

Tätigkeitsbericht 2013 an den Stadtrat

Gemäss Artikel 11 des Reglements vom 23. Juni 1994 über die Ombudsstelle der Stadt Bern unterbreite ich Ihnen den achtzehnten Bericht über meine Tätigkeit zur Kenntnisnahme.

Bern, im Juni 2014

Mario Flückiger, Ombudsmann und
Datenschutzbeauftragter der Stadt Bern

Inhalt

Erster Teil

Ombudsfunktion und Mediation	3
Kontakte, Fachtagungen, Öffentlichkeitsarbeit	5
Dank	5
Fallvolumen, Statistik	6
Datenschutz	8

Zweiter Teil – Einblick in die Praxis

Fallbeispiele	10
Berechtigte Hoffnungen?	10
Anspruch auf Auszahlung von Freizeitguthaben	12
Beistand als Erbe	13
Datenschutz beim Austausch der städtischen Druckausgabegeräte	15
Smart Meter	16
Budgetanalyse bringt Klarheit	17
Selbstkontrolle geht vor	18

Erster Teil

Ombudsfunktion und Mediation

In der Schweiz bestehen gegenwärtig elf für die jeweiligen Verwaltungen zuständige Ombudsstellen (Kantone Zürich, Basel-Stadt, Basel-Land, Zug, Waadt, Städte Zürich, Winterthur, Luzern, St. Gallen, Rapperswil-Jona und Bern). Weitere Institutionen sind im Entstehen begriffen, beispielsweise in den Kantonen Fribourg und Obwalden.

Bei der Wahl neuer parlamentarischer Ombudspersonen wird heutzutage in der Regel eine Mediationsausbildung vorausgesetzt. Zu Recht wird davon ausgegangen, dass die Ombudsfrau oder der Ombudsmann nicht nur über möglichst breite Rechtskenntnisse, sondern auch über Wissen und Erfahrung in der Vermittlung und Schlichtung von Konflikten verfügen sollte. Die Bezeichnung „*médiation administrative*“ für die Institutionen im französischen Sprachraum weist ihrerseits auf die Verwandtschaft der Ombudstätigkeit mit den Grundgedanken der Mediation hin.

Unter dem Fachbegriff „Mediation“ wird ein strukturiertes, freiwilliges Konfliktlösungsverfahren verstanden, bei dem eine neutrale Drittperson, der Mediator oder die Mediatorin, die Konfliktparteien darin unterstützt, für ihren Konflikt selber eine rechtsverbindliche Lösung zu finden. Die Mediatorin/der Mediator trifft dabei keine eigenen Entscheidungen, sondern ist nur für das Verfahren verantwortlich. Voraussetzung ist, dass die Parteien zu einer Mediation bereit sind und den Willen haben, einen Konsens zu finden. Das Mediationsverfahren ist ein Entwicklungsprozess, das von einer allmählichen Verbesserung der Kommunikation, einer Annäherung der Standpunkte bis hin zu einer abschliessenden, schriftlichen Vereinbarung möglichst im Sinne einer „win-win-Lösung“ geprägt ist. Die Mediation ist insofern als Alternative zu den üblichen rechtlichen Durchsetzungsmechanismen gedacht, die meist auf dem Prinzip „Gewinner-Verlierer“ beruhen, zu überlasteten Spruchbehörden führen und meist auch wesentlich höhere Kosten verursachen.

Neben den ähnlich ausgerichteten Zielsetzungen weist auch das *Verfahren* der Mediation gewisse Parallelen zu den Vorgehensweisen einer Ombudsstelle auf. Ähnlichkeiten kommen am ehesten in Fällen zum Ausdruck, in denen der Ombudsmann versucht, einen Konflikt im Rahmen von Aussprachen unter den Beteiligten einvernehmlich zu lösen. Dabei kommen verschiedene Elemente zum Tragen, die auch in den typischen Phasen der Mediation anzutreffen sind, etwa beim Erstellen der Gesprächsbereitschaft auf beiden Seiten, bei der Bestandsaufnahme der Positionen, beim Ergründen der Interessen *hinter* den Positionen der Parteien, bei der gemeinsamen Entwicklung von Lösungsoptionen und schliesslich beim Abschluss einer Einigungsvereinbarung.

Das Aufgabengebiet einer parlamentarischen Ombudsstelle ist jedoch nicht mit demjenigen der Mediation gleichzusetzen. Es umfasst im Gegensatz dazu sowohl beratende, überprüfende als auch vermittelnde Funktionen, die in der täglichen Praxis je nach Art der behandelten Anliegen in unterschiedlicher Ausprägung vorkommen. Dabei gelten Voraussetzungen, welche die Ombudstätigkeit nicht a priori unter einen Hut mit dem reinen Mediationsgedanken

bringen lassen. Zunächst stehen die beteiligten Parteien im Ombudsverfahren zueinander faktisch nie in einem „horizontalen“, gleichberechtigten Verhältnis. Zwischen den Ratsuchenden und den betreffenden Amtsstellen besteht vielmehr in der Regel ein gewisses Machtgefälle, welches oft mit ein Grund ist, dass die Ombudsstelle um Unterstützung angegangen wird. Ferner fehlt es auf Seiten der Verwaltung insofern am Element der Freiwilligkeit, als diese gesetzlich dazu verpflichtet ist, den Ombudsmann bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen, ihm die verlangten Auskünfte vollumfänglich zu erteilen und ihm uneingeschränkte Akteneinsicht zu gewähren. Die Informationsrechte des Ombudsmannes sind vor allem auf seine Kontrollaufgabe ausgerichtet: Er soll das Verwaltungshandeln bei Beanstandungen auf seine Rechtmässigkeit, Angemessenheit und Zweckmässigkeit prüfen und Verbesserungsvorschläge einbringen. Das Legalitätsprinzip setzt dem parlamentarischen Ombudsmann insofern Grenzen, als jede in Betracht gezogene Lösung sich innerhalb des gesetzlichen Rahmens bewegen muss. Ein Konfliktgegenstand muss in diesem Sinne verhandelbar sein.

Die hier nicht abschliessend aufgezählten Unterschiede zeigen, dass Mediation und Ombudsverfahren zwar teilweise ähnliche Ziele verfolgen, jedoch von grundlegend verschiedenen Ansätzen ausgehen. Das Angebot der Ombudsstelle ist anders und weiter gefasst als die Mediation. Die Verwendung von Mediationsmethoden stellt für den Ombudsmann lediglich eine *Option*, aber keineswegs den Alltag dar. Am ehesten bietet sich Mediation bei komplexen und vielschichtigen Konflikten an, bei denen es darum geht, auf eine künftige friedliche Koexistenz der Konfliktparteien hinzuwirken. Die Erfahrung zeigt jedoch, dass das Schwergewicht der Ombudstätigkeit auf dem prüfenden Aspekt liegt. Das typische Anliegen, das dem Ombudsmann unterbreitet wird, enthält stets eine Art von Beanstandung, und die Rat suchende Person erwartet von ihm eine Antwort auf die Frage, ob die Verwaltung in ihrem Fall korrekt und angemessen gehandelt hat.

Wichtig ist, dass der Ombudsmann sich seiner jeweiligen Rolle bewusst ist. Er muss wissen, ob er im Einzelfall als reiner Berater, als Prüfer oder als Mediator handelt. In Anbetracht seiner offenen und variablen Aufgabenstellung ist es nötig, dass er die im konkreten Verfahren wahrgenommene Rolle rechtzeitig transparent macht, und nicht „als schillernder Aufsichts-Mediator ohne klare Umrisse von Zuständigkeiten und Befugnissen auftritt“ (*vgl. dazu und zum gesamten Thema Rolf Steiner/Andreas Nabholz, Ombuds-Mediation, Mediation in der öffentlichen Verwaltung, insbesondere durch parlamentarische Ombudsstellen in der Schweiz, Zürich/Basel/Genf 2003*).

