

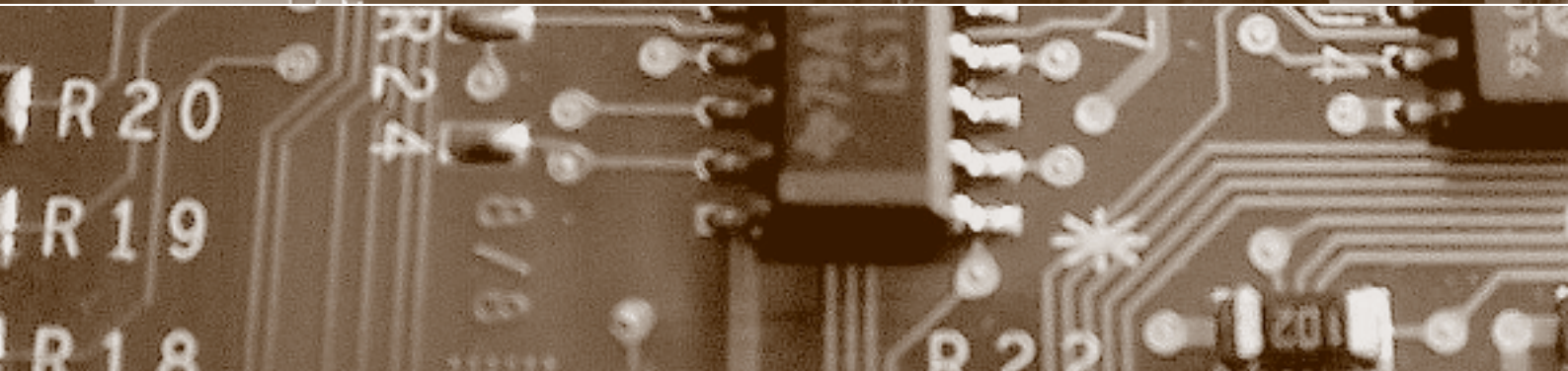
Schwerpunkt:

Ausblick

fokus: Neuer Datenschutz für die digitale Welt

fokus: IT-Security: Die nächsten zehn Jahre

report: «Logistep»: Offenbar ein Einzelfallentscheid



Herausgegeben von
Bruno Baeriswyl
Beat Rudin
Bernhard M. Hämmerli
Rainer J. Schweizer
Günter Karjoth

fokus

Schwerpunkt:

Ausblick

auftakt

Datenschutz ohne Rechtsschutz?

von René Rhinow Seite 1

... besonders, wenn sie die Zukunft betreffen

von Beat Rudin Seite 4

Neuer Datenschutz für die digitale Welt

von Bruno Baeriswyl Seite 6

Herausforderungen für das Gemeinwesen 2.0

von Dirk Heckmann Seite 12

Ein Datenschutzgesetz – eine neue Aufsicht

von Beat Rudin Seite 18

IT-Security: Die nächsten zehn Jahre

von Bernhard M. Hämmerli Seite 26

Wo bin ich, wo sind wir, wo ist alles?

von Oliver Jorns und Zhendong Ma Seite 30

Die Digitalisierung der Gesellschaft zeigt die Schwächen der Datenschutzgesetzgebung schonungslos auf. Der Schutz des Grundrechts auf Datenschutz braucht ein neues Konzept, das die tatsächlichen Risiken für die Privatheit minimieren können muss.

Neuer Datenschutz für die digitale Welt

Welchen Herausforderungen bezüglich der Internetnutzung müssen sich Staat, Wirtschaft und Gesellschaft in den nächsten zehn Jahren stellen?

Herausforderungen für das Gemeinwesen 2.0

Haben wir mit der heutigen Gesetzgebung und Regelung der Datenschutzaufsicht schon das Optimum herausgeholt? Mit einem schweizweit einheitlichen Datenschutzgesetz und einer Neuorganisation der Datenschutzaufsicht könnte mehr erreicht werden als mit der heutigen Kompetenzverteilung.

Ein Datenschutzgesetz – eine neue Aufsicht

Sieben Megatrends werden die Informatik in den nächsten zehn Jahren prägen. Welche Herausforderungen ergeben sich daraus für die IT-Sicherheit?

IT-Security: Die nächsten zehn Jahre

impresum

digma: Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit, ISSN: 1424-9944, Website: www.digma.info

Herausgeber: Dr. iur. Bruno Baeriswyl, Dr. iur. Beat Rudin, Prof. Dr. Bernhard M. Hämmerli, Prof. Dr. iur. Rainer J. Schweizer, Dr. Günter Karjoth

Redaktion: Dr. iur. Bruno Baeriswyl und Dr. iur. Beat Rudin

Zustelladresse: Redaktion digma, per Adr. Datenschutzbeauftragter des Kantons Basel-Stadt, Postfach 205, CH-4010 Basel
Tel. +41 (0)61 201 16 42, Fax +41 (0)61 201 16 41, redaktion@digma.info

Erscheinungsplan: jeweils im März, Juni, September und Dezember

Abonnementspreise: Jahresabo Schweiz: CHF 158.00, Jahresabo Ausland: Euro 131.00 (inkl. Versandkosten), Einzelheft: CHF 42.00

Anzeigenmarketing: Publicitas Publimag AG, Mürtchenstrasse 39, Postfach, CH-8010 Zürich
Tel. +41 (0)44 250 31 31, Fax +41 (0)44 250 31 32, www.publimag.ch, service.zh@publimag.ch

Herstellung: Schulthess Juristische Medien AG, Arbenzstrasse 20, Postfach, CH-8034 Zürich

Verlag und Abonnementsverwaltung: Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8022 Zürich
Tel. +41 (0)44 200 29 99, Fax +41 (0)44 200 29 98, www.schulthess.com, zs.verlag@schulthess.com

Paradigma «Lebendige Sicherheit»

Lebendige Sicherheit ist ein Paradigma, das durch eine Bündelung verschiedener Ansätze und Lösungen helfen soll, Herausforderungen wie steigende Sicherheitsanforderungen, zunehmende Vernetzung und ständige Weiterentwicklung der Systeme zu meistern.

report

Forschung

Paradigma «Lebendige Sicherheit»

von Ruth Breu und Frank Innerhofer-Oberperfler Seite 38

Rechtsprechung

«Logistep»: Offenbar ein Einzelfallentscheid

von David Rosenthal Seite 40

agenda

Seite 43

«Logistep»: Offenbar ein Einzelfallentscheid

Der Bundesgerichtsentscheid i.S. Logistep betreffend das Sammeln von IP-Adressen durch Rechteinhaber zwecks Verfolgung von Raubkopierern im Internet (BGE 136 II 508) ist kritisiert worden. Der Autor weist darauf hin, dass das Bundesgericht seine (kritisierte) Interessenabwägung in seiner schriftlichen Begründung im Sinne eines Einzelfallentscheids relativiert.

