Datenschutzgesetz

Letzte Änderung: 27.07.2026

PDF erstellt am: 06.10.2026



ONLINEKOMMENTAR
DER FREI ZUGÄNGLICHE
RECHTSKOMMENTAR

INHALTSVERZEICHNIS

Vorb. zu Art. 1 DSG 7
Art. 1 DSG 17
Art. 2 DSG 23
Art. 3 DSG 33
Art. 4 DSG 39
Art. 5 lit. c DSG 51
Art. 5 lit. d DSG 69
Art. 5 lit. f und g DSG 83
Art. 6 Abs. 3-5 DSG 103
Art. 6 Abs. 6 und 7 DSG 129
Art. 7 DSG 159
Art. 10 DSG 183
Art. 11 DSG 207
Art. 12 DSG 225
Art. 14 DSG 245
Art. 15 DSG 257
Art. 18 DSG 263
Art. 19 DSG 271
Art. 20 DSG 303
Art. 21 DSG 323
Art. 22 DSG 373
Art. 23 DSG 399
Art. 25 DSG 417
Art. 26 DSG 435
Art. 27 DSG 447
Art. 28 DSG 455
Art. 29 DSG 481
Art. 31 Abs. 2 lit. e DSG 491
Art. 33 DSG 503

Art. 34 DSG 509
Art. 35 DSG 531
Art. 38 DSG 541
Art. 39 DSG 561
Art. 40 DSG 575
Art. 41 DSG 591
Art. 42 DSG 605
Art. 43 DSG 611
Art. 44 DSG 629
Art. 44a DSG 641
Art. 45 DSG 649
Art. 46 DSG 657
Art. 47 DSG 663
Art. 47a DSG 671
Art. 48 DSG 677
Art. 49 DSG 685
Art. 50 DSG 701
Art. 51 DSG 721
Art. 52 DSG 739
Art. 54 DSG 761
Art. 55 DSG 799
Art. 57 DSG 845
Art. 58 DSG 863
Art. 60 DSG 885
Art. 61 DSG 897
Art. 62 DSG 911
Art. 63 DSG 923
Art. 64 DSG 931
Art. 65 DSG 941
Art. 66 DSG 949

Art. 67 DSG 955
Art. 69 DSG 977
Art. 72 DSG 985
Art. 72a DSG 991

KOMMENTIERUNG ZU

Vorb. zu Art. 1 DSG

Eine Kommentierung von Sandra Husi-Stämpfli

ZITIERVORSCHLAG

Sandra Husi-Stämpfli, Kommentierung zu Vorb. zu Art. 1 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Husi-Stämpfli, N. XXX zu Vorb. zu Art. 1 DSG.

GLIEDERUNG

In Kürze 9
I. Der hippokratische Eid als erstes Berufsgeheimnis 9
II. 20. Jahrhundert: Das Datenschutzrecht hält Einzug in die Rechtsordnungen 9
III. 21. Jahrhundert: Datenschutz und Digitalisierung 11
A. Impuls: Datenschutzrevision in der EU 11
B. Der Schweizer Weg zu einem modernen Datenschutzgesetz 12
Literaturverzeichnis 15

IN KÜRZE

Das Datenschutzrecht hat seinen Ursprung in den (antiken) Berufsgeheimnissen, wie sie erstmals von Hippokrates entwickelt wurden: Es galt, Informationen über Patientinnen und Patienten geheim zu halten. Aus diesem Konzept entwickelten sich mit dem zunehmenden technischen Fortschritt, der damit verbundenen Komplexität und Globalisierung des Informationsaustausches ab 1970 die ersten datenschutzrechtlichen Gesamt-Kodifikationen– zuerst in einzelnen Ländern, dann nach und nach auch grenzüberschreitend durch internationale Organisationen und schliesslich durch die Europäische Gemeinschaft. Das erste Datenschutzgesetz der Schweiz trat 1992 in Kraft, das totalrevidierte (neue) Datenschutzgesetz am 1. September 2023.

I. DER HIPPOKRATISCHE EID ALS ERSTES BERUFSGEHEIMNIS

Die erste kodifizierte Regelung zum Schutz von Personendaten lässt sich bereits in der Zeit zwischen 460 und 370 v. Chr. ansiedeln: Mit dem hippokratischen Eid verpflichten sich Ärztinnen und Ärzte bis heute, Informationen über ihre Patientinnen und Patienten geheim zu halten. Es folgten diverse Berufsgeheimnisse, wie das Hebammen-Geheimnis, das Beichtgeheimnis oder das Anwaltsgeheimnis[1]. 1

II. 20. JAHRHUNDERT: DAS DATENSCHUTZRECHT HÄLT EINZUG IN DIE RECHTSORDNUNGEN

Die ursprünglich berufsbezogenen Vorgaben zum Schutz personenbezogener Informationen wie z.B. das Arztgeheimnis, das Hebammengeheimnis oder auch das Anwaltsgeheimnis basieren auf der Überzeugung, dass Verletzungen unmittelbar festgestellt und die verantwortlichen Personen auch ohne weitere Mühen zur Rechenschaft gezogen werden können. 2

Dieses Konzept der klaren Verantwortlichkeiten wurde vom technischen Fortschritt, der damit verbundenen Komplexität und zunehmenden 3

1. Ausführlich dazu SHK-Husi-Stämpfli, Entstehungsgeschichte, N. 1 ff.

Globalisierung des Informationsaustausches bereits im letzten Jahrhundert überholt. So ergaben sich in den 70er Jahren des letzten Jahrhunderts erste Fragen zum Umgang mit «automatisierten» Datenbearbeitungen, d.h. dem Einsatz von Computern und den damit verbundenen Verantwortlichkeiten und Herausforderungen für die Datensicherheit – plötzlich war es bspw. nicht mehr «nur» der Arzt, der eine handschriftliche Notiz in der physischen Patientenakte erstellte – die Daten wurden auf einem PC gespeichert, der allenfalls von einem externen IT-Unternehmen gewartet wurde usw. Die damit verbundenen neuen Herausforderungen läuteten um 1970 die Schaffung der ersten datenschutzrechtlichen Gesamt-Kodifikationen ein – zuerst in einzelnen Ländern, dann nach und nach auch grenzüberschreitend durch internationale Organisationen und schliesslich durch die Europäische Gemeinschaft.

4 Beispiele:

- 1973: Schweden[2].
- 1977: Bundesrepublik Deutschland[3].

2. Datalag (SFS 1973:289), der ursprüngliche Text findet sich auf Schwedisch unter https://www.riksdagen.se/sv/dokument-och-lagar/dokument/svensk-forfattningssamling/datalag-1973289_sfs-1973-289/.
3. Gesetz vom 27.1.1977 zum Schutz vor Missbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung, abrufbar unter https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=//*%5B@attr_id=%27bgbl177i0201.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl177007.pdf%27%5D__1687018047260.

- 1978: Österreich[4] und Frankreich[5].
- 1980: OECD Leitlinien für den Schutz des Persönlichkeitsbereichs und den grenzüberschreitenden Verkehr personenbezogener Daten[6].
- 1981: Europaratskonvention zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten[7].
- 1995: EU-Richtlinie zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr[8].
- 2000: EU-Grundrechtecharta (EU-GRC) mit Art. 8 «Schutz der personenbezogenen Daten».

In der Schweiz begann die Kodifikations-Bewegung sowohl auf kantonaler wie auch auf Bundes-Ebene in den 1970er Jahren und mündete schliesslich im Jahr 1992 im Datenschutzgesetz des Bundes.

III. 21. JAHRHUNDERT: DATENSCHUTZ UND DIGITALISIERUNG

Noch aus einer Zeit stammend, in der «automatisierte Datenbearbeitungen» die Ausnahme waren, konnte das DSG den Anforderungen der digitalisierten Welt je länger je weniger genügen. Die Revision des DSG war dabei erheblich von der Datenschutzrevision in der EU geprägt: 5

A. Impuls: Datenschutzrevision in der EU

Die Europäische Union lancierte im Jahr 2012 die Beratungen über das moderne Datenschutzrecht. Nach intensiven Verhandlungen verabschiedeten das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union im Jahr 2016 6

4. Bundesgesetz vom 18.10.1978 über den Schutz personenbezogener Daten, abrufbar unter https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1978_565_0/1978_565_0.pdf.
5. Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, abrufbar unter https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000886460.
6. Abrufbar unter https://www.oecd.org/digital/ieconomy/15589558.pdf.
7. Übereinkommen vom 28.1.1981 zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten, SR 0.235.1.
8. Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281 vom 23.11.1995, S. 3.

schliesslich die EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)[9] und die Richtlinie 2016/680[10].

- Die DSGVO regelt hauptsächlich den Schutz von Daten, die im Rahmen des europäischen Binnenmarktes bearbeitet werden, gilt aber auch für den öffentlichen Sektor. Sie trat am 25. Mai 2018 in Kraft.
- Die Richtlinie 2016/680 ist darauf ausgerichtet, personenbezogene Daten zu schützen, die zum Zweck der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung, einschliesslich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit, bearbeitet werden. Die Richtlinie 2016/680 ist auf den Wortlaut der DSGVO abgestimmt, um im gesamten EU-Raum ein einheitliches Basisvokabular bezüglich der allgemeinen Grundsätze zu erreichen. Sie trat am 5. Mai 2016 in Kraft.

B. Der Schweizer Weg zu einem modernen Datenschutzgesetz

7 Am 9. Dezember 2011 hiess der Bundesrat einen Bericht über die Evaluation des DSG[11] gut und beauftragte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Evaluation und der laufenden Entwicklungen in der EU und beim Europarat gesetzgeberische Massnahmen zur Stärkung des Datenschutzes zu prüfen. Dem Bundesrat stellte sich damals die Frage, inwieweit die Transparenz über Datenbearbeitungen erhöht werden müsse und die betroffenen Personen für die neuen Risiken stärker zu sensibilisieren seien. Insbesondere sollte bei der Überprüfung des gesetzlichen Handlungsbedarfs auch dem Umstand Rechnung getragen werden, dass Minderjährige besonders schutzbedürftig seien, was die Bearbeitung ihrer Daten angehe. Gleichzeitig betonte der

9. Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung, DSGVO), ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1.
10. Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 89.
11. Bericht des Bundesrates vom 9.12.2011 über die Evaluation des Bundesgesetzes über den Datenschutz, BBl 2012 S. 335.

Bundesrat aber auch, dass bei der Prüfung gesetzgeberischer Massnahmen auch dem Umstand Rechnung getragen werden müsse, dass datenschutzrechtliche Massnahmen mit anderen Interessen kollidieren können. Es seien daher neben dem Persönlichkeitsschutz auch die Interessen der Wirtschaft, das Recht auf Meinungs- und Informationsfreiheit sowie weitere private und öffentliche Interessen einzubeziehen[12]. Diese Arbeiten erfolgten unter Einbezug einer Begleitgruppe, welche bis 2014 den gesetzgeberischen Handlungsbedarf definierte[13].

Nachdem der Bundesrat am 1. April 2015 den Bericht der Begleitgruppe zur Kenntnis genommen hatte, beauftragte er das EJPD, bis spätestens Ende August 2016 einen Vorentwurf für eine Revision des DSG zu erarbeiten. Dieser Vorentwurf zu einer Totalrevision des DSG und zur Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz in die Vernehmlassung wurde am 21. Dezember 2016 in die Vernehmlassung geschickt. 8

Der Bundesrat verabschiedete am 15. September 2017 schliesslich die Botschaft zum «neuen» Datenschutzgesetz. Ziel des Bundesrates war es, «den Datenschutz an das Internet-Zeitalter an(zu)passen und die Stellung der Bürgerinnen und Bürger (zu) stärken». Zugleich sollte das Schweizer Datenschutzniveau jenem der EU angeglichen werden, um den für die freie Datenübermittlung zwischen Schweizer Unternehmen und jenen der EU wichtigen Angemessenheitsbeschluss zu erhalten.[14] 9

Die parlamentarischen Beratungen waren schwierig[15], es bestanden teilweise fundamental divergierende Auffassungen, wie weit das neue Datenschutzrecht gehen sollte. Gleichzeitig drängte aber die Zeit: Einzelne Bestimmungen des neuen Datenschutzrechts waren «schengen-relevant» und mussten innert zwei Jahren seit dem Inkrafttreten des entsprechenden Schengen-Rechts umgesetzt werden. Das Parlament entschied daher, die Vorlage aufzuteilen: Das sogenannte «Schengen-Datenschutzgesetz» wurde am 28. September 10

12. Medienmitteilung des Bundesrates vom 9.12.2011, Den Datenschutz stärken; Der Bundesrat heisst den Bericht über die Evaluation des Datenschutzgesetzes gut, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-42596.html.
13. Bericht der Begleitgruppe Revision DSG, 29.10.2014, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/ber-normkonzept-d.pdf.download.pdf/ber-normkonzept-d.pdf.
14. Botschaft DSG, S. 6970.
15. Ausführlich SHK-Husi-Stämpfli, Entstehungsgeschichte, N. 11 ff.

2018 verabschiedet und am 1. März 2019 in Kraft gesetzt.[16] Es wurde mit dem Inkrafttreten des neuen Datenschutzgesetzes wieder aufgehoben bzw. in das Datenschutzgesetz re-integriert. Das «Schengen-Datenschutzgesetz» regelte die Bearbeitung von Personendaten durch Bundesorgane zum Zweck der Verhütung, Aufklärung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung, einschliesslich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit.

11 In einer zweiten Etappe wurde dann jene Aspekte der Datenschutzrevision beraten, die nicht-schengen-relevant waren und stark von der DSGVO beeinflusst waren. Dazu zählten insbesondere die Neuerungen für das Bearbeiten von Personendaten durch Privatpersonen (i.e. primär Unternehmen). Im Zentrum der Diskussionen standen dabei die folgenden Themenbereiche:

- Die Stärkung der Rechte der betroffenen Personen: Erweiterung des Auskunftsrechts (OK-Steiger zu Art. 25 DSG) und Einführung eines Rechts auf Datenportabilität (siehe dazu OK-Kommentierung zu Art. 28 DSG).
- Erweiterung der Pflichten der für die Datenbearbeitung Verantwortlichen und der Auftragsverarbeiter: Einführung des Grundsatzes von privacy by design and default (OK-Klaus zu Art. 7 DSG) sowie der Pflicht, bei bestimmten Formen von Datenbearbeitungen eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen (OK-Harasgama zu Art. 22 DSG) und Verletzungen des Schutzes der betroffenen Personen an die Aufsichtsbehörde zu melden (OK-de la Cruz zu Art. 24 DSG).
- Einführung eines Sanktionenkatalogs (OK-Gassmann zu Art. 60 ff. DSG) und die Stärkung der Kompetenzen des EDÖB (OK-Reinle zu Art. 49 DSG; OK-Fanger/Oehri zu Art. 50 DSG).

12 Schliesslich konnte nach drei Jahren am 25. September 2020 das revidierte Datenschutzgesetz verabschiedet werden. Das Referendum verstrich ungenutzt, weshalb das Gesetz am 1. September 2023 gemeinsam mit der ebenfalls totalrevidierten Ausführungsverordnung (DSV) in Kraft getreten ist.

Die Autorin gibt in dieser Kommentierung ihre persönliche Einschätzung wieder.

16. AS 2019 639.

LITERATURVERZEICHNIS

Husi-Stämpfli Sandra, Kommentierung zur Entstehungsgeschichte des DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Auflage, Bern 2023.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 1 DSG

Eine Kommentierung von Sandra Husi-Stämpfli

ZITIERVORSCHLAG

Sandra Husi-Stämpfli, Kommentierung zu Art. 1 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Husi-Stämpfli, N. XXX zu Art. 1 DSG.

1. Kapitel:
Zweck und Geltungsbereich sowie Aufsichtsbehörde des Bundes

Art. 1 Zweck

Dieses Gesetz bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von natürlichen Personen, über die Personendaten bearbeitet werden.

GLIEDERUNG

In Kürze 19
I. Vorab: Die verschiedenen Formen des Persönlichkeitsschutzes 19
A. Verfassungsrechtlicher Schutz der informationellen Selbstbestimmung i.S.v. Art. 13 Abs. 2 BV 19
B. Zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz 20
II. Datenschutzrechtlicher Persönlichkeitsschutz 21
A. Entstehungsgeschichte Art. 1 DSG 21
B. Zweck des DSG 21
C. Rechtsnatur von Art. 1 DSG 22
Literaturverzeichnis 22

IN KÜRZE

Das Datenschutzrecht stellt gemeinsam mit dem zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz die Umsetzung des grundrechtlichen Persönlichkeitsschutzes sicher: Das DSG dient dem Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von natürlichen Personen, nicht mehr aber dem Schutz von juristischen Personen, wie dies noch im alten DSG der Fall war. Der Zweck des DSG ist damit enger gefasst als bspw. jener der DSGVO, welche auch die Ermöglichung des freien Verkehrs von Daten zum Ziel hat. Mit der gewählten Formulierung macht der Schweizer Gesetzgeber deutlich, dass Datenschutzrecht Persönlichkeitsschutz *avant tout* ist, und nicht Schutz der Wirtschaftsteilnehmer, der öffentlichen Sicherheit oder anderer Interessen.

I. VORAB: DIE VERSCHIEDENEN FORMEN DES PERSÖNLICHKEITSSCHUTZES

Das Datenschutzrecht stellt gemeinsam mit dem zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz (Art. 27 und Art. 28 ff. ZGB, dazu sogleich N. 3) die Umsetzung des grundrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 10 BV, dazu sogleich N. 2), und als dessen Ausprägung der Privatsphäre bzw. der informationellen Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV, dazu sogleich N. 2) sicher. Das Zusammenspiel dieser Elemente des Persönlichkeitsschutzes gestaltet sich wie folgt: 1

A. Verfassungsrechtlicher Schutz der informationellen Selbstbestimmung i.S.v. Art. 13 Abs. 2 BV

Mit Art. 13 BV wird die Privatsphäre als Raum für die Entwicklung und Entfaltung der individuellen Persönlichkeit geschützt [17]. Jede Person, unabhängig von ihrem Geschlecht, ihrer Herkunft, ihres Alters etc. hat damit Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihrer Korrespondenz. Art. 13 Abs. 2 BV gewährt als besonderer Teilaspekt des Rechts auf Privatsphäre einen Anspruch auf Schutz vor Missbrauch der persönlichen Daten. Der Wortlaut von Abs. 2 ist gemäss Rechtsprechung zu 2

17. BSK-Maurer-Lambrou/Kunz, Art. 1 N. 5; Biaggini, Art. 13 N. 4 ff.; unter vielen: BGE 135 I 198, E 3.1., 207.

eng: Der «grundrechtliche Datenschutz» muss grundsätzlich *jeden* Umgang des Staates mit persönlichen Daten erfassen[18].

B. Zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz

3 Die in den Art. 27 und Art. 28 ff. ZGB geschützten Persönlichkeitsrechte, die Bestandteil des Grundrechts der persönlichen Freiheit in Art. 10 BV bilden, stehen dem Menschen um seiner selbst willen zu und sind untrennbar mit seiner Person verknüpft[19]. Der von Art. 28 ZGB geschützte Bereich wird dabei in der Lehre mehrheitlich in drei Kategorien unterteilt: in die *physische Persönlichkeit, die affektive Persönlichkeit und die soziale Persönlichkeit*.

- Die physische Persönlichkeit betrifft die körperliche Integrität und die körperliche Bewegungsfreiheit.
- Die affektive bzw. psychische Persönlichkeit schützt den seelisch-emotionalen Bereich des Lebens einer Person.
- Der soziale Persönlichkeitsschutz trägt zu einer harmonischen Gestaltung der sozialen und gesellschaftlichen Beziehungen bei und schützt alle Güter, die einer Person zustehen müssen, um ihr ein harmonisches Leben in der Gesellschaft zu ermöglichen: Dazu zählen insbesondere das Recht am Namen, das Recht auf Ehre, das Recht am eigenen Bild, der Datenschutz, die Wirtschaftsfreiheit und das Recht auf Achtung und Respektierung des Privatlebens.

4 Die grundlegenden Bestimmungen für den privatrechtlichen Schutz in den Art. 27 ff. ZGB kommen dann zur Anwendung, wenn eine Persönlichkeitsverletzung durch eine andere Privatperson erfolgt ist und der Fall nicht durch eine spezielle Norm des Privatrechtes geregelt werden kann. Aus Art. 28 ZGB wird sodann ein zweistufiges Prüfungsschema abgeleitet:

- Zuerst wird geprüft, ob eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt.
- Danach ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob ein Rechtfertigungsgrund von Art. 28 Abs. 2 ZGB vorliegt, damit die Verletzung als nicht widerrechtlich bewertet werden kann. Liegt jedoch nach der

18. BSK-Maurer-Lambrou/Kunz, Art. 1 N. 5; unter vielen: BGE 129 I 232 E. 4.3.1, 245.
19. Ausführlich dazu SHK-Fey, Art. 1 N. 22 ff.

Prüfung von Art. 28 Abs. 2 ZGB kein Rechtfertigungsgrund vor, spricht man von einer widerrechtlichen Persönlichkeitsverletzung.

II. DATENSCHUTZRECHTLICHER PERSÖNLICHKEITSSCHUTZ

A. Entstehungsgeschichte Art. 1 DSG

Art. 1 DSG wurde unverändert vom alten DSG übernommen, obschon zumindest in der Vernehmlassung von verschiedenen Seiten der Wunsch geäussert wurde, dass analog Art. 1 DSGVO auch der grenzüberschreitende Datenverkehr und der Schutz der Wettbewerbsfähigkeit in die Zweckbestimmung des DSG aufgenommen werden solle[20]. Die Bestimmung war in der parlamentarischen Debatte jedoch unbestritten. 5

B. Zweck des DSG

Sowohl das DSG wie auch die kantonalen (Informations- und) Datenschutzgesetze halten in ihren Zweckbestimmungen fest, dass Datenschutz nicht als Selbstzweck verstanden werden darf, sondern als Instrument zur Wahrung der Grundrechte bzw. zum Schutz der Persönlichkeit von natürlichen Personen, deren Daten bearbeitet werden – Daten juristischer Personen werden vom DSG nicht mehr erfasst (siehe dazu OK-Husi-Stämpfli Art. 2 N. 12). 6

In diesem Selbstverständnis unterscheidet sich das Schweizer Datenschutzrecht klar von der DSGVO, welche neben dem Persönlichkeitsschutz auch den freien Verkehr von Daten als Zweck der Verordnung bezeichnet. Mit anderen Worten: Das Schweizer Datenschutzrecht ist eben Persönlichkeitsschutz *avant tout*, und nicht Schutz der Wirtschaftsteilnehmer, der öffentlichen Sicherheit oder anderer Interessen. 7

Der Schutz der *Persönlichkeit* zielt dabei primär auf das Datenbearbeiten durch Private ab, der Schutz der *Grundrechte* auf den Schutz vor Eingriffen 8

20. Bundesamt für Justiz, Zusammenfassung der Vernehmlassungsergebnisse, 05.6.2020, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/ve-ber-d.pdf.download.pdf/ve-ber-d.pdf.

durch staatliche Behörden[21]. In Anbetracht dessen, dass verfassungsrechtlich gesehen der Persönlichkeitsschutz Ausfluss der staatlichen Schutzpflicht bzw. Pflicht zur Verwirklichung der Grundrechte nicht nur durch den Staat, sondern auch zwischen Privaten ist (Art. 35 Abs. 3 BV)[22], wäre es gesetzeslogisch konsequenter gewesen, zuerst den Schutz der Grundrechte, und dann den Persönlichkeitsschutz aufzuführen.

9 Die in Art. 1 DSG erwähnten «Grundrechte» umfassen im Übrigen nicht nur Art. 13 Abs. 2 BV oder Art. 8 EMRK. Vielmehr muss Art. 1 DSG so verstander werden, dass sämtliche Grundrechte, die von Datenbearbeitungen tangiert werden können, miterfasst sind, wie bspw. die Meinungsfreiheit, das Diskriminierungsverbot usw. Staatliches Handeln muss nicht nur DSG-konform sein, sondern eben auch grundrechtskonform (Art. 36 BV).

C. Rechtsnatur von Art. 1 DSG

10 Art. 1 DSG ist eine programmatische Bestimmung: Sie begründet keine Rechte und Pflichten, ist aber als Leitlinie zu verstehen für die Auslegung der nachfolgenden Bestimmungen.

Die Autorin gibt in dieser Kommentierung ihre persönliche Einschätzung wieder.

LITERATURVERZEICHNIS

Fey Marco, Kommentierung zu Art. 1 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023.

Biaggini Giovanni, Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017.

Maurer-Lambrou Urs/ Kunz Simon, Kommentierung zu Art. 1 DSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor-Paul (Hrsg.), Datenschutzgesetz / Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2014.

Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008.

21. Rosenthal/Jöhri. Art. 1 N. 3 f.
22. Dazu SHK-Fey, Art. 1 N. 21.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 2 DSG

Eine Kommentierung von Sandra Husi-Stämpfli

ZITIERVORSCHLAG

Sandra Husi-Stämpfli, Kommentierung zu Art. 2 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Husi-Stämpfli, N. XXX zu Art. 2 DSG.

Art. 2 Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich

[1] Dieses Gesetz gilt für die Bearbeitung von Personendaten natürlicher Personen durch:

a. private Personen;

b. Bundesorgane.

[2] Es ist nicht anwendbar auf:

a. Personendaten, die von einer natürlichen Person ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch bearbeitet werden;

b. Personendaten, die von den eidgenössischen Räten und den parlamentarischen Kommissionen im Rahmen ihrer Beratungen bearbeitet werden;

c. Personendaten, die bearbeitet werden durch institutionelle Begünstigte nach Artikel 2 Absatz 1 des Gaststaatgesetzes vom 22. Juni 2007, die in der Schweiz Immunität von der Gerichtsbarkeit geniessen.

