1; Haftungsgesetz) (siehe zu dieser unter Ziffer 15). Eine Ausnahme zu Gunsten der privatrechtlichen Haftung für Realakte ist im kantonalen Haftungsgesetz nicht vorgesehen.

### III. Fehler in Open Government Data

Bevor im Einzelnen erörtert werden kann, wie und ob eine Behörde für das Zur-Verfügung-Stellen von Open Government Data haftet, sind mögliche Haftungsursachen zu analysieren. In Frage kommt namentlich ein Verstoß gegen die Qualitätsanforderungen in § 7 Abs. 2 IDG, d.h. die Fehlerhaftigkeit von Open Government Data.

Neben der Fehlerhaftigkeit eines Datensatzes ist es auch denkbar, dass eine Behörde *im Kontext* von Open Government Data Aussagen macht, die möglicherweise bei einem Dritten ein besonderes Vertrauen erwecken. Solche separaten, vertrauensbegründenden Aussagen sind jedoch kein typischerweise mit Open Government Data zusammenhängendes Problem, sondern stellen eine gegebenenfalls fehlerhafte Kommunikation einer Behörde dar. Solche Kommunikation wird wie bisher als fehlerhafte Behördenkommunikation behandelt, es kommen die geltenden Grundsätze des Haftungsgesetzes zur Anwendung. Da fehlerhafte Behördenkommunikation im Kontext von Open Government Data keine neuen haftungsrechtlichen Fragen auslöst, sind die Haftungsprobleme von aktiver (unabsichtlicher) Fehlinformation durch eine Behörde in diesem Gutachten nicht weiter zu thematisieren.

Anschliessend wird untersucht, inwiefern Open Government Data aus sich heraus einen Schaden verursachen kann. Dabei ist an die Definition von „Daten“ zu erinnern (siehe vorn, Ziffer 4). Daten sind Informationen in besonderer Form. Datenfehler sind damit Informationsfehler. Es ist also genauer zu untersuchen, wie die Qualität von Informationen gemessen oder beschrieben werden kann.





## 12. Parameter zur Bestimmung von Informationsqualität im Allgemeinen

- 12.1. Die nachfolgenden Ausführungen zeigen, dass Information nicht abstrakt als qualitativ hoch- oder minderwertig beurteilt werden kann. Ob Information gut oder schlecht bzw. richtig oder falsch ist, lässt sich stets nur in einem ganz *bestimmten Kontext* beurteilen (hierzu GASSER URS, Variationen über „Informationsqualität“, in: Schweizer Rainer J./Burkert Herbert/Gasser Urs (Hrsg.), Festschrift für Jean Nicolas Druey, Zürich/Basel/Genf 2002, 739 f.; ADAMS STEPHEN, Information Quality, Liability, and Corrections, Online Magazine 2003 16 ff., <<http://www.infoday.com/online/sep03/adams.shtml>>, besucht am 2. März 2012).
- 12.2. Informationsqualität setzt sich aus einer Vielzahl von Aspekten zusammen. Es lassen sich insbesondere die folgenden Aspekte nennen:
- 12.2.1. Richtigkeit: Information kann kaum je abstrakt richtig oder falsch sein. Mit Blick darauf, dass sich Erkenntnisse weiterentwickeln, spricht man vom „aktuellen Stand des Irrtums“. Eine Wahrheitskommission hätte es schwer, Verlässliches zu sagen (ohne ins Absolute zu verfallen, wie das „Ministry of Truth“ – oder Minitrue – in Orwell's 1984). „Richtig“ ist ein relativer Begriff und abhängig davon, an welcher Referenzgruppe oder an welchen Referenzwerten sich der Empfänger der Information orientiert.
- 12.2.2. Vollständigkeit: Vollständigkeit von Information kann man bejahen, wenn alle wesentlich zu einem Thema gehörenden Elemente von Information enthalten sind (äussere Vollständigkeit) und die Information einen ausreichenden Detaillierungsgrad, d.h. die nötige Tiefenschärfe hat (innere Vollständigkeit). Ob eine Information vollständig ist, hängt jedoch stark von der Situation ab, in der sie verwendet wird. So kann eine Aussage, die z.B. im Rahmen einer Maturarbeit noch als vollständig erscheint, für einen Absolventen der Universität im selben Fachbereich als unvollständig erscheinen.
- 12.2.3. Verlässlichkeit: Die Verlässlichkeit thematisiert, wie hoch die Wahrscheinlichkeit ist, dass ein von der Information beschriebener Sachverhalt eintritt oder zutrifft. Das Kriterium bindet auch subjektive Elemente des Empfängers mit ein, wie z.B. dessen Vorwissen. Kann der Empfänger aufgrund seines eigenen Wissens eine bestimmte Information besser einordnen als andere, kommt er hinsichtlich deren Verlässlichkeit zu andern Schlüssen als seine Vergleichsperson. Umgekehrt kann der Absender der Information die Verlässlichkeit der Information durch einschränkende Kommentare relativieren.
- 12.2.4. Klarheit: Klarheit ist ebenfalls ein relativer Begriff und hängt vom Kenntnisstand des Empfängers ab. Je nach Empfänger können verklausulierte Aussagen bzw. blosse Andeutungen den vom Absender beabsichtigten Sinn ergeben oder nicht.
- 12.2.5. Schlüssigkeit: Information ist schlüssig, wenn sie dem Empfänger eine Erkenntnis im Hinblick auf einen anstehenden Entscheid liefert. Ob Information schlüssig ist, hängt somit entscheidend davon ab, welchen Entscheid der Empfänger zu fallen gedenkt. Ein und dieselbe Information kann für den einen Entscheid schlüssig sein, für einen andern aber nicht. Schlüssigkeit lässt sich somit nur aus der Empfängerperspektive definieren.
- 12.2.6. Aufnehmbarkeit: Aufnehmbarkeit bezeichnet den Aufwand, der innerhalb eines Informationsvorgangs notwendig ist. Je mehr Aufwand nötig ist, um Information nachzuvollziehen, desto schlechter wird sich der Empfänger die Information merken können. Auch dieses Kriterium ist kontext- oder empfängerabhängig: Es lässt sich zwar feststellen, dass eine Gratiszeitung, wie sie im Nahverkehr angeboten wird, für viele leichter aufnehmbar ist als manch eine traditionelle Tageszeitung. Ohne Angabe eines bestimmten, zu vereinbarenden Referenzwerts, lässt sich aber nicht beurteilen, ob eine komplexer formulierte Aussage „fehlerbehaftet“ ist oder nicht.





