

Schweizer Forum für Kommunikationsrecht / Forum Suisse pour le Droit de la Communication

Datenschutz: Welche Änderungen kommen auf uns zu? Fachtagung vom 27. Oktober 2003

MARITA KÜTTEL*

Die bevorstehenden parlamentarischen Beratungen des bundesrätlichen Entwurfes zur Teilrevision des Datenschutzgesetzes (DSG) waren für das Schweizer Forum für Kommunikationsrecht (SF-FS) Anlass zu dessen kritischer Hinterfragung. Auslöser für die Revision waren zwei in den Jahren 1999 und 2000 vom Parlament angenommene Motionen, welche eine Verstärkung der Transparenz beim Beschaffen von Personendaten und eine formellgesetzliche Grundlage für Onlineverbindungen zu Datenbanken des Bundes sowie einen Mindestschutz bei der Bearbeitung von Daten durch die Kantone verlangen.

Prof. Dr. Rolf H. Weber von der Universität Zürich führte zur Begrüssung aus, dass der Entwurf bereits mit Blick auf den beschränkten Umfang der Neuerungen umstritten sei und es insbesondere zu untersuchen gelte, ob der Entwurf mit dem heutigen Stand der Technik Schritt halten könne oder ob weiterer Handlungsbedarf bestehe.

Als Erstes gab Dr. Beat Rudin, Advokat sowie Stiftungsrat und Geschäftsführer der Stiftung für Datenschutz und Informationssicherheit in Basel, einen Rückblick auf die Erfahrungen mit dem DSG seit dessen Inkrafttreten vor zehn Jahren. Er hielt fest, dass praktisch alle Kantone (allerdings in sehr unterschiedlichem Umfang) Datenschutzbestimmungen erlassen haben. Ferner habe die EU-Kommission am 27. Juli 2000 die Gleichwertigkeit des schweizerischen Datenschutzniveaus mit demjenigen der Europäischen Union anerkannt. Diese positiven Tatsachen dürften jedoch nicht darüber hinweg täuschen, dass die geltende Datenschutzgesetzgebung «offensichtliche Defizite» aufweise, welche nach Ansicht des Referenten auch durch die vorgeschlagene Revision nicht behoben werden.

Zweck des Datenschutzes sei der Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte aller Personen, über die Daten bearbeitet werden (Art. 1 DSG). Herausgefordert werde das Bestreben nach Privatheit des Einzelnen durch technologische Entwicklungen, Kostendruck, Bequemlichkeitsüberlegungen und letztlich auch durch das Bedürfnis nach Sicherheit. Vor allem Letzteres habe in der nahen Vergangenheit zum Erlass verschiedener gesetzlicher Bestimmungen zu Lasten der Privatheit geführt. Zu denken sei beispielsweise an das Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (Büpf; in Kraft seit 1. Januar 2002), das Anlegen von DNA-Profil-Datenbanken sowie neuartige Erkennungsverfahren wie Face Recognition.

Rudin führt die mangelnde Wirksamkeit der Datenschutzgesetzgebung auf verschiedene Ursachen zurück. Verantwortlich sei unter anderem der fehlende oder zu späte Einbezug von Datenschutzaspekten in IT- und Rechtssetzungsprojekte. Vor allem aber fehle eine umfassende Risikodiskussion, welche es erlaubte, die zukünftigen Ziele des Datenschutzes gesetzlich zu verankern. Die bestehenden Defizite müssten behoben werden, weil ein – pointiert ausgedrückt – gläserner Mensch immer auch ein manipulierbarer Mensch sei, was nicht nur dem Individuum, sondern der Gesellschaft als Ganzes schade. Der vorliegende Entwurf zur Teilrevision des DSG genügt nach Ansicht von Rudin dazu nicht.

