

Stellungnahme des SWICO in der Anhörung zur Anpassung der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG) an das revidierte Datenschutzgesetz

Vorbemerkung

Diese Stellungnahme in der vom Vorsteher des Eidg. Justiz- und Polizeidepartements am 27. Februar 2007 angeordneten Anhörung zum Entwurf für die Anpassung der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (RevE VDSG) an das am 24. März 2006 geänderte Datenschutzgesetz (Rev DSG) ist in der durch RA Dr. Peter Neuenschwander geleiteten Juristischen Kommission des Schweizerischen Wirtschaftsverbandes der Informations-, Kommunikations- und Organisations-technik SWICO erarbeitet worden. An der Erarbeitung des Dokumentes waren folgende Mitglieder der Kommission aktiv beteiligt: Christiane Ammann, Schindler Holdings; RA Jacques Beglinger; Marcel Huber, Orange Communications; Beat Lehmann, Alcan Holdings Switzerland; Michael Widmer, SAP; Dr. Christoph Stocker, UBS; Dr. Bruno Wildhaber, forte advisors.

Nach Auffassung des SWICO sollten die Vollzugsbestimmungen zum Rev DSG auf die Erfüllung der wesentlichen Anforderungen an den Schutz der Persönlichkeit und die Gewährleistung der informationellen Selbstbestimmung bei der Bearbeitung von Personendaten ausgerichtet sein, wie sie als „Datenschutzgrundsätze“ in Art. 4 – 7 Rev DSG festgelegt sind.

Die im vorliegenden Dokument entwickelten Vorschläge sollen somit der Unterstützung der bearbeitenden Stellen von Bundesverwaltung und Privatwirtschaft bei der Umsetzung der Bestimmungen des Rev DSG dienen, mit dem Ziel der wirkungsvollen Realisierung des Datenschutzes in ihrer praktischen Arbeit. Sie gehen von der Voraussetzung aus, dass regulatorische Anforderungen, welche auf die Verhältnisse bei der Bearbeitung von Personendaten in der realen Wirtschaft und Gesellschaft Rücksicht nehmen, dem Schutz der betroffenen Personen im Ergebnis mehr dienen als Auflagen und Rechtspflichten, die in der Praxis nicht oder nur mit einem unverhältnismässig grossen Aufwand der Anwender durchgesetzt werden können.

Im Weiteren vertritt der SWICO die Meinung, dass für die auf dem Gebiet der Informatikanwendung in die internationale Wirtschaft besonders stark eingebundene Schweizer Wirtschaft der nationale Datenschutz soweit als möglich und notwendig auf das harmonisierte europäische Datenschutzrecht (Übereinkommen des Europarates zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 28. Januar 1981 - SR 0.235.1 - ergänzt durch das Zusatzprotokoll STE 179 bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung vom 8. November 2001 – BBl 2003, 2167 f - sowie die EG-Datenschutzrichtlinie vom 24. Oktober 1995 (95/46/EG) – ABl. EG Nr, L 281 vom 23.11.1995, S. 31 f) abgestimmt werden sollte, um ein „Datenschutzgefälle“ - in beiden Richtungen - zwischen unserem Land und dem umgebenden Wirtschaftsraum zu vermeiden.

Die nachstehenden Bemerkungen zum Rev E VDSG beschränken sich auf jene Punkte der Vollzugsbestimmungen zum Rev DSG, welche aus der Sicht des SWICO und der von ihm eingesetzten Arbeitsgruppe für die Bearbeitung von Personendaten in der Wirtschaftspraxis eine besondere Bedeutung haben.

Erkennbarkeit der Bearbeitung von Personendaten

In einer früheren vom BAJ herausgegebenen Fassung eines VE Rev VDSG ist der Versuch unternommen worden, der Praxis eine **Hilfe zur Umsetzung der in Art. 4 Abs. 4 Rev DSG neu eingeführten Informationspflicht** zu verschaffen. Dieser Vorschlag ist offenbar inzwischen fallen gelassen worden. Der Wunsch nach einer solchen Umsetzungshilfe für die dem Datenschutz verpflichteten bearbeitenden Stellen von Wirtschaft und Verwaltung betreffend die an die „Erkennbarkeit der Bearbeitung von Personendaten“ gestellten gesetzlichen Anforderungen besteht jedoch weiterhin.

Es wird daher folgende Formulierung für die Umsetzung dieser in das Rev DSG aufgenommene Schlüsselbestimmung in der Rev VDSG vorgeschlagen

1. Abschnitt

Allgemeine Datenschutzbestimmungen

Art. 1 Erkennbarkeit der Bearbeitung von Personendaten

Die Erkennbarkeit der Bearbeitung von Daten für die betroffene Person ist gegeben, wenn

- a. die Daten bei der betroffenen Person beschafft und dieser die Angaben gemäss Art. 3 Absatz 1 mitgeteilt werden;
- b. der betroffenen Person nach den Umständen die Beschaffung der Personendaten, der Inhaber der Datensammlung, sowie der Zweck der Bearbeitung und die Kategorien der Datenempfänger erkennbar ist;
- c. die betroffene Person zur Bearbeitung ihre Zustimmung nach Art. 4 Absatz 5 erteilt hat; oder wenn
- d. der Inhaber der Datensammlung gemäss Art. 9 Absatz 1 oder Absatz 3 DSG von der Informationspflicht entbunden ist.

Auskunftserteilung in elektronischer Form (Art. 1 Abs. 2 RevE VDSG)

Die Ergänzung der Ausübung des Auskunftsrechts durch die Möglichkeit der Einreichung des Begehrens sowie der Erteilung der Auskunft in elektronischer Form will bei der Ausübung von Ansprüchen aus dem Datenschutz die Praktiken und Verfahren in der „Informationsgesellschaft“ berücksichtigen (wie beispielsweise im Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen vom 24. März 2000 (SR 272), wo eine Gerichtsstandsvereinbarung auch durch Erklärungen mittels E-Mail getroffen werden kann (Art. 9 Abs. 2 Bst. (a) GeStG). Eine ähnliche Regelung über die Form einer Vereinbarung über den Gerichtsstand in einem Zivilstreit findet sich in Art. 17 (1) des Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 („LugÜ“).

Stellungnahme zur Anpassung der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz an das revidierte DSG

Allerdings geht es beim Auskunftsrecht von Art. 8-10 DSG um die Bekanntgabe von in der Regel nicht allgemein zugänglichen Angaben über eine natürliche oder juristische Person (Art. 3 Bst. (a) DSG), allenfalls sogar um besonders schützenswerte Daten im Sinne von Art. 3 Bst. (c) DSG. Der Inhaber der Datensammlung kann zum Schutz der Persönlichkeit, aber auch der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der betroffenen Person durch vertragliche (Art. 364, 398 i.V.m. Art. 321 a OR) oder gesetzliche Geheimhaltungspflichten, allenfalls mit Strafsanktion (Art. 320/321 StGB; Art. 47 BankG; Art. 35 DSG) Beschränkungen in der Datenbekanntgabe unterliegen.

Die Bekanntgabe von Personendaten an Personen, die zur Auskunft nicht berechtigt sind, kann somit die Persönlichkeit der betroffenen Person erheblich verletzen und die Auskunft gebende Stelle zivil- und strafrechtlichen Sanktionen aussetzen. Aus diesem Grunde hält Art. 1 Abs. 1 VDSG fest, dass Auskunftsbegehren „in der Regel schriftlich“, d.h. mit der eigenhändigen Unterschrift (Art. 14 Abs. 1 OR) oder einer qualifizierten elektronischen Signatur (Art. 14 Abs. 2bis OR) des Antragstellers zu versehen sind, welcher sich über seine Identität ausweisen muss.

Darüber hinaus riskiert der Inhaber der Datensammlung, welcher ein berechtigtes Auskunftsbegehren nicht innerhalb der gesetzlichen Frist (Art. Abs. 4 VDSG) erfüllt, in ein summarisches gerichtliches Verfahren wegen Verweigerung des Auskunftsrechts verwickelt zu werden (Art. 15 Abs. 4 DSG), und er unterliegt bei vorsätzlich unrichtiger oder unvollständiger Auskunftserteilung der Strafdrohung nach Art. 34 Abs. 1 DSG.

Auskunftsbegehren und Auskunftserteilungen über Personendaten unterliegen daher zu Recht qualifizierten Anforderungen in Bezug auf Form, Fristen und Nachweis der Identität.

In juristischen Personen und öffentlichen Verwaltungen als „Inhaber der Datensammlung“ verfügen heute sehr viele Mitarbeitenden über eine E-Mail Adresse. Die Anzahl der Inhaber einer E-Mail Adresse, an welche nach dem vorgeschlagenen Wortlaut von Art. 1 Abs. 2 RevE VDSG ein Auskunftsbegehren gerichtet werden könnte, erreicht bei KMU's und kleineren Verwaltungseinheiten eine zwei- bis dreistellige, bei Grossunternehmen und Konzernen sowie der Bundesverwaltung eine vier- bis fünfstelligen Anzahl möglicher Empfänger eines Auskunftsbegehrens.