Sowohl die Mediation als auch die Ombudsstellen als Einrichtungen zur alternativen, deeskalativen Konfliktbeilegung sind in der Schweiz Modelle mit Zukunft. Dies beweist einerseits die Tatsache, dass immer mehr öffentliche Gemeinwesen, Gemeinden und Kantone, sich mit der Einführung unabhängiger Ombudsstellen befassen (selbst wenn deren Realisierung nicht immer auf Anhieb gelingt). Die Mediation ihrerseits wurde nicht nur – in den letzten 20 Jahren – von vielen Berufsangehörigen (Anwältinnen und Anwälte, soziale Berufe u.a.) als zusätzliches Tätigkeitsfeld erschlossen, sondern hat inzwischen auch in der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung als Alternative zur rein gerichtlichen Auseinandersetzung ihren Platz gefunden (siehe Artikel 213 – 218 ZPO).

Kontakte, Fachtagungen, Öffentlichkeitsarbeit

10. April 2013, Liestal: Treffen der Vereinigung Parlamentarischer Ombudspersonen der Schweiz (VPO+), Informations- und Erfahrungsaustausch mit Schwerpunkt ‚Methoden der Ombudstätigkeit‘.

25. April 2013, Lausanne: Frühjahrstagung von Privatim, Vereinigung der schweizerischen Datenschutzbeauftragten, Schwerpunktthema ‚Social Media‘.

3. Mai. 2013, Fribourg: Weiterbildungsveranstaltung ‚Datenschutz in der Sozialhilfe‘.

14.-15. Juni 2013, Schloss Hofen: Weiterbildungsseminar der VPO+ gemeinsam mit den Ombudsstellen von Vorarlberg, Tirol und Südtirol zum Thema ‚Macht der Sprache – Sprache der Macht‘.

20.-21. September 2013, Innsbruck: Generalversammlung des Europäischen Ombudsman-Instituts (E.O.I.) sowie Festakt anlässlich des 25-Jahr-Jubiläums des E.O.I.

6. November 2013, Basel: Treffen der Vereinigung Parlamentarischer Ombudspersonen der Schweiz (VPO+), Jahresversammlung, Informations- und Erfahrungsaustausch mit Schwerpunkt ‚Unabhängigkeit der Ombudsstellen‘.

30. November 2013, Bern: Teilnahme am Forum für Migrantinnen und Migranten des Kompetenzzentrums Integration der Stadt Bern, Direktion für Bildung, Soziales und Sport. Thema ‚Ich und die Behörden‘.

Laufend: Interviews und andere Medienkontakte.

DANK

Ich danke allen Personen, Behörden und Institutionen, die der Ombudsstelle und der Gemeindeaufsichtsstelle Datenschutz im Berichtsjahr je auf ihre Weise ihr Interesse, ihre Unterstützung und ihr Wohlwollen gezeigt haben, speziell der Aufsichtskommission des Stadtrates (AK). Allen voran gilt mein herzlicher Dank meiner Mitarbeiterin Beatrice Bühler für ihre Treue und ihre stets loyale und engagierte Mitarbeit.

Fallvolumen, Statistik

Im Berichtsjahr wurden 165 *Falldossiers* neu eröffnet (Vorjahr 162). Obwohl in den Jahren zuvor (siehe Tabelle 1) die Fallzahlen etwas höher lagen, entspricht die erreichte Dossierzahl ziemlich genau dem Durchschnitt über alle Jahre seit den Anfängen der Institution. Die Bandbreite erstreckt sich von jährlich 148 bis zu 188 neu eröffneten Fällen. Dabei ist zu beachten, dass der Bearbeitungsaufwand von einem Anliegen zum andern stark variieren kann. Zur *effektiven* Geschäftslast gehören auch aufwendige Dossiers namentlich im Datenschutzbereich, die im jeweiligen Berichtsjahr nicht neu eröffnet, sondern weitergeführt werden, weil sich ihre Behandlung über eine längere Zeit erstreckt, so zur Zeit etwa das Klienteninformationssystem KiSS in der Sozialhilfe, das Register der Datensammlungen oder datenschutzrechtliche Vorabkontrollen. Statistische Angaben pro Kalenderjahr sind selbstverständlich trotzdem ein unverzichtbares Element der Berichterstattung, weil sie eine Gesamtschau auf den Betrieb und das Funktionieren der Institution vermitteln.

Die Zahl der *Anfragen* nahm mit 239 Anliegen zahlenmässig gegenüber dem Vorjahr (215) wiederum zu, wie auch die *Weiterverweisungen* mit 478 Kontakten (454). Spezifische Gründe für gewisse Schwankungen bei diesen Werten lassen sich nicht benennen. Weitere Kennzahlen sind den Tabellen 2 und 3 zu entnehmen.

Ombudstätigkeit und Datenschutz bilden zusammen eine Produktegruppe. Nach der NSB-Jahresrechnung 2013 der Ombudsstelle entfielen rund 78 Prozent der gesamten Bruttokosten (378'746 Franken) auf das Produkt „Ombudstätigkeit“ (295'571 Franken) und rund 22 Prozent (83'175 Franken) auf das Produkt „Datenschutz“. Ziel- und Steuerungsvorgaben wurden eingehalten, ebenso die Sparvorgaben. Die detaillierten Zahlen können dem Jahresbericht zur Produktegruppen-Rechnung entnommen werden (PG020000 Ombudstätigkeit und Datenschutz). Als Kennzahlen dienen nach wie vor die Angaben über die Gesamtzahl der Anliegen sowie die Zahl der Dossier-Fälle und der Anfragen.

Definition der einzelnen Geschäftskategorien

„*Dossiers*“ im eigentlichen Sinn werden eröffnet bei Anliegen mit erhöhtem bis grossem Bearbeitungsaufwand (längere Gesprächsführung zur Erfassung des Anliegens, Beratung, Einholen von mündlichen oder schriftlichen Stellungnahmen, Akteneinsichtnahme, Besichtigungen, vertiefte rechtliche Abklärungen, Aussprachen, Verhandlungen, Abfassen von Vereinbarungen, Schlussberichte). Die Behandlung der Dossiers bildet naturgemäss von den einzusetzenden Ressourcen her den Hauptteil der Ombudsstellen-Tätigkeit.

„*Anfragen*“ sind Anliegen, bei denen sich im Vergleich mit den Dossiers ein weniger grosser Bearbeitungsaufwand ergibt (Telefongespräch zur Aufnahme des Anliegens, rechtliche Abklärungen, Erteilen von Informationen und einfachen Rechtsauskünften, kurze Rückfragen bei der Verwaltung und telefonischer Rückruf oder Antwort per E-Mail, Abklären der Zuständigkeiten usw.). Pro Anfrage wird ein Erfassungsblatt erstellt und mit den dazugehörigen Unterlagen abgelegt.

„*Direkte Weiterverweisungen*“ betreffen Kurzauskünfte zu Fragen von Bürgerinnen und Bürgern, die wegen Unzuständigkeit der Ombudsstelle für das betreffende Anliegen an eine andere Institution oder Organisation weiterverwiesen werden (Häufigste Bereiche: Konflikte mit der Kantonsverwaltung, Bundesbehörden, anderen Gemeinden, Krankenversicherungen, Ärzten oder Zahnärzten, ferner Schuldenprobleme, Konsumentenfragen, Probleme mit Banken, Privatversicherungen, Telekommunikations-Firmen).

