



Sitzung vom: 23. Februar 2021

Beschluss Nr.: 313

Interpellation betreffend Datenschutz und seine Durchsetzung: Beantwortung.

Der Regierungsrat beantwortet

die Interpellation „Datenschutz und seine Durchsetzung“ (Nr. 54.20.18), welche von der SVP-Fraktion, Erstunterzeichner Kantonsrat Ivo Herzog, Alpnach, sowie 11 Mitunterzeichnende am 3. Dezember 2020 eingereicht worden ist, wie folgt:

1. Gegenstand der Interpellation

Mit der Interpellation wird der Regierungsrat ersucht, Fragen zum Thema „Datenschutz und seine Durchsetzung“ zu beantworten. Die Interpellation wird mit der zunehmenden Auslagerung der Datenhaltung und der Datenbearbeitung durch kantonale Instanzen an internationale Software-Konzerne einerseits sowie mit dem anwendbaren Datenschutzrecht andererseits begründet.

Der Schutz von personenbezogenen Daten werde mit der rasanten Kommerzialisierung dieser Daten zu einem immer wichtigeren Thema. Dies betreffe nicht nur die internationale oder bundesstaatliche Ebene, sondern auch die kantonale Ebene, denn der Kanton verwalte innerhalb seiner Kompetenz sowohl in quantitativer Hinsicht eine sehr grosse Menge an Daten, als auch in qualitativer Hinsicht besonders schutzwürdige Daten.

Vor dem Hintergrund des am 16. Juli 2020 ergangenen Urteils des EuGH i.S. Data Protection Commissioner / Maximilian Schrems gegen Facebook Ireland (C-311/18), nach welchem zusammengefasst in den USA kein mit der EU äquivalentes Datenschutzniveau bestehe, stellten sich auch für den Kanton Obwalden Fragen zum Datentransfer ins Ausland.

Bei der Datenbearbeitung sei der Kanton Obwalden weiter von gewissen Softwareanbietern abhängig, da vielfach keine alternativen Anbieter bestünden. Sollte ein Softwareanbieter diese Abhängigkeit missbrauchen, indem er beispielweise unangemessene Geschäftsbedingungen verlange (insbesondere Rechte des Anbieters bei der Datenbearbeitung bzw. an der Verwendung von Daten oder Lizenzkosten), müsste sich der Kanton mittels Rückgriff auf das Schweizer Kartellrecht gegen diesen Missbrauch wehren können.

Die Verträge der internationalen Software-Konzerne (Hersteller/Anbieter) beinhalteten oftmals nicht verhandelbare Gerichtsstandsklauseln zugunsten eines ausländischen Gerichts. Das führe dazu, dass ein ausländisches Gericht einen Schweizer Kanton aufgrund von Schweizer Kartellrecht schützen müsste. Dem Kanton entstünden unverhältnismässige Risiken bei der Durchsetzung der Beseitigung des Missbrauchs, insbesondere mit hohen Kosten für ausländische Anwaltsfirmen, wegen unzureichender Fachkompetenz der ausländischen Instanzen betreffend Schweizer Kartellrecht oder auch wegen Interessenkonflikten (Vermeidung von Standortnachteilen für multinationale Konzerne).

2. Vorbemerkung

Für die Beantwortung des im Rahmen der erwähnten Interpellation eingereichten Fragekatalogs wurden der kantonale Datenschutzbeauftragte Philipp Studer, Obergerichtspräsident I Dr. Andreas Jenny und Stefan Müller, Vorsitzender der Geschäftsleitung des Informatikleistungszentrums Obwalden – Nidwalden (ILZ), beigezogen.

3. Vorbemerkung zu den datenschutzrechtlichen Grundsätzen (Datenauslagerung, Datenbearbeitung)

Grundsätzlich bilden die kantonale und eidgenössische Datenschutzgesetzgebung die Grundlage für eine allfällige Auslagerung der Datenhaltung und Datenbearbeitung durch kantonale Instanzen an Dritte. Dabei spielt keine Rolle, ob die Auslagerung an nationale oder internationale Lieferanten erfolgt. Gemäss dem von der Bundesversammlung am 25. September 2020 verabschiedeten, neuen Bundesgesetzes über den Datenschutz (BBl 2020 7639 ff.) bestimmt sich der räumliche Geltungsbereich neu explizit nach dem sogenannten Auswirkungsprinzip. Das Gesetz ist somit auch auf Unternehmen mit Sitz im Ausland anwendbar, wenn diese Personendaten bearbeiten und sich diese Datenbearbeitung in der Schweiz auswirkt (Art. 3).

