



## Der lange Weg der digitalen Grundbuchzugriffe: Die Aufsicht über die Plattform Terravis

Oder: Wie die Verantwortlichen die Aufsicht über die Plattform Terravis und deren Nutzer wahrnehmen

BARBARA WIDMER\*

Online-Plattformen und ihre Nutzer stellen an die staatliche Aufsicht neue Herausforderungen. Dies umso mehr, wenn die Aufsicht den Kantonen und innerhalb eines Kantons jeweils den Grundbuch- und Datenschutzbehörden obliegt. Bisherige Vorgehensweisen und insbesondere «Kantönl-Denken» versagen in diesem Umfeld. Entsprechend sind neue Lösungen gefordert. Solche bedingen allerdings die Bereitschaft, über das Bisherige hinauszudenken, und verlangen den Mut, neue Wege zu gehen. Wie vier Kantone den Mut zu neuen Wegen fanden und wohin sie diese führten, zeigt der vorliegende Beitrag. Die Autorin war am Aufbau dieser neuen Lösungen beteiligt und erläutert die Sachlage entsprechend aus erster Hand.

Les plates-formes en ligne et leurs utilisateurs créent de nouveaux défis pour la surveillance étatique. D'autant plus lorsque cette surveillance incombe aux cantons, plus particulièrement aux organes du registre foncier et de la protection des données. Les fonctionnements à l'oeuvre jusqu'à présent, en particulier l'esprit de clocher cantonal, sont insuffisants face à ces défis. Il s'impose de trouver de nouvelles solutions. Ceci requiert toutefois une certaine capacité d'imagination, une volonté d'agir et le courage d'innover. La présente contribution explique comment quatre cantons ont eu ce courage et où ces innovations les ont amenés. L'auteure a participé à ces nouvelles solutions et est donc bien placée pour en parler.

### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ausgestaltung der Grundbuchaufsicht im Rahmen der Plattform Terravis
  - A. Rechtliche Grundlagen
  - B. Ausgestaltung der Aufsicht
    - 1. Kantonale Grundbuchaufsichtsbehörden
    - 2. Eidg. Amt für Grundbuch- und Bodenrecht (EGBA)
  - C. Haftung der Kantone
- III. Ausgestaltung der Datenschutzaufsicht im Rahmen der Plattform Terravis
  - A. Anwendbarkeit der Datenschutzgesetzgebung
    - 1. Anwendbarkeit auf öffentliche Register des Privatrechtsverkehrs
    - 2. Anwendbarkeit auf die Plattform Terravis
  - B. Datenschutzaufsicht
    - 1. Beauftragte
    - 2. Ausgestaltung der Aufsicht
    - 3. Haftung
- IV. Verhältnis von Grundbuch- und Datenschutzaufsicht
- V. Aufsichtsrechtliche Koordinationsformen
  - A. Zusammenschlüsse von Kantonen
    - B. Festlegung Kriterienkatalog
    - C. Prüfung möglicher Koordinationsformen
      - 1. Öffentlich-rechtliche Koordinationsformen
      - 2. Privatrechtliche Koordinationsformen
    - D. Der Verein als Lösung
  - VI. Audit als Instrument zur Wahrnehmung der Aufsichtspflichten
    - A. Arten von Audits
    - B. Durchführung von Audits
      - 1. Planungsphase
      - 2. Durchführungsphase
      - 3. Berichterstattung
      - 4. Folgeaudits
  - VII. Fazit und Ausblick

*In times of change the greatest danger is to act with yesterday's logic.*

PETER DRUCKER<sup>1</sup>

### I. Einleitung

Wer nimmt die Aufsicht über die digitalen Grundbuchzugriffe, den elektronischen Geschäftsverkehr und die Nutzenden im Rahmen der Plattform Terravis wie wahr? Diesen Fragen geht der vorliegende Beitrag nach. Er stellt eine Weiterführung des Aufsatzes in der AJP 12/2019, S. 1303 ff., zum Thema «Der lange Weg der digitalen Grundbuchzugriffe: Die Plattform Terravis» dar. Wie bereits im soeben genannten Aufsatz ausgeführt, handelt es sich bei der Plattform Terravis um eine von der SIX Terravis AG betriebene Online-Plattform, über die gewisse

\* BARBARA WIDMER, Dr. iur., LL.M., CIA.

Die Autorin war als Vertreterin des Kantons Basel-Stadt während der Aufbauphase der Plattform Terravis Mitglied verschiedener Arbeitsgruppen, nach Abschluss des Projekts Mitglied der Arbeitsgruppe, die sich der Aufsichtsfrage annahm und den Verein TerrAudit gründete, und danach aufgrund ihres Diploms als interne Revisorin auch Mitglied des Auditausschusses, der den ersten Audit zusammen mit PwC durchführte. Im Weiteren schreibt sie eine Habilitation in den Bereichen Wirtschafts-, Immaterialgüter-, Informations- und Europarecht. Insgesamt waren am Aufbau und an der Durchführung der Aufsicht über die Plattform Terravis folgende Institutionen beteiligt: Die Grundbuchaufsichtsbehörden der Kantone Bern, Graubünden, Solothurn und Tessin, der Datenschutzbeauftragte des Kantons Basel-Stadt, die SIX Group, die SIX Terravis AG, das Eidg. Amt für Grundbuch- und Bodenrecht (EGBA) sowie PwC.

<sup>1</sup> US-amerikanischer Ökonom (1909 bis 2005), gilt als Pionier der modernen Managementlehre.

von der Grundbuchverordnung vorgesehene Nutzergruppen in elektronischer Form und mittels eines einzigen Logins umfangreiche Grundbuchdaten einsehen können (Stichwort «single point of access»). Aktuell lassen sich die Grundbuchdaten von 18 Kantonen über diese Plattform abrufen. Dies entspricht einer Bodenfläche von 35'373 km<sup>2</sup> und damit 85,7 Prozent der Gesamtfläche der Schweiz.<sup>2</sup>

Die SIX Terravis AG und die Kantone erklärten den Aufbau der Plattform Terravis 2015 für abgeschlossen, ohne dabei die Frage nach der Grundbuch- und Datenschutzaufsicht über die Plattform und deren Nutzergruppen gelöst zu haben. Mehrfache Anstrengungen in diese Richtung liefen aufgrund mangelnder personeller und finanzieller Ressourcen ins Leere. Die Autorin, als Vertreterin des Datenschutzbeauftragten des Kantons Basel-Stadt, ergriff daraufhin die Initiative und gewann die Grundbuchaufsichtsbehörden der Kantone Bern und Graubünden für die Idee, eine Arbeitsgruppe zum Thema Aufsicht zu bilden (Arbeitsgruppe Aufsicht). Die Hauptfrage, mit der sich diese Arbeitsgruppe konfrontiert sah, lautete: Wie kann eine Vielzahl von Kantonen die ihnen obliegende Grundbuch- und Datenschutzaufsicht über die Plattform Terravis und deren Nutzergruppen koordiniert und mit wirksamen Aufsichtsinstrumenten wahrnehmen? Dabei gilt es zu beachten, dass sich die rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten für die zuständigen Aufsichtsorgane im Rahmen einer interkantonal koordinierten Online-Plattform herausfordernd gestalten und Rückgriffe auf bisherige Vorgehensweisen nur bedingt zum Ziel führen.

Es ist denkbar, lediglich den vorliegenden Beitrag zu lesen. Für das Gesamtverständnis erscheint eine Beziehung der eingangs erwähnten Publikation jedoch empfehlenswert. Letztere beschäftigt sich mit Blick auf die Plattform Terravis mit Fragen wie: (1) Wer hat gestützt auf welche Rechtsgrundlagen elektronische Zugriffsrechte auf Grundbuchdaten, (2) welche Grundbuchdaten umfassen diese Zugriffsrechte, (3) wie lassen sich diese Zugriffsrechte in technischer Hinsicht umsetzen und (4) wann erfolgen entsprechende Zugriffe missbräuchlich?

Beide Aufsätze sind dergestalt aufgebaut, dass sie neben den rechtlichen Ausführungen auch Hintergrundinformation zum Projektverlauf enthalten. Die Hinter-

grundinformationen finden sich jeweils entsprechend gekennzeichnet und in kursiver Schrift.

## II. Ausgestaltung der Grundbuchaufsicht im Rahmen der Plattform Terravis

Verschiedene Normen des Zivilgesetzbuchs sowie der Grundbuchverordnung statuieren für die kantonalen Grundbuchaufsichtsbehörden sowie das Eidg. Amt für Grundbuch- und Bodenrecht (EGBA) gegenüber der SIX Terravis AG als Betreiberin der Plattform Terravis eine Aufsichtspflicht. Auch die Nutzenden der Plattform Terravis sind von dieser Aufsicht miterfasst.

### A. Rechtliche Grundlagen

Nach Art. 956 Abs. 1 ZGB<sup>3</sup> unterliegt die Geschäftsführung der Grundbuchämter der administrativen Aufsicht der Kantone. Der Bund übt die Oberaufsicht aus (Art. 956 Abs. 2 ZGB). Nach dem neuen Art. 949d Abs. 2 ZGB unterstehen private Aufgabenträger, welche die Kantone für gewisse Aufgaben im Bereich des elektronischen Grundbuchs zur Aufgabenerfüllung beziehen, ebenfalls der Aufsicht der Kantone und der Oberaufsicht des Bundes. Welche Behörde innerhalb eines Kantons diese Aufsicht wahrnimmt, liegt in der Kompetenz der Kantone und hängt von der Organisation des jeweiligen Kantons ab. Die Oberaufsicht des Bundes überträgt Art. 6 Abs. 1 GBV<sup>4</sup> dem EGBA.

Gestützt auf diese Ausgangslage haben sowohl die kantonalen Grundbuchaufsichtsbehörden als auch das EGBA im Rahmen der Plattform Terravis eine Aufsichtspflicht gegenüber der SIX Terravis AG und den Plattformnutzenden.

### B. Ausgestaltung der Aufsicht

#### 1. Kantonale Grundbuchaufsichtsbehörden

Die Aufsicht der Kantone nach Art. 956 Abs. 1 ZGB umfasst neben der verwaltungsinternen Dienstaufsicht, welche die ordnungsgemässe Geschäftsführung der Grundbuchbehörden gewährleistet, auch die fachliche Aufsicht. Im Rahmen der fachlichen Aufsicht müssen die Kantone die Grundbuchämter daraufhin kontrollieren, ob die for-

<sup>2</sup> Die Schweiz umfasst gemäss Bundesamt für Statistik ein Territorium von insgesamt 41'290 km<sup>2</sup>, Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/regionalstatistik/regionale-portraets-kennzahlen/kantone.assetdetail.7786542.html> (Abruf 22.11.2019).

<sup>3</sup> Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

<sup>4</sup> Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (GBV; SR 211.432.1).

mellen und materiellen Vorgaben des Grundbuchrechts eingehalten sind. Die Kantone müssen diese Kontrolle regelmässig wahrnehmen.<sup>5</sup> Mit Blick auf nach Art. 949d Abs. 1 ZGB beigezogene Dritte präzisiert die Botschaft, dass die Aufsicht nach Art. 949d Abs. 2 ZGB auch die elektronischen Zugriffe nach Art. 28 Abs. 1 GBV umfasst.<sup>6</sup>

Gestützt auf diese Ausgangslage sind die kantonalen Grundbuchaufsichtsbehörden nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, bei der SIX Terravis AG hinsichtlich der Plattform Terravis Kontrollen durchzuführen und dabei insbesondere die Rechtmässigkeit der Zugriffe nach Art. 28 Abs. 1 GBV zu überprüfen.

