Bundesgesetz über den elektronischen Identitätsnachweis und andere elektronische Nachweise

19. Oktober 2022

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD

Bundesamt für Justiz Bundesrain 20

3003 Bern

Per E-Mail an: rechtsinformatik@bj.admin.ch

Vernehmlassungsantwort BGEID: Stellungnahme zum Bundesgesetz über den elektronischen Identitätsnachweis und andere elektronische Nachweise (E-ID-Gesetz, BGEID)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Keller-Sutter

Sehr geehrte Damen und Herren

Am 29. Juni 2022 eröffnete der Bundesrat die Vernehmlassung zum Bundesgesetz über den elektronischen Identitätsnachweis und andere elektronische Nachweise (E-ID-Gesetz, BGEID, Vernehmlassungsfrist 20. Oktober 2022). Gerne nehmen wir hiermit Stellung und folgen dabei integral den Feststellungen der Digitalen Gesellschaft.

grundrechte.ch ist eine gemeinnützige Organisation, die sich für Grund- und Menschenrechte, eine offene Wissenskultur, weitreichende Transparenz sowie Beteiligungsmöglichkeiten an gesellschaftlichen Entscheidungsprozessen einsetzt. Dabei verteidigen wir insbesondere das Recht auf Überwachungsfreiheit und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

Grundsätzliches

Die Hauptkritikpunkte des Gesetzes im Rahmen des Referendums und der Volksabstimmung betrafen den Zweck und die Herausgeberschaft («staatlicher, elektronischer Ausweis» anstatt «privates Login») sowie den mangelnden Datenschutz (Datenschutz durch Technik/Privacy-by-Design und Datensparsamkeit/Privacy-by-Default). Dies waren dann auch die Gründe, weshalb das Gesetz mit grosser Mehrheit an der Urne abgelehnt wurde.

Wir begrüssen die Neuauflage des E-ID-Gesetzes und sind mit der Stossrichtung einverstanden. **Wir vertreten jedoch die Auffassung, dass der Schutz der Persönlichkeit und der Personendaten im vorliegenden Vorentwurf zum Bundesgesetz über den elektronischen Identitätsnachweis und andere elektronische Nachweise noch unzureichend umgesetzt sowie der Schutz vor Missbrauch der Daten noch unzureichend gewährleistet ist. Dies betrifft insbesondere die drohende «Überidentifikation».**

Bearbeitung von Personendaten

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist ein Grundrecht, abgeleitet von Art. 13 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV). Ein elektronischer Nachweis ist ein Eingriff in dieses Grundrecht und hat gemäss Art. 36 BV verhältnismässig zu erfolgen; im Speziellen sollte die Grundrechtseinschränkung nicht weiter gehen, als notwendig und sachlich gerechtfertigt ist. Diesem Grundsatz ist im vorgeschlagenen Gesetz ungenügend Rechnung getragen. Wir vertreten die Auffassung, dass die gesetzlich vorgesehene Erhebung von Daten sowie ihre Bearbeitung auf das zu ihrem Zweck unbedingt Erforderliche reduziert werden muss, um den Gehalt von Art. 13 Abs. 2 BV zu wahren.

Personendaten, welche in Bezug auf einen elektronischen amtlichen Nachweis erhoben und verarbeitet werden, erfordern zudem einen höheren und spezifischeren Schutz, als es das (revidierte) Datenschutzgesetz (DSG) bietet - und demnach eine ungenügende Grundlage für den Schutz der Personendaten nach dem BGEID darstellt. Wir sind der Auffassung, dass amtlich erhobene, verwaltete und bereitgestellte Daten ein erhöhter Schutz beizumessen ist und dass dies im BGEID selbst vorzusehen ist.

Dass BGEID schafft eine neue Kategorie von Daten: Daten, die erstens besonders schutzwerten Charakter haben, zweitens auch behördlich verifiziert sind und drittens, für welche eine breite private Verwendung vorgesehen ist. Sie bilden eine neue Kategorie an Daten, welche durch das DSG nicht gedeckt sind. Das allgemein formulierte Datenschutzgesetz sowohl in der derzeitigen als auch in der künftigen, revidierten Fassung vermag nicht, einen adäquaten Schutz zu liefern, gerade betreffend der Überidentifizierung.

Nach dem DSG kann eine Datenbearbeitung erfolgen, sofern ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse eine solche rechtfertigt. Hier besteht ein erheblicher Interpretationsspielraum der Beteiligten und lässt in der Praxis auch zweckfremde Datenbearbeitungen zu, soweit sie etwa aufgrund eines wirtschaftlichen Interesses der Inhaberin oder des Inhabers der Datensammlung für verhältnismässig angesehen werden können (Beispiel: Online-Tracking, Kreditwürdigkeit). Meist wird zudem eine Einwilligung durch das Akzeptieren der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und/oder der Datenschutzerklärung eingeholt, ohne dass diesem Vorgang widersprochen werden könnte. Das DSG schafft auch keinen Anspruch auf ein Widerspruchsrecht, wonach der Bearbeitung - mindestens im Nachhinein - (einfach, also ohne Klage auf Persönlichkeitsverletzung) widersprochen werden könnte.