Über die internationalen Entwicklungen im Datenschutz wurden die Tagungsteilnehmer von Dr. Karin Schwab, Rechtsanwältin, Zürich, in Kenntnis gesetzt. Sie konstatierte zu Beginn ihres Referates, dass Datenschutz, abgesehen von wenigen Ländern wie Australien, Japan oder Kanada, ein vorwiegend europäisches Phänomen sei. An bestehendem internationalen Recht erwähnte Schwab die OECD-Leitlinien für den Schutz des Persönlichkeitsbereichs und den grenzüberschreitenden Verkehr

personenbezogener Daten vom 23. September 1980, das Übereinkommen des Europarates zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 28. Januar 1981 und die Datenschutzrichtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 24. Oktober 1995 (Richtlinie 95/46/EG).

Letztes Jahr wurde die Richtlinie 97/66/EG vom 15. Dezember 1997 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre im Bereich der Telekommunikation durch die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation vom 12. Juli 2002 (Richtlinie 2002/58/EG) ersetzt. Diese enthält laut Schwab drei wesentliche Neuerungen: Geregelt wird zunächst die Verwendung von sog. «Cookies». Weil diese ohne Wissen des Nutzers in dessen Endgerät eindringen, um Zugang zu Informationen zu erlangen oder die Nutzeraktivität zurückzuverfolgen, können sie eine ernsthafte Beeinträchtigung der Privatsphäre darstellen. Die Verwendung von Cookies ist gemäss Richtlinie nur unter der Bedingung gestattet, dass der Nutzer klar und umfassend über die Zwecke der Verarbeitung informiert wurde und die Möglichkeit hatte, die Verarbeitung zu verweigern. Des Weiteren regelt Art. 6 der Richtlinie erstmals die Verarbeitung von Standortdaten, d.h. Daten, welche Aufschluss über den geographischen Standort des Endgerätes des Nutzers geben. Solche Daten dürfen verarbeitet werden, wenn sie der Gebührenabrechnung dienen. Zum Zwecke der Vermarktung elektronischer Kommunikationsdienste oder zur Bereitstellung von Diensten mit Zusatznutzen dürfen Standortdaten nur bearbeitet werden, sofern der Teilnehmer seine Einwilligung gegeben hat. Schliesslich schreibt die Richtlinie vor, dass das Versenden von unverlangten E-Mails, sog. «spams», nur zulässig ist, sofern dem Kunden die Möglichkeit eingeräumt wurde, die Zusendung abzulehnen.

Sodann liege der erste Bericht der EU-Kommission über die Durchführung der Datenschutzrichtlinie vom 15. Mai 2003 vor, gemäss welchem zur Zeit kein Revisionsbedarf besteht. Weiter wies Schwab auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 20. Mai 2003 hin; es handelt sich um das erste im Bereich der Datenschutzrichtlinie. Darin wird zunächst festgehalten, dass die Datenschutzrichtlinie auch auf rein nationale Sachverhalte anwendbar sei. Weiter wurde entschieden, die Speicherung von Gehaltsdaten durch den Arbeitgeber stelle keine Verletzung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers dar. Die Bekanntgabe dieser Daten an Dritte verstosse jedoch gegen Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), d.h. die Datenschutzrichtlinie vermöge den Anforderungen dieser Bestimmung nicht zu genügen.

Als weiteren internationalen Aspekt beleuchtete die Referentin die Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland (Art. 6 DSG). Das Persönlichkeitsrecht gelte es in diesem Zusammenhang gegenüber der wirtschaftlichen Notwendigkeit der grenzüberschreitenden Bekanntgabe von Personendaten abzuwägen. Art. 6

E-DSG enthalte neu eine abschliessende Aufzählung der Rechtfertigungsgründe für die Bekanntgabe der Daten ins Ausland. Schwab kritisierte, dass dieser Systemwechsel keine Interessenabwägung mehr erlaube, was einen offensichtlichen Widerspruch zu Art. 28 ZGB darstelle.

