

# 10 Jahre Gesetz – 30 Jahre Diskussion

Von den Anfängen des Datenschutzes in der Schweiz

**Der Blick auf die Ursprünge des Schweizer Datenschutzes zeigt, dass die damaligen Weichenstellungen auch aus heutiger Sicht richtig waren.**

**A**m 1. Juli 1993 ist das Bundesgesetz über den Datenschutz in Kraft getreten. Dieses Jubiläum gibt Anlass zu einem kurzen Rückblick auf die «Jugend» des Datenschutzes in der Schweiz – die Zeit der medialen, wissenschaftlichen und politischen Diskussionen und der gesetzgeberischen Arbeiten, die schliesslich zum Schweizerischen Datenschutzgesetz vom 19. Juni 1992 geführt haben.

## Anfänge der Datenschutzdiskussion

Die rasante Entwicklung der EDV hatte in den 1960er und frühen 1970er Jahren weltweit zu einer Fülle von Publikationen geführt, in denen vor den Gefahren für die Privatsphäre gewarnt wurde, die sich aus den quantitativ und qualitativ neuen Dimensionen des Sammelns und der Verarbeitung personenbezogener Information ergaben<sup>1</sup>. Allenthalben wurde das Menetekel von «1984» an die Wand geworfen, das Schreckensbild einer gläsernen Gesellschaft, das George Orwell schon 1949 gezeichnet hatte. Zwar wurde zugegeben, dass es «Datenverarbeitung, d.h. das Sammeln, Umgliedern und Weitergeben von Daten... seit jeher gegeben» habe<sup>2</sup>. Doch wurde befürchtet, dass die Möglichkeit der Speicherung grosser Informationsmengen zu ständig sinkenden Kosten und die enorme Erleichterung der Zusammenfassung und Kombination von Datensammlungen – woraus künftig eigentliche «Datenverbundsysteme» entstehen könnten<sup>3</sup> – zu einem «Assault on Privacy» führten<sup>4</sup>.

Auch der Gesetzgeber wurde schon früh aktiv. Erste Zeugnisse sind der *Fair Credit Reporting Act* der USA von 1970 und das *Hessische Datenschutzgesetz* vom gleichen Jahr.

In der Schweiz mahnten die Mühlen – wie meistens – langsamer. Aber auch hierzulande wurde der Problembereich «Datenbanken und Persönlichkeitsschutz» in den frühen Siebzigerjahren in Literatur und Medien aufgenommen, und schon 1971 erfolgte ein erster *politischer* Vorstoss auf *Bundesebene*: Nationalrat Bussey reichte eine Motion betreffend die Gesetzgebung über Computer ein<sup>5</sup>. In der Begründung führte er u.a. aus: «Die Speicher des Computers ermöglichen die Schaffung von eigentlichen Datenbanken, die z.B. viele bisher verstreut vorhandene Auskünfte über Personen oder Unternehmen zusammenfassen... Eine geeignete Gesetzgebung könnte (a) den Bürger und seine Privatsphäre gegen missbräuchliche Verwendung der Computer schützen; (b) eine normale Entwicklung der Verwendung von Computern ermöglichen.»

Die Datenschutzproblematik – das Sammeln personenbezogener Information ist grundsätzlich notwendig, legitim und von den Betroffenen vielfach erwünscht, aber zugleich gefährlich für die Privatsphäre – wurde in dieser Motion bereits klar umrissen. Der Bundesrat kam in seiner Antwort zum Schluss, es sei zwar das aufgeworfene Problem einer sofortigen Prüfung zu unterziehen, doch sei es noch nicht an der Zeit, konkrete gesetzliche Massnahmen zu treffen. Entsprechend regte er die Einsetzung einer Studienkommission an<sup>6</sup>, und die Motion wurde in ein Postulat umgewandelt. Auf *kantonalen Ebene* erfolgten ähnliche Vorstösse – vorerst freilich ohne konkretes oder mit negativem Ergebnis – in den Kantonen Aargau, Basel-Stadt, Bern, Genf, Schaffhausen, Solothurn, Waadt und Zürich<sup>7</sup>.

Früh erkannt wurde die Empfindlichkeit personenbezogener Daten auch in der *Verwaltung*. So stand an der Jahresversammlung 1973 des Schweizerischen Verbandes der Einwohner- und Fremdenkontrollchefs die Diskussion über «Massnahmen zum Schutz der Einwohnerdaten vor Missbrauch und Indiskretion»<sup>8</sup> im Vordergrund.



