



Newsletter

#02 / 2012

Datenschutz heute

Datenschutz in der öffentlichen Verwaltung, dies ist der Schutz der Person, der Schutz ihrer Grundrechte.

Vor der Datenschutzgesetzgebung war der Fluss von personenbezogenen Informationen zum Bürger hin geschlossen, innerhalb der Verwaltung aber offen. Das Gesetz von 1994 über den Datenschutz hat einen Paradigmenwechsel mit sich gebracht. Eine der Rollen der Datenschutzbeauftragten war es zu sagen : Öffnung gegenüber dem Bürger (Zugangsrecht zu seinen eigenen Informationen) und Geheimnis im Inneren, wenn es weder gesetzliche Verpflichtung, noch notwendig zur Erfüllung der Aufgaben ist, Informationen über Einzelpersonen preiszugeben.

20 Jahre später wurde man sich bewusst, dass die öffentliche Verwaltung nicht nur für Einzelpersonen in Bezug auf ihre persönlichen Daten offen sein kann, sondern dass die Offenheit auch für die Allgemeinheit gelten muss. Der Gesetzgeber wollte die Transparenz verstärken, die andere Seite der Medaille, und sie auf die gesamte Verwaltungstätigkeit ausweiten.

Man könnte einen Widerspruch sehen zwischen «Transparenz» und «Datenschutz». Dem ist aber nicht so. Die Transparenz in Bezug auf staatliches Handeln betrifft die allgemeinen Aktivitäten, während der Datenschutz zur Anwendung kommt, wenn die Grundrechte einer Person betroffen sind oder sein könnten. Es geht nicht um dasselbe. Bei der Transparenz geht es um das staatliche Handeln und nicht um die Handlungen von Einzelpersonen.

Welches sind aber genau die Grundrechte? Art. 12 der kantonalen Verfassung betont den *Anspruch jeder Person auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Schrift- und Fernmeldeverkehrs*. Sie hat Anspruch auf Schutz vor Missbrauch der sie betreffenden Daten.

Dies bedeutet, dass die öffentliche Verwaltung nicht grenzenlos mit personenbezogenen Daten umgehen kann, die in ihrem Besitz sind. Das menschliche Wesen ist kein Objekt, das innerhalb der Verwaltung von einem Ort zum anderen gereicht wird. Personenbezogene Daten müssen mit Zurückhaltung behandelt werden. Die Respektierung einer Person ist ein Schlüsselement im Vertrauen des Einzelnen gegenüber seinen Behörden und dieses Vertrauen ist unabdingbar für das gute Funktionieren unserer Demokratie.

Dominique Nouveau Stoffel
Datenschutzbeauftragte



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Autorité cantonale de la transparence et de la protection des données ATPrD
Kantonale Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz ÖDSB

Inhalt

Editorial	1
<hr/>	
Aktualitäten	2
Transparenz, Datenschutz und Privatsphäre: ein komplexes Spannungsverhältnis	2
Kontrolle der Webcams im Kanton Freiburg	3
Die Mediation: der Weg zu einer möglichen Lösung eines Konflikts	4
<hr/>	
Informationen an öffentliche Organe	5
Empfehlung zu einem technischen Bericht	5
Zugangsrecht zum eigenen medizinischen Dossier	5
Abgabe einer Liste von Neugeborenen an eine Gemeindebibliothek	5
Elektronische Kommunikation von Sozialhilfedaten	6
Benützung der «Cloud»-Angebote im schulischen Kontext	6
Veröffentlichung von Fotos von Schulkindern	6
Urteil des Europäischen Gerichtshofs zur Unabhängigkeit der österreichischen Datenschutzkommission	7
<hr/>	

Aktualitäten

Transparenz, Datenschutz und Privatsphäre: ein komplexes Spannungsverhältnis

Das Verhältnis von Transparenz und Schutz der Privatsphäre hat sich in letzter Zeit als eines der wichtigsten Themen bei der Fortentwicklung der Informationsgesellschaft herausgestellt. Tiefgehende Diskussionen auch philosophischer Art finden derzeit in allen Medien statt. Anlässlich des Internationalen Tages der Informationsfreiheit vom 28. September hat ein Symposium in Berlin dieses Spannungsfeld thematisiert.