Die unbeschränkte Zulassung der Einreichung von Begehren um die Auskunft über Personendaten an den beliebigen Inhaber einer E-Mail Adresse eines Unternehmens oder einer Verwaltungseinheit als Inhaberin einer Datensammlung könnte nach den eingangs angestellten Überlegungen zu höchst unbefriedigenden und mit den Grundsätzen des Datenschutzes im Widerspruch stehenden Ergebnissen führen: Für nicht besonders ausgebildete Empfänger dürfte es schwierig sein, Auskunftsbegehrens korrekt zu behandeln, oder sie laufen Gefahr, Personendaten ohne ausreichende Prüfung der Legitimation an nicht qualifizierte Antragsteller herauszugeben, dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Personen erheblich zu verletzen und den Inhaber der Datensammlung Haftpflichtansprüchen der betroffenen Personen auszusetzen.

Die in Art. 1 Abs. 2 RevE VDSG vorgeschlagene „Anpassung des Datenschutzes an die Informationsgesellschaft“ könnte sich daher im Ergebnis für den Schutz der Persönlichkeit der betroffenen Perso-

Stellungnahme zur Anpassung der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz an das revidierte DSG

nen nachteilig auswirken und die Inhaber von Datensammlungen vor erhebliche organisatorische Probleme stellen.

Aus diesem Grunde sollte u.E. die Ergänzung von Art. 1 Abs. 2 RevE VDSG entweder **ersatzlos gestrichen** werden (durch den Wortlaut von Art. 1 Abs. 1 VDSG ist es jedem Inhaber einer Datensammlung schon heute unbenommen, für Auskunftsbegehren und die Erteilung von Auskünften den elektronischen Weg vorzusehen), oder es sollte eine Formulierung gewählt werden, welche den eingangs umschriebenen Risiken Rechnung trägt.

Insbesondere sollte sicher gestellt werden, dass elektronische Anfragen nicht als „Begehren um Auskunft“ nach Art. 8 DSG qualifizieren, wenn sie an einen beliebigen von möglicherweise tausenden von Mitarbeitern des Inhabers einer Datensammlung adressiert werden, sondern nur dann, wenn sie an eine Stelle gerichtet werden, die vom Inhaber der Datensammlung in Geschäftsdokumenten, Formularen oder auf der Webseite **ausdrücklich** als für die Erledigung von Auskunftsbegehren nach DSG zuständig bezeichnet worden ist. In allen anderen Fällen ist das Auskunftsbegehren nach Art. 1 Abs. 1 VDSG einzureichen, d.h. in der Regel schriftlich (oder wie das in der Praxis bei öffentlichen Verwaltungen auf kommunaler Stufe häufig vorkommt, durch persönliche Anfrage an einem dafür eingerichteten Schalter, z.B. der Einwohnerkontrolle). Nur auf diese Weise kann in grossen Unternehmen und öffentlichen Verwaltungen sichergestellt werden, dass Auskunftsbegehren nach den Bestimmungen von DSG und VDSG korrekt bearbeitet und erfüllt werden.

In redaktioneller Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass in der Rev VDSG nur die im DSG definierten Begriffe verwendet werden sollten, also „Personendaten“ (Art. 3 Bst. (a) DSG) und nicht „persönliche Daten der betroffenen Person“.

Es wird demgemäss die nachstehende Formulierung vorgeschlagen

2. Abschnitt: Auskunftsrecht

Art. 1a Modalitäten

.....

² Das Auskunftsbegehren an eine vom Inhaber der Datensammlung dafür ausdrücklich bezeichnete Stelle sowie die Auskunftserteilung können auf elektronischem Weg erfolgen, wenn angemessene Massnahmen getroffen werden, um:

- a. die Identifizierung der betroffenen Person sicherzustellen; und
- b. die Personendaten bei der Auskunftserteilung vor dem Zugriff unberechtigter Dritter zu schützen.

Stellungnahme zur Anpassung der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz an das revidierte DSG

Auskunftsrecht bei Drittbearbeitung (Art. 1a Abs. 6 VDSG)

Da nun auch die Bundesverwaltung ausdrücklich zum ‚Outsourcing‘ berechtigt ist (wie sich aus der Änderung der Systematik mit der Verschiebung des bisherigen Art. 14 DSG in neu Art. 10a Rev DSG) sollte Art. 1 Abs. 6 VDSG entsprechend dergestalt angepasst werden, dass der Einschub „im Auftrag einer privaten Person“ entweder ersatzlos gestrichen oder durch eine angepasste Formulierung ersetzt wird, welche das Outsourcing durch private Personen und/oder durch die Bundesverwaltung gleichermaßen abdeckt.

Es wird deshalb folgende redaktionelle Änderung von Art. 1a Abs. 6 VDSG vorgeschlagen

⁶ Werden die verlangten Daten gemäss Art. 10a DSG durch einen Dritten bearbeitet, so leitet der Auftraggeber das Auskunftsbegehren an den Dritten zur Erledigung weiter, sofern der Auftraggeber nicht selber in der Lage ist, Auskunft zu erteilen.

Erteilung von Auskunft über verstorbene Personen (Art. 1a Abs. 7 VDSG)

Vor allem bei Banken, Treuhandgesellschaften, Anwälten und Notaren usw. welche mit der Verwaltung des Nachlasses verstorbener Personen betraut sind oder Vermögenswerte eines Verstorbenen in Besitz haben, stellen sich häufig Fragen um die Handhabung des Auskunftsrechts bei Begehren von Erben, Vermächtnisnehmern und Willensvollstreckern um Auskunft über die Daten von verstorbenen Personen welche durch die gegenwärtige Formulierung von Art 1 Abs. 7 nicht ganz befriedigend gelöst sind. Insbesondere sollten neben den Ehepartnern und den nahen Verwandten auch die gesetzten oder eingesetzten Erben als auskunftsberechtigt anerkannt werden, sofern sich diese Personen durch eine von der zuständigen Behörde ausgestellte Bescheinigung („Erbbescheinigung“ gemäss Art. 559 Abs. 1 ZGB) über ihre Stellung als gesetzlicher oder eingesetzter Erbe ausweisen können.

Es wird deshalb folgende Ergänzung und Präzisierung von Art. 1a Abs. 7 VDSG vorgeschlagen

⁷ Wird Auskunft über Daten von verstorbenen Personen verlangt, so ist sie zu erteilen, wenn der Gesuchsteller ein Interesse an der Auskunft nachweist und keine überwiegenden Interessen von Angehörigen der verstorbenen Person oder von Dritten entgegenstehen. Ehe, nahe Verwandtschaft oder die durch eine öffentliche Urkunde (Erbbescheinigung) ausgewiesene Stellung als gesetzlicher oder eingesetzter Erbe begründen ein Interesse an der Auskunftserteilung.

Stellungnahme zur Anpassung der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz an das revidierte DSG

Ausnahmen von der Anmeldepflicht nach Art. 11a Rev DSG (Art. 4 Abs. 1 RevE VDSG)

Die Pflicht, Datensammlungen welche aufgrund der Natur der darin enthaltenen Daten (besonders schützenswerten Daten und Persönlichkeitsprofile) oder deren Bearbeitung (Bekanntgabe von Personendaten an Dritte) besonders geeignet sind, die Persönlichkeit der betroffenen Personen zu verletzen, in einem öffentlich zugänglichen Register zu publizieren, hängt ganz offensichtlich sehr eng mit der Forderung an „**Transparenz der Datenbearbeitung**“ zusammen: Die betroffenen Personen können ihre Ansprüche aus dem Datenschutz nur dann ausüben, wenn ihnen die Existenz von Sammlungen mit Angaben über ihre Person, die Kategorien der bearbeiteten Personendaten, der Inhaber der Sammlung, der Zweck der Bearbeitung und allfällige Dritte, welche Zugriff auf die Datensammlung haben, bekannt ist (vgl. Art. 7a Abs. 2 Rev DSG).

Die Erkennbarkeit der Beschaffung und Bearbeitung von Personendaten wird unter dem geltenden Recht aus den Datenschutzgrundsätzen von Art. 4 Abs. 2 („Treu und Glauben“) und der Bindung an den angegebenen oder aus den Umständen ersichtlichen Zweck (Art. 4 Abs. 4 alt DSG) abgeleitet.

Es bedarf keiner weiteren Begründung, dass die Transparenz am besten dadurch hergestellt wird, wenn die Bearbeitung von Personendaten für die betroffenen Personen erkennbar ist, bzw. die betroffenen Personen über die Beschaffung von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen informiert werden.

Wenn diese in Art. 4 Abs. 4 und Art. 7a Rev DSG aufgestellten Anforderungen erfüllt sind, dann erübrigen sich nach der dem geltenden DSG zugrunde liegenden Auffassung weitere Massnahmen zur Schaffung von Transparenz, wie die Anmeldung einer Datensammlung zur Eintragung in ein öffentlich zugängliches Register der Datensammlungen.