## 2. Eidg. Amt für Grundbuch- und Bodenrecht (EGBA)

Die Oberaufsicht des Bundes nach Art. 956 Abs. 2 ZGB umfasst insbesondere den Erlass von Weisungen<sup>7</sup>, die Durchführung von Inspektionen bei den Grundbuchämtern<sup>8</sup> sowie die Ausarbeitung von Mustervorlagen<sup>9</sup>. Mit Blick auf durch die Kantone nach Art. 949d Abs. 1 ZGB beigezogene Dritte erläutert die Botschaft, es sei sinnvoll, wenn das EGBA als Teil seiner Oberaufsicht kontrolliere, dass die Plattform Terravis keine Daten speichere und sammle, die für den jeweiligen Geschäftsfall nicht notwendig seien.<sup>10</sup> Im Weiteren hält die Botschaft aber fest, dass es dem Bund und den kantonalen Grundbuchaufsichtsbehörden unbenommen sei, im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben die jeweilige Aufsichtsverantwortung nach gegenseitiger Information und Absprache wahrzunehmen.<sup>11</sup>

Die Aufgabenteilung zwischen den kantonalen Grundbuchaufsichtsbehörden und dem EGBA gestaltet sich aktuell so, dass die kantonalen Grundbuchaufsichtsbehörden die Aufsicht über die Plattform Terravis entweder selbständig (ca. 20 Prozent) oder durch eine Mitgliedschaft im Verein TerrAudit (ca. 80 Prozent) wahrnehmen. Der Verein TerrAudit bezieht das EGBA in seine Aktivitä-

ten ein und gewährt diesem Einblick in die Resultate der durchgeführten Audits (siehe zu den Audits unten VI.).

## C. Haftung der Kantone

Nach Art. 955 Abs. 1 ZGB sind die Kantone für allen Schaden verantwortlich, der aus der Führung des Grundbuches entsteht. Mit dieser Regelung enthält das ZGB für den Grundbuchbereich eine spezialgesetzliche Haftungsnorm. Diese unterscheidet sich von der allgemeinen Staatshaftung dadurch, dass sie nicht an die amtliche Tätigkeit in ihrer Gesamtheit anknüpft,<sup>12</sup> sondern fordert, der Schaden müsse sich aus der Führung des Grundbuches ergeben.

Entscheidend ist somit, wie sich der Begriff «Führung des Grundbuches» definiert. Gemäss Literatur umfasst dieser die gesamte Tätigkeit der Grundbuchämter. Darunter fällt neben der Verwaltung des Grundbuches und seiner Hilfsregister auch die Ausstellung von Auszügen aus dem Grundbuch oder die Bescheinigung über erfolgte Anmeldungen.<sup>13</sup> Im Weiteren erfasst der Begriff auch die Aufsicht über die Grundbuchführung. Diese obliegt den fachlich vorgesetzten und gegenüber den Grundbuchämtern weisungsbefugten kantonalen Grundbuchaufsichtsbehörden.<sup>14</sup>

Der von Art. 955 Abs. 1 ZGB aufgrund der fehlerhaften Führung des Grundbuches vorausgesetzte Schaden bezieht sich auf finanzielle Einbussen.<sup>15</sup> Gemäss Bundesgericht umfasst dieser auch die Kosten eines wegen unrichtiger Grundbuchführung in guten Treuen geführten, aber verlorenen Prozesses um ein Recht, das im Grundbuch hätte begründet oder gewährt werden sollen.<sup>16</sup> Um eine Haftung auszulösen, muss die Grundbuchführung rechtswidrig erfolgt sein – z.B. indem eine Verletzung der anwendbaren gesetzlichen oder reglementarischen Bestimmungen stattfand.<sup>17</sup> Im Weiteren erfordert eine Haftung nach Art. 955 Abs. 1 ZGB das Vorliegen eines natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen dem rechtswidrigen Handeln der Grundbuchorgane

<sup>5</sup> BSK ZGB II-SCHMID, Art. 956 N 3, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Zivilgesetzbuch II, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2019 (zit. BSK ZGB II-Verfasser), sowie DIETER ZOBL, Grundbuchrecht, 2. A., Zürich 2004, N 570.

<sup>6</sup> Siehe Botschaft vom 16. April 2014 zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Beurkundung des Personenstands und Grundbuch), BBl 2014 3551 ff. (zit. Botschaft Änderung ZGB 2017), 3580 f.

<sup>7</sup> Siehe Art. 6 Abs. 3 lit. a, d und e GBV.

<sup>8</sup> Siehe Art. 6 Abs. 3 lit. b GBV.

<sup>9</sup> Siehe Art. 6 Abs. 3 lit. g GBV.

<sup>10</sup> Siehe Botschaft Änderung ZGB 2017 (FN 6), 3581.

<sup>11</sup> Siehe Botschaft Änderung ZGB 2017 (FN 6), 3581.

<sup>12</sup> Siehe Art. 3 Abs. 1 Bundesgesetz vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz, VG; SR 170.32).

<sup>13</sup> Siehe dazu BSK ZGB II-SCHMID (FN 5), Art. 955 N 4, JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, Zürich 2017, N 555, sowie ZOBL (FN 5), N 600.

<sup>14</sup> Siehe dazu BSK ZGB II-SCHMID (FN 5), Art. 955 N 9.

<sup>15</sup> Siehe dazu BSK ZGB II-SCHMID (FN 5), Art. 955 N 18, sowie SCHMID/HÜRLIMANN (FN 13), N 554.

<sup>16</sup> Siehe dazu BGE 62 II 81, 82, sowie BSK ZGB II-SCHMID (FN 5), Art. 955 N 19.

<sup>17</sup> Siehe dazu BGE 110 II 37 E. 4.

und dem eingetretenen Schaden.<sup>18</sup> Keine Voraussetzung ist das Vorliegen eines Verschuldens der Grundbuchorgane (wie dies allgemein im Rahmen der Staatshaftung kein Erfordernis ist).<sup>19</sup>

Diese Rechtslage ist mit Blick auf die Tätigkeit der kantonalen Grundbuchaufsichtsbehörden insofern von Bedeutung, als bei Schäden im Rahmen der Plattform Terravis, die sich aus einer fehlenden oder ungenügenden Aufsicht ergeben, die Kantone haftbar gemacht werden können. Es liegt somit im Interesse der Kantone, die ihnen obliegende Aufsicht effektiv und angemessen wahrzunehmen und die Risiken möglicher haftungsauslösender Zwischenfälle im Rahmen der Plattform Terravis zu minimieren.

### III. Ausgestaltung der Datenschutzaufsicht im Rahmen der Plattform Terravis

Die Datenschutzaufsicht gestaltet sich mit Blick auf die Grundbuchführung und insbesondere auch die Plattform Terravis in mehrfacher Hinsicht herausfordernd. Grund dafür ist, dass sich die anwendbare Datenschutzgesetzgebung über die Person oder Institution, welche Personendaten bearbeitet, bestimmt und die anwendbare Datenschutzgesetzgebung ihrerseits darüber entscheidet, welcher Datenschutzbehörde die Datenschutzaufsicht obliegt. Die Identifikation der zuständigen Datenschutzaufsicht setzt somit stets die Beantwortung der Frage nach der anwendbaren Datenschutzgesetzgebung voraus.

#### A. Anwendbarkeit der Datenschutzgesetzgebung

##### 1. Anwendbarkeit auf öffentliche Register des Privatrechtsverkehrs

Nach Art. 2 Abs. 2 lit. d DSGVO<sup>20</sup> ist die Datenschutzgesetzgebung des Bundes auf öffentliche Register des Privatrechtsverkehrs – wozu auch die Grundbuchregister gehören – nicht anwendbar. Der Wortlaut dieser Regelung ist jedoch ungenau und wirft Fragen zur Kompetenzordnung zwischen dem Bund und den Kantonen in Sachen Datenschutz auf. Entsprechend dieser Ausgangslage hat Art. 2 Abs. 2

lit. d DSGVO im Entwurf zur neuen Datenschutzgesetzgebung<sup>21</sup> eine Änderung erfahren (neu Art. 2 Abs. 4 E-DSG). Wie sich die Kompetenzaufteilung zwischen dem Bund und den Kantonen ausgestaltet und worin die genannte Anpassung besteht, findet sich nachfolgend dargelegt.

##### a. Ausgangslage

Die öffentlichen Register des Privatrechtsverkehrs umfassen aktuell das elektronische Zivilstandsregister, den Zentralen Firmenindex (Zefix), das Luftfahrzeugbuch des Bundesamtes für Zivilluftfahrt, die Register des Eidgenössischen Instituts für geistiges Eigentum, die Grundbuchregister, das Schiffsregister, die kantonalen Handelsregister, die Betreibungs- und Konkursregister sowie das öffentliche Register über Eigentumsvorbehalte.<sup>22</sup> Mehr als die Hälfte dieser Register liegen in der Verantwortung der Kantone. Darunter fallen die Grundbuchregister, das Schiffsregister, die kantonalen Handelsregister, die Betreibungs- und Konkursregister sowie das öffentliche Register über Eigentumsvorbehalte.<sup>23</sup> Für deren Führung sind die von den Kantonen dafür eingesetzten öffentlichen Organe zuständig (z.B. die Grundbuchämter oder die Betreibungs- und Konkursämter). Nach den kantonalen Datenschutzgesetzen gelten diese für die Bearbeitung von Personendaten durch die öffentlichen Organe ihrer Kantone.<sup>24</sup> Dies gilt auch dann, wenn die kantonalen Organe die Personendaten gestützt auf eine gesetzliche Grundlage im Bundesrecht bearbeiten. Allein durch den Umstand, dass ein kantonales öffentliches Organ Bundesrecht vollzieht, wird dieses nicht zu einem Bundesorgan.<sup>25</sup>

<sup>18</sup> Siehe dazu auch BGE 110 II 37 E. 4 sowie ZOBL (FN 5), N 602 ff.

<sup>19</sup> Siehe dazu BGE 110 II 37 E. 4 sowie STEPHANIE HRUBESCH-MILAUER/BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER/VITO ROBERTO, Sachenrecht, 5. A., Bern 2017, N 03.80.

<sup>20</sup> Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1).

<sup>21</sup> Entwurf zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 7193 ff. (Gesetzestext ab 7206 ff.) (zit. E-DSG).

<sup>22</sup> Botschaft vom 15. September 2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941 ff. (zit. Botschaft Änderung DSG 2017), 7016.

<sup>23</sup> Siehe Botschaft Änderung DSG 2017 (FN 22), 7016.

<sup>24</sup> Siehe dazu Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 6 Datenschutzgesetz des Kantons Bern vom 19. Februar 1986 (KDSG; BELEX 152.04) (zit. KDSG/BE); § 2 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 Gesetz vom 10. Februar 2011 über die Information und den Datenschutz des Kantons Basel-Landschaft (IDG; SGS 162) (zit. IDG/BL); § 2 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 Gesetz vom 9. Juni 2010 über die Information und den Datenschutz des Kantons Basel-Stadt (IDG; SG 153.260) (zit. IDG/BS); § 2 Abs. 1 i.V.m. § 3 Gesetz vom 12. Februar 2007 über die Information und den Datenschutz des Kantons Zürich (IDG; LS 170.4) (zit. IDG/ZH) sowie Art. 3 Abs. 2 lit. b Loi du 11 septembre 2007 sur la protection des données personnelles du canton de Vaud (LPrD; BLV 172.65) (zit. LPrD/VD).

<sup>25</sup> Siehe dazu BGE 122 I 153 E. 2d sowie Botschaft Änderung DSG 2017 (FN 22), 7016.