12.2.7. Nützlichkeit und Zeitgerechtigkeit: Nützlichkeit ist eine pragmatische Dimension von Information. Wiederum ist eine Aussage dazu, ob Information nützlich ist (im entsprechenden Zeitpunkt nützlich war), ohne ergänzende Kriterien nicht möglich. Auch dieses Kriterium ist empfänger- und kontextabhängig.

12.3. Auch die Frage, ob Information richtig formatiert ist, lässt sich nicht abstrakt entscheiden. Relevant sind wiederum der Empfänger und der Kontext, in dem der Empfänger die Information einsetzen will. Ein Computerprogramm in der „falschen“ Programmiersprache ist für den einen unbrauchbar, für den andern aber perfekt.

### 13. Kontextabhängigkeit des Begriffs Informationsfehler

13.1. Mit Blick auf die vorstehenden Kriterien (Ziffer 12) lässt sich festhalten, dass Information nur im Rahmen eines konkret feststehenden Kontexts daraufhin beurteilt werden kann, ob sie bestimmte Qualitätserwartungen erfüllt oder nicht.

13.2. Für die Haftungsfrage bedeutet dies Folgendes: Ist der Kontext nicht klar bestimmt, erkennbar oder zwischen den beteiligten Personen vereinbart, kann Information nicht fehlerhaft sein. Wer die Information erstellt hat und keinerlei Anhaltspunkte hatte, den Kontext, in welchem die Information genutzt werden soll, zu erkennen, kann nicht unsorgfältig sein und keine Rechtsverletzung begehen. Ohne die ganz konkret an die Information gestellte Erwartungshaltung zu kennen, ist es in keinem Fall möglich zu bestimmen, ob eine bestimmte Information das erfüllt, was sie erfüllen soll. Weil der Kontext nicht bekannt ist, in dem die Information dann zum Einsatz kommen wird, können wir nicht einmal sagen, ob die Information fehlerhaft ist oder nicht.

13.3. In diesem Zusammenhang ist von besonderer Bedeutung, dass „Informationsqualität“ und „Informationsfehler“ nicht einfach das Gegenüber ein und derselben Medaille sind:

- Der Begriff „Informationsqualität“ bringt eine Erwartungshaltung zum Ausdruck, die wir heute machen, um das Morgen zu planen.
- Demgegenüber machen wir eine rückwärtsgerichtete Aussage, wenn wir von „Informationsfehlern“ sprechen. Der Begriff „Informationsfehler“ bringt zum Ausdruck, dass ein Test oder ein wirkliches Erlebnis gezeigt haben, dass eine bestimmte Information sich im Alltag als unzureichend bewiesen hat.

Oder anders ausgedrückt: Könnten wir heute schon sagen, dass eine bestimmte Information einen Informationsfehler hat, hätten wir in eben diesem Moment den Informationsfehler ausgemerzt. Im Moment, in dem bekannt ist, dass die Information für einen bestimmten Einsatzzweck nicht geeignet ist, enthält die Information eben diese Warnung. Die Warnung *ergänzt* die Information und stellt klar, dass die Information für den beabsichtigten Einsatzzweck besser nicht verwendet werden sollte. Erst wenn der Informationslieferant in Bezug auf die Information zum Ausdruck gebracht hat, dass die Information an einem bestimmten Massstab zu messen ist, kann die Information getestet werden. Ein solcher Massstab kann sich etwa aus Zusicherungen oder aus einem anderen, ein besonderes Vertrauen begründenden Verhalten ergeben. Der Massstab fehlt aber, wenn Information nicht mit Blick auf einen bestimmten Verwertungszweck offengelegt wird. Ebenso fehlt der Massstab, wenn die in Frage stehende Information gar nicht erst verwertet wird. Ohne einen konkreten Massstab, ist es jedoch logisch ausgeschlossen, eine Information als fehlerhaft zu bezeichnen.

13.4. Das führt zu einer für die vorliegende Analyse wesentlichen Erkenntnis: Ohne einen konkret vereinbarten Einsatzzweck oder ohne dass eine Verwertungshandlung stattgefunden hätte, können Daten nicht fehlerhaft sein. Erst wenn Daten für eine Maschine oder sonstwie, z.B. in einem Computerprogramm eingesetzt werden, kann sich zeigen, ob ein Datenset fehlerhaft ist und ein Schädigungspotential aufweist. Ungenutzte Daten sind gewissermassen „inert“. Erst die Verwendung „zündet“ das Schädigungspotential. Mit andern Worten: Eine Behörde, welche Daten zur Verfügung stellt, aber diese niemandem für einen konkreten Einsatzzweck empfiehlt, hat kein Schädigungspotential aktiviert. Wer aber Daten von einer öffentlich zugänglichen



Plattform nimmt, in einen erweiterten Kontext bringt und so verwertet, der schafft ein Haftungsrisiko – für das er entsprechend dem Verursacherprinzip auch selber einzustehen hat.

- 13.5. Demgegenüber ist die Bereitstellungshandlung als solche kaum je ursächlich für eine allfällige Wirkung, die unter Verwendung der Information entsteht. Haftungsrechtlich gesprochen fehlt es an relevanter Kausalität, einer wesentlichen Voraussetzung für Haftung.

## **IV. Haftung der Stadt Zürich für Open Government Data**

### **A. Allgemeine Grundlagen der Haftung der Stadt Zürich**

Ohne anderslautende ausdrückliche gesetzliche Anordnung, dass privatrechtliche Bestimmungen zur Anwendung kommen, ist das Veröffentlichen von Open Government Data wie gesehen als Realakt zu qualifizieren (dazu Ziffer 11.3).

### **14. Kantonales Haftungsgesetz**

- 14.1. Gestützt auf Art. 61 OR können die Kantone eigene Haftungsgesetze erlassen, um die Haftungsfolgen von schädigendem Verhalten ihres Personals zu regeln:

*„Über die Pflicht von öffentlichen Beamten oder Angestellten, den Schaden, den sie in Ausübung ihrer amtlichen Verrichtungen verursachen, zu ersetzen oder Genugtuung zu leisten, können der Bund und die Kantone auf dem Wege der Gesetzgebung abweichende Bestimmungen aufstellen“ (Art. 61 Abs. 1 OR).*

- 14.2. Damit haftet die Stadt Zürich für als Open Government Data veröffentlichte Information nach den Grundsätzen von § 6 des Haftungsgesetzes.

