

Eidgenössisches Justiz- und  
Polizeidepartement  
Bundesamt für Justiz  
Taubenstrasse 16  
3003 Bern

RR/SAV 312

Bern, 21. Januar 2002

**Teilrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) und Zusatzprotokoll zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung;**

**Vernehmlassung des Schweizerischen Anwaltsverbandes (SAV)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir danken Ihnen für die Fristerstreckung und die Gelegenheit, uns zum Vorentwurf zur Teilrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) und Zusatzprotokoll zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung äussern zu können. Die praktizierenden Anwälte sind von der Revisionsvorlage unmittelbar betroffen: einerseits als Datenbearbeiter, andererseits als Berater von Mandanten in datenschutzrechtlichen Fragen. Ein transparenter und praktikabler Datenschutz trägt wesentlich zum Vertrauen in datenbearbeitende Personen und in Inhaber von Datensammlungen bei. Auf europäischer Ebene ist die vorgesehene Teilrevision des Datenschutzgesetzes ein weiterer Schritt zur Annäherung an das vom Gemeinschaftsrecht geforderte Schutzniveau bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

Entsprechend der Bedeutung und dem Interesse an der Revisionsvorlage hat sich eine Arbeitsgruppe aus sachkundigen Anwältinnen und Anwälten mit dem Vorentwurf auseinandergesetzt. Dabei standen die Prüfung des Ausbaues des Persönlichkeitsschutzes und das Anliegen nach erhöhter Transparenz bei der Erhebung von Personendaten sowie die Angleichung des Vorentwurfes an das Gemeinschaftsrecht im Vordergrund. Gleichzeitig erfolgte eine Überprüfung der Bedürfnisgerechtigkeit und die Beurteilung der praktischen Umsetzung der Vorlage.

Schliesslich hat sich der Vorstand des SAV zur Teilrevision des Datenschutzgesetzes ausgesprochen und die Ergebnisse der Arbeitsgruppe behandelt. In einem ersten Teil unserer Vernehmlassung nehmen wir zu den generellen Zielsetzungen des Vorentwurfes Stellung. In einem zweiten Teil äussern wir uns zu einzelnen Bestimmungen der Revisionsvorlage.

## **I. Allgemeine Bemerkungen zum Vorentwurf**

1. Wir befürworten den eingeschlagenen Weg der Teilrevision. Die punktuellen Mängel des Datenschutzgesetzes, bei denen ein dringendes Bedürfnis nach einer Neuregelung festgestellt wurde oder für die sich ein Anpassungsbedarf aus der Umsetzung der Motionen "Online-Verbindungen" und "Erhöhte Transparenz" ergibt, können in dieser Form behoben werden. Zur Zeit müssen keine weiteren Punkte in die Revision einbezogen werden.
2. Die Motion "Erhöhte Transparenz" verlangt lediglich eine Revision des Datenschutzgesetzes in dem Umfange, als die für die Datenbearbeitung verantwortlichen Privatpersonen und Bundesorgane zu verpflichten sind, die betroffenen Personen bei der Erhebung von *besonders schützenswerten Personendaten und von Persönlichkeitsprofilen* zu informieren. Der Vorentwurf geht wesentlich weiter und dehnt die Informationspflicht bei der Beschaffung von Personendaten auch auf Daten aus, die nicht besonders schützenswert sind und die keine Persönlichkeitsprofile darstellen.

Von der Zielrichtung her unterstützen wir grundsätzlich die Ausdehnung der Informationspflicht bei der Beschaffung auf alle Personendaten. Der Persönlichkeitsschutz der betroffenen Personen wird damit verstärkt und die Transparenz bei der Datenbeschaffung erhöht. Die Informationspflicht der Bearbeitenden ist aber bei der Beschaffung von Daten, die nicht besonders schützenswert sind und die keine Persönlichkeitsprofile darstellen, auf das unbedingt Notwendige zu beschränken. Zu Recht wird im Erläuternden Bericht darauf hingewiesen, die betroffenen Personen sollten nicht ungefragt mit Informationen überschwemmt werden (Seite 6). Ist die Beschaffung der Personendaten und der Zweck der Bearbeitung für die betroffene Person aus den gesamten Umständen erkennbar, besteht kein Schutzbedürfnis und damit auch keine Informationspflicht. Zusätzliche Anforderungen wären hier sachlich weder geboten noch verhältnismässig.