## b. Art. 2 Abs. 2 lit. d DSG

Da der Bund im Bereich des Datenschutzes über keine umfassende Rechtssetzungskompetenz verfügt,<sup>26</sup> kann er mittels Art. 2 Abs. 2 lit. d DSG lediglich entscheiden, dass die Datenschutzgesetzgebung auf jene öffentlichen Register des Privatrechtsverkehrs keine Anwendung findet, für die er selbst zuständig ist. Jedoch steht es nicht in seiner Zuständigkeit, darüber zu entscheiden, inwiefern die von den Kantonen verantworteten öffentlichen Register des Privatrechtsverkehrs den kantonalen Datenschutzgesetzgebungen unterstehen.<sup>27</sup> Die den Kantonen von der Bundesverfassung garantierte Organisationsautonomie nach Art. 47 Abs. 1 BV umfasst auch die Kompetenz, die Bearbeitung von Personendaten durch ihre kantonalen öffentlichen Organe zu regeln.<sup>28</sup> In den kantonalen Datenschutzgesetzen finden sich nur ausnahmsweise Normen, die eine Ausnahme der öffentlichen Register des Privatrechtsverkehrs von den kantonalen Datenschutzgesetzen vorsehen. Liegt ein öffentliches Register des Privatrechtsverkehrs in der Zuständigkeit der Kantone – z.B. die Grundbuchregister –, sind die kantonalen Datenschutzgesetze somit in der Regel anwendbar.<sup>29</sup>

## c. Art. 2 Abs. 4 E-DSG

Im Entwurf zum neuen Datenschutzgesetz nimmt der Gesetzgeber die öffentlichen Register nicht mehr grundsätzlich von der Datenschutzgesetzgebung aus (siehe Art. 2 Abs. 4 Satz 1 E-DSG). Vielmehr erklärt er das Datenschutzgesetz des Bundes neu subsidiär zu den jeweiligen Spezialgesetzen für anwendbar (siehe Art. 2 Abs. 4 Satz 2 E-DSG). In der Botschaft präzisiert er diese Anpassung dahingehend, dass die Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes des Bundes nur für jene öffentlichen Register des Privatrechtsverkehrs gelte, die sich im Zuständigkeitsbereich des Bundes befänden. Für die öffentlichen Register des Privatrechtsverkehrs, die in der Verantwortung der Kantone lägen, gelte das kantonale Datenschutzrecht. Allerdings dürfe das kantonale Datenschutzrecht die korrekte und einheitliche Anwendung des Bundesprivatrechts und insbesondere den Grundsatz der Öffentlichkeit der

Register nicht behindern. Damit anerkennt der Gesetzgeber die oben dargelegte Kompetenzaufteilung zwischen dem Bund und den Kantonen.<sup>30</sup>

## 2. Anwendbarkeit auf die Plattform Terravis

### a. Erhöhtes Risiko für Bearbeitung von Personendaten

Die Anwendbarkeit der Datenschutzgesetzgebung setzt unabhängig davon, um welchen Themenbereich und welche Datenschutzgesetzgebung es sich handelt (EU, Bund, Kantone), eine Bearbeitung von Personendaten voraus.<sup>31</sup> In den Grundbuchregistern finden sich Personendaten insbesondere in Form von Angaben zu den Grundeigentümern, zu den dinglich Berechtigten, den Grundpfandgläubigern, den Vorkaufsberechtigten oder in Form der Korrespondenzadresse. Da es sich bei diesen Daten um gewöhnliche Personendaten handelt (im Gegensatz zu den besonderen Personendaten wie Gesundheitsdaten),<sup>32</sup> stellt deren Bearbeitung im Rahmen der Grundbuchregister in der Regel für die von der Bearbeitung betroffenen Personen ein überschaubares Risiko dar.

Mit Blick auf die Plattform Terravis findet sich diesbezüglich insofern eine veränderte Situation, als sich die Bearbeitung von Personendaten bei der Plattform Terravis durch die Bearbeitung einer grossen Menge an gewöhnlichen Personendaten sowie eine Vielzahl an Beteiligten auszeichnet. Diese Sachlage führt insgesamt zu einem erhöhten Datenschutzrisiko.

Die nachfolgende Tabelle verdeutlicht die Menge der bearbeiteten Personendaten sowie die stetige Zunahme der Anzahl der beteiligten Kantone. Sie widerspiegelt dabei lediglich jene Zugriffe, die mit dem Herunterladen von Grundbuchdaten verbunden waren. Hat eine nach Art. 28 Abs. 1 GBV zugriffsberechtigte Person oder Institution die Daten lediglich online angeschaut, ist dieser Zugriff in der unten stehenden Tabelle nicht erfasst. Über die Anzahl der nach Art. 28 Abs. 1 GBV zugriffsberechtigten Perso-

<sup>26</sup> Siehe Art. 2 Abs. 1 DSG (Art. 2 Abs. 1 E-DSG), wonach dieses Gesetz lediglich für die Bearbeitung von Personendaten durch private Personen und Bundesorgane und damit nicht für Bearbeitungen durch öffentliche Organe der Kantone gilt.

<sup>27</sup> BEAT RUDIN, in: Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli (Hrsg.), Datenschutzgesetz (DSG), Bern 2015, Art. 2 DSG N 3 ff.

<sup>28</sup> Siehe dazu BERNHARD WALDMANN/MAGNUS OESCHGER, in: Eva Maria Belser/Astrid Epiney/Bernhard Waldmann (Hrsg.), Datenschutzrecht, Bern 2011, § 13 N 1.

<sup>29</sup> Siehe dazu auch BGer, 5A\_279/2019, 30.7.2019, E. 3.3.2.3.1.

<sup>30</sup> Siehe für diesen Abschnitt Botschaft Änderung DSG 2017 (FN 22), 7016 f.

<sup>31</sup> Siehe dazu Art. 2 Abs. 1 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119/1 vom 4.5.2016 (zit. DSGVO); Art. 2 Abs. 1 DSG, Art. 2 Abs. 1 E-DSG, § 1 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 3 IDG/BS sowie Art. 1 LPrD/VD.

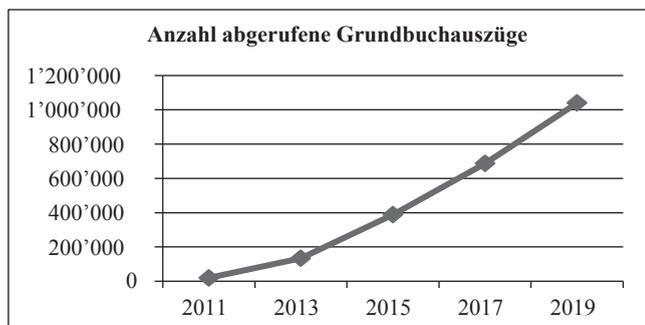
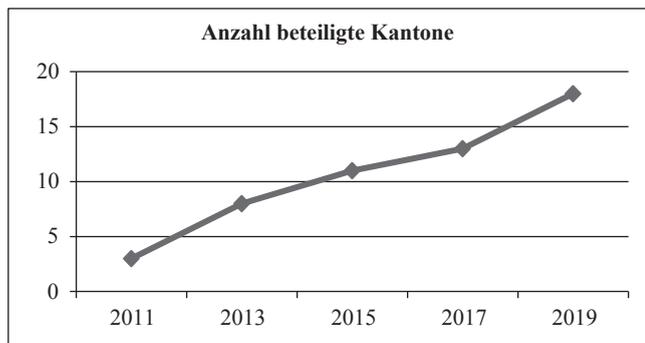
<sup>32</sup> Siehe für diese zwei Arten von Personendaten z.B. Art. 3 lit. a und c DSG, Art. 4 lit. a und c E-DSG, Art. 2 Abs. 1 und Art. 3 KDSG/BE, § 3 Abs. 3 und 4 IDG/BS oder Art. 4 Abs. 1 und 2 LPrD/VD.

nen oder Institutionen (z.B. Banken, Versicherungen, Behörden) führt die SIX Terravis AG keine Statistik.<sup>33</sup>

Jahr	Abgefragte Grundbuchauszüge		Anzahl Kantone, die ihre Grundbuchdaten über die Plattform Terravis anbieten
	pro Monat	pro Jahr	
2011	1'640	19'681	3 <sup>1</sup>
2013	11'168	134'020	8
2015	32'338	388'055	11
2017	57'247	686'962	13
2019	86'632	1'039'586	18

<sup>1</sup> Die drei ersten Kantone, die ihre Grundbuchdaten Ende 2010/Anfang 2011 über die Plattform Terravis anboten, waren Basel-Landschaft, Thurgau und Uri.

Wie die nachfolgenden Grafiken zeigen,<sup>34</sup> hat sich die Zunahme der beteiligten Kantone von 2011 bis 2019 tendenziell linear entwickelt, während die abgefragten Grundbuchauszüge für denselben Zeitraum ein exponentielles Wachstum verzeichnen. Gemäss Angaben der SIX Terravis AG ergibt sich das exponentielle Wachstum aus der Zunahme der über die Plattform abrufbaren Grundstücke sowie der steigenden Anzahl der Plattformnutzenden.



<sup>33</sup> Die Daten dieser Tabelle hat die SIX Terravis AG der Autorin für den vorliegenden Beitrag freundlicherweise zur Verfügung gestellt. Die Daten sind grundsätzlich nicht öffentlich zugänglich.

<sup>34</sup> Diese Grafiken hat die Autorin gestützt auf die in der obigen Tabelle aufgeführten Zahlen selbst erstellt.

## b. Auftragsdatenbearbeitung und Anwendbarkeit der kantonalen Datenschutzgesetzgebung

Die Plattform Terravis wird von der SIX Terravis AG und damit einer juristischen Person des Privatrechts betrieben. Auf juristische Personen des Privatrechts ist nach Art. 2 Abs. 1 lit. a DSG (Art. 2 Abs. 1 lit. a E-DSG) die eidgenössische Datenschutzgesetzgebung anwendbar. Aufgrund der nachfolgend dargelegten Sachlage wird diese Anwendbarkeit allerdings im Bereich der Plattform Terravis durch die kantonalen Datenschutzgesetzgebungen überlagert:

Bei der Zusammenarbeit der Kantone mit der SIX Terravis AG handelt es sich aus datenschutzrechtlicher Sicht um eine Auftragsdatenbearbeitung. Soweit die Kantone die Zugriffe nach Art. 28 GBV und den elektronischen Geschäftsverkehr nicht selbst anbieten, sondern die SIX Terravis AG damit beauftragen, ziehen sie zur Aufgabenerfüllung einen Dritten bei. Bei der Auftragsdatenbearbeitung handelt es sich um ein im Datenschutzrecht anerkanntes Rechtsinstitut (unabhängig von der anwendbaren Datenschutzgesetzgebung).<sup>35</sup>

Gemeinhin setzt eine rechtmässige Auftragsdatenbearbeitung voraus, dass der Auftraggeber sicherstellt, dass der Auftragnehmer die Daten nur so bearbeitet, wie es der Auftraggeber selbst tun dürfte.<sup>36</sup> Wie der Auftraggeber die Daten selbst bearbeiten darf, ergibt sich aus den jeweiligen für ihn geltenden spezialgesetzlichen Vorgaben sowie der auf ihn anwendbaren Datenschutzgesetzgebung.<sup>37</sup>

Für Auftragsdatenbearbeitungen im Rahmen der Plattform Terravis gilt es somit zu klären, wie die Kantone die Daten selbst bearbeiten dürfen: In spezialgesetzlicher Hinsicht richtet sich deren Datenbearbeitung insbesondere nach der Grundbuchverordnung sowie der technischen Grundbuchverordnung. Hinsichtlich der massgeblichen Datenschutzgesetzgebung ergibt sich aus den obigen Ausführungen (siehe III.A.1.b.), dass die kantonalen Datenschutzgesetze anwendbar sind. Mit Blick auf die Beziehung der SIX Terravis AG als Auftragsdatenbearbeiterin bedeutet dies somit, dass die SIX Terravis AG die

<sup>35</sup> EU: Art. 28 DSGVO; CH: Art. 10a DSG und Art. 8 E-DSG; Kantone: z.B. Art. 16 KDSG/BE, § 7 IDG/BS, Art. 18 LPrD/VD und § 6 IDG/ZH.

<sup>36</sup> Siehe dazu EU: Art. 29 DSGVO; CH: Art. 10a Abs. 1 lit. a und Abs. 2 DSG sowie Art. 8 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 E-DSG; Kantone: z.B. Art. 16 KDSG/BE, § 7 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 IDG/BL, § 7 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 IDG/BS, Art. 18 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 LPrD/VD.

<sup>37</sup> Siehe zum Rechtsinstitut der Auftragsdatenbearbeitung BARBARA-WIDMER, Auftragsdatenbearbeitung zum Ersten: Anwendung und Umsetzung von Art. 10a DSG, digma 2014, 26 ff., 28 f.

Grundbuchdaten im Rahmen der Plattform Terravis nur dergestalt bearbeiten darf, dass die Bearbeitung mit den genannten, für die Kantone geltenden Normen in Einklang steht.