- 14.3. Das Haftungsgesetz stellt zwei Haftungsregeln auf, die für die vorliegende Analyse relevant sind. Neben einer allgemeinen Haftungsregel (Absatz 1, dazu nachfolgend Ziffer 15) regelt das zürcherische Haftungsgesetz ausdrücklich auch die Haftung bei schädigenden Auskünften (Absatz 3, dazu nachfolgend Ziffer 16):

*„Der Kanton haftet für den Schaden, den ein Angestellter in Ausübung amtlicher Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügt“ (§ 6 Abs. 1 Haftungsgesetz).*

*„Für den Schaden aus falscher Auskunft haftet der Kanton nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Angestellten“ (§ 6 Abs. 3 Haftungsgesetz).*

- 14.4. Das zürcherische Haftungsgesetz stellt überdies klar, dass es eine direkte Haftpflicht des Angestellten gegenüber dem Geschädigten nicht gibt. Der Geschädigte muss sich an den Kanton halten, wenn er Schadenersatz einfordern will:

*Dem Geschädigten steht kein Anspruch gegen den Angestellten zu. (§ 6 Abs. 4 Haftungsgesetz)*



## 15. Kausalhaftung gemäss der Grundnorm (§ 6 Abs. 1 Haftungsgesetz)

- 15.1. Schädigt die Stadt Zürich einen Dritten, schuldet sie nach der Grundnorm dann Schadenersatz, wenn:
- 15.1.1. dem Geschädigten ein Schaden entstanden ist;
  - 15.1.2. der Schaden auf das Verhalten der Stadt Zürich bzw. ihrer Angestellten zurückgeht (Kausalität). Nicht jede irgendwie geartete Kausalität genügt jedoch. Die Haftung muss mit Blick auf die Nähe der Kausalität als die adäquate Rechtsfolge erscheinen (Adäquate Kausalität). Die Kausalkette muss bei rechtlicher Würdigung als genügend eng erscheinen, andernfalls die Stadt Zürich von Ersatzpflicht befreit ist;
  - 15.1.3. das schädigende Verhalten einen funktionalen Zusammenhang zu einer amtlichen Tätigkeit hat, für die der Staat einstehen muss;
  - 15.1.4. die schädigende Handlung widerrechtlich gewesen ist. Die Widerrechtlichkeit lässt sich namentlich begründen, wenn die Stadt Zürich gegen eine allgemeine gesetzliche Pflicht verstösst und dadurch ein absolut geschütztes Rechtsgut verletzt hat (so z.B. Eigentum oder Immaterialgüterrechte). Das Vermögen als solches ist kein Rechtsgut, seine Schädigung für sich allein somit nicht widerrechtlich. Ist der Geschädigte „nur“ im Vermögen verletzt, muss das Verhalten als solches rechtswidrig sein. Das ist dann der Fall, wenn das Verhalten gegen eine Bestimmung verstösst, die nach ihrem Zwecke vor derartigen Schäden schützen soll. Fehlt eine solche Norm, ist die Schädigung nicht widerrechtlich. Die Rechtmässigkeit eines an und für sich widerrechtlichen Verhaltens kann sich im Übrigen aus Rechtfertigungsgründen ergeben.
- 15.2. Die Staatshaftung gemäss § 6 Abs. 1 Haftungsgesetz ist eine Kausalhaftung, die kein Verschulden voraussetzt.

## 16. Verschuldenshaftung bei falscher Auskunft (§ 6 Abs. 3 Haftungsgesetz)

- 16.1. Anders als die Grundnorm (§ 6 Abs. 1 Haftungsgesetz) ist die Ausnahmeregelung in § 6 Abs. 3 Haftungsgesetz als Verschuldenshaftung ausgestaltet.

*„Für den Schaden aus falscher Auskunft haftet der Kanton nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Angestellten“ (§ 6 Abs. 3 Haftungsgesetz).*

- 16.2. Die Bestimmung gemäss § 6 Abs. 3 Haftungsgesetz spielt in der Praxis eine sehr untergeordnete Rolle. Dies dürfte zunächst damit zusammenhängen, dass die Hürden für einen Haftungsanspruch gegen den Staat mit dem Nachweis von Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit erheblich sind. Der Begriff der groben Fahrlässigkeit hat dabei dieselbe, objektivierte Bedeutung wie im Zivilrecht. Die Haftungsregelung entspricht im Übrigen dem Haftungsmassstab für von Privaten unentgeltlich zur Verfügung gestellte Information.
- 16.3. Sodann dürfte von Bedeutung sein, dass auch ausserhalb der Staatshaftungsverfahren ein Berufung auf den Vertrauensschutz zulässig ist, wenn eine Behörde eine unrichtige Auskunft gibt. Rechtsunterworfenen können also auch im Rahmen von verwaltungsrechtlichen Spezialverfahren die Grundsätze der Vertrauenshaftung geltend machen.

## 17. Vertrauenshaftung im Allgemeinen

Als letzte, im kantonalen Haftungsgesetz jedoch nicht ausdrücklich geregelte Haftungsgrundlage, ist die Vertrauenshaftung zu nennen. Wer von einer Behörde in berechtigtem Vertrauen



enttäuscht wird, ist in seinem Vertrauen zu schützen. Der Vertrauensschutz setzt zunächst eine Sonderverbindung voraus.

17.1. Sonderverbindung: Damit ein Rechtssubjekt sich auf den öffentlich-rechtlichen Vertrauensschutz berufen kann, muss eine Behörde ihm Anlass gegeben haben, berechtigtes Vertrauen zu entwickeln. Das Verhalten der Behörde muss geeignet sein, Vertrauen bei einem bestimmten Rechtsunterworfenen zu begründen. Notwendig ist ein Kontakt zu einer Behörde, der eine gewisse inhaltliche Bestimmtheit mit sich bringt. Analog dem Privatrecht, bedarf es auch für die öffentlich-rechtliche Vertrauenshaftung einer Sonderverbindung.