3. Im Rahmen der vorgesehenen Teilrevision des DSG ist es vertretbar, zur Zeit auf eine generelle, angemessene Information der Betroffenen durch Datenbearbeitende, wie auf europäischer Ebene in mehreren Empfehlungen des Ministerrates im Bereich des Datenschutzes vorgesehen, zu verzichten. Mit der Umsetzung der Motion "Erhöhte Transparenz" wird das Schutzniveau bei der Bearbeitung von Personendaten, insbesondere von besonders schützenswerten Daten und von Persönlichkeitsprofilen, wesentlich erhöht und gleichzeitig

ein Schritt in Richtung der Empfehlungen des Ministerrates getan (Erläuternder Bericht, Seite 11).

4. Zur Erhöhung der Transparenz bei der Datenbeschaffung werden die Bestimmungen von Art. 4 Abs. 4 VE sowie Art. 7a VE neu eingeführt. Beide Normen sind stark auf den Fall der direkten Datenbeschaffung bei den betroffenen Personen ausgerichtet. In diesem Umfang dürften die Bestimmungen auch den angestrebten Zweck erreichen.

Nicht oder nur ungenügend berücksichtigt wird dagegen die indirekte Datenbeschaffung über Dritte, beispielsweise der Ankauf von Datenbeständen über Adressvermittlerfirmen. Im Einzelnen wird auf die nachfolgenden Ausführungen zu Art. 4 Abs. 4 VE und zu Art. 7a VE verwiesen. Gerade in diesem Bereich wäre Transparenz aber besonders wichtig, denn regelmässig findet die Datenbeschaffung über Dritte ohne Kenntnis der betroffenen Personen statt. Deren Privatsphäre ist bei solchen Datenbeschaffungen besonders gefährdet. Diese Personen können keinen Einfluss darauf nehmen, wer die Daten beschafft, welche Daten beschafft werden und wozu diese Daten verwendet werden. Bei der direkten Datenbeschaffung sind die Einflussmöglichkeiten der betroffenen Personen wesentlich grösser. Dies gilt insbesondere auch bei der Datenbeschaffung im Internet.

5. Wir begrüssen die Absicht, die grenzüberschreitende Bekanntgabe von Personendaten nach Art. 6 VE und insbesondere die in Absatz 2 aufgeführten Rechtfertigungsgründe detaillierter zu fassen. Damit werden für die Praxis klarere Vorgaben geschaffen, welche zur Erhöhung der Rechtssicherheit beitragen. Wir befürworten die stärkere Gewichtung der Eigenverantwortung des Datenbearbeiters und die Abschaffung der allgemeinen Meldepflicht nach Art. 6 Abs. 2 DSG.

Neu wird für die Datenbekanntgabe ins Ausland vorausgesetzt, dass die ausländische Gesetzgebung "einen angemessenen Schutz" gewährleistet (Art. 6 Abs.1 VE). Das geltende Recht verlangt in Art. 6 Abs.1 DSG einen Datenschutz, der "dem schweizerischen gleichwertig ist". Die im Vorentwurf vorgeschlagene Regelung bedeutet eine Abschwächung der Anforderungen. Im Verhältnis zu Staaten, die nicht dem Übereinkommen des Europarates zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (STE 108) beigetreten sind, ist diese Abschwächung sachlich nicht gerechtfertigt. Deshalb sollte an einem Schutzniveau festgehalten werden, welches dem schweizerischen gleichwertig oder zumindest in Übereinstimmung mit dem schweizerischen Recht ist. Im Einzelnen verweisen wir auf die Bemerkungen zu Art. 6 VE.