Prof. Dr.  
Peter Forstmoser,  
Lehrstuhl für Privat-,  
Handels- und Kapitalmarktrecht an der  
Universität Zürich  
Ist.forstmoser@wi.  
unizh.ch

## Erste Rechtsetzungsbemühungen

### Auf kantonaler Ebene

Taten statt Worte gab es im Folgenden zunächst auf *kantonaler* Ebene. Das erste eigentliche Datenschutzgesetz erliess 1976 der Kanton Genf. Es folgten die Kantone Waadt (1981) und Neuenburg (1982). 1983 wurde ein *Mustergesetz* für die Kantone erarbeitet<sup>9</sup>, das einigen Kantonen als Vorlage für ihre Datenschutzregelungen diente<sup>10</sup>, wobei es freilich der Stolz der kantonalen Rechtskonsulten in der Regel nicht zuliess, den Mustertext als Ganzes zu adaptieren. Bis zum Inkrafttreten des DSG hat mehr als die Hälfte der Kantone irgendeine Art von Datenschutzregelung eingeführt, und heute fehlt eine solche einzig im Kanton Nidwalden<sup>11</sup>.

### Auf Bundesebene

Datenschutz ist – dies ist mittlerweile ein Gemeinplatz – nicht Schutz von Daten<sup>12</sup>, sondern *Schutz der Person* im Hinblick auf das Sammeln, Speichern, Verarbeiten und Weitergeben von personenbezogener Information. Konsequenterweise hat denn auch der Schweizer Gesetzgeber zunächst versucht, den Datenschutz im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsschutzes des Zivilgesetzbuches zu regeln. Seit dem Inkrafttreten des ZGB im Jahre 1912 bestimmte Art. 28 ZGB, dass jedermann, der «in seinen persönlichen Verhältnissen unbefugterweise verletzt wird», auf Beseitigung der Störung, auf Schadenersatz und allenfalls auf Genugtuung klagen kann<sup>13</sup>.

Diese Norm hat gerade auch im Hinblick auf den Datenschutz ihre Nützlichkeit bewiesen<sup>14</sup>. Es lag daher nahe, im Rahmen der anstehenden Revision des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes auch den Datenschutz zu regeln. Der Vorentwurf der Expertenkommission *Lüchinger* von 1975 für eine Revision von Art. 28 ZGB sah einen Art. 28k ZGB vor, der den Persönlichkeitsschutz mit Bezug auf Datenbanken betonte und den Betroffenen ein beschränktes Einsichtsrecht in Datensammlungen, die auch Dritten zur Verfügung stehen sollten, einräumte. Weiter sah der Entwurf in einem Art. 49bis II OR eine verschärfte Kausalhaftung im Zusammenhang mit solchen Datensammlungen vor<sup>15</sup>.

Im Vernehmlassungsverfahren zum Entwurf *Lüchinger* wurde zwar anerkannt, dass eine entsprechende Regelung erforderlich sei, gleichzeitig aber das Ungenügen des konkreten Vorschlags gerügt. Die Expertenkommission *Tercier*, die die Arbeiten der Expertenkommission *Lüchinger* zu Ende führen sollte,

prüfte die Möglichkeit einer Regelung des Datenschutzes im ZGB ebenfalls, kam jedoch zum Schluss, dass die in diesem Zusammenhang notwendigen Konkretisierungen den *Rahmen des ZGB sprengen* würden. Die Angemessenheit einer eigenständigen spezialgesetzlichen Regelung ergab sich auch aus dem Fortschreiten der Arbeiten an einem Spezialgesetz<sup>16</sup>. Die Idee einer knappen Regelung des (privatrechtlichen) Datenschutzes in einem oder einigen wenigen Artikeln des ZGB wurde deshalb ad acta gelegt<sup>17</sup>.

## Das heute geltende Datenschutzgesetz kann nicht verleugnen, dass es aus einer «Fusion» entstanden ist und dass sein Anwendungsbereich unterschiedliche Tiefen aufweist.

Es war also klar, dass der Datenschutz Gegenstand gesonderter gesetzgeberischer Anstrengungen sein musste. Der erste legislatorische Vorstoss auf Bundesebene war der Vorentwurf von 1976 zu einer «*Bundesdatenschutz-Verordnung*», welche bundesverwaltungsintern den Datenschutz regeln sollte. Der Entwurf stiess jedoch in einer internen Vernehmlassung auf wenig Begeisterung, und daher entschloss sich der zuständige Bundesrat Furgler – nicht zuletzt auch im Hinblick auf zwei parlamentarische Initiativen<sup>18</sup> –, die Ausarbeitung eines Datenschutzgesetzes in Angriff zu nehmen. Immerhin diente der Vorentwurf als Vorlage für die «*Richtlinien für die Bearbeitung von Personendaten in der Bundesverwaltung*»<sup>19</sup>, mit denen die Zeit von 1981 bis zum Inkrafttreten des DSG überbrückt wurde<sup>20</sup>.