17.2. Des Weiteren müssen folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein:

- Zuständigkeit der Behörde;
- Vorbehaltlosigkeit der Auskunft bzw. des Verhaltens;
- Unrichtigkeit der Auskunft nicht erkennbar;
- Nachteilige Disposition auf Grund des behördlichen Verhaltens;
- Keine Änderung des Sachverhaltes oder der Rechtslage;

Auch wenn die Voraussetzungen für den Schutz des Vertrauens der Privaten in eine unrichtige Auskunft erfüllt sind, bleibt abzuwägen, ob nicht dennoch ausnahmsweise das öffentliche Interesse an der richtigen Rechtsanwendung dem Vertrauensschutz (Schutz des Vertrauens in die unrichtige Auskunft) vorzugehen hat.

17.3. Der Vertrauensschutz ist ein Korrektiv, das nur in ausnahmsweise begründeten Konstellationen zum Tragen kommt, das aber nicht geeignet ist, eine breite Bevölkerung gegen allfällige Risiken aus dem Verhalten einer Behörde zu schützen. Dies wird für die folgende Analyse von Bedeutung sein. Das Abstellen auf die Sonderverbindung zeigt deutlich, dass Vertrauen nur in einem ganz bestimmten, eng abgegrenzten Kontext überhaupt entstehen kann.

## **B. Haftung der Stadt Zürich für Open Government Data**

Nach der Darstellung der Haftungsgrundlagen ist nun zu untersuchen, inwiefern sich aus den Haftungsgrundlagen ein besonderes Haftungsrisiko der Stadt Zürich ergibt.

### **18. Fehlerhafte Daten stellen kein Verhaltensunrecht im Sinne des Haftungsrechts dar**

18.1. Die Ausführungen in den Ziffern 12 und 17 haben gezeigt, dass sich Rechtswidrigkeit nur (aber immerhin) aus dem Kontext ergeben kann. Aus dem Vorstehenden wird ersichtlich, dass Information und damit auch Open Government Data nur rückblickend als fehlerhaft qualifiziert werden kann. Wusste eine Behörde jedoch nichts von der später vorgenommenen Verwendung, kann ihr auch eine Haftung nicht angelastet werden. Da die Behörde im Zeitpunkt der Veröffentlichung keine Aussage dazu machen konnte, ob die Daten fehlerhaft sein würden, ist ihr im Zeitpunkt der Veröffentlichung auch kein Verhaltensunrecht anzulasten. Damit ist eine Haftung für das blosses Veröffentlichen von Open Government Data bereits logisch ausgeschlossen, sofern ein Datensatz einen „blossen“ Vermögensschaden verursacht hat (siehe vorn, Ziffer 15); vorbehalten bleiben die Ausführungen in Ziffer 20.1.

18.2. Denkbar ist zwar, dass eine Behörde dennoch haftet, nämlich wenn sie konkrete Kenntnis davon hat, wozu ein möglicher Empfänger die Daten einsetzen wird (dazu Ziffer 18.3). Ausserdem, wenn sie nachträglich konkret angefragt wird und eine konkrete Auskunft erteilt (dazu Ziffer 18.4). Schliesslich begründet jede ausdrückliche oder implizite Zusicherung, die im Zusammenhang mit einem Datensatz abgegeben wird, ein Haftungsrisiko (dazu Ziffer 18.5).



- 18.3. Konkrete Kenntnis: Haftung wegen konkreter Kenntnis kann resultieren, wenn ein publizierter Datensatz von vornherein nur einen ganz bestimmten Zweck haben kann. Es sind namentlich die folgenden Konstellationen denkbar:
- Flugpläne (was sich aus Rechtsprechung im Ausland ergibt);
  - andere Landkarten, wobei dies im Einzelfall genauer zu klären sein dürfte (z.B. Haftung möglich für Spezialkarten, kaum jedoch für allgemeine Gebirgskarten);
  - Formulare mit haftungsbegründenden Aussagen.
- 18.4. Konkrete Auskunft: Denkbar ist auch, dass eine Behörde nachträglich konkret dahingehend angefragt wird, ob ein bestimmter Datensatz zum Einsatz in diesem oder jenem Gebiet tauglich sei. Wenn eine Behörde dann eine solche Anfrage bejaht oder eine andere Auskunft gibt, begibt sie sich mit einem Schritt ins Haftungsrisiko. Entsprechend sollten Stellen instruiert werden, solche Aussagen zu unterlassen. Ausserdem sollte die Behörde mit angemessenen Nutzungsbedingungen dafür sorgen, dass solche Probleme möglichst ausgeschlossen werden.
- 18.5. Konkrete Zusicherung: Die Stadt Zürich ist gehalten, Verzeichnisse über vorhandene Datensätze zu publizieren (z.B. § 14 Abs. 4 IDG). In diesem Zusammenhang besteht ein gewisses Risiko, dass die Stadt Zürich Aussagen dazu macht, welche Daten im Datensatz enthalten sind, und welche Resultate der Datensatz allenfalls erzielen kann. Solche Aussagen sollten vermieden werden, weil sie als werbemässige Anpreisungen verstanden werden könnten. Anpreisungen können als Zusicherungen verstanden werden und haftungsbegründend sein.

## 19. Keine Unterlassungshaftung bei fehlender Voraussehbarkeit

- 19.1. Die vorstehenden Überlegungen gelten für die Staatshaftung aufgrund des Umstands, dass die Stadt Zürich Datensätze veröffentlicht hat (Beurteilung eines positiven Verhaltens).
- 19.2. Die relevanten Überlegungen (Haftung nur für erkennbaren konkreten Kontext, siehe etwa Ziffer 17) gelten jedoch auch für die Haftung wegen unterlassener Sorgfaltspflicht. Ergänzend kommt freilich hinzu, dass bei Unterlassungen der Umstand allein, dass z.B. ein absolutes Rechtsgut verletzt ist, nicht haftungsbegründend sein kann. Die Stadt Zürich haftet für Unterlassungen (namentlich: Unterlassene Aufklärung) nur, wenn eine Schutznorm vorliegt, aufgrund derer sie für die geschädigte Person eine Garantenstellung einnimmt und sie eine daraus resultierende Handlungspflicht nicht wahrgenommen hat. Ob solche Pflichten bestehen, lässt sich nur im Einzelfall feststellen. Von besonderer Relevanz ist jedoch, dass eine Haftung für Unterlassungen nur dann denkbar ist, wenn ein Schaden voraussehbar ist. Hat die Stadt Zürich keine Kenntnis von einer möglichen Verwendung eines Datensatzes, ist der durch die Verwendung begründete Schaden für die Stadt Zürich auch nicht voraussehbar. Die Voraussehbarkeit ist das entscheidende Kriterium für die Unterlassungshaftung der Stadt Zürich. Zu prüfen wird sein, inwieweit das betreffende Gemeinwesen vom Risiko wusste bzw. hätte wissen müssen. Dabei ist von einer objektiven Betrachtungsweise auszugehen.