6. Ungeachtet der Tatsache, dass sich die Rechtssetzung in der Europäischen Union in naher Zukunft weiter entwickeln dürfte, ist die Angleichung des schweizerischen Datenschutzes an das Gemeinschaftsrecht weiter zu verfolgen. Wohl zählt die Europäische Union die Schweiz zur Zeit zu den Ländern, die ein angemessenes Schutzniveau aufweisen, welches den Datentransfer aus den Mitgliedstaaten der EU in die Schweiz erlaubt. Doch wird zu Recht darauf

hingewiesen, dass diese Qualifikation revidiert werden kann (Erläuternder Bericht, Seite 8). Zu beachten ist, dass das Gemeinschaftsrecht insgesamt strengere Schutzbestimmungen aufweist als das schweizerische Recht. Dies gilt insbesondere für die allgemeine Informationspflicht, bei der Bearbeitung von sensiblen Personendaten, für die vorgängige Meldung an eine Kontrollbehörde bei ganz oder teilweise automatisierter Bearbeitung von Personendaten und in Bezug auf das Recht der betroffenen Person, überhaupt keine Entscheidung unterworfen zu werden, der allein gestützt auf eine automatische Verarbeitung getroffen wurde.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie die zuständige Behörde der EU auf die mit der Revision geschaffene Diskrepanz zwischen dem schweizerischen Recht und den Vorgaben der EU reagieren wird. Dies gilt namentlich auch mit Bezug auf die Registrierungspflicht für Private, welche mit der vorgesehenen Teilrevision des DSG ersatzlos aufgehoben werden soll. Dass im Rahmen der Revision Ziele, die nahe bei denen der EU-Richtlinien liegen, verfolgt werden, ist ein begrüssenswerter Schritt in Richtung Angleichung.

## **II. Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen**

### **Art. 3**

#### *Begriffe*

##### *- (neu) Dritter:*

In der Arbeitsgruppe "Teilrevision DSG" wurde diskutiert, ob mit Blick auf Art. 7a Abs. 3 VE sowie Art. 13 DSG der Begriff des "Dritten" auf Gesetzes- oder allenfalls auf Verordnungsstufe definiert werden sollte. Dies könnte zur Klärung der in der Praxis immer wieder auftretenden Auslegungsfragen zum erwähnten Begriff beitragen. Nach der in Art. 7a Abs. 3 VE vorgesehenen Regelung besteht auch dann eine Informationspflicht, wenn Daten, die nicht direkt bei der betroffenen Person beschafft worden sind, an eine Unternehmung (Rechtseinheit) innerhalb des gleichen Konzerns bekanntgegeben werden. Hier stellt sich die Frage, ob ein gleiches Informations- und Schutzbedürfnis der betroffenen Personen besteht.

Kriterium für eine Definition des "Dritten" wäre, dass die in Frage stehenden Personen (Rechtseinheiten) der Kontrolle durch die gleiche Person und dem gleichen (verbindlichen) Datenschutzregime unterliegen und so (datenschutzrechtlich) als eine Person zu betrachten sind.

##### *- Persönlichkeitsprofil:*

Dieser Begriff wird bereits im geltenden Recht definiert und soll beibehalten werden. Wegen der immer wieder auftretenden Probleme bei der Auslegung des Begriffs "Persönlichkeitsprofil" wäre zu prüfen, ob mit einer konkreteren Definition und/oder mit dem Hinzufügen einiger typischer Beispiele diesem Begriff nicht mehr Aussagekraft verliehen werden könnte. Dies würde auch zur Erhöhung der Rechtsicherheit beitragen. Die Beispiele könnten in die Verordnung zum DSG aufgenommen werden.

*- Bearbeiten:*

Zur Vermeidung von Unklarheiten sollte "Beschaffen" in der bestehenden Definition von Art. 3 lit. e DSGVO wie folgt präzisiert werden:

"*Bearbeiten*: ..., insbesondere das *direkte und indirekte* Beschaffen, Aufbewahren, ...".

**Art. 4 Abs. 4**

Absatz 4 regelt die Erkennbarkeit der Beschaffung von Personendaten. Die Bearbeitung ist auf den Fall der direkten Beschaffung von Daten zugeschnitten. Unklar ist, wie es sich mit der *indirekten* Beschaffung über Dritte verhält.