Der Gesetzgeber von 1992 war sich beim Erlass des geltenden DSG allerdings bewusst, dass unter den realen Bedingungen des Wirtschaftslebens die Anforderungen an die Transparenz nicht jederzeit und unter allen Umständen erfüllt werden können. Das gilt erst recht unter den heutigen Bedingungen der „Informationsgesellschaft“, wo personenbezogene Angaben in sehr grossem Umfange durch Einsatz moderner Suchmaschinen über das Internet beschafft werden können.

Aus diesem Grunde hat der historische Gesetzgeber, als subsidiäres Hilfsmittel für die Herstellung der Transparenz unter Art. 11 alt DSG das „Register der Datensammlungen“ geschaffen: Private Personen sind nach Art. 11 Abs. 3 alt DSG verpflichtet, Datensammlungen zur Registrierung in dem öffentlich zugänglichen Register anzumelden, wenn sie ohne eine gesetzliche Pflicht (weil im Falle einer gesetzlichen Bearbeitungspflicht die „Transparenz“ durch die Publikation der entsprechenden Rechtsvorschrift gewährleistet wird) besonders schützenswerte Personendaten bearbeiten oder Personendaten an Dritte bekannt geben „**und die betroffenen Personen davon keine Kenntnis haben**“.

Stellungnahme zur Anpassung der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz an das revidierte DSG

Private Personen, die Daten bearbeiten, hatten somit bisher beim Aufbau einer Datensammlung mit besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen, oder bei der Schaffung einer Datenbank, aus welcher Daten an Dritte bekannt gegeben werden, die Wahl, entweder die betroffenen Personen in geeigneter Form, z.B. auf Fragebogen oder Erhebungsformularen, über die betreffende Datensammlung zu informieren, oder die Sammlung beim Eidg. Datenschutzbeauftragten zur Registrierung anzumelden. Die vorsätzliche Unterlassung der Anmeldung einer ohne Kenntnis der betroffenen Personen geführten registrierungspflichtigen Datensammlung war (und ist) mit Strafe bedroht (Art. 34 Abs. 2 Bst. (a) alt DSG und Art. 34 Abs. 2 Bst. (a) Rev DSG).

Die Erfahrungen in der Praxis haben allerdings gezeigt, dass das „Register der Datensammlungen“ den daran gesetzten Erwartungen nicht gerecht werden konnte: Einerseits wurden viele Sammlungen zur Registrierungen angemeldet, welche streng genommen nach Art. 11 Abs. 3 alt DSG gar nicht registrierungspflichtig gewesen wären; andererseits ist von einer erheblichen Dunkelziffer von Datensammlungen auszugehen, welche nicht angemeldet worden sind, bei kleinen oder mittleren Unternehmen aus Unkenntnis der bearbeitenden Personen, bei anderen Inhabern einer Datensammlung aufgrund von Bedenken über nachteilige Folgen einer Registrierung (Provokation von Auskunftsbeghen bzw. einer Abklärung des Eidg. Datenschutzbeauftragten nach Art. 29 Abs. 1 Bst. (b) alt DSG). Im Übrigen konnte auch die Publikation der Registrierungen im Bundesblatt (Art. 28 Abs. 3 alt VDSG) das Bedürfnis der Orientierung der breiten Öffentlichkeit nicht erfüllen. Schliesslich bieten die im Register enthaltenen Angaben über eine registrierte Datensammlung (Art. 3 Abs. 1 alt VDSG) den betroffenen Person keine Anhaltspunkte darüber, ob sie betreffenden Personendaten in einer registrierten Datensammlung enthalten sind.

Im Ergebnis führte die Registrierung von Datensammlungen daher lediglich zu einem administrativen Mehraufwand der beteiligten Parteien (Inhaber von Datensammlungen und Sekretariat des Eidg. Datenschutzbeauftragten) ohne dass damit die für die Umsetzung des Datenschutzes durch Schaffung von Transparenz und Erleichterung der Geltendmachung von Ansprüchen der betroffenen Personen erwünschte Wirkung erreicht werden konnte - mit der einzigen Ausnahme, dass mit der Registrierungspflicht dem Eidg. Datenschutzbeauftragten gemäss Art. 29 Abs. 1 Bst. (b) eine Grundlage für die Durchführung von Abklärungen geschaffen worden ist.

Aus diesen Überlegungen ist im VE Rev DSG die **Pflicht zur Registrierung von Datensammlungen im privaten Bereich ersatzlos gestrichen** worden - andererseits wurde eine allgemeine und eine qualifizierte Pflicht zur Information der betroffenen Personen über die Bearbeitung von Personendaten, bzw. die Beschaffung von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen vorgeschlagen und im Rev DSG umgesetzt (Art. 4 Abs. 4 und Art. 7a VE Rev DSG).

Die **Vernehmlassung** ist - wie in unserem Lande üblich - kontrovers ausgefallen: Jene Kreise, welche sich für eine Verstärkung des Datenschutzes unabhängig von den dadurch geschaffenen praktischen Umsetzungsproblemen einsetzen, befürworteten die Schaffung einer gesetzlichen allgemeinen und qualifizierten Informationspflicht und erklärten sich - allerdings nicht einstimmig - unter dieser Voraussetzung mit der Abschaffung des Registers im Privatrechtsverkehr einverstanden, während insbeson-

Stellungnahme zur Anpassung der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz an das revidierte DSG

dere die Wirtschaftsverbände sich aufgrund des befürchteten Mehraufwandes im Zusammenhang mit der Erfüllung der Informationspflicht für die bisher geltende Ordnung, d.h. den Verzicht auf eine ausdrückliche gesetzliche Informationspflicht und die Beibehaltung des Registers als einfache und praktikable Alternative für die Schaffung einer (allerdings nur minimalen!) Transparenz eingesetzt haben.

In der bundesrätlichen Botschaft vom 19.02.2003 und dem am 24.03.2006 Gesetz gewordenen Rev DSG entwickelte man daraufhin die folgende „*salomonische*“, allerdings nicht unbedingt konsequente und widerspruchsfreie Lösung:

- /1 in Art. 4 Abs. 4 und Art. 7a Rev DSG wird neu die **allgemeine Erkennbarkeit** der Datenbeschaffung und des Bearbeitungszwecks und eine **besondere gesetzlichen Pflicht zur Information betroffener Personen** über die Beschaffung von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen eingeführt;
- /2 unter Art. 11a Abs. 3 Rev DSG wird die **Registrierungspflicht** für Datensammlungen privater Anwender mit besonders schützenswerten Personendaten oder der Datenbekanntgabe an Dritte beibehalten;
- /3 die unter Art. 11 Abs. 3 Bst. (b) alt DSG **geltende Freistellung privater Bearbeiter von der Registrierungspflicht bei Kenntnis der betroffenen Personen wurde gestrichen**;
- /4 der dadurch sehr stark erweiterte Kreis der Registrierungspflicht privater Datensammlungen soll gemäss Art. 11a Abs. 5 Rev DSG - in Anlehnung an Art. 18 der europäischen Datenschutzrichtlinie 95/46/EG - durch einen Kreis ziemlich heterogener **Ausnahmeregelungen** wieder eingeschränkt werden, was für die Inhaber von Datensammlungen in jedem Einzelfall zusätzliche Abklärungen und Prüfungen betreffend Vorhandensein eines Freistellungstatbestandes voraussetzt.

Zur Realisierung des erklärten Ziels der DSG Revision „Verbesserung der Transparenz“ der Bearbeitung von Personendaten hat man somit - bewusst oder unbewusst - eine **redundante Regelung** entwickelt, indem neu *einerseits* in Art. 7a Rev DSG eine gesetzliche, mit einer Strafdrohung bewehrte Pflicht zur Information der betroffenen Personen bei der Bearbeitung besonders schützenswerter Daten geschaffen wurde, und andererseits der Inhaber einer solcher Datensammlung darüber hinaus, unabhängig davon, ob er seiner Informationspflicht nachgekommen ist, zur Registrierung von Datensammlungen verpflichtet wurde, in welcher besonders schützenswerte Daten oder Persönlichkeitsprofile bearbeitet und/oder Personendaten an Dritte bekannt gegeben werden.

In jenen Fällen, in denen der Inhaber einer Datensammlung der allgemeinen Pflicht zur Schaffung der Erkennbarkeit der Datenbearbeitung nach Art. 4 Abs. 4 Rev DSG nachgekommen ist und in den qualifizierenden Fällen die Informationspflicht nach Art. 7a Rev DSG ordnungsgemäss erfüllt hat, dann ist - jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Transparenzverschaffung – eine zusätzliche Registrierung solcher Datensammlungen eigentlich überflüssig.

Das gleiche gilt für den Fall, dass eine betroffene Person der Aufnahme ihrer Personendaten in eine Datensammlung in Kenntnis der in Art. 7a Abs. 2 umschriebenen Faktoren, im Sinne von Art. 4 Abs. 4 und Art. 13 Abs. 1 Rev DSG ausdrücklich zugestimmt hat: Auch hier wird mit der Pflicht zur Registrie-

Stellungnahme zur Anpassung der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz an das revidierte DSG

rung von Datensammlungen, über welche die betroffenen Personen bereits informiert worden sind, eine nach den Grundsätzen des Datenschutzes überflüssige und die praktische Umsetzung des Datenschutzes erheblich belastende „**Transparenz-Redundanz**“ geschaffen.