Es obliegt im Rahmen einer Auftragsdatenbearbeitung jeweils dem Auftraggeber, sicherzustellen, dass der Auftragnehmer die massgeblichen Vorgaben kennt und diese einhält.<sup>38</sup> In der Regel kommt er dieser Pflicht durch entsprechende Vorgaben im zugrundeliegenden Vertragsverhältnis oder die Vereinbarung von separaten Datenschutzregelungen nach.<sup>39</sup>

Im Rahmen der Plattform Terravis liegt es somit in der Verantwortung der Kantone, sicherzustellen, dass die SIX Terravis AG die massgeblichen Vorgaben kennt und einhält. Die Kantone kamen dieser Pflicht durch entsprechende vertragliche Vereinbarungen mit der SIX Terravis AG nach (siehe dazu den ersten Aufsatz in AJP 12/2019, VI.C.1.). Was die Einhaltung der kantonalen Datenschutzvorschriften anbelangte, erschien es wenig zielführend, der SIX Terravis AG eine Vielzahl von kantonalen Datenschutzvorschriften zu überbinden. Die Kantone und die SIX Terravis AG einigten sich daher darauf, in den Verträgen allgemein gehaltene Datenschutzgrundsätze, die sich in allen kantonalen Datenschutzgesetzgebungen gleichermaßen finden, zu vereinbaren.

## B. Datenschutzaufsicht

Wie oben ausgeführt (siehe III., Eingangserläuterungen), folgt die Zuständigkeit der Datenschutzaufsicht dem materiellen Datenschutzrecht. Ist ein bestimmtes kantonales Datenschutzgesetz anwendbar, ist die entsprechende kantonale Datenschutzbehörde für die Aufsicht zuständig. Findet dagegen das Datenschutzgesetz des Bundes Anwendung, liegt die Aufsichtszuständigkeit beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB).

## 1. Beaufsichtigte

Die Datenschutzaufsicht erfasst jene Personen oder Institutionen, die für die Datenbearbeitung verantwortlich sind. Im Rahmen der Anwendbarkeit der kantonalen Datenschutzgesetzgebungen sind dies die öffentlichen Organe des jeweiligen Kantons<sup>40</sup> und bei einer Anwendbarkeit der Datenschutzgesetzgebung des Bundes private Personen sowie die Bundesorgane.<sup>41</sup> Die einzelnen Datenschutzgesetze definieren, was sie unter öffentlichen Organen bzw. Bundesorganen verstehen.<sup>42</sup>

Im Weiteren fallen auch Auftragsdatenbearbeiter unter die Datenschutzaufsicht.<sup>43</sup> Für sie ist im Rahmen der Auftragsdatenbearbeitung stets die auf den Auftraggeber anwendbare Datenschutzgesetzgebung massgebend.<sup>44</sup> Damit obliegt die Datenschutzaufsicht über den Auftragsdatenbearbeiter jeweils jener Datenschutzbehörde, die für die Aufsicht über den Auftraggeber zuständig ist. Diese Aufsicht hat sich dabei jedoch stets auf den Umfang des Auftrags zu beschränken.

Da im Rahmen der Plattform Terravis die Kantone die SIX Terravis AG als Auftragsdatenbearbeiterin zur Erfüllung ihrer Aufgaben beiziehen und die kantonalen öffentlichen Organe der Aufsicht der kantonalen Datenschutzbehörden unterstehen, erfasst die kantonale Datenschutzaufsicht im Bereich der Plattform Terravis somit auch die SIX Terravis AG.

## 2. Ausgestaltung der Aufsicht

Die anwendbaren Datenschutzgesetze enthalten rahmenhafte Vorgaben zur Ausgestaltung der Aufsichtstätigkeit der Datenschutzbehörden, wobei diese jeweils neben einer Beratungs- auch eine Kontrolltätigkeit umfasst. Die Beratungstätigkeit zielt darauf ab, dass der Umgang der Verantwortlichen mit Personendaten rechtmässig erfolgt,<sup>45</sup> und umfasst neben der Beratung auch die Begleitung von Projekten. Die Kontrolltätigkeit dient der

<sup>38</sup> Siehe Gesetzesverweise in FN 36.

<sup>39</sup> Siehe dazu Art. 28 Abs. 3 DSGVO, Art. 18 Abs. 1 lit. a LPrD/VD sowie BSK DSG-BÜHLER/RAMPINI, Art. 10a N 12, in: Urs Maurer-Lambrou/Gabor Blechta (Hrsg.), *Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz*, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2014 (zit. BSK DSG-Verfasser).

<sup>40</sup> Siehe dazu z.B. Art. 1 KDSG/BE, § 2 Abs. 1 IDG/BS, Art. 3 Abs. 2 LPrD/VD, § 2 Abs. 1 IDG/ZH.

<sup>41</sup> Siehe dazu Art. 2 Abs. 1 DSG, Art. 2 Abs. 1 E-DSG.

<sup>42</sup> Bund: Art. 3 lit. h DSG bzw. Art. 4 lit. h E-DSG; Kantone: siehe z.B. Art. 2 Abs. 6 KDSG/BE, § 3 Abs. 1 IDG/BS, § 3 IDG/ZH.

<sup>43</sup> Siehe dazu z.B. § 41 Abs. 1 IDG/BL, § 45 Abs. 1 IDG/BS, § 35 Abs. 1 IDG/ZH.

<sup>44</sup> Siehe Gesetzesverweise in FN 36 und 37.

<sup>45</sup> Siehe dazu Art. 28 DSG und § 44 lit. d IDG/BS sowie BSK DSG-HUBER (FN 39), Art. 28 N 6 ff.; ALEXANDRA SCHILLING, in: Beat Rudin/Bruno Baeriswyl (Hrsg.), *Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt (IDG)*, Zürich 2014 (zit. Verfasser/in, in: Rudin/Baeriswyl), § 44 IDG/BS N 18 ff.

Prüfung, inwiefern die Verantwortlichen die informations- und datenschutzrechtlichen Vorgaben einhalten.<sup>46</sup> Sie verfolgt neben einer präventiven auch eine abschreckende Wirkung. Die Datenschutzbehörden entscheiden selbstständig und unabhängig, bei welchen öffentlichen Organen oder Institutionen (samt deren Auftragsdatenbearbeitern) sie in ihrem Zuständigkeitsbereich Kontrollen durchführen.<sup>47</sup> Damit sind die kantonalen Datenschutzbehörden auch im Bereich der Auftragsdatenbearbeitung durch die SIX Terravis AG befugt, bei der SIX Terravis AG Kontrollen durchzuführen. Diese Kontrollen müssen sich allerdings auf die Plattform Terravis beschränken.

### 3. Haftung

Die Datenschutzgesetzgebungen enthalten keine spezialgesetzlichen Haftungsnormen für einen allfälligen Schaden, der einer Person oder Institution durch die (Aufsichts-)Tätigkeit der zuständigen Datenschutzbehörde entsteht. Sollte deren Handeln zu einem entsprechenden Schaden führen, gelangt das jeweils massgebliche Verantwortlichkeitsgesetz zur Anwendung.

## IV. Verhältnis von Grundbuch- und Datenschutzaufsicht

Die obigen Ausführungen zeigen, dass im Bereich der Grundbuchführung die Grundbuch- und die Datenschutzaufsicht unabhängig voneinander (nebeneinander) bestehen. Sie verfügen jedoch, soweit die Grundbuchführung die Bearbeitung von Personendaten umfasst, insofern über gemeinsame Interessen, als sie sicherstellen müssen, dass diese Bearbeitung in Übereinstimmung mit den spezialgesetzlichen Vorgaben des Grundbuchrechts und der kantonalen Datenschutzgesetzgebung erfolgt.

Die nachfolgende Tabelle zeigt das Zusammenspiel von Grundbuch- und Datenschutzaufsicht übersichtsartig auf:

Bereich	Grundbuchaufsicht	Datenschutzaufsicht
<b>Rechtsgrundlagen</b>	Art. 956 und 949d Abs. 2 ZGB	Kantonale Datenschutzgesetzgebungen
<b>Aufsichtsart</b>	Fachbereichsaufsicht	Querschnittsaufsicht <sup>48</sup>
<b>Aufsichtsbehörde(n)</b>	Kantonale Grundbuchaufsichtsbehörden EGBA (Oberaufsicht)	Kantonale Datenschutzbehörden
<b>Beaufsichtigte</b>	Grundbuchämter und zur Aufgabenerfüllung beigezogene Dritte	Grundbuchämter und zur Aufgabenerfüllung beigezogene Dritte Kantonale Grundbuchaufsichtsbehörden
<b>Aufsichtsbereich</b>	Geschäftsführung der Grundbuchämter	Bearbeitung von Personendaten durch die Grundbuchämter und die kantonalen Grundbuchaufsichtsbehörden (inkl. zur Aufgabenerfüllung beigezogener Dritter)
<b>Aufsichtszweck</b>	Übereinstimmung der Geschäftsführung der Grundbuchämter mit den spezialgesetzlichen Vorgaben (ZGB, GBV, TGBV und kantonalen Gesetzgebungen)	Übereinstimmung der Bearbeitung von Personendaten mit den datenschutzrechtlichen Vorgaben (Spezialgesetzgebung und kantonalen Datenschutzgesetzgebungen)
<b>Instrumente zur Aufsichtswahrnehmung</b>	Ergeben sich teilweise aus kantonaler Grundbuchgesetzgebung	Ergeben sich aus kantonaler Datenschutzgesetzgebung
<b>Haftung</b>	Mit Art. 955 ZGB gibt es eine spezialgesetzliche Haftungsnorm	Die kantonalen Datenschutzgesetze umfassen keine spezialgesetzlichen Haftungsnormen – es gilt das jeweilige kantonale Verantwortlichkeitsgesetz
<b>Verhältnis zueinander</b>	Besteht parallel zur Datenschutzaufsicht – soweit eine Bearbeitung von Personendaten stattfindet	Besteht parallel zur Grundbuchaufsicht – soweit eine Bearbeitung von Personendaten stattfindet

<sup>46</sup> Art. 27 und 30 DSG sowie § 44 lit. a und b IDG/BS sowie BSK DSG-HUBER (FN 39), Art. 27 N 13 und Art. 29 N 3 ff.; ALEXANDRA SCHILLING, in: Rudin/Baeriswyl (FN 45), § 44 IDG/BS N 8 ff.

<sup>47</sup> Siehe z.B. § 41 Abs. 1 IDG/BL, § 45 Abs. 1 IDG/BS, § 35 Abs. 1 IDG/ZH.

<sup>48</sup> Die Datenschutzaufsicht stellt insofern eine Querschnittsaufsicht dar, als sie unabhängig vom Fachbereich überall dort zur Anwendung gelangt, wo eine Bearbeitung von Personendaten stattfindet; siehe dazu auch BGE 122 I 153 E. 2e.

## V. Aufsichtsrechtliche Koordinationsformen

### Hintergrundinformationen 1:

Die Arbeitsgruppe Aufsicht (siehe I.) kam gestützt auf die oben dargelegte rechtliche Auslegeordnung zur Grundbuch- und Datenschutzaufsicht zum Schluss, dass sich eine effektive Aufsicht über die Plattform Terravis und deren Nutzergruppen nur im Verbund erreichen lässt. Den einzelnen Grundbuchaufsichts- und Datenschutzbehörden fehlten dafür die fachlichen und personellen Ressourcen und im Übrigen erschien es auch der SIX Terravis AG kaum zumutbar, dass jede dieser Aufsichtsbehörden einzeln bei ihr vorspricht, mit dem Anliegen, die gesetzliche Aufsichtspflicht wahrnehmen zu wollen.

Eine weitere Frage, die es zu klären galt, war jene nach der Art und Weise, wie sich diese Aufsichtspflichten wahrnehmen lassen. Die Datenschutzbehörden verfügten gestützt auf ihre gesetzlich vorgesehene Kontrolltätigkeit (siehe III.B.2.) bereits über Erfahrungen mit Compliance-Audits im Datenschutz- und Cybersicherheitsbereich. Entsprechend erschien der Einsatz solcher Audits auch im Rahmen der Plattform Terravis ein geeignetes Mittel, um die Aufsicht wahrzunehmen. Jedoch war es für die Grundbuchaufsichts- und Datenschutzbehörden trotz Zusammenschluss wenig realistisch, die Plattform Terravis allein prüfen zu wollen. Deren Cybersicherheitsaspekte gestalten sich komplex und sie ist in die Gesamtinformatik der SIX Group integriert. Entsprechend lag das Vorgehen nahe, einen Dritten zur Durchführung solcher Audits beizuziehen. Gestützt auf diese Ausgangslage galt es, für die Koordination der Aufsicht eine Organisationsform zu finden, die über die Voraussetzungen verfügte, um einen Dritten zur Wahrnehmung der Aufsicht beizuziehen. Die Arbeitsgruppe prüfte in der Folge, inwiefern Zusammenschlüsse von Kantonen verfassungsmässig zulässig sind, und erstellte einen Kriterienkatalog mit den Anforderungen, die eine solche Organisationsform erfüllen muss.

