

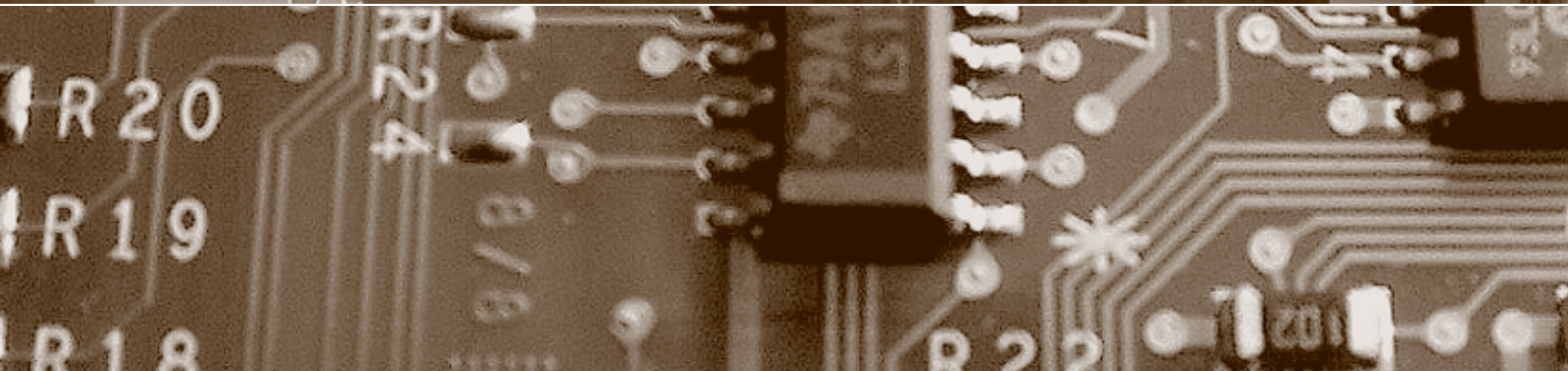
Schwerpunkt:

Automatisierte Einzelentscheidung

aufakt: Wir brauchen einen Reboot des Internets

fokus: Wenn die Maschine entscheidet und lernt

forum: Wenn am Himmel Drohnen schwirren



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

fokus



Schwerpunkt:

Automatisierte Einzelentscheidungen

auftakt

Wir brauchen einen Reboot des Internets

von Lino Guzzella Seite 93

Wenn die Maschine entscheidet und lernt

von Beat Rudin Seite 96

Automatisierte Einzelentscheidungen

von Maria-Urania Dovas Seite 98

Die automatisierte Einzelentscheidung

von Simon Roth Seite 104

Qualität von algorithmischen Entscheidungen

von Katharina A. Zweig/
Tobias Krafft Seite 110

Messmanipulationen in Messsystemen

von Nils Ole Tippenhauer Seite 116

Ist auf unsere digitalen Assistenten Verlass?

von Günter Karjoth Seite 122

Die EU-Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) stärkt die Rechte der Betroffenen bei automatisierten Einzelentscheidungen. Worin unterscheidet sich die DSGVO-Regelung von der bisherigen Regelung in der Datenschutz-Richtlinie?

Automatisierte Einzelentscheidungen

Die DSGVO und die modernisierte Europarats-Konvention 108 sehen ein Anhörungsrecht für die von einer automatisierten Einzelentscheidung betroffenen Personen vor. Wie sollen die Schweizer Gesetzgeber dies im öffentlichen und im Privatrecht umsetzen?

Die automatisierte Einzelentscheidung

Durch die fortschreitende Digitalisierung von industriellen Systemen werden Messdaten zunehmend für sicherheitsrelevante Prozesse genutzt. Diese Messdaten können von physikalisch nahen Angreifern häufig leicht beeinflusst werden, mit potentiell gravierenden Folgen. Wie funktionieren solche Angriffe und welche Möglichkeiten zur Erkennung gibt es?

Messmanipulationen in Messsystemen

Maschinelles Lernen hat in den letzten Jahren eine unglaubliche Popularität erlangt. Zahlreiche Anwendungen in der Bild- und Spracherkennung übertreffen menschliche Fähigkeiten. Die Wirksamkeit von Anwendungen mit maschinellem Lernen sollte aber nicht nur an ihrer Präzision gemessen werden, sondern auch an ihrer Widerstandskraft in einer feindlichen Umgebung.

Ist auf unsere digitalen Assistenten Verlass?



Vorteile und Probleme von Blockchains

Industrie, Staaten und Freiheitskämpfer sind alle an den Möglichkeiten von Blockchains interessiert. Was ist eine Blockchain eigentlich? Wie steht es um den Schutz der Privatsphäre? Und wie sehen zukünftige Entwicklungsmöglichkeiten aus?

Forschung

Vorteile und Probleme von Blockchains

von Arthur Gervais Seite 128

agenda Seite 131

Wenn am Himmel die Drohnen schwirren ...

