

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement (EJPD)
Bundesamt für Justiz (BJ)
Bundesrain 20
CHF-3003 Bern

Per Email versandt:
jonas.amstutz@bj.admin.ch

Bern, 14. Oktober 2021

Stellungnahme des Schweizerischen Anwaltsverbands SAV-FSA zum Vorentwurf der revidierten Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VE-VDSG)

Sehr geehrter Frau Bundesrätin,
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) bedankt sich für die Einladung zur Vernehmlassung und nimmt dazu wie folgt Stellung:

Allgemeine Ausführungen

Der SAV begrüsst, dass die Revision des schweizerischen Datenschutzrechts mit der Vernehmlassung zum VE-VDSG ihre Fortsetzung findet. Der SAV erhofft sich insbesondere, dass mit der Revision die grenzüberschreitende Datenübermittlung zwischen der Schweiz und dem Europäischen Wirtschaftsraum weiterhin ohne zusätzliche Hürden möglich bleibt.

Der SAV verfolgt mit der vorliegenden Stellungnahme vor allem zwei Anliegen: Zum einen sind bei der Schaffung der neuen VDSG rechtsstaatliche und rechtspolitische Grundsätze einzuhalten. Zum anderen soll die neue VDSG für kleine und mittlere Unternehmen keine unverhältnismässigen Anforderungen aufstellen.

Der SAV stellt fest, dass sich der VE-VDSG in Teilen deutlich von den Vorgaben des neuen Datenschutzgesetzes (nDSG) entfernt hat. Die neue Verordnung (nVDSG) kann das nDSG nur dort konkretisieren, wo das nDSG eine solche Konkretisierung, das heisst entsprechende Ausführungsbestimmungen, vorsieht. Auf Konkretisierungen, die im nDSG nicht angelegt sind, muss der Verordnungsgeber aus rechtsstaatlichen Gründen verzichten, denn dafür fehlt die erforderliche gesetzliche Grundlage. Genauso muss der Verordnungsgeber aus rechtspolitischen Gründen auf Bestimmungen verzichten, die der Gesetzgeber in den parlamentarischen

Beratungen zum nDSG bewusst verworfen hat. Für solche überschüssigen Bestimmungen fehlt nicht nur der erforderliche Konsens, sie liefen auch dem gesetzgeberischen Willen zuwider.

Der SAV stellt weiter fest, dass der VE-VDSG zum Teil Anforderungen stellt, welche kleinste, kleine und mittlere Unternehmen als Verantwortliche kaum oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand erfüllen können. Die meisten Anwältinnen und Anwälte sind in solchen kleinen oder mittleren wirtschaftlichen Strukturen tätig, wobei sie bereits einen erheblichen Aufwand für die Einhaltung der anwalts- und berufsrechtlichen Pflichten betreiben müssen. Dazu gehört insbesondere das Berufsgeheimnis, das in Bezug auf *alle* Daten von Mandantinnen und Mandanten bereits einen durchsetzbaren und wirksamen Datenschutz sicherstellt.

Der SAV stellt schliesslich fest, dass der VE-DSG überholte Elemente der geltenden VDSG unnötigerweise übernimmt und einen «Swiss Finish» gegenüber der europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) vorsieht. Auf solche Elemente wie auch auf einen «Swiss Finish» ist zu verzichten. Mit einem solchen Verzicht würden jene Verantwortlichen, die ergänzend zum nDSG die DSGVO umsetzen müssen oder bereits umgesetzt haben, nicht zusätzlich belastet. Für jene Verantwortlichen hingegen, die allein das nDSG umsetzen müssen, sollten Pflichten, die sich aus Konkretisierungen des nDSG in der nVDSG ergeben, insbesondere etwaige Dokumentationspflichten, erst nach einer Übergangsfrist von zwei Jahren gelten. Zur Vereinfachung der Einhaltung und Umsetzung sollten die Artikel in der nVDSG jeweils auf die zugrundeliegenden Artikel im nDSG verweisen.

Kommentar zu ausgewählten Artikeln

Art. 1 VE-VDSG

Abs. 1: Die Massnahmen sollten auf ihre Eignung hin beurteilt werden und nicht auf ihre Angemessenheit («angemessen» durch «geeignet» ersetzen).

Beim Kriterium der Implementierung sollte klargestellt werden, dass es nicht allein um Kosten, sondern auch um sonstigen Aufwand geht («Implementierungskosten» durch «Implementierungsaufwand» ersetzen).