### Kurz und bündig

Vor zehn Jahren ist das Schweizerische Datenschutzgesetz in Kraft getreten. Die Diskussionen begannen allerdings bereits in den frühen 1970er-Jahren, als Folge der rasanten Entwicklung der EDV und der neuen Möglichkeiten der Informationsverarbeitung. Während im Ausland ab 1970 erste Gesetze erlassen wurden, dauerten die Gesetzgebungsarbeiten in der Schweiz länger. Massgeblich beschleunigt und beeinflusst wurden sie von

verschiedenen Skandalen wie etwa der sog. Fichenaffäre. Die Weichenstellungen des Gesetzgebers in den 1970er- und 1980er-Jahren haben sich bewährt, insbesondere der Grundentscheid für einen umfassenden Datenschutz, der die elektronische wie auch die manuelle Bearbeitung von privater Seite wie auch nach öffentlichem Recht regelt und der nicht nur den natürlichen, sondern auch den juristischen Personen Schutz bieten will.

## Schweizerisches Datenschutzgesetz

### Gesetzgebungsarbeiten

Im Frühjahr 1977 verlangte Nationalrat *Gerwig* in zwei parlamentarischen Initiativen die Anhandnahme der Gesetzgebung zum Datenschutz. Eine erste, ausformulierte Initiative forderte eine Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Datenschutzartikel, in der zweiten wurde – in der Form einer allgemeinen Anregung – eine Reihe konkreter Anforderungen an ein Datenschutzgesetz eingebracht<sup>21</sup>. Während die Einführung eines einschlägigen Passus auf Verfassungsebene erst durch die Totalrevision der BV vom 18.12.1998 erfolgte, nahm man die Arbeiten auf Gesetzesstufe unmittelbar an die Hand: 1977 wurde unter dem Vorsitz von Prof. Mario *Pedrazzini* eine Kommission für die Ausgestaltung eines *öffentlichrechtlichen* Datenschutzgesetzes eingesetzt, 1979 eine weitere Kommission – mit gleichem Vorsitz und teils gleicher Besetzung – für den *privaten* Bereich.

Nach schweizerischer Gesetzgebungsmannier, wonach Projekte so lange in den Mühlen des (durch Interessenverbände und weitere Anspruchsgruppen erweiterten) Gesetzgebers abgeschliffen werden, bis sie schliesslich zwar glanzlos geworden, aber keine Steine

**Die Ansicht setzte sich schliesslich durch, dass nicht nur natürlichen, sondern auch juristischen Personen Datenschutz gewährt werden sollte.**

des Anstosses mehr sind, trieb das Projekt gemächlich voran. Ein Markstein war der Entscheid von Bundesrat *Furgler* nach der Einreichung der beiden Entwürfe für den öffentlichen und den privaten Bereich Ende 1981 bzw. im Sommer 1982, diese *zu einem einzigen Gesetz zu vereinen*. Es geschah dies nicht etwa aus systematischen Gründen – dass die Konzepte für den privaten und für den öffentlichen Bereich unterschiedlich sein mussten, war unbestritten<sup>22</sup> –, sondern aus solchen des politischen Kalküls: Ein einziges Gesetz – so die Überlegung – war angesichts der modischen Kritik an der Gesetzesflut leichter durch das Parlament zu bringen als deren zwei. Die Zusammenfassung wurde im Vernehmlassungsverfahren kritisiert<sup>23</sup>, was den Bundesrat zwar nicht von seinem Weg abbringen konnte, ihn aber immerhin dazu veranlasste, in seinem Entwurf von 1988<sup>24</sup> neben

einem gemeinsamen Teil eigene Abschnitte mit unterschiedlicher Regelung für den privatrechtlichen und den öffentlichrechtlichen Bereich zu schaffen.

In den anschliessenden parlamentarischen Beratungen war die Zusammenfassung der privatrechtlichen und der öffentlichrechtlichen Gesetzgebung kaum mehr kontrovers. Da die gesetzgeberischen Kompetenzen des Bundes im Privatrecht umfassend sind, während sie im öffentlichen Recht nur den Bundesbereich betreffen, sollte das Datenschutzgesetz gemäss Entwurf<sup>25</sup> allerdings nicht auf die Verwaltungstätigkeit der Kantone anwendbar sein. Das Parlament fügte jedoch eine Bestimmung ein, wonach gewisse Artikel des DSG beim Bearbeiten von Personendaten durch kantonale Organe beim Vollzug von Bundesrecht anwendbar sein sollten, sofern keine kantonalen Datenschutzvorschriften bestünden<sup>26</sup>.

So kam es schliesslich zum heute geltenden Datenschutzgesetz, das nicht verleugnen kann, dass es aus einer «Fusion» entstanden ist und dessen Anwendungsbereich – eine Folge des Umstandes, dass man eine Verfassungsänderung nicht abwarten wollte – unterschiedliche Tiefen aufweist: umfassende Regelung des Privatbereichs, Ordnung des öffentlichen Bereichs nur mit Bezug auf das Bundesrecht und – zum Teil – den Vollzug des Bundesrechts durch kantonale Organe. Ein knappes Vierteljahrhundert nach der ersten europäischen Gesetzgebung<sup>27</sup> hatte auch die Schweiz ihr *Datenschutzgesetz*. In der Zwischenzeit hatte man sich – schweizerischem Pragmatismus entsprechend – mit Behelfslösungen, der Konkretisierung allgemeiner Rechtsnormen und gesundem Menschenverstand beholfen – und schlecht gefahren ist man damit eigentlich nicht.