Der Verkauf von zivilen Drohnen für den Freizeitgebrauch boomt, und die kommerzielle zivile Nutzung steht vor der Tür. Die EU ist daran, die «Zivilluftfahrtsverordnung» neu zu fassen. Und was tut sich in der Schweiz?

forum



privatim

Aus den Datenschutzbehörden

von Marco Fey Seite 132

Der Blick nach Europa und darüber hinaus

Wenn am Himmel die Drohnen schwirren ...

von Barbara Widmer Seite 134

Automatisierte Einzelentscheidung

Im Himmel frohlocken, Hosianna singen und Manna essen – oder in der Hölle schmoren? Unser Cartoonist weist auf neue Anwendungsgebiete für automatisierte Einzelentscheidungen hin.

schlussstakt

Zeit für eine Weichenstellung

von Beat Rudin Seite 136

cartoon

von Reto Fontana Umschlagseite 3

impresum

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

Herausgeber: Dr. iur. Bruno Baeriswyl, Prof. Dr. iur. Beat Rudin, Prof. Dr. Bernhard M. Hämmerli, Prof. (em.) Dr. iur. Rainer J. Schweizer, Prof. Dr. Günter Karjoth, Dr. iur. David Vasella

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

Rubrikenredaktor(inn)en: Dr. iur. Barbara Widmer, lic. iur. Marco Fey

Zustelladresse: Redaktion digma, c/o Stiftung für Datenschutz und Informationssicherheit, Postfach 205, CH-4010 Basel
Tel. +41 (0)61 201 16 42, redaktion@digma.info

Erscheinungsplan: jeweils im März, Juni, September und Dezember

Abonnementspreise: Jahresabo Inland: CHF 174.00, Jahresabo Ausland: CHF 199.00, Einzelheft: CHF 48.00
PrintPlu\$: Jahresabo Inland: CHF 195.00, Jahresabo Ausland CHF 220.00

PrintPlu\$: Das PrintPlu\$-Abonnement bietet die Möglichkeit, bequem und zeitgleich zur Printausgabe jeweils das PDF der ganzen Ausgabe herunterzuladen. Detaillierte Informationen finden Sie unter www.schulthess.com/printplus.

Anzeigenmarketing: Zürichsee Werbe AG, Herr Pietro Stuck, Seestrasse 86, 8712 Stäfa
Tel. +41 (0)44 928 56 11, pietro.stuck@zs-werbeag.ch

Verlag und Abonnementsverwaltung: Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8021 Zürich
Tel. +41 (0)44 200 29 29, Fax +41 (0)44 200 29 28, www.schulthess.com, zeitschriften@schulthess.com

Die automatisierte Einzelentscheidung

Analyse der Vorschläge des Vorentwurfs zum Datenschutzgesetz im Gefüge des Schweizer Rechts



Simon Roth,
Rechtsanwalt,
Adliswil
simonroth87@
gmail.com

Der VE-DSG schlägt neue Bestimmungen zu automatisierten Einzelentscheidungen vor. Dieser Beitrag analysiert, wie sich diese ins Schweizer Recht einfügen würden.

Mit dem aktuellen Vorentwurf Datenschutzgesetz (VE-DSG) schlägt der Bundesrat neue Pflichten des Verantwortlichen im Falle automatisierter Einzelentscheidungen vor¹. Diese lassen sich im Wesentlichen in zwei Kategorien einteilen:

Einerseits sollen den Verantwortlichen *Informationspflichten* treffen. Bei Vorliegen einer automatisierten Einzelentscheidung muss der Verantwortliche das Datensubjekt über diese Entscheidung *von sich aus* informieren, sofern sie auf das Datensubjekt rechtliche Wirkungen oder erhebliche Auswirkungen hat (Art. 15 Abs. 1 VE-DSG). Weiter muss der Verantwortliche auf ein *Auskunftsgesuch* hin das Datensubjekt über das Vorliegen, Ergebnis, Zustandekommen und die Auswirkungen der Einzelentscheidung aufklären (Art. 20 Abs. 2 lit. e und Art. 20 Abs. 3 VE-DSG), wobei mit Bezug auf Ergebnis, Zustandekommen und Auswirkungen der Entscheidung nicht vorausgesetzt wird, dass diese automatisiert erfolgt ist.

Andererseits sollen dem Verantwortlichen *Anhörungs-pflichten* auferlegt werden. Dem Datensubjekt soll das Recht zustehen, sich hinsichtlich einer automatisierten Einzelentscheidung zu äussern (Art. 15 Abs. 2 VE-DSG). Der Verantwortliche muss dem Datensubjekt in diesen Fällen «menschliches Gehör»² gewähren, was voraussetzt, dass sich der Verantwortliche mit der Äusserung des Datensubjekts auseinandersetzt³.

Mit der folgenden kurzen Untersuchung soll der Frage nachgegangen werden, ob und wie sich diese Pflichten, sollten sie Gesetz werden, in die Prinzipien und Grundsätze des Schweizer Rechts einfügen würden. Da Art. 15 und Art. 20

VE-DSG sowohl auf Bundesorgane als auch auf Privatpersonen Anwendung fänden, ist diese Frage für das öffentliche Recht einerseits und für das Privatrecht andererseits getrennt zu beleuchten. Abschliessend ist ein kurzes Fazit zu ziehen.