Nachdem man bei der Revision des DSG den Datenschutz „**entbürokratisieren**“ wollte, andererseits dann aber doch wieder im privaten Bereich die besonders belastende und nach Art. 34 Abs. 2 Rev DSG mit Strafe bedrohte Registrierungspflicht nicht nur beibehielt, sondern in ihrem Anwendungsbereich dadurch erheblich ausdehnte, dass man die relativ einfache bisherige Lösung des Nachweises der Kenntnisverschaffung an die betroffenen Personen eliminierte und durch eine detaillierte Liste von Ausnahmen ersetzte, welche erst noch nicht genau auf das harmonisierte europäische Datenschutzrecht abgestimmt ist - was alles die Umsetzung des Datenschutzes in der Wirtschaft ganz erheblich komplizieren wird - dann sollte diese Ausnahmeliste auf jeden Fall praxisgerecht sein.

Es rechtfertigt sich insbesondere, die Liste der Ausnahmen von der Registrierungspflicht im Bereiche der Privatwirtschaft auf die Liste der Ausnahmen von der Registrierung von Datensammlungen der Bundesverwaltung nach Art. 18 RevE VDSG abzustimmen (unter dem geltenden Art. 18 VDSG gibt es für die Bundesverwaltung nur eine Erleichterung und Vereinfachung der umfassenden Registrierungspflicht – neu ist die Bundesverwaltung nach Art. 18 RevE VDSG in einer erheblichen Anzahl von Fällen von der Registrierungspflicht entbunden) - denn es kann und darf ja nicht sein, dass in Fällen, in denen nach dem neuen Recht die Bundesverwaltung von der umfassenden Pflicht zur Registrierung der unter Ausnützung der dem Gemeinwesen von der Rechtsordnung eingeräumten Zwangsmittel eingerichteten Datensammlungen über den Bürger entbunden wird, die bearbeitenden Stellen der Privatwirtschaft nach wie vor zur Registrierung verpflichtet sind.

Der Katalog der Ausnahmen von der Registrierungspflicht sollte daher für private Personen und Unternehmen namentlich folgende Tatbestände umfassen:

- a. **Information der betroffenen Personen über bzw. Zustimmung der betroffenen Personen zur Datensammlung:** Wenn die betroffenen Personen vom Inhaber einer nach Art. 11a Abs. 3 Rev DSG qualifizierenden Datensammlung über die Beschaffung und Bearbeitung ihrer Personendaten im Sinne von Art. 7a Rev DSG ausdrücklich informiert wurden, bzw. wenn sie zum Betrieb der betreffenden Datensammlung sogar ihre Zustimmung im Sinne von Art. 4 Abs. 5 Rev DSG erteilt haben, dann sollte - zur Vermeidung der vorstehend umschriebenen „*Transparenz-Redundanz*“ der Inhaber der betreffenden Datensammlung von der Pflicht zur Registrierung nach Art. 11a Abs. 3 Rev DSG freigestellt werden.

Dabei versteht sich u.E. nach den allgemeinen Grundsätzen von Art. 8 ZGB von selbst, dass der Inhaber der von der Registrierungspflicht befreiten Datensammlung die **Beweislast** für die ordnungsgemäße Information bzw. gesetzeskonforme Zustimmung der betroffenen Personen zu übernehmen hat.

Stellungnahme zur Anpassung der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz an das revidierte DSG

- b. **Datensammlungen über Geschäftspartner:** Neu sollten, durch Übernahme der für die Bundesverwaltung geschaffenen Regelung von Art. 18 Abs. 1 (b) RevE VDSG Datensammlungen über Lieferanten, Kunden oder Geschäftspartner - soweit diese keine besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofile enthalten - von der Registrierungspflicht ausgenommen sein.

Diese Ausnahme trägt der Besonderheit der schweizerischen Datenschutzgesetzgebung Rechnung, wonach auch Daten über juristische Personen, d.h. der ganze Informationsverkehr mit gewerblich tätigen Unternehmen, grundsätzlich dem Datenschutz unterliegt. Weil hier die Gefährdung der Persönlichkeit jedoch ungleich geringer einzuschätzen ist als bei der Bearbeitung von Daten über natürliche Personen, sollten analog zum Ausnahmekatalog für die Bundesverwaltung gewisse Erleichterungen von der Einhaltung formaler Anforderungen wie die Registrierungspflicht für die bei der Abwicklung des Geschäftsverkehrs anfallenden Daten geschaffen werden.

- c. **Buchhaltungsunterlagen:** Aufgrund entsprechender Überlegungen sollte - in Übereinstimmung mit der Aufhebung der Registrierungspflicht für die Bundesverwaltung gemäss Art. 18 Abs. 1 Bst. (e) RevE VDSG - auch die Privatwirtschaft von der Pflicht zur Registrierung der Buchhaltungsunterlagen befreit werden.

Denn es kann davon ausgegangen werden, dass die in Art. 957 Abs. 2 OR umschriebene „Buchungsbelege und Geschäftskorrespondenz“ aus dem Geschäftsverkehr mit den betroffenen natürlichen oder juristischen Personen stammen, diesen damit bekannt sind, und darüber hinaus nur ganz ausnahmsweise Angaben enthalten, welche zu einer Verletzung der Persönlichkeit führen könnten. Buchhaltungsunterlagen beruhen in aller Regel auf Rechtsgeschäften des Inhabers der Datensammlung mit den betroffenen Personen, über welche die betroffenen Personen Kenntnis haben oder nach den Umständen Kenntnis haben müssen (Art. 4 Abs. 4 Rev DSG) womit das Transparenzgebot in Bezug auf diese Unterlagen erfüllt ist.

- d. **Reine Adressdatensammlungen** ohne besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile, die ausschliesslich vom Inhaber der Datensammlung zu Korrespondenz-Zwecken verwendet und nicht an Dritte bekannt gegeben werden, sollten in Übereinstimmung mit dem für die Bundesverwaltung geltenden Art. 18 Abs. 1 Bst. (c) RevE VDSG generell von der Registrierungspflicht ausgenommen sein.

Aufrecht bleiben sollte nach der hier vertretenen Auffassung dagegen die Pflicht zur Registrierung der Datensammlungen professioneller Service-Unternehmen wie Adresshändler, Auskunftsteien usw. welche solche Sammlungen an Dritte bekannt geben bzw. zur Bekanntgabe anbieten. Für diese zahlreichen und umfangreichen Datensammlungen, welche oft ohne Wissen und Mitwirkung der betroffenen Personen aufgebaut und gewerblich genutzt werden, rechtfertigt es sich, Transparenz durch eine Pflicht zur Registrierung zu schaffen.

Im Übrigen ist der im vorliegenden Entwurf verwendete Begriff „Kundenakquisition“ recht unbestimmt und sicher zu eng: Es gibt zahlreiche andere Arten von Korrespondenzen in der Wirt-

Stellungnahme zur Anpassung der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz an das revidierte DSG

schaft, für welche Adressensammlungen verwendet werden, z.B. zur Kommunikation mit Lieferanten, Geschäftspartnern, Abonnenten von Zeitschriften, Verbandsinformationen usw.

- e. **Sicherungsdateien:** Sowohl in der Privatwirtschaft wie auch wie auch in der Bundesverwaltung existieren für jede maschinell bearbeitete Datensammlung mehrere Generationen (mindestens deren zwei) von formal und inhaltlich identischen Dateien, welche lediglich der Gewährleistung der Verfügbarkeit und Integrität der aktiv genutzten Datensammlungen nach den Grundsätzen der Datensicherheit (Art. 7 DSG) dienen. Es sollte diesbezüglich klar gestellt werden, dass reine Sicherungskopien von aktiv bearbeiteten Datensammlungen nicht der Registrierungspflicht unterliegen. Die Entbindung von der Registrierungspflicht gilt natürlich nur so lange, als Kopien von Datensammlungen tatsächlich lediglich zum Zweck der Datensicherung aufbewahrt werden: sobald sie in die aktive Bearbeitung überführt werden, unterliegen Sicherungskopien den Anforderungen an die Registrierung der Datensammlung. Die Freistellung der Sicherungskopien von der Registrierungspflicht gilt für alle gemäss Art. 11a Abs. 3 Rev DSG der Registrierungspflicht unterstellten, wie auch für alle Kategorien der gemäss Art. 11a Abs. 5 Rev DSG sowie Art. 4 Rev VDSG von der Registrierungspflicht ausgenommenen Datensammlungen.

Im Weiteren könnte der EDÖB verpflichtet werden, den Inhabern von Datensammlungen Formulare zur Erfüllung der Anmeldepflicht online zum Herunterladen zur Verfügung zu stellen.