Vertreter der Idee der ‚Post-Privacy‘-Ära einerseits und der Gefahren der Transparenzgesellschaft andererseits schilderten in Berlin ihre Sichtweisen und gaben zu Diskussionen Anlass: Wieviel Transparenz kann ein Staat, eine Organisation gewähren? Ist vollständige Transparenz überhaupt wünschenswert? Kann heute dem Einzelnen seine Privatsphäre noch garantiert werden?

«Ein guter Staat hat keine Geheimnisse»

Transparenz stehe für ihn für die Abwesenheit von Geheimnissen, sagte Alexander Morlang, Abgeordneter der deutschen Piratenpartei. Geheimnisse könnten Machtverhältnisse zementieren: «Wenn man nicht Bescheid weiss, kann man nicht mitreden. Wer nicht mitreden kann, ist nicht mit dabei.» Er halte es mit dem Soziologen Georg Simmel, der bereits vor gut hundert Jahren gesagt habe, dass ein guter Staat keine Geheimnisse habe.

Die eigene politische Arbeit in der Piratenpartei zeige aber auch, dass die Forderung nach absoluter Transparenz häufig schädlich sei. Es ergäben sich Ausweichbewegungen, Entscheide würden beispielsweise nicht mehr an öffentlichen Sitzungen getroffen. Echtzeittransparenz müsse häufig durch zeitlich versetzte Transparenz ersetzt werden. «Wenn Transparenz unpassend erzwungen wird, kann sie zu Stillstand führen», zeigte sich Morlang überzeugt.

Das Internet kennt kein Vergessen

Das Spannungsfeld zwischen Datenschutz und Informationsfreiheit ist regelmässig auch ein Thema in der Rechtsprechung. So zitierte Hans-Hermann Schild, Vorsitzender Richter am Verwaltungsgericht Wiesbaden, ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs, bei dem es um den Grad der Transparenz bei der Veröffentlichung im Internet von Subventionen aus dem EU-Agrarfonds ging. Das Gericht hatte grosse Zweifel, ob namentliche Veröffentlichungen bei Subventionen an natürliche Personen erfolgen sollten, vor allem wenn es sich um sehr kleine Beträge handelte. Die von Schild zitierten 2009 erfolgten und infolge des Gerichtsurteils zu entfernenden Veröffentlichungen waren zum Zeitpunkt des Symposium noch immer im Internet auffindbar. Ein Beweis mehr laut Richter Schild, dass das Internet kein Vergessen kenne.

Klarer gesetzlicher Rahmen

Der Datenschutzbeauftragte des Kantons Zürich, Bruno Baeriswyl, seinerseits sprach über das im Sommer erfolgte Urteil des Bundesgerichts im Fall FIFA, in dem sich das Spannungsverhältnis zwischen Informationsfreiheit und Datenschutz sehr deutlich zeige. Die Interessensabwägung finde in einem klaren gesetzlichen Rahmen statt, sagte Baeriswyl. Es gebe keine absolute Transparenz, genauso wie es keinen absoluten Schutz der Privatsphäre gebe. Konkret hatte das Bundesgericht im Juli den Anspruch von Journalisten auf Einsicht in eine Einstellungsverfügung im Fall FIFA bestätigt und somit die Beschwerde zweier FIFA-Funktionäre abgewiesen, die sich gegen diese Einsichtnahme gewehrt hatten. Das Bundesgericht kommt in seinem Urteil zum Schluss, dass an der Einsicht in die Abschlussverfügung des Strafverfahrens ein grosses Interesse besteht. Es bestätigt damit die Kontrollfunktion der Medien in Bezug auf die Tätigkeit der staatlichen Behörden und das Interesse der Öffentlichkeit an der Berichterstattung über die Korruptionsvorwürfe beim Weltfussballverband. Dazu sind gegenüber den Journalisten auch die Namen der von den Vorwürfen betroffenen Personen und die von den Behörden berücksichtigten persönlichen und finanziellen Verhältnisse offenzulegen.