### A. Zusammenschlüsse von Kantonen

Nach Art. 48 Abs. 1 BV sind die Kantone befugt, miteinander Verträge zu schliessen sowie gemeinsame Organisationen und Einrichtungen zu schaffen. Voraussetzung für die Zusammenarbeit ist allerdings das Vorliegen einer kantonalen Kompetenz im betreffenden Sachgebiet.<sup>49</sup> Die

<sup>49</sup> Siehe dazu ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER/DANIELA THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. A., Zürich 2016, N 1249.

gemeinsam geschaffenen Organisationen und Einrichtungen können öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Natur sein.<sup>50</sup> Damit ist eine Zusammenarbeit zwischen mehreren Kantonen sowohl in Form von öffentlich-rechtlichen Anstalten<sup>51</sup> oder spezialgesetzlichen Aktiengesellschaften als auch einer privatrechtlichen Aktiengesellschaft, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder eines Vereins denkbar.

In den letzten Jahrzehnten hat die Zusammenarbeit zwischen den Kantonen sowie dem Bund und den Kantonen stark an Bedeutung gewonnen. Diese Koordination der Zusammenarbeit basiert auf der Erkenntnis, dass sich die komplexer gestaltenden Aufgaben des Gemeinwesens und die weitreichende Interdependenz zwischen den Kantonen sowie dem Bund und den Kantonen isoliert kaum mehr bewältigen lassen.<sup>52</sup>

### B. Festlegung Kriterienkatalog

Mit Blick auf die Aufsicht über die Plattform Terravis galt es, eine Organisationform zu finden, die in der Lage war, mittels Vertrag einen Dritten zur fachlichen Unterstützung beizuziehen. Dies setzte voraus, dass die Organisation über Rechtspersönlichkeit verfügte. Ebenfalls sollte diese Organisation über eine gesetzlich vorgegebene Organstruktur verfügen. Die Gefahr schien gross, dass ansonsten mit dem Beitritt weiterer Kantone Diskussionen über den Organisationsaufbau entstehen könnten. Da die Plattform inzwischen seit längerem in Betrieb war und die Anzahl der Nutzenden sowie die Menge der transportierten Grundbuchdaten stetig zunahm (siehe Tabelle unter III.A.2.a.), musste sich die Organisation zeitnah gründen lassen. Insbesondere durfte deren Gründung keine weitreichenden innerkantonalen Genehmigungsverfahren bedingen. Solche hätten leicht zu Verzögerungen führen können. Auch durfte es keine Vorgaben geben, wonach bereits im Zeitpunkt der Gründung Kapital vorhanden sein musste. Die kantonalen Budgetprozesse erfordern stets einen gewissen Vorlauf und können sich je nach Sachlage langwierig gestalten. Als weitere Anforderung galt es sicherzustellen, dass sich ein Bei- und Austritt möglichst einfach erreichen liess. Insbesondere der Beitritt durfte keine langwierigen innerkantonalen Beitritts-

<sup>50</sup> Siehe dazu HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 49), N 1250.

<sup>51</sup> Siehe dazu RAINER SCHWEIZER/URSULA ABDERHALDEN, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer Schweizer/Klaus Valender (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Die Schweizerische Bundesverfassung, Art. 1–80, 3. A., Zürich 2014, Art. 48 BV N 36.

<sup>52</sup> Siehe für diesen Abschnitt HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (FN 49), N 1243 f.

genehmigungsverfahren bedingen. Auch hier bestand die Gefahr, dass innerkantonale Vorgaben und Unterschiede Verzögerungen begünstigt hätten. Abschliessend sollte gegenüber Dritten nur die Organisation, nicht jedoch ihre Mitglieder haften. Eine über den Kapital- oder Mitgliedsbeitrag hinausgehende Belastung der Mitgliedskantone hätte sich den Kantonen schwer vermitteln lassen.

Gestützt auf diese Ausgangslage musste eine zielführende Organisationsform somit folgende Kriterien erfüllen: (1) Rechtspersönlichkeit haben, (2) eine gesetzlich vorgegebene Organstruktur aufweisen, (3) sich einfach bzw. zeitnah gründen lassen, (4) über eine einfache Bei- und Austrittsstruktur verfügen und (5) keine Haftung der Mitglieder vorsehen.

### C. Prüfung möglicher Koordinationsformen

Ausgehend von diesem Kriterienkatalog prüfte die Arbeitsgruppe verschiedene Organisationsformen. Sie fo-

kussierte sich dabei auf jene Organisationsformen, die sie als potentiell geeignet erachtete. Die Prüfung umfasste sowohl öffentlich-rechtliche als auch privatrechtliche Koordinationsformen. Von Seiten der Kantone hätte eine Mehrzahl eine öffentlich-rechtliche Koordinationsform bevorzugt. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, waren die öffentlich-rechtlichen Koordinationsformen allerdings mit Blick auf die oben festgelegten Kriterien keine Option und auch unter den privatrechtlichen Organisationsformen bestand eine beschränkte Auswahl.

Die Ausführungen zu den einzelnen Organisationsformen finden sich nachfolgend in Tabellenform. Die erste Spalte enthält jeweils die Nummerierung der oben erarbeiteten Kriterien, die zweite gibt an, inwiefern diese Voraussetzungen im Rahmen der jeweiligen Organisationsform erfüllt sind ( = erfüllt,  = nicht erfüllt), die dritte Spalte enthält die vordefinierten Parameter (SOLL) und die vierte Spalte die rechtlichen Gegebenheiten (IST).

Anzeige

Salim Rizvi | Benjamin Schindler | Urs Peter Cavelti (Hrsg.)

# Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRP)

## Praxiskommentar

Dieser Praxiskommentar stellt erstmals die Praxis zum St. Galler Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege systematisch und übersichtlich dar. Er ist ein unverzichtbares Arbeitsinstrument für alle, die detaillierte und praxisbezogene Antworten auf Fragen zum St. Galler Verwaltungsrecht suchen.

2020, 1290 Seiten, gebunden  
ISBN 978-3-03891-150-0  
CHF 288.–

[www.dike.ch/1500](http://www.dike.ch/1500)

Rizvi · Schindler · Cavelti (Hrsg.)

## Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege (VRP)

Praxiskommentar

erstmalig  
kommentiert

DIKE 

DIKE 

## 1. Öffentlich-rechtliche Koordinationsformen

<b>Interkantonale Vereinbarung</b> (erfüllt keine der vordefinierten Voraussetzungen)			
Nr.	☑/☒	Voraussetzungen (SOLL)	Rechtliche Gegebenheiten (IST)
(1)	☒	Rechtspersönlichkeit	Interkantonale Verträge dienen in der Regel der koordinierten Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben oder der Schaffung von Organisationen und Einrichtungen. <sup>53</sup> Über Rechtspersönlichkeit kann höchstens eine mittels interkantonalen Vertrags geschaffene Einrichtung verfügen – z.B. eine öffentlich-rechtliche Körperschaft oder eine selbständige öffentlich-rechtliche Anstalt. <sup>54</sup>
(2)	☒	Gesetzlich vorgegebene Organstruktur	Mittels interkantonalen Vereinbarung kann eine Einrichtung oder Organisation geschaffen werden, die gestützt auf eine ebenfalls zu schaffende gesetzliche oder vertragliche Grundlage über eine vorgegebene Organstruktur verfügt. <sup>55</sup> In der Folge gibt es im Gegensatz zu den privatrechtlichen Organisationsformen keine vorbestehenden gesetzlichen Organstrukturen.
(3)	☒	Einfache Gründung	Grundlage einer interkantonalen Vereinbarung ist ein gültiges Vertragsverhältnis. Je nach innerkantonaler Gesetzgebung setzt die Gültigkeit eines solchen Vertrags neben der Zustimmung der Kantonsregierung auch eine Genehmigung durch das Kantonsparlament voraus. <sup>56</sup>
(4)	☒	Einfacher Bei- und Austritt	Tritt ein Kanton einem solchen Vertrag zu einem späteren Zeitpunkt bei, richtet sich das Verfahren nach dem massgeblichen kantonalen Recht. <sup>57</sup>
(5)	☒	Keine Haftung der Mitglieder	Mittels einer vertraglichen Vereinbarung lässt sich die gesetzlich verankerte Staatshaftung nicht ausschliessen (siehe dazu Art. 59 Abs. 1 ZGB).

<b>Spezialgesetzliche Aktiengesellschaft</b> (erfüllt 3 der 5 vordefinierten Voraussetzungen)			
Nr.	☑/☒	Voraussetzungen (SOLL)	Rechtliche Gegebenheiten (IST)
(1)	☑	Rechtspersönlichkeit	Eine spezialgesetzliche AG wird mittels Gesetzgebungsakt geschaffen. Neben das jeweilige Spezialgesetz treten die Statuten und ergänzend die aktienrechtlichen Vorschriften des OR <sup>58, 59</sup> . Die spezialgesetzliche AG erreicht jeweils mit Inkrafttreten des ihr zugrundeliegenden Spezialgesetzes Rechtspersönlichkeit (siehe als Beispiel Art. 25 SBBG <sup>60</sup> ).
(2)	☑	Gesetzlich vorgegebene Organstruktur	Die Organisationsstruktur wird in der Regel in Anlehnung an die Organstruktur der privatrechtlichen AG (siehe Art. 698 ff. OR) im Spezialgesetz festgelegt (siehe z.B. Art. 9 ff. SBBG).
(3)	☒	Einfache Gründung	Da eine spezialgesetzliche AG der Schaffung gesetzlicher Grundlagen bedarf, setzt ihre Gründung ein Gesetzgebungsverfahren voraus.
(4)	☒	Einfacher Bei- und Austritt	Je nach Spezialgesetz enthält dieses Vorgaben, wie der Bei- bzw. der Austritt erfolgen (siehe z.B. Art. 6 und 7 SBBG). Ansonsten gelten die Bestimmungen des OR (siehe privatrechtliche AG [4] unten).
(5)	☑	Keine Haftung der Mitglieder	Die Aktionäre haften für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nicht persönlich (Art. 620 Abs. 2 OR), ausser es würde im Spezialgesetz etwas anderes geregelt.

<sup>53</sup> Siehe dazu auch PETER HÄNNI, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, § 28 N 10 ff.; PIERRE TSCHANNEN, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. A., Bern 2016, § 25 N 11 und 14.

<sup>54</sup> Siehe dazu ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich 2016, N 1664 f.

<sup>55</sup> HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN (FN 54), N 1659 ff.

<sup>56</sup> Siehe dazu SCHWEIZER/ABDERHALDEN (FN 51), Art. 48 BV N 19; PIERRE TSCHANNEN (FN 53), § 25 N 23.

<sup>57</sup> Siehe dazu SCHWEIZER/ABDERHALDEN (FN 51), Art. 48 BV N 19; PIERRE TSCHANNEN (FN 53), § 25 N 23.

<sup>58</sup> Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR; SR 220).

<sup>59</sup> Siehe dazu Erläuternder Bericht der Eidgenössischen Finanzverwaltung zum Corporate-Governance-Bericht des Bundesrates vom 13. September 2006, Internet: [https://www.efv.admin.ch/efv/de/home/themen/finanzpolitik\\_grundlagen/cgov/grundlagen.html](https://www.efv.admin.ch/efv/de/home/themen/finanzpolitik_grundlagen/cgov/grundlagen.html) (Abruf 26.11.2019).