Tabelle 1 Gesamtzahl der Geschäfte über mehrere Jahre

	2009	2010	2011	2012	2013
Gesamtzahl Konsultationen	868	841	886	831	882
Anfragen	234	254	230	215	239
Dossiers	188	181	183	162	165
Weiterverweisungen	446	406	473	454	478

Tabelle 2 Anteil Datenschutz über mehrere Jahre

	2009	2010	2011	2012	2013
Anfragen	58 (24.8 %)	64 (25.2 %)	52 (22.6 %)	52 (24.2 %)	53 (22.2 %)
Dossiers	28 (14.9 %)	30 (16.6 %)	29 (15.8 %)	21 (13.0 %)	30 (18.2 %)

Tabelle 3

Gesamtzahl der Personen, die im Berichtsjahr an die Ombudsstelle gelangt sind	2012 831	2013 882
Dossiers Ombudstätigkeit	141	135
davon verwaltungsinterne Fälle (Personalkonflikte)	19	19
Frauen	62	63
Männer	79	72
Schweizerinnen/Schweizer	101	97
Ausländerinnen/Ausländer	40	38
Dossiers Datenschutz	21	30
Datenschutz-Anliegen der Verwaltung und der Betriebe	15	23
Datenschutz-Anliegen Privater	6	7
Total Dossiers	162	165
Anfragen Ombudstätigkeit	163	186
Anfragen Datenschutz	52	53
Frauen	106	112
Männer	109	127
Total Anfragen	215	239
Direkte Weiterverweisungen	454	478

Anteile der Dossiers pro Bereich	2011	2012	2013
Direktion für Bildung, Soziales und Sport BSS	37.7 %	37.6 %	32.1 %
Direktion für Sicherheit, Umwelt und Energie SUE	23.0 %	24.1 %	23.0 %
Direktion für Tiefbau, Verkehr und Stadtgrün TVS	3.3 %	8.0 %	6.7 %
Direktion für Finanzen, Personal und Informatik FPI	7.1 %	2.5 %	4.9 %
Betriebe (Bernmobil, ewb, Stabe)	8.7 %	8.0 %	10.3 %
Präsidialdirektion PRD	3.3 %	6.2 %	3.6 %
Stadtkanzlei	---	---	---
Direktionsübergreifend	1.1 %	0.6 %	1.2 %
Datenschutz	15.8 %	13.0 %	18.2 %

Datenschutz

Register der Datensammlungen der Stadt Bern

Nach dem revidierten Artikel 18 des kantonalen Datenschutzgesetzes (KDSG) veröffentlicht die Aufsichtsstelle *über Internet* ein Register der in der Gemeinde angelegten Datensammlungen. Das Register dient den Bürgerinnen und Bürgern als Grundlage zur Wahrnehmung ihrer datenschutzrechtlich verbrieften Rechte, insbesondere des Rechts auf Einsichtnahme, auf Berichtigung oder Vernichtung unrichtiger oder nicht notwendiger Personendaten sowie weiterer Schutzrechte gegen missbräuchliche Datenbearbeitung durch Behörden.

Die Direktionen der Stadtverwaltung sowie Bernmobil und Energie Wasser Bern wurden im Oktober 2013 eingeladen, ihre Datensammlungen je einzeln per Formular anzumelden. Um ihnen diese Aufgabe zu erleichtern, wurde ihnen ein Leitfaden zur Verfügung gestellt. Formular und Leitfaden bleiben auf der *Intranet*-Homepage des Datenschutzbeauftragten abrufbar, damit neue Datensammlungen und Mutationen jederzeit gemeldet werden können. Der Aufsichtsstelle wurden bisher rund xxx Datensammlungen gemeldet.

In einer weiteren Phase erhielten die Direktionen und die Betriebe Gelegenheit, die übermittelten Einträge zu verifizieren und allfällige Korrekturen und Ergänzungen anzubringen. Nach Abschluss der Bereinigung wird das Register auf der Internet-Homepage des Datenschutzbeauftragten (www.bern.ch/datenschutzbeauftragter) veröffentlicht. Dies wird voraussichtlich im Juni 2014 der Fall sein.

Die Direktionen und Betriebe sind für die inhaltliche Vollständigkeit und Richtigkeit der Registerinträge verantwortlich.

Klienteninformationssystem Sozialhilfe (KiSS) – Stand der Dinge aus der Sicht des Datenschutzes

Die Frage des Datenschutzes im KiSS beschäftigt den Datenschutzbeauftragten nun schon seit mehreren Jahren. Die Vorgeschichte findet sich im „Bericht und Empfehlungen betreffend Datenschutz“ im KiSS, integral nachzulesen im Anhang zum Tätigkeitsbericht 2011 an den Stadtrat. Der Empfehlung betreffend Verzicht auf ein gegenseitiges Abrufverfahren zwischen Amt für Erwachsenen- und Kinderschutz (EKS) und Sozialamt wurde in der Folge insofern nachgelebt, als zugesichert wurde, dass inskünftig der gegenseitige Zugriff auf die relativ wenigen, so genannten Fälle „delegierter Sozialhilfe“ beschränkt werde. Ebenso wurde der Empfehlung gefolgt, für die internen Zugriffsberechtigungen im Sozialhilfe- und im Erwachse-

nen- und Kindeschutzbereich je eine detaillierte Zugriffsmatrix zu erstellen. Der Datenschutzbeauftragte holte dazu im April 2013 ein Rechtsgutachten zum Datenschutz im KiSS unter besonderer Berücksichtigung der Zugriffsberechtigung bei Frau Prof. Dr. Astrid Epiney und Herrn MLaw Tobias Fasnacht von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg ein und brachte es den KiSS-Verantwortlichen zur Kenntnis. Dennoch blieb die Ausgestaltung der Zugriffsrechte im KiSS weiterhin kontrovers und beschäftigte vorübergehend auch die Aufsichtskommission des Stadtrates. Der Datenschutzbeauftragte erteilte der Kommission am 3. Juni 2013 umfassend Auskunft zum Stand des Geschäftes. Man einigte sich schliesslich darauf, dass in Zusammenarbeit mit der Stadtkanzlei zum KiSS und insbesondere zu den Zugriffsrechten eine gesetzliche Grundlage (Verordnungs- oder Reglementsstufe) zu erarbeiten sei. Inzwischen wurde der Datenschutzbeauftragte vom Leiter des Sozialamtes dahingehend orientiert, dass nun die feste Absicht bestehe, gemeinsam mit den Städten Zürich und Basel ein völlig neues Klienteninformationssystem zu entwickeln. Dies dürfte wiederum etliche Jahre in Anspruch nehmen, während gleichzeitig das bestehende System in seinem ursprünglichen Zustand, d.h. ohne die vom Datenschutzbeauftragten empfohlenen Verbesserungen auf unbestimmte Zeit weiter betrieben würde. Aus der Sicht des Datenschutzbeauftragten wäre dies ein unhaltbarer Zustand. Er wird die Aufsichtskommission über die weitere Entwicklung der Angelegenheit auf dem Laufenden halten.

Weitere Datenschutzdossiers des Jahres 2013

Neben den im Bericht beschriebenen Geschäften befasste sich der Datenschutzbeauftragte u.a. mit den folgenden weiteren Datenschutzangelegenheiten (Auswahl):

- Vorabkontrolle „Navision“, neue Software für die Verwaltung der Betreuungsgutscheine für Kindertagesstätten
- Vorabkontrolle der Datenbearbeitung und Videoüberwachung im erneuerten Entsorgungshof Fellerstrasse
- Korrekturen beim Erfassen der Religionszugehörigkeit im Einwohnerregister
- Stellungnahme zum Entwurf für eine Teilrevision der Strassennutzungsverordnung (SNV) betreffend Verbot der Videoüberwachung durch Private im öffentlichen Raum
- Frage der Verhältnismässigkeit einer Aufzeichnung des Funkverkehrs bei Bernmobil für Schulungszwecke
- Vernehmlassung zum Merkblatt der Stadtverwaltung für den Umgang mit sozialen Medien
- Datenschutz bei der Publikation von SchülerInnen-Fotos auf Schulwebsites
- Publikation des Telefonverzeichnisses der Stadtverwaltung im Internet bedarf einer Verordnungsgrundlage
- Datenschutz bei der Erhebung der Mitarbeitendenzufriedenheit mittels Fragebogen
- Verschieden Datenschutzfragen beim Umgang mit Resultaten der Abgasmessung beim Amt für Umweltschutz.

Zweiter Teil – Einblick in die Praxis

Fallbeispiele

Die Fallbeispiele dienen der Illustration der Arbeits- und Wirkungsweise der Ombudsstelle. Der Ombudsmann hat laut Reglement und Pflichtenheft die Aufgabe, das Verwaltungshandeln auf seine Rechtmässigkeit und Angemessenheit zu überprüfen. Bei Konflikten soll er schlichten und vermitteln. Gibt das Vorgehen der Verwaltung zu berechtigter Kritik Anlass, soll er Verbesserungen vorschlagen, gegebenenfalls mit schriftlichen Empfehlungen, die zu Korrekturen im Einzelfall oder einer generellen Änderung der künftigen Verwaltungspraxis führen. Sichtbar gemacht werden soll ebenfalls, dass der Ombudsmann in vielen Fällen die Standpunkte der Verwaltung teilt und in Schutz nimmt. Die Art und Weise, wie er als Datenschutzbeauftragter die ihm gestellten Aufgaben in der Praxis erfüllt, soll bei der Fallauswahl ebenfalls zum Ausdruck kommen.