Abs. 2: Die Überprüfung sollte «in angemessener Art und Weise» erfolgen, denn je nach Bearbeitung ist keine regelmässige Überprüfung erforderlich.

Art. 2 VE-VDSG

Der Katalog der Schutzziele sollte mit der Liste der Massnahmen gemäss Art. 32 DSGVO kompatibel sein, um die Umsetzung von nDSG *und* DSGVO zu erleichtern. Die Schutzziele sollten sich daher auf die Grundsätze der Vertraulichkeit, der Integrität und der Verfügbarkeit, die für die Datensicherheit im eigentlichen Sinne zentral sind, beschränken.

Art. 3 VE-VDSG

Der gesamte Artikel ist insbesondere mangels gesetzlicher Grundlage ersatzlos zu streichen. Er leidet zudem an systematischen Unstimmigkeiten (die Protokollierung ist keine Massnahme der Datensicherheit im eigentlichen Sinne) und fehlender Praktikabilität (der Auftragsbearbeiter weiss

nicht, ob eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchgeführt wurde, und ohnehin ist die Datenschutz-Folgenabschätzung ein ungeeigneter Indikator für Risiken der Datensicherheit).

Art. 4 u. 5 VE-VDSG

Der gesamte Artikel 4 ist mangels gesetzlicher Grundlage und als «Swiss Finish» ersatzlos zu streichen. Eine so weitgehende Dokumentationspflicht widerspricht auch dem erklärten Willen des Gesetzgebers, weshalb auf eine allgemeine Dokumentationspflicht nach dem Muster der DSGVO zu verzichten ist. Ein solches Bearbeitungsreglement wäre im Übrigen unnötig (es ist bereits ein Bearbeitungsverzeichnis mit weitgehend deckungsgleichen Angaben zu führen) und unverhältnismässig. Das gilt genauso für Bundesorgane (Art. 5 VE-DSG).

Art. 6 VE-VDSG

Abs. 1: Der gesamte Absatz ist insbesondere mangels gesetzlicher Grundlage ersatzlos zu streichen. Es ist zudem unklar, was mit einer «vertrags- oder gesetzesgemäss[en]» Bearbeitung gemeint ist. Das Anliegen dürfte in Art. 9 Abs. 1 nDSG bereits abgedeckt sein.

Abs. 2: Der gesamte Absatz ist infolge abschliessender Regelung im nDSG ersatzlos zu streichen.

Art. 9 VE-VDSG

Abs. 1: Der Katalog der mindestens zu regelnden Punkte sollte als beispielhafte Aufzählung ausgestaltet werden, oder aber es ist klarzustellen, dass zu unterscheiden ist zwischen Verträgen, bei denen der Empfänger ein Verantwortlicher ist und solchen, bei denen er als Auftragsbearbeiter tätig wird.

Abs. 2: Es genügt, wenn der Verantwortliche in angemessener Art und Weise Sorge trägt, die Einhaltung sicherzustellen («Der Verantwortliche muss in angemessener Art und Weise Sorge tragen, dass die Empfängerin oder der Empfänger die Datenschutzklauseln in einem Vertrag oder die speziellen Garantien einhält»). Der Verantwortliche kann die Einhaltung nicht gewährleisten, er kann dafür nur in angemessener Art und Weise Sorge tragen.

Art. 10 VE-VDSG

Abs. 1: Es genügt, wenn der Verantwortliche in angemessener Art und Weise Sorge trägt, die Beachtung sicherzustellen («Gibt der Verantwortliche Personendaten mittels Standarddatenschutzklauseln nach Artikel 16 Absatz 2 Buchstabe d DSGVO ins Ausland bekannt, so trägt er in angemessener Art und Weise dafür Sorge, dass die Empfängerin oder der Empfänger die Standarddatenschutzklauseln beachtet»).

Art. 13 VE-VDSG

Der gesamte Artikel ist mangels gesetzlicher Grundlage ersatzlos zu streichen. Offensichtlich falsch ist im Übrigen, dass auch der Auftragsbearbeiter eine Informationspflicht haben soll. Dies widerspricht nicht nur dem nDSG (Art. 19 nDSG verpflichtet richtigerweise nur den Verantwortlichen, nicht aber den Auftragsbearbeiter), sondern ist auch sachlich widersinnig.

Art. 15 VE-VDSG

Der gesamte Artikel ist mangels gesetzlicher Grundlage und als «Swiss Finish» ersatzlos zu streichen. Er ist zudem inhaltlich weder erforderlich noch praktikabel.