[3] Das anwendbare Verfahrensrecht regelt die Bearbeitung von Personendaten und die Rechte der betroffenen Personen in

Gerichtsverfahren und in Verfahren nach bundesrechtlichen Verfahrensordnungen. Auf erstinstanzliche Verwaltungsverfahren sind die Bestimmungen dieses Gesetzes anwendbar.

[4] Die öffentlichen Register des Privatrechtsverkehrs, insbesondere der Zugang zu diesen Registern und die Rechte der betroffenen Personen, werden durch die Spezialbestimmungen des anwendbaren Bundesrechts geregelt. Enthalten die Spezialbestimmungen keine Regelung, so ist dieses Gesetz anwendbar.

GLIEDERUNG

In Kürze 26
I. Allgemeines 26
A. Normzweck 26
B. Regelungskompetenz 26
II. Persönlicher Geltungsbereich (Art. 2 Abs. 1 DSG) 28
III. Sachlicher Geltungsbereich: Daten natürlicher Personen 28
IV. Ausnahmen 29
A. Verwendung zum privaten Gebrauch (Art. 2 Abs. 2 lit. a DSG) 29
B. Bearbeitung durch die eidgenössischen Räte und parlamentarischen Kommissionen (Art. 2 Abs. 2 lit. b DSG) 29
C. Datenbearbeitungen durch diplomatische Vertretungen und internationale Organisationen (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG) 29
D. Laufende Gerichts- oder bundesrechtliche Verfahren (Art. 2 Abs. 3 DSG) 30
E. Öffentliche Register des Privatrechtsverkehrs 31
Literaturverzeichnis 32

IN KÜRZE

Das DSG gelangt auf die Bearbeitung von Daten natürlicher Personen durch Bundesorgane und private Personen zur Anwendung. Das DSG gilt jedoch nicht absolut: Bestimmte Fälle, insbesondere Datenbearbeitungen ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch oder im Rahmen eines laufenden Gerichts- oder bundesrechtlichen Verfahrens, sind vom DSG ausgenommen bzw. werden durch separate, spezifische (Verfahrens-)Bestimmungen geregelt.

I. ALLGEMEINES

A. Normzweck

1 Mit Art. 2 DSG werden der Anwendungsbereich des Datenschutzgesetzes des Bundes sowie die entsprechenden Ausnahmen festgelegt. Der Anwendungsbereich des DSG wurde in der Revision teilweise erweitert, dies insbesondere, um den Anforderungen der ERK 108+ gerecht zu werden: So wurden die Ausnahmen in Bezug auf hängige Zivilprozesse, Strafverfahren, Verfahren der internationalen Rechtshilfe sowie staats- und verwaltungsrechtliche Verfahren (Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSG) und diejenige betreffend öffentliche Register des Privatrechtsverkehrs (Art. 2 Abs. 2 Bst. d DSG) angepasst worden.

B. Regelungskompetenz

2 Die Kompetenz zur Regelung des Datenschutzrechts ergibt sich aus der allgemeinen föderalen Kompetenzordnung: Gemäss Art. 3 und 42 BV kommt dem Bund eine begrenzte Einzelermächtigung zu, während die Kantone alle Aufgaben ausüben, die nicht dem Bund übertragen sind[23].

3 Der Bund ist damit berechtigt, in jenen Bereichen, in denen er grundsätzlich legiferieren darf, auch das Datenbearbeiten zu regeln – dies insbesondere im Rahmen der Organisation und des Verfahrens der Bundesbehörden (Art. 164 Ziff. 1 lit. g BV). Im Ingress des DSG wird Bezug genommen auf Art. 95 («privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit»), Art. 122 («Zivilrecht») und Art. 173 Abs. 2 BV («Weitere Aufgaben und Befugnisse»). Auch wenn diese Artikel die

23. Ausführlich BSK-Rudin/Husi-Stämpfli, Art. 37 Rz. 1b ff.

Zuständigkeit des Bundes im Bereich des Datenschutzes nicht ausdrücklich erwähnen, so ist unbestritten, dass sie die Kompetenzen zum Erlass datenschutzrechtlicher Bestimmungen miteinschliessen.

Ob das Bearbeiten von Personendaten den datenschutzrechtlichen Voraussetzungen genügt, bestimmt sich einerseits nach den Vorgaben der (Informations- und) Datenschutzgesetze (sog. «allgemeines» Datenschutzecht») und andererseits nach den Bestimmungen in denjenigen Spezialgesetzen, die das Datenbearbeiten in den konkreten Anwendungsfällen regeln («besonderes» Datenschutzrecht). 4

Sowohl öffentliche Organe wie auch Private haben sich in einem ersten Schritt am «allgemeinen» Datenschutzrecht zu orientieren, wenn sie Personendaten bearbeiten wollen: 5

- Bundesorgane und private Personen haben sich an den Bearbeitungsvorgaben des Datenschutzgesetzes des Bundes zu orientieren.
- Bearbeiten kantonale öffentliche Organe Personendaten, sind jeweils die kantonalen (Informations- und) Datenschutzgesetze zu befolgen.

Das «allgemeine» Datenschutzrecht, regelt – auf kantonaler und auf Bundesstufe – u.a. folgende Themen: Gesetzeszweck, Geltungsbereich, Definitionen, Bearbeitungsgrundsätze, Regelungen zur Verantwortlichkeit, Rechte der betroffenen Personen usw. Seiner Natur als *Grundsatz*gesetzgebung entsprechend enthält das «allgemeine» Datenschutzrecht in der Regel auch Ausnahmebestimmungen, die definieren, in welchen Fällen spezialrechtliche Vorgaben vorgehen. 6

Öffentliche Organe müssen in einem zweiten Schritt prüfen, ob sie die fraglichen Personendaten zu ihrer gesetzlichen Aufgabenerfüllung bearbeiten dürfen, ob also die jeweiligen Sachgesetze (das bereichsspezifische, «besondere» Datenschutzrecht) das Datenbearbeiten speziell regeln. 7

Das Fachrecht bzw. das «besondere» Datenschutzrecht muss den Anforderungen des allgemeinen Datenschutzrechts gerecht werden und neben dem Zweck des Bearbeitens (d.h. die konkrete Aufgabe, zu deren Erfüllung Personendaten bearbeitet werden müssen) u.a. die Verantwortlichkeiten und allfällige Voraussetzungen für die Bekanntgabe festhalten. 8

9 Privatpersonen ihrerseits müssen sich in diesem zweiten Schritt vergewissern, dass sie über einen Rechtfertigungsgrund für die fragliche Datenbearbeitung verfügen, sofern mit der Bearbeitung Persönlichkeitsrechte verletzt werden.

II. PERSÖNLICHER GELTUNGSBEREICH (ART. 2 ABS. 1 DSG)

10 Das Datenschutzrecht des Bundes gilt für die Bearbeitung von Daten natürlicher Personen durch Bundesorgane (dazu N. 11 Kommentierung zu Art. Art. 5 lit. i und OK-Zysset Art. 34 DSG) und private Personen (dazu OK-dal Molin zu Art. 30 DSG). Das jeweilige *kantonale* (Informations- und) Datenschutzgesetz gilt für die Bearbeitung von Personendaten durch *kantonale* öffentliche Organe (dazu N. 5).

III. SACHLICHER GELTUNGSBEREICH: DATEN NATÜRLICHER PERSONEN

11 Als natürliche Person im Rechtssinn gilt jeder Mensch, und jedes menschliche Wesen ist rechtsfähig (Art. 11 Abs. 1 ZGB). Jeder Mensch besitzt damit die Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben (Art. 11 Abs. 2 ZGB) – zu diesen Rechten gehört auch das Persönlichkeitsrecht aus zivil- wie auch aus datenschutzrechtlicher Perspektive (Art. 28 ff. ZGB bzw. Art. 1 insb. i.V.m. Art. 30 DSG und Art. 34 DSG).

12 Mit der letzten Datenschutzrevision wurde der sachliche Geltungsbereich eingeschränkt: Daten von juristischen Personen werden nicht mehr vom DSG erfasst, was in der Praxis aber ohnehin unbedeutend ist, denn juristische Personen können nach wie vor Persönlichkeitsverletzungen gestützt auf Art. 28 ff. ZGB (wie bspw. Rufschädigungen) geltend machen. Sie geniessen ferner den Schutz des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb[24], des Urheberrechtsgesetzes[25] oder der spezifischen Bestimmungen zu den Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnissen[26].

24. Bundesgesetz vom 19.12.1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), SR 241.
25. Bundesgesetz vom 9.10.1992 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz, URG), SR 231.1.
26. SHK DSG-Rudin, Art. 2 Rz. 13.

IV. AUSNAHMEN

Das DSG gilt nicht absolut. Die Art. 2 Abs. 2-4 DSG erwähnen verschiedene Ausnahmen, für welche das DSG nicht zur Anwendung gelangt. 13

A. Verwendung zum privaten Gebrauch (Art. 2 Abs. 2 lit. a DSG)

Das DSG gelangt nicht zur Anwendung, wenn die fraglichen Personendaten durch eine natürliche Person ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch bearbeitet werden (Art. 2 Abs. 2 Bst. a DSG). Als Beispiel lässt sich die Sammlung von Briefen oder E-Mails, welche sich ein Ehepaar über Jahre hinweg geschrieben hat und auch Bemerkungen und Anekdoten zu anderen Personen enthält, nennen. Ebenso vom DSG ausgenommen sind private Fotoalben mit Bildern von Familienfeiern, Urlaubsbekanntschaften etc., sofern die Fotos nicht weiterverbreitet (bspw. digitalisiert und veröffentlicht) werden. 14

B. Bearbeitung durch die eidgenössischen Räte und parlamentarischen Kommissionen (Art. 2 Abs. 2 lit. b DSG)

Die Personendaten werden durch die eidgenössischen Räte und die parlamentarischen Kommissionen im Rahmen ihrer Beratungen bearbeitet (Art. 2 Abs. 2 Bst. b DSG). Diese Bestimmung wurde unverändert aus dem alten DSG übernommen. Die Ausnahme vom DSG liegt gemäss Botschaft[27] darin begründet, dass das Parlament seine verfassungsrechtlichen Aufgaben nicht wahrnehmen könnte, wenn es in jedem Fall die Datenschutzgrundsätze – die Botschaft nennt hier explizit die Vorgaben zur Weitergabe von Personendaten – beachten müsste. Weitaus einleuchtender erscheint aber die Argumentation, dass im Spezialrecht, welches die Geschäftsabläufe der Räte regelt (dem «besonderen Datenschutzrecht») detaillierte zum Umgang mit Informationen (und damit Personendaten) enthalten sind, weshalb eine Unterstellung unter das DSG schlicht nicht erforderlich ist. 15

C. Datenbearbeitungen durch diplomatische Vertretungen und internationale Organisationen (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG)

Ebenfalls nicht vom DSG erfasst sind jene Bearbeitungen, die von einer diplomatischen oder konsularischen Vertretung eines anderen Staates oder 16

einer internationalen Organisation vorgenommen werden. Erfasst von dieser Ausnahme sind mit anderen Worten die institutionellen Begünstigten gemäss Art. 2 Abs. 1 des Gaststaatgesetzes vom 22. Juni 2007[28], die in der Schweiz Immunität von der Gerichtsbarkeit geniessen: Sie geniessen gestützt auf das Völkerrecht und das GSG Unabhängigkeit und Handlungsfreiheit, damit sie ihre internationalen Funktionen erfüllen können, entsprechend kann von ihnen auch nicht erwartet werden, dass sie sich in Bezug auf die Daten, die von ihren diplomatischen oder konsularischen Vertretungen bearbeitet werden, den Regeln des Schweizer Rechts unterwerfen.[29]

D. Laufende Gerichts- oder bundesrechtliche Verfahren (Art. 2 Abs. 3 DSG)

17 Ebenfalls nicht zur Anwendung gelangt das DSG auf laufende Gerichts- oder bundesrechtliche Verfahren, da diese vom jeweiligen Verfahrensrecht, welches ausführliche Vorgaben zum Umgang mit Personendaten (der Parteien, Klägerinnen usw.) enthält, geregelt werden.

18 Der Begriff der «Gerichtsverfahren» umfasst sämtliche Verfahren vor kantonalen und eidgenössischen Straf-, Zivil- und Verwaltungsgerichten, aber auch vor Schiedsgerichten mit Sitz in der Schweiz. Anders als das aDSG verzichtet Art. 2 Abs. 3 DSG auf den Begriff des *hängigen* Verfahrens, da lediglich im Zivilprozessrecht von Rechtshängigkeit die Rede ist und dieser Begriff mitunter zu Abgrenzungsproblemen führte.[30]

19 Massgebend ist nun nur noch, ob ein Verfahren vor einem Gericht stattfindet oder von einer bundesrechtlichen Verfahrensordnung geregelt ist. Ein Verfahren findet vor einem Gericht statt, wenn dieses zum ersten Mal mit einem Fall befasst ist, indem das Verfahren nach der massgebenden Verfahrensordnung eingeleitet wurde. Ein Verfahren ist durch bundesrechtliche Verfahrensordnungen geregelt, sobald ein bestimmter Sachverhalt durch eine Behörde entsprechend den Vorschriften in einem dieser Gesetze behandelt.

27. Botschaft aDSG, BBl 1988 II S. 413, 441.
28. GSG, SR 192.12.
29. Botschaft DSG, BBl 6941 S. 7012.
30. Botschaft DSG, BBl 6941 S. 7031.

Zu den bundesrechtlichen Verfahrensordnungen, die Vorgaben zum Umgang mit Personendaten bzw. zu den Rechten der betroffenen Personen im Rahmen dieser Verfahren enthalten, gehören insbesondere 20

- das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG, soweit es nicht um das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren geht),
- die Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO),
- das Bundesgesetz vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung- und Konkurs (SchKG),
- die Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO),
- das Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht vom 22. März 1974 (VStrR) oder aber
- das Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. März 1981 (IRSG).

Datenbearbeitungen durch die administrativen Dienste von Gerichten und Behörden fallen nicht in den Anwendungsbereich des jeweiligen Verfahrensrechts, womit Art. 2 Abs. 3 DSG nicht zur Anwendung gelangt. 21

Die massgebende Verfahrensordnung bleibt in der Regel auch nach Abschluss des Verfahrens anwendbar: Es gelten beispielsweise besondere Vorgaben zur Aktenpflege, zur Akteneinsicht, zur Berichtigung oder zur Aktenaufbewahrung. Nicht ausgeschlossen ist allerdings, dass das anwendbare Verfahrensrecht nach Abschluss des Verfahrens das DSG für anwendbar erklärt (vgl. Art. 99 StPO). 22

E. Öffentliche Register des Privatrechtsverkehrs

Schliesslich sind Datenbearbeitungen im Kontext jener öffentlichen Register des Privatrechtsverkehrs, die gestützt auf Bundesrecht und von Bundesorganen geführt werden, vom Anwendungsbereich des DSG 23

ausgenommen[31]. Hier gilt das jeweilige Spezialrecht. Zu diesen Registern zählen insbesondere

- das elektronische Zivilstandsregister Zefix,
- das Luftfahrzeugbuch des Bundesamts für Zivilluftfahrt und
- die Register des Eidgenössischen Instituts für Geistiges Eigentum (insbesondere das Marken-, das Patent- und das Designregister).

24 Die öffentlichen Register des Privatrechtsverkehrs, für welche die Kantone zuständig sind, unterstehen dem kantonalen Datenschutzrecht. Zu den kantonalen Registern zählen bspw.

- das Grundbuch,
- das Schiffsregister,
- die Handelsregister und
- die Betreibungs- und Konkursregister.

Die Autorin gibt in dieser Kommentierung ihre persönliche Einschätzung wieder.

LITERATURVERZEICHNIS

Rudin Beat, Kommentierung zu Art. 2 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023.

Rudin Beat/Husi-Stämpfli Sandra, Kommentierung zu Art. 37 DSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blectha Gabor-Paul (Hrsg.), Datenschutzgesetz / Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2014.

Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008.

31. Rosenthal/Jöhri, Art. 2 Rz. 45 ff.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 3 DSG

Eine Kommentierung von Sandra Husi-Stämpfli

ZITIERVORSCHLAG

Sandra Husi-Stämpfli, Kommentierung zu Art. 3 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Husi-Stämpfli, N. XXX zu Art. 3 DSG.

Art. 3 Räumlicher Geltungsbereich

[1] Dieses Gesetz gilt für Sachverhalte, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden.

[2] Für privatrechtliche Ansprüche gilt das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das Internationale Privatrecht. Vorbehalten bleiben zudem die Bestimmungen zum räumlichen Geltungsbereich des Strafgesetzbuchs.

GLIEDERUNG

In Kürze 35
I. Allgemeines 35
A. Hintergrund und Normzweck 35
B. Entstehungsgeschichte 36
II. Anwendbarkeit des DSG gemäss Auswirkungsprinzip (Art. 3 Abs. 1 DSG) 36
III. Kollisionsregelung bei privatrechtlichen Datenbearbeitungsvorgängen (Art. 3 Abs. 2 DSG) 37
IV. Strafrechtliche Kollisionsregelung (Art. 3 Abs. 2 DSG) 37
Literaturverzeichnis 38

IN KÜRZE

Art. 3 DSG verankert das sogenannte «Auswirkungsprinzip», wonach die Bestimmungen des DSG zur Anwendung gelangen, wenn die jeweiligen Datenbearbeitungsvorgänge in der Schweiz «spürbar» sind. Damit sind nicht nur rein «schweizerische» Datenbearbeitungsvorgänge vom Anwendungsbereich des DSG erfasst, sondern auch jene Konstellationen, in welchen eine Datenbearbeitung im Ausland veranlasst wird, sich aber die Folgen der Bearbeitung in der Schweiz auswirken.

I. ALLGEMEINES

A. Hintergrund und Normzweck

Das öffentliche Recht kennt kein kodifiziertes Kollisionsrecht, anders als im Privat- und Strafrecht. In der Praxis gelangt auf grenzüberschreitende öffentlich-rechtliche Konstellationen damit grundsätzlich das Territorialitätsprinzip zur Anwendung: Das schweizerische öffentliche Recht findet immer dann Anwendung, wenn sich ein Sachverhalt in der Schweiz zuträgt.[32] 1

Zu den Kriterien, die zur Festlegung des anwendbaren Rechts beigezogen werden, zählen dabei insb. der Wohnsitz oder Aufenthaltsort, der Tätigkeitsort oder der Auswirkungsort. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts stellt das sog. Auswirkungsprinzip eine «spezielle Ausprägung» des Territorialitätsprinzips dar[33]: Sachverhalte, die sich im Ausland zugetragen haben, können von Schweizer Behörden berücksichtigt werden, wenn sich diese «in einem ausreichenden Mass auf das Territorium der Schweiz auswirken». Wann allerdings ein hinreichender Bezug zur Schweiz im Sinne des Auswirkungsprinzips gegeben ist, umschreibt die Praxis nicht einheitlich: Erforderlich ist im Allgemeinen, dass die Auswirkungen spürbar, erheblich, wesentlich oder beträchtlich sind. 2

32. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rz. 308, mit Verweis auf BGE 95 II 109, 114.
33. So im «Google Street View Entscheid» BGE 133 II 331 E. 6.1.

3 Art. 3 DSG regelt entsprechend den allgemeinen Anwendungsgrundsätzen des öffentlichen Rechts und insbesondere des Auswirkungsprinzips die *örtliche* Anwendung des DSG.

B. Entstehungsgeschichte

4 Das alte DSG enthielt keine Bestimmungen zum örtlichen Geltungsbereich, ebenso wenig wie der Entwurf zum neuen DSG. Im Rahmen der parlamentarischen Beratungen wurde jedoch gefordert, eine Bestimmung zum räumlichen Geltungsbereich – die idealerweise Art. 3 Abs. 1 und 2 DSGVO entspreche – einzuführen.[34] Das DSG hätte danach auch dann zur Anwendung gelangen sollen, wenn ein Verantwortlicher oder Auftragsbearbeiter mit Niederlassung ausserhalb der Schweiz Daten von Personen in der Schweiz bearbeitet, um ihnen (entgeltlich oder unentgeltlich) Waren oder Dienstleistungen anzubieten oder ihr Verhalten in der Schweiz zu beobachten.

5 Aufgrund der bereits bestehenden Kollisionsregelungen insbesondere im Privatrecht kam der Gesetzgeber in der Beratung zum Schluss, dass mit einer Verankerung des durch die Rechtsprechung definierten Auswirkungsprinzips sowie einem expliziten Verweis auf die Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG, SR 351.1) bzw. des Strafrechts den Anliegen der von einer (internationalen) Datenbearbeitung betroffenen Personen genügend Rechnung getragen werden könne. Entsprechend wurde die diskutierte Regelung analog Art. 3 Abs. 1 und 2 DSGVO fallen gelassen.

II. ANWENDBARKEIT DES DSG GEMÄSS AUSWIRKUNGSPRINZIP (ART. 3 ABS. 1 DSG)

6 Die Bestimmungen des DSG gelangen aufgrund des Auswirkungsprinzips dann zur Anwendung, wenn sich die jeweiligen Datenbearbeitungsvorgänge in der Schweiz *auswirken*. Damit sind nicht nur rein «schweizerische» Datenbearbeitungsvorgänge vom Anwendungsbereich des DSG erfasst, sondern auch jene Konstellationen, in welchen eine Datenbearbeitung im

34. Siehe dazu die Fahne für die Debatte im Nationalrat in der Herbstsession 2019, abrufbar unter https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20170059/N3-1%20D.pdf.

Ausland veranlasst wird, aber die Folgen der Bearbeitung in der Schweiz «spürbar» sind.[35]

III. KOLLISIONSREGELUNG BEI PRIVATRECHTLICHEN DATENBEARBEITUNGSVORGÄNGEN (ART. 3 ABS. 2 DSG)

Im privatrechtlichen Kontext regelt das IPRG, welches Recht für die schweizerischen Gerichte im internationalen Verhältnis anwendbar ist, im Kontext des Datenschutzrechts ist Art. 139 Abs. 1 IPRG zu beachten. Danach steht der geschädigten Person ein weitgehendes Wahlrecht bezüglich des auf ihren Fall anwendbaren Rechts zu. Konkret hat die geschädigte Person die Möglichkeit, zu entscheiden, ob das Recht des Staates zur Anwendung kommt, 7

- in welchem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat (Abs. 1 lit. a),
- in welchem der Urheber der Verletzung seine Niederlassung oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Abs. 1 lit. b), oder
- in welchem der Erfolg der verletzenden Handlung eintritt (Abs. 1 lit. c).

Damit hat die geschädigte Person die Möglichkeit, das für sie günstigste Recht auszuwählen. Um diesen Vorteil zu wahren, hält das DSG explizit fest, dass für privatrechtliche Ansprüche das IPRG gelten soll. 8

IV. STRAFRECHTLICHE KOLLISIONSREGELUNG (ART. 3 ABS. 2 DSG)

Die Strafbestimmungen des DSG (Art. 60 ff.) sind Teil des Nebenstrafrechts, womit sich ihre territoriale Anwendung nach den Grundsätzen des StGB bestimmt (vgl. Art. 333 Abs. 1 i.V.m. Art. 104 und Art. 3 ff. StGB): Nach dem im StGB verankerten Individualschutzprinzip ist grundsätzlich strafbar, wer im Ausland Rechtsgüter von schweizerischen Staatsangehörigen verletzt. Das DSG verweist angesichts dieser bereits vorhandenen Kollisionsregel auf das Strafgesetzbuch und enthält keine eigenen Vorgaben zum räumlichen Anwendungsbereich im strafrechtlichen Kontext. 9

35. SHK-Rudin, Art. 3 Rz. 5.

Die Autorin gibt in dieser Kommentierung ihre persönliche Einschätzung wieder.

LITERATURVERZEICHNIS

Rudin Beat, Kommentierung zu Art. 3 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, Zürich/St. Gallen.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 4 DSG

Eine Kommentierung von Michael Reinle

ZITIERVORSCHLAG

Michael Reinle, Kommentierung zu Art. 4 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Reinle, Art. 4 DSG N. XXX.

Art. 4 Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter

[1] Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) beaufsichtigt die Anwendung der bundesrechtlichen Datenschutzvorschriften.

[2] Von der Aufsicht durch den EDÖB sind ausgenommen:

a. die Bundesversammlung;

b. der Bundesrat;

c. die eidgenössischen Gerichte;

d. die Bundesanwaltschaft: betreffend die Bearbeitung von Personendaten im Rahmen von Strafverfahren;

e. Bundesbehörden: betreffend die Bearbeitung von Personendaten im Rahmen einer rechtsprechenden Tätigkeit oder von Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen.

GLIEDERUNG

In Kürze 41
I. Allgemeines 41
A. Normzweck und Hintergrund 41
B. Entstehungsgeschichte 42
II. Aufsicht durch den EDÖB 43
A. Aufsicht über die Anwendung der bundesrechtlichen Datenschutzvorschriften (Abs. 1) 43
B. Ausnahmen von der Aufsicht (Abs. 2) 44
1. Bundesversammlung (lit. a) 44
2. Bundesrat (lit. b) 45
3. Eidgenössische Gerichte (lit. c) 46
4. Bundesanwaltschaft (lit. d) 47
5. Bundesbehörden betreffend rechtsprechende Tätigkeit oder von Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen (lit. e) 47
Literaturverzeichnis 48
Materialienverzeichnis 49

IN KÜRZE

Der EDÖB beaufsichtigt die Anwendung der bundesrechtlichen Datenschutzvorschriften. Der Aufsicht des EDÖB unterstellt sind private natürliche und juristische Personen sowie die Bundesorgane. Bei der Aufsicht über die Bundesorgane gibt es gestützt auf das Prinzip der Gewaltenteilung und zur Sicherstellung der Unabhängigkeit der Justiz Ausnahmen. Die Ausnahme von der Aufsicht bedeutet nicht, dass die ausgenommenen Bundesorgane bei deren Datenbearbeitungen die Bestimmungen des DSG nicht beachten müssen. Ausnahmen vom sachlichen Anwendungsbereich des DSG werden in Art. 2 DSG geregelt.