<sup>60</sup> Bundesgesetz vom 20. März 1998 über die Schweizerischen Bundesbahnen (SBBG; SR 742.31). Bei den Schweizerischen Bundesbahnen handelt es sich um eine spezialgesetzliche Aktiengesellschaft (siehe Art. 2 Abs. 1 SBBG).

## 2. Privatrechtliche Koordinationsformen

Einfache Gesellschaft (erfüllt knapp 2 der 5 vordefinierten Voraussetzungen)			
Nr.	☑/☒	Voraussetzungen (SOLL)	Rechtliche Gegebenheiten (IST)
(1)	☒	Rechtspersönlichkeit	Die einfache Gesellschaft verfügt als personenbezogene Gesellschaft über keine eigene Rechtspersönlichkeit. <sup>61</sup>
(2)	☒	Gesetzlich vorgegebene Organstruktur	Die einfache Gesellschaft verfügt über keine Organstruktur. <sup>62</sup> Das OR enthält jedoch gewisse Bestimmungen zum Verhältnis der Gesellschafter untereinander (siehe Art. 535 ff. OR).
(3)	☑	Einfache Gründung	Zur Entstehung einer einfachen Gesellschaft genügt die Einigung mehrerer Personen oder Institutionen, einen bestimmten Zweck mit gemeinsamen Kräften und Mitteln erreichen zu wollen (Art. 530 Abs. 1 OR). <sup>63</sup> Für den Vertrag bestehen keine Formvorschriften, er lässt sich entsprechend auch durch konkludentes Verhalten abschliessen. <sup>64</sup>
(4)	☑	Einfacher Bei- und Austritt	Da es sich bei einer einfachen Gesellschaft um eine personenbezogene Gesellschaftsform handelt, geht das Gesetz vor dem Hintergrund der persönlichen Haftung davon aus, dass Änderungen im Bestand der Gesellschafter nicht gewollt sind. Allerdings lässt sich vertraglich vorsehen, dass die einfache Gesellschaft trotz Ausscheidens eines Gesellschafters weiterbesteht. <sup>65</sup>
(5)	☒	Keine Haftung der Mitglieder	Für die Gesellschaftsschulden haften die Gesellschafter. <sup>66</sup>

GmbH (erfüllt 3 der 5 vordefinierten Voraussetzungen)			
Nr.	☑/☒	Voraussetzungen (SOLL)	Rechtliche Gegebenheiten (IST)
(1)	☑	Rechtspersönlichkeit	Die GmbH verfügt als juristische Person über Rechtspersönlichkeit und kann entsprechend in eigenem Namen handeln und Rechtsgeschäfte abschliessen. Sie erlangt die Rechtspersönlichkeit mit der Eintragung in das Handelsregister (Art. 52 f. ZGB i.V.m. Art. 779 Abs. 1 OR).
(2)	☑	Gesetzlich vorgegebene Organstruktur	Nach Art. 804 ff. OR verfügt die GmbH über eine gesetzlich vorgegebene Organstruktur, die aus einer Gesellschafterversammlung, einer Geschäftsführung und einer Revisionsstelle besteht. <sup>67</sup>
(3)	☒	Einfache Gründung	Die Gründung einer GmbH erfolgt, indem die Gründer in Form einer öffentlichen Urkunde erklären, eine GmbH gründen zu wollen, darin die Statuten festlegen und die Organe bestellen (Art. 777 Abs. 1 OR). In diesem Errichtungsakt zeichnen sie auch die Stammanteile (Art. 777 Abs. 2 OR). Die Gesellschaft ist in das Handelsregister ihres Sitzortes einzutragen (Art. 778 OR). Stammanteile in Form von Bareinlagen sind auf ein Sperrkonto einzubezahlen und stehen der GmbH erst nach der Eintragung in das Handelsregister zur Verfügung (Art. 777c Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 3 i.V.m. Art. 633 OR).
(4)	☒	Einfacher Bei- und Austritt	Mit Blick auf den Beitritt ist zwischen Gründungsstadium und späterem Zeitpunkt zu unterscheiden: Im Gründungsstadium erfolgt die Mitgliedschaft durch eine Einlage in das Grundkapital. Zu einem späteren Zeitpunkt lässt sich die Mitgliedschaft in der Regel nur auf dem Wege der Übertragung erlangen. <sup>68</sup> Was den Austritt anbelangt, können die Statuten den Gesellschaftern ein Recht auf Austritt einräumen und dieses von bestimmten Bedingungen abhängig machen (Art. 822 Abs. 2 OR).
(5)	☑	Keine Haftung der Mitglieder	Für die Verbindlichkeiten haftet nur das Gesellschaftsvermögen (Art. 794 OR).

<sup>61</sup> Siehe dazu ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER/ROLF SETHE, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 12. A., Bern 2018, § 12 N 18.

<sup>62</sup> Siehe dazu auch PETER KUNZ, in: Peter Jung/Peter Kunz/Harald Bärtschi (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2. A., Zürich 2018 (zit. Verfasser/in, in: Jung/Kunz/Bärtschi), § 7 N 49.

<sup>63</sup> Siehe auch BGer, 4A\_533/2014, 29.4.2015, E. 2.2.3; BGE 137 III 455 E. 3.1.

<sup>64</sup> Siehe dazu BGer, 5A\_304/2015, 23.11.2015, E. 3.2; BGE 116 II 707 E. 2a.

<sup>65</sup> Siehe dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 61), § 12 N 120 f.

<sup>66</sup> Siehe dazu PETER KUNZ, in: Jung/Kunz/Bärtschi (FN 62), § 7 N 77 f.

<sup>67</sup> Siehe dazu im Weiteren HARALD BÄRTSCHI, in: Jung/Kunz/Bärtschi (FN 62), § 10 N 53 ff.

<sup>68</sup> Siehe dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 61), § 18 N 88 f.

Privatrechtliche Aktiengesellschaft (erfüllt 3 der 5 vordefinierten Voraussetzungen)			
Nr.	☑/☒	Voraussetzungen (SOLL)	Rechtliche Gegebenheiten (IST)
(1)	☑	Rechtspersönlichkeit	Die AG verfügt als juristische Person über eigene Rechtspersönlichkeit und kann entsprechend in eigenem Namen handeln und Rechtsgeschäfte eingehen. Sie erlangt die Rechtspersönlichkeit durch Eintragung in das Handelsregister (Art. 52 f. ZGB i.V.m. Art. 640 OR). <sup>69</sup>
(2)	☑	Gesetzlich vorgegebene Organstruktur	Nach Art. 698 ff. OR verfügt die AG über eine gesetzlich vorgegebene Organstruktur, die aus einer Generalversammlung, dem Verwaltungsrat und der Revisionsstelle besteht. <sup>70</sup>
(3)	☒	Einfache Gründung	Die Gründung einer AG erfolgt, indem die Gründer in Form einer öffentlichen Urkunde erklären, eine Aktiengesellschaft gründen zu wollen, darin die Statuten festlegen und die Organe bestellen (Art. 629 Abs. 1 OR). In diesem Errichtungsakt zeichnen sie auch die Aktien (Art. 629 Abs. 2 OR). Einlagen in Geld sind auf ein Sperrkonto einzubezahlen und stehen der AG erst nach der Eintragung in das Handelsregister zur Verfügung (Art. 633 OR). <sup>71</sup>
(4)	☒	Einfacher Bei- und Austritt	Mit Blick auf einen Beitritt ist zwischen der Gründung und einem späteren Zeitpunkt zu unterscheiden: Bei der Gründung erfolgt ein Beitritt durch Zeichnung einer oder mehrerer Aktien (Art. 629 Abs. 2 OR). Da das Aktienkapital und damit die Anzahl der Aktien in der Regel konstant sind (Ausnahme: Aktienkapitalerhöhung oder -herabsetzung), ist ein Beitritt zu einem späteren Zeitpunkt nur möglich, wenn ein Aktionär seine Aktien oder einen Teil davon einem Dritten abgibt. <sup>72</sup> Ein Austritt im klassischen Sinne ist bei einer AG aufgrund des festen Aktienkapitals nicht möglich. Entsprechend lässt das Gesetz lediglich die Übertragung der Mitgliedschaft bzw. der Aktien auf eine andere Person oder Institution zu (Ausnahme: Aktienkapitalherabsetzung). <sup>73</sup>
(5)	☑	Keine Haftung der Mitglieder	Für die Verbindlichkeiten der AG haftet nur das Gesellschaftsvermögen (Art. 620 Abs. 1 OR).

Verein (erfüllt alle vordefinierten Voraussetzungen)			
Nr.	☑/☒	Voraussetzungen (SOLL)	Rechtliche Gegebenheiten (IST)
(1)	☑	Rechtspersönlichkeit	Der Verein verfügt als juristische Person über eigene Rechtspersönlichkeit und kann entsprechend in eigenem Namen handeln und Rechtsgeschäfte eingehen. Er erlangt eigene Rechtspersönlichkeit, sobald der Wille, als Körperschaft zu bestehen, aus den Statuten ersichtlich ist (Art. 52 f. i.V.m. Art. 60 Abs. 1 ZGB).
(2)	☑	Gesetzlich vorgegebene Organstruktur	Nach Art. 64 ff. ZGB verfügt der Verein über eine gesetzlich vorgegebene Organstruktur, die aus einer Mitgliederversammlung, einem Vorstand und einer Revisionsstelle besteht.
(3)	☑	Einfache Gründung	Die Gründung eines Vereins setzt Statuten in schriftlicher Form voraus, die über den Zweck des Vereins, seine Mittel und seine Organisation Aufschluss geben (Art. 60 Abs. 2 ZGB). Für Vereine besteht mit gewissen Ausnahmen keine Pflicht zur Eintragung in das Handelsregister (siehe Art. 52 Abs. 2 i.V.m. Art. 61 ZGB).
(4)	☑	Einfacher Bei- und Austritt	Der Ein- und Austritt richtet sich in der Regel nach den Statuten und lässt sich nach den konkreten Bedürfnissen ausgestalten (siehe aber Art. 70 ZGB).
(5)	☑	Keine Haftung der Mitglieder	Sofern die Statuten nichts anderes bestimmen, haftet ausschliesslich das Vereinsvermögen (Art. 75a ZGB).

## D. Der Verein als Lösung

Die obige Übersicht zeigt, dass lediglich der Verein sämtliche der fünf vordefinierten Voraussetzungen erfüllt. Die gesetzliche Ausgestaltung des Vereins belässt die nötige Flexibilität, um massgeschneiderte Lösungen zeitnah und mit überschaubarem Aufwand zu erreichen. Auf den Ver-

ein folgten mit je drei erfüllten von insgesamt fünf vordefinierten Kriterien die spezialgesetzliche AG, die GmbH und die privatrechtliche AG. Auf den letzten Plätzen fanden sich die einfache Gesellschaft (2 von 5) und die interkantonale Vereinbarung (0 von 5).

Mit der Koordination in einem Verein nehmen die staatlichen Aufsichtsbehörden zwar ihre Aufsicht mittels einer privatrechtlichen Rechtsform wahr. Die Träger dieser privatrechtlichen Rechtsform sind jedoch ausschliess-

<sup>69</sup> Siehe dazu auch MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 61), § 16 N 32.

<sup>70</sup> Siehe dazu im Weiteren MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 61), § 16 N 465 ff.

<sup>71</sup> Siehe dazu auch HARALD BÄRTSCHI, in: Jung/Kunz/Bärtschi (FN 62), § 8 N 50.

<sup>72</sup> Siehe dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 61), § 16 N 401.

<sup>73</sup> Siehe dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE (FN 61), § 16 N 402.

lich die Kantone<sup>74</sup> und damit Subjekte des öffentlichen Rechts. Der Sinn und Zweck dieser privatrechtlichen Rechtsform besteht einzig darin, die koordinierte und effektive Wahrnehmung der staatlichen Aufsichtspflichten sicherzustellen. Im Vordergrund steht dabei die zeitnahe und zielführende Umsetzung in der Praxis.

