savient.
Industriestrasse 52
6302 Zug
+41 41 711 02 02
info@savient.ch

Vortrag GV EXPERTsuisse, 12.06.2018, RA lic.iur. Marc Fischer

Datenschutz – Rückeroberung der Privatsphäre?

Zuerst – sehr geehrte Damen und Herren – gratuliere ich Ihnen mit leiser Bewunderung zu Ihrer überaus geschickten Marketing-Strategie! Seit Bestehen Ihres Verbandes – seit 1925 also – führen Sie eine Ihrer Kernkompetenzen - „VERTRAUEN!" - in Ihrer Berufsbezeichnung! TREUHÄNDER! Das steht in erheblichen Gegensatz zu uns Anwälten, denen man grundsätzlich misstraut – ausser es wäre der eigene!

Nun, auf dieses Vertrauen komme ich gleich wieder zu sprechen!

Die DSGVO (DatenSchutzGrundVerordnung) hat in den vergangenen 6 Monaten reichlich Papier gefüllt und Spezialisten genährt! Sie haben sich wohl ebenso eingehend mit dem „Marktortprinzip", mit TOM's, Datenschutzerklärungen, Dokumentationen, Verträgen für Auftragsverarbeiter, Verantwortlichkeiten etc. aus einander gesetzt, wie ich.

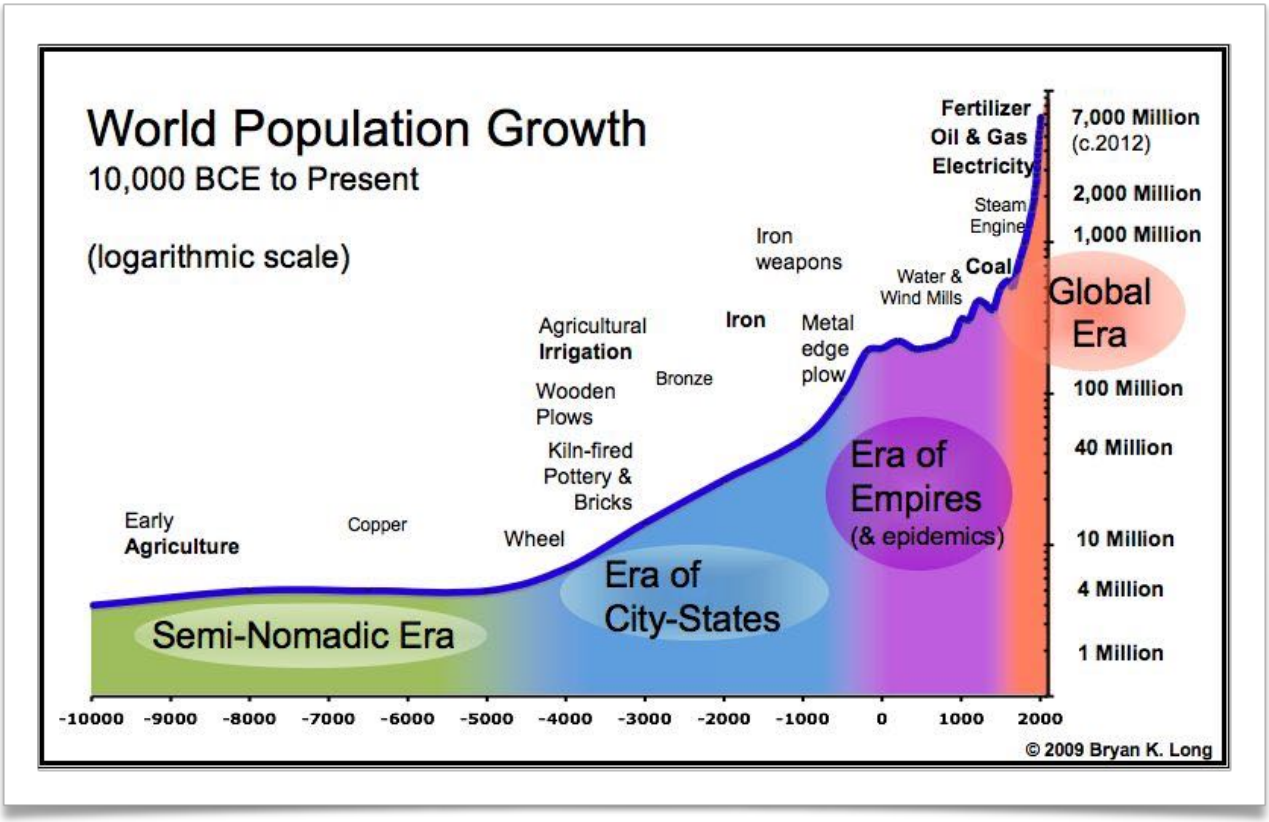
Neu sind die Bestimmungen übrigens nicht – die DSGVO ist bereits seit 2 Jahren in Kraft und gibt – in wesentlichen Zügen – auch nur die bisherige Rechtspraxis wieder. Im Kern regelt diese Verordnung der EU lediglich den sorgfältigen Umgang mit anvertrauten Personendaten.