SwissDRG und Datenschutz

Die Einführung von Fallkostenpauschalen zur Abrechnung von Spitalleistungen ab 2012 darf nicht zu einer Aushöhlung des Arzt- und Patientengeheimnisses führen. privatim verlangt, dass in den neuen Tarifverträgen die notwendigen datenschutzrechtlichen Schranken geschaffen werden, damit die Spitäler nicht medizinische Daten auf Vorrat an die Krankenkassen weitergeben müssen.

forum

privatim

SwissDRG und Datenschutz

Medienmitteilung von privatim Seite 44

zwischenakt

Gedankenlesen

von Roland Suter und Freddy Widmer Seite 45

privatim

Aus den Datenschutzbehörden

von Sandra Stämpfli Seite 46

schlussstakt

Der Wahn, alles beherrschen zu können

von Beat Rudin Seite 48

cartoon

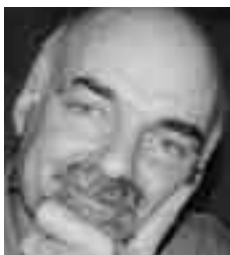
von Reto Fontana

Aus den Datenschutzbehörden

Wer ist neu zur Datenschutzbeauftragten gewählt worden? Welche Themen haben Datenschutzbehörden im letzten Quartal bearbeitet? Die neue Unterrubrik berichtet über Personelles und Aktuelles aus der Datenschutzszene.

Ein Datenschutzgesetz – eine neue Aufsicht

Wege zur Verbesserung der Effizienz und Effektivität
des Persönlichkeits- und Grundrechtsschutzes



Beat Rudin,
Herausgeber
beat.rudin@
unibas.ch

Mit einem schweizweit einheitlichen Datenschutzgesetz und einer Neuorganisation der Datenschutzaufsicht könnte mehr erreicht werden als mit der heutigen Kompetenzverteilung.

Eine der grossen Herausforderungen dieses Jahrzehnts wird es sein, Vertrauen zu implementieren in die Systeme, die unser Leben immer mehr durchdringen. Damit ist nicht gemeint, dass wir in Zukunft einfach nur noch darauf vertrauen sollen, dass niemand mit unseren Daten «etwas Unrechtes» tut – nein: Es wird auch in Zukunft möglichst klare rechtliche Regeln brauchen, und wir werden auch in Zukunft auf eine technische Umsetzung angewiesen sein, und eines der Elemente, das zusätzlich zur Vertrauensbildung beitragen kann, wird auch künftig die Kontrolle, und zwar eine unabhängige Datenschutzkontrolle sein. Nicht unabhängige, etwa betriebliche Datenschutzbeauftragte können zwar bei der Umsetzung der Datenschutzregeln innerhalb von Organisationen wertvolle Aufgaben übernehmen und auch im Sinne eines Reputationsgewinns gegen aussen die Bedeutung unterstreichen, die eine Organisation dem Datenschutz beimisst. Zur Vertrauensbildung können sie aber aufgrund ihrer fehlenden Unabhängigkeit nicht wirklich beitragen.

Haben wir mit der heutigen Gesetzgebung und Regelung der Datenschutzaufsicht schon das Optimum herausgeholt oder könnte noch mehr getan werden, um dem Datenschutz zur Wirksamkeit zu verhelfen? Um diese Frage beantworten zu können, sollen zuerst die Gesetzgebungs- und Aufsichtskompetenzen heute dargestellt werden. Nach einem Blick auf die Aufsichtswirkung und Überschneidungen sollen schliesslich die Optionen für die Zukunft – ein schweizweit einheitliches Datenschutzgesetz sowie eine Neuorganisa-

tion der Datenschutzaufsicht – genauer betrachtet werden.

Gesetzgebungskompetenzen heute

Grundlage für die «Aufsichtslage» heute ist die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung im Bundesstaat. Der Bund besitzt keine umfassende Datenschutzrechtsetzungskompetenz. Um zu sehen, wie die Gesetzgebungskompetenzen verteilt sind, sind zwei «Ebenen» von Datenschutz-Rechtsetzung auseinanderzuhalten:

Die allgemeinen Datenschutzgrundsätze (sog. «formelles Datenschutzrecht»)

Darunter fallen die Umschreibungen der Voraussetzungen für ein Datenbearbeiten:

- **Legitimation der Datenbearbeitung:** Öffentlich-rechtliches Datenbearbeiten bedarf einer gesetzlichen Grundlage; im Privatrecht muss eine Persönlichkeitsverletzung durch die Einwilligung der betroffenen Person, durch ein überwiegendes Interesse des Datenbearbeiters oder durch ein Gesetz gerechtfertigt werden können.
- **Verhältnismässigkeit:** Das Bearbeiten von Personendaten muss verhältnismässig sein, d.h., es muss zur Zweckerreichung (die notabene durch die Legitimation vorgegeben wird) geeignet und erforderlich und den betroffenen Personen zumutbar sein.
- **Treu und Glauben:** Das Bearbeiten von Personendaten hat nach Treu und Glauben zu erfolgen.
- **Zweckbindung:** Personendaten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, zu dem sie (aufgrund der gesetzlichen Grundlage) erhoben worden sind, soweit nicht eine gesetzliche Grundlage ausdrücklich eine weitere Verwendung vorsieht oder die betroffene Person im Einzelfall einwilligt.
- **Richtigkeit (und Vollständigkeit):** Personendaten müssen richtig und, soweit es der Bearbeitungszweck erfordert, vollständig sein.
- **Transparenz:** Das Datenbearbeiten (mindestens die Datenerhebung) und der Bearbeitungszweck müssen für die betroffene Person erkennbar sein; unter Umständen muss die betroffene Person aktiv informiert werden.