### Hintergrundinformationen 2:

*Mit dieser rechtlichen Auslegeordnung hatte die Arbeitsgruppe die Grundlagen für das weitere Vorgehen definiert, jedoch das Ziel noch lange nicht erreicht: Es galt nun, diese Erkenntnisse den Kantonen näherzubringen. Adressaten waren dabei nicht nur jene Kantone, welche die Plattform Terravis bereits nutzten (im Jahr 2015 elf Kantone), sondern im Hinblick auf eine zukünftige Nutzung der Plattform alle Kantone der Schweiz. Um dieses Vorhaben umzusetzen, organisierte die Arbeitsgruppe Mitte 2015 eine Informationsveranstaltung, zu der sie gesamtschweizerisch alle Grundbuchämter, Grundbuchaufsichtsbehörden und kantonalen Datenschutzstellen einlud. Das Interesse war wider Erwarten gross und es fanden sich um die sechzig Personen ein. Die SIX Terravis AG präsentierte die Plattform Terravis und die Arbeitsgruppe legte die rechtliche Lage hinsichtlich der Aufsichtspflichten dar und zeigte auf, wie sich die Aufsicht durch die Koordination in einem Verein organisieren lässt und weshalb die Durchführung von Kontrollen (Audits) zur Wahrnehmung der Aufsicht besonders geeignet ist.*

*Im Anschluss an die Veranstaltung verschickte die Arbeitsgruppe allen Teilnehmenden einen Fragebogen. Dieser fragte unter anderem ab, inwiefern der jeweilige Kanton eine Koordination der Aufsicht begrüsst und inwiefern er im Rahmen einer Vereinsgründung als Gründungsmitglied zur Verfügung steht. Die Umfrage ergab eine grosse Zustimmung für eine Koordination, wobei sich vier Kantone als Gründungsmitglieder zur Verfügung stellten (Bern, Graubünden, Solothurn und Tessin).*

*Entsprechend dieser Sachlage machte sich die Arbeitsgruppe daran, die Gründungsdokumente auszuarbeiten. Sie umfassen die Statuten und ein Reglement.<sup>75</sup> In Anlehnung an die Plattform Terravis und den Vereinszweck erhielt der Verein den Namen «TerrAudit». Während dieser Vorbereitungsarbeiten (Ende 2015/Anfang 2016)*

*gelangte die Frage nach der Aufsicht über die Plattform Terravis und deren Nutzergruppen zunehmend in den Fokus des Bundesparlaments. Grund dafür war die laufende ZGB-Revision zu den Themen «Beurkundung des Personenstands und Grundbuch». Insbesondere der neue Art. 949d ZGB (siehe den ersten Aufsatz in AJP 12/2019, VI.A.) brachte im Bundesparlament die Frage auf, ob und falls ja, wie die Kantone ihre Aufsicht über die Plattform Terravis und deren Nutzergruppen wahrnehmen. Die Arbeitsgruppe führte daher mit verschiedenen Bundesparlamentariern Gespräche, in deren Rahmen sie diesen das Projekt «Verein TerrAudit» darlegte. Auch die SIX Group war mehrfach mit Bundesparlamentariern im Gespräch.*

*Die Gründung des Vereins TerrAudit erfolgte schliesslich im August 2016.<sup>76</sup> Neben den vier Gründungskantonen Bern, Graubünden, Solothurn und Tessin waren weitere interessierte Kantone anwesend – jeweils vertreten durch ihre Grundbuch- und/oder Datenschutzbehörden. Im Dezember 2017 genehmigte die Bundesversammlung die ZGB-Revision zur Beurkundung des Personenstands und zum Grundbuch (inkl. Art. 949d ZGB).<sup>77</sup>*

## VI. Audit als Instrument zur Wahrnehmung der Aufsichtspflichten

Wie bereits ausgeführt (siehe II.B.1. und III.B.2.) bietet sich für die Wahrnehmung der Grundbuch- und Datenschutzaufsicht im Bereich der Plattform Terravis die Durchführung von Kontrollen bzw. Audits an. Welche Fragestellungen und Herausforderungen sich in diesem Zusammenhang ergaben, findet sich nachfolgend dargelegt.

### Hintergrundinformationen 3:

*Zur Durchführung dieser Audits setzte der Vorstand des Vereins TerrAudit einen Auditausschuss ein. Diesem gehörten fortan der Vereinspräsident und die Autorin an. Die Aufgabe dieses Ausschusses bestand darin, einen geeigneten Dritten, der den Verein bei der Wahrnehmung der Aufsicht durch Audits unterstützte, zu suchen sowie den Audit zusammen mit dem Dritten aufzubauen und durchzuführen.*

*Da von Seiten des öffentlichen Beschaffungswesens keine Vorgaben bestanden, entschied der Ausschuss,*

<sup>74</sup> Nach Ziff. 3.1 Abs. 1 der Statuten des Vereins TerrAudit können Mitglied nur Kantone der schweizerischen Eidgenossenschaft werden, sofern diese ihre Grundbuchdaten über ein kantonsübergreifendes Auskunftportal zur Verfügung stellen [...] – die Statuten finden sich unter <https://www.terraudit.ch/de/downloads/> (Abruf 25.11.2019).

<sup>75</sup> Diese Dokumente finden sich unter dem Link in FN 74.

<sup>76</sup> Siehe Ziff. 14 (Inkrafttreten) der Statuten des Vereins TerrAudit (zu finden unter dem Link in FN 74).

<sup>77</sup> Siehe dazu den Änderungsbeschluss der Bundesversammlung vom 15. Dezember 2017, BBl 2017 7899 ff., 7902.

bei ausgewählten Unternehmen Offerten einzuholen. In Frage kamen gestützt auf Art. 2 Abs. 2 der Statuten des Vereins nur ausgewiesene Revisionsgesellschaften. Nach Eingang der Offerten erhielten alle Unternehmen die Möglichkeit, ihre Eingabe dem Gesamtvorstand des Vereins zu präsentieren. Der Vorstand vergab das Mandat schliesslich an PricewaterhouseCoopers AG (PwC).

Unmittelbar im Anschluss begann der Auditausschuss und PwC mit dem Aufbau des Audits. Da sich ein Rückgriff auf standardisierte Auditverfahren gestützt auf die Gesamtlage schwierig gestaltete, galt es, für den Audit massgeschneiderte Lösungen zu finden.

## A. Arten von Audits

Audits können unterschiedliche Themenbereiche betreffen. Die bekannteste Form ist der Finanzaudit zur Prüfung der Jahresrechnung einer Unternehmung oder des Staates. Daneben gibt es weitere Auditarten wie Compliance-, Governance-, Sicherheits- oder Qualitätsaudits.<sup>78</sup> Oft findet auch eine Kombination dieser Audits statt – wenn z.B. im Rahmen der Prüfung der Jahresrechnung oder von Compliance-Audits auch die Sicherheit der integrierten IT-Systeme geprüft wird. Allen Auditarten ist gemein, dass sie unabhängig und nachvollziehbar zu erfolgen haben und die Ergebnisse auf angemessenen Nachweisen beruhen müssen.<sup>79</sup>

Beim Audit im Rahmen der Plattform Terravis handelte es sich um eine Kombination von Compliance- und IT-Sicherheitsaudit. Es ging einerseits darum, zu prüfen, inwiefern die Plattform Terravis die massgeblichen gesetzlichen und vertraglichen Regelungen einhält, und andererseits darum, sicherzustellen, dass sie über ein IT-Sicherheitsniveau verfügt, das mit der erheblichen Menge an bearbeiteten Personendaten und der hohen Anzahl Beteiligten in Einklang steht. Im Weiteren ging es auch darum, die Rechtmässigkeit der Zugriffe nach Art. 28 GBV zu kontrollieren.

## B. Durchführung von Audits

Unabhängig vom Themenbereich und von der Auditart gliedert sich ein Audit stets in folgende vier Phasen: Planung, Durchführung, Berichterstattung und Folgeaudit.<sup>80</sup>

Diesem Aufbau folgte auch der Audit im Rahmen der Plattform Terravis.

### 1. Planungsphase

Die Planungsphase umfasst insbesondere das Festlegen des Prüfungsumfanges und die Ausarbeitung des Prüfprogramms.<sup>81</sup>

#### a. Prüfungsumfang

Im Rahmen des Prüfungsumfanges gilt es festzulegen, was geprüft werden soll.<sup>82</sup> Da eine vollständige Prüfung in der Regel weder zielführend noch in zeitlicher, finanzieller und personeller Hinsicht machbar ist, erfolgt die Festlegung des Prüfungsumfanges risikoorientiert.<sup>83</sup> Allerdings lassen sich durch die mit der Digitalisierung möglich gewordenen Datenanalysen einzelne Bereiche neu vollständig oder jedenfalls umfassender und detaillierter prüfen.

Die besondere Herausforderung in Bezug auf die Festlegung des Prüfungsumfanges lag im Rahmen der Plattform Terravis darin, dass diese in die IT der SIX Group integriert ist und über eine ISO-27001-Zertifizierung verfügt. Diese Ausgangslage führt dazu, dass die interne Revision der SIX Group sowie die ISO-27001-Zertifizierungsstellen im Bereich der Plattform Terravis ebenfalls Auditaktivitäten durchführen. Es galt somit zu eruieren, inwiefern sich der Verein TerrAudit auf Erkenntnisse aus diesen Audits stützen will und kann bzw. wie sich eine doppelte Auditierung gewisser Bereiche vermeiden liess. Um diesbezüglich eine zielgerichtete Lösung zu finden, bedurfte es der Abstimmung mit der internen Revision, dem Informationssicherheitsverantwortlichen und der Legal & Compliance-Abteilung der SIX Group. Die Entscheidung über die definitive Festlegung des Prüfungsumfanges lag jedoch allein beim Auditausschuss als Vertretung des Vereins.

<sup>78</sup> Siehe dazu STEFAN BEISSEL, IT-Audit, Grundlagen Prüfungsprozess, Best Practice, Berlin 2015, 11.

<sup>79</sup> BEISSEL (FN 78), 11.

<sup>80</sup> BEISSEL (FN 78), 34 ff.

<sup>81</sup> Siehe dazu auch International Auditing and Assurance Standards Board (IAASB), International Standard on Assurance Engagements (ISAE) 3000 revised, Assurance Engagements other than audits or reviews of historical financial information, Final Pronouncement 2013, N 40 ff. (zit. IAASB-Standards), Internet: <https://www.ifac.org/publications-resources/international-standard-assurance-engagements-isa-3000-revised-assurance-enga> (Abruf 25.11.2019).

<sup>82</sup> Siehe BEISSEL (FN 78), 18.

<sup>83</sup> Siehe dazu Deutsches Institut für interne Revision (DIIR), Risikoorientierte Prüfungsplanung: Best Practice, 2010, 9 ff., Internet: [https://www.diir.de/fileadmin/fachwissen/diir\\_veroeffentlichungen/Risikoorientierte\\_Pr%C3%BCfungsplanung\\_-\\_Best\\_Practice.pdf](https://www.diir.de/fileadmin/fachwissen/diir_veroeffentlichungen/Risikoorientierte_Pr%C3%BCfungsplanung_-_Best_Practice.pdf) (Abruf 25.11.2019).

## b. Prüfprogramm

Ausgangspunkt des Prüfprogramms bilden die im Rahmen des Prüfumfanges definierten Prüfbereiche. Bei der Erstellung des Prüfprogramms werden diese Prüfbereiche durch die Auditkriterien (gestützt auf welche Vorgaben wird geprüft), die Audittechniken (wie wird geprüft – z.B. Befragungen/Interviews, Dokumentenprüfungen, Standortbegehungen, automatisierte Datenanalysen usw.), den Auditzeitpunkt (wann findet der Audit statt) sowie die Festlegung der beteiligten Personen und deren Rollen ergänzt.

Das im Rahmen der Plattform Terravis durch den Auditausschuss und PwC erstellte Prüfprogramm umfasste zwei Teilbereiche: Die Plattform Terravis als solche (technische, organisatorische und rechtliche Aspekte) sowie die Rechtmässigkeit der Nutzerzugriffe nach Art. 28 Abs. 1 GBV. Auf eine Prüfung des elektronischen Geschäftsverkehrs wurde, da diesen erst wenige Kantone über die Plattform Terravis anbieten, in diesem Audit verzichtet.<sup>84</sup>

Die Auditkriterien ergaben sich insbesondere aus der Grundbuchverordnung, der technischen Grundbuchverordnung, der Datenschutzgesetzgebung, den Verträgen zwischen den Kantonen und der SIX Terravis AG sowie den Verträgen zwischen der SIX Terravis AG und den Nutzergruppen nach Art. 28 GBV. Im Weiteren gelangten mit Blick auf die IT-sicherheitsrechtlichen Aspekte auch internationale Regelwerke wie COBIT<sup>85</sup> zur Anwendung. Die vorgesehenen Audittechniken umfassten Interviews, Dokumentenprüfungen, Standortbegehungen (Einsichtnahme in IT-Systeme vor Ort) sowie Datenanalysen.