Liste nicht registrierungspflichtiger Datensammlungen und Auskunftspflicht (Art. 4 Abs. 2 RevE VDSG)

Dieser Absatz ist u.E. aus verschiedenen nachstehend aufgeführten tatsächlichen und rechtlichen Gründen ersatzlos zu streichen

- /1 für die Einführung einer Rechtspflicht zur Erstellung einer solchen internen Liste **fehlt eine Verordnungskompetenz des Bundesrates** nach Art. 11 a Bs. 6 Rev DSG: Erfasst ist dort nur die Veröffentlichung eines Verzeichnisses der Inhaber von Datensammlungen, welche nach Absatz 5 Buchstabe e (Datenschutzverantwortlicher) und Buchstabe f (Inhaber von Datenschutz Qualitätszeichen) überhaupt von der Meldepflicht enthoben sind.
- /2 Weder in Art 11 alt DSG, Art. 11 Rev DSG, noch in Art. 3 alt VDSG bestand eine irgendwie gear-tete Pflicht der bearbeitenden Stellen des Privatrechts, eine interne Liste über sämtliche nicht der Pflicht zur Anmeldung zur Registrierung unterstehenden Datensammlungen zu führen: Die Einführung einer solchen neuen Rechtspflicht, welche entgegen dem Grundsatz der „Entbürokrati-sierung des Datenschutzes“ eine erhebliche zusätzliche administrativen Belastung aller Inhaber von Datensammlungen mit sich brächte, würde daher einer klaren gesetzliche Grundlage voraus-setzen.

Stellungnahme zur Anpassung der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz an das revidierte DSG

- /3 Der Begriff „Datensammlungen, die nicht der Anmeldepflicht unterliegen“ umfasst auf den ersten Blick, nach dem Wortlaut der Bestimmung sämtliche Datensammlungen, die in einem Unternehmen bearbeitet werden, also nicht nur die registrierungspflichtigen Datensammlungen, die aufgrund der Ausnahmen nach Art. 11a Absatz 5 DSG sowie Art. 5 Abs. 1 RevE VDSG von der Registrierungspflicht ausgenommen sind, sondern im Sinne von Art. 3 Bst. (g) DSG jeder manuell oder automatisiert geführte Bestand über zwei oder mehr Personen, der nach betroffenen Personen erschliessbar ist. In Zukunft wären demgemäss sämtliche manuell oder automatisiert bearbeiteten Datensammlungen eines wirtschaftlich tätigen Unternehmens entweder beim EDÖB zu registrieren oder in einer internen Liste zu erfassen - das wäre ein ausserordentlich grosser zusätzlicher administrativer Aufwand für jeden Inhaber von Datensammlungen - also genau das Gegenteil jener „Ent-Bürokratisierung“, welche man mit der Revision des DSG (angeblich) anstreben wollte. Und es wäre ein Aufwand, der zur Realisierung der Datenschutzgrundsätze von Art. 4 – 7 Rev DSG überhaupt nichts beiträgt.
- /4 Tatsächlich gemeint sein kann allerdings vernünftigerweise nur eine Liste jener gemäss Art. 11a Abs. 3 registrierungspflichtigen Datensammlungen, die nach Art. 11a Abs. 5 Rev DSG von Anmeldepflicht zur Registrierung ausgenommen sind; wenn man schon ohne ausreichende Rechtsgrundlage eine solche zusätzliche Pflicht für den Inhaber von Datensammlungen einführen will, dann müsste sie sich klar auf die „gemäss Art. 11a Abs. 5 DSG und Art. 4 Abs. 1 RevE VDSG von der Pflicht zur Anmeldung ausgenommenen Datensammlungen“ beziehen.
- /5 In diese neue, zusätzlich zu erstellende Liste wären nach dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 2 RevE VDSG **alle Angaben nach Art. 3 Abs. 1 VDSG** aufzunehmen.
- /6 Mit der Einführung einer solchen internen Registrierungspflicht würden das neue DSG / RevE VDSG eindeutig über die Regelungen und Anforderungen des harmonisierten europäischen Datenschutzrechtes hinausgehen und würden damit einen nicht gering zu schätzenden wirtschaftlichen Nachteil für die in der Schweiz tätigen Unternehmen im Vergleich zu ihren ausländischen Mitbewerbern schaffen.
- /7 Die Schaffung eines Rechtsanspruches zur Einsichtnahme in die Liste sämtlicher bei einem wirtschaftlich tätigen Unternehmen geführten Datensammlungen auf Gesuch „jeder Person“ (im Inland oder aus dem Ausland, ohne deren Identifizierung, ohne jede Anforderung an die Glaubhaftmachung irgend eines schützenswerten Interesses, z.B. der Möglichkeit, dass Daten über sie bearbeitet werden, und ohne jede Möglichkeit der Einschränkung der Informationspflicht und des Auskunftsrechts im Sinne von Art. 9 Rev DSG) würde dem **wirtschaftlichen Nachrichtendienst** (Art. 273 Abs. 1 StGB) durch interessierte Personen im In- und Ausland Tür und Tor öffnen.

Ein voraussetzungsloses Auskunfts- und Einsichtsrecht für **jedermann** - ohne Nachweis oder zumindest Glaubhaftmachung eines schützenswerten Interesses - dürfte auch zu einem **offenen Konflikt mit gesetzlichen Geheimhaltungspflichten** des schweizerischen Rechts betreffend beispielsweise die durch Banken, Medizinalpersonen, Anwälte, Revisionsgesellschaften usw. unterhaltenen Datensammlungen führen (Art. 47 BankG, Art. 321 StGB).

Stellungnahme zur Anpassung der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz an das revidierte DSG

Aufgrund entsprechenden Überlegungen ist im Gesellschafts- und Handelsrecht das Auskunfts- und Einsichtsrecht bestimmter qualifizierter Personen wie z.B. der gewinn- oder provisionsberechtigte Arbeitnehmer (Art. 322a und 322c OR), der Aktionäre (Art. 697 und 702 OR), der Mitglieder des Verwaltungsrates (Art. 715a OR) oder der Genossenschafter (Art. 875 OR) inhaltlich beschränkt und klaren Regeln über die Art und Weise der Ausübung unterstellt worden.

Ein voraussetzungsloses Auskunfts- und Einsichtsrecht in interne Aufzeichnungen einer juristischen Person für jedermann steht somit in einem offenbaren Widerspruch zu der im schweizerischen Recht geltenden Grundordnung von Auskunfts- und Einsichtsrechten.

Aufgrund der vorstehend angestellten Überlegungen wird neu folgende Formulierung von Art. 4 Abs. 1 Rev VDSG vorgeschlagen

3. Abschnitt: Anmeldung der Datensammlungen

Art. 4 Ausnahmen von der Anmeldepflicht

¹ Ausgenommen von der Pflicht zur Anmeldung sind die Datensammlungen nach Artikel 11a Absatz 5 Buchstaben a und c-f DSG sowie die folgenden Datensammlungen (Art. 11a Abs. 5 Bst. (b) DSG):

- a. Datensammlungen mit Personendaten, über deren Bearbeitungszweck und, falls zutreffend, deren Bekanntgabe die betroffenen Personen gemäss Art. 7a DSG informiert worden sind, oder denen sie gemäss Art. 4 Abs. 4 DSG ausdrücklich zugestimmt haben;
- b. Datensammlungen von Lieferanten, Kunden oder Geschäftspartnern, soweit sie keine besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofile enthalten;
- c. Buchhaltungsunterlagen;
- d. Adressensammlungen, die ausschliesslich vom Inhaber der Datensammlung verwendet werden, soweit sie keine besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofile enthalten;
- e. Datensammlungen, soweit und solange sie ausschliesslich zu nicht personenbezogenen Zwecken verwendet werden, namentlich in der Forschung, Planung und Statistik, soweit die Daten nicht als Entscheidungsgrundlage oder als Grundlage für Massnahmen gegenüber einzelnen Personen verwendet und die Ergebnisse so veröffentlicht werden, dass die betroffenen Personen nicht bestimmbar sind;
- f. archivierte Datensammlungen, die nur zu historischen oder wissenschaftlichen Zwecken aufbewahrt und verwendet werden;

Stellungnahme zur Anpassung der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz an das revidierte DSG

- g. Datensammlungen, die ausschliesslich Daten enthalten, die veröffentlicht wurden oder welche die betroffenen Personen selber allgemein zugänglich gemacht und deren Bearbeitung sie nicht ausdrücklich untersagt haben;
- h. Datensammlungen, welche ausschliesslich der Erfüllung der Anforderungen nach Artikel 10 dienen.

² Die Anmeldung einer Datensammlung zur Registrierung umfasst auch die jeweils dazu gehörenden inhaltlich übereinstimmenden Sicherungsdateien.

³ Der Beauftragte stellt den Inhabern von Datensammlungen Formulare zur Erfüllung der Anmeldepflicht online zur Verfügung.

Falls aus irgendwelchen Gründen Absatz 2 RevE VDSG nicht ersatzlos gestrichen wird, dann sollte die Bestimmung folgenden Inhalt haben

⁴ Der Inhaber der Datensammlung führt eine Liste der Datensammlungen nach Artikel 11a Absatz 3 DSG, die nicht der Anmeldepflicht unterliegen. Diese Liste ist im Rahmen einer Abklärung gemäss Artikel 29 DSG dem Beauftragten zur Verfügung zu stellen.