## 20. Relevanter Zeitpunkt der Kenntnis

- 20.1. Wie gezeigt, ist für die Haftung der Stadt Zürich Kenntnis des Nutzungskontexts von Bedeutung. Wenn die Stadt Zürich im Zeitpunkt der Publikation eines Datensatzes keine Kenntnis davon hat, wie der Datensatz konkret eingesetzt wird, kann sie u.E. dafür nicht haften.
- 20.2. Bei Verhaltensunrecht: Wirft ein Geschädigter der Stadt Zürich Verhaltensunrecht vor (Publikation eines Datensatzes trotz mangelnder Datenqualität), muss die Kenntnis im Zeitpunkt der Datenveröffentlichung massgeblich sein. Kenntnis des konkreten Verwendungszwecks eines Datensatzes kann zu Haftung führen. Spätere Kenntnis darf demgegenüber nicht zur Haftung führen. Die Stadt Zürich hat gegenüber Dritten keinerlei Verpflichtung, dauerhaft gegen Schäden zu schützen. Für eine Kontroll- oder Überwachungspflicht der Stadt Zürich in Bezug auf die Verwendung der publizierten Datensätze gibt es soweit ersichtlich keine gesetzliche



Grundlage. Aus allgemeinen Grundsätzen lässt sich eine Kontroll- oder Überwachungspflicht der Stadt Zürich nicht ableiten.

- 20.3. Es ist denkbar, dass die Stadt Zürich nachträglich konkrete Kenntnis davon erhält, wie einer der von ihr publizierten Datensätze schliesslich verwendet worden ist. Auch dies kann nach den vorstehend geschilderten Grundsätzen keine Haftung auslösen. Der Stadt Zürich dürfte in aller Regel nicht bekannt sein, mittels welcher Methoden, mit welcher Software etc. die Datensätze zum Einsatz kommen. Beteiligt sich die Stadt Zürich aber aktiv an einem Datenprojekt, hat die Stadt Zürich solche Kenntnis, und eine Haftung erscheint als grundsätzlich möglich.
- 20.4. Bei Unterlassungen: Wirft ein Geschädigter der Stadt Zürich eine rechtswidrige Unterlassung vor, ist die Kenntnis im Zeitpunkt des Schadenseintritts relevant.

## **21. Ein Datenangebot auf einer Webseite löst für sich allein die Haftung unter § 6 Abs. 3 Haftungsgesetz nicht aus**

- 21.1. Eine Haftung der Stadt Zürich gestützt auf § 6 Abs. 3 Haftungsgesetz allein deswegen, weil die Stadt einen Datensatz veröffentlicht, erscheint ausgeschlossen. Im Zusammenhang mit Open Government Data ist namentlich in Erinnerung zu rufen, dass:
- die Behörde eben gerade nicht kontrollieren kann, wer die Informationen beziehen wird; sie kennt also den Datenempfängerhorizont in der Regel nicht, womit eine Haftung wegen mangelhafter Qualität der im Webangebot der Stadt Zürich offerierten Daten gestützt auf die Ausführungen unter Ziffer 12.2 ausscheidet;
  - die zur Verfügung gestellten Informationen eben gerade nicht auf einen konkreten Sachverhalt ausgerichtet sind, sondern nur in allgemeiner Form vorhanden sind, d.h. losgelöst von einem Anwendungsfall.
- 21.2. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil damit die Haftung für falsche Auskunft gleich in zweifacher Hinsicht wegfällt:
- zunächst, weil nicht von „unrichtig“ oder „falsch“ gesprochen werden kann (siehe Ziffer 12.2);
  - sodann, weil die herrschende Lehre und Rechtsprechung die Vertrauenshaftung dann nicht zulässt, wenn die Auskunft nur allgemeiner Natur war, und sich nicht auf einen konkreten Sachverhalt bezog:

*„In Lehre und Rechtsprechung wird mehrheitlich die Auffassung vertreten, nur eine auf einen konkreten, die auskunftserheischende Person direkt betreffenden Sachverhalt bezogene Auskunft könne die Behörden binden, nicht aber eine allgemeine Auskunft“. (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 670 ff.)*

- 21.3. Die Haftung für falsche Auskünfte kann sich jedoch realisieren, wenn eine Behörde eine konkrete Auskunft abgibt (dazu Ziffer 18.4) oder eine konkrete Zusicherung abgibt (Ziffer 18.5).

## **22. Verbindliche Normen zum Schutz von Information**

- 22.1. Während eine Behörde primär also haften kann, wenn sie den Kontext kennt, in dem die veröffentlichten Datensätze zum Einsatz kommt, lassen sich auch Schutznormen nennen, aufgrund derer Information ohne Einbezug des Empfängerkontexts als rechtswidrig und damit als haftungsbegründend erscheint (sofern darüberhinaus auch die weiteren Voraussetzungen einer Haftung erfüllt sind, namentlich Schadenseintritt und Kausalität, je nachdem auch Verschulden).





22.2. Für die Schweiz sind etwa die folgenden Rechtsquellen zu nennen:

- 22.2.1. Verstoss gegen das Strafrecht: Wer sich der üblen Nachrede oder anderer Ehrverletzungsdelikte schuldig macht (Art. 173 ff. Strafgesetzbuch, SR 311.0 (StGB)), mittels Verbreitung von irreführenden Informationen eine Kursmanipulation herbeiführen will (Art. 161<sup>bis</sup> Abs. 2 StGB) verstösst gegen eine absolutrechtliche Schutznorm und macht sich straf- und haftbar.
- 22.2.2. Verstoss gegen Immaterialgüterrechte: Wer Informationen verbreitet, die Gegenstand von Urheber- oder Patentrechten sind, haftet für die damit begangenen Urheberrechts- und Patentrechtsverletzungen.
- 22.2.3. Verstoss gegen Wettbewerbsrechte: Wer Informationen verwertet, obwohl er dazu nicht befugt ist und so einen Wettbewerber im Markt beeinträchtigt, kann sich haftbar machen (z.B. Art. 5 lit. a Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, SR 241 (UWG), "Verwertung anvertrauter Arbeitsergebnisse").
- 22.2.4. Verstoss gegen Persönlichkeitsrechte, unter Einschluss des Datenschutzrechts: Wer Informationen preisgibt, die die Persönlichkeit eines andern beeinträchtigen, kann sich strafbar machen.