Für Sie als Treuhänder und Wirtschaftsprüfer dürfte seit langem völlig selbstverständlich sein, dass die Ihnen anvertrauten Kundendaten nur zweckgebunden verwendet werden, dass technische und organisatorische Massnahmen zum angemessenen Schutz der Daten getroffen werden, und dass die Daten dem Kunden auf Wunsch ohne weiteres ausgehändigt werden. Sie dürften somit alle datenschutzrechtliche Musterschüler sein!

Es ist jedoch unübersehbar, dass in den vergangenen 15 Jahren einige Unternehmen milliardenschwer geworden sind, welche den vertrauensvollen Umgang mit den ihnen anvertrauten Daten nicht so strikt sehen, wie sie. Rechtlich haben sich diese Unternehmen abgesichert, denn die Einwilligung der betroffenen Person galt ihnen nach amerikanischem Recht als Freipass für jegliches Tun. Take it or leave it!

Nicht ganz zufällig fällt diese Entwicklung in eine Zeit des radikalen technischen und sozialen Umbruchs, welchen es in der Menschheitsgeschichte so noch nie gab! Ein wesentlicher Faktor dieser Entwicklungen liegt in der umfangreichen und exponentiell beschleunigten Verdatung unserer Welt. Diese Verdatung erfolgt jedoch nicht erst seit den Anfängen der Digitalisierung der Gesellschaft seit nun 20, 30 Jahren!

Nachfolgend möchte ich Sie kurz mit der Geschichte der Verdatung vertraut machen. Den Gedankengang habe ich der Wissenssoziologie entlehnt. Gleichzeitig stellt sich die Frage, ob die Menschheit auf dem Weg zu einem Super-Organismus sind, wie es der nicht unumstrittene australische Biologe Tim Flannery formuliert. Das starke Wachstum und die datengetriebene Kooperation wären starke Argumente für diese These!



[Abbildung 1: Bevölkerungswachstum]

Schon im frühdynastischen Ägypten – also ca. 3'000 Jahre vor Chr. - sammelten die zentralistisch und hierarchisch organisierten Beamten fleissig Daten über die Untertanen. Notwendig waren solche Informationen, um für den König, seinen Hofstaat und seine Statthalter Real-Steuern eintreiben, sowie ein Heer und Arbeitseinsätze organisieren zu können.

Die schriftliche Fixierung solcher Informationen war gleichzeitig die Basis einer planenden und kontrollierenden Verwaltung mit entsprechend hierarchisch organisierten Abläufen und Kontrollen. Ein wesentlicher Bestandteil des Erfolges der altägyptischen und allen spätere Hochkulturen dürfte in der gezielte Verdatung der Welt und der Weiterbearbeitung liegen.

