

Daten nutzen, denn Daten nützen

Bund, Kantone und Unternehmen verfügen über Daten, die einen wichtigen Beitrag zur Eindämmung der Pandemie leisten könnten

FLORENT THOUVENIN, VIKTOR VON WYL,
ABRAHAM BERNSTEIN

Die weitgehende Lockerung der Massnahmen, welche der Bundesrat in den letzten zwei Monaten zur Eindämmung des Coronavirus erlassen hat, führt uns zurück in eine gewisse Normalität. Vieles wird sein wie zuvor, manches wird aber anders bleiben. Die Lockerungen können allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Gefahren nicht beseitigt sind. Das Risiko einer zweiten Infektionswelle ist beträchtlich, und es ist derzeit unklar, wie auf eine solche zu reagieren wäre.

In dieser Situation sollte man alle Möglichkeiten nutzen, um möglichst rasch aus der Krise herauszufinden und eine weitere Krise zu verhindern. Dabei ist sicher nicht jedes Mittel recht. Vielmehr ist es auch (und gerade) in ausserordentlichen Lagen zentral, die Verhältnismässigkeit zu wahren und jede Massnahme sorgfältig auf ihre Vor- und Nachteile hin zu prüfen. Entscheidend ist dabei, dass alle möglichen Massnahmen ergebnisoffen geprüft und dann angenommen, verworfen oder angepasst werden. Kaum annehmbar ist es hingegen, wenn gewisse Möglichkeiten von Anfang an erst gar nicht in Betracht gezogen werden. Gerade dies geschieht aber hinsichtlich der Nutzung von Personendaten, die bei Behörden und Unternehmen in grossem Umfang vorhanden sind und deren Auswertung einen äusserst wertvollen Beitrag zur Bewältigung der Krise leisten könnte.

Eine Art Super-Grundrecht

Ebenso reflex- wie gebetsmühlenartig wird von vielen Seiten geltend gemacht, dass die Massnahmen zur Eindämmung des Coronavirus die Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger nicht beeinträchtigen dürften. Ganz so, als ob der Schutz der Privatsphäre in unserer Gesellschaft das wichtigste

Löst man sich vom Axiom eines uneinschränkbaren Schutzes der Privatsphäre, wird der Blick frei für eine nüchterne Betrachtung.

Gut überhaupt wäre, wichtiger noch als der Schutz des Lebens. Aus dieser Perspektive ist das Grundrecht auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV) eine Art Super-Grundrecht, welches die Grundlage für alle anderen Grundrechte bildet und unter keinen Umständen angefasst werden darf.

Dabei wird übersehen, dass die vom Bundesrat getroffenen Massnahmen bereits tief in eine Vielzahl von Grundrechten eingegriffen haben und erneut einzugreifen drohen, so namentlich: das Recht auf Leben und persönliche Freiheit (Art. 10 BV) in Form des Rechts auf Bewegungsfreiheit und des Rechts auf Schutz elementarer Formen der Persönlichkeitsentfaltung, beispielsweise durch Zusammensein im öffentlichen Raum; der Anspruch auf ausreichenden Grundschulunterricht (Art. 19 BV); die Versammlungsfreiheit, die eine zentrale Voraussetzung der demokratischen Willensbildung und der Ausübung politischer Rechte ist; und natürlich die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV), insbesondere das Recht auf die freie Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit. Der uneingeschränkte Schutz der Privatsphäre ist damit nur zu haben, wenn man bereit ist, die Einschränkung einer ganzen Reihe anderer Grundrechte in Kauf zu nehmen – oder auf Massnahmen



Das Risiko einer zweiten Infektionswelle ist beträchtlich – Aufnahme im Glattzentrum.

SIMON TANNER / NZZ

men zur Eindämmung des Coronavirus zu verzichten.

Löst man sich vom Axiom eines uneinschränkbaren Schutzes der Privatsphäre, wird der Blick frei für eine nüchterne Betrachtung. Diese zeigt, dass gewisse Einschränkungen der Privatsphäre erforderlich sein könnten, um die Eingriffe in andere Grundrechte zu reduzieren. Ziel muss es sein, diejenigen Massnahmen zu treffen, die insgesamt am wenigsten stark in die Grundrechte eingreifen. Ausgangspunkt bildet dabei die simple Feststellung, dass das Erfassen und Bearbeiten von Daten – auch von Personendaten – nicht als solches gut oder schlecht und auch nicht als solches besonders riskant ist.

Entscheidend sind vielmehr zwei Dinge: Der Schutz der Privatsphäre setzt voraus, dass wir grundsätzlich selbst bestimmen können, welche Daten wir dem Staat oder einem Unternehmen zugänglich machen; Ausnahmen von diesem Grundsatz sind allerdings möglich, wenn sie gesetzlich vorgesehen, im öffentlichen Interesse und verhältnismässig sind. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, kommt es bei der Bearbeitung der Personendaten allein darauf an, wofür die Daten verwendet werden.