22.3. Zusätzlich zu den absoluten Rechtsquellen, die eine Haftung für Open Government Data begründen können, auch wenn die Datensätze noch nirgends verwendet worden sind, ist zu nennen, dass sich eine Behörde auch vertraglich verpflichtet haben könnte, gewisse Handlungen zu unterlassen. Das Offenlegen von Open Government Data könnte somit aufgrund vertraglicher Vereinbarung verboten sein. Wer seinem Vertragspartner Bedingungen zusichert, an denen er gemessen werden will, hat dafür einzustehen. Die Grundlage solcher Zusicherungen ("Gewährleistung") ist ein durchsetzbar vereinbarter Vertrag. Nichterfüllung der Zusicherung begründet Haftung.

22.4. In den vorgenannten Fällen hat es die Rechtsordnung übernommen, für den Schutz Dritter zu sorgen. Wer mit freigegebenen Informationen solche Drittrechte verletzt, kann für Schäden haftbar werden.

### 23. Verbleibende Haftungsrisiken

Nach dem Gesagten sind insbesondere die folgenden Restrisiken zu nennen:

23.1. Vermögensschaden mit besonderen Umständen: Resultiert ein fehlerhafter Datensatz im Nachhinein in einem Vermögensschaden, ist eine Haftung der Stadt Zürich zunächst einmal nicht wahrscheinlich, es sei denn, die Stadt Zürich muss sich nach § 6 Abs. 1 Haftungsgesetz ein Verhaltensunrecht vorwerfen lassen. In Frage kommt jedoch nur:

- das Missachten einer speziellen Garantenstellung gegenüber einem bestimmten Dritten. Eine allgemeine Haftung gegenüber einem offenen Personenkreis erscheint nicht als wahrscheinlich;
- der Verstoss gegen eine besonders stipulierte Schutznorm (Urheberrecht, Patentrecht, Geheimhaltungsvereinbarungen, Personendatenschutz).

Allein die Tatsache, dass ein Datensatz sich im Nachhinein als fehlerhaft erweist, genügt nicht für eine Haftung der Stadt Zürich.

23.2. Körperschäden: Resultiert eine Schädigung in einem Körperschaden, ist zunächst eine Haftung der Stadt Zürich in aller Regel deswegen ausgeschlossen, weil die Stadt Zürich keinen Fehler machen konnte, allein deswegen, dass sie einen Datensatz zur Verfügung gestellt hat, der sich im Nachhinein als fehlerhaft erwies (siehe Ziffer 13). Soweit die Stadt Zürich jedoch voraussehen kann, dass ein Datensatz möglicherweise in einer Körperschädigung resultieren könnte, besteht grundsätzlich ein Haftungsrisiko für die Stadt Zürich.



## V. Haftung für allgemein verfügbar gemachte Informationen im Privatrecht

Mit Blick darauf, dass die Haftung für Open Government Data, welche die Stadt Zürich offenlegt, sich nach der hier vertretenen Auffassung nach öffentlich-rechtlichen Kriterien beurteilt (siehe vorn, Ziffer 11), wären Ausführungen zur privatrechtlichen Haftung nicht erforderlich. Zum Vergleich erscheint es aber als sinnvoll, die Haftungsregeln auch nach privatrechtlichen Grundsätzen kurz zu umreissen, insbesondere für den Fall, dass die Stadt Zürich gewisse Open Government Data *gewerblich* anbieten will.

### 24. Ausserververtragliche Haftung

24.1. *„Das Bereithalten von Information auf einer Website ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ein ausserververtragliches Tätigwerden, wenn nicht weitere Elemente hinzukommen.“* (BRINER ROBERT G., Haftung für Informationen auf Websites, sic! 2002 231 ff., 232; WEBER ROLF H., Zivilrechtliche Haftung im Internet, in: Arter Oliver/Jörg Florian S. (Hrsg.), Internet-Recht und Electronic Commerce Law, 3. Tagungsband, Stämpfli Verlag Bern 2003, 8). Die Stadt Zürich will zwar im Umfeld der Downloadmöglichkeit von OGD-Datensätzen einen Disclaimer anbringen. Um die Abläufe nicht zu verkomplizieren, wird jedoch aller Voraussicht nach darauf verzichtet, den Download von einer Registrierung oder ähnlichen Einrichtungen abhängig zu machen, die den Nachweis erbringen, dass derjenige, der einen Datensatz nutzt, an die Bedingungen auf der entsprechenden Webseite der Stadt Zürich gebunden ist. Damit ist davon auszugehen, dass die Stadt Zürich im Fall einer Schädigung durch ihre Daten – Anwendung von privatem Haftungsrecht vorausgesetzt – nur, aber immerhin, ausserververtraglich haftet.

24.2. Entscheidend für die Wertung der Haftungsfrage sind die folgenden Umstände, die für die meisten der kostenlos zur Verfügung gestellten Informationen typisch sein dürften:

- „wer Informationen auf dem Internet bereithält, begibt sich grundsätzlich jeder Einflussmöglichkeit darauf, wer auf die Informationen zugreift und wie die Informationen verwendet werden“ (BRINER, 238);
- „ein wesentlicher Faktor ist das Verschulden des Schädigers. Je ausgeprägter seine Garantstellung und besonderen Kenntnisse kraft seiner Stellung, desto höher seine Sorgfaltspflicht und der anzulegende Massstab.“ (BGE 111 II 474; BRINER, 240).

Was für die Stadt Zürich nach öffentlich-rechtlichen Kriterien gilt, gilt auch für die Beurteilung nach dem privaten Haftungsrecht. Allein das Veröffentlichen eines Datensatzes macht ein Schädigungspotential nicht voraussehbar. Die ausserververtragliche Haftung nach Art. 41 Abs. 1 OR ist eine Verschuldenshaftung:

*„Wer einem andern widerrechtlich Schaden zufügt, sei es mit Absicht, sei es aus Fahrlässigkeit, wird ihm zum Ersatze verpflichtet“ (Art. 41 Abs. 1 OR).*

Da ein Datensatz per se, d.h. losgelöst von einem konkreten Einsatzzweck, nicht fehlerhaft sein kann, scheidet auch die Haftung allein aufgrund der Veröffentlichung des Datensatzes aus (siehe vorn Ziffer 12 und Ziffer 18).