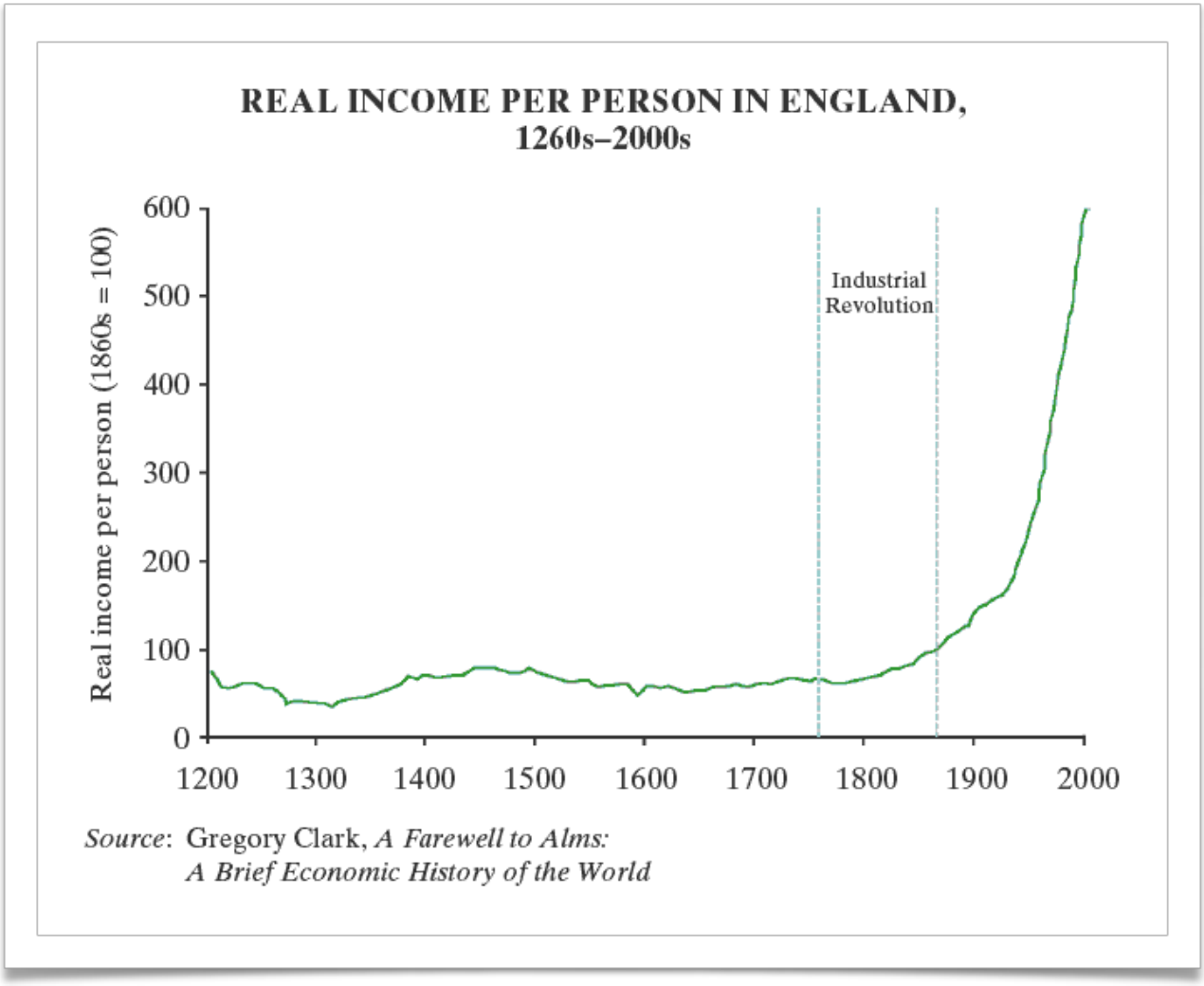
Erlauben Sie mir bitte – etwas abrupt – den Sprung zum Mittelalter, Aufklärung und Neuzeit:

Durch den Niedergang des West-Römischen Reiches (480 nach Christus) waren in Europa zahlreiche Errungenschaften der Antike weitgehend verloren gegangen, darunter auch deren bürokratische Organisation. Das „dunkle Mittelalter" ist vor allem eine – für die historische Forschung – relativ datenarme Zeit.