### Weichenstellungen des Gesetzgebers

Im Zuge der Ausarbeitung des Datenschutzgesetzes waren einige Grundsatzfragen zu klären, was zum Teil in Abweichung von ausländischen Standards geschah. So hat der schweizerische Gesetzgeber beispielsweise grundsätzlich bewusst darauf verzichtet, spezifische Massnahmen vorzuschreiben oder zu unterbinden. Er hat vielmehr – in offenen, durch die Gerichtspraxis und allenfalls durch Verordnungen zu konkretisierenden Normen – *Ziele* festgelegt. Deren Erreichung – durch technische, administrative oder personelle Vorkehrungen – bleibt dem Adressaten anheim gestellt. Dadurch wurden kleinliche Diskussionen um Einzelheiten vermieden, aber auch

trickreiche Versuche, zwar den Wortlaut von Vorschriften einzuhalten, deren Sinn aber zu umschiffen. Es gilt der Grundsatz «substance above form».

In die gleiche Richtung geht, dass der Schweizer Gesetzgeber nicht bestimmte technische Spezifikationen (etwa hinsichtlich der Datensicherheit bei der Verarbeitung personenbezogener Information) festgeschrieben hat. Durch offene Formulierungen wird vielmehr das verlangt, was dem – jeweiligen und sich laufend ändernden – Stand der Technik und best practices entspricht.

Nach intensiven Diskussionen in den Gesetzeskommissionen wurde entschieden, jede Verarbeitung personenbezogener Daten zu erfassen, *unabhängig davon, ob die Verarbeitung dieser Daten elektronisch oder manuell erfolgt*. Aus heutiger Sicht mag dies selbstverständlich erscheinen, in den Anfangszeiten der Datenschutzgesetzgebung wurden jedoch die nicht elektronisch gespeicherten Daten vielfach nicht erfasst<sup>28</sup>.

Inzwischen haben die meisten Staaten<sup>29</sup> auch die *manuell verarbeiteten* Daten in ihren Datenschutzgesetzen berücksichtigt, was im Rahmen der EU vor allem auf eine entsprechende Regelung in der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG der EU von 1995 zurückzuführen ist. Immerhin beschränkt sich die Datenschutzkonvention Nr. 108 des Europarates<sup>30</sup> auf elektronische Daten. Und auch auf kantonaler Ebene<sup>31</sup> werden die manuell erfassten Daten nicht überall berücksichtigt<sup>32</sup>. Die *Erfahrung* hat diesem Grundsatzentscheid Recht gegeben: Die Datenschutzskandale der letzten zwei Jahrzehnte<sup>33</sup> hatten nichts mit EDV zu tun, sondern betrafen rein manuell geführte Sammlungen.

#### *Auch für juristische Personen*

In der Kommission für die Ausarbeitung eines Datenschutzgesetzes für den Privatbereich und vor allem im Vernehmlassungsverfahren wurde die Frage, ob das Gesetz Datenschutz nur für die *natürlichen* oder auch für die *juristischen* Personen vorsehen solle, eingehend diskutiert<sup>34</sup>. Im Parlament war dieser Punkt nicht mehr umstritten<sup>35</sup>. Es setzte sich die Ansicht durch, dass es der in der Schweiz herrschenden Realitätstheorie<sup>36</sup> entspreche, auch *juristischen Personen* Datenschutz zu *gewähren*<sup>37,38</sup>. Erörtert – und schliesslich bejaht – wurde zudem die Frage, ob juristische Personen im Bereich des Privatrechts gleich behandelt werden sollten wie die öffentlichrechtlichen juristischen Personen von Bund und Kantonen<sup>39</sup>.

Die Gleichsetzung juristischer und natürlicher Personen im Datenschutzrecht lief in der Entstehungsphase des Gesetzes *dem internationalen Trend zuwider*<sup>40</sup>. Auch die EU-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG umfasst nur natürliche Personen, doch wurde der Schutz durch eine neuere Richtlinie 2002/58/EG betreffend Datenschutz für elektronische Kommunikation wenigstens *teilweise auf juristische Personen ausgedehnt*.

Aus heutiger Sicht war der in den späten Siebzigerjahren getroffene Entscheid wohl richtig. Dies umso mehr, als die Tendenzen anderer Rechtsgebiete<sup>41</sup> und auch die internationale Entwicklung in die gleiche Richtung laufen.