24.3. Auch die Haftung aufgrund eines Unterlassens entspricht der Haftung nach öffentlichem Recht (siehe vorn, Ziffer 19).

24.4. Anzumerken ist schliesslich, dass ein grobes Selbstverschulden des Geschädigten bzw. hinzutretende Mitursachen unter Umständen den Kausalzusammenhang zu unterbrechen vermögen. Der Umstand, dass ein Dritter einen publizierten Datensatz einsetzt und seinerseits allenfalls erforderliche Prüfpflichten unterlässt, kann als Mitursache den Kausalzusammenhang unter Umständen durchbrechen. Ob die Intensität der Mitursache ausreicht, um den Kausalzusammenhang zu unterbrechen, ist jedoch vom Einzelfall abhängig.



- 24.5. Sollte die Haftung nach ausservertraglichen Kriterien begründet sein, ist denkbar, dass der Richter mit Blick auf die geplante Unentgeltlichkeit der Datenveröffentlichung die Ersatzpflicht des Staates reduziert oder sogar ganz davon absieht, die Stadt Zürich zu Schadenersatz zu verpflichten. Massgeblich sind die folgenden Bestimmungen, für deren Anwendung sich jedoch ebenfalls wenig verlässliche Prognosen allgemeiner Natur machen lassen.

*„Art und Grösse des Ersatzes für den eingetretenen Schaden bestimmt der Richter, der hiebei sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens zu würdigen hat“ (Art. 43 Abs. 1 OR);*

*„Hat der Geschädigte in die schädigende Handlung eingewilligt, oder haben Umstände, für die er eintreten muss, auf die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens eingewirkt oder die Stellung des Ersatzpflichtigen sonst erschwert, so kann der Richter die Ersatzpflicht ermässigen oder gänzlich von ihr entbinden“ (Art. 44 Abs. 1 OR).*

## **25. Vereinbarte Haftungsausschlüsse oder -reduktionen**

- 25.1. Haftet die Stadt nach privatrechtlichen Kriterien, kann sie grundsätzlich die Haftung auch für ausservertragliches Verhalten ausschliessen. Die Haftung sowohl für eigenes Verhalten als auch für Hilfspersonen ist jedoch nur für leichte Fahrlässigkeit zulässig (Art. 100 Abs. 1 OR und Art. 101 Abs. 3 OR). Ob die Stadt Zürich den Ausschluss für eigenes Verhalten, d.h. für Verhalten von Amtsdirektoren oder Personen in ähnlicher Stellung ausschliessen könnte, ist mit Blick auf Art. 100 Abs. 2 OR allenfalls fraglich:

*„Auch ein zum voraus erklärter Verzicht auf Haftung für leichtes Verschulden kann nach Ermessen des Richters als nichtig betrachtet werden, wenn der Verzichtende zur Zeit seiner Erklärung im Dienst des anderen Teiles stand, oder wenn die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt“ (Art. 100 Abs. 2 OR).*

- 25.2. Dieses Problem ist mit Blick auf Folgendes jedoch nicht weiter zu vertiefen:

- 25.3. Ein Haftungsausschluss kann nur vereinbart werden, wenn beide Parteien der zu vereinbarenden Rechtsfolge (Haftungsausschluss) zustimmen. Im Zusammenhang mit Open Government Data dürfte es aber in der Regel nicht zu einem durchsetzbaren Vertrag kommen (siehe vorn, Ziffer 11.2). Dies ist jedenfalls dann so, wenn der Datenbezug als Massengeschäft eingerichtet wird (Abruf von einer frei zugänglichen Webseite). Fehlt es aber an einem durchsetzbaren Vertrag, scheidet der Ausschluss für leichte Fahrlässigkeit von vornherein, aber nicht erst wegen Art. 100 Abs. 2 OR.

- 25.4. Umgekehrt: Stellt die Stadt Zürich Open Government Data unentgeltlich zur Verfügung und kommt man zum Schluss, dass im Einzelfall zwischen dem OGD-Abnehmer und der Stadt Zürich ein privatrechtlicher Vertrag zu Stande gekommen ist, scheidet die Haftung für leichte Fahrlässigkeit bereits aufgrund von dispositivem Gesetzesrecht (in analoger Anwendung) aus, mit der folgenden Begründung: Wer Daten (wie dies im geplanten Vorhaben der Fall ist) kostenlos an Abnehmer abgibt, geht – privatrechtliche Beurteilung des Rechtsverhältnisses vorausgesetzt – ein schenkungsähnliches Rechtsverhältnis ein. Zwar verschafft die Stadt Zürich dem Datenbezüger kein Eigentum, weil dies in Bezug auf Information bzw. Daten nicht möglich ist. Gleichwohl ist eine analoge Anwendung von zentralen Bestimmungen des Schenkungsrechts, namentlich von Art. 248 OR, sachgerecht. Nach dieser Bestimmung ist jegliche Gewährleistung ausgeschlossen und die Stadt haftet nur für grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz. Die Frage, ob die Stadt Zürich also ihre Haftung nach Art. 100 OR freizeichnen kann, stellt sich nicht mehr. Dieses Resultat steht auch im Einklang mit Art. 99 Abs. 2 OR:

*„Das Mass der Haftung richtet sich nach der besonderen Natur des Geschäftes und wird insbesondere milder beurteilt, wenn das Geschäft für den Schuldner keinerlei Vorteil bezweckt“ (Art. 99 Abs. 2 OR).*



25.5. Eine Schwierigkeit verbleibt freilich. Wird nicht derjenige, der den Datensatz einsetzt, sondern ein Dritter geschädigt, haben vertraglich vereinbarte Haftungsausschlüsse keine Wirkung. Vereinbarungen zwischen dem Datenempfänger und der Stadt Zürich dürften einen allenfalls geschädigten Dritten nicht binden. Wird aufgrund der Schädigung eine Haftpflicht der Stadt Zürich begründet, d.h. kann die vom Datenverwender gesetzte Verursachung nicht als überwiegende Drittsache angesehen werden (siehe Ziffer 24.4), müsste sich die Stadt Zürich – die privatrechtlichen Haftungskriterien vorausgesetzt – im Sinne des Artikels 41 Abs. 1 OR vor dem Geschädigten verantworten. Freilich würde sich die Stadt Zürich auf die Reduktionsgründe gemäss Ziffer 24.5 berufen.