Problematisch erscheint die Bearbeitung dabei nur, wenn den betroffenen Personen konkrete Nachteile entstehen, etwa weil sie aufgrund ihrer Daten diskriminiert oder manipuliert werden. Hier sollte der Gesetzgeber anknüpfen und sicherstellen, dass wirksame Mittel zur Verfügung stehen, um Diskriminierung, Manipulation und andere Nachteile zu verhindern oder wieder auszugleichen, etwa durch angemessene Strafanktionen und die Pflicht zur Zahlung von Schadenersatz oder Genugtuung. Fehlt es aber an einem konkreten Nachteil, ist die Bearbeitung von Personendaten kaum zu beanstanden. Diese Betrachtungsweise entspricht denn auch dem Wortlaut der Bundesverfassung, die – entgegen der herrschenden Lehre und Rechtsprechung – kein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung vorsieht, sondern einen Anspruch auf Schutz vor Missbrauch der persönlichen Daten (Art. 13 Abs. 2 BV).

Erkenntnisse über Verbreitung

Aus dieser Perspektive stellt sich die zentrale Frage, wie Personendaten im Kampf gegen das Coronavirus genutzt werden können, ohne dass den Personen, deren Daten bearbeitet werden, ein Nachteil entsteht. Mit Blick auf die zu bewältigenden Herausforderungen und die vom Bundesrat ergriffenen tief-

greifenden Massnahmen wäre es zwar nicht wünschenswert, aber grundsätzlich möglich, die Bürgerinnen und Bürger zu verpflichten, diejenigen Daten zur Verfügung zu stellen, die zur Bewältigung der Krise erforderlich sind. Ein solcher Eingriff in die Privatsphäre erscheint aber gar nicht notwendig. Denn es wäre schon viel zu gewinnen, wenn die vorhandenen Daten zeitnah und unkompliziert genutzt werden könnten, um eine erneute Zunahme der Verbreitung des Virus zu verhindern, getroffene Massnahmen auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen und negative Folgen für die Bevölkerung, das Gesundheitssystem und die Wirtschaft abzuwenden.

Anders als die Proximity-Tracing-App, die «nur» auf die Eindämmung der weiteren Verbreitung des Virus zielt, würde es die Analyse der vorhandenen Daten ermöglichen, auch Erkenntnisse über die bereits erfolgte Verbreitung und deren Folgen zu gewinnen. Diese sind zentral, um bei einer nächsten Pandemie frühzeitig, effektiv und angemessen reagieren zu können.

Zur Erreichung dieser Ziele erscheinen vier Schritte erforderlich: In einem ersten Schritt ist zu untersuchen, welche Daten verfügbar sind, die zur Gewinnung von Erkenntnissen über die Verbreitung und die Bekämpfung der Pandemie und deren negative Folgen genutzt werden könnten. Dabei geht es in erster Linie um Daten, die im «Gesundheitssystem» vorhanden sind, so im Bundesamt für Gesundheit (BAG), im Bundesamt für Statistik (BfS), in kantonalen Gesundheitsämtern, in den Spitälern, bei den Ärzten und bei den Krankenkassen. Diese Personendaten sind in vielen Fällen anonymisiert, so dass die betroffenen Personen nicht ohne Verknüpfung mit weiteren Daten erkennbar sind.

Zudem gibt es nicht wenige Bürgerinnen und Bürger, unter ihnen auch Personen mit Erkrankungen, die ihre Daten gerne zum Nutzen der Allgemeinheit teilen würden und dies zum Teil auch schon freiwillig tun. Schon allein die Zusammenführung und die Nutzung dieser Daten könnten dazu beitragen, den Ablauf der Pandemie, deren Auswirkungen auf das Gesundheitssystem (zum Beispiel auf die Kostenentwicklung) sowie Kollateralschäden (zum Beispiel durch verzögerte medizinische Behandlungen von chronischen Erkrankungen) zu verstehen.

Darüber hinaus wäre zu prüfen, ob Daten anderer Behörden und Daten von Unternehmen genutzt werden könnten, um weitere Erkenntnisse zu gewinnen. Im Vordergrund dürften dabei Daten stehen, welche die Abbil-

dung von Pendlerströmen, Menschenansammlungen oder Reisetätigkeiten ermöglichen, etwa die Daten von Telekom-Anbietern und Transportunternehmen (SBB, Post, Fluggesellschaften). Aus diesen Daten liesse sich beispielsweise die Struktur von Sozialkontakten ableiten. Verbunden mit Informationen zu Covid-19 liesse sich dann eruieren, wie sich das Virus innerhalb von Netzwerken oder nach Reisetätigkeiten in der Schweiz ausgebreitet hat. Hilfreich könnten aber auch Daten von Grossverteilern sein, etwa die Verkaufszahlen bei Schutzmasken, weil diese wertvolle Hinweise auf die Akzeptanz und die Umsetzung von Präventionsmassnahmen in bestimmten Regionen oder demografischen Gruppen liefern könnten.

Welche Analysen sind möglich?