■ **Informationssicherheit:** Personendaten sind durch organisatorische und technische Massnahmen vor Verlust, Entwendung, unerlaubter Bearbeitung und Kenntnisnahme zu schützen.

Ausserdem gehören zum sog. «formellen Datenschutzrecht:

■ **Rechte der betroffenen Personen:** Die betroffene Person hat (u.a.) das Recht zu erfahren, ob und wenn ja welche Daten über sie bearbeitet werden, und unrichtige Daten berichtigen zu lassen.

■ **Datenschutzaufsicht:** Das Datenbearbeiten muss von einer völlig unabhängigen Aufsichtsstelle kontrolliert werden.

Die Kompetenz zum Erlass des sog. «formellen Datenschutzrechts» hat zwei Quellen:

■ einerseits die *Organisationsautonomie* von Bund und Kantonen – jeweils für das Datenbearbeiten durch «ihre» öffentlichen Organe – und

■ andererseits in Verfassungsbestimmungen, welche dem Bund eine *umfassende Rechtssetzungskompetenz* einräumen, insb. in Art. 122 BV im Bereich des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts für das Datenbearbeiten generell durch Private. Nach der Interpretation des Bundesamtes für Justiz¹ gilt das auch für alle Bereiche, in denen dem Bund ein Monopol zukommt, also beispielsweise nach Art. 87 BV im Bereich des Eisenbahnverkehrs, der Seilbahnen, der Schifffahrt sowie der Luft- und Raumfahrt.

Das sog. «formelle Datenschutzrecht» hat seinen Niederschlag gefunden im *Datenschutzgesetz des Bundes*² (für das Datenbearbeiten durch die Bundesorgane und durch Private) und in den (*Informations- und*) *Datenschutzgesetzen der Kantone*³ (für das Datenbearbeiten durch kantonale und kommunale öffentliche Organe).

Die bereichsspezifischen Datenbearbeitungsregeln (sog. «mat. Datenschutzrecht»)

Während das sog. «formelle Datenschutzrecht» wie oben erwähnt bloss die allgemeinen Datenschutzgrundsätze enthält, kommen die konkreten Bestimmungen für das Datenbearbeiten im sog. «materiellen Datenschutzrecht» zum Vorschein⁴. Dieses findet sich im Sach- oder Fachrecht, also in der aufgabenspezifischen Sach- (oder Fach-)gesetzgebung, die für alle mit dem Vollzug betrauten Organe gilt, unabhängig davon, ob es sich um Bundesorgane, kantonale oder kommunale öffentliche Organe oder Private handelt. Sog. «materielles Datenschutzrecht» erscheint in diesem Sach- (oder Fach-)Recht bereichsspezifisch in Form von Befugnissen oder Pflichten zur Datenbearbeitung, von Melderechten oder -pflichten, von Ermächtigung oder Verpflichtung zur Datenbekanntgabe, von Geheimhaltungspflichten mit allfälligen Ausnahmen usw.

Die Kompetenz zum Erlass des sog. «materiellen Datenschutzrechts» ergibt sich aus der *Aufgabenkompetenz*: Wer ein bestimmtes Sachgebiet materiell regeln darf, darf auch festlegen, welche Daten unter welchen (materiellen) Voraussetzungen erhoben und bearbeitet und unter welchen Voraussetzungen an welche anderen Stellen weitergegeben (oder eben nicht weitergegeben) werden dürfen. Der Bund kann beispielsweise aufgrund seiner Kompetenz nach Art. 117 BV (Kranken- und Unfallversicherung) in der gestützt darauf erlassenen Gesetzgebung die Regelungen für das konkrete Datenbearbeiten festlegen, welche dann für alle dadurch angesprochenen Akteure – auf der einen Seite die Kranken- und Unfallversicherer (die im Bereich der

Eine der grossen Herausforderungen dieses Jahrzehnts wird es sein, Vertrauen zu implementieren in die Systeme, die unser Leben immer mehr durchdringen.

obligatorischen Krankenpflege- und Unfallversicherung Bundesorgane sind), auf der anderen Seite die Privatspitäler ebenso wie die öffentlich-rechtlichen (Universitäts-, Kantons- und Bezirks-) Spitäler) als Leistungserbringer – gilt.

Aufsichtskompetenzen heute

Aufsichtszuständigkeit

Entlang dieser verfassungsrechtlichen Rechtsetzungskompetenz hat sich auch die *Aufsichtszuständigkeit* entwickelt. Die Aufsicht über das Datenbearbeiten im Geltungsbereich des Bundesdatenschutzgesetzes obliegt dem Eidgenössi-

Kurz & bündig

Heute besitzt der Bund nur die Kompetenz zum Erlass des sog. «formellen Datenschutzrechts» (des Datenschutzgesetzes) für das Datenbearbeiten von Bundesorganen und Privaten; für das Datenbearbeiten von kantonalen und kommunalen öffentlichen Organen haben die Kantone die Datenschutzgesetze zu erlassen. Entlang der verfassungsrechtlichen Rechtsetzungskompetenz hat sich auch die Aufsichtskompetenz entwickelt. Zur Verbesserung der Effektivität und Effizienz des Persönlichkeits- und Grundrechtsschutzes sollte auch Neuverteilung der Rechtsetzungs- und Aufsichtskompetenzen in Betracht gezogen werden: In diesem Beitrag wird die Meinung vertreten, dass auf der einen Seite mit einem schweizweit einheitlichen Datenschutzgesetz mehr erreicht werden könnte. Andererseits muss auch die Organisation der Datenschutzaufsicht überdacht werden; hier stellt eine Zentralisierung keine Lösung dar, hingegen könnte mit einer Dezentralisierung der Datenschutzaufsicht über die privaten Datenbearbeiter durch die höhere Präsenz und Nähe mehr für den Persönlichkeits- und Grundrechtsschutz getan werden.

schen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB oder, wie er sich auch nennt: dem Beauftragten), also über das Datenbearbeiten durch Private und durch Bundesorgane. Zur Aufsicht über das Datenbearbeiten durch kantonale und kommunale öffentliche Organe sind die von den kantonalen Datenschutzgesetzen eingesetzten Datenschutzaufsichtsstellen berufen.