Die Informations- und Anhörungspflicht im öffentlichen Recht

Informations- und Anhörungspflichten sind im öffentlichen (Verfahrens-)Recht Alltag. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 Abs. 2 BV gewährt den Parteien umfassende Informations- und Mitwirkungsrechte. So haben diese zunächst Anspruch, über die Hängigkeit und den Gegenstand eines Verfahrens orientiert zu werden und sich über den Verfahrensstoff einen Überblick zu verschaffen (also Akteneinsicht zu verlangen). Hernach muss ihnen die Gelegenheit zur Äusserung gegeben werden. Schliesslich ist die Entscheidung der Behörde begründet den Parteien zu eröffnen, wobei das vorgängige Vorbringen der Parteien für die Entscheidungsfindung zu berücksichtigen ist⁴.

Datenschutzrechtlich gesprochen bearbeitet die Behörde während eines Verwaltungsverfahrens Personendaten der Verfahrenspartei⁵, da die amtswegige⁶ Sachverhaltsermittlung durch die Behörde zur Erhebung und Würdigung von Angaben über eine bestimmte Person i.S.v. Art. 3 lit. a VE-DSG führt. Soweit die Behörde keine unabhängige eidgenössische Justizbehörde ist, die im Rahmen ihrer Rechtsprechungstätigkeit die entsprechenden Personendaten bearbeitet und deshalb vom persönlichen Geltungsbereich des VE-DSG ausgenommen ist (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. c VE-DSG), würden somit bei künftiger Geltung des VE-DSG neben dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs auch die Informations- und Anhörungspflichten von Art. 15, Art. 20 Abs. 2 lit. e (bei automatisierten Einzelentscheidungen) sowie Art. 20 Abs. 3 VE-DSG (bei allen Entscheidungen, die sich auf Personendaten stützen) zur Anwendung kommen. Doch bleibt die Frage, ob dadurch der

Partei bzw. dem Datensubjekt verglichen mit der heutigen Rechtslage zusätzliche Rechte eingeräumt werden.

Einzelentscheidung mittels Verfügung

Im Bereich des staatlichen Handelns durch Verfügung ist diese Frage zu verneinen. Das Anhörungsrecht des Art. 15 Abs. 2 VE-DSG deckt sich vollständig mit dem sich aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs ergebenden Recht. Gleiches gilt für die Pflicht, über die Entscheidung zu informieren (Art. 15 Abs. 1 VE-DSG). Sie ist im Anspruch auf Eröffnung der Verfügung bereits enthalten. Die Pflicht der Behörde schliesslich, auf ein Auskunftsgesuch hin über das Vorliegen, Zustandekommen, Ergebnis und die Auswirkungen der Entscheidung zu informieren (Art. 20 Abs. 2 lit. e und Art. 20 Abs. 3 VE-DSG), stellt richtig besehen ebenfalls bereits ein Teilgehalt des rechtlichen Gehörs dar. Das Vorliegen und das Zustandekommen einer Entscheidung betrifft ihre Eröffnung bzw. Begründung, das Ergebnis und die Auswirkungen die im Dispositiv der Verfügung zu eröffnende hoheitliche Anordnung⁷.

Zeigt sich somit, dass Art. 15, Art. 20 Abs. 2 lit. e und Art. 20 Abs. 3 VE-DSG im Bereich des staatlichen Handelns durch Verfügung keine über das rechtliche Gehör hinausgehenden Ansprüche zu vermitteln vermögen, stellt sich weiter die Frage, ob die Beibehaltung der Normen im VE-DSG schädlich wäre. Was bloss bereits Geltendes wiederholt, ist unschädlich, könnte man versucht sein zu sagen.

Dem ist aber zumindest dann nicht so, wenn man behördliches Handeln im Vorfeld oder bei Erlass einer Verfügung, das die Informations- und Anhörungspflicht gemäss Art. 15 VE-DSG verletzt, als widerrechtliche Datenbearbeitung i.S.v. Art. 34 Abs. 1 VE-DSG qualifizieren würde. Das ruft nämlich gleich nach der Frage, in welchem Verhältnis die Rechte des Datensubjekts aufgrund widerrechtlicher Datenbearbeitung zum Recht stehen, das üblicherweise gegen Gehörsverletzungen zum Tragen kommt, nämlich zur Ergreifung des entsprechenden Rechtsmittels gegen die Verfügung, was bekanntlich nur zeitlich beschränkt möglich ist⁸.