**Für den Betroffenen ist es egal, ob seine Privatsphäre durch eine öffentlichrechtliche Vorsorgeeinrichtung oder eine privatrechtliche Krankenkasse tangiert wird.**

#### *Privates und öffentliches Recht*

Fest stand im Zuge der schweizerischen Datenschutzbestrebungen von Anfang an, dass Datenschutz ein Anliegen sowohl des *Privatrechts* wie auch des *öffentlichen Rechts* sein musste. Bewusst war man sich – wie gesagt – freilich auch, dass der Ansatz im privaten und im öffentlichen Bereich unterschiedlich zu sein hatte. Salopp ausgedrückt: Im Rahmen des Privatrechts ist erlaubt, was nicht verboten ist, die öffentliche Hand dagegen braucht eine gesetzliche Grundlage für ihr Handeln. Dies gilt auch für das Sammeln, die Verarbeitung und die Weitergabe personenbezogener Informationen.

Dass die Entwürfe der beiden Kommissionen, die sich mit dem öffentlichrechtlichen und dem privatrechtlichen Datenschutz zu befassen hatten<sup>42</sup>, schliesslich in einem einzigen Gesetz vereint wurden, geschah<sup>43</sup> – es wurde erwähnt – aus opportunistischen Gründen.

Heute mag man dem seinerzeit aus politischem Kalkül getroffenen Entscheid, den Datenschutz in einem einzigen Gesetz zu regeln, durchaus Positives abgewinnen: Für den Betroffenen ist es egal, ob seine Privat- oder Intimsphäre durch eine öffentlichrechtliche Vorsorgeeinrichtung oder eine privatrechtliche Krankenkasse tangiert wird oder ob der Arbeitgeber, der Auskunft über Intimdaten wünscht, die öffentliche Hand oder ein privates Unternehmen ist.

### «Affären»

Damit sich der Gesetzgeber bewegt, braucht es in der Regel Druck. Bei der Datenschutzgesetzgebung war es nicht anders: Initiiert wurde sie zwar ohne konkreten Anlass, aufgrund hypothetischer Hochrechnungen der Gefahren, die die Entwicklung der EDV mit sich bringen könnte. Zu ihrer Beschleunigung und zum erfolgreichen Abschluss haben aber zwei «Affären» beigetragen, die in der breiten Öffentlichkeit einen Sturm der Entrüstung ausgelöst haben und dadurch für den Gesetzgeber Ansporn, Druck und Unterstützung waren:

#### *Cincera/Demokratisches Manifest*

Zu einem ersten politischen Skandal, der über Tage und Wochen Nahrung für die Medien bot, kam es 1976: Es wurde publik, dass die vom freisinnigen Zürcher Nationalrat Ernst Cincera geleitete «Informationsgruppe Schweiz» Behörden und private Unternehmen mit Auskünften über «subversive Elemente» in der Schweiz versorgte, worunter alle Personen und Gruppierungen subsumiert wurden, die den politischen Status quo in der Schweiz

## Der Datenschutz wurde in das Scheinwerferlicht der Medien katapultiert und jeder Parlamentarier, der auf seine Wiederwahl bedacht war, wurde zum Experten für Datenschutz.

in Frage stellten. Im Kielwasser dieser Affäre – und weit weniger medienwirksam – wurde bekannt, dass auch von linker Seite (durch eine Gruppierung, die sich *Demokratisches Manifest* nannte) entsprechende Dateien aufgestellt worden waren.

Die ganze Sache hatte Konsequenzen: Cincera wurde das erstrebte (und eigentlich wohlverdiente) Regimentskommando verweigert, die gesetzgeberischen Anstrengungen zum Datenschutz wurden in das Scheinwerferlicht der Medien katapultiert, und jeder Parlamentarier, der auf seine Wiederwahl bedacht war, wurde zum Experten für Datenschutz.

#### *Fichenaffäre*

Im November 1989 gab die Parlamentarische Untersuchungskommission des EJPD bekannt, die Bundesanwaltschaft habe eine Kartei über rund 900 000 Personen, Organisationen und Ereignisse angelegt, in der – ohne klar definierten Auftrag – neben wichtigen auch viele unnötige oder gar falsche In-

formationen eingetragen seien<sup>44</sup>. Nicht nur, dass viele der Einträge längst überholt oder völlig belanglos<sup>45</sup> waren; zur Eintragung gelangten neben erwiesenen Fakten auch zahllose unbelegte Vermutungen<sup>46</sup>. Diese sogenannte Fichenaffäre schlug bei weiten Teilen der Bevölkerung, insbesondere aber bei betroffenen Bürgerinnen und Bürgern, hohe Wellen und liess den Ruf nach Behebung der Mängel laut werden, dem der Bundesrat mittels einer *Richtlinie über Sofortmassnahmen* und einer *Verordnung über die Behandlung von Staatsschutzakten* umgehend Folge leistete. Während die Bundespolizei bis dahin anscheinend wahllos alle möglichen Daten über Personen, Organisationen und Ereignisse gesammelt hatte<sup>47</sup>, führte die Fichenaffäre zu einer Sensibilisierung im Umgang mit persönlichen Daten. Auch dies hatte *auf die laufenden Gesetzgebungsarbeiten massgeblichen Einfluss*<sup>48</sup>.