Kontrolle der Webcams im Kanton Freiburg

Die Datenschutzbeauftragte hat eine Kontrolle der Fotos durchgeführt, die von sogenannten touristischen Webcams im Kanton Freiburg gemacht werden. Dabei stiess sie auf eine Reihe von Gemeinden und Orten, in denen regelmässig Aufnahmen gemacht werden, auf denen sich identifizierbare Personen befinden, ohne dass diese ihre Einwilligung gegeben hätten oder klar über die Existenz und Position der Kameras informiert worden wären. Derartige Fotos befinden sich auch auf anderen Websites, wo sie während mehreren Stunden oder einigen Minuten aufgezeichnet werden, was Internet-Experten problemlos aufnehmen ermöglicht. Es besteht daher die Gefahr einer Verletzung der Grundrechte, namentlich des Rechts auf das eigene Bild. Die betroffenen Gemeinden sind kontaktiert und aufgefordert worden, die notwendigen Änderungen vorzunehmen.

Alle Gemeinden, die ein direktes oder indirektes Webcam-System installieren wollen, müssen das Gesetz vom 25. November 1994 über den Datenschutz (DSchG) einhalten.

Die Mediation: der Weg zu einer möglichen Lösung eines Konflikts

–
Das Freiburger Zugangsrecht sieht bei Uneinigkeit im Rahmen eines Zugangsgesuchs die Etappe der Schlichtung vor. Berechtigt diese zu beantragen ist die Person, die ein Zugangsgesuch zu einem amtlichen Dokument gestellt hat sowie die betroffene Person, wenn es um Dokumente geht, die Personendaten enthalten. Doch wie läuft eine derartige Schlichtung eigentlich ab?

Das Schlichtungsverfahren bezweckt eine rasche Einigung innerhalb von 30 Tagen. In den meisten Fällen verlangt dies ein Entgegenkommen von allen Beteiligten. Die Beauftragte hört zuerst beide Seiten an und erläutert ihnen das Verfahren. In der darauffolgenden Schlichtungssitzung ist sie verantwortlich für den Ablauf, schlägt aber typischerweise keine eigenen Lösungen vor. Es sind vielmehr die direkt Beteiligten, die mit Hilfe der Beauftragten als allparteiliche Vermittlerin selber zu einer Lösung finden sollten, die beide Seiten zufrieden stellt. Die Beauftragte hilft den Beteiligten, ihre eigenen Bedürfnisse und Interessen zu klären und zu verbalisieren. Sie achtet auf die Einhaltung der am Anfang der Sitzung vereinbarten Schlichtungsregeln und auf die Durchführbarkeit der allfälligen Vereinbarungen. Gelingt es den Beteiligten, eine Einigung zu erzielen, so gilt das Verfahren als abgeschlossen. Die Einigung wird in einer

sogenannten Schlichtungsvereinbarung festgehalten und ist sofort vollstreckbar.

Bei fehlender Einigung erfolgt Empfehlung

Kann keine für alle Beteiligten zufriedenstellende Lösung gefunden werden, verfasst die Beauftragte eine Empfehlung zuhanden des öffentlichen Organs und der betroffenen Person/en. Die Beauftragte hat während des ganzen Verfahrens uneingeschränkten Zugang zu den verlangten Dokumenten, damit sie abklären kann, ob das öffentliche Organ das Zugangsgesuch rechtmässig und angemessen bearbeitet hat.

Ist eine schriftliche Empfehlung erfolgt, so hat diese einen Entscheid des öffentlichen Organs zur Folge. Schliesst es sich der Empfehlung an, so kann das öffentliche Organ zur Begründung auf diese verweisen. Dieser Entscheid kann angefochten werden. Das Schlichtungsverfahren kann nicht übersprungen werden, es muss zwingend durchlaufen werden.

Die bisher gemachten Erfahrungen haben gezeigt, dass diese Etappe durchaus ihren Sinn macht. Von den neun bisher durchgeführten Mediationsverfahren endeten vier mit einer Schlichtungsvereinbarung und in den anderen fünf Fällen folgte das öffentliche Organ der Empfehlung der Beauftragten für Öffentlichkeit und Transparenz.