Die Problematik wird besonders akut, wenn man sich vergegenwärtigt, dass Art. 34 Abs. 1 lit. b VE-DSG einen Anspruch gegen das Bundesorgan vermittelt, die Folgen einer widerrechtlichen Datenbearbeitung zu beseitigen. Das könnte durchaus zum Argument verleiten, eine in Verletzung des rechtlichen Gehörs ergangene Verfügung müsse als Folge einer widerrechtlichen Datenbearbeitung beseitigt, d.h. aufgehoben werden, und zwar ohne Rücksicht

auf den Ablauf von Rechtsmittelfristen, was die formelle Rechtskraft solcher Verfügungen infrage stellen könnte⁹. Das Problem stellt sich zwar bereits im geltenden Recht, wenn eine Verfügung aufgrund der Bearbeitung falscher Personendaten an einem Sachverhaltsmangel leidet, und wird in der Literatur richtigerweise heute so gelöst, dass der datenschutzrechtliche Beseitigungsanspruch hinter die Möglichkeit zur Rechtsmittelergreifung zurückzutreten hat¹⁰. Mit der Einführung von Art. 15 VE-DSG würde diese Frage mit Blick auf Gehörsverletzungen bei automatisierten Einzelentscheidungen aber an Brisanz gewinnen.

Die Regelung des VE-DSG vermag im Bereich des staatlichen Handelns durch Verfügung keine über das rechtliche Gehör hinausgehenden Ansprüche zu vermitteln.

In diesem potenziellen Normkonflikt zeigt sich im Übrigen ein generelles Defizit der angedachten Konzeption des Informations- und Anhörungsrechts im öffentlichen Bereich. Diese Rechte werden nämlich (auch) damit begründet, dass das Datensubjekt sicherstellen können sollte, dass nur richtige Personendaten bei der behördlichen automatisierten Entscheidungsfindung berücksichtigt werden¹¹. Dabei wird jedoch übersehen, dass die Erhebung falscher Personendaten im Vorfeld einer Verfügung kein primär datenschutzrechtliches, sondern vielmehr ein verwaltungsverfahrensrechtliches Problem der falschen behördlichen

Kurz & bündig

Der Vorentwurf für ein neues Schweizer Datenschutzgesetz (VE-DSG) schlägt Informations- und Anhörungspflichten vor, wenn der Verantwortliche Einzelentscheidungen automatisiert trifft. Die entsprechenden Pflichten sollen sowohl im öffentlichen als auch privaten Datenschutz zur Anwendung gelangen. Im öffentlichen Bereich erweisen sich diese Bestimmungen jedoch als obsolet, weil der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 Abs. 2 BV dem Datensubjekt die betreffenden Rechte bereits heute gewährt, und zwar unabhängig davon, ob staatliches Handeln durch Verfügung oder durch Realakt infrage steht. Dem Privatrecht sind generelle Informations- und Anhörungspflichten heute hingegen fremd. Aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit folgt vielmehr, dass das Gegenüber im Privatrechtsverkehr nicht informiert oder gar angehört werden muss. Die neuen Pflichten greifen daher – entgegen der Meinung des erläuternden Berichts – in die Vertragsfreiheit ein, weil der Verantwortliche nunmehr erklären muss, wie und warum er zu einer bestimmten Entscheidung gelangt ist.

Sachverhaltsermittlung ist. Gehandhabt wird es *de lege lata* mit vollkommenen Rechtsmitteln, im Rahmen deren eine Überprüfung des der Verfügung zugrunde liegenden Sachverhaltes, und damit auch der dabei für massgeblich erachteten Personendaten, möglich ist (vgl. für den Bund Art. 49 VwVG)¹². Ein Bedürfnis, *de lege ferenda* zusätzlich noch datenschutzrechtliche Rechtsbehelfe vorzusehen, ist nicht ersichtlich.

Die Frage, ob die Regelung des VE-DSG bei Realakten öffentlicher Organe Ansprüche über das rechtliche Gehör hinaus vorsehen, ist zu verneinen.

Automatisierte Einzelentscheidung ohne Verfügung

Wenngleich die allermeisten automatisierten Einzelentscheidungen gemäss Art. 15 VE-DSG in einer Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG münden würden, so ist nicht auszuschliessen, dass sich gewisse als bloss tatsächliches Verwaltungshandeln (Realakte) manifestieren¹³. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die Einzelentscheidung keine rechtliche Wirkung entfalten soll, wodurch ein entscheidendes Merkmal des Verfügungsbegriffs ent-

fällt¹⁴. Im Hinblick darauf stellt sich dann wiederum die Frage, ob Art. 15, Art. 20 Abs. 2 lit. e und Art. 20 Abs. 3 VE-DSG bei Realakten Ansprüche über das rechtliche Gehör hinaus vorsehen. Diese Frage ist ebenfalls zu verneinen.

In der Bundesrechtspflege¹⁵ ist der Rechtsschutz gegen Realakte heute bekanntlich in Art. 25a VwVG dergestalt verankert, dass solcher nachträglich gewährt wird, indem die Behörde über den Realakt eine Verfügung zu treffen hat¹⁶. Es versteht sich von selbst, dass in diesem Verfahren der vom Realakt betroffenen Person bzw. in der hier interessierenden Konstellation dem Datensubjekt rechtliches Gehör zu gewähren ist¹⁷. Weiter ist in diesem Zusammenhang entscheidend, dass der erläuternde Bericht ein Verfahren der nachträglichen Anhörung auch bei Art. 15 VE-DSG als zulässig erachtet. Art. 15 VE-DSG fordert somit nicht eine Information und Anhörung, noch bevor die Behörde zur automatisierten Einzelentscheidung schreitet¹⁸. Daraus ergibt sich, dass kraft Art. 25a VwVG und des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 BV schon heute dem Datensubjekt bei (automatisierten) «datengestützten Realakten» die gleichen Rechte zur Verfügung stehen, die Art. 15 VE-DSG ihm nun einräumen will¹⁹.