I. ALLGEMEINES

A. Normzweck und Hintergrund

Die allgemeine Aufsicht des EDÖB über die Anwendung der bundesrechtlichen Datenschutzvorschriften stellt im Vergleich zum bisherigen DSG (Art. 27 Abs. 1 aDSG) keine Neuerung dar. Neu ist vor allem, dass Art. 4 DSG vom EDÖB spricht und nicht mehr vom Beauftragten, wie es in Art. 27 aDSG der Fall war. Dies hängt damit zusammen, dass das revidierte DSG zwischen dem EDÖB als Behörde und der / dem Beauftragten als Person der Leiterin oder des Leiters der Behörde unterscheidet. Der Begriff des Beauftragten wird allerdings erst in Art. 43 Abs. 1 DSG definiert. 1

Art. 4 DSG bekommt seine Bedeutung primär durch die Ausnahmen von der Aufsicht des EDÖB in Art. 4 Abs. 2 DSG. Im bisherigen Recht wurde einzig der Bundesrat von der Aufsicht des EDÖB ausgenommen (Art. 27 Abs. 1 aDSG). Neu gilt die Ausnahme von der Aufsicht durch den EDÖB nicht nur für den Bundesrat, sondern auch für weitere Bundesorgane. Die Liste der Ausnahmen in Art. 4 Abs. 2 DSG ist abschliessend.[36] Keine Ausnahmen sieht das DSG bei der Aufsicht des EDÖB über private Datenbearbeiter vor.[37] 2

36. BSK-Huber, Art. 4 DSG N. 36.
37. BSK-Huber, Art. 4 DSG N. 28. Zu den teilweise komplexen Abgrenzungsfragen bei kantonalen öffentlichen Organen, welche eine privatwirtschaftliche Tätigkeit ausüben, BSK-Huber, Art. 4 DSG N. 29 ff.

3 Der Bundesrat wurde von der Aufsicht des EDÖB ausgenommen, weil der EDÖB nicht Kontrollorgan seiner eigenen Aufsichts- und Wahlbehörde sein könne.[38]

4 Die in Abs. 2 neu eingefügten Ausnahmen für die Bundesversammlung, die eidgenössischen Gerichte, die Bundesanwaltschaft und weitere Bundesbehörden bei spezifischen Datenbearbeitungen folgen vergleichbaren Überlegungen. Sie dienen der Umsetzung des Gewaltenteilungsprinzips und sollen die Unabhängigkeit der Justiz gewährleisten.[39]

B. Entstehungsgeschichte

5 Im Normkonzept zur Revision des Datenschutzgesetzes vom 29. Oktober 2014 war die Aufsicht des EDÖB über Bundesorgane zwar ein Thema, doch befasste man sich damals nicht mit der Frage von Ausnahmen von dieser Aufsicht.[40]

6 Art. 2 Abs. 3 und 4 VE-DSG enthielten Ausnahmen von der Aufsicht des EDÖB für die eidgenössischen Gerichte (Abs. 3) bzw. den Bundesrat und die Bundesversammlung (Abs. 4). Die Ausnahme der eidgenössischen Gerichte wurde damit begründet, dass der EDÖB gemäss VE-DSG neu die Kompetenz erhalten sollte, Verfügungen gegenüber Bundesorganen zu erlassen. Dies hätte bei den Gerichten die Unabhängigkeit der Gerichte und die Gewaltenteilung beeinträchtigen können.[41] Zudem sind das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht Beschwerdeinstanzen betreffend Verfügungen des EDÖB. Dies hätte dazu führen können, dass diese beiden Gerichte Verfügungen des EDÖB gegen sie selbst hätten prüfen müssen.

7 Zudem sollte gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. c VE-DSG die Bearbeitung von Personendaten durch unabhängige eidgenössische Justizbehörden im Rahmen ihrer Rechtsprechungstätigkeit vom DSG und somit auch von der Aufsicht durch den EDÖB ausgenommen werden. Diese Ausnahme wurde ebenfalls damit begründet, dass eine Unterstellung dieser Justizbehörden unter die

38. Botschaft 1988, S. 479; Jöhri, Art. 27 aDSG N. 5.
39. Botschaft 2017, S. 7018.
40. BJ, Normkonzept zur Revision des Datenschutzgesetzes, Bericht der Begleitgruppe Revision DSG vom 29.10.2014, S. 44 ff.
41. BJ, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, S. 42.

Aufsicht des EDÖB das Prinzip der Gewaltenteilung und die Unabhängigkeit der Justiz beeinträchtigen könnte.[42]

Art. 2 Abs. 2 lit. c sowie 3 und 4 VE-DSG wurden im Rahmen der Vernehmlassung diskutiert und kritisiert.[43] Es wurde u.a. kritisiert, dass gewisse Begriffe unklar seien («unabhängige Justizbehörden»), dass die Ausnahmeregelungen dem Übereinkommen SEV 108 widersprechen würden, dass der EDÖB weiterhin die Aufsicht über die Gerichte ausüben solle, diesen gegenüber aber nur Empfehlungen aussprechen dürfe oder dass die Ausnahmen in Art. 2 Abs. 3 und 4 VE-DSG systematisch im Abschnitt über den EDÖB und nicht im Zusammenhang mit dem sachlichen Anwendungsbereich des DSG zu regeln seien. 8

Die Kritiken aus der Vernehmlassung zum VE-DSG wurden insofern berücksichtigt, als in der Botschaft DSG 2017 ein neuer Art. 3 E-DSG eingeführt wurde, der sich ausschliesslich mit der Aufsicht durch den EDÖB befasst.[44] Mit diesem Entscheid wurde die Frage der Aufsicht von der Frage des sachlichen Anwendungsbereichs des DSG getrennt, was dogmatisch auch richtig ist. Art. 3 E-DSG entspricht inhaltlich ohne Abweichungen dem neuen Art. 4 DSG. 9

Art. 3 E-DSG bzw. Art. 4 DSG wurde in den parlamentarischen Beratungen nicht diskutiert. Vielmehr wurde der Vorschlag des Bundesrates (Art. 3 E-DSG) ohne Wortmeldungen angenommen.[45] 10

II. AUFSICHT DURCH DEN EDÖB

A. Aufsicht über die Anwendung der bundesrechtlichen Datenschutzvorschriften (Abs. 1)

Art. 4 Abs. 1 DSG hält fest, dass der EDÖB die Aufsicht über die Anwendung der bundesrechtlichen Datenschutzvorschriften hat. Der Aufsicht des EDÖB 11

42. BJ, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, S. 40.
43. BJ, Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz – Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 10.8.2017, S. 10 f.
44. Botschaft 2017, S. 7017 ff.

unterstellt sind private natürliche und juristische Personen sowie die Bundesorgane.

12 Der Wortlaut «bundesrechtliche Datenschutzvorschriften» betont, dass der EDÖB nicht nur die Anwendung der Vorschriften des DSG beaufsichtigt. Wie unter Art. 27 Abs. 1 aDSG überwacht der EDÖB nach Art. 4 Abs. 1 DSG auch die bereichsspezifischen Datenschutzvorschriften des Bundes.[46] Gemeint sind damit datenschutz-relevante Bestimmungen in anderen Bundeserlassen[47] sowie auch datenschutzrechtsspezifische völkerrechtliche Verträge.

13 Die Frage der Aufsicht über Bundesorgane durch den EDÖB ist von der sachlichen Anwendung des DSG auf konkrete Datenbearbeitungen der Bundesorgane zu trennen. Bundesorgane können der Aufsicht des EDÖB unterstehen, auch wenn einzelne ihrer Datenbearbeitungen nach Art. 2 DSG vom Anwendungsbereich des DSG ausgenommen sind. Umgekehrt können gewisse Bundesorgane von der Aufsicht des EDÖB ausgenommen sein (Art. 4 Abs. 2 DSG), auch wenn deren Datenbearbeitungen nach Art. 2 DSG nicht vom sachlichen Anwendungsbereich des DSG ausgenommen sind. Dies tritt z.B. auf den Bundesrat zu. Dieser ist nach Art. 4 Abs. 2 lit. b DSG von der Aufsicht des EDÖB ausgenommen, muss jedoch für gewisse Datenbearbeitungen das DSG einhalten.[48] Dasselbe gilt für die Bundesversammlung.[49] Diese ist neu von der Aufsicht ausgenommen. Gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. b DSG sind auch gewisse Datenbearbeitungen der Bundesversammlung vom sachlichen Anwendungsbereich des DSG ausgenommen, aber nicht alle.

B. Ausnahmen von der Aufsicht (Abs. 2)

1. Bundesversammlung (lit. a)

14 Die Bundesversammlung ist von der Aufsicht des EDÖB ausgenommen, weil ansonsten der Grundsatz der Gewaltenteilung beeinträchtigt werden könnte.[50]

45. AB 2019 NR S. 1792; AB 2019 SR S. 1239.
46. BSK-Huber, Art. 4 DSG N. 82; Jöhri, Art. 27 aDSG N. 5; SHK-Baeriswyl, Art. 4 DSG N. 7 ff.
47. siehe hierzu SHK-Baeriswyl, Art. 4 DSG N. 9; SHK-Rudin, Art. 2 DSG N. 6.
48. Waldmann/Oeschger, § 15 N. 14; BSK-Huber, Art. 4 DSG N 46; Jöhri, Art. 27 aDSG N. 5.
49. BSK-Huber, Art. 4 DSG N. 43.
50. Botschaft 2017, S. 7018.

Hinsichtlich der Ausnahme der Bundesversammlung von der Aufsicht des EDÖB stellt sich die Frage, wie weit sich diese Ausnahme erstreckt. Die Materialien äussern sich nicht zu dieser Frage.[51] 15

Mit Blick auf Art. 2 Abs. 2 lit. b DSG fällt auf, dass der Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Erwähnung des Parlamentes zwischen Bundesversammlung, eidgenössischen Räten und parlamentarische Kommissionen unterscheidet. Dies spricht dafür, dass mit Bundesversammlung das Kollegium gemäss Art. 148 BV gemeint ist. Nach Art. 148 Abs. 2 BV umfasst die Bundesversammlung den National- und Ständerat. Von daher dürfte mit Bundesversammlung nicht nur die vereinigte Bundesversammlung als spezifisches Gremium gemeint sein, sondern der Nationalrat, Ständerat sowie die vereinigte Bundesversammlung. 16

Unklar ist, ob von der Aufsicht des EDÖB auch die parlamentarischen Kommissionen und die Parlamentsdienste ausgenommen sind. Die Beratungen der parlamentarischen Kommissionen sind vom DSG ausgenommen (Art. 2 Abs. 2 lit. b DSG). Diese Ausnahme gilt jedoch nur für die Beratungen selbst und z.B. nicht für die Berichterstattung über diese Beratungen sowie Veröffentlichungen.[52] Mit Blick auf die Begründung der Ausnahme der Bundesversammlung macht es dennoch Sinn, auch die parlamentarischen Kommissionen von der Aufsicht des EDÖB auszunehmen. Betreffend die Parlamentsdienste ist entscheidend, ob es sich um Datenbearbeitungen handelt, welche in direktem Zusammenhang mit der Parlamentstätigkeit stehen. Datenbearbeitungen, welche nicht in direktem Zusammenhang mit der Parlamentstätigkeit stehen, unterliegen der Aufsicht des EDÖB.[53] 17

2. Bundesrat (lit. b)

Der Bundesrat wurde gemäss Botschaft von der Aufsicht des EDÖB ausgenommen, weil ansonsten der Grundsatz der Gewaltenteilung beeinträchtigt werden könnte.[54] 18

51. BJ, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, S. 42; Botschaft 2017, S. 7018.
52. BSK-Drechsler, Art. 2 DSG N. 22; Rosenthal, Art. 2 aDSG N. 27.
53. siehe die Ausführungen betreffend den sachlichen Anwendungsbereich unter dem alten Recht bei Waldmann/Bickel, §12 N. 27. So wohl auch BSK-Huber, Art. 4 DSG N. 44.

19 Mit Bundesrat ist das Kollegium gemeint. Der Aufsicht des EDÖB unterstehen dagegen die Departemente und die Bundeskanzlei.[55]

20 Die Ausnahme des Bundesrates von der Aufsicht des EDÖB wurde unter Art 27 Abs. 1 aDSG damit begründet, dass das Wahlorgan der / des Beauftragten nicht seiner Aufsicht unterstehen sollte.[56] Neu wird jedoch die / der Beauftragte von der vereinigten Bundesversammlung gewählt (Art. 43 f. DSG). In Art. 39 E-DSG war weiterhin vorgesehen, dass die / der Beauftragte vom Bundesrat ernannt wird – unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Bundesversammlung. Daher wurden in Art. 3 Abs. 2 E-DSG sowohl der Bundesrat als auch die Bundesversammlung von der Aufsicht ausgenommen. Im Nationalrat sprach sich dann jedoch eine Mehrheit für die Wahl durch die vereinigte Bundesversammlung und nicht mehr durch den Bundesrat aus.[57] Der Ständerat hat sich diesem Entscheid angeschlossen.[58] Da neu somit der Bundesrat nicht mehr das Wahlorgan für die / den Beauftragten ist, ist nicht ersichtlich, weshalb der Bundesrat weiterhin von der Aufsicht des EDÖB ausgenommen werden müsste. Dass der Bundesrat nach Art. 4 Abs. 2 lit. b DSG weiterhin von der Aufsicht durch den EDÖB ausgenommen ist, ist wohl dem Umstand geschuldet, dass das Parlament Art. 3 E-DSG angenommen hatte, bevor es sich mit der Wahl der / des Beauftragten auseinandersetzte.

3. Eidgenössische Gerichte (lit. c)

21 Die Eidgenössischen Gerichte sind von der Aufsicht des EDÖB ausgenommen, weil ansonsten die Gewaltenteilung und Unabhängigkeit der Justiz beeinträchtigt werden könnte.[59] Dies, weil der EDÖB neu die Kompetenz erhält, Verfügungen gegenüber Bundesorganen zu erlassen (Art. 51 DSG). Zudem sind das Bundesverwaltungsgericht und das Bundesgericht Beschwerdeinstanzen für Verfügungen des EDÖB. Ohne die Ausnahme von der Aufsicht müssten sie Verfügungen des EDÖB gegen sich selbst als Beschwerdeinstanz beurteilen.

---

54. Botschaft 2017, S. 7018.
55. BSK-Huber, Art. 4 DSG N. 49.
56. Botschaft 1988, S. 479; Waldmann/Oeschger, § 15 N. 14; BSK-Huber, Art. 4 DSG N. 46; Jöhri, Art. 27 aDSG N. 5; SHK-Baeriswyl, Art. 4 DSG N. 14.
57. AB 2019 NR S. 1827.
58. AB 2019 SR S. 1247.
59. Botschaft 2017, S. 7018.

Um den Anforderungen der Richtlinie (EU) 2016/680 und dem E-SEV 108 gerecht zu werden, müssen die eidgenössischen Gerichte eine eigene unabhängige Datenschutzaufsicht einrichten.[60] Diese Aufsichtsbehörde soll analog zum EDÖB ausgestaltet werden, sofern die konkreten Umstände keine Abweichungen erfordern. 22

4. Bundesanwaltschaft (lit. d)

Die Bundesanwaltschaft ist lediglich von der Aufsicht des EDÖB ausgeschlossen, wenn sie Personendaten im Rahmen von Strafverfahren bearbeitet. Für andere Datenbearbeitungen (z.B. im Personalbereich) untersteht die Bundesanwaltschaft der Aufsicht des EDÖB. Die Ausnahme wird wiederum mit Blick auf die Gewaltenteilung und Unabhängigkeit der Justiz begründet.[61] 23

Der Aufsicht des EDÖB unterstellt bleiben die eidgenössischen Polizeibehörden, selbst wenn diese im Auftrag der Bundesanwaltschaft handeln.[62] Der EDÖB wendet dabei die Datenschutzbestimmungen des anwendbaren Verfahrensrechts an (Art. 2 Abs. 3 DSG).[63] 24

5. Bundesbehörden betreffend rechtsprechende Tätigkeit oder von Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen (lit. e)

Auch diese Ausnahme wird mit dem Prinzip der Gewaltenteilung und der Unabhängigkeit der Justiz begründet.[64] 25

Darüber hinaus wurde die Ausnahme in den Gesetzgebungsarbeiten damit begründet, dass die Rechte der Parteien und Verfahrensbeteiligten vom Prozessrecht beherrscht werden und dieses den Parteien und Beteiligten einen zum DSG gleichwertigen Schutz bietet.[65] 26

60. Botschaft 2017, S. 7018.
61. Botschaft 2017, S. 7018.
62. Botschaft 2017, S. 7018.
63. BSK-Huber, Art. 4 DSG N. 65.
64. Botschaft 2017, S. 7018; siehe bereits BJ, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, S. 40.
65. BJ, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, S. 40.

27 Nicht von der Ausnahme erfasst und damit der Aufsicht des EDÖB unterstehend sind Datenbearbeitungen, welche nicht in konkretem Zusammenhang mit der rechtsprechenden Tätigkeit oder Verfahren der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen stehen. Der Aufsicht des EDÖB unterstehen demnach Datenbearbeitungen durch die administrativen Dienste dieser Behörden, wie beispielsweise die Bearbeitung von Daten über das Personal.[66]

28 Der Begriff rechtsprechende Tätigkeit ersetzt den Begriff des «hängigen Verfahrens» unter Art. 2 Abs. 2 lit. c aDSG.[67]

29 Die Ausnahme betrifft hauptsächlich die Bundesanwaltschaft und das Bundesamt für Justiz. Nach der Erklärung des Bundesrates zu Artikel 1 des Europäischen Übereinkommens vom 20. April 1959 über die Rechtshilfe in Strafsachen ist das Bundesamt für Justiz als schweizerische Justizbehörde im Sinne des Übereinkommens zu betrachten. Die Ausnahme ist allerdings von beschränkter Tragweite. Der EDÖB kann die Rechtmässigkeit einer Datenbearbeitung überprüfen, wenn eine betroffene Person ihre Rechte nach Artikel 11c E-IRSG geltend macht.[68]

30 Datenbearbeitungen von Bundesbehörden im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens fallen nicht unter diese Ausnahmeregelung.[69]

LITERATURVERZEICHNIS

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 4 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2022.

66. BJ, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, S. 41.
67. BJ, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, S. 41.
68. Botschaft 2017, S. 7019.
69. BJ, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, S. 41.

Drechsler Christian, Kommentierung zu Art. 2 DSG, in: Blechta Gabor-Paul/Vasella David (Hrsg.), Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2024.

Huber René, Kommentierung zu Art. 4 DSG, in: Blechta Gabor-Paul/Vasella David (Hrsg.), Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2024.

Jöhri Yvonne, Kommentierung zu Art. 27 aDSG, in: Rosenthal David/Jöhri Yvonne (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008.

Rosenthal David, Kommentierung zu Art. 2 aDSG, in: Rosenthal David/Jöhri Yvonne (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008.

Rudin Beat, Kommentierung zu Art. 2 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2022.

Waldmann Bernhard/Bickel Jürg, in: Belser Eva Maria/Epiney Astrid/Waldmann Bernhard, Datenschutzrecht – Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011.

Waldmann Bernhard/Oeschger Magnus, in: Belser Eva Maria/Epiney Astrid/Waldmann Bernhard, Datenschutzrecht – Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBI 2017 S. 6941 ff., abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de/pdf-x/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2017-2057-de-pdf-x.pdf, besucht am 30.3.2023.

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 23.3.1988, BBI 1988 II S. 413 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1988/2_413_421_353/de, besucht am 30.3.2023.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 5 lit. c DSG

Eine Kommentierung von Franziska Sprecher

ZITIERVORSCHLAG

Franziska Sprecher, Kommentierung zu Art. 5 lit. c DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Sprecher, Art. 5 lit. c DSG N. XXX.

2. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen

1. Abschnitt: Begriffe und Grundsätze

Art. 5 Begriffe

In diesem Gesetz bedeuten:

c. *besonders schützenswerte Personendaten:*

Daten über religiöse, weltanschauliche, politische oder gewerkschaftliche Ansichten oder Tätigkeiten,
Daten über die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Zugehörigkeit zu einer Rasse oder Ethnie,
genetische Daten,
biometrische Daten, die eine natürliche Person eindeutig identifizieren,
Daten über verwaltungs- und strafrechtliche Verfolgungen oder Sanktionen,
Daten über Massnahmen der sozialen Hilfe;

GLIEDERUNG

In Kürze 53
I. Allgemeines 53
A. Normzweck und Hintergrund 54
B. Entstehungsgeschichte 54
II. Besonders schützenswerte Personendaten im Allgemeinen 55
III. Daten über religiöse, weltanschauliche, politische oder gewerkschaftliche Ansichten oder Tätigkeiten (Ziff. 1) 56
IV. Daten über die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Zugehörigkeit zu einer Rasse oder Ethnie (Ziff. 2) 57
V. Genetische Daten (Ziff. 3) 61
VI. Biometrische Daten, die eine natürliche Person eindeutig identifizieren (Ziff. 4) . 63
VII. Daten über verwaltungs- und strafrechtliche Verfolgungen oder Sanktionen (Ziff. 5) 64
VIII. Daten über Massnahmen der sozialen Hilfe (Ziff. 6) 65
Literaturverzeichnis 66
Materialienverzeichnis 68

IN KÜRZE

Besonders schützenswerte Personendaten bilden eine spezifische Unterkategorie der Personendaten, deren Bearbeitung aufgrund des erhöhten Risikos einer Diskriminierung oder Stigmatisierung einem besonderen Schutzbedarf unterliegt. Ihre Bearbeitung ist nur unter strengen rechtlichen Voraussetzungen zulässig, etwa bei Vorliegen einer ausdrücklichen Einwilligung, nach Durchführung einer vorgängigen Datenschutz-Folgenabschätzung oder auf der Grundlage eines formellen Gesetzes bei einer Bearbeitung durch eine Behörde.

I. ALLGEMEINES

Besonders schützenswerte Personendaten sind eine **privilegierte Unterkategorie der Personendaten** (Art. 5 lit. a DSG).[70] Sie werden mit Blick auf den Grundrechts- und Persönlichkeitsschutz Betroffener (Gefahr der Diskriminierung bzw. Stigmatisierung aufgrund dieser Merkmale) als besonders schützenswert eingestuft (vgl. N. 6 ff.).[71] Art. 5 lit. c DSG zählt die Kategorien der besonders schützenswerten Personendaten *abschliessend* auf.[72] Unter Vorbehalt von spezialgesetzlichen Regelungen sind besonders schützenswerte Personendaten überall dort miterfasst, wo das Gesetz von Personendaten spricht.[73] 1

Die **Zulässigkeit der Bearbeitung** dieser privilegierten Art von Personendaten wird vom Gesetzgeber an besondere Voraussetzungen geknüpft.[74] So stellt der Gesetzgeber an die Einwilligung zur Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten höhere Anforderungen.[75] Diese 2

70. SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 19; BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 52.
71. BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 52; Meier, N. 469; SHK-Rudin, Art. 5 DSG N. 20.
72. Botschaft 1988, S. 446; BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 55; Jöhri, N. 46; Meier, N. 475; SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 22.; OFK-Glass, Art. 5 DSG, N. 1.
73. SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 19.
74. BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 87 f.; SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N 22; CR-Meier/Tschumy, Art. 5 DSG, N. 53; PC-Jacot-Guillarmod, Art. 5 DSG, N. 24; Epiney/Nüesch/Rovelli (2023), S. 76; Art. 6 Abs. 7 lit. a DSG, Art. 30 Abs. 2 lit. c DSG, Art. 31 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 DSG, Art. 31 lit. e Ziff. 2 DSG, Art. 34 Abs. 2 lit. a DSG (Ausnahme: Art. 39 Abs. 1 lit. b DSG), Art. 35 Abs. 1 DSG, Art. 36 Abs. 1 DSG und verschiedenste Bestimmungen in der DSV.
75. OFK-Glass, Art. 5 DSG, N. 1.

muss insbesondere *ausdrücklich* erfolgen (z.B. Art. 6 Abs. 7 lit. a DSG). Zudem besteht die Pflicht zur Vornahme einer *Datenschutz-Folgenabschätzung* (z.B. Art. 22 Abs. 2 lit. a DSG). Organe des Bundes bedürfen für die Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten eine *gesetzliche Grundlage im formellen Sinn* (Art. 34 Abs. 2 lit. a DSG).