Informationen an öffentliche Organe



Empfehlung zu einem technischen Bericht

Die Transparenzbeauftragte hat sich in einer Empfehlung dafür ausgesprochen, Zugang zu einem technischen Bericht rund um die Wahl des zukünftigen Sportzentrums in Romont zu gewähren. Die Stadt Romont hatte geltend gemacht, dass es sich beim Bericht um ein internes Arbeitsinstrument handle, das den Diskussionen des Gemeinderats gedient habe.

In ihrer Empfehlung kommt die Transparenzbeauftragte allerdings zum Schluss, dass sich in dem fraglichen Dokument keine «*persönlichen Meinungen, Gedankenaustausch und Stellungnahmen politischer oder strategischer Natur*» befänden, die laut Art. 29 Abs. 1 Lit. c die «*internen Notizen, die den Besprechungen der öffentlichen Organe dienen*» charakterisieren. Im Gegenteil handle es sich bei der Studie um einen technischen Bericht, der Tatsachen aufliste und eine technische Analyse der zur Wahl stehenden Standorte vornehme. Zudem bestehe weder ein überwiegendes privates noch ein überwiegendes öffentliches Interesse, in folgedessen der Zugang zum Bericht eingeschränkt oder verweigert werden müsse.

Die Öffentlichkeit habe ein legitimes Interesse an derartigen Informationen, welche Grundlage von Entscheiden der Gemeindeverwaltung sind. Dies gelte im analysierten Fall umso mehr, als es sich um ein Projekt grosser Tragweite handle. Das Zugangsrecht zum technischen Bericht müsse daher gewährt werden. Die Gemeinde ist daraufhin der Empfehlung gefolgt und hat schliesslich Zugang zum technischen Bericht gewährt.

Zugangsrecht zum eigenen medizinischen Dossier

Art. 24 Abs. 3 des DSchG (Gesetz vom 25. November 1994 über den Datenschutz, SGF 17.1) sieht vor, dass «*Daten über die Gesundheit der betroffenen Person durch eine von ihr gewählte Ärztin oder einen von ihr gewählten Arzt mitgeteilt werden können. Die Bestimmungen des Gesundheitsgesetzes vom 16. November 1999 bleiben vorbehalten*». Das Prinzip des Zugangsrechts findet sich in Art. 60 des GesG (Gesundheitsgesetz vom 16. November 1999, SGF 821.0.1): «*Die Patientinnen und Patienten haben das Recht, das sie betreffende Dossier einzusehen und Erklärungen dazu zu verlangen. Sie können sich die Unterlagen im Original*

oder in Kopie unentgeltlich aushändigen oder sie an eine Gesundheitsfachperson ihrer Wahl weiterleiten lassen». Derselbe Artikel sieht zwei Ausnahmen vom Zugangsrecht vor: «*Dieser Anspruch erstreckt sich weder auf die von der Gesundheitsfachperson zum persönlichen Gebrauch verfassten Notizen noch auf Daten, die Dritte betreffen und dem Berufsgeheimnis unterstehen*». Zudem heisst es: «*Muss die Gesundheitsfachperson befürchten, dass die Einsichtnahme schwerwiegende Folgen für die Patientin oder den Patienten haben könnte, so kann sie verlangen, dass die Einsichtnahme nur in ihrer Gegenwart oder in Gegenwart einer anderen, von der Patientin oder dem Patienten bezeichneten Gesundheitsfachperson erfolgt*».