Eine allgemeine Wertung der Arbeit betroffener Amtsstellen oder Betriebe darf weder aus der Auswahl noch aus dem Inhalt der dargestellten Beispiele abgeleitet werden.

Berechtigte Hoffnungen?

Die auf Sozialhilfe angewiesene Familie F bemühte sich seit der Geburt eines zweiten Kindes um eine grössere Wohnung, weil die heutige, städtische Dreieinhalb-Zimmer-Wohnung zu klein geworden sei. Herr F macht geltend, der zuständige Immobilienverwalter habe immer grosses Verständnis für diese Situation gezeigt. Als Herr F vor rund zwei Jahren von einem Neubauprojekt erfuhr, sprach er den Verwalter sogleich darauf an. Dieser sei mit den Plänen und der ganzen Dokumentation der neuen städtischen Überbauung bei der Familie zu Besuch gekommen und habe aufgezeigt, welche Wohnungen allenfalls für sie in Frage kämen. Durch wiederholte, fast freundschaftlich zu nennende Kontakte habe der Verwalter bei der Familie grosse Hoffnungen geweckt. Diese seien jedoch durch die unerwartete Absage nach Einreichen des offiziellen Bewerbungsformulars mit einem Schlag zunichte gemacht worden. Herr F beanstandet weiter, eine eigentliche Begründung für die Absage habe er nie erhalten. Er habe daher ein Gespräch mit dem Vorgesetzten verlangt. Dieser sei in keiner Weise auf das Anliegen der Familie eingegangen, sondern habe sich sehr ungeduldig und abweisend verhalten. Während des Gesprächs habe er gar zweimal mit der Faust kräftig auf den Tisch geschlagen. Ein solches Verhalten habe die Familie als schwere Beleidigung empfunden und sich zurückgezogen. Herr F wendet sich an den Ombudsmann und wünscht, dass dieser das Gebaren der Liegenschaftsverwaltung auf seine Angemessenheit überprüft.

Auf Anfrage argumentiert die Liegenschaftsverwaltung, der betreffende Immobilienverwalter informiere seine Mieterinnen und Mieter immer sehr umfassend und detailliert. Auch eine ausgiebige Information sei indessen nicht mit einer vorzeitigen Zusage gleichzusetzen, die ohnehin nicht zulässig wäre. Es werde jeweils klar und deutlich kommuniziert, dass jede Bewerbung zuerst geprüft werde, was auch zu einer Absage führen könne. Die Liegenschaftsverwaltung bedauert, dass Herr F und seine Familie das Vorgehen anders auffassten und sich schon sicher wähten, eine neue, grössere Wohnung zu bekommen.

Die vertiefte Prüfung des Ombudsmannes ergibt, dass das Entstehen grosser Hoffnungen auf Seiten der Familie F grundsätzlich nachvollziehbar ist. Herr F und der Immobilienverwalter kannten sich aufgrund zahlreicher Kontakte gut. Es war für den Verwalter daher offenbar selbstverständlich, dass er Herrn F über das Neubauprojekt frühzeitig informierte, zumal er auch dessen dringenden Wunsch nach einer grösseren Wohnung kannte. Die Information gegenüber der Familie F erfolgte insgesamt zweifellos persönlicher und intensiver als allgemein üblich, so dass durchaus der Eindruck einer gewissen Verbindlichkeit entstehen konnte. Der von Herrn F subjektiv beinahe als „freundschaftlich“ empfundene Umgang bestimmte offensichtlich zu einem grossen Teil das Mass seiner Erwartungshaltung.

Auf der anderen Seite musste Herr F klar sein, dass das Risiko einer Absage stets bestand. Spätestens als der Immobilienverwalter ihm andere Wohnungsangebote unterbreitete, musste Herr F realisieren, dass er keineswegs fest mit einer Wohnung im Neubau rechnen konnte. Insofern ist der Vorwurf enttäuschter Hoffnungen zu relativieren. Dennoch wäre es in Anbetracht der doch etwas speziellen Vorgeschichte vorzuziehen gewesen, wenn der Verwalter die Familie vorab mündlich (persönlich oder telefonisch) über die bevorstehende Absage informiert oder ihr zumindest nicht einen bloss standardmässigen Absagebrief zugestellt hätte.

Weitere Abklärungen ergeben, dass das von Herrn F geschilderte Treffen tatsächlich nicht besonders harmonisch verlaufen ist. Der Immobilienverwalter macht geltend, Herr F sei im Verlauf des Gesprächs immer emotionaler geworden und habe in übertriebener Weise auf seinem Standpunkt beharrt, so dass der Sitzungsleiter schliesslich entnervt ein oder zwei Mal mit der Faust auf den Tisch gehauen habe. Als Gründe für die Nichtberücksichtigung der Wohnungsbewerbung hätten letztlich Fragen der Wirtschaftlichkeit und der Dringlichkeit des Wohnungswechsels bei der Familie F im Vordergrund gestanden. Der Mietzins wäre nicht innerhalb der Richtlinien des Sozialamtes für einen Vierpersonen-Haushalt gelegen, und eine akute Dringlichkeit für eine neue Wohnung habe bei der Familie F im Gegensatz zu anderen Bewerbern nicht vorgelegen.

In seiner abschliessenden Stellungnahme hält der Ombudsmann u.a. fest (Auszüge):

„Die Liegenschaftsverwaltung der Stadt Bern ist frei, bei der Wohnungsvergabe diejenigen Parameter anzuwenden, die ihr im Rahmen ihres breiten Ermessensspielraums zur Verfügung stehen. Ein Rechtsanspruch auf den Zuschlag einer Wohnung ausserhalb des ordentlichen Bewerbungsverfahrens besteht nicht. Bei ihren Überlegungen der Wirtschaftlichkeit und Dringlichkeit hat die Liegenschaftsverwaltung aus meiner Sicht kein Recht verletzt und ihren Ermessensspielraum nicht überschritten. Die angewendeten Entscheidungskriterien waren nicht unsachlich oder gar willkürlich. Auch wenn die heutige Wohnung der Familie F gewisse Mängel aufweist und von eher durchschnittlicher Grösse ist, kann nicht von einer sehr hohen Dringlichkeitsstufe gesprochen werden.“

„Nach dem städtischen Leitbild für eine dienstleistungsorientierte Verwaltungsführung verhalten sich die Mitarbeitenden im Kontakt mit den Kundinnen und Kunden korrekt, zuvorkommend und höflich. Sie bewahren auch in heiklen Situationen und hektischen Zeiten einen kühlen Kopf und bleiben freundlich. Sie schaffen eine angenehme Gesprächsatmosphäre und sorgen für eine Begegnung auf ‚gleicher Augenhöhe‘. Auf Nachsuchen hin erläutern sie die Fakten des individuellen Falls. Es steht für mich ausser Zweifel, dass das Schlagen auf den Tisch mit der Faust den Vorgaben des Leitbilds nicht entspricht. Erschwerend kommt hinzu, dass kleine Kinder zugegen waren.“

„Aufgrund der gegenläufigen Darlegungen der beteiligten Parteien bin ich in Bezug auf die übrigen Aspekte der Besprechung vom (...) als Aussenstehender nicht in der Lage, deren Verlauf schlüssig zu rekonstruieren. Normalerweise sollten alle Teilnehmenden eines Gesprächs in der Lage sein, die Formen zu wahren und einander mit sachlichen Argumenten und in angemessenem Ton zu begegnen, selbst wenn sie in den Auffassungen stark divergieren. Ich hoffe dennoch, dass das gegenseitige Vertrauen zwischen den Parteien, soweit es durch den vorliegenden Konflikt teilweise verloren gegangen ist, bald wieder hergestellt werden kann, zumal das heutige Mietverhältnis weiter besteht. Ausserdem dürften im betreffenden Quartier auch in Zukunft grössere Wohnungen der städtischen Liegenschaftsverwaltung frei werden, die den wachsenden Bedürfnissen der Familie F entsprechen könnten.“