4. Vorbemerkung betreffend Datenhaltung der kantonalen Amtsstellen bei internationalen Software-Konzernen

Grossmehrheitlich werden die Daten der kantonalen Amtsstellen im Rechenzentrum des ILZ gespeichert („on-premise“ d.h. vor Ort). Das ILZ betreibt ein Informationssicherheitsmanagementsystem nach der internationalen Richtlinie ISO/IEC 27001 und wird jährlich auditiert. Diese Auditierungen bilden unter anderem die Grundlage für die Prüfungen der jährlichen Finanzrevisionsprüfungen. Die Norm spezifiziert die Anforderungen für die Implementierung von geeigneten Sicherheitsmechanismen, die an die Gegebenheiten der einzelnen Organisationen adaptiert werden sollen. Vereinzelt werden bereits heute Daten in Clouddiensten ausserhalb des ILZ Rechenzentrums gespeichert (bspw. Agricola – landwirtschaftliche Betriebsdaten, SORMAS – Contact Tracing COVID, in Schweizer Rechenzentren).

Bis zum Beginn der Corona-Pandemie bestand für die kantonale Verwaltung kein Anwendungsfall, der die Datenhaltung bei einem in der Interpellation genannten internationalen Softwarekonzern erforderte. Die Datenhaltung war somit bis im März 2020 ausschliesslich im Rechenzentrum des ILZ vor Ort oder in Schweizer Rechenzentren der jeweiligen Schweizer Softwarelieferanten. Dies änderte sich mit Beginn der Pandemie, seitdem die Verwaltung auf Dienste wie Videotelefonie oder Kollaborationsanwendungen im Home-Office angewiesen ist.

Die Firma Microsoft bot im Frühling teilweise ihre entsprechenden Dienstleistungen für ein halbes Jahr gratis an. Dabei wurde darauf geachtet, dass sämtliche benutzten Dienste nach Möglichkeit auf den seit November 2019 verfügbaren Schweizer Rechenzentren (Genf und Zürich) betrieben und gespeichert werden. Der Regierungsrat verabschiedete parallel eine Governance für die Arbeit und Bearbeitung der Daten in den entsprechenden Clouddiensten. Diese beschreibt, wie die Amtsstellen die Dienste verwenden sollen und wer für die Datenbearbeitung zuständig und verantwortlich ist.

Mit der definitiven Einführung von MS Teams in der kantonalen Verwaltung per November 2020 wurde mit der Unterzeichnung der Verträge eine Zusatzvereinbarung zum Rahmenvertrag zwischen Microsoft und der Schweizerischen Informatikkonferenz (SIK) unterschrieben, insbesondere betreffend Datenschutz bei Cloud- und Online-Diensten. Die Verhandlungen zur Zusatzvereinbarung wurden von der Konferenz der schweizerischen Datenschutzbeauftragten, Büro privatim, unterstützt. Gemäss ihrer Kommunikation vom 30. September 2020 sind damit die Punkte „anwendbares Recht“ und „Gerichtsstand“ in akzeptabler Weise geregelt.

Die Zusatzvereinbarung zum Datenschutz ist auf der obersten Ebene des SIK-Rahmenvertrags mit Microsoft angesiedelt und gilt für alle unter dem aktuellen Rahmenvertrag abgeschlossenen Cloud- und Online-Service-Verträge, auch rückwirkend. Sie legt fest, unter welchen Bedingungen bei Streitigkeiten der Schweizer Gerichtsstand gilt. Zudem regelt sie einen Sachverhalt, der im europäischen Kontext verschiedentlich zu Kritik geführt hat, nämlich, dass Microsoft nicht einseitig Datenschutzregeln anpassen kann.

5. Fragebeantwortung

5.1 Datenschutzrechtliche Grundsätze (Datenbearbeitung): Welche Richtlinien, Verordnungen oder Gesetze bestehen für öffentliche Organe, um die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Grundsätze in diesen Fällen sicher zu stellen?

Für die öffentlichen Organe im Kanton Obwalden gilt vordergründig das kantonale Gesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz [kDSG; GDB 137.1]. Dieses Gesetz regelt das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch öffentliche Organe (Art. 1 Abs. 1 kDSG). Nach Art. 1 Abs. 2 kDSG sind die kantonalen und kommunalen Behörden und Amtsstellen sowie andere öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten und Personen miteingeschlossen, soweit sie öffentliche Aufgaben erfüllen. Vorbehalten bleiben nach Art. 1 Abs. 4 kDSG explizit Datenschutzregelungen in der Sachgesetzgebung, namentlich über die Bearbeitung von Gerichtsakten, Patientendaten und Einwohnerkontrolldaten. Solche Spezialbestimmungen, welche das kantonale Datenschutzgesetz ergänzen oder ausführen, finden sich z.B. in folgenden Erlassen: Gesundheitsgesetz, Polizeigesetz, kantonales Registerharmonisierungsgesetz, Verordnung über das Staatsarchiv, Einwohnerregisterverordnung und den dazugehörigen Ausführungsbestimmungen.