#### *Rechtliche Lehren aus den «Affären»*

Diese Skandale und einige kleinere «Geschichten» auf kommunaler und kantonaler Ebene haben sich für den Datenschutz segensreich ausgewirkt: Obwohl oft mehr Posse als blutiger Ernst haben sie die Gefahren des blindwütigen Sammelns personenbezogener Informationen aufgezeigt und den Druck der Öffentlichkeit auf die Politik massiv verstärkt. In Abwandlung eines Wortes von Clausewitz: Es war zwar nichts passiert, aber es musste etwas geschehen.

Jedenfalls haben die genannten Beispiele gezeigt, dass der Gesetzgeber mit seinem Konzept auf dem richtigen Weg war. Einerseits in der Erfassung (auch) der manuell geführten Datenbanken: Sowohl Cincera wie auch die Bundesbeamten bedienten sich nicht raffinierter technischer Geräte, sondern sie führten redlich von Hand nach, was ihnen erwähnenswert schien. Eine auf EDV-gestützte Informationssammlungen beschränkte Gesetzgebung hätte beide Fälle nicht in ihrem Fokus gehabt. Sodann befand sich der Gesetzgeber auch hinsichtlich der Regelung sowohl des öffentlichrechtlichen wie des privatrechtlichen Bereichs auf dem richtigen Weg: Die «Fichen» wurden von Beamten angelegt, die Sammlungen von Cincera und des Demokratischen Manifests von Privaten, wenn auch mit einem Anspruch auf öffentliche Bedeutsamkeit. Eine Beschränkung auf private oder auf öffentliche Datenbanken hätte zu kurz gegriffen, zumal Cincera zwar als Privatperson, aber in – selbstgestelltem – politischem Auftrag gehandelt hatte.

## Bewährung und Weiterentwicklung

In den zehn Jahren seines Bestehens hat sich das schweizerische Datenschutzgesetz – das kann man heute mit einiger Genugtuung feststellen – insgesamt bewährt. Dank der Grundentscheidung, Ziele vorzugeben und nicht bestimmte technische Lösungen vorzuschreiben, konnte die rechtliche Ordnung ohne grundlegende Anpassungen mit der stürmischen Entwicklung der Technologie Schritt halten. Der «gläserne Bürger» und «gläserne Konsument» sind nicht Realität geworden. Politik und Gesetzgeber haben – so macht es den Anschein – das Datenschutzproblem im Griff.

Die *Probleme* sind freilich nicht vom Tisch, und sie haben sich *akzentuiert*. So sind beispielsweise die *Kosten* der Datenverarbeitung drastisch gesunken, die *technischen Möglichkeiten* ebenso drastisch gewachsen; die Bearbeitung auch grösster Datenmengen ist kein Problem mehr, weder technisch noch finanziell. Natürliche Schutzwälle sind dadurch fast gänzlich eingeebnet worden. Zudem hat die *Vernetzung* im Zeitalter des Internet eine Dimension angenommen, die vor zehn Jahren noch undenkbar gewesen wäre.

Doch auch der *Rechtsschutz ist kontinuierlich ausgebaut* worden. Auf Bundesebene wurde eine Vielzahl bereichsspezifischer Normen erlassen<sup>49</sup>, und mit Art. 13 der neuen Bundesverfassung wurde eine klare verfassungsrechtliche Grundlage nachgeschoben. Auch auf kantonaler Ebene wurde die rechtliche Ordnung weiterentwickelt.

Dass der Datenschutz in der Schweiz ein hohes Niveau aufweist, ist aber auch und vor allem das Verdienst der *Datenschutzbeauftragten*, die mit grossem Engagement im

Bund, in den Kantonen und in einigen Städten tätig sind<sup>50</sup>. Ihnen ist es auch zu verdanken, dass das Bewusstsein für die Datenschutzproblematik in der Bevölkerung wach geblieben ist.

Aufgrund von zwei parlamentarischen Vorstössen<sup>51</sup> ist zur Zeit eine Teilrevision des DSG im Gange<sup>52</sup>. Sie zielt vor allem auf die Erhö-

**Weitere Reformen werden ohne Zweifel folgen, denn im Spannungsfeld von Datenbearbeitung und Persönlichkeitsschutz ist der Ausgleich stets neu zu finden.**

hung der Transparenz bei der Datenbeschaffung und auf eine Stärkung der Position von Personen, die sich einer Bearbeitung der sie betreffenden Daten widersetzen.