Das Schweizer DSG geht überdies betreffend Vorschriften hinsichtlich Identifikation und Tracking deutlich weniger weit als die EU-Richtlinie (DSGVO). Namentlich entfällt in der Schweiz das Kopplungsverbot, welches verhindert, dass eine Einwilligung in eine zweckfremde Datenbearbeitung über eine Kopplung an die Leistung selbst abgenötigt wird. Dies kann dazu führen, dass Private Daten sammeln und gebrauchen können, welche nicht für die Erbringung von Leistungen erforderlich sind und für welche keine eigentliche Freiwilligkeit besteht.

Damit verletzt nach unserer Ansicht die vorgeschlagene Fassung des BGEID sowohl den Grundsatz der Datensparsamkeit als auch der informationellen Selbstbestimmung. Neben der Verletzung der genannten Grundrechte und Grundsätze würde die drohende Überidentifikation das Vertrauen in die elektronische Identifikation schädigen. Die Akzeptanz würde darunter insgesamt stark leiden. Im BGEID sind deshalb ausgestaltete, konkrete Bestimmung betreffend diesen Grundsätzen vorzusehen; Vorschläge zu diesen Bestimmungen werden weiter unten konkretisiert.

Rechtssystematisch stehen solche Bestimmungen ohne Kollision mit dem Datenschutzgesetz. Art. 4 DSG (Art. 6 nDSG) bestimmt, dass die Bearbeitung von Personendaten nur rechtmässig erfolgen darf, äussert sich zum rechtlichen Rahmen aber nicht. Damit besteht Gestaltungsspielraum des rechtlichen Rahmens durch das BGEID, wobei zu betonen ist, dass im heutigen rechtlichen Rahmen die konkrete Ausgestaltung des rechtlichen Rahmens einer Datenbearbeitung spezialgesetzlich, und nicht durch das DSG, vorgenommen wird.

Diskriminierungsfreier Zugang zu Leistungen

Unter mehreren Gesichtspunkten erweist sich als problematisch, wenn der Erhalt von Leistungen vom Besitz einer E-ID abhängig gemacht wird. Damit werden einerseits Menschen ausgeschlossen, welche nach geltender Gesetzgebung kein Anrecht auf eine E-ID haben, andererseits aber auch solche, welche nicht über die technischen Kenntnisse oder die Mittel verfügen, eine E-ID zu beantragen, oder dies aus persönlichen Gründen ablehnen. Unter Hinweis auf das Diskriminierungsverbot (Art. 8 BV) ist ein diskriminierungsfreier Zugang zu Leistungen deshalb gesetzlich zu gewährleisten.

Hierzu sei noch angemerkt, dass nach den vorgeschlagenen Bestimmungen nur Menschen Anrecht auf eine E-ID haben, welche in der Schweiz über eine Aufenthaltsbewilligung verfügen. Dies schliesst alle Menschen aus, welche über eine solche nicht verfügen und sich unter einem anderen Titel als einer ordentlichen Aufenthaltsbewilligung in der (digitalen) Schweiz aufhalten. Das Gesetz könnte eine Möglichkeit vorsehen, dass bei genügender Identifikation (etwa über einen ausländischen Pass) eine elektronische ID ausgestellt werden kann, wobei bei unsicherer Identifikation diesem Umstand mit einer Anmerkung Rechnung getragen werden könnte.

Durchsetzbarkeit

Damit Gesetzesbestimmungen wirksam sind, müssen sie durchsetzbar sein. Das vorgeschlagene Gesetz verzichtet vollständig auf spezifische Bestimmungen, um Bestimmungen durchzusetzen und Verletzungen beheben zu können. Wir sehen es als wichtig an, dass juristische und natürliche Anbieterinnen (Ausstellerinnen, Verifikatorinnen), welche Bestimmungen verletzen, einer Strafbestimmung unterliegen, und dass ein vereinfachter und kostenfreier Zugang zu Verfahren zur Behebung von Verletzung sowohl für die Subjekte des elektronischen Identitätsnachweises als auch für Verbände, die sich im Bereich Daten- und Persönlichkeitsschutz engagieren, im Gesetz geschaffen werden.

Erster Abschnitt

Art. 1: Art. 1 Abs. 2 BGEID hält als Ziel des Gesetzes fest, den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte im Zusammenhang mit der Verwendung der E-ID zu gewährleisten. Diese explizite Zweckbindung halten wir für unabdingbar.