Aufgaben und Befugnisse des Datenschutzkontrollorgans

Die Aufgaben und Befugnisse der Datenschutzaufsichtsstellen sind heute – im öffentlich-rechtlichen Bereich – weitgehend übereinstimmend. Die Ratifikation des Zusatzprotokolls zur

Veröffentlichung der Stellungnahmen, die Befugnis zur Anordnung der Sperrung, Löschung oder Vernichtung von Daten oder des vorläufigen oder endgültigen Verbots einer Datenbearbeitung, zur Verwarnung oder Ermahnung der Verantwortlichen oder die Befassung des Parlaments oder anderer politischer Institutionen. Es gibt keine Vorschrift über einen «Minimalsatz» an Einwirkungsbefugnissen. Es ist erforderlich, dass das Kontrollorgan mit den gesetzlich festgelegten Einwirkungsbefugnissen in ihrer Gesamtheit tatsächlich Wirksamkeit entfalten kann.

■ *Klage-/Anzeigebefugnis*: Das Datenschutzkontrollorgan muss drittens das Recht besitzen, bei gerichtlichen Instanzen Klage zu erheben oder eine Anzeige einzureichen bei Verstössen gegen das Datenschutzgesetz.

Unabhängigkeit

Damit eine Datenschutzkontrolle ihre Aufgabewirkungsvoll erfüllen kann, müssen neben den Befugnissen auch institutionelle Voraussetzungen gegeben sein: Es braucht Garantien für die Unabhängigkeit. In diesem Bereich besteht noch Handlungsbedarf¹⁰.

Aufsichtswirkung

Die Aufsichtswirkung ist aber nicht nur von Aufgaben, Befugnissen und Unabhängigkeitsgarantien abhängig. Es dürfen meines Erachtens zwei weitere Elemente nicht ausser Acht gelassen werden:

■ *Ressourcen*: Erstens braucht es die notwendigen Ressourcen zur Aufgabenerfüllung. Auch in dieser Hinsicht besteht im Bund und in vielen Kantonen noch erheblicher Nachholbedarf¹¹.

■ *Präsenz und Nähe*: Nicht unterschätzt werden darf zweitens die Bedeutung der Präsenz und der Nähe der Datenschutzbeauftragten.

Die Bedeutung von Präsenz und Nähe zu messen, ist schwierig, doch stärken die folgenden empirischen Feststellungen meine Überzeugung, dass Präsenz und Nähe von hoher Bedeutung sind:

Privatspitäler sind private Datenbearbeiter; in den Bereichen, in welchen sie vom Kanton mit öffentlichen Aufgaben betraut werden, gelten sie als kantonale öffentliche Organe und unterstehen damit (auch) dem kantonalen Datenschutzrecht. Öfters wenden sich Organe solcher Spitäler an die kantonalen Datenschutzbeauftragten mit der Bitte, zu datenschutzrechtlichen Fragen – etwa zu Datenschutzkonzepten oder -weisungen – Stellung zu nehmen. Dasselbe gilt für kantonale oder städtische Transportunternehmen, die nach Art. 54 Abs. 4 PBG neu der Aufsicht des EDÖB unterstehen, sich aber den Weg an die kantonalen Datenschutzbeauftragten offenhalten

Die Aufsichtswirkung ist aber nicht nur von Aufgaben, Befugnissen und Unabhängigkeitsgarantien abhängig, sondern auch von Ressourcen, Präsenz und Nähe.

Europarats-Konvention 108 und die Assoziierung der Schweiz an Schengen hat eine weitgehende Harmonisierung gebracht⁵.

Das Datenschutzkontrollorgan hat mindestens zwei *Aufgaben*⁶:

■ Es muss einerseits die Umsetzung der Bestimmungen über den Datenschutz kontrollieren (*Kontrollaufgabe*), und

■ andererseits muss es die öffentlichen Organe – mindestens in der Rechtsetzung, in der Praxis auch in der Umsetzung des Datenschutzrechts – beraten (*Beratungsaufgabe*).

Im privatrechtlichen Bereich sind die Aufgaben grundsätzlich dieselben: Der EDÖB kann beraten⁷ und kontrollieren, letzteres allerdings nur bei sog. «Systemfehlern», also wenn Bearbeitungsmethoden geeignet sind, die Persönlichkeit einer grösseren Anzahl von Personen zu verletzen⁸.

Das Kontrollorgan muss, um Wirksamkeit zu erreichen, mindestens die folgenden Befugnisse⁹ besitzen:

■ *Umfassende Untersuchungsbefugnisse*: Das Datenschutzkontrollorgan muss erstens die Befugnis haben, ungeachtet allfälliger Geheimhaltungspflichtigen Ermittlungen durchzuführen, alle für die Erfüllung des Kontrollauftrages erforderlichen Informationen über Datenbearbeitungen einzuholen, Einsicht in alle Unterlagen zu nehmen, Besichtigungen durchzuführen und sich Bearbeitungen vorführen zu lassen.

■ *Wirksame Einwirkungsbefugnisse*: Das Datenschutzkontrollorgan muss zweitens wirksam einwirken können; das verlangt beispielsweise die Befugnis zur Vorabkontrolle inkl. zur geeigneten

möchten, weil sie dort gute Erfahrungen mit kurzen Antwortzeiten und praxisnahen Lösungsvorschlägen gemacht haben.