Definition des Begriffs „Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland“

Aus wenig überzeugenden Gründen ist Art. 5 der geltenden VDSG in dem uns vorliegenden RevE VDSG weggefallen. Die in der heute noch geltenden Bestimmung von Art. 5 VDSG enthaltene Definition des Tatbestandes „Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland“ schafft nämlich für den an der ordnungsgemässen Umsetzung des Datenschutzes im Zeitalter des Internet und globaler Netzwerke interessierten Anwender von Bundesverwaltung und Privatwirtschaft darüber Klarheit, was beim grenzüberschreitenden Datenverkehr unter dem Begriff der „Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland“ nach Art. 6 Rev DSG zu verstehen ist.

Es wird daher empfohlen, die Definition des Begriffs „Datenbekanntgabe ins Ausland“ wie folgt in leicht angepasster Art und Weise in die Rev VDSG aufzunehmen:

4. Abschnitt Grenzüberschreitende Bekanntgabe

Art. 5 Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland

Als Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland (Art. 6 Abs. 1 DSG) gelten namentlich auch

Stellungnahme zur Anpassung der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz an das revidierte DSG

- a. das Zugänglichmachen von Personendaten durch Abrufverfahren
- b. die Übermittlung einer Datensammlung an einen Dritten, der die Personendaten im Auftrag des Übermittlers bearbeitet (Art. 10a DSG).

Informationspflicht bei grenzüberschreitender Datenbekanntgabe (Art. 5 RevE VDSG)

Die Regelung des grenzüberschreitenden Datenverkehrs, einschliesslich die Bekanntgabe von Personendaten an Empfänger in Ländern ohne gleichwertigen Datenschutz (wie dies immer noch für die meisten Staaten von Asien und Afrika sowie viele Länder von Nord- und Südamerika zutrifft) ist für die Schweiz als exportorientiertes Land, welches in Abweichung vom harmonisierten europäischen Datenschutzrecht auch die Angaben über juristische Personen, d.h. z.B. Daten über die Abwicklung von Geschäftsbeziehungen mit ausländischen Partnern, dem Datenschutz unterstellt hat (Art. 3 Buchstabe b DSG) von zentraler Bedeutung.

Dabei sollten die Regeln über den grenzüberschreitenden Datenverkehr so weit als möglich auf die harmonisierten europäischen und internationalen Normen und Standards abgestimmt werden. Es ist daher ausserordentlich zu bedauern, dass einzelne Bestimmungen über die grenzüberschreitende Bekanntgabe nach Art. 6 Rev DSG einschränkender sind als das harmonisierte europäische Datenschutzrecht (so insbesondere Art. 6 Abs. 2 Buchstabe c Rev DSG betreffend den grenzüberschreitenden Datenverkehr im Zusammenhang mit der Anbahnung und Abwicklung von Verträgen im Vergleich zu Art. 26 (1) Buchstaben b) und c) der EG Datenschutzrichtlinie 95/46/EG).

Die Möglichkeit der Schaffung einer Art von „Safe Harbor“ für den Datenverkehr unter Gesellschaften eines Konzerns, welche Datenschutzregeln unterstehen, die einen angemessenen Schutz gewährleisten (Art. 6 Buchstabe g Rev DSG) ist demgegenüber ein interessanter, auch international, z.B. im Rahmen der EU Datenschutzgruppe nach Art. 29 Richtlinie 95/46/EG diskutierter Ansatz, welcher allerdings im Ausland noch nicht in entsprechende Rechtsvorschriften umgesetzt worden ist.

Weil eine entsprechende Ausnahmebestimmung in Art. 26 (1) Richtlinie 95/46/EG fehlt, ist daher zweifelhaft, inwieweit die von einem Schweizer Konzern gestützt auf Art. 6 Buchstabe g Rev DSG für die von ihm beherrschten Unternehmen aufgestellten Datenschutzregeln die im europäischen Wirtschaftsraum domizilierten Konzerngesellschaften unter den an ihrem Domizil anwendbaren Datenschutzgesetzen ohne weiteres zum Datenaustausch untereinander und mit der Schweiz ermächtigen.

Andererseits dürfte für die Schweizer Niederlassungen ausländischer Konzerne die Bedeutung von Art. 6 Buchstabe g Rev DSG beschränkt sein, weil ein internationaler Konzern mit Sitz in Nord- oder Südamerika, in Indien, Russland oder in Südost-Asien kaum weltweit einheitliche Datenschutzregeln aufstellen wird, welche sich spezifisch auf die Vorgaben des schweizerischen Datenschutzrechtes ausrichten.

Auf jeden Fall wäre für die Anwendung der Bestimmung von Art. 6 Buchstabe g Rev DSG zu postulieren, dass in der Schweiz die von einem ausländischen Konzern aufgestellten einheitlichen Datenschutzregeln anerkannt werden, wenn sie in wesentlichen Punkten dem Datenschutzniveau in der Schweiz entsprechen. Diesbezüglich besteht im Rahmen der unter Art. 6 Abs. 3 Rev DSG vorgesehe-

Stellungnahme zur Anpassung der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz an das revidierte DSG

nen Vollzugsregelung noch ein gewisser Handlungsbedarf für die praktische Ausgestaltung dieses neuartigen Instrumentes zur Realisierung des Datenschutzes in international tätigen Konzernen.

Dabei lassen die zur Zeit unter Art. 5 RevE VDSG vorgesehenen Vollzugsregeln noch verschiedene für die praktische Umsetzung der Informationspflicht beim grenzüberschreitenden Datenverkehr wichtige Fragen offen:

1. Modalitäten der Erfüllung der Informationspflicht

Es fehlt in Art. 5 Abs. 1 RevE VDSG jeder Hinweis über die Art und Form der Information (wohl: Vorlage der vertraglichen Garantien für Datenbekanntgaben ins Ausland und Konzern-Datenschutzregeln in schriftlicher und / oder elektronischer (?) Form) beim EDÖB), sowie über Art, Gegenstand, Umfang und Verfahren der in Art. 31 Abs. 1 Bst. (e) Rev DSG vorgesehenen **Prüfung durch den EDÖB**.

Namentlich fehlt eine Regelung, welche zum Ausdruck bringt, ob und unter welchen Voraussetzungen die bearbeitenden Stellen davon ausgehen dürfen, dass die von ihnen beim EDÖB zur Information eingereichten vertraglichen Garantien und/oder Konzern-Datenschutzregeln als für die Gewährleistung des Datenschutzes ausreichend erachtet werden, wenn der EDÖB innert einer bestimmten, aus praktischen Gründen nicht allzu lange bemessenen, Frist nach Vorlage der vertraglichen Garantien oder der konzernweiten Datenschutzregeln weder Einwendungen erhebt noch zusätzliche Auskünfte verlangt, oder im Sinne von Art. 29 Abs. 3 Rev DSG eine Empfehlung über die Anpassung, Änderung oder Ergänzung der eingereichten vertraglichen Garantien oder Datenschutzregeln abgibt.

Es kann und darf nicht der Fall eintreten, dass private Personen und Unternehmen zur Information des EDÖB über vertragliche Garantien und/oder Datenschutzregeln verpflichtet werden, ohne dass sie nach Erfüllung der Informationspflicht wissen, ob sie damit die Anforderungen des DSG an die Gewährleistung des Datenschutzes bei der beabsichtigten grenzüberschreitenden Datenbekanntgabe erfüllen, in unbestimmter Zukunft mit Empfehlungen des EDÖB auf nachträgliche Änderung vertraglicher Garantien oder Datenschutzregeln nach Art. 29 Abs. 3 Rev DSG rechnen müssen, oder sich allenfalls sogar nach Art. 34 Abs. 2 Bst. (a) Rev DSG strafbar machen. Dies entspricht einem elementaren Erfordernis der Rechtssicherheit im Rechtsstaat.

Art. 5 Rev VDSG über die „Informationspflicht“ ist daher dringend um Bestimmungen zu ergänzen, welche die Einreichung der Informationen sowie die Ausübung der Prüfung durch den EDÖB näher umschreiben und eine gesetzliche Vermutung zugunsten der bearbeitenden Stellen aufstellen, dass sie von der Gewährleistung des Datenschutzes durch die von ihnen eingereichten Garantien oder Datenschutzregeln ausgehen dürfen, wenn der EDÖB binnen einer definierten angemessenen Frist keine zusätzlichen Auskünfte oder eine Änderung oder Ergänzung der Garantien und Datenschutzregeln verlangt. Diese Regelung entspricht inhaltlich beispielsweise dem Vorgehen bei der Meldung beabsichtigter Unternehmenszusammenschlüsse nach Art. 32 KG (SR 251) und Art. 11 ff VKU (SR 251.4 (vgl. auch die entsprechende Bestimmung von Artikel 10 (6) der EG-Fusionskontrollverordnung Nr. 139/2004 vom 20. Januar 2004 (ABl. EG Nr. L 24/1 vom 29.1.2004).