Wie nachfolgend erläutert, tragen verschiedene Bestimmungen des Gesetzes dem in Art. 1 Abs. 2 BGEID beschriebenen Grundsatz ungenügend Rechnung, namentlich betreffend der Datensparsamkeit.

Zweiter Abschnitt

Art. 2 Abs. 3

Die AHV-Nummer, die Angaben zum Ausweis, der im Ausstellungsprozess verwendet wurde, und die Angaben zum Ausstellungsprozess sind für die Ausstellung und Verwendung der E-ID

nicht erforderlich und stellen damit Daten dar, die nicht Teil der E-ID sein sollten; darüber ist darauf hinzuweisen, dass die AHV-Nummer auch üblicherweise auf amtlichen Ausweisen nicht ersichtlich ist. Sollte die AHV-Nummer auf der E-ID enthalten sein, sollte eine Verwendung auf Vorgänge beschränkt sein, bei welchen die AHV-Nummer gesetzlich vorgesehen ist.

Art. 4 Abs. 4

Der Ausstellungsprozess ist im erläuternden Bericht nicht genauer beschrieben. Art. 4 Abs. 4 lässt jedoch vermuten, dass die Verifikation der antragstellenden Person und die Ausstellung der E-ID online und komplett automatisch vonstattengehen soll - und kein Besuch auf der Gemeinde oder im Passbüro vorgesehen ist. Wie eine aktuelle Untersuchung des deutschen Chaos Computer Club (CCC) zeigt, weisen sämtliche gängigen Systeme zur «Video-Identifikation» Schwachstellen auf, die einen Identitätsdiebstahl möglich machen. Auf die Technik der «Video-Identifikation» und vergleichbare Verfahren ist daher zu verzichten. Auch wenn ein Identitätsdiebstahl durch einen «Deep-Fake» in Verbindung mit dem Abgleich des Gesichtsbild aus dem ISA oder dem ZEMIS allenfalls schwieriger durchzuführen ist, wäre eine erfolgreiche Demonstration eines Identitätsdiebstahls verheerend für das Vertrauen und die Akzeptanz der E-ID.

Ein Vergleich der Bilder mit den Datenbanken ZEMIS und ISA sehen wir als überflüssig an, weil er für den Ausstellungsprozess nicht unbedingt erforderlich ist. Auf jeden Fall - und unabhängig vom gewählten Verfahren - müssen allfällig erhobene biometrische Daten unmittelbar im Anschluss an die Ausstellung (und der Übertragung der Daten in die E-ID nach Art. 2 Abs. 2 lit. g.) vernichtet werden.

Art. 10

Wir schlagen die Streichung des letzten Satzes («sofern die Anforderungen insbesondere an die Sicherheit des Prozesses auch auf diese Weise erfüllt werden können») vor, da ein nicht-elektronischer amtlicher Ausweis dieses Kriterium ohnehin erfüllen sollte und ein diskriminierungsfreier Zugang für Personen ohne E-ID gewährleistet sein soll.

Art. 11 Abs. 3

Ein Abgleich mit den Datenbanken ISA und ZEMIS sowie dem Versichertenregister halten wir, wir bereits ausgeführt, für nicht notwendig.

Vierter Abschnitt

Den vierten Abschnitt sehen wir als stark ergänzungsbedürftig an.

Art. 1 Abs. 2 lit. b des Vorschlags zum BGEID setzt als Ziel des Gesetzes fest, dass der Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte der Personen, über die im Zusammenhang mit der Verwendung der E-ID Daten bearbeitet werden, gewahrt werden solle. In dieser Hinsicht ist aber die momentane Fassung des Art. 16 des Vorschlags, welche festlegt, dass die Inhaberin oder der Inhaber frei darüber entscheiden kann, welche Bestandteile des Nachweises sie bekanntgibt, ungenügend. Es droht eine Überidentifikation.

Es ist für den Persönlichkeitsschutz essentiell, dass die Verifikatorin nicht frei über die Erfordernis des elektronischen Nachweises und deren Umfang bestimmen kann, sondern diese gesetzlich auf das unbedingt Erforderliche beschränkt wird, und dass andernfalls eine informierte und explizite Zustimmung stattfindet. Betreffend Einschränkung der Datenmenge auf

das Notwendige lässt der Vorentwurf zum BGEID zu, dass mehr Daten als notwendig verarbeitet werden, und damit mehr Möglichkeit für deren Missbrauch eröffnet werden. Um den geforderten Prinzipien «privacy by design» und Datensparsamkeit gerecht zu werden, ist eine Ergänzung notwendig.

Ergänzungsvorschlag zu Art. 16

Es werden zwei neue Gesetzesbestimmung in Ergänzung zu Art. 16 vorgeschlagen.