Ausserdem ist es bezeichnend, dass – so ein Erfahrungswert aus dem Kanton Basel-Stadt – rund die Hälfte der Anfragen von Privaten per Telefon oder E-Mail privates Datenbearbeiten (oder – in selteneren Fällen – das Datenbearbeiten von Bundesorganen) betreffen, worauf die Anfragenden an den EDÖB weiterverwiesen werden. Etliche dieser weiterverwiesenen Personen kündigen an, auf die Anfrage beim EDÖB zu verzichten, weil sie mit seiner sehr begrenzten Erreichbarkeit – telefonisch jeweils von 10 bis 12 Uhr, keine E-Mail-Adresse auf der Website angegeben – bereits ihre Erfahrungen gemacht haben; andere kommen nach solchen Erfahrungen nochmals auf die kantonalen Datenschutzbeauftragten zu und bitten um eine Beratung auch bei fehlender Zuständigkeit. Aller elektronischen Kommunikation zum Trotz: Viele Probleme lassen sich mit einer Besprechung unter physisch Präsenten eben häufig leichter lösen.

Überschneidungen

Der grundsätzlich klaren Abgrenzung zwischen der Aufsicht durch den EDÖB und durch die kantonalen Datenschutzbeauftragten zum Trotz gibt es Überschneidungen. Sie kommt vor allem im Umfeld von drei Aspekten vor:

Erstens gibt es logischerweise Überschneidungen, wo Auslöser für die datenschutzrechtlichen Fragestellungen die *technologische Entwicklung* ist. Einfachstes Beispiel: der PC am Arbeitsplatz – ob bei einem privaten Unternehmen, in einem Bundesamt oder in einer kantonalen oder kommunalen Verwaltungsstelle. Die Fragen, die sich beispielsweise im Zusammenhang mit der Überwachung der Arbeitnehmer(innen) stellen, sind grundsätzlich dieselben. Die kantonalen Datenschutzbeauftragten äussern sich zu diesen Fragestellungen mit demselben Recht wie der EDÖB.

Ein zweiter Bereich zeigt sich dort, wo die Zuständigkeiten für das Datenbearbeiten und seine Beeinflussung auseinanderfallen: Das Verhalten von Jugendlichen in Social Media wie Facebook usw. ist ein privates Datenbearbeiten, für welches der EDÖB zuständig ist; die Sensibilisierung via die Schule betrifft hingegen eine klar kantonale Kompetenz, die entsprechenden Schul-tätigkeiten fallen in den Aufsichtsbereich der kantonalen Datenschutzbeauftragten.

Drittens gibt es den immer grösser werdenden Bereich, in welchem staatliche (v.a. kantonale und kommunale) Aufgaben auf private Leistungserbringer ausgelagert werden: die (örtlichen) Vereine für Haus- und Krankenpflege, welchen die

staatlichen Spitex-Aufgaben übertragen werden, ein Verein Aufnahmeheim, welcher im Auftrag der Jugendanwaltschaft in offenen oder geschlossenen Abteilungen Jugendliche betreut und begutachtet, Privatspitäler, welche vom Kanton Leistungsaufträge erhalten usw. Wenn nicht die gesamte Tätigkeit eines solchen Leistungserbringers im Auftrag des Kantons erfolgt, dann ist nicht nur das kantonale Datenschutzgesetz anwendbar und der kantonale Datenschutzbeauftragte zur Aufsicht berufen, sondern ebenso das Bundesdatenschutzgesetz und der EDÖB. Nur wird es schwierig sein, zu sagen, für welche 30 der tatsächlich vorgenommenen 70 Hüftgelenkoperationen jetzt das kantonale Recht gilt ... Eine ähnliche Konstellation ergibt sich bei den kantonalen und städtischen Transportunternehmen, welche für den konzessionierten Personenbeförderungsbetrieb dem Bundesrecht und dem EDÖB unterstehen, für den Allmendbereich, auf welchem die Haltestellen stehen, und für den Personalbereich aber dem kantonalen Recht.

Optionen für die Zukunft

Ist mit der bestehenden Rechtsetzung und Aufsichtsorganisation das Optimum erreicht? Liesse sich unter geänderten Rahmenbedingungen nicht mehr erreichen?

Meines Erachtens würde es sich lohnen, in zweierlei Hinsicht allfällige Denkverbote einmal beiseite zu lassen und über eine Änderung der Rahmenbedingungen nachzudenken: ein schweizweit einheitliches Datenschutzgesetz und eine dezentrale Organisation der Datenschutzaufsicht.

Schweizweit einheitliches sog. «formelles Datenschutzrecht»

Es ist durchaus denkbar, für die gesamte Schweiz ein einheitliches sog. «formelles Datenschutzrecht» zu schaffen, also ein *Datenschutzgesetz für Bund und Kantone* zu erlassen. Die

Es ist bezeichnend, dass in Kanton Basel-Stadt rund die Hälfte der Anfragen von Privaten per Telefon oder E-Mail privates Datenbearbeiten betreffen.

Kompetenz für den Erlass des sog. «materiellen Datenschutzrechts» kann unangetastet bleiben – sie stützt sich weiterhin auf die Aufgabenkompetenz.

Die Argumente, die 1977 für den Verzicht auf ein einheitliches Datenschutzrecht angeführt wurden, bestehen nicht mehr oder mindestens nicht mehr in derart überzeugendem Masse, dass

sich zwingend unterschiedliche Datenschutzgesetze aufdrängen. Die Bundesämter arbeiten heute mit derselben Hard- und Software wie viele Gemeindeverwaltungen, ja teilweise sogar mit denselben Datenbanken. Mit der Harmoni-

Es ist durchaus denkbar, für die gesamte Schweiz ein einheitliches sog. «formelles Datenschutzrecht» zu schaffen, also ein schweizweit geltendes Datenschutzgesetz zu erlassen.

sierung aufgrund der Assoziierung der Schweiz an Schengen sind auch die inhaltlichen Unterschiede, welche die Gesetze in den 1990er-Jahren noch geprägt haben, weitgehend eingeebnet worden – und wo es aufgrund der Grössenunterschiede und der grösseren Unmittelbarkeit der kantonalen und kommunalen Verwaltungsstellen Sinn macht, könnte durchaus auch ganz bewusst kantonaler Regelungsspielraum eingeräumt werden, welcher durch kantonale Einführungsgesetze zum Datenschutzgesetz zu füllen

wäre. Eine einheitlich gleiche Regelung für Bund und Kantone würde sicher Sinn machen bei den Voraussetzungen für das Datenbearbeiten und bei den Rechten der betroffenen Personen.