## VI. Zusammenfassung und Empfehlungen

### 26. Zusammenfassung

#### a) Erkenntnisse in Bezug auf § 6 Abs. 1 Haftungsgesetz

26.1. Resultiert ein fehlerhafter Datensatz im Nachhinein in einem Vermögensschaden, ist eine Haftung der Stadt Zürich nicht begründet, solange sich die Stadt Zürich nach § 6 Abs. 1 kein Verhaltensunrecht vorwerfen lassen muss. Im Offenlegen liegt kein Verhaltensunrecht begründet. In Frage kommt nur:

- das Missachten einer speziellen Garantenstellung gegenüber einem bestimmten Dritten. Eine allgemeine Haftung gegenüber einem offenen Personenkreis erscheint nicht als wahrscheinlich;
- der Verstoss gegen eine besonders stipulierte Schutznorm.

Allein die Tatsache, dass ein Datensatz sich im Nachhinein als fehlerhaft erweist, genügt nicht, Verhaltensunrecht und damit Haftung der Stadt Zürich zu bejahen.

Zu beachten ist, dass sich eine Haftung wegen der Veröffentlichung als solcher ergeben kann, wenn darin ein Verstoss gegen konkrete Geheimhaltungsvereinbarungen oder gegen Grundsätze des Urheberrechts, Patentrechts oder des Personendatenschutzes begründet ist.

26.2. Auch wenn ein Körperschaden eingetreten ist, ist eine Haftung der Stadt Zürich zunächst einmal ausgeschlossen. Soweit die Stadt Zürich jedoch voraussehen kann, dass ein Datensatz möglicherweise in einer Körperschädigung resultieren könnte, empfiehlt es sich, den Datensatz erst nach sorgfältiger Kontrolle oder dann gar nicht offen zu legen.

#### b) Erkenntnisse in Bezug auf § 6 Abs. 3 Haftungsgesetz

26.3. Solange die Stadt Zürich keine Kenntnis hat davon, wie ein bestimmter Datensatz im Alltag eingesetzt werden könnte, ist eine Haftung wegen vorsätzlich oder grobfahrlässig falsch erteilter Auskunft kaum denkbar.

#### c) Erkenntnisse in Bezug auf die Vertrauenshaftung

26.4. Die Untersuchung zeigt, dass es eine Vertrauenshaftung für Open Government Data dann nicht geben kann, wenn die Stadt Zürich den konkreten Kontext, in welchem die zur Verfügung gestellten Datensätze zum Einsatz kommen sollten, nicht kennt.

26.5. Eine Haftung für positive Stellungnahmen im Kontext von Open Government Data ist denkbar. Dieses Haftungsrisiko ist jedoch nicht spezifisch für Open Government Data.



d) Erkenntnisse in Bezug auf die Möglichkeit der vertraglich vereinbarten Haftungsbefreiung

26.6. Die Möglichkeit, sich einer Haftung mittels vertraglicher Massnahmen zu entziehen, dürfte in den meisten Fällen scheitern, zumal der Datenabruf von einer allgemein zugänglichen Webseite in der Schweiz kaum je zu einem durchsetzbaren Vertrag führt, was jedoch die eigentliche Voraussetzung für einen vertraglich begründeten Haftungsausschluss darstellt. Selbst wenn ein Haftungsausschluss vereinbart werden kann, könnte die Haftung für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz nicht ausgeschlossen werden.

## 27. Empfehlungen

27.1. Interne Prüfinstanzen: Um allfällige Restrisiken zu reduzieren, ist zu empfehlen, dass sich die Stadt Zürich mittels besonderer Verfahren absichert. Im Rahmen des zweistufigen Verfahrens der Offenlegung (siehe vorn, Ziffer 8.2) sind Prüfinstanzen einzurichten, die mittels etablierter Prozesse sicherstellen, dass Datensätze mit einem besonderen Schädigungspotential nicht als Open Government Data freigegeben werden.

27.2. Prüfverfahren: Als stützende Verfahren kommt namentlich die Prüfung des zu veröffentlichenden Datensatzes durch ein Fachgremium daraufhin in Betracht:

- ob die Anforderungen gemäss § 7 IDG erfüllt sind;
- ob die Veröffentlichung gegen vereinbarte oder gesetzliche Geheimhaltungsbestimmungen, gegen vereinbarte oder gesetzliche Verwertungsverbote, gegen das Recht des Personendatenschutzes oder bessere Drittrechte (namentlich Immaterialgüterrechte) verstösst;
- ob der Datensatz ein inhärentes Schädigungspotential für Körperschäden aufweist;
- ob der Datensatz wie ein Formular mit konkreten Anweisungen an Private verstanden werden kann;
- ob sich aus einem Vorhaben ein konkretes Schädigungspotential ergibt.

27.3. Compliance Massnahmen: Als weitere stützende Massnahmen sind sodann die folgenden Schritte empfohlen:

- Kontrolle der Verfahren durch Erlass einer wirksamen Open Government Data Policy;
- Instruktion an Angestellte, keine Zusicherungen oder Anpreisungen in Bezug auf die Eignung eines Datensatzes abzugeben;
- Aufschalten eines aussagekräftigen Disclaimers auf der Webseite im Kontext der Downloadmöglichkeit (Warnschild);
- Kontrolle möglicher Initiativen, mit welchen Behördenmitglieder angefragt werden, sich an Projekten zur Nutzbarmachung bestimmter Open Government Datasets zu beteiligen.

27.4. Dokumentation: Die vorstehenden Massnahmen sollten möglichst im Rahmen eines internen Kontrollsystems umgesetzt und dokumentiert werden.

## 28. Abschliessende Stellungnahme

28.1. Nach Umsetzung der empfohlenen Massnahmen ist die Haftungsexposition, die sich aus Open Government Data ergeben könnte, kontrollierbar.

28.2. Der Stadt Zürich kann deswegen empfohlen werden, das geplante Vorhaben unter Einrichtung stützender Verfahren wie in Ziffer 27 umrissen, umzusetzen.