Anspruch auf Auszahlung von Freizeitguthaben

Frau A war bei der Stadtverwaltung befristet bis Ende September angestellt. Durch eine Vereinbarung mit den Personalverantwortlichen war ihr ermöglicht worden, den geplanten Sprachaufenthalt im Ausland bereits rund anderthalb Monate vor dem eigentlichen Diensten- de anzutreten, dies dank Ferienguthaben und zahlreichen geleisteten Überstunden. Am ausländischen Kursort erkrankte Frau A während drei Wochen an einer Infektionskrankheit. Entsprechende Arztzeugnisse liess sie der Arbeitgeberin vorschriftsgemäss zukommen. Die Erkrankung sei während ihrer Ferien- bzw. Kompensationszeit aufgetreten, weshalb sie eigentlich Anspruch auf Nachgenuss der verpassten Freizeit hätte, findet Frau A. Da sie wegen Be- endigung des Dienstverhältnisses keine Möglichkeit mehr dazu habe, müssten ihr die Krank- heitstage ausbezahlt werden. Die Personalverantwortlichen hätten dieses Ansinnen abschlä- gig beantwortet, beklagt sich Frau A beim Ombudsmann. Der erhaltene Bescheid sei nicht korrekt. Insbesondere sei in der Antwort fälschlicherweise behauptet worden, sie habe in der fraglichen Zeit nicht Ferien, sondern einen unbezahlten Urlaub bezogen.

Nach Einholen einer Stellungnahme des zuständigen Direktionspersonaldienstes stellt der Ombudsmann die folgenden Überlegungen an:

Frau A verliess ihre Arbeitsstelle vorzeitig, weil sie in jenem Zeitpunkt anerkanntermassen über ein Freizeitguthaben (Ferien und Überzeit) verfügte. Dieses entspricht stundenmässig ziemlich genau der Zahl der Arbeitstage, die Frau A bis zum Ende des Dienstverhältnisses noch hätte absolvieren müssen.

Auch ohne Auslandsaufenthalt hätte Frau A Anspruch auf Bezug des Ferienguthabens bzw. auf Kompensation geleisteter Überstunden gehabt: Ist der Erholungswert der Ferien infolge Krankheit oder Unfall erheblich beeinträchtigt worden, können Angestellte gemäss Artikel 102 Absatz 1 PVO gegen Nachweis mit einem am Ferienort ausgestellten Arztzeugnis die be- troffenen Ferientage nachbeziehen. Nach Artikel 101 Absatz 3 PVO dürfen Ferienguthaben nicht in Geld umgewandelt werden. Nur bei Beendigung des Dienstverhältnisses wird der Fe- rienanspruch in Geld entschädigt, sofern Angestellte die Ferien aus dienstlichen oder anderen wichtigen Gründen nicht beziehen konnten. Erkrankt die Mitarbeiterin oder der Mitarbeiter während der Ferien, die sie oder er gegen Ende oder am Ende des Dienstverhältnisses be- zieht, ist ein Nachbezug nicht mehr möglich. Dies ist als wichtiger Grund im Sinn der zitierten Bestimmung zu werten, der zur ausnahmsweisen Abgeltung von Ferienguthaben in Geld füh- ren muss. Frau A benutzte ihr Ferienguthaben für einen Auslandsaufenthalt und besuchte dort unter anderem teilzeitlich einen Sprachkurs. Diese Tatsache änderte jedoch im Wesentlichen nichts am Ferien- bzw. Freizeit Zweck des Aufenthalts.

Artikel 42 PVO sieht vor, dass anerkannte Überstundenarbeit in der Regel durch Freizeit von gleicher Dauer auszugleichen ist. Über den Zeitpunkt des Ausgleichs verständigen sich Vorgesetzte und Angestellte (Abs. 1). Kommt über den Ausgleich keine Einigung zustande, können Abteilungsleiterinnen und -leiter den Abbau von Überstundenguthaben durch Freizeitbezug anordnen. Für die innert eines Jahres nicht ausgeglichenen Überstunden erhalten die Angestellten eine Barvergütung, die sich anhand des auf die Stunde berechneten Jahresgrundlohns bemisst (Absatz 2). Im vorliegenden Fall ist über den Ausgleich des Überstundenguthabens eine Einigung durch Vereinbarung zustande gekommen. Es kann daher nicht behauptet werden, dass eine Vereinbarung eigentlich nicht vonnöten gewesen wäre. Zwar enthält die Bestimmung über den Ausgleich der Überstundenarbeit keine Regelung darüber, wie zu verfahren ist, wenn eine getroffene Vereinbarung wegen Krankheit oder Unfall nicht oder nur teilweise umgesetzt werden kann, doch ist bei richtiger Auslegung davon auszugehen, dass diesbezüglich zwischen Ferienguthaben und kompensationsweisen Freizeitguthaben kein Unterschied zu machen ist. Krankheit während der Kompensation von Überzeit ist wie Krankheit während den Ferien zu behandeln. Es besteht ein Anspruch, die Überzeit später zu kompensieren oder sie ausnahmsweise ausbezahlt zu erhalten. Zudem geht bereits Artikel 42 PVO grundsätzlich vom Prinzip der Barvergütung für nicht ausgeglichene Überstunden aus.

Es ist aktenmässig erstellt und mit Arztzeugnissen belegt, dass Frau A während der Zeit des Bezugs ihrer Ferien- bzw. Überstundenguthaben krank war, also während des noch bestehenden Dienstverhältnisses. Es kann daher insbesondere nicht die Rede davon sein, dass Frau A einen „unbezahlten Urlaub“ bezog. Aufgrund der zitierten Bestimmungen hat Frau A aus der Sicht des Ombudsmannes Anspruch auf Auszahlung der Ferien- bzw. Freizeitguthaben, die sie wegen ihrer Erkrankung nicht beziehen konnte, in Form einer Geldleistung. Der Ombudsmann *empfiehlt* dem Direktionspersonaldienst daher, Frau A den entsprechenden Betrag zu überweisen.

Der Direktionspersonaldienst hält an seiner Auffassung fest, ein Weiterbildungsurlaub sei einem Erholungsurlaub nicht gleichzustellen. Man sei jedoch bereit, Frau A entgegenzukommen und ihr per Saldo aller Ansprüche zwei Drittel der Krankheitstage nachträglich ausuzahlen. Andernfalls müsse sie den Rechtsweg beschreiten. Der Ombudsmann rät Frau A, der Kompromisslösung zuzustimmen, was sie schliesslich auch tut.

Beistand als Erbe

Herr Z war während eines knappen Jahres Beistand der verstorbenen Frau G. Diese habe zu Lebzeiten ihm gegenüber geäussert, er werde nach ihrem bei der Stadt hinterlegten Testament einmal etwas „zu gut“ haben. Nach ihrem Ableben habe sich das Erbschaftsamt allerdings geweigert, ihn bei der Testamentseröffnung zu berücksichtigen. Erst als der beigezogene Anwalt mit rechtlichen Schritten gedroht habe, sei ihm das Testament zur Kenntnis gebracht worden, weil er „nicht mit Sicherheit als Beteiligter ausgeschlossen werden“ könne. Es habe sich dann ergeben, dass er unzweifelhaft erbberechtigt war. Herr Z vertritt die Auffassung, das widersprüchliche Vorgehen des Erbschaftsamts sei nicht korrekt und angemessen gewesen, insbesondere was die falsche Erstbeurteilung des Testamentsinhaltes betraf. Der Ombudsmann möge dies prüfen.