A. Normzweck und Hintergrund

3 Mit der Schaffung der *abstrakten, formalen Kategorien* der besonders schützenswerten Personendaten geht der Gesetzgeber von der Annahme aus, dass bestimmte Arten resp. Kategorien von Daten bestehen, die auf Grund ihres engen Bezugs zum Geheimbereich bzw. dem Privatleben einer Person besonders sensitiv sind.[76] Mit der **Sensitivität** dieser Daten geht eine besondere Gefahr für die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen einher (z.B. Gefahr der Stigmatisierung aufgrund der Merkmale), was diese Daten besonders schützenswert macht.[77] Diese Auffassung teilt das DSG mit der ER-Konv-108+ (Art. 6) und mit der Richtlinie 2016/680[78] (Art. 10) sowie der DSGVO (Art. 9).[79]

B. Entstehungsgeschichte

4 Die Kategorie der besonders schützenswerten Personendaten war bereits im aDSG enthalten (Art. 3 lit. c aDSG) und sollte nach dem Willen des Bundesrates auch nach der Totalrevision des DSG erhalten bleiben. Der Bundesrat erachtete im Rahmen der Revision den Schutz «heikler Personendaten» als «für die Beibehaltung des Angemessenheitsbeschlusses der EU» zentral und betonte, dass «der Katalog des Bundesrates [...] daher den Mindestanforderungen der Datenschutzkonvention 108 plus und der

76. Meier, N. 474.
77. Botschaft 1988, S. 446; SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 20; BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 52.
78. Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr, ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 89-131.
79. Botschaft 2017, 7020; Meier, N. 470 f., SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 20; Epiney/Nüesch/Rovelli, S. 34, 63.

Schengen-relevanten EU-Richtlinie zum Datenschutz in Strafsachen» entspricht.[80]

Versuche, den unter dem aDSG bereits bestehenden Katalog zu kürzen, scheiterten in den parlamentarischen Beratungen (vgl. N. 12, N. 32). Vielmehr wurde im Rahmen der Totalrevision des DSG der Begriff der besonders schützenswerten Personendaten auf **genetische Daten** und **biometrische Daten**, die ein Individuum eindeutig identifizieren, sowie auf **Daten zur ethnischen Herkunft** ausgeweitet und damit eine Angleichung des DSG an Art. 6 Abs. 1 ER-Konv-108+ und Art. 10 Richtlinie EU 2016/680 vorgenommen.[81] 5

II. BESONDERS SCHÜTZENSWERTE PERSONENDATEN IM ALLGEMEINEN

Die besonders schützenswerten Personendaten werden im DSG **formal und abstrakt kategorisiert**.[82] Der Gesetzgeber geht von der Prämisse aus, dass die in Art. 5 lit. c DSG als besonders schützenswert bezeichneten Personendaten die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person aufgrund ihrer *Sensitivität* besonders berühren, da sie aus dem Geheimbereich oder Privatleben der Person stammen und/oder ihr Ansehen wesentlich beeinflussen können.[83] Gegenstand der Einstufung als besonders schützenswerte Personendaten ist nicht das Vorhandensein einer speziellen Gefahr für die Persönlichkeit oder Grundrechte, sondern vielmehr die Tatsache, dass die betreffenden Informationen einen Lebensaspekt betreffen, der zu einem der gesetzlich geschützten Bereiche gehört. 6

Dieser auf eine *abschliessende*, formal-abstrakte Kategorisierung beruhende Ansatz ist *umstritten*.[84] Die Gefahr für die Persönlichkeitsrechte gehe nicht von bestimmten formal-rechtlichen Arten von Daten aus, sondern von ihrer 7

80. Votum Bundesrätin Karin Keller-Sutter im Nationalrat, AB 2019 NR S. 1787. Vgl. auch Epiney/Nüesch/Rovelli, S. 59 ff.
81. Botschaft 2017, S. 7020; Baeriswyl-SHK zum DSG, Vorbemerkungen zu Art. 513, N. 2.
82. SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 20.
83. Botschaft 1988, S. 446; BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 52; Jöhri, N. 42.
84. BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 57 ff.; SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 20; OFK-Glass, Art. 5 DSG, N. 3; CR-Meier/Tschumy, Art. 5 DSG, N. 50; Rudin (2014), N. 40; Rudin (2012), N. 25; Simitis, S. 469; Vasella, S. 177.

Verwendung zu einem bestimmten Zweck bzw. in einem bestimmten Kontext, den Umfang der Bearbeitung etc. (**Verwendungszusammenhang**).[85] Abzustellen sei auf die *tatsächliche Sensitivität* von Daten im Hinblick auf den Persönlichkeitsschutz einer bestimmten betroffenen Person.[86]

8 Hinzu kommt, dass die Begriffe, mit denen die Kategorien der besonders schützenswerten Personendaten abschliessend umschrieben sind, **unscharf** sind und die Auswahl statisch[87], antiquiert sowie unvollständig erscheint. Obwohl diese Kritik bereits unter dem aDSG bestand, wurde bei der Totalrevision an der formalen, abstrakten Kategorisierung festgehalten.[88] *Rudin* betont zu Recht: «Nicht das Datum selber, sondern seine Verwendung in einem bestimmten Kontext (der **Verwendungszusammenhang**) macht die Gefahr aus.»[89]

9 Seit der Totalrevision des DSG fallen Daten von juristischen Personen nicht mehr in den Geltungsbereich des Gesetzes. Entsprechend ist der Begriff der Personendaten (Art. 5 lit. a DSG) und damit auch derjenige der besonders schützenswerten Personendaten (Art. 5 lit. c DSG) einzig auf **natürliche Personen** anwendbar.[90]

III. DATEN ÜBER RELIGIÖSE, WELTANSCHAULICHE, POLITISCHE ODER GEWERKSCHAFTLICHE ANSICHTEN ODER TÄTIGKEITEN (ZIFF. 1)

10 Gemäss Art. 5 lit. c Ziff. 1 DSG gehören **Daten über religiöse, weltanschauliche, politische oder gewerkschaftliche Ansichten oder Tätigkeiten** zu den besonders schützenswerten Personendaten.[91] Die Bestimmung bezieht sich zudem auf die Mitgliedschaft in entsprechenden Vereinigungen.[92] Damit fallen unter Ziff. 1 namentlich Daten über das religiöse

85. Jöhri, N. 42; SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 20; BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 58 f.; Vokinger, N. 9 mit Bezug auf Gesundheitsdaten; Epiney/Nüesch/Rovelli, S. 18.
86. BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 59.
87. Meier, N. 476.
88. SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 21 f.
89. SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 20 (Hervorhebung im Original).
90. Botschaft 2017, S. 7019; Epiney/Nüesch/Rovelli, S. 69.
91. OFK-Glass, Art. 5 DSG, N. 5; Meier, N. 482 ff.
92. Botschaft 1988, S. 446; BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 61; Jöhri, N. 47.

Bekenntnis oder die Konfession einer Person, ihre Parteizugehörigkeit oder die Mitgliedschaft in einer Arbeitnehmerorganisation, einer Freikirche, oder einer Vereinigung, die eine bestimmte politische resp. weltanschauliche Haltung vertritt (u.a. Freimaurer-Vereinigung, religiöse Jugendorganisation).[93] Für *Glass* ist unklar, wie weit der Begriff religiöser bzw. weltanschaulicher Daten auszulegen ist. Bezogen auf den Schutz von Glaubens- und Gewissensfreiheit erscheine es jedoch plausibel, alle Daten zu erfassen, die Aussagen über den Glauben, das Gewissen oder die weltanschauliche Haltung einer Person zulassen.[94] Die Bestimmung wurde unverändert aus dem alten Recht übernommen und entspricht Art. 3 lit. c Ziff. 1 aDSG.[95]

Mit Blick auf die zum Teil weitreichenden Auswirkungen, welche das Bearbeiten von besonders schützenswerten Personendaten nach sich ziehen kann (N. 3), gilt es jeweils zu prüfen, ob die Bearbeitung solcher Daten tatsächlich erforderlich ist und ob nicht davon abgesehen werden kann (z.B. mit einem Verzicht auf die Aufnahme der Religionszugehörigkeit ins Personaldossier).[96] 11

Im Rahmen der politischen Beratungen des DSG wurde erfolglos versucht, die gewerkschaftlichen Ansichten oder Tätigkeiten aus dem Katalog von Art. 5 lit. c Ziff. 1 DSG zu entfernen.[97] 12

IV. DATEN ÜBER DIE GESUNDHEIT, DIE INTIMSPHÄRE ODER DIE ZUGEHÖRIGKEIT ZU EINER RASSE ODER ETHNIE (ZIFF. 2)

Gemäss Art. 5 lit. c Ziff. 2 DSG gelten auch Daten über die Gesundheit, die Intimsphäre oder die Zugehörigkeit zu einer Rasse oder Ethnie als besonders schützenswerte Personendaten. 13

93. BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 61; OFK-Glass, Art. 5 DSG, N. 5; BGE 122 I 360 E. 5 betr. Mitgliedschaft im Verein zur Förderung der Psychologischen Menschenkenntnis (VPM).
94. OFK-Glass, Art. 5 DSG, N. 6.
95. Botschaft 2017, S. 7020.
96. BSK-Blechta, Art. 3 aDSG, N. 32; Jöhri, N. 47.
97. AB 2018 NR S. 964 ff.; AB 2018 SR S. 618 ff.; AB 2019 SR S. 1238 ff.; AB 2020 NR S. 144 ff.; Dies hätte eine zusätzliche Differenz zu Art. 6 Abs. 1 ER-Konv-108+, Art. 10 der Richtlinie EU 2016/680 sowie zu Art. 9 Abs. 1 DSGVO geschaffen. Vgl. auch BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 62.

14 Gemäss Botschaft zum aDSG (Botschaft 1988) gehörten unter altem Recht zu den **Daten über die Gesundheit** alle Angaben, die in einem weiten Sinne einen medizinischen Befund[98] darstellen und «welche sich für die Betroffenen negativ auswirken können».[99] Mit Blick auf das heutige Gesundheitsverständnis und den medizinischen sowie technologischen Fortschritt ist dieses (historische) Verständnis von Gesundheitsdaten, insbesondere das Erfordernis der negativen Auswirkung auf die Gesundheit, zu eng.[100] Das Merkmal der negativen Auswirkungen findet in der Praxis zudem kaum Berücksichtigung.[101] Es ist heute folglich von einem weiteren Gesundheitsdaten-Begriff auszugehen.[102] *Vokinger* zeigt auf, dass Gesundheitsdaten früher hauptsächlich aus der Arzt-Patienten-Beziehung entstanden. Heute erfassen vermehrt Patienten selbst Daten via Apps, Wearables oder Social Media. Auch Unternehmen ausserhalb des klassischen Gesundheitswesens (Google, Amazon, Apple...) verarbeiten zunehmend Gesundheitsdaten. Folglich sind diese nicht auf klinische Informationen beschränkt, sondern erfassen vermehrt auch (genetische) Angaben, die bereits vor einer klinischen Manifestation vorliegen können. Ob bestimmte Daten als Gesundheitsdaten einzustufen sind, ergibt sich dabei nicht unmittelbar aus den Daten selbst, sondern hängt massgeblich vom jeweiligen Verwendungskontext ab. Identische Angaben – wie etwa die Anzahl der täglich zurückgelegten Schritte – können bei einer gesunden Person als Lifestyle-Daten gelten, während sie im Falle eines Patienten, beispielsweise mit Diabetes mellitus oder Herzinsuffizienz, den Charakter von Gesundheitsdaten annehmen.[103]

15 Auch die DSGVO geht von einem **weit gefassten Gesundheitsdatenbegriff** aus: «Zu den personenbezogenen Gesundheitsdaten sollten alle Daten zählen, die sich auf den Gesundheitszustand einer betroffenen Person beziehen und aus denen Informationen über den früheren, gegenwärtigen und künftigen

98. BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 63 f. nennt das Ergebnis von medizinischen Untersuchungen (Labordaten, physische Untersuchung, Bildgebung etc.), Patientenrechnungen und Medikamentenrechnungen. Jöhri, N. 48.
99. Botschaft 1988, S. 446; BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 63; OFK-Glass, Art. 5 DSG, N. 7; Mathys, N. 12; Vokinger, N. 2.
100. Mathys, N. 13 ff.; Sprecher (ZBJV), S. 494 ff.; Sprecher (Medizinrecht), S. 830 ff.; Vokinger, N. 11.
101. BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 63; OFK-Glass, Art. 5 DSG, N. 8.
102. Auch Meier, N. 486 und CR-Meier/Tschumy, Art. 5 DSG, N. 56 gehen von einem weiten Begriffsverständnis aus.

körperlichen oder geistigen Gesundheitszustand der betroffenen Person hervorgehen.»[104]

Ein weites Verständnis von Gesundheitsdaten ist sinnvoll, da in der Gesundheitsversorgung – insbesondere unter dem Einfluss der sich rasant entwickelnden Informationstechnologien – die Grenzen zwischen Therapie und Lifestyle immer durchlässiger werden (Stichwort: Real World Data und Real World Evidence[105]).[106] Entsprechend sind Informationen über den Gesundheitszustand eines Menschen nicht erst dann als Gesundheitsdaten im Sinne von Art. 5 lit. c Ziff. 2 DSG zu qualifizieren, wenn sie sich auf einen negativen Gesundheitszustand beziehen. Ebenso können – je nach **Kontext**[107] – Informationen dazu, dass eine Person von einer Krankheit *nicht* betroffen ist oder einen bestimmten Lebensstil führt, heute Gesundheitsdaten gemäss Art. 5 lit. c Ziff. 1 DSG darstellen.[108] Selbst die *Korrektheit* solcher Daten ist für die Einordnung als besonders schützenswerte Gesundheitsdaten nicht relevant, können doch gerade unrichtige Informationen (z.B. eine falsche Diagnose, die durch eine unrichtige Dateninterpretation oder unzutreffende Korrelation automatisch generiert wurde) die Persönlichkeitsrechte einer Person gefährden.[109] 16

Der Begriff der Gesundheitsdaten findet sich auch im HFG.[110] In **Art. 3 lit. f Humanforschungsgesetz** werden *gesundheitsbezogene Personendaten* als 17

103. Vokinger N. 22 ff. Vgl. dazu auch die Ausführungen zum Begriff «Gesundheitsdaten» im Bericht des Bundesrates vom 4.5.2022: Der Bundesrat, Bessere Nutzung von Gesundheitsdaten für eine qualitativ hochstehende und effiziente Gesundheitsversorgung, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 15.4225 Humbel vom 18.12.2015, S. 11 f. (https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2015/20154225/Bericht%20BR%20D.pdf, besucht am 18.8.2025).
104. Erwägungsgrund 35 DSGVO. Vgl. auch Sprecher (Medizinrecht), S. 830 ff. m.w.Nw.
105. U.S. Food & Drug Administration, Real-World Evidence, Stand: 2.5.2023 (https://www.fda.gov/science-research/science-and-research-special-topics/real-world-evidence, besucht am 28.10.2025); Swissmedic-Positionspapier zur Verwendung von Real-World Evidence, Version 3.0 vom 1.4.2025 (https://www.swissmedic.ch/dam/swissmedic/de/dokumente/zulassung/zl/positionspapier-verwendung-real-wordl-evidence.pdf.download.pdf/Positionspapier%20RWE_DE.pdf, besucht am 28.10.2025); Sprecher (Medizinrecht), S. 829 f.
106. Vokinger, N. 6 ff.
107. Vokinger, N. 9.
108. Mathys, N. 14; Vokinger, N. 11 ff.
109. Mathys, N. 16; Sprecher (ZBJV), S. 496.
110. CR-Meier/Tschumy, Art. 5 DSG, N. 56.

«Informationen über eine bestimmte oder bestimmbare Person, die sich auf deren Gesundheit oder Krankheit beziehen, einschliesslich ihrer genetischen Daten» definiert. Gemäss der Botschaft zum HFG sind Personendaten dann auf die Gesundheit bezogen, wenn sie «einen Bezug zu einer physischen oder psychischen Krankheit aufweisen oder über Aufbau und Funktion des Körpers der betreffenden Person Auskunft geben».[111] Gemäss Botschaft zum HFG deckt sich der Gesundheitsdatenbegriff mit demjenigen des DSG.[112]

18 Die **Intimsphäre** umfasst Daten, «die eine Person nur wenigen Auserwählten mitteilt und für sie von grosser emotionaler Bedeutung sind».[113] Die Intimsphäre geht über das Sexualleben hinaus, erstreckt sich jedoch beispielsweise nicht auf finanzielle Verhältnisse.[114] Der Intimsphäre zuzuordnen sind unter anderem Informationen über Therapien, Ängste oder andere Gefühle, Suchtverhalten etc.[115] Der Begriff der Intimsphäre lehnt sich an die «Drei-Sphären-Theorie» des Bundesgerichts an, bei der zwischen der Intim- bzw. Geheimsphäre, der Privatsphäre sowie der Gemein- bzw. Öffentlichkeitssphäre unterschieden wird.[116] Die Intimsphäre erfasst die persönlichen Angelegenheiten des Betroffenen, die der Kenntnis Dritter grundsätzlich entzogen bleiben sollen, ausser die Betroffenen selber geben die Informationen weiter.[117] Gemäss der Botschaft kann die Geschlechtsidentität einer Person – je nach Situation – sowohl zum Bereich der Intimsphäre als auch zu den Gesundheitsdaten gezählt werden.[118]

19 Auch in der revidierten Fassung behält das DSG den Begriff der **Daten über die Zugehörigkeit zu einer Rasse** in Art. 5 lit. c Ziff. 2 DSG bei.[119] In der Botschaft wird – bei gleichzeitigem Verweis auf die EU[120] – betont, dass die Beibehaltung des Begriffs der Rassenzugehörigkeit nicht bedeute, dass der Gesetzgeber die Rassentheorie, welche Menschen gemäss ihren äusseren

111. Botschaft HFG, S. 8095.
112. Botschaft HFG, S. 8095.
113. Botschaft 1988, S. 446; Jöhri, N. 49; SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 26; OFK-Glass, Art. 5 DSG, N. 7.
114. Botschaft 1988, S. 446; BGE 124 I 176 E. 5b.cc; BGE 140 II 384 E. 5.2.2: Jöhri, N. 42.
115. CR-Meier/Tschumy, Art. 5 DSG, N. 58.
116. BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 65 m.w.Nw.; Meier, N. 490.
117. Botschaft 1988, S. 446; CR-Meier/Tschumy, Art. 5 DSG, N. 57 f.; PC-Jacot-Guillarmod, Art. 5 DSG, N. 28.
118. Botschaft 2017, S. 7020.
119. Dazu kritisch SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 27.
120. Erwägungsgrund 51 DSGVO; BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 66.

Merkmalen in einer wertenden, rassenideologischen Weise einer «Rasse» zuteilt, gutheisst.[121] Die Beibehaltung des Begriffs erfolgte wohl primär in Übereinstimmung mit Art. 6 Abs. 1 ER-Konv-108+, Art. 10 Richtlinie EU 2016/680 und Art. 9 Abs. 1 DSGVO und wurde durch das Parlament diskussionslos hingenommen.[122]

Der Begriff der Rassenzugehörigkeit in Art. 5 lit. c Ziff. 2 DSG wurde anlässlich der Totalrevision um **Daten über die Zugehörigkeit zu einer Ethnie** ergänzt.[123] Dies geschah im Einklang mit Art. 10 der Richtlinie (EU) 2016/680 und Art. 9 Abs. 1 DSGVO.[124] Die ethnische Herkunft bezieht sich auf die Zugehörigkeit zu einer Gruppe von Menschen, die sich auf Grund ihrer Geschichte, Sprache, Sitte, Kultur, Gebräuche, Traditionen etc. untereinander verbunden fühlen und sich als eine Gemeinschaft wahrnehmen, die sich von der übrigen Bevölkerung unterscheidet oder/und von der übrigen Bevölkerung als different wahrgenommen wird.[125] *Rudin* nennt als Beispiel die Bezeichnung als «Tamile» oder «Kurde». Die ethnische Zugehörigkeit ist nicht gleichzusetzen mit der Staatszugehörigkeit. Letztere kann in einzelnen Fällen (z.B. «Serben») mit der Ethnie deckungsgleich sein.[126] 20

V. GENETISCHE DATEN (ZIFF. 3)

Seit der Totalrevision des DSG sind neu **genetische Daten** von den besonders schützenswerten Personendaten nach Art. 5 lit. c DSG explizit erfasst.[127] Bei genetischen Daten handelt es sich um *Informationen über das Erbgut einer Person*, die durch eine genetische Untersuchung gewonnen werden.[128] Gemäss der Botschaft entspricht der Begriff der genetischen Daten im DSG der Definition in Art. 3 Bst. l aGUMG, die nun in Art. 3 Bst. k GUMG übernommen wurde.[129] Nach Art. 3 lit. g HFG sind «genetische Daten: durch 21

121. Botschaft 2017, S. 7020.
122. Botschaft 2017, S. 7020; Meier, N. 493 f.
123. Botschaft 2017, S. 7020; SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 27.
124. OFK-Glass, Art. 5 DSG, N. 9.
125. SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 27.
126. SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 27.
127. Botschaft 2017, S. 6971; SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 28; BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 70.
128. Botschaft 2017, S. 7020; SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 28; BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 70; OFK-Glass, Art. 5 DSG, N. 10.
129. Botschaft 2017, S. 7020; CR-Meier/Tschumy, Art. 5 DSG, N. 60.

eine genetische Untersuchung gewonnene Informationen über ererbte oder während der Embryonalphase erworbene Eigenschaften.»

22 Genetische Daten lassen sich mit einer **genetischen Untersuchung** aus nahezu allen Arten von biologischem Material (Blut, Haare, Speichel etc.) gewinnen.[130] Gemäss Art. 3 lit. a GUMG sind genetische Untersuchungen «zytogenetische und molekulargenetische Untersuchungen zur Abklärung von Eigenschaften des menschlichen Erbguts sowie alle weiteren Laboruntersuchungen, die unmittelbar darauf abzielen, solche Informationen über das menschliche Erbgut zu erhalten».[131]

23 Unter die genetischen Daten fallen zusätzlich **DNA-Profile** gemäss Art. 3 lit. j GUMG: Ein DNA-Profil bezeichnet «spezifische Eigenschaften des Erbguts einer Person, die mit einer genetischen Untersuchung abgeklärt und zur Klärung von deren Abstammung oder zur Identifizierung dieser Person verwendet werden».[132]

24 Art. 5 lit. c Ziff. 3 DSG liegt gemäss *Rudin* ein **weites Begriffsverständnis** von genetischen Daten zu Grunde. So fallen nicht nur die durch die Sequenzierung einzelner Genome gewonnen Daten darunter, sondern u.a. auch Informationen, die bei der Verwendung von Genmarkern (z.B. in der Onkologie) gewonnen werden.[133] In den Anwendungsbereich des DSG und insbesondere unter die Definition besonders schützenswerter Personendaten fallen jedoch nur jene genetischen Daten, die gemäss Art. 5 lit. a DSG als Personendaten zu qualifiziert sind.[134] Zellmaterial und biologische Proben stellen so lange keine genetischen Daten dar, als dass aus ihnen keine Informationen zum Erbgut der betroffenen Personen gewonnen wurde.[135] *Rudin* wirft in diesem Zusammenhang zu Recht die Frage auf, inwieweit nach dem bestehenden und zukünftigen Stand der Wissenschaft «genetische Daten in einem bestimmten Kontext tatsächlich keine Rückschlüsse auf eine bestimmte Person erlauben».[136]

130. SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 28.
131. Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG) vom 15. Juni 2018.
132. Botschaft 2017, S. 7020, Art. 3 lit. k GUMG.
133. SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 28.
134. BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 71; CR-Meier/Tschumy, Art. 5 DSG, N. 63; SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 29.
135. BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 71.
136. SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 29; SHK-Rudin, Art. 35 HFG, N. 10 ff.

VI. BIOMETRISCHE DATEN, DIE EINE NATÜRLICHE PERSON EINDEUTIG IDENTIFIZIEREN (ZIFF. 4)

Die **biometrischen Daten** wurden anlässlich der Totalrevision des DSG neu in den Katalog der besonders schützenswerten Personendaten von Art. 5 lit. c aufgenommen.[137] 25

Biometrische Daten sind **körperliche Merkmale**, die erfasst, ausgemessen und dokumentiert werden.[138] Es handelt sich um Personendaten, «die durch ein spezifisches technisches Verfahren zu den physischen, physiologischen oder verhaltenstypischen Merkmalen eines Individuums gewonnen werden und die eine eindeutige Identifizierung der betreffenden Person ermöglichen oder bestätigen».[139] Sie lassen sich nur mit grossem Aufwand verändern (z.B. einem chirurgischen Eingriff).[140] Typischerweise fallen digitale Fingerabdrücke, Handvenen-Muster, Aufnahmen der Stimme, Gesichtsbilder oder Bilder der Iris unter die biometrischen Merkmale.[141] 26

Die Nutzung biometrischer Daten birgt das Risiko, dass das Verhalten einer Person nachverfolgt und ein umfassendes Profil erstellt werden kann oder sie Rückschlüsse auf besonders schützenswerte Personendaten nach Art. 3 lit. c aDSG zulassen.[142] Zudem sind biometrische Daten bei Missbrauch – etwa durch Identitätsfälschung – **dauerhaft kompromittiert**.[143] Entsprechend konnten biometrische Daten bereits vor der Revision und der expliziten Aufnahme in den Katalog der besonders schützenswerten Personendaten als besonders schützenswerte Daten im Sinne des aDSG gelten.[144] 27

Nicht sämtliche biometrische Daten sind zu den besonders schützenswerten Personendaten zu zählen. Damit biometrische Daten unter Art. 5 lit. c Ziff. 4 DSG fallen, müssen sie mittels eines besonderen technischen Verfahrens erhoben werden, welches die **eindeutige Identifizierung bzw.** 28

137. Botschaft 2017, S. 6971.
138. Jöhri, N. 43.
139. Botschaft 2017, S. 7020; SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 30; OFK-Glass, Art. 5 DSG, N. 12; CR-Meier/Tschumy, Art. 5 DSG, N. 62.
140. Jöhri, N. 43.
141. Botschaft 2017, S. 7020; SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 30; BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 74; PC-Jacot-Guillarmod, Art. 5 DSG, N. 32.
142. Jöhri, N. 43; Meier, N. 488.
143. CR-Meier/Tschumy, Art. 5 DSG, N. 63.
144. Vgl. Jöhri, N. 43.