Abgabe einer Liste von Neugeborenen an eine Gemeindebibliothek

Im Rahmen des Projekts «Buchstart» hat eine Gemeinde- und Schulbibliothek die Einwohnerkontrolle um eine Liste der Neugeborenen der Gemeinde gebeten. Die betroffene Bibliothek ist ein Gemeindedienst, der in die Gemeindeverwaltung integriert ist und in dem Gemeindepersonal arbeitet. Art. 16 b EKG (Gesetz vom 23. Mai 1986 über die Einwohnerkontrolle, SGF 114.21.1) sieht vor, dass «*der Vorsteher im Einzelfall einer Behörde oder einer öffentlichen Verwaltung auf Anfrage hin die Daten mitteilen kann, die sie für die Erfüllung ihrer Aufgabe benötigt*». Da es bei dieser Bestimmung nur um den Einzelfall geht, erscheint die Abgabe einer Liste von Neugeborenen nicht zulässig. Art. 23 ZStR (Zivilstandsreglement vom 2. Dezember 1986, SGF 211.2.11) erwähnt unter anderem, dass «*die Mitteilung von Verzeichnissen betreffend Geburten, Todesfälle, Adressen oder andere Daten gleicher Art an irgendwen untersagt*» ist. Die Einwohnerkontrolle muss dieser Bestimmung folgen und kann daher die verlangte Liste der Neugeborenen nicht liefern. Damit die Bibliothek trotzdem ihr Ziel erreichen kann, haben wir ihr angeraten, nach Absprache mit der Gemeinde ein Schreiben zuhanden der Eltern von Neugeborenen zu verfassen, das die Gemeinde jeweils selber mit den entsprechenden Adressetiketten versehen und den Eltern zukommen lassen könnte. Die Gemeinde sollte die Bevölkerung auch im Gemeindebulletin über das Angebot informieren.

Elektronische Kommunikation von Sozialhilfedaten

—
Sozialhilfedaten sind besonders schützenswerte Personendaten, die wie vertrauliche Informationen prinzipiell nicht elektronisch versandt werden sollten. Es ist der Versand per Post oder die persönliche Übergabe vorzuziehen. Falls doch auf die elektronische Übermittlung zurückgegriffen werden muss, ist es ratsam sich an das Merkblatt Nr. 4 unserer Behörde zu halten (http://www.fr.ch/atprd/files/pdf19/merkblatt_n_4_bekannngabe_daten_email.pdf). Erfolgt die Übermittlung über das kantonale Netz (Intranet), müssen die ausgetauschten Dokumente verschlüsselt sein. Die Verschlüsselung macht es allen Personen, die nicht über den geheimen Verschlüsselungscode verfügen, unmöglich die Dokumente zu lesen. Anstelle der Verschlüsselung können auch Passwörter verwendet werden. Erfolgt die Kommunikation über öffentliche Netzwerke (Internet), müssen die Dokumente nicht nur verschlüsselt werden, sondern man sollte auch die Echtheit des Mails überprüfen. Die Garantie muss gegeben werden, dass die Information auf ihrem Weg durch das Netz nicht verändert wurden, sei es absichtlich oder unabsichtlich. Zudem müssen Authentifizierungsmechanismen garantieren, dass es sich beim Absender um die Person handelt, die er zu sein vorgibt.

Benützung der «Cloud»-Angebote im schulischen Kontext

—
Art. 17 DSchG sieht vor, dass *«jedes öffentliche Organ, das Personendaten bearbeitet, für den Datenschutz verantwortlich»* ist. Dies gilt umso mehr, wenn es sich um Minderjährige handelt. Die Verwendung einer Cloud kann gefährlich sein, vor allem wenn es sich um öffentliche Clouds handelt, da es in diesem Fall fast unmöglich ist die Information zu beherrschen. Die Einhaltung der rechtlichen Vorschriften, vor allem in Bezug auf die Bekanntgabe ins Ausland (Art. 12a DSchG) ist nicht garantiert. Wir sind daher der Meinung, dass mindestens die öffentlichen Clouds untersagt sein sollten. Private Clouds können zugelassen werden, sofern sie in Kantonshänden bleiben. Ansonsten läuft man das Risiko, dass sie auf anarchische Art und Weise, häufig ausserhalb der Schweiz, geführt werden. Die Führung durch den Kanton erlaubt die Respektierung von im Vorfeld aufgestellten Anforderungen, namentlich im Bereich Sicherheit. Die absolut zu garantierende Sicherheit macht es notwendig, ein besonderes Augenmerk auf die Ausbildung der Lehrpersonen und der Schüler zu richten und die

Abspeicherung von besonders schützenswerten Daten in der Cloud zu verbieten. Eine klare Regelung, z. Bsp. in Form eines Reglements, sollte namentlich für die Abspeicherung von Schülerfotos in der Cloud aufgestellt werden. Diese Regelungen sollten Bestimmungen über die Kontrolle von deren Einhaltung sowie geeignete Mittel zur Einhaltung der Datenschutzregeln vorsehen.