Indem die öffentlichen Organe sämtliche Vorgaben zur Bearbeitung von Personendaten, die sich in den verschiedensten Erlassen finden, befolgen, werden die datenschutzrechtlichen Vorgaben eingehalten. Wichtig ist diesbezüglich auch, dass nach Art. 2 Abs. 1 kDSG für Personendatenbearbeitungen im Kanton Obwalden sinngemäss die Vorschriften des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) gelten, soweit das kantonale Datenschutzgesetz keine abweichenden Vorschriften enthält.

Bei der Auslagerung von Personendatenbearbeitungen an externe Dritte bleibt gemäss Art. 2 Abs. 1 kDSG in Verbindung mit Art. 10a und 16 Abs. 1 DSG jeweils das öffentliche Organ, welches die entsprechenden Datenbearbeitungen auslagert für die korrekte Bearbeitung durch den externen Dritten verantwortlich. Gemäss Art. 10a Abs. 2 DSG hat es als Auftraggeber sogar eine Vergewisserungspflicht, dass der externe Dritte die Datensicherheit gewährleistet.

5.2 Datenschutzrechtliche Grundsätze (Datenbearbeitung): Wie überprüft die Kantonsverwaltung die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben (z.B. Amtsgeheimnis) einer Bekanntgabe von Daten bei internationalen Grosskonzernen ins Ausland (z.B. Art. 2 Abs. 1 DSG-OW i.V.m. Art. 6 DSG i.V.m. Art. 7 DSG)?

Grundsätzlich sind die öffentlichen Organe – und so auch die kantonale Verwaltung – gemäss Art. 16 Abs. 1 DSG für den Datenschutz verantwortlich, wenn sie Personendaten in Erfüllung ihrer Aufgaben bearbeiten und bearbeiten lassen. Wenn die kantonale Verwaltung ihre Personendatenbearbeitungen an externe Dritte (sei es in der Schweiz oder im Ausland) auslagern würde, bliebe sie für die korrekte und datenschutzkonforme Bearbeitung verantwortlich.

Die Gerichte setzen für ihre Fachanwendungen wie der Bund und die anderen Kantone auf in der Schweiz entwickelte und vertriebene Software, namentlich auf das Geschäftskontrollprogramm „Tribuna“ der Delta Logic AG, Sursee, und auf das Suchsystem der Weblaw AG, Bern. Auch in Zukunft sollen die Daten der Gerichte im Rahmen des Projekts Justitia 4.0 in der Schweiz gehalten werden. So sieht Art. 26 Abs. 1 des Entwurfs für ein Bundesgesetz über die Plattform für die elektronische Kommunikation in der Justiz (BEKJ) Folgendes vor: „Die Daten auf der E-Justiz-Plattform sind nach schweizerischem Recht in der Schweiz zu halten und zu

bearbeiten. Beigezogene Dritte, die Zugang zu den Daten erhalten, müssen schweizerischem Recht unterstehen und ihren Sitz oder Wohnsitz in der Schweiz haben.“

Bis zum Beginn der Corona-Pandemie bestand für die kantonale Verwaltung kein Anwendungsfall, der die Datenhaltung bei einem in der Interpellation genannten internationalen Softwarekonzern erforderte. Die Vorbemerkungen legen weiter dar, wie mit der Nutzung einer neuen Microsoft-Anwendung – begleitet durch das ILZ und beratend unterstützt durch den kantonalen Datenschutzbeauftragten – umgegangen wurde, und dass mit einer durch den Regierungsrat verabschiedeten Governance für die Arbeit und Bearbeitung der Daten in den entsprechenden Clouddiensten eine konkrete Handlungsanweisung für die kantonale Verwaltung besteht.

Überdies ist der Datenschutzbeauftragte des Kantons Obwalden nach Art. 10 Abs. 1 kDSG kantonales und kommunales Kontrollorgan im Sinne des DSG. Nach Art. 10 Abs. 2 Bst. a kDSG überwacht er die Anwendung der Vorschriften über den Datenschutz, indem er insbesondere Kontrollen bei den öffentlichen Organen durchführt. Solche Überprüfungen fanden in der Vergangenheit aufgrund der bisher zur Verfügung stehenden Ressourcen selten statt, werden jedoch in den Bereichen Informatik und Informationssicherheit in Zukunft verstärkt.