Authentifizierung einer Person erlaubt.[145] Aufgrund dessen sind gemäss Botschaft bspw. gewöhnliche Fotografien einer Person, von Gesichtern oder einfachen Körperteilen nicht erfasst.[146] Es sei denn, sie wurden mit einem speziellen technischen Verfahren bearbeitet, das eine eindeutige Personenidentifizierung erlaubt (z.B. Gesichtserkennungssoftware). Jacot-Guillarmod weist darauf hin, dass moderne Gesichtserkennungsprogramme aus gewöhnlichen Fotos eine «biometrische Vorlage» erzeugen könnten, mit der die abgebildete Person wiedererkannt wird. Sie wirft die Frage auf, ob es sinnvoll sei, ein solches biometrisches Muster als sensible Daten zu schützen, ohne gleichzeitig den Schutz auf die Fotos auszudehnen, aus denen das Muster gewonnen wurde.[147]

VII. DATEN ÜBER VERWALTUNGS- UND STRAFRECHTLICHE VERFOLGUNGEN ODER SANKTIONEN (ZIFF. 5)

29 **Daten über verwaltungs- und strafrechtliche Verfolgungen oder Sanktionen** bleiben auch unter Art. 5 lit. c Ziff. 5 DSG den besonders schützenswerten Personendaten zugeordnet. Neben den ausdrücklich im Gesetzestext genannten Verfolgungen und Sanktionen fallen auch etwa Disziplinarverfahren, Führerausweisentzüge und Strafvollzugsmassnahmen unter die Bestimmung.[148] Aber auch Angaben über die Eröffnung, Durchführung und den Abschluss von Verfolgungen und Bewilligungsentzügen etc. sowie die entsprechenden Vollzugsmassnahmen fallen unter Art. 5 lit. c. Ziff. 5 DSG.[149]

30 Damit es sich um besonders schützenswerte Personendaten handelt, muss es sich um **hoheitliche Verfolgungen oder Sanktionen** handeln. Keine Rolle

145. Botschaft 2017, S. 7020; Jöhri, N. 43; SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 30; BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 75; OFK-Glass, Art. 5 DSG, N. 13 f.; PC-Jacot-Guillarmod, Art. 5 DSG, N. 33.
146. Botschaft 2017, S. 7020; SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 31; BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 75; CR-Meier/Tschumy, Art. 5 DSG, N. 65.
147. PC-Jacot-Guillarmod, Art. 5 DSG, N. 33.
148. Botschaft 1988, S. 446; BGE 142 II 268 E. 6.1 betreffend eine Verfügung der Wettbewerbskommission, welche Sanktionen enthielt; Meier, N. 499 ff.
149. SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 32; BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 76.

spielt es, ob es sich um Sanktionen oder Verfolgungen durch schweizerische oder ausländische Behörden handelt.[150]

VIII. DATEN ÜBER MASSNAHMEN DER SOZIALEN HILFE (ZIFF. 6)

31 Unter die besonders schützenswerten Personendaten nach Art. 5 lit. c Ziff. 6 DSG fallen **Daten über Massnahmen der sozialen Hilfe**. Darunter werden gemäss der Botschaft zu Art. 3 lit. c aDSG «Sozialversicherungsleistungen im Zusammenhang mit Krankheit und Unfall sowie Vormundschafts- und Fürsorgemassnahmen» gefasst.[151] Vordergründig sind Sozialversicherungsleistungen erfasst, soweit diese Rückschlüsse auf den Gesundheitszustand (vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 2 DSG) zulassen.[152] Zu den Massnahmen der sozialen Hilfe nach Art. 5 lit. c Ziff. 6 DSG zählen u.a. auch Angaben über die Inanspruchnahme von Sozialdiensten, der Arbeitslosenversicherung sowie Informationen über die individuellen Leistungen der Sozialhilfe, über Massnahmen der Fürsorge oder des Kindes- und Erwachsenenschutzes, über eine fürsorgerische Unterbringung sowie über weitere bedarfsabhängige Sozialleistungen (Krankenkassenprämienverbilligungen, Mietzinsbeiträge, Ergänzungsleistungen zu AHV/IV etc.).[153]

32 Eine Mehrheit der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates wollte die Massnahmen der sozialen Hilfe aus dem Katalog der besonders schützenswerten Personendaten streichen, was zu einer Schwächung des Datenschutzes in diesem Bereich geführt hätte, allerdings ohne eine Differenz zur ER-Konv-108+ oder zur Richtlinie (EU) 2016/680 zu schaffen.[154] Der Antrag wurde im Nationalrat mit einer Zweidrittelmehrheit abgelehnt.[155]

150. Jöhri, N. 54; BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 76.
151. Botschaft 1988, S. 446, Jöhri, N. 52; Meier, N. 495 ff.
152. BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 82; Jöhri, N. 52.
153. BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG, N. 85 f.; SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 33. Vgl. auch Votum Barille, AB 2019 NR S. 1785.
154. Vgl. auch Votum Bundesrätin Keller-Sutter, AB 2019 NR S. 1788; SHK-Rudin, Art. 5 DSG, N. 33.
155. AB 2019 NR S. 1792.

LITERATURVERZEICHNIS

Baeriswyl Bruno, Vorbemerkungen zu Art. 5-13, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz (DSG), 2. Aufl., Bern 2023.

Blechta Gabor, Kommentierung zu Art. 3, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor P. (Hrsg.), Basler Kommentar Datenschutzgesetz. Öffentlichkeitsgesetz. 3. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK-Blechta, Art. 3 aDSG).

Blechta Gabor P./Dal Molin Luca/Wesiak-Schmidt Kirsten, Kommentierung zu Art. 5, in: Blechta Gabor P./Vasella David (Hrsg.), Basler Kommentar Datenschutzgesetz. Öffentlichkeitsgesetz. 4. Aufl., Basel, 2024 (zit. BSK-Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 DSG).

Epiney Astrid/Nüesch Daniela/Rovelli Sophia, Datenschutzrecht in der Schweiz, Eine Einführung in das Datenschutzgesetz des Bundes, mit besonderem Akzent auf den für Bundesorgane relevanten Vorgaben, Bern 2023.

Glass Philip, Kommentierung zu Art. 5 lit. c, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), DSG Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzrecht mit weiteren Erlassen, Zürich 2023 (zit. OFK-Glass, Art. 5 DSG).

Jacot-Guillarmod Emilie, Kommentierung zu Art. 5 DSG, in: Benhamou Yaniv/Cottier Bertil (Hrsg.), LPD, Loi fédérale sur la protection des données, Petit Commentaire, Basel 2023 (zit. PC-Jacot-Guillarmod, Art. 5 DSG).

Jöhri Yvonne, Kommentierung zu Art. 3 lit. c, in: Rosenthal David/Jöhri Yvonne (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich/Basel/Genf 2008.

Mathys Roland, Was bedeutet Big Data für die Qualifikation als besonders schützenswerte Personendaten? Das Beispiel der Gesundheitsdaten, Jusletter IT, 21.5.2015, https://jusletter-it.weblaw.ch/issues/2015/21-Mai-2015/was-bedeutet-big-dat_b0807c5f47.html__ONCE, besucht am 18.8.2025.

Meier Philippe, Protection des données. Fondements, principes généraux et droit privé, Bern 2010.

Meier Philippe/Tschumy Nicolas, Kommentierung zu Art. 5 DSG, in: Meier Philippe/Métille Sylvain (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi fédérale sur la protection des données, Basel 2023 (zit. CR-Meier/Tschumy, Art. 5 DSG).

Rudin Beat, Kommentierung zu Art. 4, in: Rudin Beat/Baeriswyl Bruno (Hrsg.), Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Basel-Stadt, Zürich/Basel/Genf 2014.

Rudin Beat, Kommentierung zu Art. 5, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/ Blonski Dominika (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz (DSG), 2. Aufl., Bern 2023 (zit. SHK-Rudin, Art. 5 DSG).

Rudin Beat, Kommentierung zu Art. 35 in: Rütsche Bernhard (Hrsg.), Handkommentar zum Humanforschungsgesetz (HFG), Bern 2015.

Rudin Beat, Kommentierung zu Art. 4, in: Baeriswyl Bruno/Rudin Beat (Hrsg.), Praxiskommentar zum Informations- und Datenschutzgesetz des Kantons Zürich (IDG), Zürich/Basel/Genf 2012.

Simitis Spiros, «Sensitive Daten»: zur Geschichte und Wirkung einer Fiktion, in: Brem/Druey/Kramer/Schwander (Hrsg.), FS Mario M. Pedrazzini, Bern 1990, S. 469-494.

Sprecher Franziska, Regulierung von Gesundheitsdaten und Gesundheitsdatenräumen, Medizinrecht 40 (2022), S. 829-838, DOI: https://doi.org/10.1007/s00350-022-6315-6 (zit. Medizinrecht).

Sprecher Franziska, Datenschutz und Big Data im Allgemeinen und im Gesundheitsrecht im Besonderen, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 8 (2018), S. 482-552 (zit. ZBJV).

Vasella Daniel, Widersprüche im Datenschutzrecht, digma 2020, S. 174-179.

Vokinger Kerstin Noëlle, Gesundheitsdaten im digitalen Zeitalter, in: Jusletter 27. Januar 2020, https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2020/1008/gesundheitsdaten-im-_bf12b7abee.html__ONCE&login=false; DOI: 10.38023/c41ccdd8-8614-4ede-9926-a4331d4d6622.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 23.3.1988, BBl 1988 II 413 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1988/2_413_421_353/de, besucht am 18.8.2025.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 6941 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de, besucht am 18.8.2025.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Forschung am Menschen vom 21.10.2009, BBl 2009 8045 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2009/1423/de, besucht am 18.8.2025.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 5 lit. d DSG

Eine Kommentierung von Hannes Meyle

ZITIERVORSCHLAG

Hannes Meyle, Kommentierung zu Art. 5 lit. d DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Meyle, Art. 5 lit. d DSG N. XXX.

2. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen

1. Abschnitt: Begriffe und Grundsätze

Art. 5 Begriffe

d. *Bearbeiten:* jeder Umgang mit Personendaten, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren, insbesondere das Beschaffen, Speichern, Aufbewahren, Verwenden, Verändern, Bekanntgeben, Archivieren, Löschen oder Vernichten von Daten;

GLIEDERUNG

I. Allgemeines 71
II. Bearbeiten als Anwendungsvoraussetzung des DSG 72
III. Benannte Bearbeitungsformen 74
A. Beschaffen 75
B. Speichern 76
C. Aufbewahren 77
D. Verwenden 77
E. Verändern 77
F. Bekanntgeben 78
G. Archivieren 78
H. Löschen oder Vernichten 78
Literaturverzeichnis 80

I. ALLGEMEINES

Der Begriff des Bearbeitens ist sehr weit zu verstehen und umfasst **jeglichen Umgang** mit Personendaten – «grob gesprochen: alles, was man mit Personendaten tut».[156] Beispielhaft nennt Art. 5 lit. d die Bearbeitungsformen «Beschaffen, Speichern, Aufbewahren, Verwenden, Verändern, Bekanntgeben, Archivieren, Löschen oder Vernichten». Die Begriffe «Speichern» und «Löschen» wurden neu hinzugefügt, um den Wortlaut des Art. 5 lit. d DSG dem des Art. 4 Nr. 2 DSGVO anzunähern.[157] Inhaltlich bleibt der Begriff des Bearbeitens durch die Gesetzesrevision jedoch unverändert.[158] Der altrechtliche Begriff der Datensammlung ging im Begriff der Bearbeitung auf.[159] 1

Eine vollständige terminologische Angleichung an die DSGVO erfolgte aus «Praktikabilitätsgründen» nicht.[160] So spricht das DSG vom *Be*arbeiten bzw. der *Be*arbeitung, die DSGVO hingegen von der *Ver*arbeitung / dem *Ver*arbeiten. Zudem weichen die Beispiele des Art. 5 lit. d DSG von den in Art. 4 Nr. 2 DSGVO genannten deutlich ab. *Be*arbeiten im Sinne des DSG und *Ver*arbeiten im Sinne der DSGVO[161] sind jedoch trotz der redaktionellen Unterschiede **deckungsgleich**[162] zu verstehen. Bei der Auslegung des Bearbeitungsbegriffs gemäss Art. 5 lit. d DSG kann daher Rechtsprechung zu Art. 4 Nr. 2 DSGVO jedenfalls orientierungshalber herangezogen werden. 2

Ein zentrales Prinzip des DSG ist der technologieneutrale Charakter.[163] Deswegen ist es für die Frage, ob eine Bearbeitung vorliegt, **unerheblich, welche Mittel und Verfahren** angewandt werden.[164] Bearbeitungen im Sinne des DSG können also sowohl manuelle als auch automatisierte Verfahren sein.[165] Aus dem technologieneutralen Charakter folgt weiter, dass 3

156. SHK DSG, Rudin, Art. 5 N. 34.
157. Botschaft 2017, 7021.
158. Botschaft 2017, 7021.
159. So wurde z.B. in Art. 6 DSV (ex Art. 21 VDSG) der Begriff der Datensammlung bewusst durch den Begriff der Bearbeitungen ersetzt, s. Erläuternder Bericht zur Datenschutzverordnung vom 31.8.2022, S. 29.
160. Botschaft 2017, 7021.
161. Vgl. zum Ganzen bspw. Taeger/Gabel, Arning/Rothkegel, Art. 4 N. 56 ff.
162. Botschaft 2017, 7021.
163. Botschaft 2017, 6971.
164. S. bereits Rosenthal/Jöhri, Art. 3 N. 66.

das DSG auch zukünftige, heute noch nicht bekannte Bearbeitungsformen erfasst bzw. erfassen wird.[166]

II. BEARBEITEN ALS ANWENDUNGSVORAUSSETZUNG DES DSG

4 Der Bearbeitungsbegriff ist von zentraler Bedeutung, da das DSG nur anwendbar ist, wenn – durch irgendeine Stelle, die am Umgang mit Personendaten beteiligt ist – Personendaten bearbeitet werden. Welche Pflichten sich dann ergeben, hängt davon ab, ob die jeweilige Stelle (gemeinsam) Verantwortliche oder Auftragsbearbeiterin ist. Die Bearbeitung setzt eine Handlung voraus, die bezweckt und zur Folge hat, dass etwas mit den Daten geschieht,[167] bzw. eine Handlung, die sich **objektiv auf die Daten bezieht**.[168] Handlungen, die Daten lediglich mitbetreffen, sind demgegenüber keine Bearbeitungen, wie etwa die Beförderung von Fahrgästen mittels Bus oder Bahn, wenn diese Fahrgäste beispielsweise auf Datenträger gespeicherte Personendaten mit sich führen.[169] Unerheblich ist, ob die betreffenden Personendaten von einem Menschen tatsächlich zur Kenntnis genommen werden oder nicht, weshalb auch die Bearbeitung mittels Computerprogrammen erfasst ist.[170] Kein Bearbeiten i.S.v. Art. 5 lit. d ist der rein gedankliche Umgang mit Personendaten.[171] Entsprechend sind Informationen, die nur im Gedächtnis einer Person vorhanden sind, auch nicht vom datenschutzrechtlichen Auskunftsrecht umfasst.[172]

5 Mitunter bereitet die **Konturierung des Bearbeitungsbegriffs** bzw. die Zuordnung von Datenbearbeitungen zu bestimmten Personen Schwierigkeiten, wie der von einem deutschen Gericht entschiedene Fall zur

165. BSK DSG, Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 N. 99; BeckOK Datenschutzrecht, Schild, Art. 4 N. 29.
166. So auch SHK DSG, Rudin, Art. 5 N. 34.
167. Taeger/Gabel, Arning/Rothkegel, Art. 4 N. 62.
168. Rosenthal/Jöhri, Art. 3 N. 71.
169. So das Beispiel in Rosenthal/Jöhri, Art. 3 N. 70.
170. S. bereits Rosenthal/Jöhri, Art. 3 N. 67.
171. Rosenthal/Jöhri, Art. 3 lit. e N. 69: «Die Gedanken sind [...] frei – aber nur die blossen Gedanken.» Sobald die Personendaten für die Aussenwelt zugänglich gemacht werden (z.B. Eintippen in einen Computer, Aufschreiben auf ein Blatt Papier, oder Mitteilung an eine andere Person), oder wenn sich entsprechende Gedanken auf das Verhalten gegenüber einer Person auswirken, liegt wiederum eine Bearbeitung vor.

Lagerung von Akten zeigt: Eine Grundstücksgesellschaft wurde im Anschluss an ein Insolvenzverfahren Eigentümerin einer stillgelegten Krankenhausimmobilie, in welcher sich Patientenakten befanden. Die Eigentümerin wandte sich gegen die behördliche Anweisung, die Akten an einem besonders geschützten Ort einzulagern. Das Gericht urteilte schliesslich, es liege keine Bearbeitung durch die Eigentümerin vor, weil diese die Akten nicht selbst eingelagert habe und auch nicht anderweitig mit den Akten umgehe.[173] Damit wurde freilich nicht entschieden, ob nicht eine andere Stelle als Auftragsbearbeiterin oder Verantwortliche die Daten bearbeitete bzw. bearbeiten liess.[174]

Fragen zur Reichweite des Bearbeitungsbegriffs stellen sich neuerdings auch im Zusammenhang mit KI-Systemen. Dass der Umgang mit Informationen – soweit diese personenbezogen sind[175] – mittels KI-Systemen eine Bearbeitung darstellt, ist eine Konsequenz des weiten Bearbeitungsbegriffs und der technologieneutralen Ausgestaltung des DSG.[176] Weniger eindeutig kann hingegen im Einzelfall die Abgrenzung unterschiedlicher Bearbeitungsvorgänge sein, wie sie beim arbeitsteiligen Einsatz von KI-Systemen vorkommen. Diese Abgrenzung ist deswegen relevant, weil sie sich 6

172. BGE 147 III 139 (150 f.), E. 3.4.3 ff. mit Verweis auf Rosenthal/Jöhri, ebd. Das Urteil erging zur Auslegung des altrechtlichen Begriffs der Datensammlung, die Erwägungen sind aber auf den Begriff der Bearbeitung (s.o. N. 1) bzw. das Auskunftsrecht nach dem aktuellen DSG übertragbar. Das BGE stellte darauf ab, dass nur über solche Informationen Auskunft zu erteilen sei, die objektiv erschliessbar sind und auf die gezielt zugegriffen werden kann. Dies sei bei Informationen, die «im Gehirn unter den gewöhnlichen Erinnerungen einer Person gespeichert» sind, nicht der Fall. Den «gewöhnlichen Erinnerungen» stellte das BGE den – wohl theoretischen – Fall gegenüber, dass Informationen «auf Geheiss des Inhabers der Datensammlung auswendig gelernt wurden» (E. 3.4.6).

173. Oberverwaltungsgericht Hamburg, Beschluss vom 15.10.2020 – 5 Bs 152/20 (BeckRS 2020, 30248) zu Art. 4 Nr. 2 DSGVO. Freund, ZD 2021, 283 ff., stimmt dem Beschluss im Ergebnis zu, kritisiert aber, dass das Gericht eine willensgetragene menschliche Aktivität zur Notwendigkeit einer Datenbearbeitung erhoben hatte. BeckOK Datenschutzrecht, Schild, Art. 4 N. 42a bezeichnet das Urteil als «rechtsirrig» und ist der Ansicht, der Gebäudeeigentümer nehme hier eine Lagerung der Dokumente und damit eine Bearbeitung vor.

174. In dem zitierten Fall käme beispielsweise eine datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit des Insolvenzverwalters oder der Gesellschafter der Grundstücksgesellschaft in Betracht, vgl. Freund, ZD 2021, 283 f. Davon abgesehen ist es für die Einstufung als Verantwortlicher nicht erforderlich, dass die entsprechende Stelle die Daten selbst bearbeitet, vgl. DSGVO Erw. 74 S. 1: «Die Verantwortung und Haftung des Verantwortlichen für jedwede Verarbeitung personenbezogener Daten, die durch ihn oder in seinem Namen erfolgt, [...]».

darauf auswirkt, wer für die Einhaltung des Datenschutzrechts (insbesondere die Wahrung der Betroffenenrechte) und allfällige Verstösse bei der Bearbeitung verantwortlich ist.[177] Die EU KI-VO differenziert zur Festlegung der Pflichten zwischen unterschiedlichen Rollen der Akteure, unter anderen zwischen Anbietern und Betreibern von KI-Systemen.[178] Im Datenschutzrecht sind derartige Abgrenzungen noch nicht etabliert. Es wäre jedoch naheliegend, auch hier jedenfalls zwischen der Erstellung eines KI-Systems (das heisst, dem damit einhergehenden Training, soweit Personendaten involviert sind) und dessen Verwendung zu trennen.[179]

III. BENANNTE BEARBEITUNGSFORMEN

7 Die Aufzählung der benannten Bearbeitungsformen ist **beispielhaft** und die Begriffe überschneiden sich zum Teil. Nur an manche der benannten Bearbeitungsformen sind spezifische Handlungsanweisungen geknüpft, so etwa an das Beschaffen, die Bekanntgabe und das Vernichten der Daten. Im Übrigen sind bei jeglicher Bearbeitung die datenschutzrechtlichen

175. Dabei sollte nicht vorschnell angenommen werden, dass ein KI-System anonym sei. Vgl. dazu etwa die Datenschutzbehörde Hamburg, welche in einem Diskussionspapier die Position vertrat, in einem LLM würden keine Personendaten gespeichert (https://datenschutz-hamburg.de/fileadmin/user_upload/HmbBfDI/Datenschutz/Informationen/240715_Diskussionspapier_HmbBfDI_KI_Modelle.pdf). Demgegenüber ist nach Ansicht des European Data Protection Board die anonyme Qualität von KI-Systemen nur unter engen Voraussetzungen anzunehmen (s. Opinion 28/2024 on certain data protection aspects related to the processing of personal data in the context of AI models, abrufbar unter https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/opinion-board-art-64/opinion-282024-certain-data-protection-aspects_en. S. dazu auch den Überblick auf https://datenrecht.ch/mutige-hamburger-thesen-zum-personenbezug-in-large-language-models/.
176. Vgl. etwa die Mitteilung des EDÖB vom 9.11.2023 (https://www.edoeb.admin.ch/de/09112023-geltendes-dsg-ist-auf-ki-anwendbar). S.a. zur parallelen Diskussion in Deutschland die Orientierungshilfe der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 6.5.2024 (https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20240506_DSK_Orientierungshilfe_KI_und_Datenschutz.pdf), Rz. 1 ff.; zum Ganzen auch Rosenthal, Jusletter 6.11.2023, Rz. 53.
177. Rosenthal, Jusletter 6.11.2023, Rz. 10.
178. Art. 3 Nr. 3 und Nr. 4 KI-VO. Wenn eine Stelle mehrere Rollen innehat, gelten die Vorgaben kumulativ (KI-VO Erw. 83).
179. S. zum Ganzen Rosenthal, Jusletter 6.11.2023, Rz. 12; ders. unter anderem mit weitergehenden Differenzierungen https://www.vischer.com/know-how/blog/teil-19-sprachmodelle-mit-und-ohne-personenbezogene-daten/.

Bearbeitungsgrundsätze zu berücksichtigen. Wenn eine Tätigkeit keiner benannten Bearbeitungsform zugeordnet werden kann, ist es immer noch möglich, dass eine unbenannte Bearbeitungsform (s.o. Kapitel I) vorliegt. Die benannten Bearbeitungsformen sind daher weniger zentral für die Anwendung des DSG.

A. Beschaffen

Ein Beschaffen von Daten liegt vor, wenn die beschaffende Stelle **gewollt** **Kenntnis** von den Daten erhält oder die Verfügung darüber begründet.[180] Keine Beschaffung ist es, wenn die Daten von dem Betroffenen selbst oder von Dritten ohne Aufforderung geliefert werden und der Datenempfänger sie nicht bearbeiten will[181] (so z.B. beim Empfang einer fehlgeleiteten E-Mail, beim Mithören eines Gesprächs etc., gleichwohl kann in einem derartigen Fall unter Umständen eine Bearbeitung vorliegen). Demgegenüber liegt eine Beschaffung von Personendaten vor, wenn die entsprechende Stelle allgemein Daten im Allgemeinen beschaffen will und in Kauf nimmt, dass dabei auch Personendaten anfallen.[182] Die Beschaffung von Daten darf gemäss Art. 6 Abs. 3 DSG nur zu einem bestimmten und für die betroffene Person erkennbaren Zweck erfolgen und zieht die Informationspflicht gemäss Art. 19 DSG nach sich. Beispiele typischer Beschaffungshandlungen sind etwa das Zusammentragen von Daten aus anderen Quellen, das Aufzeichnen oder Protokollieren von Informationen.[183] Ob Daten geschützt oder frei verfügbar sind, ist unerheblich. Daher kann beispielsweise auch eine gezielte Websuche im Internet eine Beschaffung von Personendaten darstellen und zur Anwendbarkeit des DSG führen. Dabei ist eine tatsächliche Kenntnisnahme vom Inhalt der Daten nicht erforderlich, sondern es genügt, dass die Daten erstmals in den Verfügungsbereich eines Verantwortlichen gelangen.[184] Somit qualifizieren auch automatisierte Formen der Datenerhebung wie etwa das sog. Data Scraping als Beschaffung im Sinne des DSG.[185] Die vorstehenden 8

180. SHK DSG, Rudin, Art. 5 N. 36.
181. So zu Art. 4 Nr. 2 DSGVO BeckOK Datenschutzrecht, Schild, Art. 4 N. 36.
182. So BSK DSG, Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 N. 9 mit Verweis auf die Urteile BVGer, 30.3.2011, A-7040/2009, E. 8.3 (Google Street View) sowie BGE 138 II 346 E. 9.1. In den genannten Urteilen wird die Frage, ob Personendaten beschafft werden, jedoch nicht diskutiert, sondern vorausgesetzt.
183. BSK DSG, Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt N. 104.
184. So zum Erheben i.S.d. Art. 4 Nr. 2 DSGVO Kühling/Buchner, Herbst, Art. 4 N. 21.