Veröffentlichung von Fotos von Schulkindern

—
Eine Gemeinde wollte auf ihrer Website Fotos von Schulkindern veröffentlichen, die bei einer Sportveranstaltung aufgenommen worden waren. Bei der Veröffentlichung von Fotos im Internet handelt es sich um eine Bearbeitung von Personendaten im Sinne von Art. 4 DSchG, der folgendes vorsieht: *«Das öffentliche Organ darf Personendaten nur dann bearbeiten, wenn eine gesetzliche Bestimmung es vorsieht oder, falls keine solche besteht, wenn die Bestimmungen über die Erfüllung seiner Aufgabe es voraussetzen»*. Im konkreten Fall scheint weder eine gesetzliche Bestimmung vorzuliegen noch die Veröffentlichung der Fotos für die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde notwendig zu sein. Die Weisungen der Direktion für Erziehung, Kultur und Sport vom 1. Januar 2006 über die Veröffentlichung von personenbezogenen Daten im Internet präzisieren im Kapitel 2.3, dass keinerlei öffentliches Interesse besteht, Personendaten der Schüler zu kennen, die Veröffentlichung eines Klassenfotos aber mit dem Einverständnis der Schüler oder der gesetzlichen Vertreter bei Minderjährigen zulässig sei. Die Zustimmung ist übrigens nur gültig wenn sie nach Aufklärung erfolgt ist, das heisst wenn die Zustimmung freiwillig und in vollem Bewusstsein der Umstände gegeben wurde. Sie muss zudem spezifisch (mit Festlegung der klaren Ziele), explizit (eine aktive Antwort ist notwendig) und unzweifelhaft (es darf keinerlei Zweifel über die Absicht der Person bestehen ihre Zustimmung zu geben) sein. Im konkreten Fall muss die Zustimmung eingeholt werden, wenn das Kind erkennbar ist. In diesem Fall muss auch die maximale Veröffentlichungsdauer (2-3-4 Wochen?) geregelt werden. Ohne Zustimmung kann die Gemeinde die Fotos nur unter bestimmten Bedingungen veröffentlichen: sie kann nur Fotos veröffentlichen, die mit ausreichender Distanz aufgenommen wurden und auf denen kein Kind klar erkennbar ist. Die Auflösung darf zoomen auf keinen Fall erlauben. Weder auf dem Foto selber noch auf dem Namen des veröffentlichten Files dürfen sich persönliche Informationen befinden, die eine wenn auch indirekte Identifizierung des Kindes möglich machen.

Urteil des Europäischen Gerichtshofs zur Unabhängigkeit der österreichischen Datenschutzkommission

—
Im Urteil wird festgehalten, dass die Republik Österreich nicht die notwendigen Vorkehrungen ergriffen hat, damit die **Datenschutzkommission** (DSK) den im Art. 28 Abs. 1 der Richtlinie 95/46/EG¹ verankerten Kriterien der Unabhängigkeit genügt. In der Tat ist das geschäftsführende Mitglied der DSK laut österreichischer Gesetzgebung ein der Dienstaufsicht unterliegender Bundesbediensteter und die Geschäftsstelle der DSK ist in das Bundeskanzleramt eingegliedert. Auch wenn der hierarchische Vorgesetzte keine Vorschriften erlassen

kann, reicht die einfache Kontrollmöglichkeit aus um die Unabhängigkeit der DSK einzuschränken. Zudem ist das Personal der DSK durch die Zuordnung zur Bundeskanzlei staatlicher Kontrolle ausgesetzt, was das grosse Risiko von externem Einfluss bestätigt. Schliesslich verfügt der Bundeskanzler über ein unbedingtes Recht, sich über alle Gegenstände der Geschäftsführung der DSK zu unterrichten.

Das Urteil bestätigt somit das Prinzip, wonach allein die funktionale Unabhängigkeit nicht ausreicht, um die in der Richtlinie geforderte Unabhängigkeit zu erfüllen. Jeglicher indirekter Einfluss auf die Entscheide der Behörde muss ausgeschlossen werden.

¹ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24 Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.



Kantonale Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz ÖDSB

Chorherrengasse 2, CH-1700 Freiburg

T. +41 26 322 50 08, F + 41 26 305 59 72

-

www.fr.ch/atprd

-

Dezember 2012