Aus der Optik des industriellen Anwenders nahm Fürsprecher Beat Lehmann, Alcan Group, Zürich, Stellung. Lehmann, seinerzeitiges Mitglied der Arbeitsgruppe des Bundesrates zur Ausarbeitung des Datenschutzgesetzes, führte aus, man sei damals bestrebt gewesen, bewusst technikneutrale und offen gehaltene Normen zu verankern, sodass die im Gesetz enthaltenen Grundsätze unabhängig von der Weiterentwicklung der Technik bestehen bleiben. Einer von verschiedenen Kritikpunkten sei jedoch heute, dass dem DSG auch in revidierter Form nicht präzise entnommen werden könne, wie man sich datenschutzkonform verhalte. Dies sei vor allem auf mangelnde Transparenz zurückzuführen, verursacht durch ungenügende Gesetzessystematik.

Weiter bemängelte der Referent, dass der Entwurf nicht den Bestimmungen der Europäischen Union angeglichen sei. Zum Beispiel sieht Art. 7b E-DSG eine Informationspflicht betreffend automatisierte Einzelentscheidungen (Entscheide, welche ausschliesslich auf einer automatisierten Datenbearbeitung beruhen) vor, wogegen gemäss Art. 15 der EU-Datenschutzrichtlinie niemand verpflichtet ist, einem automatisierten Entscheid unterworfen zu werden. Letztere Bestimmung ist nach Ansicht des Referenten so zu verstehen, dass die betroffene Person eine Überprüfung des Entscheides verlangen kann. Alleine mit der Pflicht, den Betroffenen darüber zu orientieren, dass ein automatisierter Entscheid gefällt worden sei, sei diesem Aspekt nicht genüge getan.

Als weitere Neuerung strich der Referent Art. 11 des Entwurfes heraus, welcher sich mit der Zertifizierung von Produkten und Bearbeitungssystemen befasst. Gemäss der Botschaft des Bundesrates soll damit ein Element der Selbstregulierung ins DSG eingeführt und auf diesem Weg die Selbstverantwortung der Inhaber von Datensammlungen gestärkt und der Wettbewerb stimuliert werden. Zudem bezweckt die Neuerung, bestehende Defizite beim Vollzug des DSG abzubauen. Lehmann gab in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass lediglich die Zertifizierung einzelner konkreter Anwendungen (Beispiel «M-Cumulus» Karte), nicht aber diejenige ganzer Systeme realisierbar sei. Als heikel erachtete er die für den Fall des Vorliegens eines Gütesiegels vorgesehene Befreiung, eine private Datensammlung zur Registrierung anzumelden. Dies zumindest so lange, als es keine internationalen Datenschutzstandards gebe. Gleichzeitig stelle die für den Regelfall vorgesehene Registrierungspflicht ein offensichtliches Druck- und Hilfsmittel zur Bestellung eines betrieblichen Datenschutzverantwortlichen oder aber zur Erlangung eines Gütesiegels dar. Aber auch bei Vorliegen von Gütesiegeln oder Einsetzung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten bestehe hinsichtlich der Einhaltung der Datenschutzbestimmungen durch das Unternehmen solange keine Gewähr, als nicht jemand persönlich dafür verantwortlich sei.

Zum Rechtsschutz im DSG referierte Fürsprecher Urs Maurer, Zürich. Er verhehlte nicht, ein entschiedener Kritiker der Revision zu sein. Nach zehn Jahren DSG Bilanz ziehend hielt Maurer fest, es sei immerhin im Privatbereich eine grössere Sensibilisierung punkto Datenschutz erreicht worden. Im Bund dagegen werde der Datenschutz kontinuierlich abgebaut, was darauf zurückzuführen sei, dass dort im Gegensatz zur Privatwirtschaft kein Reputationsrisiko bestehe.