Grundsätze gelten auch im Zusammenhang mit generativen KI-Systemen: Wenn Personendaten unbeabsichtigt anfallen, liegt in der Regel keine Beschaffung vor, und auch nicht, wenn bestehende Personendaten lediglich verändert werden (z.B. durch die Generierung oder Bearbeitung eines Textes).[186] Wenn generative KI-Systeme hingegen verwendet werden, um an zusätzliche Informationen zu einer Person zu gelangen oder solche zu erfinden, wird regelmässig aus datenschutzrechtlicher Sicht eine Datenbeschaffung vorliegen.[187]

B. Speichern

9 Der Begriff des Speicherns wurde eingeführt, um sich dem Wortlaut der einschlägigen **europäischen Rechtsquellen anzunähern**, darunter insbesondere[188] Art. 4 Nr. 2 DSGVO[189]. Nach Art. 4 Nr. 2 DSGVO wird als Speicherung die Aufbewahrung von Daten in verkörperter Form auf einem Datenträger (Festplatte, Server, USB-Stick etc.) verstanden mit dem Ziel, die Daten zu einem späteren Zeitpunkt weiterberarbeiten zu können.[190] Je nach Zwecksetzung kann auch die Aufbewahrung von Informationen in KI-Systemen als Speichern gelten (s.o. N. 6).

10 Die **DSV** nimmt im Zusammenhang mit den Anforderungen an die Datensicherheit (Art. 3 Abs. 2 lit. b und e DSV) sowie bei der Protokollierungspflicht (Art. 4 Abs. 2 und 3 DSV) auf den Begriff der Speicherung Bezug.

185. Griesinger, CB 2004, S. 485, 486. S.a. die Gemeinsame Erklärung zu Data Scraping und Datenschutz vom 24.8.2023, welche der EDÖB mit neun weiteren nationalen Datenschutzbehörden verfasst hat (https://backend.edoeb.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-edoebch-files/files/2024/11/05/c98bb64a-79e4-4e95-8633-8e952fd8c4f6.pdf).
186. Rosenthal, Jusletter 6.11.2023, Rz. 58.
187. Rosenthal, Jusletter 6.11.2023, Rz. 58.
188. Der Begriff des Speicherns wird ausserdem in Art. 2 Bst. b E-SEV 108 und in Art. 3 Nr. 2 der Richtlinie (EU) 2016/680 vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr genannt.
189. Botschaft 2017, 7021.
190. Taeger/Gabel, Arning/Rothkegel, Art. 4 N. 76.

C. Aufbewahren

Aufbewahren kann beschrieben werden als die Aktivität, wodurch Daten **im Bearbeitungszusammenhang verfügbar** gehalten werden.[191] Im Gegensatz zur Archivierung (s.u. N. 15) können aufbewahrte Daten also nach wie vor verwendet werden. Die Aufbewahrung ist als Bearbeitungsform ausdrücklich dem DSG unterstellt, da auch in diesem Bearbeitungsstadium noch Persönlichkeitsverletzungen möglich sind, beispielsweise durch Mängel bei der Datensicherung.[192] Die Aufbewahrung wird aufgegriffen in Art. 12 Abs. 2 lit. e DSG, wonach die Aufbewahrungsdauer im Bearbeitungsverzeichnis anzugeben ist, sowie im Rahmen des Auskunftsrechts gemäss Art. 25 Abs. 2 lit. d DSG. 11

D. Verwenden

Datenverwendung meint jede Aktivität mit dem Ziel, den **Informationsgehalt** der Daten zu nutzen (inkl. Kenntnisnahme der Daten).[193] Die Verwendung der Daten ist genannt in Art. 5 lit. f DSG (Profiling), Art. 21 DSV (Technische Anforderungen an die Umsetzung der Datenherausgabe) sowie in Art. 4 Abs. 5 DSV (Protokollierung). Spezifische Handlungsanweisungen für das Verwenden von Daten sehen das DSG oder die DSV jedoch nicht vor. 12

E. Verändern

Das Verändern von Daten kann beschrieben werden als eine «Aktivität, wodurch der Informationsgehalt von Personendaten verändert (**inhaltlich umgestaltet**) wird.»[194] Besondere Handlungsanweisungen – abgesehen von der Einhaltung der Bearbeitungsgrundsätze – oder Rechtsfolgen sieht das DSG nicht vor; genannt wird das Verändern der Daten in Art. 3 Abs. 3 lit. a DSV (Eingabekontrolle), sowie Art. 4 Abs. 2 und 3 DSV (Protokollierung). 13

191. SHK DSG, Rudin, Art. 5 N. 36.
192. So bereits Botschaft 1988, 447.
193. So SHK DSG, Rudin, Art. 5 N. 39.
194. SHK DSG, Rudin, Art. 5 N. 40.

F. Bekanntgeben

14 Das Bekanntgeben von Daten ist, da es sich um eine besonders **heikle Bearbeitungsform** handelt,[195] Gegenstand der gesonderten Regelung in OK-NN, Art. 5 lit. e DSG. [Kommentierung im Erscheinen]

G. Archivieren

15 Archivieren meint das **Verfügbarhalten** von Daten losgelöst vom Bearbeitungskontext.[196] Im Gegensatz zur Aufbewahrung (s.o. N. 11) werden Daten durch eine Archivierung dem bisherigen Bearbeitungskontext entnommen. Daraus folgt, dass die Intensität der Persönlichkeitsbeeinträchtigung betroffener Personen typischerweise verringert ist.[197] Das kommt in Art. 32 Abs. 1 lit. b und Art. 41 Abs. 5 DSG zum Ausdruck, welche die Betroffenenrechte bei Bearbeitungen zu Archivzwecken einschränken. Im Übrigen nimmt Art. 38 DSG (Spezialregelung für Bundesorgane zum Angebot bestimmter Personendaten für das Bundesarchiv) auf Archivzwecke bzw. die Archivierung Bezug.

H. Löschen oder Vernichten

16 Der Begriff des **Vernichtens** impliziert, dass Daten unwiederbringlich zerstört werden. Bei einer physischen Speicherung der Daten auf Papier wäre das Papier zu verbrennen oder zu schreddern. Bei elektronisch gespeicherten Daten müsste der entsprechende Datenträger unbrauchbar gemacht und alle Kopien so behandelt werden, dass die Daten nicht mehr lesbar sind.[198]

17 Der Begriff des **Löschens** wird typischerweise für elektronische Datenbearbeitungen verwendet und geht demgegenüber weniger weit: Für eine Löschung reicht es grundsätzlich aus, die Löschbefehle des jeweiligen Programms zu verwenden, so dass die Daten im Rahmen der üblichen Programmabläufe nicht mehr erkennbar sind und sich nur noch mit unverhältnismässigen Mitteln wiederherstellen lassen.[199] Personendaten sind mit anderen Worten dann gelöscht, wenn sich kein Personenbezug mehr

195. In Botschaft 1988, 447 wird die Bekanntgabe als «die wohl heikelste Bearbeitungsphase» bezeichnet.
196. SHK DSG, Rudin, Art. 5 N. 40.
197. BSK DSG, Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 N. 109.
198. Botschaft 2017, 7021.

herstellen lässt. Eine wirksame Anonymisierung ist deswegen einer Löschung gleichzusetzen bzw. stellt eine Methode der Löschung von Personendaten dar.[200] Dabei muss – parallel zum Begriff der Personendaten – der sog. relative Ansatz gelten, was bedeutet, dass die Sichtweise derjenigen Personen oder Stellen massgeblich ist, welche Zugang zu den Daten haben.[201] Daraus folgt aber auch, dass es im Einzelfall schwierig sein kann zu beurteilen, ob Personendaten wirksam gelöscht wurden, weil nach Ausführung von Löschbefehlen Daten in Systemen verbleiben und unter Umständen wiederhergestellt werden können.[202] In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob die Wiederherstellung der Daten bzw. der Zugriff auf die Daten einen unverhältnismässigen Aufwand erfordert. Dies kann nur im Einzelfall beurteilt werden, abhängig von den technischen Gegebenheiten, aber auch abhängig von dem Interesse, welches Dritte an einer Wiederherstellung des Personenbezugs haben könnten.

18 Die in den Gesetzesmaterialien deutlich angelegte Unterscheidung zwischen den Begriffen des Löschens und des Vernichtens ist im DSG **nicht konsequent umgesetzt**. So verlangt Art. 6 Abs. 4 DSG, dass die Daten «*vernichtet* oder anonymisiert werden, sobald sie zum Zweck der Bearbeitung nicht mehr erforderlich sind» – richtigerweise wäre hier auch die Löschung zu nennen.[203] Auch wenn das Gesetz die Begrifflichkeiten nicht konsistent verwendet, ist der Klarheit halber bei der Vertragsgestaltung, etwa im Rahmen von Auftragsbearbeitungsverträgen, darauf zu achten, dass die Begriffe der Löschung und der Vernichtung nicht versehentlich vertauscht werden. Insbesondere ist zu vermeiden, dass anstelle einer Löschpflicht versehentlich die Vernichtung von Daten vereinbart wird, weil die Vernichtung im Fall einer elektronischen Datenbearbeitung möglicherweise nur schwer zu erfüllen bzw. unerwünscht wäre (s.o. N. 16).

199. BSK DSG, Blechta/Dal Molin/Wesiak-Schmidt, Art. 5 N. 110. Vgl. zum Ganzen in der DSGVO bspw. Taeger/Gabel, Arning/Rothkegel, Art. 4 N. 98 ff.
200. So auch die Entscheidung der österreichischen Datenschutzbehörde v. 5.12.2018, DSB-D123.270/0009-DSB/2018.
201. Rosenthal, digma 2019, S. 192.
202. Vgl. zum Ganzen Rosenthal, digma 2019, S. 190 ff.
203. Auch Rosenthal, digma 2019, S. 191 ordnet dies als redaktionelles Versehen ein.

LITERATURVERZEICHNIS

Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023 (zit. SHK DSG, Bearbeiter/-in).

Blechta Gabor/Vasella David, Basler Kommentar Datenschutzgesetz Öffentlichkeitsgesetz, 4. Aufl, Basel 2024 (zit. BSK DSG, Bearbeiter-in).

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23.3.1988, BBl 1988, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1988/2_413_421_353/en, besucht am 30.6.2023 (zit. Botschaft 1988).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 694, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de, besucht am 30.6.2023 (zit. Botschaft 2017).

Freund Bernhard, Anmerkung zu OVG Hamburg: Datenlagerung ist keine Datenverarbeitung, Zeitschrift für Datenschutz 2021, S. 283-284 (zit. Freund, ZD 2021).

Griesinger Marcel, Schweizerisches Datenschutzgesetz: Datenschutz-Compliance für Unternehmen beim Einsatz von KI-Anwendungen, CB 2024, S. 485 f. (zit. Griesinger, CB 2004, S. 485).

Kühling Jürgen/Buchner Benedikt, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung/BDSG, 4. Aufl, München 2024 (zit. Kühling/Buchner, Bearbeiter-in).

Rosenthal David, Löschen und doch nicht löschen, Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit 2019, S. 190-197 (zit. Rosenthal, digma 2019).

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter vom 16.11.2020 (zit. Rosenthal, Jusletter 2020).

Rosenthal David, Datenschutz beim Einsatz generativer künstlicher Intelligenz, in: Jusletter vom 6.11.2023 (zit. Rosenthal, Jusletter 6.11.2023).

Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008 (zit. Rosenthal/Jöhri).

Taeger Jürgen/Gabel Detlev, DSGVO – BDSG – TTDSG, 4. Aufl., Bremen 2022 (zit. Taeger/Gabel, Bearbeiter-in).

Wolff Heinrich Amadeus/Brink Stefan/v. Ungern-Sternberg Antje, BeckOK Datenschutzrecht, 44. Edition, Stand: 1.11.2024 (zit. BeckOK Datenschutzrecht, Bearbeiter-in).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 5 lit. f und g DSG

Eine Kommentierung von Matthias Glatthaar / Annika Schröder

ZITIERVORSCHLAG

Matthias Glatthaar/Annika Schröder, Kommentierung zu Art. 5 lit. f und g DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Glatthaar/Schröder, N. XXX zu Art. 5 lit. f und g DSG.

2. Kapitel: Allgemeine Bestimmungen

1. Abschnitt: Begriffe und Grundsätze

Art. 5 Begriffe

In diesem Gesetz bedeuten:

f. *Profiling:* jede Art der automatisierten Bearbeitung von Personendaten, die darin besteht, dass diese Daten verwendet werden, um bestimmte persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftlicher Lage, Gesundheit, persönlicher Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen;
g. *Profiling mit hohem Risiko:* Profiling, das ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, indem es zu einer Verknüpfung von Daten führt, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt;

GLIEDERUNG

In Kürze 85
I. Allgemeines 85
A. Vorbemerkung 85
B. Entstehungsgeschichte 86
C. Systematik und Abgrenzung 87
II. Profiling (lit. f) 87
A. Allgemeines 87
B. Bewertungsvorgang 88
C. Automatisierung 89
D. Persönliche Aspekte 90
E. Personenbezug 91
III. Profiling mit hohem Risiko (lit. g) 92
A. Allgemeines 92
B. Verknüpfung von Daten 93
C. Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit 93
D. Notwendigkeit einer Einzelfallbetrachtung 94
IV. Rechtsfolgen 95
A. Normales Profiling 95
B. Profiling mit hohem Risiko 97
V. Praxishinweise 99
Literaturverzeichnis 100
Materialienverzeichnis 102

IN KÜRZE

Der Profiling-Begriff im neuen DSG ersetzt den bisherigen Begriff des Persönlichkeitsprofils. Die Bestimmungen zum Profiling wurden in den parlamentarischen Beratungen umfassend diskutiert und waren mit ein Grund für den langen Gesetzgebungsprozess. Profiling wird definiert als automatisierte Datenbearbeitung zwecks Bewertung persönlicher Aspekte. Derartiges Profiling ist in der Praxis sehr verbreitet, v.a. im Bereich der Angebotspersonalisierung, und hat für private Verantwortliche keine besonderen Rechtsfolgen. Neben dem normalen Profiling kennt das neue DSG auch eine qualifizierte Form des Profilings «mit hohem Risiko». Damit weicht das DSG von der DSGVO ab, die ein qualifiziertes Profiling nur in Verbindung mit automatisierten Einzelentscheidungen kennt. Ein Profiling mit hohem Risiko liegt vor, wenn durch Verknüpfung von Daten eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit möglich ist. Die Einordnung als Profiling mit hohem Risiko ist stark einzelfallabhängig und löst v.a. die Pflicht zur Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung aus, führt aber nicht zu einem generellen Einwilligungserfordernis.

I. ALLGEMEINES

A. Vorbemerkung

Profiling als automatisierte Bewertung persönlicher Aspekte ist heute ein breit angewandtes Verfahren, das v.a. als Grundlage für die sehr verbreitete **Angebotspersonalisierung** im Endkundengeschäft grosse praktische Bedeutung hat. Insb. digitale Angebote wie Streamingdienste, Onlineshops und Social Media Plattformen verfügen meist über derart viel «Content», dass sie sich ohne Personalisierung gar nicht sinnvoll nutzen liessen. Kundinnen und Kunden setzen bei solchen Digitalangeboten heute wie selbstverständlich eine zielgerichtete Orientierungshilfe z.B. auf Basis des bisherigen Nutzungsverhaltens voraus. 1

Profiling ist somit ein alltäglicher Vorgang, der vielfach im Interesse von Kundinnen und Kunden ist. Da dem Profiling eine **Wertung** innewohnt, die meist auf Basis von Korrelationen und Wahrscheinlichkeiten automatisiert erfolgt, wird der Vorgang aber als risikobehaftet und deshalb als 2

regulierungsbedürftig angesehen. Profiling bedeutet stets eine generalisierte Persönlichkeitsbewertung aufgrund bestimmter Eigenschaften, die der konkret betroffenen Person ggf. nicht gerecht wird («Schubladisierung»).[204] Augenfällig wird die erhöhte Sensitivität von Profiling v.a. dann, wenn es um Anwendungen ausserhalb des Endkundengeschäfts geht, z.B. um die Verwendung durch Behörden im Sicherheits- und Strafverfolgungsbereich.

B. Entstehungsgeschichte

3 Der mit der Revision neu eingeführte Begriff «Profiling» ersetzt das «Persönlichkeitsprofil» des bisherigen DSG.[205] Während das Persönlichkeitsprofil einen statischen Zustand beschreibt, bezieht sich der neue Begriff des Profilings auf den Bewertungsvorgang als solchen.[206] Das Konzept des Persönlichkeitsprofils war eine Schweizer Eigenheit und mit seiner Ablösung durch den Begriff des Profilings erfolgt eine **Angleichung ans europäische Recht** (obwohl das Persönlichkeitsprofil sinngemäss in Form des «Profilings mit hohem Risiko» wiedergeboren wurde). Die neue Begrifflichkeit soll auch den technischen Fortschritt, z.B. in den Bereichen Big Data und künstlicher Intelligenz, und die damit einhergehenden erweiterten Möglichkeiten für Datenbearbeitungen widerspiegeln.

4 Im **Gesetzgebungsprozess** war Profiling einer der Hauptdiskussionspunkte. Differenzen zum Profiling waren ein wesentlicher Faktor für die verzögerte Verabschiedung des revidierten Gesetzes.[207] Besonders umfassend wurde darüber debattiert, ob und inwieweit ein Profiling eine Einwilligung erfordern soll. Im Vorentwurf zum DSG war ein Profiling ohne ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Person noch unter den Persönlichkeitsverletzungen aufgeführt.[208] Dieses Einwilligungserfordernis wurde im weiteren Gesetzgebungsprozess jedoch fallen gelassen.[209] Auch ein zur Diskussion gestelltes Widerspruchsrecht bei Profiling konnte sich im

204. Vgl. Buchner, Art. 4 Nr. 4 DSGVO N. 8, der von einer «Gefahr eines Generalisierungsunrechts» spricht. S. auch Scholz, Art. 4 Nr. 4 DSGVO N. 4; Rosenthal, Datenschutzgesetz, Rz. 26.
205. Art. 3 lit. d aDSG.
206. Botschaft DSG, S. 7021; Bühlmann/Schüepp, Rz. 61.
207. Zur im Gesetzgebungsprozess geführten Debatte ausführlich Bühlmann/Schüepp, Rz. 44 ff. und Rosenthal, Datenschutzgesetz, Rz. 24 ff.
208. Art. 23 Abs. 2 lit. d VE-DSG; s. dazu Vasella, Einwilligungserfordernis.
209. Ausführlich Bühlmann/Schüepp, Rz. 31 ff.

Parlament nicht durchsetzen. Ebenfalls Gegenstand von Diskussionen bildeten Details der Begriffsbestimmung und dabei insb. das Konzept des «Profiling mit hohem Risiko», das erst in den parlamentarischen Beratungen kreiert wurde und bis zuletzt umstritten blieb.

C. Systematik und Abgrenzung

Art. 5 DSG unterscheidet **zwei Formen von Profiling**: Zum einen in lit. f das «normale» Profiling als automatisierte Datenbearbeitung zwecks Bewertung persönlicher Aspekte, und zum anderen in lit. g ein auf dem normalen Profiling aufbauendes qualifiziertes Profiling «mit hohem Risiko». Während die Definition des normalen Profilings unverändert aus der DSGVO ins Schweizer Recht übernommen wurde, stellt das qualifizierte Profiling mit hohem Risiko eine Eigenschöpfung des Schweizer Gesetzgebers dar. Mit der Abstufung wollte der Gesetzgeber dem Umstand Rechnung tragen, dass sich die verschiedenen Anwendungen von Profiling in Bezug auf Tragweite und Auswirkungen teils erheblich unterscheiden.[210] 5

Profiling ist von der automatisierten Einzelentscheidung gem. Art. 21 DSG **abzugrenzen**. Profiling ist der Bewertungsvorgang, der einer automatisierten Einzelentscheidung ggf. zugrunde liegt, ihr aber logisch vorgelagert ist. Zu einer automatisierten Einzelentscheidung führt ein Profiling erst dann, wenn sich die Bewertung in einer konkreten Aussenwirkung manifestiert und diese Aussenwirkung in Form einer Rechtsfolge oder einer ähnlich einschneidenden Beeinträchtigung vorliegt.[211] 6

II. PROFILING (LIT. F)

A. Allgemeines

Der Begriffswechsel vom Persönlichkeitsprofil zum Profiling sollte eine Angleichung an das europäische Recht bringen und der Gesetzgeber hat die Legaldefinition von Art. 4 Nr. 4 DSGVO konsequenterweise fast wörtlich ins Schweizer Recht übernommen. Im Wesentlichen umfasst sie **vier Elemente**: 7

210. Rosenthal, Datenschutzgesetz, Rz. 27. Zum damit (unbewusst) geschaffenen Swiss Finish s. unten N. 18 und 32.

211. Bühlmann/Schüepp, Rz. 132. Für die DSGVO Buchner, Art. 4 Nr. 4 DSGVO N. 1; Klabunde, Art. 4 DSGVO N. 31.

Erstens ein Bewertungsvorgang, der *zweitens* automatisiert erfolgt und *drittens* Aussagen über persönliche Aspekte hervorbringt, die sich *viertens* auf eine natürliche Person beziehen. Diese Elemente werden nachfolgend anhand des Beispiels personalisierter Leseempfehlungen im Buchhandel illustriert.

B. Bewertungsvorgang

8 Der Fokus des Profiling-Begriffs liegt auf dem Element der **Bewertung**. Im Kern handelt es sich bei Profiling um einen Bewertungsvorgang, bei dem durch Analyse oder Vorhersage neue Erkenntnisse über eine Person abgeleitet werden.[212] «Vorhersagen» drückt dabei aus, dass Profiling meist auf eine zukunftsgerichtete Betrachtung abzielt, bspw. um im Fall des Buchhandels eine Prognose zu treffen, welche Bücher Kundinnen und Kunden in den Warenkorb legen könnten.[213] «Analyse», die zweite in der Legaldefinition genannte Ausprägung der Bewertung, stellt demgegenüber eine Beurteilung in der Vergangenheit liegender oder gegenwärtiger Aspekte dar, wobei die Analyse aber meist nicht für sich allein steht, sondern ihrerseits die Basis für zukunftsgerichtete Aussagen bildet.[214]

9 Eine Bewertung beinhaltet immer eine normative Einordnung und ist damit bis zu einem gewissen Grad **subjektiv**.[215] Fehlt ein subjektiver Beurteilungsspielraum und geht es nur um die objektive Feststellung eines Sachverhalts, liegt keine Bewertung vor.[216] Die blosse Berechnung des Standorts durch ein Navigationssystem enthält z.B. ebenso wenig ein Bewertungselement wie das reine Abrufen, Filtern oder Sortieren von Daten in einer Datenbank. Sortiert eine Buchhändlerin ihre Kunden anhand von Merkmalen wie Alter oder Wohnort und bildet sie entsprechende Kundengruppen, handelt es sich deshalb nicht um Profiling.[217] Auch wenn sie aus ihrer Kundendatenbank Käufer eines bestimmten Autors ausliest, um sie auf eine Neuerscheinung desselben Autors hinzuweisen, nimmt die

212. Bühlmann/Schüepp, Rz. 85. Für die DSGVO Buchner, Art. 4 Nr. 4 DSGVO N. 6; Lorentz, S. 112 und 154.
213. Bühlmann/Schüepp, Rz. 7 und 90.
214. Bühlmann/Schüepp, Rz. 91 f.
215. Bühlmann/Schüepp, Rz. 90; Rosenthal, Datenschutzgesetz, Rz. 24.
216. Rosenthal, Datenschutzgesetz, Rz. 24.
217. Bühlmann/Schüepp, Rz. 121 ff. Für die DSGVO Artikel-29-Datenschutzgruppe, S. 7; Scholz, Art. 4 Nr. 4 DSGVO N. 6.