Gestützt auf seine Abklärungen führt der Ombudsmann gegenüber Herrn Z Folgendes aus:

„Nach Artikel 558 ZGB erhalten alle an der Erbschaft Beteiligten auf Kosten der Erbschaft eine Abschrift der eröffneten letztwilligen Verfügung, soweit diese sie angeht. Wer „die an der

Erbschaft Beteiligten“ sind, richtet sich nach objektiven Kriterien. Der Kreis der Beteiligten umfasst alle Personen, die in den Fall kommen können, aus der Erbschaft etwas zu erhalten. Die Behörde hat eine gesetzliche Nachforschungspflicht zur gründlichen Ermittlung der an der Erbschaft Beteiligten. Im Interesse der Beteiligten hat sie deren Kreis im Zweifelsfalle weit auszulegen (vgl. Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, ZGB II, Ausführungen zu Artikel 558, mit Verweisungen (Basel, 1998, Autor Martin Karrer). Der Gesetzgeber wollte nach dieser Interpretation offenbar vermeiden, dass möglicherweise Erbberechtigte zu Unrecht aus dem Eröffnungsverfahren ausgeschlossen werden und dadurch von ihren potenziellen Ansprüchen entweder zu spät oder gar nie etwas erfahren.

Das Erbschaftsamt macht in seiner Stellungnahme vom 3. Juni 2013 geltend, es habe aufgrund der „unklaren Formulierung“ im Testament keinen Erbenschein ausstellen können.

Selbstverständlich sagt die Zustellung einer Testamentskopie an die „an der Erbschaft Beteiligten“ prinzipiell nichts über deren tatsächliche Erbberechtigung aus. Umso weniger bestand aus meiner Sicht von Anfang an eine Veranlassung, Sie aus dem Adressatenkreis der Personen auszuschliessen, die eine Abschrift der eröffneten letztwilligen Verfügung erhielten. Im Gegensatz zum Erbschaftsamt neige ich in Anbetracht des Gesetzeskommentars zur Auffassung, dass aus der Formulierung im Testament der Verstorbenen mit hinreichender Bestimmbarkeit hervorging, dass Sie als Beistand zumindest gemeint sein konnten, wenn es dort hiess, „Den Rest an die Person, die meine Amtlichen Angelegenheiten erledigt...“ – eine Erkenntnis, welche Sie nach meinem Dafürhalten durchaus als zum Kreis der „an der Erbschaft Beteiligten“ gehörend erscheinen liess.

Einiges deutet darauf hin, dass sich das Erbschaftsamt zunächst mit der Grundsatzfrage befasste, ob ein Beistand eine betreute Person beerben dürfe. Zufälligerweise wurde zeitlich fast parallel zur vorliegenden Auseinandersetzung in der Öffentlichkeit über einen anderen Streitfall berichtet (siehe Artikel in der Berner Zeitung vom 11. und 12. Juli 2011), bei dem es insbesondere um die Frage ging, ob ein Beistand unter rechtlichen bzw. moralischen Gesichtspunkten überhaupt Erbe der von ihm betreuten Person sein dürfe. Der damalige Bereichsleiter Behördensekretariat des Amtes für Erwachsenen- und Kinderschutz der Stadt Bern wurde sinngemäss mit der Aussage zitiert, dies könne moralisch stossend sein und sei zumindest den vollamtlichen Mandatsträgern untersagt. Der damalige Präsident der Vereinigung bernischer Regierungsstatthalter schloss sich dieser Meinung im Wesentlichen an. Bei privaten Mandatsträgern bestehe keine Regelung, obwohl der Interessenkonflikt auf der Hand liege. Er würde daher erwarten, dass sich ein Beistand entweder dagegen wehren würde, als Erbe eingesetzt zu werden, oder die Beistandschaft sofort abgebe. Es könne aber auch sein, dass der Beistand erst bei der Testamentseröffnung von seiner Erbschaft erfahre. Nach seinen Moralvorstellungen dürfe der Beistand das Erbe in diesem Fall nicht antreten. Die Vorsteherin des kantonalen Jugendamtes wies demgegenüber darauf hin, dass es viele private Mandatsträger gebe, die mit der hilfsbedürftigen Person befreundet oder verwandt seien und von diesen völlig zu Recht erbrechtlich begünstigt würden. Es würde zu stark in die Privatautonomie eingreifen, würde man generell verbieten, dass betreute Personen ihre Beistände in ihrer letztwilligen Verfügung berücksichtigen dürfen. Daher lautete der Titel des betreffenden Zeitungsartikels „Ein Beistand darf weiterhin erben.“

Die geschilderte Kontroverse zeigt, dass bezüglich Vereinbarkeit des Beistandschaftsmandates mit der Eigenschaft als Erbe wegen möglicher Interessenskollisionen verschiedene Meinungen vertreten werden und rechtliche Betrachtungsweisen sich mit moralischen Erwägungen nicht immer decken.

Es kann durchaus vorkommen, dass eine Behörde zunächst von einem bestimmten Sachverhalt ausgeht und ihr Vorgehen darauf ausrichtet. Ausschlaggebend ist aus meiner Sicht, dass das Erbschaftsamt seinen zuvor eingenommenen Standpunkt nach Intervention Ihres Rechtsvertreters revidierte und zur Auffassung gelangte, dass Sie aufgrund der Formulierung im Testament nicht mit Sicherheit als Beteiligter ausgeschlossen werden konnten. Das Testament wurde Ihnen in der Folge eröffnet. Ich gehe davon aus, dass das Erbschaftsamt in einem gleich oder ähnlich gelagerten Fall die vorliegend gemachten Erfahrungen angemessen berücksichtigen wird. Es besteht daher meinerseits keine Veranlassung, über das bereits Gesagte hinaus am Vorgehen des Erbschaftsamtes Kritik zu üben oder Empfehlungen zu formulieren.“

Datenschutz beim Austausch der städtischen Druckausgabegeräte

Im Berichtsjahr wurde bekannt, dass ab Frühjahr 2014 alle Drucker und Multifunktionsgeräte der Stadtverwaltung inklusive Volksschulen durch neue Geräte ersetzt würden. Am 18. September 2013 lag der Vortrag des Gemeinderates an den Stadtrat für die Umsetzung der Druckererneuerung vor. Im November 2013 bewilligte der Stadtrat die entsprechenden Kredite. In der Vorlage wurde unter anderem auf den „Auskauf der alten Geräte“ bzw. die Entsorgung der aktuellen Geräteflotte hingewiesen.

Im Oktober 2013 wies der Datenschutzbeauftragte in einem Schreiben an den Leiter der Informatikdienste auf die Datenschutzproblematik bei der Entsorgung der noch im Einsatz stehenden Multifunktionsgeräte hin. Es sei davon auszugehen, dass die meisten der auszuscheidenden Geräte über relativ grosse Speicherkapazitäten verfügten. Dies bedeute, dass Druckaufträge, Fotokopien und Scans auf der Festplatte als Bilder bzw. Dateien gespeichert blieben. Diese seien zwar nicht ohne weiteres lesbar. Wem jedoch bekannt sei, welches Datei- bzw. Betriebssystem zum Einsatz kommt (etwa Mitarbeitenden der Lieferfirmen, welche über die entsprechende Software verfügen), könne gespeicherte Daten zumindest teilweise rekonstruieren und habe damit Zugriff auf datenschutzrechtlich oder anderweitig (etwa durch das Amtsgeheimnis) geschützte Daten. Es stelle sich daher die Frage, ob und inwieweit mit den Geräten auch darauf gespeicherte Personendaten „entsorgt“ würden und dabei allenfalls in unbefugte Hände gerieten. Den Datenschutzbeauftragten interessierte, welche Massnahmen getroffen würden, um dies zu verhindern.

Im Zeitpunkt der Anfrage verfügten die Informatikdienste noch nicht über konkrete Informationen zur Art der „Datenentsorgung“ auf den Festplatten. In den betreffenden Rahmenverträgen seien jedoch Klauseln enthalten, die allgemein auf die Einhaltung des Datenschutzes bei der Entsorgung der von den Lieferfirmen zurückgenommenen Geräte Bezug nähmen. Die Lieferantin habe demnach sicherzustellen, dass bei Geräten mit Festplatte oder Flashspeicher darauf befindliche Daten mit einem anerkannten Verfahren sicher gelöscht würden. Die Löschung sei mit einem Protokoll nachzuweisen. Dafür in Frage kämen mehrfache Überschreibungen mit Hilfe einer speziellen Software oder die physische Zerstörung der Datenträger.