Art. 16bis bestimmt, dass Umfang und Erfordernis von Seiten der Verifikatorin auf das unbedingt Erforderliche beschränkt wird. Er enthält auch eine Bestimmung des diskriminierungsfreien Zugangs zu Leistungen für Menschen ohne E-ID, welches vor allem Personen ohne Wohnsitz und Aufenthaltsbewilligung in der Schweiz sowie Menschen ohne Zugang zu technischen Mitteln betrifft. Der Absatz ist auch daraufhin ausgerichtet, dass sichergestellt ist, dass die Ausweiserfordernis von Privaten und Behörden nur dann besteht, wenn es die Umstände rechtfertigen.

Art. 16ter verankert das Informations-, Zustimmungs- und Widerrufbarkeitsprinzip, namentlich beim Gebrauch der Daten über ihren gesetzlichen und unbedingt erforderlichen Zweck hinaus. Dem Umstand, dass ein Ausweisen verschiedene Zwecke erfüllen kann, wird mit der Bestimmung Rechnung getragen, dass die Zustimmung und Widerrufung auf jeden einzelnen Zweck anwendbar ist.

Gesetzestext

Art. 16bis Einschränkung der Datenbearbeitung auf das unbedingt Erforderliche; diskriminierungsfreier Zugang

[1] Die Erfordernis eines elektronischen Nachweises darf von Behörden und Privaten als Voraussetzung für die Erbringung einer Leistung oder Gewährung eines Zugangs nur insoweit gestellt werden als sie für die Erbringung der Leistung oder der Gewährung des Zugangs unbedingt erforderlich ist.

[2] Falls die Übermittlung von Bestandteilen eines elektronischen Nachweises oder davon abgeleiteten Informationen unbedingt erforderlich ist, so ist stets die Möglichkeit vorzusehen, diese Bestandteile und Informationen ohne vermeidbare Nachteile auf andere Weise zu übermitteln.

Art. 16ter Informations- und Zustimmungspflicht; Widerrufsrecht

Für Datenbearbeitungen, welche für die Erbringung der Leistung oder die Gewährung des Zugangs nicht unbedingt erforderlich sind, gelten nachfolgende Bestimmungen:

a Die Verifikatorin informiert die Inhaberin oder den Inhaber des Ausweises über Art, Zweck und Umfang der Datenbearbeitung.

b Die Datenbearbeitung bedarf der expliziten und jederzeit widerrufbaren Zustimmungen der Inhaberin und des Inhabers.

c Erfüllt die Bearbeitung verschiedene Zwecke, so hat die Inhaberin oder der Inhaber die Zustimmung zu jedem dieser Zwecke einzeln zu erteilen.

d Die Inhaberin oder der Inhaber kann die Zustimmung jederzeit und einzeln widerrufen.

Art. 16 Abs. 3

Streichen von «möglichst», da eine Vermeidung der Kenntnisnahme, beispielsweise durch Einsatz eines Proxys, technisch möglich ist.

Fünfter Abschnitt

Art. 20

Die Fakultativbestimmung sollte mit einer obligatorischen Bestimmung ersetzt werden. Der Bund sollte die Infrastruktur und alle benötigten Anwendungen (als Beispielapplikation) zur Verfügung stellen, damit ein vielfältiges Ökosystem und das nötige Vertrauen entstehen können.

Art. **21 Abs. 2**

Aus der Bestimmung ergibt sich noch nicht eindeutig, dass der Zugriff auf die Sicherheitskopien durch andere Personen nicht möglich sein darf; dies ist entsprechend zu ergänzen. (Die benötigen Keys oder Informationen sind bei den Inhaberinnen; zur Not könnten Nachweise auch neu ausgestellt werden.)

Art. 25

Art. 25 BGEID kann dahingehend interpretiert werden, dass sie dem Bundesrat eine Gesetzgebungskompetenz delegiert. Mit Hinweis darauf ist es problematisch, wenn der Bundesrat selbständig Erweiterungen vornehmen kann, insbesondere weil der Rechtsweg betreffend Bundesratserlasse üblicherweise ausgeschlossen oder schwierig wahrzunehmen ist. Um die Möglichkeit unvorhergesehener technische Erneuerungen zu berücksichtigen, sei deshalb eine Methode vorzuschlagen, bei welcher die gerichtliche Überprüfung sowohl der Notwendigkeit als auch der Verhältnismässigkeit möglich ist.

Sechster Abschnitt

Art. 26

Es sei die Kostenlosigkeit aller Handlungen vorzusehen, welche die Zustimmung oder den Widerruf einer bestimmten Datenbearbeitung durch die Inhaberin oder den Inhaber eines elektronischen Ausweises erwirkt.

Mit freundlichen Grüssen

RA Viktor Györffy, Präsident grundrechte.ch