Buchhändlerin eine blosse Filterung und kein Profiling vor. Ordnet die Buchhändlerin hingegen z.B. Käufer von George Orwells «1984» dem Kundensegment «dystopische Literatur» zu, handelt es sich um eine Wertung und damit um Profiling.[218]

C. Automatisierung

Profiling gem. Art. 5 lit. f DSG erfasst nur die automatisierte Bearbeitung von Personendaten. Automatisiert erfolgt die Bearbeitung dann, wenn sie mit Hilfe von **computergestützten Techniken** erfolgt.[219] Keine Automatisierung liegt vor, wenn die Einschätzung ausschliesslich auf einem menschlichen Gedankengang basiert, also nur «im Kopf eines Menschen» stattfindet. 10

Kennt eine Buchhändlerin z.B. die Vorlieben ihrer Kunden und macht sie ihnen gestützt darauf individuelle Empfehlungen (empfiehlt sie z.B. einem Leser von «1984» Margaret Atwoods «The Handsmaid's Tale»), handelt es sich mangels Automatisierung nicht um ein Profiling im Sinn des Gesetzes. Daran ändert auch nichts, wenn die Buchhändlerin zu jedem Kunden in einer elektronischen Datenbank Notizen anfertigt.[220] Lässt die Buchhändlerin die Empfehlungen hingegen **durch einen Algorithmus berechnen**, handelt es sich um einen automatisierten Vorgang und deshalb um Profiling. Die Automatisierung wird in diesem Fall nicht schon dadurch aufgehoben, dass die Buchhändlerin die Kriterien bis zu einem gewissen Grad selbst definiert (z.B. Autoren bzw. Bücher bestimmten Genres zuordnet), solange die Auswertung computergestützt erfolgt und nicht auf einfache «Wenn-Dann-Abfragen» beschränkt bleibt.[221] 11

Die konkrete **technische Ausgestaltung** des Profiling-Vorgangs ist nicht entscheidend. Der Begriff des Profilings ist technologieneutral und die Qualifikation als Profiling erfolgt unabhängig von den eingesetzten technischen Verfahren.[222] In der Praxis basieren insb. Empfehlungssysteme 12

218. Rosenthal, Rz. 26, mit dem analogen Beispiel eines Weinhändlers.
219. Botschaft DSG, S. 7022; Bühlmann/Schüepp, Rz. 77; Roth, S. 35. Für die DSGVO Artikel-29-Datenschutzgruppe, S. 7; Scholz, Art. 4 Nr. 4 DSGVO N. 3.
220. Bühlmann/Schüepp, Rz. 82. Für die DSGVO Lorentz, S. 99.
221. Rosenthal, Entwurf, Rz. 24. Enger Bühlmann/Schüepp, Rz. 79 ff., wonach keine Automatisierung vorliegt, wenn die Kriterien der Maschine vorgegeben werden.
222. Botschaft DSG, S. 7022; Bühlmann/Schüepp, Rz. 116 ff. Für die DSGVO Buchner, Art. 4 Nr. 4 DSGVO N. 6; Scholz, Art. 4 Nr. 4 DSGVO N. 4.

von Digitalangeboten häufig auf sog. «kollaborativem Filtern», bei dem neben der eigenen Nutzerhistorie und Content-Informationen auch die Präferenzen und das Verhalten anderer Nutzer berücksichtigt werden. Wenn im Online-Buchhandel bspw. Nutzer A und B ähnliche Bücher mögen und Nutzer A ein bestimmtes Buch positiv bewertet hat, das Nutzer B noch nicht gekauft hat, dann könnte das System Nutzer B dieses Buch empfehlen. Die Verwendung derartiger auf Korrelationen beruhender Verfahren ist aber nicht begriffswesentlich.[223]

D. Persönliche Aspekte

13 Damit ein Profiling vorliegt, muss die Bewertung zu neuen Erkenntnissen über **persönliche Aspekte** natürlicher Personen führen. Art. 5 lit. f DSG enthält eine Aufzählung persönlicher Aspekte, deren Bewertung ein Profiling begründen kann: Arbeitsleistung (z.B. Einhaltung von Qualitätsstandards oder Erreichung von Produktivitätszielen), wirtschaftliche Lage (z.B. Einkommensverhältnisse oder Sparverhalten), Gesundheit (z.B. Ernährungsweise oder Risikoneigung für bestimmte Krankheiten), persönliche Vorlieben (z.B. Anlagepräferenzen, Lieblingsgenres oder bevorzugte Reiseziele), Interessen (z.B. Hobbies oder Freizeitaktivitäten), Zuverlässigkeit (z.B. Kreditwürdigkeit oder Persönlichkeitstypen), Verhalten (z.B. soziale Interaktionen oder Kaufverhalten), Aufenthaltsort oder Ortswechsel (z.B. Bewegungsmuster, Laufwege oder Mobilitätsverhalten).

14 Die Aufzählung in Art. 5 lit. f ist sehr umfassend, aber **nicht abschliessend** («insbesondere»), und je nach Kontext können auch weitere Aspekte relevant sein.[224] Dem Element des Persönlichkeitsaspekts kommt deshalb kaum eingrenzende Wirkung zu. Verlangt ist immerhin, dass der Aspekt eine gewisse Komplexität aufweist und daher einer Bewertung im Sinne einer

223. Vgl. Bühlmann/Schüepp, Rz. 70 ff. und Rz. 108, mit dem Hinweis, dass die Ermittlung von Korrelationsmustern zwar typisch, aber nicht begriffswesentlich ist. Ebenfalls keine Korrelationsanalyse voraussetzend Rosenthal, Datenschutzgesetz, Rz. 26; Rudin, Art. 5 DSG N. 49. A.M. Roth, S. 35 f., wonach ein Profiling voraussetzen soll, dass aus einem grossen Datensatz identifizierte Korrelationsmuster mittels Algorithmen auf einen neuen Datensatz angewendet werden. Zur Unterscheidung zwischen dem sog. zwei- und dreiphasigem Profiling s. Lorentz, S. 33 ff.

224. Botschaft DSG, S. 7022; Bühlmann/Schüepp, Rz. 93 ff. Für die DSGVO Buchner, Art. 4 Nr. 4 DSGVO N. 7; Ernst, Art. 4 DSGVO N. 37; Scholz, Art. 4 Nr. 4 DSGVO N. 4.

subjektiven Beurteilung zugänglich ist.[225] Aspekte, die kein Ermessen zulassen und somit rein objektiv feststellbar sind, fallen nicht unter das Profiling (z.B. die Feststellung des Körpergewichts). Als *zukunftsbezogenes* Datum können die gleichen Aspekte aber ggf. eine Bewertung erfordern (z.B. das prognostizierte künftige Körpergewicht). Ausserdem können rein objektiv feststellbare Aspekte als Datenbasis für die Bewertung anderer, ermessensabhängiger Aspekte dienen (das Körpergewicht z.B. als Indikator für bestimmte Krankheitsrisiken).

E. Personenbezug

Profiling im rechtlichen Sinn setzt schliesslich voraus, dass sich die hervorgebrachten Aussagen auf **individuelle Personen** beziehen.[226] Sind die Aussagen hingegen nur auf Gruppen von Personen bezogen, aus denen keine einzelnen Personen bestimmbar sind, liegt kein Profiling vor, auch wenn der Bearbeitung als «Input» personenbezogene Daten zugrunde liegen. Analysiert eine Buchhändlerin zwecks Sortimentsoptimierung z.B. lediglich, welche Autoren und Genres in den verschiedenen Altersgruppen am beliebtesten sind, ohne Aussagen über einzelne Kunden zu machen, führt sie kein Profiling durch. Dasselbe gilt für die Analyse der Webseitennutzung zur Verbesserung der Nutzerfreundlichkeit, bei der keine personenbezogene Auswertung erfolgt. 15

Auch kein Profiling liegt vor, wenn schon der Bearbeitung nur **anonyme oder aggregierte Daten** zugrunde liegen, die «Input-Daten» also ihrerseits gar keinen Personenbezug aufweisen.[227] Es handelt sich nicht um eine Bearbeitung von Personendaten und das Datenschutzrecht ist nicht anwendbar (Art 2 Abs. 1 DSG). Verfolgt die Bearbeitung jedoch gerade den Zweck, die an sich anonymen Daten zu deanonymisieren und (wieder) individuellen Personen zuzuordnen, liegt wiederum eine dem Datenschutzrecht unterstehende Bearbeitung von Personendaten vor.[228] Diesfalls kann es sich um ein Profiling handeln, dessen Zweck gerade die Deanonymisierung über das Herstellen von Zusammenhängen ist. 16

225. Bühlmann/Schüepp, Rz. 97 f. Zur Bewertung oben N. 8 f.
226. Bühlmann/Schüepp, Rz. 76; Rosenthal, Datenschutzgesetz, Rz. 25.; Roth, S. 36.
227. Bühlmann/Schüepp, Rz. 76; Roth, S. 35.
228. Scholz, Art. 4 Nr. 4 DSGVO N. 3 mit dem Hinweis, dass die technischen Möglichkeiten für solche Deanonymisierungen stetig zunehmen.

III. PROFILING MIT HOHEM RISIKO (LIT. G)

A. Allgemeines

17 Mit dem «Profiling mit hohem Risiko» führt Art. 5 lit. g DSG eine auf dem normalen Profiling aufbauende, **qualifizierte Form von Profiling** ein.[229] Die Rechtsfigur des «Profiling mit hohem Risiko» wurde erst im Gesetzgebungsprozess geschaffen und war im Parlament Gegenstand intensiv geführter Debatten. Diskutiert wurden u.a. Formulierungen, die darauf abgestellt hätten, ob das Profiling besonders schützenswerte Personendaten hervorbringt, oder darauf, ob sich das Profiling auf verschiedene Lebensbereiche der betroffenen Person erstreckt. Durchgesetzt hat sich schliesslich der Ansatz, die bisherige Rechtsfigur des «Persönlichkeitsprofils» zwar nicht dem Namen nach, aber inhaltlich zu übernehmen. Beim Profiling mit hohem Risiko handelt es sich im Kern also um ein Profiling, das zu einem Persönlichkeitsprofil gem. bisherigem DSG führt.[230] Das Persönlichkeitsprofil wurde mit dem neuen DSG nur vordergründig abgeschafft.

18 Das Profiling mit hohem Risiko ist eine **Schweizer Besonderheit**. Die DSGVO kennt keine solche qualifizierte Form von Profiling und macht besondere Rechtsfolgen bei Profiling davon abhängig, ob das Profiling im Zusammenhang mit einer automatisierten Einzelentscheidung erfolgt.[231] Eine stärkere Angleichung an die DSGVO hätte deshalb erreicht werden können, wenn als Kriterium für ein «Profiling mit hohem Risiko» festgelegt worden wäre, ob das Profiling Rechtswirkungen für die betroffene Person hat oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Dass stattdessen das bisherige Persönlichkeitsprofil wiederbelebt und eine Schweizer Eigenheit fortgeschrieben wurde, ist zu bedauern.[232] Hier wurde eine Chance verpasst, eine stärkere Konvergenz zur DSGVO herzustellen.

19 Damit ein «Profiling mit hohem Risiko» gem. Art. 5 lit. g DSG vorliegt, müssen zusätzlich zum normalen Profiling **zwei Elemente** vorhanden sein: *Erstens* eine Verknüpfung von Daten und *zweitens* wesentliche Aspekte der Persönlichkeit, auf die sich die durch das Profiling generierten Aussagen

229. Bühlmann/Schüepp, Rz. 134.
230. Vasella, Profiling; Rosenthal, Datenschutzgesetz, Rz. 27.
231. S. unten N. 35.
232. S. schon Glatthaar, Rz. 7.

potenziell beziehen. Die beiden zusätzlichen Elemente sind sowohl notwendig als auch ausreichend. Dies bedeutet zunächst, dass das namensgebende hohe Risiko als gegeben angenommen wird, wenn die zwei genannten Elemente vorliegen. Das hohe Risiko stellt kein zusätzliches Begriffselement dar, das im Einzelfall separat zu prüfen ist.[233] Weiterhin bedeutet es, dass ein Profiling, das die gesetzliche Definition nicht erfüllt, nicht dadurch zu einem «Profiling mit hohem Risiko» wird, weil es im konkreten Fall aus anderen Gründen ein hohes Risiko für betroffene Personen darstellt (und daher bspw. die Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung erfordert).[234]

B. Verknüpfung von Daten

Ein Profiling mit hohem Risiko setzt zunächst eine Verknüpfung von Daten voraus. Die Datenverknüpfung bezieht sich auf den Prozess, bei dem **zwei oder mehrere separate Datensätze** miteinander verbunden, zusammengeführt oder abgeglichen werden, um eine tiefergehende oder umfassendere Aussage zu gewinnen. Eine solche Verknüpfung von Daten kann auf verschiedene Arten erfolgen, etwa durch das Zusammenführen von Daten aus unterschiedlichen Quellen, die sich auf dieselbe Person beziehen, oder durch die Verknüpfung von Daten, die auf gemeinsamen Merkmalen, Kriterien oder Variablen basieren. 20

Die Verknüpfung von Daten ersetzt den altrechtlichen Ausdruck «Zusammenstellung von Daten» und bringt damit zum Ausdruck, dass es beim Profiling nicht um eine blosse Ansammlung von Daten geht, sondern um eine **gezielte Verknüpfung verschiedener Datensätze**. Eine reine Sammlung von Daten, allenfalls auch zur Vorbereitung eines Profilings, stellt noch keine solche Verknüpfung dar. Anders als beim bisherigen Persönlichkeitsprofil genügt eine statische Datensammlung nicht. 21

C. Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit

Während bei einem normalen Profiling Erkenntnisse über irgendwelche Persönlichkeitsaspekte genügen, müssen sie sich bei einem Profiling mit 22

233. Vasella, Profiling; Jacot-Guillarmod, profilage à risque élevé. A.M. Rosenthal, Datenschutzgesetz, Rz. 27, wonach auf das konkrete Risiko abzustellen ist, das sich erst aus einer separaten Risikobewertung ergibt.
234. Vasella, Profiling.

hohem Risiko auf *wesentliche* Aspekte der Persönlichkeit beziehen. Nicht erforderlich ist dabei, dass solche wesentlichen Persönlichkeitsmerkmale tatsächlich bewertet werden. Es genügt, wenn Aussagen über wesentliche Aspekte der Persönlichkeit aufgrund der bearbeiteten Daten und der Art und Weise des Bearbeitungsvorgangs **grundsätzlich möglich sind** («erlaubt»).[235] Nicht von Relevanz ist sodann, dass Art. 5 lit. g DSG statt «bewerten» den Begriff «Beurteilung» verwendet. Die beiden Begriffe sind synonym zu verstehen.[236]

23 Richtschnur dafür, wann eine Bewertung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit vorliegt, soll gem. Willen des Gesetzgebers[237] weiterhin die «Moneyhouse» Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zum Persönlichkeitsprofil sein.[238] Entscheidend ist somit, ob sich die verknüpften Informationen zu einem **umfassenden Bild** der betroffenen Person verdichten. Wesentliche Kriterien sind dabei die Menge und die Art der genutzten Daten, der Kontext ihrer Verwendung sowie die zeitliche Dimension, d.h. ob Personendaten über einen längeren Zeitraum erhoben werden und dadurch quasi ein biografisches Bild ergeben, indem sie eine Entwicklung der betroffenen Person aufzeigen. Dabei können auch für sich genommen triviale Daten durch systematische Verknüpfung ggf. ein Gesamtbild der Person ergeben und potenziell sensible Informationen über ihre Identität, Aktivitäten oder Vorlieben vermitteln.

D. Notwendigkeit einer Einzelfallbetrachtung

24 Wie schon das bisherige Persönlichkeitsprofil bleibt auch das Profiling mit hohem Risiko insgesamt **schwer fassbar**.[239] Die beiden Begriffselemente der Datenverknüpfung und der Bewertung wesentlicher Persönlichkeitsaspekte geben zwar einen grundsätzlichen Rahmen vor, vermögen dem Begriff aber keine klaren Konturen zu verleihen und erfordern eine Einordnung im

235. Bühlmann/Schüepp, Rz. 136 f., mit dem Hinweis, dass aber wenigstens *ein* Bewertungsvorgang stattfinden muss, da das Profiling mit hohem Risiko auf dem normalen Profiling aufbaut. Dieser Bewertungsvorgang muss sich aber nicht notwendigerweise auf wesentliche Aspekte der Persönlichkeit beziehen.

236. Bühlmann/Schüepp, Rz. 137. Zum Begriff der «Bewertung» oben N. 8 f.

237. S. AB 2020 NR S. 1599 und AB 2020 SR S. 991 (Voten Karin Keller-Suter); AB 2020 NR 1598 (Votum Corina Gredig); AB 2020 NR 1818 (Votum Matthias Jauslin).

238. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4232/2015 vom 18. April 2017, E.5.2.1.

239. Rudin, Art. 5 DSG N. 52; Vasella, Profiling.

Einzelfall.[240] Dass es letztlich auf eine Einzelfallbetrachtung hinausläuft, hat auch das Bundesverwaltungsgericht in seiner Rechtsprechung zum Persönlichkeitsprofil anerkannt.[241] In einem gewissen Sinne: «Man erkennt es, wenn man es sieht.»[242]

Von einem Profiling mit hohem Risiko wäre im **Beispiel** des Buchhandels etwa auszugehen, wenn Daten zum Leseverhalten mit dem Einkaufsverhalten bei Lebensmitteln und ggf. weiteren Transaktionsdaten sowie z.B. mit Daten von Fitness-Tracking-Apps kombiniert würden, um daraus Schlüsse auf den Gesundheitszustand zu ziehen und betroffenen Personen Werbung für entsprechende Gesundheitsangebote zu unterbreiten oder sogar individuelle Versicherungsprämien zu berechnen.[243] Ebenso als Profiling mit hohem Risiko wäre zu qualifizieren, wenn das Leseverhalten mit Daten zum Surfverhalten und Geolocation-Daten verknüpft würde, um daraus Informationen zu weltanschaulichen Ansichten oder religiösen Überzeugungen zu gewinnen. Von einem Profiling mit hohem Risiko wäre wohl auch auszugehen, wenn das Leseverhalten mit Kreditkartendaten und Informationen aus beruflichen Netzwerkplattformen verbunden würde, um daraus Erkenntnisse zum Vermögen und zur Zahlungskraft abzuleiten und darauf basierend zu entscheiden, welche Produkte und Dienstleistungen wie und zu welchen Preisen den betroffenen Personen angeboten werden. 25

IV. RECHTSFOLGEN

A. Normales Profiling

Ein normales Profiling, also ein solches ohne «hohes Risiko», ist unter dem DSG grundsätzlich **nur für Bundesorgane relevant** (wobei als Bundesorgane auch mit öffentlichen Aufgaben betraute Private gelten). Und zwar in zweierlei Hinsicht: Zum einen besteht für ein Profiling durch ein 26

240. Vasella, Profiling.
241. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4232/2015 vom 18. April 2017, E.5.2.1. S. auch Vasella, Profiling.
242. Die Wendung *«I know it when I see it»* geht auf eine Aussage des ehemaligen US-Supreme-Court-Richters Potter Stewart im Fall *Jacobellis v. Ohio* zurück und steht für Situationen, in denen es schwierig ist, ein bestimmtes Konzept genau zu definieren, aber dennoch ein intuitives Verständnis davon besteht.
243. Vgl. auch das in den parlamentarischen Beratungen erwähnte Mischkonzern-Beispiel; AB 2020 NR S. 1597 (Votum Cédric Wermuth).

Bundesorgan nur dann eine genügende gesetzliche Grundlage, wenn das Profiling in einem Gesetz im formellen Sinn vorgesehen ist (Art. 34 Abs. 2 lit. b DSG). Besteht keine solche Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn und wird das Profiling auf eine Einwilligung gestützt, so ist diese zum anderen nur gültig, wenn sie ausdrücklich erfolgt, sich also auf das Profiling als solches bezieht (Art. 6 Abs. 7 lit. c DSG).

27 Demgegenüber hat ein normales Profiling **für private Verantwortliche keine besonderen Rechtsfolgen** und es gelten die üblichen Vorschriften.[244] Insb. ist ein Profiling ausreichend transparent zu machen und betroffene Personen müssen über die mittels Profiling geschaffenen Datenkategorien (z.B. Präferenzdaten) informiert werden (Art. 19 Abs. 3 DSG). Das Profiling selbst muss in der Datenschutzerklärung aber nicht speziell erwähnt oder beschrieben werden.[245] Nur wenn auf Grundlage eines Profilings wesentliche Entscheidungen vollautomatisiert werden, bestehen dafür besondere Informations- und Auskunftspflichten (Art. 21 und Art. 25 Abs. 2 lit. f DSG).

28 Wie jede andere Datenbearbeitung kann auch ein Profiling die Durchführung einer **Datenschutz-Folgenabschätzung** erfordern, wenn mit ihm hohe Risiken für die betroffenen Personen verbunden sind. Ob hohe Risiken vorliegen, ist im Einzelfall anhand der konkreten Umstände zu bestimmen und kann auch dann der Fall sein, wenn das Profiling mangels vorliegender Begriffselemente nicht als Profiling «mit hohem Risiko» gem. Art. 5 lit. g DSG gilt.

29 Auch bei Profiling ist eine **Einwilligung** nur dann erforderlich, wenn eine Verletzung der Bearbeitungsgrundsätze vorliegt und kein anderer Rechtfertigungsgrund für die Datenbearbeitung gegeben ist.[246] Das Profiling unterscheidet sich diesbezüglich nicht von einer «normalen» Datenbearbeitung. Das im Vorentwurf noch enthaltene und viel diskutierte Einwilligungserfordernis für Profiling hat den Gesetzgebungsprozess nicht überlebt.[247]

---

244. Bühlmann/Schüepp, Rz. 43.
245. Bühlmann/Schüepp, Rz. 46.
246. Bühlmann/Schüepp, Rz. 31 ff.; Rosenthal, Datenschutzgesetz, Rz. 28; Roth, S. 37 f.; Vasella, Einwilligungserfordernis.
247. S. oben N. 4. Zur Frage eines Einwilligungserfordernisses bei Profiling mit hohem Risiko s. unten N. 33.

Auch die **DSGVO** sieht kaum spezifische Rechtsfolgen bei Profiling vor bzw. nur dann, wenn Profiling in Verbindung mit einem automatisierten Einzelentscheid durchgeführt wird.[248] Ohne Bezugnahme zur automatisierten Entscheidfindung wird Profiling einzig in Art. 21 Abs. 1 und 2 DSGVO erwähnt, dort aber rein beispielhaft, da Profiling wie jede andere Bearbeitungsart auch ohne besondere Erwähnung vom Widerspruchsrecht erfasst wäre. Zu beachten ist auch, dass sich im Anwendungsbereich der DSGVO jede Datenbearbeitung und damit auch jedes Profiling auf eine Rechtsgrundlage stützen muss. Die verfügbaren Rechtsgrundlagen sind aber nicht eingeschränkt und es stehen auch für Profiling sämtliche möglichen Rechtsgrundlagen von Art. 6 Abs. 1 DSGVO zur Verfügung.[249] 30

B. Profiling mit hohem Risiko

Die Intensität, mit der die Debatten zum Profiling mit hohem Risiko geführt wurden, kontrastiert mit der geringen rechtlichen Relevanz dieser Rechtsfigur. Das neue DSG sieht nur **drei Rechtsfolgen** vor, die an ein Profiling mit hohem Risiko geknüpft sind. 31

Erstens muss bei jedem Profiling mit hohem Risiko zwingend eine **Datenschutz-Folgenabschätzung** durchgeführt werden, in deren Rahmen die Risiken für betroffene Personen systematisch bewertet und ggf. Abhilfemassnahmen definiert werden. Zwar nennt Art. 22 Abs. 2 DSG das Profiling mit hohem Risiko nicht ausdrücklich als Auslöser für die Pflicht zur Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung. Bei einem Profiling mit hohem Risiko wird jedoch definitionsgemäss ein hohes Risiko für betroffene Personen fingiert, und gem. Art. 22 Abs. 1 DSG ist bei jeder Bearbeitung mit ebensolchem hohem Risiko eine Datenschutz-Folgenabschätzung zwingend erforderlich.[250] Das «hohe Risiko» bezieht sich allerdings nur auf das Ausgangsrisiko, das die Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung auslöst.[251] Im Rahmen dieser Abschätzung kann der Verantwortliche zu dem Schluss kommen, dass das tatsächliche Risiko im konkreten Fall entweder nicht hoch ist oder nach Berücksichtigung geplanter Abhilfemassnahmen nicht mehr als hoch einzustufen ist. Das Profiling bleibt in einer solchen 32

248. Dazu unten N. 35.
249. Bühlmann/Schüepp, Rz. 30 f.; Scholz, Art. 4 Nr. 4 DSGVO N. 10.
250. Glatthaar/Schröder, Art. 22 DSG N. 38; Roth, S. 38.
251. Vasella, Profiling.

Konstellation zwar ein «Profiling mit hohem Risiko» gem. Legaldefinition, ist in der Folge aber als Datenbearbeitung ohne hohes Risiko zu behandeln.[252]

33 *Zweitens* muss eine im Zusammenhang mit Profiling erteilte **Einwilligung** gem. Art. 6 Abs. 7 lit. b DSG ausdrücklich sein, wenn private Verantwortliche ein Profiling mit hohem Risiko durchführen und sie dieses Profiling überhaupt auf eine Einwilligung stützen. Art. 6 Abs. 7 lit. b DSG legt Anforderungen an die Erteilung einer gültigen Einwilligung fest, statuiert aber kein generelles Einwilligungserfordernis für Profiling mit hohem Risiko.[253] Wie schon das normale Profiling[254] erfordert auch ein Profiling mit hohem Risiko nur dann eine Einwilligung, wenn ein Bearbeitungsgrundsatz verletzt wird und kein anderer Rechtfertigungsgrund besteht.

34 *Drittens*, schliesslich, fällt das überwiegende Interesse bei Kreditwürdigkeitsprüfungen ausser Betracht, wenn die Prüfung auf einem Profiling mit hohem Risiko beruht (Art. 31 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 DSG).

35 Die **DSGVO** kennt wie dargelegt kein Profiling mit hohem Risiko, sieht aber einige besondere Rechtsfolgen vor, wenn das Profiling im Zusammenhang mit einer vollautomatisierten Entscheidung steht, die Rechtswirkungen für die betroffene Person hat oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. U.a. verlangt in solchen qualifizierten Konstellationen auch die DSGVO, dass zwingend eine Datenschutz-Folgenabschätzung erfolgt (Art. 35 Abs. 3 lit. a DSGVO). Da in der Unternehmenspraxis nur selten Entscheidungen von derart grosser Tragweite getroffen werden, liegt die Schwelle für die zwingende Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung bei Profiling unter der DSGVO eher höher als im Schweizer DSG.[255] Die DSGVO enthält vereinzelt noch weitere Rechtsfolgen für Profiling, das in Kombination mit einer automatisierten Einzelentscheidung erfolgt, darunter eine erweiterte Informations- und Auskunftspflicht, die auch Angaben zur involvierten Logik und zu den Auswirkungen für die betroffenen Personen umfasst.[256]

252. Bspw. mit Bezug auf das Erfordernis zur Konsultation des EDÖB gem. Art. 23 DSG. Bzgl. Behandlung als Datenbearbeitung ohne hohes Risiko gl.M., hinsichtlich Einstufung als «Profiling mit hohem Risiko» aber a.M. Vasella, Profiling.
253. Bühlmann/Schüepp, Rz. 31 ff.; Rosenthal, Datenschutzgesetz, Rz. 28 und 32; Roth, S. 37 f.; Vasella, Einwilligungserfordernis.
254. S. oben N. 29.
255. Glatthaar, Rz. 7.