Die Vorteile einer solchen einheitlichen Lösung liegen angesichts der jüngsten Entwicklungen auf der Hand: Wenn wir uns etwa vor Augen halten, wie kompliziert und uneinheitlich die Anpassung des schweizerischen Rechts aufgrund des EU-Rahmenbeschlusses 2008/977¹² geworden ist, macht jede Vereinfachung Sinn. Was im Datenschutzgesetz geändert würde, wäre ohne Weiteres auch für die kantonalen und kommunalen Datenbearbeiter massgeblich.

Voraussetzung wäre logischerweise die Schaffung der entsprechenden Bundeskompetenz in der Bundesverfassung. Ausserdem müsste der Einfluss der Kantone bei der Schaffung des Datenschutzgesetzes verbessert werden; ein solches «Geheu» wie bei den letzten Anpassungen 2006 und 2010¹³ müsste tunlichst vermieden werden ...

Eine Anschlussaufgabe bliebe noch zu lösen: Soll – was einer Verfassungsgrundlage bedürfte – das Öffentlichkeitsprinzip via Bundesrecht auch für alle Kantone eingeführt werden? Andernfalls müssten die Kantone, welche die beiden Materien in einem einzigen Gesetz (Informations- und Datenschutzgesetz¹⁴) regeln, ihre Gesetzgebung anpassen.

Neue Organisation der Datenschutzaufsicht

Auch die Organisation der Datenschutzaufsicht ist nicht «gottgegeben». Es lassen sich auch andere Organisationsmodelle denken. Zwei grundsätzlich andere Möglichkeiten bestehen: die generelle Zentralisierung der Aufsicht beim EDÖB und die Dezentralisierung der Aufsicht über die Privaten.

Zentralisierung der Aufsicht beim EDÖB

Bei dieser Variante würde auch die Aufsicht über die kantonalen und kommunalen öffentlichen Organe beim Eidgenössischen Datenschutz- (und Öffentlichkeits-)beauftragten konzentriert sein. Voraussetzung wäre logischerweise ein einheitliches Datenschutzgesetz für Bund und Kantone. Als Vorteil springt auf den ersten Blick ins Auge, dass mit einer solchen Zentralisierung eine schweizweit einheitliche Aufsicht über die Umsetzung des Datenschutzgesetzes geschaffen würde – aber eben nur auf den ersten Blick: Wie oben (Seite 19) ausführlich dargestellt, finden sich die Rechtsgrundlagen für das konkrete Datenbearbeiten (das sog. «materielle Datenschutzrecht») im Sachrecht, also in den Schulgesetzen für die Schulen, in den Polizeigesetzen für die

Fussnoten

- ¹ Schreiben des Bundesamtes für Justiz vom 8. Dezember 2010 an privatim.
- ² Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG), SR 235.1.
- ³ Vgl. statt vieler das zürcherische Gesetz vom 12. Februar 2007 über die Information und den Datenschutz (IDG-ZH, LS 170.4); das baselstädtische Gesetz vom 9. Juni 2010 über die Information und den Datenschutz (Informations- und Datenschutzgesetz, IDG-BS, Kantonsblatt vom 12. Juni 2010, 914 ff., tritt voraussichtlich in der zweiten Hälfte des Jahres 2011 in Kraft); das bernische Datenschutzgesetz vom 19. Februar 1986 (KDSG-BE, BSG 152.04).
- ⁴ Ausführlich dazu BEAT RUDIN, Datenschutzkonzept auf dem Prüfstand, digma 2010, 130–139, insb. 132.
- ⁵ Vgl. die von der Konferenz der Kantonsregierungen (KdK) den Kantonen zugestellte «KdK-Wegleitung»: Umsetzung Schengen/Dublin in den Kantonen: Datenschutz, Wegleitung, erstellt im Auftrag der Konferenz der Kantonsregierungen, Basel 2006, <http://ius.unibas.ch/uploads/publics/3987/20100219145130_4b7e9762a9a59.pdf>. Vgl. zur Umsetzung BEAT RUDIN, Die datenschutzrechtliche Umsetzung von Schengen in den Kantonen, in: Stephan Breitenmoser/Sabine Gless/Otto Lagodny (Hrsg.), Schengen in der Praxis, Erfahrungen und Ausblicke, Zürich/St. Gallen 2009, 213–255.
- ⁶ Vgl. für die kantonalen Kontrollorgane nur z.B. § 34 IDG-ZH; § 44 IDG-BS; § 34 KDSG-BE.
- ⁷ Art. 28 DSG.
- ⁸ Art. 29 DSG mit der Einschränkung auf Systemfehler in Art. 29 Abs. 1 lit. d; abgesehen davon darf er aktiv werden, wenn Datensammlungen registriert werden müssen (Art. 11a DSG) bzw. wenn eine Informationspflicht nach Art. 6 Abs. 3 DSG besteht.
- ⁹ Vgl. für die kantonalen Kontrollorgane nur z.B. §§ 35 und 36 IDG-ZH; §§ 45–47 IDG-BS; § 35 KDSG-BE.
- ¹⁰ Vgl. BEAT RUDIN, Die datenschutzrechtliche Umsetzung von Schengen in den Kantonen (Fn. 5), insb. 244 ff.; DERS., Völlig unabhängige Datenschutzaufsicht, digma 2010, 79–81; DERS./SANDRA STÄMPFLI, Datenschutzrechtliche Weiterentwicklungen – neue Herausforderungen, in: Stephan Breitenmoser/Sabine Gless/Otto Lagodny (Hrsg.), Schengen und Dublin in der Praxis, Weiterentwicklung der Rechtsgrundlagen, Zürich/St. Gallen 2010, 197–223, insb. 221 ff.