Einige Zeit später erkundigte sich der Datenschutzbeauftragte, auf welche Weise nun konkret vorgegangen werde. Der Rollout für die Verwaltung sei inzwischen nahezu abgeschlossen, während derjenige für die Volksschulen erst gerade begonnen habe, informierte der Leiter der Informatikdienste. Die Festplatten würden durch eine spezialisierte Firma in Regensdorf im Rahmen des Recyclings der gesamten Geräte fachgerecht geshreddert und entsorgt. Der Datenschutzbeauftragte erhielt Kenntnis von den entsprechenden ausgestellten Zertifikaten der ersten Lieferung. Der unterdessen unterschriebene Rahmenvertrag mit der Lieferantin der

neuen Geräte enthält wiederum die nötigen Bestimmungen betreffend Handhabung im Zeitpunkt der Entsorgung in rund fünf Jahren.

Der Datenschutzbeauftragte darf aufgrund der erhaltenen Informationen annehmen, dass dem Datenschutz beim Austausch der Druckausgabegeräte auf Seiten der Verwaltung die nötige Beachtung geschenkt wird.

Smart Meter

Energie Wasser Bern (ewb) unterbreitete dem Datenschutzbeauftragten das Projekt zur Einführung von Elektrizitätszählern mit intelligenter Weitbereichskommunikation (Smart Meter) zur Vorabkontrolle. Ab Januar 2014 sollte im Rahmen eines Pilotversuchs zunächst 200 Privatkunden ein Smart Meter zur Verfügung gestellt werden. Im Hinblick auf die Erweiterung des Vorhabens auf einen grösseren Kundenkreis wurde eine gesetzliche Grundlage geschaffen und dem Datenschutzbeauftragten zur Begutachtung vorgelegt.

Mit Smart Metern können Verbrauchsdaten pseudonymisiert fernausgelesen und zur Analyse der Netzbelastung etc. sowie zur Rechnungsstellung durch ewb verwendet werden. Darüber hinaus dient der Smart Meter auch dem Stromkunden selbst zur Online-Überwachung und Auswertung seiner eigenen Verbrauchsdaten und der entsprechenden Kosten. Diese Daten stehen nur dem Kunden, jedoch nicht der Stromlieferantin zur Verfügung.

Der Datenschutzbeauftragte (DSB) verweist auf die Erläuterungen des eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) auf dessen Homepage („Der Einsatz von digitalen Stromzählern“), wo er auf die Risiken dieser Technologie aus der Sicht des Datenschutzes hinweist und Empfehlungen formuliert. Die Ausführungen des EDÖB lassen sich auch beim ewb-Projekt gewissermassen als Checkliste verwenden.

Aus datenschutzrechtlicher Sicht bedarf bereits die Pilotphase einer gesetzlichen Grundlage, zumal der Einsatz von Smart Metern als schwerer Eingriff in die Privatsphäre zu werten ist (Möglichkeit der Erstellung eines Energienutzungsprofils des Haushaltes bzw. eines Unternehmens). Das Einholen einer Einwilligung der Betroffenen vermag eine gesetzliche Grundlage prinzipiell nicht zu ersetzen. Wird jedoch vor der Bearbeitung der Personendaten eine ausdrückliche Einwilligung eingeholt, darf die Schaffung einer Grundlage auf *Verordnungsstufe* statt auf Reglementsstufe als ausreichend gelten.

Mit dem vorgelegten Entwurf für eine Teilrevision der Energieverordnung von ewb wird aus der Sicht des DSB eine hinreichende Grundlage sowohl für die Durchführung des Pilotversuchs als auch für eine Ausweitung der Massnahme in der Zukunft geschaffen, wobei die folgenden Voraussetzungen gelten müssen:

- Pseudonymisiertes Auslesen der Smart Meter-Daten durch Energie Wasser Bern
- Personenbezogene Auswertung der Kundendaten nur auf ausdrücklichen Wunsch der betroffenen Personen
- Beschränkung der Verwendung der personenbezogenen Daten ausschliesslich zum Zwecke der Energieberatung der betroffenen Kundinnen und Kunden (vgl. das Zweckbindungsgebot nach Art. 5 Abs. 4 KDSG)
- Beschränkung der Zahl der Mitarbeitenden bei ewb, die Zugriff auf die Messdaten haben
- Keine Bekanntgabe von Messdaten an Dritte

- Verschlüsselte Übertragung der Messdaten nach heutigem Stand der technischen Möglichkeiten

Die Stellungnahme des DSB hat *nicht* den Charakter einer Vorabkontrolle im Sinne von Artikel 17a KDSG, zumal die Zahl der Personen, deren Daten im Rahmen der Pilotphase Smart Meter bearbeitet werden sollen, voraussichtlich unter 500 liegt (Art. 8 DSV). Eine Vorabkontrolle anhand der üblichen Checklisten ist jedoch im Hinblick darauf durchzuführen, dass die Pilotphase auf über 500 Personen ausgeweitet wird oder der Einsatz der Geräte zur Regel wird.

Budgetanalyse bringt Klarheit

Die Monatsbudgets des Sozialdienstes sind für viele Betroffene nach wie vor schwer zu interpretieren, weshalb sich regelmässig von der Sozialhilfe unterstützte Personen an den Ombudsmann wenden und ihn um eine Nachkontrolle ersuchen. So auch Frau S. Sie hat vor kurzem eine Stelle gefunden und kann daher vom Sozialdienst abgelöst werden. Die Unterstützung erfolgte lediglich ergänzend, weil sie ein Einkommen erzielte. Aus ungeklärten Gründen kam es zu einer Doppelzahlung für die Miete, so dass Frau S dem Sozialdienst nach dessen Berechnungen rund 900 Franken zurückzahlen muss. Allerdings waren für Frau S die Sozialhilfebudgets der letzten drei Unterstützungsmonate nicht klar, und auch der zuständige Sozialarbeiter habe ihr keine nachvollziehbare Orientierung geben können. Frau S ist überzeugt, dass sie unter dem Strich zu wenig Geld ausbezahlt bekommen hat. Sie wendet sich daher an die Ombudsstelle und ersucht um Überprüfung der Auszahlungen der letzten drei Monate.

Der Ombudsmann ersucht das Sozialamt in solchen Fällen um Einsichtnahme in die betreffenden Monatsbudgets und die Buchhaltungsauszüge der betreffenden Zeit. Im Fall von Frau S ergibt die Budgetanalyse, dass der Rückerstattungsbetrag für die doppelt bezahlte Miete korrekt berechnet wurde. Jedoch ergibt sich insofern eine Differenz, als die Krankenkassenprämie für den ersten Monat der Prüfperiode lediglich auf einem so genannten Ausgabenkonto verbucht und nicht an Frau S ausbezahlt worden war. Dies teilt der Ombudsmann dem Sozialamt mit. Es wird in der Folge nicht bestritten, dass der Sozialdienst Frau S den Prämienbetrag noch schuldet. Das Sozialamt bietet an, den Betrag gegen Vorlage der Quittung nachträglich noch an Frau S zu überweisen. Sollte Frau S die Prämie noch nicht einbezahlt haben, könne sie dem Sozialdienst auch die Prämienrechnung zur direkten Begleichung übermitteln. Frau S hat zwar die Quittung verlegt, kann jedoch eine Bestätigung der Krankenkasse beibringen, nach der sie selbst die Prämienzahlung getätigt hat.

Kurz darauf teilt Frau S dem Ombudsmann mit, das Geld für die Prämie sei nun bei ihr eingetroffen und sie werde im Gegenzug die 900 Franken überweisen. Sie sei sehr dankbar um die Unterstützung, denn selbst hätte sie den Sozialarbeiter nie davon überzeugen können, dass etwas nicht in Ordnung war.