Fussnoten

¹ Nicht weiter diskutiert wird in diesem Aufsatz die Tatsache, dass Art. 27 Abs. 2 VE-DSG eine formell-gesetzliche Grundlage für automatisierte Einzelentscheidungen durch Bundesorgane verlangt. Zu Recht kritisch hierzu ROSENTHAL DAVID, Der Vorentwurf für ein neues Datenschutzgesetz: Was er bedeutet, Jusletter 20. Februar 2017, Rz. 61.

² So die zutreffende Umschreibung von ROSENTHAL, a.a.O., Rz. 59.

³ Vgl. ROSENTHAL, a.a.O., Rz. 60, wonach das blosses Ablegen der Mitteilung des Datensubjekts nicht genügt.

⁴ BGE 136 I 229, E. 5.2; WALDMANN BERNHARD, Art. 29 N 44 ff., in: Waldmann/Belser/Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar Bundesverfassung, Basel 2015.

⁵ Mit Inkrafttreten des VE-DSG zumindest dann, wenn die Partei eine natürliche Person ist. Vgl. Art. 1 VE-DSG.

⁶ Vgl. Art. 12 VwVG.

⁷ Im Ergebnis gl.M. RUDIN BEAT, Anpassungsbedarf in den Kantonen, digma 2017, 63.

⁸ Zumindest dann, wenn die Gehörsverletzung nicht zur Nichtigkeit der Verfügung führt, was aber nur in Ausnahmefällen anzunehmen ist. Vgl. HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016, N 1116; BGer v. 14. März 2005, 2P.104/2004, E. 6.4.1.

⁹ Zur formellen Rechtskraft vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 1091 f.

¹⁰ BANGERT JAN, Art. 25/25bis N 66, in: MAURER-LAMBROU/BLECHTA (Hrsg.), Basler Kommentar – Datenschutzgesetz – Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014.

¹¹ BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetz-

zes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, 21. Dezember 2016 (zit. ERLÄUTERNDER BERICHT), 59.

¹² Vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 1147.

¹³ Vgl. zu Realakten TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 38 N 1 ff.

¹⁴ Vgl. zum Verfügungsbegriff HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 849 sowie BGE 135 II 38, E. 4.3.

¹⁵ Für die analoge Konstellation nach kantonalem Verwaltungsrecht würde Ähnliches gelten. Einige Kantone haben eine mit Art. 25a VwVG vergleichbare Regelung geschaffen (z.B. der Kanton Zürich in § 10c VRG). Wo dies nicht geschehen ist, muss kraft Art. 29a BV (Rechtsweggarantie) Rechtsschutz gegen Realakte in einer Form zur Verfügung stehen, die letztlich zur Gewährung des rechtlichen Gehörs führt. Vgl. WALDMANN, a.a.O., Art. 29a N 12.

¹⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, a.a.O., § 38 N 22.

¹⁷ HÄNER ISABELLE, Art. 25a N 47, in: Waldmann/Weissenberger (Hrsg.), VwVG – Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016.

¹⁸ ERLÄUTERNDER BERICHT, a.a.O., 60.

¹⁹ Dies gilt zumindest, solange die automatisierte Einzelentscheidung schützenswerte Rechtspositionen des Datensubjekts berührt, da dies für die Anwendung von Art. 25a VwVG vorausgesetzt ist. Schützenswerte Rechtspositionen stellen aber insbesondere Grundrechte und damit auch die informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV) dar. Diese wird durch solche Realakte jedoch regelmässig tangiert, weshalb die Voraussetzung des Berührtseins i.S.v. Art. 25a Abs. 1 VwVG üblicherweise gegeben sein wird. Vgl. BGE 140 II 315, E. 4.

Die vorne dargestellte, potenzielle Konkurrenz des (heute bestehenden) verwaltungsverfahrensrechtlichen und des (neuen) datenschutzrechtlichen Rechtsbehelfs gegen eine Gehörsverletzung bei automatisierten Einzelentscheidungen besteht schliesslich theoretisch auch mit Bezug auf diesbezügliche Realakte. Das Datensubjekt könnte sowohl nach Art. 25a VwVG als auch Art. 34 VE-DSG vorgehen²⁰. Praktisch gesehen dürfte dies aber zu keinen Problemen führen, da das Vorgehen nach beiden Normen in einer Verfügung des bearbeitenden Bundesorgans mündet²¹.