Im 16. und 17. Jahrhundert entstanden in Europa die modernen Territorial- und Nationalstaaten. Neben der stark hierarchisch organisierten Kirche begannen nun auch staatliche Organisationen wieder systematisch Daten zu sammeln. Primär über die Bevölkerung, um das militärische Potential festzustellen, die staatliche Finanzierung (Steuern und Abgaben) zu sichern und potentielle Märkte (Merkantilismus) zu erschliessen. Sie erahnen es, diese umfangreiche Verdatung ist seither ungebrochen!

Mit der Anerkennung der Grundrechte in der US-amerikanischen Bill of Rights 1789 und in der französischen Verfassung von 1791 – festigte im angehenden 19. Jahrhundert das moderne Bürgertum den Anspruch auf Selbstbestimmung und damit auch den Schutz der Privatsphäre.

Gleichzeitig aber sammelte der Staat für die rationale, administrative Planung sowie zur Machterhaltung im grossen Stil Daten über die infolge der Industrialisierung und Urbanisierung verarmende Bevölkerung. Zur Verdeutlichung: in London lebten Mitte des 19. Jahrhunderts 30% in bitterer Armut. Charles Dickens beschrieb in Oliver Twist diese beklemmenden Zustände eindringlich.



[Abbildung 2: Real Income per Person]

Das Post- oder das Amtsgeheimnis stellten einen frühen Schutz der Privatsphäre dar. Dement sprechend gewährleistete Art. 33 Abs. 3 der ersten schweizerischen Bundesverfassung von 1848 ausdrücklich die Unverletzbarkeit des Postgeheimnisses.

Die Idee eines „Schutzes der privaten Daten" entwickelten 1890 die beiden Juristen und Harvard-Absolventen Warren und Brandeis in ihrem Buch „Right to Privacy". Sie postulierten, dass jedem Individuum das unabdingbare Recht zustehe, selbst zu bestimmen, inwieweit seine Gedanken, Meinungen und Gefühle anderen mitgeteilt werden sollten. Wir kennen dieses Prinzip noch heute als „Informationelle Selbstbestimmung".

Es dauerte dann erneut - sagenhafte - 80 Jahre, bis das weltweit erste formelle Datenschutzgesetz im Jahr 1970 in Kraft trat (hessisches Datenschutzgesetz). Dieses regelte – ganz im Sinne der demokratischen Kontrolle des Staates - ausschliesslich die Bearbeitung von personenbezogenen Daten durch die öffentliche Verwaltung. Sieben Jahre später trat das deutsche Bundesdatenschutzgesetz in Kraft, welches auch datenbearbeitende Private in die Pflicht nahm. Gleichzeitig übrigens mit dem Datenschutzgesetz des Kantons Genf. Es dauert noch einmal 15 Jahre, bis

sich auch die Rest-Schweiz im Jahr 1992 eineinheitliches Datenschutzgesetz gönnte! Dies vermutlich auch beschleunigt durch den Vertrauensverlust, den der Fichenskandal im November 1989 in der Schweiz auslöste. Sie erinnern sich: bundes- und kantonale Behörden hatten über Jahrzehnte weitgehend unkontrolliert rund 900'000 Fichen über uns Bürger angelegt.

Nun, weshalb habe ich Sie auf diese lange historische Reise genommen? Der Grund liegt darin, dass in den vergangenen 20 Jahren Datensammlerei – zumindest in den westlich geprägten Demokratien – sich das Gefährdungspotential vom Staat weg zu globalen Grossunternehmen hin bewegt hat. Im wesentlichen hat man GAFA (Google, Amazon, Facebook, Apple) im Visier – alles US-amerikanische Unter nehmen, die lange vom weitgehend fehlenden kodifizierten US-Daten schutzrecht profitierten.