Das im geltenden Recht vorgesehene Auskunftsrecht (Art. 8–10 DSG) wie auch das Berichtigungsrecht (Art. 5 DSG) hätten sich in der Praxis bewährt, wohingegen der in Art. 15 Abs. 2 DSG vorgesehene Bestreitungsvermerk (für den Fall, dass weder die Richtigkeit noch die Unrichtigkeit von Personendaten dargetan werden kann) keine praktische Bedeutung erlangt habe. Sodann verweist das DSG Privatpersonen für Klagen und vorsorgliche Massnahmen zum Schutz ihrer Persönlichkeit auf die Art. 28–28I ZGB. Im Rahmen eines solchen Verfahrens kann die klagende Partei verlangen, dass die über sie vorhandenen Daten berichtigt oder vernichtet werden oder dass die Bekanntgabe dieser Daten an Dritte gesperrt wird (Art. 15 Abs. 1 DSG). Eine solche Klage könne einem Privatunternehmen zwar einen Reputationsschaden zufügen, an der fehlenden Durchsetzbarkeit der Datenschutzbestimmungen ändere sich dadurch jedoch nichts.

Kritisch äusserte sich Maurer auch zur Stellung des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten. Abgesehen von Überwachungs- und Beratungsfunktionen ist dieser lediglich befugt, Empfehlungen abzugeben (Art. 29 Abs. 4 bzw. 27 Abs. 5 DSG). Durch die Revision werde seine Stellung nicht merklich gestärkt. Die Durchsetzung des DSG könnte nach Ansicht Maurers viel eher dadurch verbessert werden, dass Datenschutzkommission und Datenschutzbeauftragter zusammengelegt und die dadurch geschaffene Stelle mit Entscheidbefugnissen ausgestattet würde. Als massive Verschlechterung bezeichnete Maurer sodann die vorgesehene Befugnis des Bundesrates zur befristeten Bewilligung der automatisierten Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen ohne formellgesetzliche Grundlage (Art. 17a E-DSG).

Gesamthaft betrachtet gehe die Revision vollständig am Ziel, den Persönlichkeitsschutz den veränderten Gegebenheiten anzupassen, vorbei. Im öffentlichen Bereich bestehende fundamentale Unzulänglichkeiten würden mit der Revision nicht beseitigt und im privaten Bereich sei der Schritt hin zur Selbstregulierung zwar begrüssenswert, es fehlten jedoch flankierende zivil- und strafrechtliche Massnahmen.

Das letzte Referat mit dem Titel «Selbstregulierung und Zertifizierung» hielt Rechtsanwalt Lukas Fässler, Zug. Wie bereits erwähnt sieht der Gesetzesentwurf neu die Zertifizierung von Produkten und Personendaten-Bearbeitungssystemen vor (Art. 11 E-DSG). Gefördert werden sollen sowohl Zertifizierungsverfahren von datenschutzrelevanten betrieblichen Abläufen bzw. Organisationsstrukturen (sog. Datenschutz-Audits) als auch die Evaluation von Produkten (konkret von informatiktechnischen Systemen oder Programmen) hinsichtlich der Einhaltung von Datenschutzstandards. Wird festgestellt, dass die einschlägigen gesetzlichen und technischen Normen und Standards eingehalten sind, führt dies zur Vergabe eines Datenschutz-Labels, mit dem das zertifizierte Unternehmen für sich werben kann. Weiter soll der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte nach Meinung des Bundesrates im Rahmen seiner Befugnisse nachprüfen

können, ob die zertifizierten Unternehmen die Datenschutzaufgaben beachten und ob die für die Zertifizierung verantwortlichen Unternehmen datenschutzkonform arbeiten (Art. 31 Abs. 1 lit. f E-DSG).