Fazit

Zusammengefasst ergibt sich für den öffentlichen Bereich, dass die Informations- und Anhörungspflichten des Art. 15, Art. 20 Abs. 2 lit. e und Art. 20 Abs. 3 VE-DSG keine über den Grundsatz des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 BV hinausgehenden Ansprüche des Datensubjekts vermitteln²². Sie sind im öffentlichen Bereich bestenfalls obsolet. Im schlimmsten Fall begründen sie eine Kontroverse, ob eine automatisierte Einzelentscheidung, die das Gehörsrecht verletzt hat, aber in formelle Rechtskraft erwachsen ist, mittels des datenschutzrechtlichen Beseitigungsanspruchs infrage gestellt werden kann.

Die Informations- und Anhörungspflicht im Privatrecht

Bisher keine generellen Informations- und Anhörungspflichten

Was im öffentlichen Verfahrensrecht Alltag ist, bleibt im Privatrecht hingegen die absolute Ausnahme. Im Schweizer Vertragsrecht gibt es bisher keinen allgemeinen Grundsatz, seinen (künftigen oder bestehenden) Vertragspartner darüber zu informieren, nach welchen Kriterien eine bestimmte Entscheidung zustande gekommen ist oder kommen wird (z.B. warum eine Vertragspartei auf einer bestimmten Vertragsbestimmung beharrt). Es besteht auch keine allgemeine Regel, wonach eine solche Entscheidung begründet oder gar die andere Partei vor einer solchen Entscheidung angehört werden muss²³. Einzig der Grundsatz, dass Vertragsverhandlungen stets ernsthaft zu führen sind, gilt allgemein, was immerhin eine (beschränkte) Informationspflicht mit sich bringt, die Gegenseite dann zu benachrichtigen, wenn ein Vertragsschluss nicht mehr infrage kommt²⁴. *De lege lata* gelten alle diese Grundsätze sowohl für «manuelle» als auch für automatisierte Einzelentscheidungen.

Um schwächere Vertragsparteien zu schützen, sehen das Gesetz und die Praxis in eng

umrissenen Bereichen freilich Ausnahmen vor, so namentlich im Arbeitsrecht, wo beispielsweise ein Anspruch auf nachträgliche Begründung der Kündigung besteht (Art. 335 Abs. 2 OR) oder im Falle der Kündigung älterer Arbeitnehmer den Arbeitgebern über die Missbräulichkeitskontrolle Anhörungspflichten auferlegt werden²⁵. Solche isolierten Ausnahmen haben natürlich auch bei automatisierten Einzelentscheidungen weiter Bestand²⁶. Zudem ist es denkbar, über den Grundsatz von Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB Informationspflichten zu entwickeln, die den spezifischen Gegebenheiten automatisierter Einzelentscheidungen Rechnung tragen. Getreu dem Grundsatz, dass privatrechtliche Aufklärungspflichten aber nur von Fall zu Fall unter Berücksichtigung aller Umstände anzunehmen sind (weil eben im Grundsatz keine Aufklärungspflicht besteht)²⁷, kann aber im geltenden Recht über Treu und Glauben keine generelle Informations- oder gar Anhörungspflicht konstruiert werden.

Im Schweizer Vertragsrecht gibt es bisher keinen allgemeinen Grundsatz, den Vertragspartner zu informieren, nach welchen Kriterien eine Entscheidung zustande gekommen ist oder kommen wird.

Mit der Einführung von Art. 15, Art. 20 Abs. 2 lit. e und Art. 20 Abs. 3 VE-DSG würde somit im privaten Bereich ein Paradigmenwechsel vollzogen, weil neuerdings generelle Informations- und Anhörungspflichten bestünden, die sich auf die Willensbildung einer privaten Person beziehen und diese zu regulieren versuchen. Hinsichtlich Art. 20 Abs. 3 VE-DSG, also der Informationspflicht auf ein Auskunftsgesuch hin, ginge dieser Paradigmenwechsel gar soweit, dass es künftig für eine solche Pflicht ausreichen würde, wenn der Verantwortliche gestützt auf Personendaten eine Entscheidung fällt. Diese Voraussetzung dürfte sehr oft gegeben sein und folglich in der Praxis zu einer sehr weitreichenden Informationspflicht führen.

Würdigung

Die Prinzipiendivergenz zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht hinsichtlich Gehörsansprüchen ist nicht zufällig. Sie liegt vielmehr darin begründet, dass die Regeln, nach denen sich die Willensbildung des Staates einerseits und diejenige der Privaten andererseits zu richten haben, unterschiedlicher nicht

sein könnten. Die Willensbildung des Staates ist nicht frei, sondern Beschränkungen unterworfen. Dies zeigt sich zunächst darin, dass im Rahmen des Verwaltungsverfahrens bei der Sachverhaltsermittlung von Amtes wegen nach der materiellen Wahrheit zu forschen ist und sich der staatliche Wille nach der Wahrheit zu richten hat²⁸. Weiter muss sich staatliches

satz fließenden Informations- und Mitwirkungsrechten kann die betroffene Partei überhaupt sicherstellen, dass der Staat im Verwaltungsverfahren seinen Willen tatsächlich in die Richtung ausübt, in welche er durch das Recht verpflichtet wird. Ohne rechtliches Gehör wäre die Durchsetzung von Untersuchungsmaxime, Legalitätsprinzip und sachgerechter Ermessensausübung ernsthaft gefährdet.