Zunächst fragt sich, ob eine solche indirekte Beschaffung überhaupt als "Beschaffung" im Sinne des DSGVO zu gelten hat. Diese Frage ist wohl unter Beizug von Art. 7a Abs. 3 VE zu bejahen. Nichts anderes ergibt sich aus der Verwendung des Begriffs in Art. 18 DSGVO (siehe MAURER/VOGT, Kommentar zum Datenschutzgesetz, 1995, Art. 18 Rz 4).

Sodann ist zu überlegen, wie die Erkennbarkeit gewährleistet werden kann. Typischerweise findet die indirekte Beschaffung von Personendaten ohne Zutun und somit ohne Kenntnis der betroffenen Personen statt. Eine Erkennbarkeit wäre demnach nur dann gegeben, wenn die betroffenen Personen über die indirekte Beschaffung ausdrücklich informiert würden.

**Art. 6**

*Zum Anwendungsbereich des Artikels*

Hier stellt sich grundsätzlich die Frage, ob alle Personendaten den besonderen Rechtfertigungsgründen gemäss Absatz 2 VE unterworfen werden sollen.

Dahinter steht die Überlegung bzw. die Meinung, dass nur die Bekanntgabe von Personendaten, die eine gewisse Sensitivität aufweisen, eine schwerwiegende Gefährdung der Persönlichkeit der betroffenen Person nach sich ziehen. In diesem Falle wäre zu prüfen, ob der Transfer von gewissen allgemein zugänglichen Daten ("Telefonbuchdaten") ins Ausland generell von der Rechtfertigungspflicht gemäss Art. 6 Abs. 2 VE ausgenommen werden sollte. Obwohl hierfür ein gewisses praktisches Bedürfnis besteht, stellen wir keinen Antrag auf Änderung der Bestimmung. Mit dem Gesetzesentwurf halten wir dafür, dass das Schutzniveau im Empfängerland die einzig relevante Grösse sein muss und nicht auf die Art der zu übertragenden Personendaten abgestellt werden darf. Wir stimmen daher dem in Art. 6 Abs. 2 VE vorgesehenen Erfordernis der Rechtfertigung bei fehlendem Schutzniveau zu.

*Angemessener Schutz:*

Für den Datentransfer ins Ausland wird neu eine Gesetzgebung vorausgesetzt, welche "einen angemessenen Schutz gewährleistet", während nach geltendem Recht ein Datenschutz verlangt wird, welcher "dem schweizerischen gleichwertig ist". Dies bedeutet im Ergebnis eine Abschwächung der Anforderungen. Zur Be-

urteilung der Frage, ob dies sachlich gerechtfertigt ist, müssen zwei Fälle unterschieden werden:

- Im Verhältnis der Vertragsstaaten des Europarat-Übereinkommens zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (STE 108) muss der internationale Datenverkehr dadurch gewährleistet werden, dass keine Vertragspartei den Transfer von Informationen an eine andere Vertragspartei, welche den vom Übereinkommen vorgesehenen Mindestschutz gewährleistet, untersagen darf (Erläuternder Bericht, Seite 10). Insoweit ist es sachgerecht, auf einen "angemessenen" Schutz abzustellen, welcher im erwähnten Übereinkommen auch konkretisiert wird.
- In Bezug auf *Drittstaaten* sieht das Zusatzprotokoll zum Europarat-Übereinkommen in Art. 2 Abs. 1 vor, dass Personendaten nur dann übermittelt werden dürfen, wenn der Drittstaat einen angemessenen Schutz für die beabsichtigte Datenübermittlung gewährleistet. Das autonome Recht kann indes strengere Voraussetzungen vorsehen. Dies ergibt sich aus Art. 2 Abs. 2 des Zusatzprotokolls. Ein Schutzniveau, welches zwar "angemessen", nicht aber "dem schweizerischen gleichwertig" ist, muss somit im nationalen Recht nicht zwingend vorgesehen werden. Deshalb sollte auch künftig an einem Schutzniveau festgehalten werden, welches dem schweizerischen gleichwertig oder zumindest in Übereinstimmung mit dem schweizerischen Recht angemessen ist. Artikel 6 Absatz 2 VE müsste an die Formulierung von Absatz 1 angepasst werden.