In diesem Fall wurde eine Unstimmigkeit gefunden und behoben. Es darf jedoch an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass sich die Budgets des Sozialdienstes trotz oft hoher Komplexität in der Mehrheit der geprüften Dossiers letztlich als korrekt erweisen. Dank der Nachkontrolle durch eine unabhängige Instanz lässt sich jedoch in vielen Fällen verlorenges Vertrauen in die Verwaltungstätigkeit wieder herstellen.

Selbstkontrolle geht vor

Herr H berichtet dem Ombudsmann, er sei mit dem Bus auf einer Kurzstrecke unterwegs gewesen, als Bernmobil-Mitarbeiter eine Kontrolle durchführten. Sie hätten ihn darauf aufmerksam gemacht, dass seine Mehrfahrtenkarte sieben anstatt sechs Mal entwertet war, weshalb sie ihn mit dem üblichen Taxzuschlag belegten. Auf seinen Protest hin habe Bernmobil geltend gemacht, der Fahrgast sei selber dafür verantwortlich, dass er mit einem gültigen Fahrausweis in Bus oder Tram einsteige. Dieses Argument leuchte ihm grundsätzlich ein. Er habe jedoch nach Treu und Glauben gehandelt und sei durch die Art und Weise, wie die Mehrfahrtenkarten konzipiert seien, fehlgeleitet worden. Bei der dritten, gültigen Entwertung sei der Aufdruck etwas zu hoch geraten. Dies habe dazu geführt, dass die weiteren Stempelungen ebenfalls zu hoch gedruckt wurden und er nach sechs Entwertungen irrtümlicherweise annahm, es sei auf der Karte noch eine freie Zeile vorhanden. Die Karten bzw. Stempelautomaten müssten aus seiner Sicht technisch so ausgestaltet sein, dass auf sechs Feldern nicht sieben Stempelungen vorgenommen werden könnten. Wenn der Kunde schon dazu gebracht werden solle, die bereits vorhandenen Stempelungen zu zählen, anstatt sich auf die „leeren“ Felder zu verlassen, sollten gar keine Felder aufgedruckt werden. Erst durch das Vorhandensein von Stempelfeldern werde der Kunde überhaupt zur irrtümlichen Annahme verleitet, es sei noch ein freies Feld vorhanden. Zumal wenn ein Fahrgast in Eile oder anderweitig abgelenkt sei, könne es leicht zu einer solchen Fehlbeurteilung kommen. Im Gegensatz zu so genannten „Schwarzfahrern“ habe er jederzeit gutgläubig und ohne jede betrügerische Absicht gehandelt. Den Preis für die Einzelfahrt habe er im Übrigen nachbezahlt.

Nach seinen Abklärungen stellt der Ombudsmann fest, dass Bernmobil zu Recht nicht bereit ist, im vorliegenden Fall Kulanz walten zu lassen. Dies aufgrund der folgenden Erwägungen:

Gilt bei einer öffentlichen Transportunternehmung das Prinzip der Selbstkontrolle, liegt die Verantwortung, im Besitz eines gültigen Fahrausweises zu sein, grundsätzlich beim Fahrgast. Das Kontrollpersonal prüft lediglich stichprobenweise, ob diese Verantwortung auch korrekt wahrgenommen wird. In Bezug auf die Verwendung von Mehrfahrtenkarten bedeutet die Selbstkontrolle, dass der Fahrgast wissen muss, zu wie vielen Fahrten ihn die erworbene Karte berechtigt. Auf den gebräuchlichen Karten ist daher regelmässig ein Hinweis auf die Zahl der Fahrtberechtigungen enthalten. Es ist dem Fahrgast aus der Sicht des Ombudsmannes durchaus zumutbar, sich vor Antritt jeder Fahrt zu vergewissern, dass er die maximal zulässige Zahl der Fahrten nicht überschreitet.

Die Transportunternehmung hat ihrerseits dafür zu sorgen, dass die zur Verfügung stehenden Stempelautomaten einwandfrei funktionieren. Eindeutige Fehlfunktionen können selbstverständlich nicht dem Fahrgast angelastet werden. Auch bei technisch ausgereiften Automaten können jedoch, wie bei allen elektronischen und mechanischen Apparaturen, die ein Zusammenwirken von Mensch und Maschine bedingen, gewisse Fehler nie hundertprozentig ausgeschlossen werden. Bei Stempelautomaten können neben den rein technischen Voraussetzungen äussere Faktoren wie etwa die Beschaffenheit der verwendeten Karten oder die Art und Weise, wie die Karten im Einzelfall in den Automaten eingeführt werden, das Resultat des Stempelvorgangs beeinflussen. Im Extremfall kann ein Automat seinen Dienst sogar vollständig versagen und eine Stempelung gänzlich verunmöglichen.

In aller Regel können Fehlfunktionen vom Inhaber einer Mehrfahrtenkarte ohne Weiteres festgestellt werden (z.B. eine Leerstempelung, übereinanderliegende und dadurch nicht mehr klar lesbare Stempelungen u.a.). In solchen Fällen ist es im System der Selbstkontrolle ratsam, dass der betroffene Fahrgast nach Möglichkeit unverzüglich das Fahrpersonal informiert und darauf hinweist, dass er aufgrund eines Mangels beim Automaten nicht im Besitz eines gültigen Fahrausweises ist, denn oft erweist es sich als problematisch, wenn eine allfällige Automatenpanne erst im Nachhinein, d.h. nachdem der Fahrgast bereits in eine Kontrolle geraten ist, nachgeprüft werden muss.

Es kann auch vorkommen, dass die einzelnen Stempelungen auf der Mehrfahrtenkarte nicht exakt auf die dafür vorgesehenen Entwertungsfelder zu liegen kommen. Offensichtlich lässt es sich nicht durchwegs ausschliessen, dass der Stempelautomat eine weitere Entwertung zulässt, obwohl die maximal zulässige Anzahl Fahrten bereits erreicht worden ist. Bei einer solchen Ausgangslage kann jedoch nicht von einer Fehlfunktion gesprochen werden, denn die Zahl der bereits vorhandenen Stempelungen ist dabei immer noch einwandfrei feststellbar. Der Ombudsmann vertritt die Auffassung, dass das Prinzip der Selbstkontrolle hier vorgeht, d.h. wer die zusätzlich mögliche, aber unzulässige Stempelung vornimmt, begibt sich auf eigene Verantwortung in die Situation des Fahrgastes ohne gültigen Fahrausweis. Das Argument, man sei durch das vermeintliche Vorhandensein eines weiteren Leerfelds fehlgeleitet worden und daher für die überzählige Stempelung nicht verantwortlich, kann unter den gegebenen Voraussetzungen nicht berücksichtigt werden.

Basiert die zusätzliche Stempelung auf einem Versehen, so ist dies zwar nachvollziehbar, kann den betroffenen Fahrgast jedoch nicht von der Auferlegung eines Taxzuschlages befreien. Es ist generell nicht immer eindeutig, ob ein Fahrgast versehentlich oder absichtlich ohne gültigen Fahrausweis unterwegs ist. Den Kontrollierenden ist es nicht möglich, für die in der Praxis zahlreich vorkommenden echten oder geltend gemachten Irrtümer und Versehen unterschiedlichster Natur hinreichende Unterscheidungs- bzw. Glaubwürdigkeitskriterien zu entwickeln, ohne dass dies zu willkürlichen Entscheidungen führen würde. Daher ist ein gewisser Schematismus nicht zu umgehen. Mit der Erhebung des Taxzuschlages wird dem Fahrgast ja auch nicht zwangsläufig unterstellt, dass er mit Absicht gehandelt hat. Nur derjenige, welcher klar einen Missbrauch betreibt, etwa erklärermassen mit Absicht „schwarz“ fährt, hat a priori strengere Sanktionen und gegebenenfalls direkt eine Strafanzeige zu gewärtigen.

Aufgrund der Ausgangslage besteht für den Ombudsmann im Fall von Herrn H keine Möglichkeit, bei Bernmobil auf die Aufhebung des Taxzuschlages hinzuwirken.

Anhang

Nachlese zum Fall „Wo ein Wille ist, ist auch ein Weg“, Tätigkeitsbericht 2012, S.17 (Karikatur von Max Spring, Berner Zeitung vom 11. Juni 2013):