Ganz anders hingegen das Privatrecht: Es fusst auf dem Primat der Privatautonomie und das Vertragsrecht dementsprechend auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit. Als Teilgehalte Letzterer gelten die Abschlussfreiheit (d.h. die Freiheit, einen Vertrag abzuschliessen oder nicht abzuschliessen), die Inhaltsfreiheit (d.h. die Freiheit, den Inhalt des Vertrages beliebig zu vereinbaren) sowie die Partnerwahlfreiheit (d.h. die Freiheit, den Vertragspartner selber auszuwählen)³¹. Obschon es natürlich Ausnahmen zur Vertragsfreiheit gibt, ist unbestritten, dass die private Willensbildung wesentlich weniger Beschränkungen unterworfen wird als die staatliche. Sieht man nun aber die Zweckbegründung von Gehörsansprüchen in der verfahrensrechtlichen Sicherstellung der Durchsetzung genau solcher Beschränkungen, so ergibt sich, dass im privaten Bereich der Grundsatz des rechtlichen Gehörs (bzw. genauer gesagt: ein privatrechtlicher Anspruch auf Gehör durch das private Gegenüber) einen wesentlich geringeren Stellenwert aufweisen sollte. Vor diesem Hintergrund sind die Art. 15, Art. 20 Abs. 2 lit. e und Art. 20 Abs. 3 VE-DSG im privaten Bereich zu würdigen.

Nach hier vertretener (und letztlich rechtspolitischer) Ansicht können dermassen generell ausgestaltete Informations- und Anhörungsrechte im privaten Bereich keinen Platz haben, und sei es auch nur mit Bezug auf automatisierte Einzelentscheidungen. Denn entgegen der im erläuternden Bericht gemachten Aussage, wonach Art. 15 VE-DSG nicht in die Vertragsfreiheit eingreift, findet ein solcher Eingriff durchaus statt, und zwar in sämtliche der oben dargestellten Teilgehalte der Vertragsfreiheit. Richtig besehen greift nämlich schon die Pflicht, informieren oder begründen zu müssen, warum man einen Vertrag gar nicht, nicht zu bestimmten Bedingungen oder nur zu bestimmten Bedingungen abschliessen möchte, bzw. die Pflicht, das Datensubjekt zu dieser Entscheidung anzuhören und seine Meinung zu berücksichtigen, in die Abschluss-, die Partnerwahl- und die Inhaltsfreiheit ein. Wer bei dieser Entscheidung Rechenschaft abzugeben hat, ist nicht vollständig frei. Daran ändert auch nichts, dass der Verantwortliche letzten Endes mit dem

Die Pflicht zur Information bzw. Anhörung des Datensubjekts greift in die Abschluss-, die Partnerwahl- und die Inhaltsfreiheit ein.

Handeln aufgrund des Legalitätsprinzips (Art. 5 Abs. 1 BV) an das Gesetz halten, was die staatliche Willensbildung ebenfalls einschränkt²⁹. Und selbst dort, wo das Gesetz dem Staat Ermessen einräumt, muss er dieses zweckmässig ausüben³⁰.

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs steht zu alledem in engem Zusammenhang: Er bildet das verfahrensrechtliche Korrelat zu den genannten Beschränkungen staatlicher Willensbildung. Denn nur mit den aus diesem Grund-

Fussnoten (Fortsetzung)

- ²⁰ Zumindest dann, wenn man Konkurrenz zwischen diesen beiden Anspruchsgrundlagen annimmt, was im geltenden Recht umstritten ist; vgl. BANGERT, a.a.O., Art. 25/25^{bis} N 18.
- ²¹ Vgl. JÖHRI YVONNE, Art. 25 N 35, in: Rosenthal/Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008; HÄNELER, a.a.O., Art. 25a N 47.
- ²² Von dieser Aussage allenfalls ausnehmen könnte man die Tatsache, dass Auskunftsgesuche über Vorliegen, Zustandekommen, Ergebnis und Auswirkungen einer Entscheidung gemäss Art. 20 Abs. 2 lit. e VE-DSG und Art. 20 Abs. 3 VE-DSG kostenlos wären (Art. 20 Abs. 1 VE-DSG), währenddessen heute ein diesbezügliches Vorgehen nach Art. 25a VwVG oder Art. 25 DSG unter gleichzeitiger Inanspruchnahme des Akteneinsichtsrechts Kostenfolgen auslösen könnte (Art. 46a RVOG).
- ²³ Vgl. BGer v. 5. August 2004, 4C.174/2004, E. 2.4.
- ²⁴ Vgl. GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN, Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Zürich 2014, N 949 ff. m.w.N.
- ²⁵ BGE 132 III 115, E. 5.4.
- ²⁶ Im Arbeitsrecht könnte dies z.B. dem «Firing by Algorithm» Schranken setzen. Vgl. hierzu WILDHABER ISABELLE, Robotik am Arbeitsplatz: Robo-Kollegen und Robo-Bosse, AJP 2017, 218.
- ²⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., N 957.
- ²⁸ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 988.
- ²⁹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 325 ff.
- ³⁰ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., N 431.
- ³¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., N 612 ff.
- ³² ROSENTHAL, a.a.O., Rz. 59.
- ³³ Vgl. den Aufsatz von BAROCAS SOLON/SELBST ANDREW D., Big Data's Disparate Impact, California Law Review 104, 671 ff.
- ³⁴ BAROCAS/SELBST, a.a.O., 674, 681 ff.
- ³⁵ ROSENTHAL, a.a.O., Rz. 59.
- ³⁶ Vgl. z.B. Ansätze bei HARDT MORITZ/PRICE ERIC/SREBRO NATHAN, Equality of Opportunity in Supervised Learning, abrufbar unter: <<https://arxiv.org/abs/1610.02413>> (letztmals kontrolliert am 15.5.2017).