#### *Melde- und Informationspflichten:*

Wir begrüßen grundsätzlich eine detailliertere Regelung der Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland. Aus Sicht der praktizierenden Anwaltschaft ist die stärkere Gewichtung der Eigenverantwortung des Datenbearbeiters und die Abschaffung der allgemeinen Meldepflicht gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG zu begrüßen. In der Praxis setzt der Datenbearbeiter die betroffenen Personen wenn immer möglich über den Datentransfer ins Ausland in irgendeiner Form in Kenntnis. In diesem Fall kann von einer in aller Regel mit Mehraufwand verbundenen Meldung an den Datenschutzbeauftragten abgesehen werden.

In gewissem Widerspruch zur Abschaffung bzw. zum Abbau der Meldepflicht von Privaten an den Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten steht die in Art. 6 Abs. 3 VE vorgesehene Informationspflicht. Soll dem Anliegen nach vermehrter "Eigenverantwortung" des Datenbearbeiters konsequent Rechnung getragen werden, ist die Einhaltung der verlangten Sorgfalt nicht (wieder) mittels einer solchen Informationspflicht, sondern mit einer Haftpflicht des Datenbearbeiters zu sanktionieren (siehe Erläuternder Bericht, Seite 21 oben). Auch wird im Erläuternden Bericht zu Recht festgehalten, die Meldepflicht habe sich in der Praxis nicht bewährt. Wir bezweifeln, dass sich die in Absatz 3 neu vorgesehene Informationspflicht des EDSB in dieser Form in der Praxis durchsetzen kann, ausser dieser Absatz würde dahingehend ergänzt, dass auch dem Datenschutzbeauftragten eine Mitteilungspflicht auferlegt wird.

*Datentransfer ins Ausland (Empfänger der Daten):*

Auch im Rahmen von Art. 6 VE wurde die Frage aufgeworfen, ob sich Unternehmen unter einheitlicher Kontrolle (insbesondere mit Konzernstruktur) in einer besonderen Interessenlage befinden und wenn ja, ob Art. 6 VE den besonderen Bedürfnissen einer solcher Gruppe angemessen Rechnung trägt. Wie unter Art. 3 VE bereits dargelegt, bejahen wir dies. Zu prüfen wäre, ob in Art. 6 Abs. 1 VE der Begriff des "Dritten" eingeführt werden sollte ("*Personendaten dürfen nicht an Dritte ins Ausland bekanntgegeben werden, wenn....*") oder ob die in Abs. 2 vorgesehenen Rechtfertigungsgründe, insbesondere die in lit. a geschaffene Möglichkeit vertraglicher Schutzgarantien auch den Bedürfnissen in einer Gruppe verbundener Personen bzw. Unternehmen genügend Rechnung trägt. Dabei wäre für den Begriff des "Dritten" von der in Art. 3 VE vorgeschlagenen Definition, bestehend aus den Elementen der Kontrolle durch die gleiche Person und des gleichen (verbindlichen) Datenschutzregimes, auszugehen.

Den Bedürfnissen in Konzernen wird über die in Art. 6 Abs. 2 VE vorgesehenen Rechtfertigungsgründe genügend Rechnung getragen. Ein konzernweites (verbindliches) "Datenschutzregime", welches Teil der Definition des "Dritten" sein müsste, dürfte von der in lit. a vorgesehenen Möglichkeit vertraglicher Garantien erfasst sein. Ebenso wird auch lit. c den Interessen in Konzernen gerecht. So dürfte beispielsweise die Übermittlung von Personendaten eines Arbeitnehmers, welcher bei einer Schweizer Tochtergesellschaft eine Stelle antritt, an die Muttergesellschaft im Ausland durch Art. 6 Abs. 2 lit. c VE gerechtfertigt sein.