GAFA und Netflix, Baido, Alibaba und Co. wissen über Sie um Faktoren mehr, als jede bekannte politische Behörde. Denn das ist das Geschäftsmodell. Und das wird sich in absehbarer Zeit auch nicht mehr so rasch ändern!

GAFA und Co. habe ihr Wissen zum Glück bisher kaum direkt gegen einen einzelnen Bürger ein gesetzt. Aber es besteht die erhebliche Gefahr dazu, wie etwa der Cambridge Analytica-Fall oder Kooperationen mit undemokratischen Staaten zeigen.

Mein – und vermutlich auch Ihr - Staatsverständnis ist jedoch unmittelbar tangiert, wenn staatliche Institutionen uns nicht mehr vor realen Gefahren schützen können. In den vergangenen 20 Jahren war das bezüglich personenbezogenen Daten und deren Missbrauch sicher der Fall! Wir haben unter konstanter Verletzung unserer Persönlichkeitsrechte eindrücklich erlebt, wie „Wissen ist Macht" zu „Daten machen Einzelne reich" mutiert ist!

Die DSGVO ist daher ein notwendiger und wichtiger Schritt, damit Bürger wie der die Hoheit über ihre Daten gewinnen! Noch mehr aber stellt die DSGVO nach fast 2 Jahrzehnten offensichtlicher „Machtlosigkeit" den Versuch der europäischen Behörden dar, bezüglich des Datenschutzes wieder die Definitionsmacht zurückzugewinnen! Das Pendel schwingt nun notwendigerweise zurück!

Vereinfacht geht es um die Durchsetzung der (selbstverständlichen!) Rechte der Bürger:

- Ausbau der Rechte der betroffenen Personen (Aufklärungspflichten, Transparenz, Zweckbindung, ausdrückliche Einwilligung oder Bezug auf Rechtfertigungsgrund, Art. 5/6 DSGVO).
- Datenhaltung nur solange es der Zweck erfordert (Speicherbegrenzung, Art. 5 DSGVO). Recht auf Löschung (Recht auf Vergessen)
- Möglichkeit für Abmahnungen und Klagen von Genugtuung und Schadenersatz für die betroffene Person
- Erweiterte Dokumentations-/Rechenschaftspflichten (TOM's, Verarbeitungsverzeichnisse, Beweislastumkehr)
- Recht der betroffenen Person auf Datenübertragbarkeit in strukturierter, maschinenlesbarer Form (Art. 20 DSGVO).
- Datenschutz durch Technikgestaltung (Privacy by Design; Art. 25 Abs. 1 DSGVO) und datenschutzfreundliche Voreinstellungen (Privacy by Default; Art. 25 Abs. 2 DSGVO).
- Big Data: Pflicht zur vorgängigen Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung (Art. 35 DSGVO).
- Meldepflichten bei Datenschutzverletzungen an die zuständige Aufsichtsbehörde (Art. 33 DSGVO) sowie direkte Benachrichtigung der betroffenen Personen bei hohem Risiko von Persönlichkeitsverletzungen.

- Benennung eines Datenschutzbeauftragten (Art. 37 DSGVO). Gegebenenfalls muss ein Vertreter des Unternehmens in der EU bestimmt werden (Art. 27 Abs. 1 DSGVO).
- Auslagerung der Datenverarbeitung (Auftragsverarbeitung) nur auf der Grundlage eines Vertrages mit Standardvertragsklausel bei hinreichenden Garantien („Datenschutzsiegel") des Auftragsdatenverarbeiters (Art. 28 Abs. 1 DSGVO).
- Keine Unter-Auftragsverarbeitung (Sub-Sub-Akkordanten) ohne schriftliche Genehmigung des Verantwortlichen (Art. 28 Abs. 2 DSG