Mit Blick auf die verfügbaren Daten ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, wie diese Daten in ein Gesamtkonzept integriert werden können, um die relevanten epidemiologischen Fragen zu untersuchen und diese (oder eine nächste) Pandemie einzudämmen – zum Beispiel, in-

Ein öffentliches Interesse an der Bearbeitung der Daten zur Eindämmung der Pandemie kann ohne weiteres bejaht werden.

dem Übertragungswege und -zeitpunkte genauer eingegrenzt werden können. Dazu ist zunächst zu klären, welche konkreten Fragen zu untersuchen sind, um anschliessend bestimmen zu können, welche Daten dafür erforderlich sind.

In einem dritten Schritt ist sodann zu prüfen, welche Analysen technisch möglich sind und wie diese so durchgeführt werden können, dass den betroffenen Personen dadurch keine Nachteile entstehen. Grundlagen dazu finden sich in der die Privatsphäre wahrenenden Datenverarbeitung, die Verschlüsselungs- und Verschleierungsansätze verwendet, um Rückschlüsse auf Einzelpersonen zu vermeiden. Zudem ist sicherzustellen, dass die Systeme so strukturiert werden, dass sie nur die gewünschten Analysen ermöglichen, unerwünschte

Auswertungen verhindern – zum Beispiel durch eine dezentrale Datenhaltung und -analyse – und nach Abschluss der Arbeiten die Löschung der Daten sicherstellen.

Vor diesem Hintergrund ist in einem vierten und letzten Schritt zu prüfen, welche gesetzlichen Grundlagen für die Datenanalysen zu schaffen und wie diese auszugestalten sind. Ein öffentliches Interesse an der Bearbeitung der Daten zur Eindämmung der Pandemie kann dabei ohne weiteres bejaht werden. Das Gebot der Verhältnismässigkeit verlangt sodann, dass die Massnahmen für das Erreichen des Ziels geeignet und erforderlich sind und dass sie sich für die betroffenen Personen mit Blick auf die Schwere des Eingriffs in ihre Grundrechte als zumutbar und verhältnismässig erweisen.

Bei einer geeigneten Ausgestaltung und einer zeitlichen sowie sachlichen Beschränkung der Datenbearbeitung auf die Bekämpfung der Pandemie sollten diese Voraussetzungen durchaus zu erfüllen sein. Dies gilt erst recht, wenn man sich vor Augen führt, dass die hier zur Diskussion stehenden Datenanalysen nicht darauf ausgerichtet sind, Informationen über einzelne Personen, ihre Bewegungsprofile oder ihre Sozialkontakte zu erhalten, sondern allein dazu dienen, allgemeine Erkenntnisse über die Ausbreitung des Virus zu gewinnen.

Gesetzliche Grundlage bilden

Mit Blick auf die verfügbaren Daten, die epidemiologischen Fragen, die technischen Möglichkeiten und die (verfassungs-)rechtlichen Grenzen sollte der Gesetzgeber im Epidemiegengesetz eine Bestimmung schaffen, die klarstellt, welche Daten welcher Behörden oder welcher Unternehmen durch welche Organisation(en) in welchem Umfang und mit welchen Methoden zum Zweck der Pandemiebekämpfung bearbeitet werden dürfen und wann diese Daten wieder gelöscht werden müssen.

Diese Norm würde die gesetzliche Grundlage für die Datenbearbeitung der Bundesorgane bilden und könnte als Rechtfertigungsgrund für diejenige der Privaten dienen. Eine solche Norm allein dürfte allerdings kaum genügen. Um überhaupt Zugang zu den relevanten Daten zu erhalten, müssten Behörden und Unternehmen wohl auch gesetzlich verpflichtet werden, der für die Datenanalyse zuständigen Organisation Zugang zu denjenigen Daten zu gewähren, die zur Bekämpfung der Pandemie und von deren Folgen erforderlich sind.

All diese Aufgaben sind nicht trivial. Sie erfordern eine umfassende Analyse der vorhandenen Daten, der technischen Möglichkeiten und der rechtlichen Grenzen – und dies stets mit Blick auf die epidemiologischen Fragestellungen und die neusten Erkenntnisse zur Übertragung und zur Verbreitung des Coronavirus. Denkbar wäre, diese Aufgaben einer bestehenden oder einer neu zu bildenden Expertenkommission innerhalb der «Swiss National Covid-19 Science Task Force» zu übertragen. Diese könnte die wissenschaftlichen Grundlagen erarbeiten, auf die sich der Gesetzgeber bei der Regelung der Datenbearbeitung und des Datenzugangs stützen kann. Eine solche Regelung würde es erlauben, die vorhandenen Daten zum Wohle aller zu nutzen und damit einen wichtigen Beitrag zur Erhaltung der neuen Normalität zu leisten, die mit den Lockerungen vom 11. Mai gerade erst begonnen hat.

Florent Thouvenin ist Professor für Informations- und Kommunikationsrecht an der Universität Zürich, Vorsitzender des Leitungsausschusses des Center for Information Technology, Society and Law (ITSL) und Direktor der Digital Society Initiative (DSI) der Universität Zürich. Viktor von Wyl ist Assistenzprofessor für Digital and Mobile Health an der Universität Zürich und Mitglied der DSI. Abraham Bernstein ist Professor für Informatik an der Universität Zürich, Mitglied des Leitungsausschusses des ITSL und Direktor der DSI.