*Einwilligung (Art. 6 Abs. 2 lit. b):*

Eine Einwilligung "im Einzelfall" könnte dahingehend ausgelegt werden, dass für jede einzelne Datenübertragung die Einwilligung der betroffenen Person notwendig ist. Eine solche enge Auslegung dürfte kaum dem Sinn des Entwurfs entsprechen und sie wäre sachlich weder geboten noch praktikabel. Zur Vermeidung von Unklarheiten und zur Präzisierung schlagen wir vor, den Zusatz "im Einzelfall" zu streichen. Dieser Zusatz ist für die Erreichung der angestrebten Konkretisierung der Einwilligung nicht notwendig. Die in der Praxis entwickelten Grundsätze, wann eine gültige Einwilligung vorliegt, tragen den Schutzbedürfnissen einer betroffenen Person genügend Rechnung. Soll die Einwilligung dennoch erhöhten Anforderungen genügen, würden wir anstelle der Formulierung "im Einzelfall" eine Formulierung vorziehen, wonach in die Art und den Umfang der Daten sowie in die Kategorie der Datenempfänger eingewilligt wird.

*Lebenswichtige Interessen (Art. 6 Abs. 2 lit. e):*

Hier stellen wir die Frage, ob anstelle "lebenswichtiger Interessen" nicht schon "überwiegende Interessen" genügen.

## **Art. 7a**

Absatz 2 regelt, welche Informationen bei der Beschaffung von besonders schützenswerten Personendaten und von Persönlichkeitsprofilen der betroffenen Person mitzuteilen sind. Bei einer Beschaffung über Dritte (indirekte Datenbeschaf-

fung) sollte zu diesem Mindestinhalt auch die Beschaffungsquelle, d.h. die Herkunft der Personendaten, zählen.

Absatz 3 präzisiert die Informationspflicht bei einer Datenbeschaffung über Dritte näher. Die Information der betroffenen Person hat "spätestens bei der ersten Bekanntgabe an Dritte zu erfolgen". Diese Regelung erscheint in doppelter Hinsicht problematisch:

- Zunächst kann die Bestimmung dahingehend verstanden werden, dass eine Information gänzlich unterbleiben kann, soweit keine Bekanntgabe an Dritte stattfindet. Die Informationspflicht soll aber nicht an die Bekanntgabe der Daten, sondern an deren Beschaffung anknüpfen. Sie muss somit in jedem Fall erfolgen.
- Sodann ist unklar, welcher Zeitpunkt bei der Formulierung: "*bei* der ersten Bekanntgabe" zu verstehen ist. Das Wort "*bei*" kann dahingehend interpretiert werden, dass die Information der betroffenen Person *zugleich* mit der Bekanntgabe an Dritte stattfinden muss. Sie erfolgt dann aber nach unserer Auffassung zu spät. Insbesondere würde der betroffenen Person der neu in Art. 15a Abs. 1 VE vorgesehene Behelf nichts mehr nützen (siehe Bemerkungen zu Art. 15a VE). Die Information der betroffenen Personen sollte daher immer *vor* der ersten Datenbekanntgabe stattfinden. In diesem Sinne bedarf die Bestimmung einer Präzisierung.

## **Art. 7b**

Entscheidfindungen auf Grund automatisierter Datenbearbeitungen werden mit dem Ausbau des E-Governement künftig an Bedeutung gewinnen. Solche Entscheide müssen grundsätzlich nicht mit höheren Risiken belastet sein als Entscheide, die auf Grund menschlicher Beurteilung getroffen werden. In beiden Fällen, also nicht nur bei automatisierter Bearbeitung, besteht ein angemessenes Informationsbedürfnis der betroffenen Person.

Die Informationspflicht durch den Inhaber der Datensammlung findet ihre Schranke dort, wo die betroffene Person bei Einzelentscheiden durch automatisierte (oder menschliche) Datenbearbeitung in ihrer Rechtsstellung nicht beeinträchtigt, also durch einen Entscheid nicht belastet wird. Nur wenn der Entscheid für die betroffene Person "rechtliche Folgen" hat, ist eine Informationspflicht gerechtfertigt. Unklar bzw. durch die Formulierung "rechtliche Folgen" bereits abgedeckt ist das alternative Erfordernis "oder sie sonst wesentlich betrifft". Wir empfehlen die Streichung oder eine Präzisierung dieses Erfordernisses.