Datensubjekt seiner Wahl einen Vertrag beliebigen Inhalts schliessen darf (oder nicht zu schliessen berechtigt ist). Vorgängig muss der Verantwortliche den Informations- und Anhörungspflichten ja trotzdem nachkommen, womit bereits in die Vertragsfreiheit eingegriffen wird.

Schlussbemerkungen

Aufgrund von Art. 8 Ziff. 1 lit. a der modernisierten Europarechtskonvention SEV 108, der ein Anhörungsrecht bei automatisierten Einzelentscheidungen explizit vorsieht (und ein Informationsrecht impliziert, weil ohne Information eine Anhörung keinen Sinn macht³²), ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber auf diesbezügliche Bestimmungen verzichtet wird. Wie gesehen würde aber das Informations- und Anhörungsrecht im öffentlichen Bereich bereits über den Grundsatz des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 Abs. 2 BV abgedeckt. Mit der Verschiebung von Art. 15, Art. 20 Abs. 2 lit. e und Art. 20 Abs. 3 VE-DSG in den nur für private Personen anwendbaren 5. Abschnitt des VE-DSG bliebe die Konventionskonformität folglich erhalten.

Was den privaten Bereich anbelangt, so ist es meines Erachtens zu bedauern, dass Normen in die Schweizer Privatrechtsordnung Einzug finden könnten, die sich wie oben dargestellt nur schlecht mit geltenden Grundprinzipien derselben vertragen. Vor allem aber verdunkeln Art. 15, Art. 20 Abs. 2 lit. e und Art. 20 Abs. 3 VE-DSG den Blick auf die Problematik, die den eigentlichen Treiber hinter der Regulierung automatisierter Einzelentscheidungen darstellt: die Befürchtung nämlich, dass algorithmischen Entscheidungen

Elemente zugrunde liegen können, die an persönliche Eigenschaften wie Geschlecht, Ethnie, Religion, Hautfarbe, sexuelle Orientierung etc. anknüpfen und deshalb diskriminierend wirken.

In der Tat ist die Gefahr von Diskriminierung durch algorithmische Entscheidungen jüngst Gegenstand rechts- und computerwissenschaftlicher Diskussionen geworden³³. Hierbei ist unbestritten, dass Algorithmen (genauso wie Menschen) diskriminierende Entscheidungen fällen können. Dies ist aber selten durch die Entwickler der Algorithmen gewollt, sondern oftmals vielmehr darauf zurückzuführen, dass

Aufgrund der modernisierten Europarechtskonvention 108, die ein Anhörungsrecht explizit vorsieht, ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber auf diesbezügliche Bestimmungen verzichtet wird.

Algorithmen anhand bestehender Daten maschinell lernen; diese Daten, da ursprünglich von Menschen erstellt, enthalten bisweilen bereits diskriminierende Muster, wodurch es zu einer algorithmischen Replikation historischer Diskriminierungstendenzen kommen kann³⁴. Doch ist dieser Problematik meiner Meinung nach nicht mit bürokratischen und zu Recht als uferlos kritisierten³⁵ Informations- und Anhörungspflichten beizukommen, die dem diskriminierten Datensubjekt wohl wenig helfen, sondern vielmehr mit der Intensivierung der Forschung, wie Algorithmen möglichst diskriminierungsfrei ausgestaltet werden können³⁶.



Meine Bestellung

- 1 Jahresabonnement **digma** (4 Hefte des laufenden Jahrgangs) à **CHF 174.00**
(Versandkosten: Schweiz inklusive)

Name _____ Vorname _____

Firma _____

E-Mail _____

Strasse/Nr. _____

PLZ _____ Ort _____

Datum _____ Unterschrift _____

Bitte senden Sie Ihre Bestellung an:

Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2, CH-8001 Zürich

Telefon +41 44 200 29 29

Telefax +41 44 200 29 28

E-Mail: zeitschriften@schulthess.com

Homepage: www.schulthess.com

Schulthess 