Weitere Reformen werden ohne Zweifel folgen, denn im Spannungsfeld von Datenbearbeitung und Persönlichkeitsschutz ist der Ausgleich stets neu zu finden.<sup>53</sup> ■

## Fussnoten und Links

- 1 Vgl. dazu die Hinweise bei PETER FORSTMOSER, Datenbanken und Persönlichkeitsschutz, SJZ 70 (1974) 217ff., Fn. 2f.
- 2 GERFRIED MUTZ, Rechtsprobleme des sogenannten Datenschutzes, Juristische Blätter 95 (1973) 245ff., 245.
- 3 Die Welt des Internet lag noch in weiter Ferne.
- 4 So der Titel eines berühmten Buchs von ARTHUR R. MILLER (Ann Arbour 1971; deutsch: Der Einbruch in die Privatsphäre, Darmstadt 1973).
- 5 Stenographisches Bulletin Nationalrat 1972, 2127ff.
- 6 Vgl. Stenographisches Bulletin Nationalrat 1972, 2131, die Einsetzung ging dann freilich «vergessen».
- 7 So sah ein Schaffhauser Gesetzesentwurf von 1972 für Datenbanken des öffentlichen Bereichs verschiedene Schutzbestimmungen (Geheimhaltungspflicht, Einsichts- und Berichtigungsrechte der Betroffenen) vor. Er wurde im Sommer 1972 vom Volk abgelehnt.
- 8 Communiqué vom 20.6.1973.
- 9 Verabschiedet von der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren am 23. März 1983, wiedergegeben in: RAINER J. SCHWEIZER / BEAT LEHMANN, Informatik- und Datenschutzrecht, Zürich 1988ff., Ordnungs-Nr. 025-K.
- 10 So etwa dem Kanton Zürich, vgl. MARKUS NOTTER, Entwicklung der Datenschutzgesetzgebung im Kanton Zürich, Fakten (Zeitschrift für Datenschutz des Kantons Zürich) 2/2000 7f.
- 11 Die Mehrzahl der Kantone kennt heute ein Datenschutzgesetz im formellen Sinne, einige stützen sich auf Verordnungen oder gar Weisungen, die nicht immer öffentlich sind – so der Kanton Aargau (Weisungen), Appenzell AR (Richtlinien), Schwyz

(Verordnung). Punktueller datenschutzrelevante Bestimmungen gibt es übrigens auch im Kanton Nidwalden.