2. Umfang des Geltungsbereiches der angemeldeten Garantien und Datenschutzregeln

Die Anforderung, dass die Kategorien der Empfänger, der Zweck der Bearbeitung und die Datenkategorien, auf welche sich die vertraglichen Garantien und/oder Konzern-Datenschutzregeln beziehen, „unverändert“ bleiben müssen, könnte für die Praxis sehr einschneidend sein, weil bei strenger Auslegung nach dem Wortlaut der Verordnung jede Änderung der Kategorien der bearbeiteten Daten, z.B. durch Hinzufügen eines weiteren Elementes in einer Datenbank, oder die Einführung einer weiteren Anwendung oder Auswertung einer Datensammlung, zu einer Neu-Vorlage der vertraglichen Garantien und/oder der Konzern-Datenschutzregeln führen müsste - ohne dass sich am Inhalt der vertraglichen Garantien und/oder konzernweiten Datenschutzregeln in den meisten Fällen etwas ändern wird.

Diesbezüglich sollte die Rev VDSG klarstellen, dass die angemeldeten Garantien und Datenschutzregeln auch für allfällige Änderungen der Kategorien der Datenempfänger, des Bearbeitungszweckes und/oder der Datenkategorien anwendbar und gültig bleiben, sofern der Datenschutz trotz der eingetretenen Änderungen in den Datenbeständen und/oder Datenflüssen durch die angemeldeten Garantien oder Datenschutzregeln nach wie vor gewährleistet bleibt.

Diese Regelung würde insbesondere auch den EDÖB und dessen Sekretariat von unnötigen und für die Umsetzung des Datenschutzes nicht relevanten administrativen Umtrieben und Belastungen bewahren, welche durch eine Wiederholung und Bestätigung bereits angemeldeter Garantien und Datenschutzregeln entstehen würden, nur weil sich ein einziges Element, welches der ursprünglichen Anmeldung zugrunde lag, sich später geändert hat.

Andererseits blieben die bearbeitenden Stellen natürlich in der Pflicht, durch ihre Garantien und Datenschutzregeln den Datenschutz auch unter den geänderten Verhältnissen zu gewährleisten. Sie müssen dafür sorgen, dass die Garantien und die Datenschutzregeln angepasst, geändert und/oder erweitert und dem EDÖB neu gemeldet werden, wenn die ursprünglichen Garantien und Datenschutzregeln den Datenschutz unter den geänderten tatsächlichen Verhältnissen der Datenbearbeitung nicht mehr gewährleisten.

3. Entwicklung und online-Publikation von Modellverträgen, Standardvertragsklauseln und Datenschutzregeln

Der EDÖB sollte nicht nur verpflichtet werden, **Modellverträge** zu entwickeln und zu publizieren, welche die Anforderungen an die „vertraglichen Garantien“ erfüllen (was natürlich kein Problem ist, weil die EU, die ICC und der EDÖB bereits seit langem solche „Modellverträge“ publiziert haben) - sondern auch die Anforderungen an die **Datenschutzregeln** beim Datenaustausch unter verbundenen Gesellschaften – hier wäre Raum für eine eigentliche schöpferische Tätigkeit des EDÖB. Es reicht u.E. nicht aus, dass man in der Gesetzgebung einfach eine Möglichkeit der bearbeitenden Stellen zum Erlass wie konzernweiter Datenschutzregeln schafft und es dann der Wirtschaft überlässt, nach dem Grundsatz von ‚*Trial and Error*‘ solche Richtlinien zu entwickeln, die möglicherweise – möglicherweise aber auch nicht – nach der Beurteilung des EDÖB die Anforderungen aus dem DSG erfüllen.

Stellungnahme zur Anpassung der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz an das revidierte DSG

Neben den unter Art. 5 Abs. 3 RevE VDSG erwähnten „Modellverträgen“ sollte der EDÖB insbesondere auch zur Entwicklung und Publikation sog. „**Standardvertragsklauseln**“ im Sinne von Art. 26 (4) Richtlinie 95/46/EG verpflichtet werden. Denn in den meisten Fällen bildet der grenzüberschreitende Datenaustausch nur einen Bestandteil, ein akzessorisches Element im Rahmen einer Vertrags- oder Wirtschaftsbeziehung. Bei solchen akzessorischen Datenbekanntgaben sollte der Datenschutz in der Praxis durch eine „Datenschutzklausel“ in den betreffenden Liefer- oder Dienstverträgen gewährleistet werden können, und die Partner einer solchen Vertrags- und Wirtschaftsbeziehung sollten nicht zum Abschluss einer zusätzlichen, umfangreichen und detaillierten Vereinbarung betreffend den grenzüberschreitenden Datenschutz gemäss den heute verfügbaren „Modellverträgen“ verpflichtet werden, die auf Situationen zugeschnitten sind, wo die Datenbekanntgabe den hauptsächlichen Bestandteil der Vertragsbeziehung ausmacht, wie typischerweise in grenzüberschreitenden Outsourcing- und Offshoring Verhältnissen.

Dabei würde es seitens der bearbeitenden Stellen der Wirtschaft sehr begrüsst, wenn **Berufsverbände und Branchenorganisationen** gemeinsam mit dem EDÖB solche Modellverträge, Standardvertragsklauseln oder Datenschutzregeln entwickeln könnten, welche auf die Anforderungen des Datenschutzes bei bestimmten typischen Tatbeständen zugeschnitten sind. Dies ist ein Ansatz, der ja auch gemäss Art. 27 der EG Datenschutz-Richtlinie ausdrücklich vorgesehen und gefördert wird. Dadurch kann insbesondere auch vermieden werden, dass für alltägliche grenzüberschreitende Datenbekanntgaben unter juristischen Personen für bestimmte typische Anwendungen die umfangreichen und detaillierten Modellverträge der EU unverändert übernommen werden müssen. Es ist nach Art. 26 Abs. 4 Richtlinie 95/46/EG ja ausdrücklich vorgesehen, dass bestimmte „Standardvertragsklauseln“ - und nicht nur ganze „Modellverträge“ - von den nationalen Datenschutzbehörden als ausreichende Grundlage für die Gewährleistung des Datenschutzes zugelassen werden können.

Auf diesem Gebiet besteht daher, in Übereinstimmung mit dem harmonisierten europäischen Datenschutzrecht (Art. 26 Abs. 4 und Art. 27 Richtlinie 95/46/EG) eine Möglichkeit für eine fruchtbare, schöpferische Zusammenarbeit zwischen dem EDÖB und der an der Realisierung eines sowohl wirkungsvollen als auch in der täglichen Praxis umsetzbaren Datenschutzes interessierten Berufsverbänden und Organisationen der wirtschaftlich tätigen Anwender. Es versteht sich, dass der EDÖB dabei internationale Normen und Standards und z.B. die Arbeiten und Empfehlungen der EG Datenschutz-Fachgruppe (Art. 29 Datenschutzrichtlinie 95/46/EG) berücksichtigen würde.

Die Modellverträge, Standardvertragsklauseln und Datenschutzregeln sollten natürlich nicht nur als blosse „Liste“ publiziert werden, sondern sie sollten vom EDÖB auch online, zum Herunterladen in maschinell lesbarer Form zur Verfügung gestellt werden. Dabei könnte der EDÖB – mit Zustimmung des betreffenden bearbeitenden Stelle – auch Verträge oder Datenschutzklauseln publizieren, welche von ihm aufgrund der Prüfung gemäss Art. 31 Abs. 2 Buchstabe e DSG als für die Gewährleistung des Datenschutzes in bestimmten, häufig auftretenden Situationen, besonders geeignet beurteilt werden. Eine derartige Informationspolitik des EDÖB würde von den mit der Umsetzung des Datenschutzes im Wirtschaftsleben betrauten Stellen zweifellos lebhaft begrüsst.

Stellungnahme zur Anpassung der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz an das revidierte DSG

Im Weiteren wäre jeweils anzustreben, dass Versionen auch in den in der Wirtschaftspraxis hauptsächlich verwendeten Sprachen zur Verfügung stehen (Englisch, Spanisch, Russisch), wobei Übersetzungen anerkannter Garantien und Datenschutzregeln auch durch Unternehmen oder Organisationen vorgenommen, hierauf dem EDÖB zur Prüfung vorgelegt und von ihm als anerkannte Übersetzung online publiziert werden könnten.