Polizeibehörden, in den Steuergesetzen für die Steuerbehörden, in den Gesundheits- und Spitalgesetzen für die Gesundheitseinrichtungen. Ob eine Datenbearbeitung rechtmässig und verhältnismässig ist, ist an diesen Rechtsgrundlagen zu messen – und die sind über weite Bereiche staatlichen Handelns auf kantonaler Ebene zu finden. Ausserdem ist selbst in Bereichen, in welchen die Kantone Bundesrecht zu vollziehen haben, die Organisation in den Kantonen nicht einheitlich: Ob zum Beispiel der Vollzug den Gemeinden überlassen wird oder von kantonalen Organen zu besorgen ist, hat Auswirkungen auf die Beantwortung datenschutzrechtlicher Fragen. Synergiegewinne dürften deshalb bloss dort anfallen, wo sich erstens das sog. «materielle Datenschutzrecht» im Bundesrecht findet, also wo der Bund eine Rechtsetzungskompetenz besitzt, und zweitens die Umsetzung in den Kantonen praktisch identisch organisiert ist. In allen anderen Fällen dürften sich die Synergiegewinne in engen Grenzen halten¹⁵.

Auch aus weiteren Gründen dürfte eine solche Zentralisierung kaum eine effiziente und effektive Lösung darstellen. Die Elemente der Präsenz und Nähe würden unweigerlich leiden, was einer Durchsetzung des Datenschutzrechts abträglich wäre. Wenn der Bund heute schon nicht bereit ist, die notwendigen Ressourcen für die Aufsicht über die Bundesorgane und privaten Datenbearbeiter zur Verfügung zu stellen, dürfte das Betreuungsverhältnis, wenn noch alle kantonalen und kommunalen Stellen hinzukämen, drastisch schlechter werden. Auch dürfte die bei grösseren Stellen unweigerlich entstehende Bürokratisierung kaum zu einer Optimierung des Ressourceneinsatzes führen.

Dezentralisierung der Aufsicht über private Datenbearbeitungen

Auf den ersten Blick erscheint eine Dezentralisierung abwegig; sie läuft dem allgemeinen Trend entgegen. Vielleicht ist sie aber angesichts der gegen eine Zentralisierung sprechenden Gründe und angesichts der oben erwähnten Überschneidungen doch gar nicht so abwegig. Immerhin lohnt es sich, einmal genauer hinzuschauen – es ist nämlich die Lösung, wie sie das ebenfalls föderalistisch organisierte Deutschland kennt.

In einer dezentralen Lösung wären die kantonalen Datenschutzaufsichtsorgane zuständig für die Aufsicht über das Datenbearbeiten sowohl (wie bisher) von kantonalen und kommunalen öffentlichen Organen als auch (neu) von privaten Datenbearbeitern. Wie soll das gehen beispielsweise bei einer Credit-Suisse mit ihren Niederlassungen in 24 Kantonen? Auch das liesse sich problemlos regeln: In Deutschland richtet sich die Zustän-

digkeit nach dem Hauptsitz; so ist der Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit¹⁶ zuständig für die Deutsche Bahn, welche ihren Hauptsitz in Berlin hat; für die Deutsche Bank, welche ihren Sitz in Frankfurt a.M. hat, ist der Hessische Datenschutzbeauftragte¹⁷ zuständig und für die Google Germany GmbH mit Sitz in Hamburg der hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit¹⁸.

Der grosse *Vorteil* einer Dezentralisierung der Datenschutzaufsicht über private Datenbearbeiter liegt in der Präsenz und Nähe der Aufsicht zu den Datenbearbeitern. Zudem könnte der EDÖB entlastet werden; damit könnte er seine Ressourcen gezielt einsetzen, um die Beratung zugunsten der Bundesorgane zu verbessern und die Aufsicht über Bundesorgane (z.B. die Krankenversicherer im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherungen) zu verstärken.

Kritische Fragen könnten zur Kompetenz, zu den Ressourcen und zum «Gewicht» kantonalen Datenschutzauftragter gestellt werden. Mit der *Kompetenz* verhält es sich aber nicht anders als heute: Sie ist erwerbbar; zunehmend sind auch Personen auf dem Arbeitsmarkt, welche bereits an der Universität oder an früheren Arbeitsstellen Kenntnisse im Datenschutzrecht erworben haben. Deshalb wird man in Zukunft bei der Wahl zunehmend auch auf Vorkenntnisse abstellen können; das künftige Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt legt etwa fest, dass die Aufsichtsstelle durch eine in Datenschutzfragen ausgewiesene Fachperson geleitet wird¹⁹ – es wird also künftig nicht zulässig sein, jemanden aufgrund seiner politischen Meriten zu wählen. Ausserdem kann fehlende Kompetenz in bestimmten Bereichen auch durch Kooperation ersetzt werden. So ist es heute schon möglich, innerhalb von privatim, der Vereinigung der schweizerischen Datenschutzauftragten, beispielsweise für Datenschutz-Audits den Infor-

Der grosse Vorteil einer Dezentralisierung der Datenschutzaufsicht über private Datenbearbeiter liegt in der Präsenz und Nähe der Aufsicht zu den Datenbearbeitern.

matikrevisor einer anderen kantonalen Datenschutzbehörde beizuziehen. Solche Kooperationsmodelle haben durchaus das Potenzial, noch stärker ausgebaut zu werden.

Bezüglich der *Ressourcen* ist festzuhalten, dass auch bei einer Dezentralisierung der Datenschutzaufsicht über die privaten Datenbearbeiter nicht in jedem Kanton ein riesiger Mehrbedarf an Ressourcen entsteht – auch beim EDÖB stehen

nur sehr begrenzt Ressourcen für die Aufsicht im privatrechtlichen Bereich zur Verfügung. Mehr Ressourcen werden wohl vor allem in den Wirtschaftszentren wie Zürich, Basel, Zug, Lausanne und Genf nötig werden – in jenen Regionen also, die sich der Wichtigkeit der Standortattraktivität durchaus bewusst und deshalb auch eher bereit

Es wäre mehr als bedauerlich, wenn diese Entwicklungschancen von den Kantonen oder vom EDÖB als undenkbar beiseite geschoben würden.

sind, im Interesse einer raschen und kompetenten Beratung und einer wirksamen Kontrolle die nötigen Ressourcen zur Verfügung zu stellen.