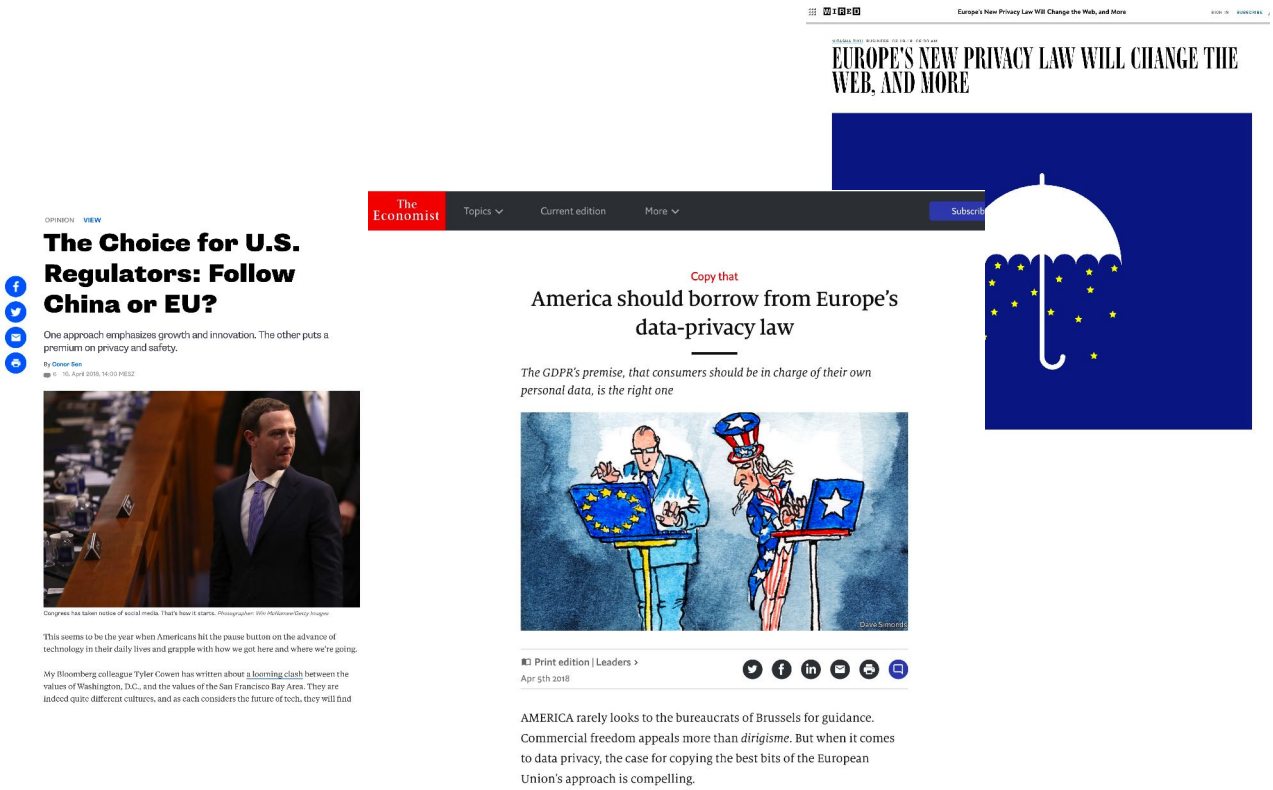
Für Schweizer Unternehmen ist die DSGVO direkt anwendbar, wenn

a. Vom aussereuropäischen Unternehmen offensichtlich ein beabsichtigtes Angebot von Waren oder Dienstleistungen an Kunden in der EU erfolgt. Keine abschliessend formulierte Anknüpfungspunkte, sondern Prüfung im Einzelfall (Sprache, Währung, Flaggen, Erwähnung von anderen Kunden in der EU etc.). Entscheidend ist der Gesamteindruck!

oder

b. Überwachung des Verhaltens von Personen in der EU z.B. durch Tracking-Cookies (Google-Analytics, Facebook Pixel etc.)