Es gilt zu beachten, dass es bei datenschutzrechtlichen Überprüfungen und Kontrollen aber nicht zwingend um eine Überprüfung geht, ob das Amtsgeheimnis eingehalten wurde, sondern vielmehr darum, ob die öffentlichen Organe die entsprechenden Personendaten korrekt bearbeitet haben. Die Einhaltung des Amtsgeheimnisses (dem Amtsgeheimnis unterliegen alle Angestellte der kantonalen Verwaltung nach Art 36 Staatsverwaltungsgesetz [StVG; GDB 130.1]) liegt in der persönlichen Verantwortung jedes einzelnen Mitarbeitenden sowie der jeweiligen vorgesetzten Stelle. Eine Verletzung wäre von der zuständigen Strafbehörde zu überprüfen.

5.3 Missbräuchliche Geschäftsbedingungen (Datenbearbeitungssoftware): Können die Gerichte des Kantons mögliche kartellrechtliche Ansprüche des Kantons wegen Markt-machtmissbrauch (Art. 7 KG) seitens der IT-Giganten sicherstellen?

Die Gerichte beurteilen immer nur die ihnen unterbreiteten Einzelfälle aufgrund des konkret vorliegenden Sachverhalts und gestützt auf die in der zu entscheidenden Konstellation anwendbaren Rechtsnormen. Die Gerichte können keine allgemeinen Aussagen machen oder Prognosen abgeben, wie sie in Zukunft bestimmte Rechtsfragen entscheiden würden. Würden die Gerichte sich nicht an diese Regel halten, wären die Angehörigen der Gerichte später im dannzumal zu beurteilenden Fall verpflichtet, in den Ausstand zu treten. Soweit sich die Frage auf die den Gerichten zur Verfügung stehenden Personalressourcen bezieht, ist darauf hinzuweisen, dass die Gerichte praxisgemäss keine Stellen auf Vorrat schaffen, sondern laufend überprüfen, ob die zu erfüllenden Aufgaben mit dem gegebenen Personaletat bewältigt werden können.

5.4 Missbräuchliche Geschäftsbedingungen (Datenbearbeitungssoftware): Können die Gerichte des Kantons den kartellrechtlichen Schutz auch dann sicherstellen, wenn aufgrund der Verträge ein ausländischer Gerichtsstand bestimmt wurde?

Die Gerichte prüfen ihre Zuständigkeit in allen ihnen vorgelegten Fällen von Amtes wegen vor dem Hintergrund des zu entscheidenden Lebenssachverhaltes und in Anwendung der massgebenden Rechtsnormen. Soweit eine Klage im Ausland erhoben wird, hat das dortige Gericht zu prüfen, ob es dafür zuständig ist.

5.5 Missbräuchliche Geschäftsbedingungen (Datenbearbeitungssoftware): Wie evaluiert der Kanton die Prozessrisiken, wenn er — als Opfer eines Kartellrechtsverstosses — Ansprüche gestützt auf das Schweizer Kartellgesetz vor einem ausländischen Gericht (infolge einer möglichen Gerichtsstandsklausel) geltend machen muss?

Aufgrund der von der kantonalen Verwaltung und den Gerichten aktuell genutzten Software für die Datenbearbeitung und der mit den Lizenzinhabern bzw. Verkäufern abgeschlossenen Verträgen wird das Risiko, dass der Kanton Opfer eines Kartellrechtsverstosses werden könnte, als

eher gering erachtet. Die Anwendung von ausländischen Recht und die Vereinbarung von Gerichtsständen im Ausland wird – wenn immer möglich – vermieden.

Nach Art. 28 Abs. 2 Bst. d der Verordnung über die Organisation des Regierungsrates und der kantonalen Verwaltung (Organisationsverordnung [OV; GDB 133.11]) vertritt der Rechtsdienst den Kanton in Rechtsstreitigkeiten.

Die Prozessrisiken würden anhand des konkreten Falles evaluiert. Sofern ein Rechtsstreit vor einem Gericht im Ausland ausgetragen werden müsste, wäre die Mandatierung einer spezialisierten Anwaltskanzlei unvermeidlich.

Protokollauszug an:

- Mitglieder des Kantonsrats sowie übrige Empfänger der Kantonsratsunterlagen (mit Text der Interpellation)
- Informatikleistungszentrum Obwalden – Nidwalden (ILZ)
- Obergericht
- Datenschutzbeauftragter
- Volkswirtschaftsamt
- Amt für Justiz
- Staatskanzlei
- Ratssekretariat

Im Namen des Regierungsrats



Nicole Frunz Wallimann
Landschreiberin



Versand: 3. März 2021