- 12 Dem Schutz von Daten dient die Datensicherheit, die freilich (nicht nur, aber auch) ein Element des Datenschutzes ist.
- 13 Im öffentlichen Bereich stellt das Pendant zu dieser Bestimmung das seit langem als ungeschriebenes Grundrecht anerkannte (und heute in BV 13 verankerte) Recht auf Unverletzlichkeit der Privatsphäre dar (dazu etwa BGE 90 I 34ff., 99 Ia 266f. sowie PETER SALADIN, Grundrechte im Wandel, Bern 1970, 417f.
- 14 Vgl. BGE 97 II 97ff. (Verbot des Vertriebs von sog. «Spezial-Adress-Verzeichnissen»).
- 15 Vgl. Bundesrätliche Botschaft über die Änderung des Schweiz. Zivilgesetzbuches (Persönlichkeitsschutz: Art. 28 ZGB und 49 OR) vom 5. Mai 1982, BBI 1982 II 636ff., 652f.
- 16 Siehe Erläuternder Bericht des EJPD zum Entwurf eines BG über den Schutz von Personendaten vom Dezember 1983, 30f.
- 17 Vgl. die Begründung in der Botschaft Persönlichkeitsschutz (zit. Fn. 15) 652ff.
- 18 Dazu nachstehend bei Fn. 21.
- 19 BBI 1981 I 1298.
- 20 Vgl. CHRISTOPH STEINLIN / FRANK SEETHALER, Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz, hrsg. URS MAURER / NEDIM P. VOGT, Basel/Frankfurt a.M. 1995, Entstehungsgeschichte DSG N 14f.
- 21 Vgl. Botschaft zum BG über den Datenschutz (DSG) vom 23.3.1988, BBI 1988 II 413 ff., 426.
- 22 Vgl. nachstehend S. 53, «Privates und öffentliches Recht», 1. Abschnitt.
- 23 Vgl. STEINLIN / SEETHALER (zit. Fn. 20), Entstehungsgeschichte DSG N 26.
- 24 Vgl. Botschaft DSG (zit. Fn. 21).
- 25 Botschaft DSG (zit. Fn. 21) 432f.
- 26 DSG 37; vgl. BEAT RUDIN, Kommentar DSG (zit. Fn. 20) Art. 37 N 4ff.
- 27 Vgl. nachstehend S. 50, «Anfänge der Datenschutzdiskussion», 2. Abschnitt.
- 28 Vgl. Bericht DSG (zit. Fn. 16) 58f., 82.
- 29 Ausnahmen bilden in Europa noch Irland sowie die Kleinstaaten Monaco und San Marino.
- 30 Von der Schweiz am 2.10.1997 ratifiziert und für die Schweiz in Kraft getreten am 1.2.1998.
- 31 Auf welcher der Datenschutz gegenüber der kantonalen Verwaltung zu regeln ist, vgl. vorstehend bei Fn. 26.
- 32 MARC BUNTSCHU, Kommentar DSG (zit. Fn. 20) Art. 1 N 49.
- 33 Dazu nachstehend S. 54, «Affären».
- 34 Botschaft DSG (zit. Fn. 21) 439.
- 35 BUNTSCHU (zit. Fn. 32) Art. 2 N 17.
- 36 Wonach juristische Personen grundsätzlich als reale, wirklich existierende Personen zu verstehen sind, die sich von der Realität des Menschen nur dadurch unterscheiden, dass sie nicht als körperlicher, sondern als sozialer Organismus aufgebaut sind, vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ / PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. A. Zürich 1998, § 2 N 14ff.
- 37 Nicht erfasst sind dagegen Personengesellschaften ohne eigene Rechtspersönlichkeit, z.B. einfache Gesellschaften oder Erbgemeinschaften; vgl. BUNTSCHU (zit. Fn. 32) Art. 2 N 16.
- 38 Immerhin folgt aus ZGB 53, dass juristischen Personen Rechte, die natürliche Eigenschaften des Menschen zur notwendigen Voraussetzung haben, nicht anrufen können, sondern nur die sog. Rechte der sozialen Persönlichkeit. Für den Datenschutz sind aber diese Rechte der sozialen Persönlichkeit bedeutsam. So kann beispielsweise eine juristische Person in ihrer Ehre verletzt werden (BGE 95 II 490), auch hat sie eine Privatsphäre (BGE 97 II 97).
- 39 BUNTSCHU (zit. Fn. 32) Art. 2 N 15.
- 40 Innerhalb der Europäischen Union sehen noch heute Datenschutz nur für natürliche Personen Belgien, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Island, Holland, Norwegen, Portugal, Spanien, Schweden und UK vor. Dagegen kennen Österreich, Italien, Luxemburg Datenschutz für natürliche wie auch für juristische Personen.
- 41 So – freilich aus anderen Gründen – im Strafrecht, vgl. etwa den neuen Art. 100quater StGB gemäss dem Vorschlag für ein BG über die Änderung des StGB vom 21.3.2003, BBI 2003 2847ff.
- 42 Vgl. vorstehend S. 52, «Gesetzgebungsarbeiten».
- 43 Vgl. vorstehend S. 52, «Gesetzgebungsarbeiten».
- 44 Vgl. Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 über die Vorkommnisse im EJPD, die zum Rücktritt von Elisabeth Kopp aus dem Bundesrat führten (BBI 1990 637ff.) 810ff.
- 45 So fand eine gut bürgerliche und populäre Nationalrätin in ihrer Fiche den Hinweis, sie habe an einer Diskussion, die eine Abstimmung über Rechte von Frauen zum Inhalt hatte, teilgenommen(!). (Der entsprechende Vorschlag wurde übrigens in der Folge vom Volk angenommen.) Immerhin: Dass solche Lapalien transparent wurden, ist eine Folge davon, dass jedermann das Recht hatte, in seine eigene Fiche Einsicht zu nehmen. Und dies wiederum war letztlich ein Erfolg der Datenschutzdiskussion.
- 46 Vgl. Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (zit. Fn. 44) 812 und Stellungnahme des Bundesrates vom 4. Dezember 1989 zum Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) über die Vorkommnisse im EJPD (BBI 1990 879ff.) 889.
- 47 Vgl. Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (zit. Fn. 44) 810.
- 48 So wurde als Ausfluss der Fichenaffäre im Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (zit. Fn. 44) der Ruf laut nach erhöhter Verantwortung für inhaltliche Kriterien der zu sammelnden Daten (vgl. a.a.O. 816f.), nach Vermeidung des Sammelns unrichtiger und unnötiger Informationen (vgl. a.a.O. 817ff.) sowie nach der Wahrung der Grundrechte und Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen (vgl. a.a.O. 819), und es wurde dem Bundesrat eine Motion über den «Datenschutz im Bereiche der Bundesanwaltschaft» überreicht, die dieser auch entgegennahm (vgl. Stellungnahme des Bundesrates [zit. Fn. 46] 898). Diese Forderungen flossen in die Gesetzgebungsarbeiten zum DSG ein und fanden insbesondere in Art. 3 lit. c über die besonders schützenswerten Personendaten, in Art. 4 über die Grundsätze der Beschaffung und Bearbeitung von Personendaten und in Art. 5 über die Richtigkeit der Daten ihren Niederschlag.
- 49 Vgl. die lange Liste in Ziff. 235 des systematischen Registers der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts.
- 50 Vgl. die Übersicht auf der Website der schweizerischen Datenschutzbeauftragten unter <http://www.dsb-cpd.ch/d/mitglieder.htm>.
- 51 Motion 98.3529 vom 17. November 1998 «Erhöhter Schutz für Personendaten bei On-line-Verbindungen» und Motion 00.3000 vom 28. Januar 2000 «Erhöhte Transparenz bei der Erhebung von Personendaten».
- 52 Vgl. Botschaft zur Änderung des Datenschutzgesetzes vom 19.2.2003, BBI 2003 2101ff.
- 53 Der Autor dankt seinen Assistierenden, Herrn lic. iur. Christian Habegger und Frau lic.iur. Catrina Erb, für ihre Unterstützung.