Der Referent legte dar, dass sich das Prinzip der Selbstregulierung in verschiedenen Bereichen bereits bewährt habe. Beim für den Datenschutzbereich vorgesehenen Konzept spreche man von gesteuerter Selbstregulierung. Dabei sei es wesensgemäss Aufgabe des Staates, in einem Rahmengesetz die grundsätzlichen Verhaltens- bzw. Produkterfordernisse festzusetzen, während die Konkretisierung und Umsetzung dieser Anforderungen an Private delegiert werde. Es gehe dabei nicht um die Delegation hoheitlicher Rechtsetzungsbefugnisse, sondern um die Umsetzung der Rahmenbestimmungen auf der Basis von privater Selbstregulierung anstelle von öffentlichrechtlichen Verordnungen. Da es sich bei den von Privaten erlassenen Regeln nicht um staatliches Recht handle, finde deren Anwendung und Durchsetzung ausschliesslich auf privatrechtlichem Weg statt (z.B. durch die Verhängung von Konventionalstrafen).

Fässler begrüsst die Tendenz zur Selbstregulierung, weil sie die Eigenverantwortung der Inhaber von Datensammlungen fördere und dies den Anliegen des Datenschutzes dienlich sei. Voraussetzung für einen wirksamen Datenschutz sei jedoch, dass die zu beachtenden Selbstregulierungsgrundsätze in den bewährten Standardisierungs- und Normierungsverfahren (z.B. im Normungs- und Selbstregulierungsverfahren der Schweizerischen Normenvereinigung (SNV) oder im europäischen Normungs- und Selbstregulierungsverfahren des Comité Européen de la Normalisation (CEN)) sowie unter Beteiligung aller interessierten Kreise entwickelt würden. Ein solches gesamtschweizerisches Standardisierungsverfahren sei bislang nicht eröffnet worden. Vermisse lasse der Entwurf auch Anreize zur Selbstregulierung. Der selbstregulierte Datenschutz könnte nach Ansicht Fässlers viel stärker gefördert werden, wenn die zertifizierten Unternehmen oder Behörden beweisrechtlich besser gestellt würden. Zertifizier-

te Inhaber von Datensammlungen sollten deshalb grundsätzlich die

gesetzliche Vermutung für sich beanspruchen können, ihre Datenbearbeitung sei datenschutzrechtlich einwandfrei.

In der an die Referate anschliessenden Podiumsdiskussion vertrat der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte, Hanspeter Thür, die Ansicht, dass hauptsächlich im Bereich des Vollzugs des Datenschutzgesetzes Handlungsbedarf bestehe. Angesichts der bestehenden mangelhaften Implementierung des DSG sei eine kontrollierte Selbstregulierung zu begrüßen, wobei sich Thür hinsichtlich des Funktionierens optimistisch zeigte. Gesamthaft gesehen werde die Transparenz der Datenbearbeitung durch die Revision verbessert, weshalb er sie befürworte.

Nationalrätin Anita Thanei, Präsidentin der nationalrätlichen Kommission für Rechtsfragen, gab zu bedenken, dass die Schweiz ein Land kleiner Schritte sei und dass auch Stimmen laut geworden seien, die sich für eine weniger weitgehende Revision einsetzten, d.h. nur im Umfang der zwei eingangs erwähnten parlamentarischen Vorstösse. Nachdem die Eintretensdebatte bereits stattgefunden habe, komme eine Zurückweisung der Vorlage nicht in Frage. Dass der Entwurf in der vorliegenden Fassung gutgeheissen werde, stehe jedoch überhaupt noch nicht fest. Dies gelte auch für die in Art. 17a E-DSG vorgesehene Regelung von Pilotversuchen, welche allgemein kritisiert wird. Wie bereits erwähnt würde die Bestimmung den Bundesrat ermächtigen, ohne formellgesetzliche Grundlage die automatisierte Datenbearbeitung im Rahmen von Pilotversuchen zu bewilligen. Eine solche Ermächtigung dürfte den Parlamentariern, welche die eingangs erwähnten Motionen einreichten, nicht vorgeschwebt haben. Schliesslich lud Thanei die Tagungsteilnehmer ausdrücklich ein, Anregungen und Verbesserungsvorschläge schriftlich der Kommission einzureichen.

* Rechtsanwältin, Zürich.