Demgemäss wird folgende Formulierung der wichtigen Bestimmung von Art. 5a Rev DSG über die „Informationspflicht“ bei der grenzüberschreitender Datenbekanntgabe vorgeschlagen:

Art. 5a Informationspflicht

- ¹ (unverändert)
- ² Der Beauftragte bestätigt innert zehn Tagen den Empfang der Information. Wenn der Beauftragte hierauf innert dreissig Tagen nach dem Datum der Empfangsbestätigung vom Inhaber der Datensammlung weder zusätzliche Angaben verlangt noch gemäss Artikel 29 Abs. 3 DSG eine Empfehlung betreffend die Änderung oder Ergänzung der Garantien oder Datenschutzregeln erlässt, kann der Inhaber der Datensammlung davon ausgehen, dass durch die dem Beauftragten mitgeteilten Garantien oder Datenschutzregeln die Anforderungen an den Datenschutz bei grenzüberschreitender Bekanntgabe erfüllt werden.
- ³ Die Informationspflicht gilt im Weiteren als erfüllt für alle Bekanntgaben, die
 - a. unter denselben Garantien erfolgen, soweit die Kategorien der Empfänger, der Zweck der Bearbeitung oder die Datenkategorien nicht derart verändert werden, dass der Datenschutz unter den betreffenden Garantien nicht mehr gewährleistet ist;
 - b. innerhalb derselben juristischen Person oder Gesellschaft oder zwischen juristischen Personen oder Gesellschaft, die einer einheitlichen Leitung unterstehen, stattfinden, soweit der Datenschutz durch die Datenschutzregeln gewährleistet bleibt.
- ⁴ Die Informationspflicht gilt ebenfalls als erfüllt, wenn Daten gestützt auf Modellverträge, Standardvertragsklauseln oder Datenschutzregeln übermittelt werden, die vom Beauftragten erstellt oder anerkannt wurden, und der Beauftragte vom Inhaber der Datensammlung über die Verwendung dieser Modellverträge, Standardvertragsklauseln oder Datenschutzregeln informiert wurde.
- ⁵ Der Inhaber der Datensammlung trifft angemessene Massnahmen, um sicherzustellen, dass der Empfänger die Garantien und Datenschutzregeln beachtet.
- ⁶ Der Beauftragte kann bei der Entwicklung von Modellverträgen, Standardvertragsklauseln und Datenschutzregeln mit Berufsverbänden oder Organisationen zusammenarbeiten oder solche Modellverträge und Datenschutzregeln anerkennen, welche den Datenschutz bei der grenzüberschreitenden Bekanntgabe in bestimmten Bereichen beruflicher oder wirtschaftlicher Tätigkeit gewährleisten. Bei der Entwicklung oder Anerkennung von Modellverträgen,

Stellungnahme zur Anpassung der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz an das revidierte DSG

Standardvertragsklauseln und Datenschutzregeln berücksichtigt der Beauftragte internationale Normen und Standards.

- ⁷ Der Beauftragte veröffentlicht die von ihm erstellten oder anerkannten Modellverträge, Standardvertragsklauseln und Datenschutzrichtlinien und macht diese online zugänglich.

Technische und organisatorische Massnahmen (Art. 8 RevE VDSG)

Zu den Kriterien der Angemessenheit der technischen und organisatorischen Massnahmen gemäss Art. 8 Abs. 2 VDSG sollte unbedingt auch der personelle, technische und finanzielle Aufwand zur Datensicherung zählen, wie sich dies eindeutig auch aus Art. Art. 17 (1) Satz 2 der europäischen Datenschutzrichtlinie 95/46/EG ergibt. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Schweiz Anforderungen an den Grad der Datensicherung aufstellen soll, die übertriebener – und praxisfremder – sind sollte als im europäischen Umfeld.

Demgemäss wird vorgeschlagen, Art. 8 VDSG wie folgt zu ergänzen

Die technischen und organisatorischen Massnahmen müssen angemessen sein. Insbesondere tragen sie folgenden Kriterien Rechnung

- a.
- d. gegenwärtiger Stand der Technik und die aus der Durchführung der Massnahmen entstehenden Kosten

Datenschutzberater (Art. 12a und 12b RevE VDSG)

Die dem harmonisierten europäischen Datenschutzrecht (Art. 18 (2) Lemma 2 Richtlinie 95/46/EG) nachgebildete Freistellung des Inhabers einer oder mehrerer gemäss Art. 11a Abs. 3 Rev DSG registrierungspflichtiger Datensammlungen von der mit Strafe (Art. 34 Abs. 2 Buchstabe a Rev DSG) bedrohten Unterlassung der Anmeldung durch Bezeichnung eines Datenschutzverantwortlichen (Datenschutzberater) ist zweifellos ein wesentliches Instrument zur wirkungsvollen Umsetzung des Datenschutzes in privaten Unternehmungen. Der Datenschutzberater kann auf der Ebene der privaten Anwender verschiedene gemäss Art. 29 und 31 Rev DSG dem EDÖB obliegende Beratungs- und Abklärungsaufgaben wahrnehmen.

Obwohl dadurch eine gewisse Konfusion zwischen den in Gesetz (Art. 11a Abs. 5 Rev DSG) und der Verordnung (Art. 12a und 12b Rev VDSG) verwendete Begriffen entstehen kann, erachten wir die in Art. 12a und 12b RevE VDSG verwendete Bezeichnung („Datenschutzberater“ statt „Datenschutzverantwortlicher“) als zutreffend, weil dadurch zum Ausdruck kommt, dass die Bezeichnung eines Datenschutzberaters an der Verantwortung des Unternehmens und der geschäftsleitenden Organe (Art. 716-717 OR) für die innerbetriebliche Umsetzung des Datenschutzes nichts ändert: Der Daten-

Stellungnahme zur Anpassung der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz an das revidierte DSG

schutzberater hat die für die Umsetzung des Datenschutzes zuständige und verantwortliche Geschäftsleitung vielmehr bei der ordnungsgemässen Einhaltung der Vorschriften über den Datenschutz beratend zu unterstützen, ist aber nicht selber für die Einhaltung des DSG verantwortlich (vgl. Art. 12b Abs. 1 Buchstabe a RevE VDSG).

Es ist u.E. auch richtig, die Umschreibung von Stellung und Aufgabe des Datenschutzberaters auf die wesentlichen für die Erfüllung seiner Aufgabe erforderlichen Punkte zu beschränken und die Ausgestaltung von organisatorischer Einstufung, Pflichtenheft und Kompetenzen des Datenschutzberaters der Organisationsautonomie der Unternehmen zu überlassen. Das Rev DSG schafft damit die Voraussetzungen für die rechtliche Ausprägung der Institution des Datenschutzberaters im Unternehmen, wie sie sich in den letzten Jahren bei vielen grösseren Firmen der Schweiz herausgebildet hat.

Es werden daher lediglich einige wenige redaktionelle Änderungen und Präzisierungen der Bestimmungen der Rev VDSG über den Datenschutzberater im Unternehmen vorgeschlagen:

Abs. 1 Buchstabe a

Aus dem Wortlaut von Art. 12b Abs. 1 Bst. (a) RevE VDSG könnte abgeleitet werden, dass sich die Zuständigkeit des Datenschutzberaters auf „Datensammlungen“ im Sinne von Art. 3 Buchstabe g DSG beschränkt – und somit nicht den datenschutzkonformen Umgang mit personenbezogenen Daten im Unternehmen allgemein umfasst – ist dies wirklich die Absicht des Gesetzgebers ?

Abs. 1 Buchstabe b

Die Pflicht zur Führung einer internen Liste der gemäss Art. 11a Abs. 3 Rev DSG registrierungspflichtigen Datensammlungen und die kategorische **Notwendigkeit der Streichung des voraussetzungslosen Einsichtsrechtes** in diese interne Liste für jedermann ohne Nachweis irgend eines schutzwürdigen Interesses haben wir schon im Zusammenhang mit Art. 4 RevE VDSG behandelt.

Abs. 2 Buchstabe b

Aus dem Kreis der Unternehmen und Verwaltungen, die schon heute einen internen Datenschutzberater (oder „Datenschutzbeauftragten“ bzw. „Datenschutzbeauftragten“) eingesetzt haben, ist der Wunsch geäussert worden, dass in der Rev VDSG die **fachliche Selbständigkeit und Unabhängigkeit** des Datenschutzberaters in Datenschutzangelegenheiten besonders hervorgehoben wird, obwohl sich diese Anforderung schon aus dem Zusatz „ohne diesbezüglichen Weisungen zu unterliegen“ abgeleitet werden kann.

Aufgrund der vorstehenden Überlegungen sollte Art. 12b Absatz 1 Rev VDSG wie folgt formuliert werden:

Art. 12b Aufgaben und Stellung des Datenschutzberaters

¹ Der Datenschutzberater erfüllt namentlich folgende Aufgaben:

Stellungnahme zur Anpassung der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz an das revidierte DSG

- a. Er prüft die Bearbeitung von Personendaten und empfiehlt Korrekturmassnahmen, wenn er feststellt, dass Vorschriften über den Datenschutz verletzt werden;
- b. Er führt eine Liste der Datensammlungen nach Artikel 11a Absatz 3 DSG, die vom Inhaber der Datensammlungen geführt werden, und er stellt diese dem Beauftragten im Rahmen von Abklärungen gemäss Art. 29 Absatz 2 DSG zur Verfügung.

² Der Datenschutzberater:

- a. übt seine Funktion fachlich selbständig und unabhängig aus, ohne diesbezüglichen Weisungen des Inhabers der Datensammlung zu unterliegen;
- b. verfügt über ...