Art. 16 VE-VDSG

Der gesamte Artikel ist mangels gesetzlicher Grundlage ersatzlos zu streichen. Eine solche Informationspflicht hatte der Vorentwurf des nDSG noch vorgesehen. Der Gesetzgeber hat auf eine solche Pflicht indessen bewusst verzichtet. Sie kann daher nicht über die VDSG wieder eingeführt werden.

Art. 18 VE-VDSG

Satz 2 betreffend Aufbewahrungspflicht ist mangels gesetzlicher Grundlage ersatzlos zu streichen. Sie ist Teil einer umfassenden Dokumentationspflicht, die der VE-VDSG nun einführt, die dem Willen des Gesetzgebers aber widerspricht.

Art. 19 VE-VDSG

Abs. 5: Der gesamte Absatz ist mangels gesetzlicher Grundlage ersatzlos zu streichen. Er ist Teil einer umfassenden Dokumentationspflicht, die der VE-VDSG nun einführt, die dem Willen des Gesetzgebers aber widerspricht.

Art. 20 VE-VDSG

Abs. 3: Es genügt, wenn die Auskunft objektiv nachvollziehbar ist, auch wenn eine betroffene Person im Einzelfall nicht in der Lage sein mag, sie zu verstehen (Absatz vollständig durch «Die Auskunft muss nachvollziehbar sein» ersetzen).

Abs. 5: Der gesamte Absatz ist mangels gesetzlicher Grundlage ersatzlos zu streichen. Auch diese Bestimmung ist Teil einer umfassenden Dokumentationspflicht, die der VE-VDSG nun einführt, die dem Willen des Gesetzgebers aber widerspricht. Die Bestimmung ist zudem weder erforderlich noch praktikabel.

Art. 21 VE-VDSG

Abs. 1: Es sollte klargestellt werden, dass es um die gemeinsame Verantwortlichkeit geht («Sind für die Bearbeitung von Personendaten mehrere gemeinsam verantwortlich [...]»).

Abs. 2: Bei einer Auftragsbearbeitung bleibt der auftraggebende Verantwortliche verantwortlich, das heisst, die Auskunft sollte immer durch den Verantwortlichen erteilt werden. Der gesamte Absatz ist deshalb ersatzlos zu streichen. Das entspricht auch der Regelung der DSGVO.

Art. 22 VE-VDSG

Abs. 1: Es sollte klargestellt werden, dass die Frist zur Erteilung des Auskunftsbegehrens erst beginnt, wenn die betroffene Person identifiziert ist und, sofern der Verantwortliche bei

umfangreicheren Begehren eine entsprechende Nachfrage stellt, wenn die betroffene Person ihr Begehren konkretisiert hat.

Art. 23 VE-VDSG

Abs. 2: Der gesamte Absatz ist ersatzlos zu streichen, da eine angemessene Beteiligung an den Kosten bereits in Abs. 1 enthalten ist. Die Beschränkung auf 300 Franken wäre je nach Aufwand für die Auskunftserteilung offensichtlich nicht angemessen.

Abs. 3: Es ist klarzustellen, dass die Frist zur Beantwortung erst beginnt, nachdem die betroffene Person über die Höhe der Kostenbeteiligung in Kenntnis gesetzt wurde.

Art. 25 VE-VDSG

Abs. 1: Der gesamte Absatz ist als überflüssig ersatzlos zu streichen, da Art. 10 nDSG bereits detaillierte Bestimmungen enthält.

Art. 26 VE-VDSG

Der Artikel lässt offen, für welche Bearbeitung ein Bearbeitungsverzeichnis zu führen ist, wenn nur eine der Voraussetzungen von lit. a und b erfüllt ist. Es sollte verdeutlicht werden, dass die Pflicht jeweils nur für die Bearbeitung von Personendaten gilt, für die eine Voraussetzung nach lit. a oder b gilt, d.h. nur diejenigen Bearbeitungen, mit denen ein entsprechend erhöhtes Risiko einhergeht.

Der Begriff der «Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter» soll durch «Vollzeitstellen» ersetzt werden, um Verantwortliche, die Teilzeitarbeit ermöglichen, nicht zu benachteiligen.

Es sollte eine Übergangsfrist von zwei Jahren für die Umsetzung vorgesehen werden.

Der Schweizerische Anwaltsverband dankt Ihnen für Ihre Kenntnisnahme.

Mit freundlichen Grüssen

Präsidentin SAV
Birgit Sambeth Glasner

Generalsekretär SAV
René Rall