Seit einigen Jahren warnen wichtige Stimmen selbst im Silicon Valley vor einem „Data Doom" - also dem Untergang der Privatsphäre aufgrund der ständigen Verletzung der Datenschutzrechte! Als Beispiel sei dazu etwa das im vergangenen Jahr erschienene und vielbeachtete Buch „World without Mind" von Franklin Foer erwähnt.



Zutreffend stellt Bloomberg die Frage, dass sich die USA zwischen der europäischen Idee des freien, mündigen Bürgers oder der chinesischen Vorstellung des Individuums als ein dem Gemeinwohl unterstellten Objekt folgt. Überspitzt geht es um die Frage, ob wir mündige Bürger sein wollen, oder blökende Datenschafe!

Fazit:

Nun, was bedeutet das alles für Sie? Als datenschutzrechtliche Musterschüler werden Sie auch bei der Angleichung unseres - aktuell in Revision befindlichen Datenschutzrechtes – an die DGVO wohl kaum dramatisch neue Massnahmen ergreifen müssen.

Ich würde Ihnen einfach empfehlen, sich schon vor Inkrafttreten eines - wie auch immer revidierten Schweizer Datenschutzrechtes - intensiv technisch, organisatorisch und rechtlich um das Thema Datenhaltung zu kümmern! Auch bei neuen Geschäftsmodellen. Sie wissen – im Kern geht es um das Ihnen geschenkte Vertrauen und die Transparenz bei der Bearbeitung und Aufbewahrung von sensiblen Daten!

Die Verdatung der Welt wird weiterhin exponentiell zunehmen! Auch für Treuhänder und Wirtschaftsprüfer wird sich damit das wirtschaftliche Umfeld in den nächsten 5-10 Jahren erheblich ändern! Im KMU-Bereich wird die Digitale Transformation und damit intelligente Administrations-Software (Bexio, Accounto, Axon Ivy, KLARA etc.) weiter zunehmen. Für Revisoren stellt sich die Frage, wie solche rein digital vorhandenen Abläufe künftig rechtskonform revidiert werden. Ihr Expertenwissen wäre durch starke Software-Kenntnisse zu ergänzen!

Die Diskussion über die Abgrenzung des Privaten vom Öffentlichen wird zunehmen. Zwar hat aktuell (noch) rund jeder 2. Schweizer einen Facebook-Account. Aber die Generation Y und Z – also die heutigen Jugendlichen und jungen Erwachsenen – sind vorsichtig geworden. Facebook ist bei meinen Studenten kaum ein Thema mehr.

Gleichzeitig wird es für Unternehmen immer wichtiger, transparent aufzuzeigen, was mit den ihnen anvertrauten Daten tatsächlich passiert. Wer das missachtet, geht hohe Reputationsrisiken ein! Ungefähr so, als würde eine Bank die ihr anvertrauten Vermögenswerte nicht sorgfältig verwalten! Denn Daten werden zu einer Währung – wie man leicht an der kontroversen Diskussion über die HELSANA-App erkennen kann. Gib Du mir Deine Gesundheitsdaten und Deine Prämien sinken!

Die Bedeutung der Daten-Tauschwirtschaft wird zunehmen. Wir befinden uns vermutlich in den Anfängen eines Überganges von der Finanz- zum Datenkapitalismus. Ich empfehle ihnen zu diesem Thema das lesenswerte – vielleicht etwas dystopische - Buch „das Digital" des Oxford Professors Viktor Mayer-Schönberger!

Mit der zunehmenden Bedeutung von personenbezogene Daten als wertvoller Tauschgegenstand wird auch der rechtliche Schutz dieser Daten weiter an Bedeutung gewinnen. Die Sorgfaltspflichten werden weiter kodifiziert werden. Eine verschärfte „GeBüV" für Personendaten liegt nahe, wenn uns der Schutz der Personendaten wichtig ist!

Die Diskussion über die gesellschaftlich gewünschte Verdatung und die Abgrenzung unserer Privatsphäre vor Unternehmen und Staat wird uns in den nächsten Jahren und Jahrzehnten daher noch intensiv begleiten!

Herzlichen Dank!

RA lic.iur. Marc Fischer