Im Rahmen der vorgesehenen Teilrevision des DSG drängt sich in diesem Artikel zur Zeit die Uebernahme der einschlägigen Bestimmung der Gemeinschaftsrichtlinie (Recht einer jeden Person, keinem Entscheid unterworfen zu werden, der ausschliesslich auf der Basis einer automatisierten Datenbearbeitung zustande kommt) nicht auf. Nach der neuen Bestimmung von Art. 15a VE hat die betroffene Person die Möglichkeit, die Datenbearbeitung zu untersagen (siehe Bemerkungen zu Art. 15a VE).



## Art. 15

Artikel 15 Absatz 1 und 3 VE werden gegenüber der geltenden Fassung insoweit weiter gefasst, als nicht nur die Sperre der Bekanntgabe an Dritte, sondern die Sperre der Datenbearbeitung generell verlangt werden kann. Die gewählte Umschreibung "Sperre der Datenbearbeitung" erscheint jedoch etwas unglücklich. Besser wäre, von einer *Einstellung* oder *Unterlassung* der Datenbearbeitung zu sprechen. Die entsprechenden Bestimmungen sollten daher wie folgt formuliert werden:

Abs. 1: "[...] Der Kläger kann insbesondere verlangen, dass die Datenbearbeitung eingestellt, namentlich die Bekanntgabe an Dritte gesperrt, oder [...]"

Abs. 3: "[...], dass die Berichtigung, die Vernichtung, die Einstellung der Bearbeitung, namentlich die Sperre der Bekanntgabe an Dritte, [...]"

## Art. 15a

Diese neu einzuführende Bestimmung sieht ein spezielles Verfahren der Untersagung der Datenbearbeitung vor. Sie dürfte in der Praxis Schwierigkeiten bereiten und zwar aus folgenden Gründen:

- Gemäss Absatz 3 kann die betroffene Person innert zehn Tagen seit Kenntnis des Rechtfertigungsgrundes *vom Richter die Sperre der Datenbearbeitung verlangen* (bezüglich der "Sperre" siehe Bemerkungen zu Art. 15 VE). Offen bleibt zunächst, ob während dieser zehntägigen Frist die Datenbearbeitung weiterhin verboten ist; die Ausführungen im Erläuternden Bericht erscheinen widersprüchlich (siehe Seite 9 Mitte und Seite 27 unten). Weiter fragt sich, in welcher Form die betroffene Person an den Richter gelangen muss: Genügt zur Aufrechterhaltung des Verbots die Einreichung einer "blossen" Klage oder muss dafür eine vorsorgliche Massnahme beantragt werden? Vorentwurf und Erläuternder Bericht lassen diese Frage offen.
- Artikel 15a Absatz 3 VE regelt nicht, welche Rechtsfolgen an den *Rückzug* der Untersagung anknüpfen. Insbesondere ist unklar, ob die betroffene Person gegenüber dem Inhaber der Datensammlung für allfällig infolge der Verzögerung verursachten Schaden ersatzpflichtig ist. Im Rahmen eines vorsorglichen Massnahmeverfahrens enthält diesbezüglich Art. 28f ZGB eine klare Regelung. Diese wird aber nicht ohne weiteres auf die vorliegende Konstellation übertragen werden können.

## Art. 17 Abs. 2 lit. c

Diese Bestimmung ist sprachlich unpräzise und sollte wie folgt lauten:

- c. "die betroffene Person im Einzelfall eingewilligt *hat* oder ihre Daten allgemein zugänglich gemacht und eine Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt *hat*."

### **Art. 20a**

Wir begrüßen grundsätzlich die Beibehaltung der Meldepflicht für Bundesorgane, weil damit die Transparenz und die Kontrollierbarkeit erhöht wird. Eine Vereinfachung des Verfahrens, welche wohl vor allem die zu meldenden Angaben betreffen wird, würde dem Zweck des Registers nicht entgegenstehen.

### **Art. 26**

Die Stärkung der Stellung des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten wird grundsätzlich begrüsst. Ein eigenes Budget wird dieser Stelle zudem mehr Flexibilität ermöglichen.