Das Reglement des Vereins TerrAudit sieht vor, dass der Vorstand das Prüfprogramm bei den beteiligten Kantonen vernehmlasst. Erst wenn eine Mehrheit der beteiligten Kantone diesem zustimmt, lässt sich der Audit fortführen (siehe dazu Ziff. 3.2.2, Punkte 4 und 10 des Reglements). Damit wird sichergestellt, dass allfällige Anliegen der Mitgliedskantone angemessenen Einbezug finden.

## 2. Durchführungsphase

Ausgangspunkt der Durchführungsphase bildet das Prüfprogramm. Im Rahmen der Durchführungsphase gilt es,

mit den im Prüfprogramm festgelegten Audittechniken Daten zu sammeln und diese anhand der im Prüfprogramm festgelegten Auditkriterien auszuwerten. Ergeben diese Auswertungen Abweichungen zwischen dem IST-Zustand und den Auditkriterien (SOLL), gilt es, diese Abweichungen zu dokumentieren und Massnahmen zur Reduktion des zugehörigen Risikos zu definieren.<sup>86</sup>

Beim Audit der Plattform Terravis waren die Datenanalysen, welche zur Überprüfung der Rechtmässigkeit der Zugriffe nach Art. 28 GBV zum Einsatz gelangten, von besonderem Interesse. Datenanalysen lassen sich nur durchführen, wenn es dafür einen genügend grossen Datensatz (Stichwort Big Data) gibt und sich aussagekräftige Parameter festlegen lassen, anhand welcher die Datenanalysen erfolgen können. Der Auditausschuss entwickelte in Zusammenarbeit mit PwC entsprechende Parameter, wobei spezialisierte Mitarbeiter von PwC die Datenanalysen gestützt auf die Zugriffsprotokolldaten der SIX Terravis AG<sup>87</sup> durchführten.

Diese Datenanalysen ergaben verschiedene Zugriffe, die sich als auffällig erwiesen. Institutionen, die solche Zugriffe aufwiesen, wurden vom Kanton, auf dessen Grundbuchdaten der Zugriff erfolgte und der somit für die Aufsicht zuständig war, mit der Bitte um Begründung des Zugriffs angeschrieben. Vermochte die Begründung nicht zu überzeugen, nahm PwC vor Ort Einblick in die Dossiers. Liess sich ein Zugriff auch dann nicht erklären, war es Sache des betroffenen Kantons, Massnahmen zu ergreifen. Diese reichten von Verwarnungen über den Entzug der Zugriffsberechtigung bis hin zu Meldungen bei branchen- oder berufsspezifischen Aufsichtsbehörden. Es handelte sich bei den auffälligen Zugriffen jedoch um Einzelfälle. Insgesamt erfolgten die Zugriffe rechtmässig.

## 3. Berichterstattung

Im Anschluss an die Durchführung des Audits erstellte der Auditausschuss und PwC einen Prüfbericht. Dieser umfasst neben administrativen Angaben zu den beteiligten Personen und Institutionen insbesondere die Auditbereiche, die Auditkriterien, die im Rahmen des Audits gemachten Feststellungen, die empfohlenen Massnahmen

<sup>84</sup> Siehe für weitergehende Ausführungen zum elektronischen Geschäftsverkehr den eingangs erwähnten Aufsatz in AJP 12/2019, IV.A.

<sup>85</sup> COBIT = Control Objectives for Information and related Technology – bei COBIT handelt es sich um ein international anerkanntes Rahmenwerk zur IT-Governance.

<sup>86</sup> Siehe für diesen Abschnitt BEISSEL (FN 78), 35 f.; JANA BRAUWEILER/MARKUS WILL/ANKE ZENKER-HOFFMANN, *Auditierung und Zertifizierung von Management-Systemen*, Wiesbaden 2015, 18 f.

<sup>87</sup> Nach Art. 30 Abs. 2 GBV (Art. 30 Abs. 1 E-GBV) sind die Zugriffe nach Art. 28 GBV automatisch zu protokollieren und die Protokolle mindestens zwei Jahre aufzubewahren.

sowie Angaben darüber, bis wann die geprüfte Einheit die empfohlenen Massnahmen umsetzt.<sup>88</sup>

In Übereinstimmung mit dieser Vorgehensweise sieht Ziff. 3.3 Abs. 1 des Vereinsreglements vor, dass es über den Audit einen Bericht zu verfassen gilt. Nach dieser Ziffer umfasst der Bericht jeweils einen allgemeinen und einen kantonsspezifischen Teil. Im durchgeführten Audit enthält der allgemeine Teil die Ergebnisse zur Plattform Terravis als solche. Im kantonsspezifischen Teil finden sich die Ergebnisse der Zugriffsauswertungen nach Art. 28 GBV pro Kanton. Es steht den Kantonen frei, die kantonsspezifischen Ergebnisse im Sinne eines Wissenstransfers zu teilen.

Die SIX Terravis AG konnte zum Auditbericht Stellung nehmen und der Auditausschuss und PwC vereinbarten mit dieser verschiedene Massnahmen, die es umzusetzen galt. Weitergehende Informationen zum Audit und zu den Auditresultaten finden sich auf der Homepage des Vereins TerrAudit.<sup>89</sup>

#### 4. Folgeaudits

In sogenannten Folgeaudits (Follow-ups) prüft die zuständige Auditinstanz, inwiefern die geprüfte Einheit die im Prüfbericht empfohlenen Massnahmen in der vereinbarten Zeit effektiv umgesetzt hat. Ergibt der Folgeaudit weiterhin Abweichungen zwischen dem IST-Zustand und den im Bericht empfohlenen Massnahmen, vereinbart das Auditteam mit der geprüften Institution weitergehende Massnahmen.<sup>90</sup>

Mit Blick auf Audits im Rahmen der Plattform Terravis sieht Ziff. 2.2 des Vereinsreglements vor, dass Audits in der Regel alle zwei Jahre stattfinden. Aufgrund dieser Sachlage lassen sich Follow-up-Prüfungen jeweils in den nächsten Audit integrieren und es besteht entsprechend keine Notwendigkeit, solche separat durchzuführen.

#### Hintergrundinformationen 4:

*Mit der dargestellten Vorgehensweise hat der Verein TerrAudit die Aufsicht über die Plattform Terravis sichergestellt. Da gewisse Bereiche des Audits kantonsspezifische Auswertungen umfassen und sich der Audit im Rahmen dieser kantonsspezifischen Aspekte lediglich auf die vier Gründerkantone beschränkte, erfolgte die Aufsicht*

*jedoch nicht flächendeckend. Da 2018 sechzehn Kantone ihre Grundbuchdaten und/oder den elektronischen Geschäftsverkehr über die Plattform Terravis anbieten, vermochte dieser Zustand nicht zu befriedigen. Entsprechend entschied der Verein TerrAudit, eine zweite Informationsveranstaltung durchzuführen. Adressaten waren wiederum gesamtschweizerisch die Grundbuchämter, die Grundbuchaufsichtsbehörden sowie die Datenschutzbehörden (siehe V.D., Hintergrundinformationen 2). Das Ziel der Informationsveranstaltung bestand darin, die Auditresultate und den aktuellen Stand der Plattform Terravis zu präsentieren. Im Weiteren galt es, verstärkt darauf aufmerksam zu machen, dass die Kantone ihre Aufsicht über die Plattform Terravis wahrnehmen müssen. Dies war nun durch einen Beitritt zum Verein TerrAudit einfach möglich. Die Informationsveranstaltung fand im Juni 2018 statt. Sie war mit sechzig Personen wiederum gut besucht und zeigte Wirkung: An der Generalversammlung 2019 erklärten fünf weitere Kantone ihren Beitritt zum Verein TerrAudit (Basel-Landschaft, Glarus, Schaffhausen, St. Gallen und Zug). Sechs weitere Kantone haben ihren Beitritt auf die Generalversammlung 2020 angekündigt und ein Kanton hat in Aussicht gestellt, seine Grundbuchdaten ab 2020 über die Plattform Terravis anzubieten. Damit nutzen ab 2020 voraussichtlich 19 Kantone die Plattform Terravis, wovon ca. 15 Kantone Mitglied im Verein TerrAudit sein werden (dies entspricht einem Anteil von 79 Prozent).*

#### VII. Fazit und Ausblick

Der Weg war lang und steinig. Diese Feststellung trifft auf den Aufbau der Plattform Terravis<sup>91</sup> und die Koordination und Wahrnehmung der gesetzlichen Aufsichtspflichten gleichermaßen zu. Einige Kantone vermochten der Nutzung der Plattform Terravis und/oder der Idee einer koordinierten Aufsichtswahrnehmung durch Audits über lange Zeit wenig oder nichts abzugewinnen. Zudem galt es, in beiden Bereichen diverse rechtliche, technische und organisatorische Hürden zu nehmen.

Erst die Gründung eines privatrechtlichen Vereins vermochte eine Ausgangslage zu schaffen, die es den Kantonen ermöglicht, ihre gesetzlichen Aufsichtspflichten über die Plattform Terravis und deren Nutzergruppen zeitnah zu koordinieren und mittels Audits effektiv wahrzunehmen. Aufgrund der Datenmengen, welche die Plattform Terravis transportiert, und der Anzahl Nutzenden, über

<sup>88</sup> Siehe für diesen Abschnitt BEISSEL (FN 78), 36 f.; BRAUWEILER/WILL/ZENKER-HOFFMANN (FN 86), 22 und 24, sowie IAASB-Standards (FN 81), N 67 ff.

<sup>89</sup> Siehe Präsentation von PwC an der Informationsveranstaltung vom Juni 2018, Internet: <https://www.terraudit.ch/de/downloads/> (Abruf 26.11.2019).

<sup>90</sup> Siehe für diesen Abschnitt BEISSEL (FN 78), 37.

<sup>91</sup> Siehe dazu den ersten Aufsatz in AJP 12/2019, 1303 ff.

die sie verfügt, war eine Lösung der Aufsichtsfrage nicht nur dringend, sondern zwingend. Der Verein dient dabei als Mittel zum Zweck.

Diese Sachlage zeigt, dass ein zunehmend digitalisiertes Umfeld, in dem kantonsübergreifend oder auch international genutzte Online-Plattformen immer mehr die Regel und nicht die Ausnahme bilden, übergeordnete und neue Lösungskonzepte erfordert. Allerdings erscheint es wenig zielführend, für jede neue interkantonal oder international genutzte Plattform für die Koordination der Aufsichtspflichten eine eigenständige Organisation zu gründen. Entsprechend ist ein zeitnaher Dialog über die Koordination gesetzlicher Aufsichtspflichten im digitalisierten Umfeld und im Speziellen hinsichtlich interkantonal oder international genutzter Online-Plattformen zwingend. An diesem sollten sich die öffentliche Hand (Bund und Kantone), die Wissenschaft und die Privatwirtschaft gleichermaßen beteiligen. Wie das Eingangszitat zum ersten Aufsatz feststellt und das Projekt zum Aufbau der Plattform Terravis bestätigt, begegnen wir uns in den Gemeinsamkeiten und wachsen an den Unterschieden.<sup>92</sup> Jedenfalls gilt es zu verhindern, dass Aufsichtspflichten trotz veränderter Verhältnisse ohne kritische Hinterfragung nach bisherigen Vorgehensweisen oder wegen Überforderung nicht wahrgenommen werden. Wie das Eingangszitat zu diesem Beitrag festhält, lässt sich ein erfolgreicher Wandel nicht mit gestrigen Lösungen erreichen.

---

<sup>92</sup> Siehe AJP 12/2019, 1303.