Bleibt die Frage des «Gewichts» kantonaler Datenschutzbeauftragter gegenüber grossen Wirtschaftsunternehmen: Der Blick auf Deutschland zeigt, dass es nicht auf den Namen «Bund» oder «Bundesland» ankommt. Die Untersuchungen des Berliner Beauftragten gegenüber der Deutschen Bahn haben starke Wirkung entfaltet – die wäre nicht stärker unter dem Label «Bund». Und umgekehrt: Hat die Schweizer Bundes-Aufsichtsbehörde gegenüber Google etwa mehr erreicht als die zuständige Landes-Aufsichtsbehörde in

Deutschland? Im Gegenteil. Das «Gewicht» hat meines Erachtens sehr viel mehr mit Kompetenz und glaubwürdigem Auftreten zu tun als mit dem Label. Um es auf den Punkt zu bringen: Ich glaube nicht, dass der Datenschutzbeauftragte des Kantons Zürich, der beim Dezentralisierungsmodell die Aufsicht über die Google Switzerland GmbH hätte, Google vor dem Aufschalten von Street View bestätigt hätte, dass er den Dienst für datenschutzkonform erachte²⁰. Vielleicht wäre dadurch Google auch einiges an negativen Schlagzeilen erspart geblieben. Und vielleicht wären, wenn eine Klage ans Bundesverwaltungsgericht noch nötig geworden wäre, diesem auch ein paar heikle Fragen unterbreitet worden, zum Beispiel danach, ob mit dem Fotografieren und Zuordnen von Gebäuden an eindeutige Adressen Personendaten bearbeitet werden, weil über die Öffentlichkeit der Eigentümerinformationen – anders als bei IP-Adressen²¹ – gleichsam jede interessierte Person Angaben über die betroffene Person (die Eigentümerin, den Eigentümer) erhält.

Zusammengefasst: Mir erscheint die Dezentralisierung der Datenschutzaufsicht über private Datenbearbeiter auch in der Schweiz eine prüfenswerte Option für die Zukunft, der kaum grundsätzliche Argumente entgegengehalten werden können.

Zusammenfassung

Zur Optimierung des Datenschutzes in der Schweiz soll auch vor Denkverboten nicht Halt gemacht werden. Es sollten dringend Entwicklungen in zwei Richtungen näher geprüft werden:

- ein einheitliches Datenschutzgesetz für Bund und Kantone und
- die Dezentralisierung der Datenschutzaufsicht über das Datenbearbeiten von Privaten.

Meines Erachtens könnte mit diesen Änderungen in der Gesetzgebungs- und Aufsichtskompetenzordnung der Persönlichkeits- und Grundrechtsschutz verbessert werden. Es wäre deshalb mehr als bedauerlich, wenn diese Entwicklungschancen – von den Kantonen, welche eine Rechtsetzungskompetenz verlieren würden, oder vom EDÖB, welcher einen Teil seiner Aufsichtskompetenz abgeben müsste – als undenkbar beiseite geschoben würden. ■

Fussnoten (Forts.)

¹¹ Vgl. BEAT RUDIN, Die datenschutzrechtliche Umsetzung von Schengen in den Kantonen (Fn. 5), insb. 245–252 ff.

¹² Vgl. Bundesgesetz vom 19. März 2010 über die Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI über den Schutz von Personendaten im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen (AS 2010 3387) und die dazugehörige Botschaft (BBl 2009 6749).

¹³ Zum Beispiel: 2008 «Transfer» der nur Bundesorgane treffenden Pflicht, (besonders schützenswerte) Personendaten (und Persönlichkeitsprofile) erkennbar für die betroffenen Personen zu erheben (aufgehobener Art. 18 Abs. 2 DSGVO), in einen Grundsatz, der für Bundesorgane wie für private Datenbearbeiter gilt (Art. 4 Abs. 4 DSGVO), und gleichzeitige Einführung einer Informationspflicht für private Datenbearbeiter und Bundesorgane (neuer Art. 7a DSGVO); 2010 Ersatz des 2006 neu geschaffenen Art. 7a durch einen (neuen) Art. 14 DSGVO mit einer Informationspflicht für private Datenbearbeiter (Datenbeschaffung von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen) und einen neuen Art. 18a DSGVO mit einer erweiterten Informationspflicht für Bundesorgane (Beschaffung von Personendaten generell) mit Ausnahmen in einem neuen Art. 18b DSGVO.

¹⁴ Das beträfe, soweit ersichtlich, zurzeit die Kantone Solothurn, Aargau, Schwyz, Zürich, Wallis, Genf, Basel-Stadt und Basel-Landschaft.

¹⁵ Das war letztlich auch der Grund, weshalb die beiden Basel das Projekt einer gemeinsamen Datenschutzaufsichtsstelle nicht weiterverfolgt haben.

¹⁶ <<http://www.datenschutz-berlin.de/>>.

¹⁷ <<http://www.datenschutz.hessen.de/>>.

¹⁸ <<http://www.datenschutz-hamburg.de/>>.

¹⁹ § 39 Abs. 1 IDG-BS.

²⁰ <<https://sites.google.com/a/pressatgoogle.com/streetviewch/#TOC-Pre-Launch:-Kommentar-des-ED-B-zur-;> nicht (mehr?) gleichlautend <<http://www.edoeb.admin.ch/faq/00786/01580/01582/index.html?lang=de>>.

²¹ Vgl. dazu DAVID ROSENTHAL, «Logistep»: Offenbar ein Einzelfallentscheid, digma 2011, 40 f.

Meine Bestellung

- 1 Jahresabonnement digma (4 Hefte des laufenden Jahrgangs)
à **CHF 158.00** bzw. bei Zustellung ins Ausland **EUR 131.00** (inkl. Versandkosten)

Name _____ Vorname _____

Firma _____

Strasse _____

PLZ _____ Ort _____ Land _____

Datum _____ Unterschrift _____

Bitte senden Sie Ihre Bestellung an:

Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2, CH-8022 Zürich

Telefon +41 44 200 29 19

Telefax +41 44 200 29 18

E-Mail: zs.verlag@schulthess.com

Homepage: www.schulthess.com

Schulthess 