### **Art. 27 Abs. 6**

Das Beschwerderecht schliesst eine empfindliche Lücke und wird die Berücksichtigung der Datenschutzinteressen bei der Erfüllung der Verwaltungsaufgaben nachhaltig stärken. Damit wird auch den Anforderungen des Zusatzprotokolls zum Übereinkommen zum Schutz der Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten Genüge getan (siehe Art. 1 Abs. 2 lit. a des Zusatzprotokolls). Nicht auf Anhieb klar wird aus Art. 27 Abs. 6 VE jedoch, ob der Datenschutzbeauftragte den Entscheid der eidgenössischen Datenschutzkommission mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht weiterziehen kann. Wir schlagen deshalb vor, das Wort "einzig" einzufügen und empfehlen folgende Formulierung:

"Der Datenschutzbeauftragte kann den Entscheid des zuständigen Departements oder der Bundeskanzlei *einzig* mit Beschwerde bei der Eidgenössischen Datenschutzkommission anfechten."

Mit dieser Formulierung wird auch klargestellt, dass das individuelle Beschwerderecht gemäss Art. 25 Abs. 2 DSG unangetastet bleibt, falls die Datenschutzkommission auf Grund einer Beschwerde des Datenschutzbeauftragten im konkreten Fall zuungunsten der betroffenen Person entscheidet.

### **Art. 29**

Artikel 29 VE erweitert das Recht des Datenschutzbeauftragten, Untersuchungen durchzuführen. Diese Erweiterung erscheint wesentlich. Dennoch wird sie die abgeschaffte Meldepflicht nicht vollumfänglich ersetzen können. Der Datenschutzbeauftragte wird nach wie vor darauf angewiesen sein, dass entsprechende Anzeigen bei ihm eingehen.

Dem Datenschutzbeauftragten sollte unserer Meinung nach auch eine Beratungsfunktion gegenüber privaten Unternehmen überbunden werden. Gerade im privatrechtlichen Bereich ist der Bedarf nach Information gross, weil eine Gerichtspraxis zu den einzelnen Bestimmungen des DSG weitgehend fehlt.

Diese Beratungsfunktion ist in Art. 31 lit. a DSG einzufügen. Diese Bestimmung sollte wie folgt lauten:

"Er unterstützt *und berät* Organe des Bundes und der Kantone sowie *die Privaten* in Fragen des Datenschutzes."

### **Art. 38**

Eine Übergangsbestimmung ist nur in Bezug auf die Informationspflicht gemäss Art. 7a VE vorgesehen. Danach sind innert eines Jahres nach Inkrafttreten des Gesetzes die notwendigen Massnahmen zur Gewährleistung der Information zu ergreifen. Der Erläuternde Bericht (Seite 33 oben) führt dazu aus, es sei somit nicht vorgesehen, die Informationspflicht von Art. 7a rückwirkend auf bereits beschaffte Daten anzuwenden. Diese Aussage erscheint in doppelter Hinsicht problematisch:

- Wegen des Wegfalls der Registrierungspflicht fragt sich, ob die bereits registrierten Sammlungen besonders schützenswerter Personendaten oder Persönlichkeitsprofile vom EDSB weiter geführt werden und auch weiterhin von jeder Person eingesehen werden können. Artikel 20a VE äussert sich diesbezüglich nicht deutlich. Wir empfehlen eine Klarstellung in den Übergangsbestimmungen, wonach Einsicht in bereits beschaffte und registrierte Datensammlungen weiterhin zu gewähren ist.
- Sodann ist unklar, was hinsichtlich derjenigen Datensammlungen gilt, welche während der einjährigen Übergangsfrist nach Inkrafttreten des Gesetzes beschafft werden. Fest steht, dass die Registrierungspflicht für diese Datensammlungen aufgehoben ist. Fraglich ist jedoch, ob auf diese Datensammlungen bereits die Informationspflicht von Art. 7a VE Anwendung finden soll. Auch dies sollte in bejahendem Sinne klargestellt werden.

Innerhalb der zur Verfügung stehenden Zeit war es leider nicht möglich, zu allen Vorschlägen ausformulierte Anträge auszuarbeiten. Der SAV ist jedoch gerne bereit, bei den aus seiner Sicht an verschiedenen Stellen erforderlichen Umformulierungen des Vorentwurfes aktiv mitzuarbeiten.

Mit freundlichen Grüssen

Niklaus Studer  
Präsident SAV