V. PRAXISHINWEISE

In der Unternehmenspraxis ist vor allem die **Identifikation von Profiling mit hohem Risiko** bedeutsam, da bei privaten Verantwortlichen nur an solche Profiling-Vorgänge besondere Rechtsfolgen geknüpft sind, allen voran die Pflicht zur Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung. Ob die Schwelle zu einem Profiling mit hohem Risiko erreicht ist oder nicht, ist jedoch wie gesehen stark von den konkreten Umständen des Profilings im Einzelfall abhängig.[257] Es ist deshalb nicht leicht, das Konzept des Profilings mit hohem Risiko zu operationalisieren und generelle Kriterien zu definieren. Hinzu kommt, dass auch Profiling-Tätigkeiten, die nicht als «Profiling mit hohem Risiko» gem. Legaldefinition qualifizieren, im Einzelfall ein hohes Risiko mit sich bringen können und deshalb eine Datenschutz-Folgenabschätzung erfordern können. 36

Es spricht vieles dafür, bei der Prüfung, ob eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchgeführt werden muss (sog. Schwellenwertanalyse), nicht allzu detaillierte Kriterien zur Anwendung zu bringen. Zielführender ist es, generell die Bewertung persönlicher Aspekte als Risikofaktor in Prüf- und Projektfreigabeprozesse zu integrieren und in einem zweiten Schritt **anhand der konkreten Umstände** zu prüfen, ob entweder ein Profiling mit hohem Risiko gem. Legaldefinition vorliegt oder ein Profiling, das aus anderen Gründen ein hohes Risiko für betroffene Personen mit sich bringt. Die Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung ist aus praktischer Sicht immer dann empfehlenswert, wenn das Profiling eine gewisse Intensität erreicht oder dafür Daten aus unterschiedlichen Quellen verknüpft werden. 37

Bei Durchführung von Profiling ergeben sich zudem Auswirkungen auf Konzeption und Implementierung von **Datenschutz-Regelprozessen**. Insb. für die Umsetzung von Auskunftsprozessen ist Profiling von Relevanz:[258] Sowohl die in das Profiling einfliessenden Personendaten («Input») als auch die mithilfe des Profilings neu erstellten Daten und Erkenntnisse («Output») sollten in geeigneter und verständlicher Weise Teil der Auskunft an betroffene Personen sein.[259] Die im Zusammenhang mit Profiling bearbeiteten oder neu 38

256. Art. 13 Abs. 2 lit. f, Art. 14 Abs. 2 lit. g und Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO. Ausführlich zu den unter der DSGVO mit Profiling verbundenen Rechtsfolgen Bühlmann/Schüepp, Rz. 38 ff.; Scholz, Art. 4 Nr. 4 DSGVO N. 12.
257. S. oben N. 24 f.
258. Artikel-29-Datenschutzgruppe, S. 10 und 17.

geschaffenen Datenkategorien sowie die mit dem Profiling verfolgten Bearbeitungszwecke müssen sodann in der Datenschutzerklärung beschrieben werden. Das Profiling selbst muss in der Datenschutzerklärung hingegen nicht besonders erwähnt werden. Eine Erläuterung des Profilings kann aber im Sinne der Transparenz als vertrauensbildende Massnahme empfehlenswert sein. Die im Zusammenhang mit Profiling stehenden Datenbearbeitungen müssen mit den erforderlichen Angaben im Bearbeitungsverzeichnis gem. Art. 12 DSG dokumentiert werden.

39 Schliesslich entspricht es guter Praxis, Möglichkeiten vorzusehen, mit denen Betroffene dem Profiling widersprechen können. Praktisch können solche **Opt-out-Möglichkeiten** bspw. durch technische Funktionalitäten umgesetzt werden, mit denen betroffene Personen Datenbearbeitungen oder Dienstleistungen, die mit dem Profiling in Verbindung stehen – z.B. der Erhalt personalisierter Direktmarketingmassnahmen – selbstständig ausschalten bzw. unterbinden können.[260] Solche Opt-out-Möglichkeiten operationalisieren das allgemeine Widerspruchsrecht von Art. 30 Abs. 2 lit. b DSG und tragen zudem dem Gedanken des «Privacy by Design» Rechnung. Auch entsprechen derartige Opt-out-Möglichkeiten zunehmend den Erwartungen von Kundinnen und Kunden, auf die Bearbeitung ihrer Daten in relevanter Weise Einfluss nehmen zu können.

LITERATURVERZEICHNIS

Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zur automatisierten Entscheidungsfindung im Einzelfall einschliesslich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, angenommen am 3.10.2017 und zuletzt überarbeitet und angenommen am 6.2.2018, abrufbar unter https://www.dsb.gv.at/dam/jcr:768b9c7f-f0f6-45d7-b2aa-d113d121ea69/Leitlinien%20zu%20automatisierten%20Entscheidungen%20im%20Einzelfall%20einschlie%C3%9Flich%20Profiling%20f%C3%BCr%20die%20Zwecke%20der%20Verordnung%202016-679.pdf, besucht am 25.5.2023.

259. Für die DSGVO Artikel-29-Datenschutzgruppe, S. 18.
260. Glatthaar, Rz. 13.

Buchner Benedikt, Kommentierung zu Art. 4 Nr. 4 DSGVO, in: Kühling Jürgen/Buchner Benedikt (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, 3. Aufl., München 2020.

Bühlmann Lukas/Schüepp Michael, Begriff und Rechtsfolgen des Profilings im nDSG und der DSGVO, in: Jusletter 12.9.2022.

Ernst Stefan, Kommentierung zu Art. 4 DSGVO, in: Paal Boris P./Pauly Daniel A. (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl., München 2021.

Glatthaar Matthias, Keine Angst vor Profiling, in: Jusletter IT 30.9.2021.

Glatthaar Matthias/Schröder Annika, Kommentierung zu Art. 22 DSG, in: Blechta Gabor-Paul/Vasella David (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 4. Aufl., Basel 2023.

Jacot-Guillarmod Emilie, Le profilage à risque élevé de la nLPD : réflexions autour d'un monstre de Frankenstein, swissprivacy.ch, 24.8.2021, abrufbar unter https://swissprivacy.law/86/, besucht am 25.5.2023.

Klabunde Achim, Kommentierung zu Art. 4 DSGVO, in: Ehmann Eugen/Selmayr Martin (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl., München 2018.

Lorentz Nora, Profiling – Persönlichkeitsschutz durch Datenschutz? Eine Standortbestimmung nach Inkrafttreten der DSGVO, Tübingen 2020.

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter 16.11.2020 (zit. Datenschutzgesetz).

Rosenthal David, Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz, in: Jusletter 27.11.2017 (zit. Entwurf).

Roth Simon, Das Profiling im neuen Datenschutzrecht, SZW 2021, S. 34 ff.

Rudin Beat, Kommentierung zu Art. 5, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum DSG, 2. Aufl., Bern 2023.

Scholz Philip, Kommentierung zu Art. 4 Nr. 4 DSGVO, in: Simitis Spiros/Hornung Gerrit/Spiecker gen. Döhmann Indra (Hrsg.), Datenschutzrecht – DSGVO mit BDSG, 1. Aufl., Frankfurt a.M. 2019.

Vasella David, Neues DSG: kein grundsätzliches Einwilligungserfordernis beim Profiling, auch nicht bei hohem Risiko, datenrecht.ch, 25.9.2020, abrufbar unter https://datenrecht.ch/neues-dsg-kein-grundsaetzlicheseinwilligungserfordernis-beim-profiling-auch-nicht-bei-hohem-risiko/, besucht am 25.5.2023 (zit. Einwilligungserfordernis).

Vasella David, Überlegungen zum Profiling mit hohem Risiko, datenrecht.ch, 23.11.2020, abrufbar unter https://datenrecht.ch/ueberlegungen-zum-profiling-mit-hohem-risiko/, besucht am 25.5.2023 (zit. Profiling).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.7.2017, BBl 2017 S. 6941 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de, besucht am 25.5.2023 (zit. Botschaft DSG).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 6 Abs. 3-5 DSG

Eine Kommentierung von Caroline Gaul

ZITIERVORSCHLAG

Caroline Gaul, Kommentierung zu Art. 6 Abs. 3-5 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Gaul, Art. 6 Abs. 3-5 DSG N. XXX.

Art. 6 Grundsätze

[...]

[3] Personendaten dürfen nur zu einem bestimmten und für die betroffene Person erkennbaren Zweck beschafft werden; sie dürfen nur so bearbeitet werden, dass es mit diesem Zweck vereinbar ist.

[4] Sie werden vernichtet oder anonymisiert, sobald sie zum Zweck der Bearbeitung nicht mehr erforderlich sind.

[5] Wer Personendaten bearbeitet, muss sich über deren Richtigkeit vergewissern. Sie oder er muss alle angemessenen Massnahmen treffen, damit die Daten berichtigt, gelöscht oder vernichtet werden, die im Hinblick auf den Zweck ihrer Beschaffung oder Bearbeitung unrichtig oder unvollständig sind. Die Angemessenheit der Massnahmen hängt namentlich ab von der Art und dem Umfang der Bearbeitung sowie vom Risiko, das die Bearbeitung für die Persönlichkeit oder Grundrechte der betroffenen Personen mit sich bringt.

GLIEDERUNG

In Kürze 105
I. Allgemeines 105
A. Vorbemerkungen 105
B. Hintergrund und Normzweck 107
C. Adressat der Pflichten 107
D. Rechtliche und wirtschaftliche Folgen einer Verletzung 108
E. Entstehungsgeschichte der einzelnen Bearbeitungsgrundsätze 109
1. Grundsatz der Zweckbindung und Transparenz, Art. 6 Abs. 3 DSG 109
2. Zeitliche Limitierung der Datenbearbeitung, Art. 6 Abs. 4 DSG 109
3. Grundsatz der Richtigkeit, Art. 6 Abs. 5 DSG 110
II. Gegenstand der Bestimmungen 110
A. Grundsatz der Zweckbindung und Transparenz, Art. 6 Abs. 3 DSG 110
1. Anforderungen 110
2. Beispiele 112
3. Empfehlungen zur Umsetzung 117
B. Zeitliche Limitierung der Datenbearbeitung, Art. 6 Abs. 4 DSG 118
1. Anforderungen 118
2. Empfehlungen zur Umsetzung 120
C. Grundsatz der Richtigkeit, Art. 6 Abs. 5 DSG 121
1. Richtigkeit der Daten 121
a. Anforderungen 121
b. Beispiele 123
2. Vergewisserungspflicht, Berichtigungs- und Löschungspflicht 124
a. Anforderungen 124
b. Beispiele 125
3. Empfehlungen zur Umsetzung 126
Literaturverzeichnis 127
Materialienverzeichnis 128

IN KÜRZE

Die Bestimmungen der Art. 6 Abs. 3 DSG (**Zweckbindung und Transparenz**), Art. 6 Abs. 4 DSG (**zeitliche Limitierung der Datenbearbeitung**) und Art. 6 Abs. 5 DSG (**Richtigkeit**) gehören zu den so genannten **Bearbeitungsgrundsätzen**, den wichtigsten materiellen Grundsätzen des Datenschutzrechts. Sie sind wesentlich für die konkrete Ausgestaltung der Datenbearbeitung.

Ein Verstoss gegen die Bearbeitungsgrundsätze stellt eine Verletzung der Persönlichkeitsrechte der Betroffenen dar. Die Persönlichkeitsverletzung kann bei privaten Datenbearbeitern aber durch Einwilligung, ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt sein. Dieser wesentliche Unterschied zur DSGVO der EU, bei der jede Datenbearbeitung einer konkreten rechtlichen Grundlage bedarf, wurde auch im neuen DSG aufrechterhalten.

Eine Verletzung der hier behandelten Bearbeitungsgrundsätze ist - ebenfalls anders als unter der DSGVO der EU - nach DSG nicht bussgeldbewehrt, kann aber weitreichende Folgen nach sich ziehen, insbesondere vor dem Hintergrund der mit dem neuen DSG erweiterten Befugnisse des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten (EDÖB). Dieser kann verfügen, dass die Datenbearbeitung ganz oder teilweise angepasst, unterbrochen oder sogar abgebrochen wird und die Personendaten ganz oder teilweise vernichtet werden. Darüber hinaus sollten mögliche (zivilrechtliche) Rechtsansprüche der Betroffenen und insbesondere auch die Folgen eines **Vertrauensverlusts** und **Reputationsschadens** berücksichtigt werden.

I. ALLGEMEINES

A. Vorbemerkungen

Die Bestimmungen der Art. 6 Abs. 3 DSG (**Zweckbindung und Transparenz**), Art. 6 Abs. 4 DSG (**zeitliche Limitierung der Datenbearbeitung**) und Art. 6 Abs. 5 DSG (**Richtigkeit**) gehören zusammen mit Art. 6 As. 1 DSG (Rechtmässigkeit), Art. 6 Abs. 2 (Verhältnismässigkeit und Treu und Glauben), und Art. 8 DSG (Datensicherheit) zu den so genannten **Bearbeitungsgrundsätzen**, den wichtigsten materiellen Grundsätzen des 1

Datenschutzes und den eigentlichen Leitideen des Gesetzes.[261] Die Artikel 6 Abs. 6 und Abs. 7 DSG (Einwilligung) sind keine Bearbeitungsgrundsätze, sondern erläutern lediglich die Voraussetzungen der Einwilligung.[262]

2 Die Bearbeitungsgrundsätze des DSG gelten für private Datenbearbeiter ebenso wie für Organe des Bundes. Ein Verstoss gegen die Bearbeitungsgrundsätze stellt eine **Verletzung der Persönlichkeit** dar. Bei privaten Datenbearbeitern ist aber nicht jede Verletzung der Persönlichkeit widerrechtlich. Vielmehr kann sie durch Einwilligung der betroffenen Person, durch überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt sein (Art. 31 Abs. 1 DSG). Dieser wesentliche Unterschied zur DSGVO der EU, bei der jede Datenbearbeitung eines Rechtfertigungsgrundes bedarf (Verbot mit Erlaubnisborbehalt), wurde im Zuge der Revision des DSG aufrechterhalten. Damit wird nach Schweizer Datenschutzrecht bei privaten Datenbearbeitern auch weiterhin nur dann eine Rechtsgrundlage verlangt, wenn überhaupt eine Persönlichkeitsverletzung vorliegt.[263] Für die Datenbearbeitung durch Bundesbehörden gilt im Gegensatz zu der Bearbeitung durch Private auch nach Schweizer Datenschutzrecht, dass es grundsätzlich einer Rechtsgrundlage bedarf (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt).[264] Auch wenn und soweit eine solche vorhanden ist, gelten grundsätzlich ebenfalls die Bearbeitungsgrundsätze.[265] Sie stellen unmittelbar anwendbares Verhaltensrecht dar, gegen dessen Verletzung die betroffene Person rechtlich vorgehen kann.[266] Ob und wieweit Bundesbehörden von der Einhaltung der

261. Botschaft DSG 1988, S. 433 und 449.

262. Botschaft DSG 2003, S. 2127; Botschaft DSG 2017, S. 6952; Gaspare T. Loderer, Kommentierung zu Art. 6 Abs. 6 und 7 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz, N. 5 – Version: 8.1.2024: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/art6abs6und7 (besucht am 6.5.2024), DOI: 10.17176/20240127-143131-0; OFK DSG Steiner/Laux, Art. 30 DSG N. 12.

263. Auch der EDÖB scheint seine bisherige Praxis, nach der er für jede Datenbearbeitung eine rechtliche Grundlage BSK DSG- Bühlmann/Reinle, Art. 6 DSG N. 7 mit Verweis z.B. auf EDÖB, Schlussbericht Microsoft Windows 10 vom 19.8.2016, 18) gemäss seinem neueren Tätigkeitsbericht aufgegeben zu haben (Tätigkeitsbericht 2023/2024 des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten, Seite 8).

264. Ausnahmen finden sich in Art. 34 Abs. 4 und Art. 36 Abs. 2 DSG.

265. Vgl. Esther Zysset, Kommentierung zu Art. 34 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz – Version: 16.8.2023: https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/dsg34 (besucht am 6.5.2024), DOI: 10.17176/20230816-145546-0, N 14 f.

Bearbeitungsgrundsätze ausnahmsweise befreit sind, muss anhand der gesetzlichen Grundlage bestimmt werden.[267]

Die Grundsätze der Datenbearbeitung gelten für den gesamten Lebenszyklus der Datenbearbeitung, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren und sind damit **technologieneutral**, d.h. ohne Bezugnahme auf konkrete technische oder kommerzielle Anwendungen ausgestaltet.[268] 3

B. Hintergrund und Normzweck

Der schweizerische Gesetzgeber betont von jeher, dass das Schweizer Datenschutzgesetz nicht den Zweck hat, die Entwicklungsmöglichkeiten im Bereich der Informationstechnologien zu verhindern oder einzuschränken.[269] Vielmehr soll in der Schweiz eine kohärente und **zukunftsorientierte Datenpolitik** entwickelt werden.[270] Der EDÖB hat in diesem Zusammenhang ausdrücklich festgehalten, dass auch unter dem neuen Datenschutzgesetz potenziell hohe Bearbeitungsrisiken kein Killerargument gegen Vorhaben der digitalen Transformation darstellen.[271] Gewisse **Leitplanken** sind aber einzuhalten. Dazu gehören, neben den weiteren Bearbeitungsgrundsätzen, der hier behandelte Grundsatz der Zweckbindung (Art. 6 Abs. 3 DSG), die Bestimmungen zur Dauer der Datenbearbeitung (Art. 6 Abs. 4 DSG) und die Anforderungen an die Richtigkeit der Daten (Art. 6 Abs. 5 DSG). Gerade vor dem Hintergrund der rasanten dynamischen Fortentwicklung der Informationstechnologie soll durch die Einhaltung dieser Bearbeitungsgrundsätze eine übermässige, zweckwidrige oder unrichtige Datenbearbeitung verhindert werden. 4

C. Adressat der Pflichten

Die sich aus den Bearbeitungsgrundsätzen ergebenden Pflichten treffen in erster Linie den **Verantwortlichen** (Art. 5 lit. j DSG). Der Auftragsbearbeiter 5

266. Botschaft DSG 1988, S. 449; BSK DSG-Maurer-Lambrou/Steiner, Art. 4 aDSG N. 4 [3. Auflage].
267. BVGer, 10.4.2022, A-4467/2011, E.8.1.1; DSG-Rosenthal/Jöhri, Art. 4 N. 4.
268. Vgl. hierzu die weite Definition des Begriffs „Bearbeiten" in Art. 5 lit. d DSG; Lobsiger, S. 311; vgl. in diesem Zusammenhang auch die Klarstellung des EDÖBs, dass das geltende Datenschutzgesetz auf KI-gestützte Datenbearbeitungen direkt anwendbar ist, abrufbar unter: https://www.edoeb.admin.ch/de/09112023-geltendes-dsg-ist-auf-ki-anwendbar.
269. Botschaft DSG 1988, S. 417.
270. Botschaft DSG 2017, S. 6956.

bearbeitet Personendaten lediglich im Auftrag des Verantwortlichen (Art. 5 lit. k DSG) und kann sich dabei auf dieselben Rechtfertigungsgründe stützen wie der Verantwortliche (Art. 9 Abs. 4 DSG).

6 Der Auftragsbearbeiter ist als solcher nicht ausdrücklich als Adressat der Bearbeitungsgrundsätze von Art. 6 DSG aufgeführt, anders ist dies der Fall beim (strafbewehrten) Bearbeitungsgrundsatz der Datensicherheit (Art. 8 DSG, Art. 61 lit. c DSG) und bei weiteren Pflichten aus dem DSG, bspw. Art. 12 Abs. 1 DSG, Art. 17 Abs. 2 DSG und beim 3. Kapitel des DSG, welche jeweils explizit den Verantwortlichen und/oder den Auftragsbearbeiter in die Pflicht nehmen.

D. Rechtliche und wirtschaftliche Folgen einer Verletzung

7 Die Bestimmungen der Art. 6 Abs. 3 DSG (Zweckbindung und Transparenz), Art. 6 Abs. 4 DSG (zeitliche Limitierung der Datenbearbeitung) und Art. 6 Abs. 5 DSG (Richtigkeit) sind nicht in dem abschliessenden Katalog der strafbaren Handlungen (Art 60 ff. DSG) aufgeführt. Ein Verstoss gegen diese Bearbeitungsgrundsätze ist für sich genommen selbst dann nicht nach dem DSG strafbar, wenn er nicht gerechtfertigt ist. Trotz umfassender Überarbeitung der strafrechtlichen Bestimmungen wurde im Zuge der Revision des DSG daran nichts geändert.[272] Es droht aber Strafbarkeit bei Verletzung anderer Pflichten, die mit diesen Bearbeitungsgrundsätzen zusammenhängen, zum Beispiel die Informationspflicht, Art. 19, 21 i.V.m. Art. 60 Abs. 1 lit. b DSG. Auch können Straftatbestände ausserhalb des DSG in Betracht kommen.[273]

8 Von ganz erheblicher Bedeutung sind die sich aus dem neuen Datenschutzgesetz ergebenden weiteren **Befugnisse des EDÖB**, welche bei einer
Verletzung von Datenschutzvorschriften unter anderem bis hin zu einem

271. Lobsiger, S. 311 ff.
272. Vgl. zu den Änderungen der strafrechtlichen Bestimmungen Botschaft DSG 2017, S. 7098. Der Bundesrat äusserte im Zusammenhang mit Ausführungen zum Umfang der Verfügungskompetenzen des EDÖB die allgemeine Auffassung, dass die Möglichkeit des Beauftragten, eine von einem Bundesorgan durchgeführte Datenbearbeitung zu untersagen oder auszusetzen, sowie die Stärkung der strafrechtlichen Bestimmungen des DSG wirksam genug seien (Botschaft DSG 2017, S. 6966).
273. Z.B. ein Urkundendelikt (Art. 251 StGB) oder ein strafbarer Verstoss gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (vgl. Art. 23 ff. UWG).

Verbot der Bearbeitungstätigkeiten oder einer Verfügung zur **Vernichtung der Daten** führen können. Der EDÖB hat in diesem Zusammenhang in seinem Tätigkeitsbericht 2022/2023 bereits angekündigt, seine aufsichtsrechtliche Tätigkeit zu intensivieren und die Anzahl der Untersuchungen zu erhöhen.[274]

Zudem kann eine Verletzung Rechtsansprüche nach dem DSG (vor allem nach Art. 32 DSG und Art. 41 DSG) sowie zivilrechtliche Ansprüche wegen Verletzung der Persönlichkeit auslösen (Art. 32 Abs. 2 DSG). 9

Abgesehen von den potenziellen rechtlichen Folgen einer Verletzung der Bearbeitungsgrundsätze sind in der Praxis vor allem der mögliche **Vertrauensverlust** und **Reputationsschaden** zu berücksichtigen, der mit einer Verletzung der Bearbeitungsgrundsätze einher geht und sich langfristig negativ auf die Geschäftsentwicklung auswirken kann. 10

E. Entstehungsgeschichte der einzelnen Bearbeitungsgrundsätze

1. Grundsatz der Zweckbindung und Transparenz, Art. 6 Abs. 3 DSG

Art. 6 Abs. 3 DSG verbindet die Grundsätze der Zweckbindung und der Erkennbarkeit, welche im aDSG in zwei getrennten Absätzen (Art. 4 Abs. 3 aDSG und Art. 4 Abs. 4 aDSG) enthalten waren. Die neue Formulierung soll dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 4 lit. b des Übereinkommens 108 plus[275] näherkommen, indem die Personendaten nur für einen «bestimmten» und für die betroffenen Personen «erkennbaren» Zweck verarbeitet werden dürfen. Neu ist auch die Formulierung, dass die Daten nur so bearbeitet werden dürfen, dass es mit diesem Zweck «vereinbar» ist. Die Vorschrift rückt damit terminologisch dem Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO näher. Inhaltlich sind damit aber gegenüber dem aDSG keine materiellen Änderungen verbunden. [276] 11

2. Zeitliche Limitierung der Datenbearbeitung, Art. 6 Abs. 4 DSG

Mit Art. 6 Abs. 4 DSG wurde neu ausdrücklich die Pflicht aufgenommen, Personendaten zu vernichten oder zu anonymisieren, sobald sie zum Zweck 12

274. Tätigkeitsbericht 2022/2023 des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten, Seite 21.

275. Protokoll zur Änderung des Übereinkommens zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten, BBl 2020, S. 599 ff., welches am 11.10.2023 in Kraft treten wird.

der Bearbeitung nicht mehr erforderlich sind. Dies entspricht den Anforderungen des Übereinkommens 108 plus[277] sowie Art. 4 Abs. 1 lit. e der Richtlinie (EU) 2016/680[278] und Art. 5 Abs. 1 lit. e DSGVO («Speicherbegrenzung»). Diese Pflicht ist ebenfalls nicht neu. Sie ergab sich schon vorher aus dem allgemeinen Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 4 Abs. 2 aDSG, Art. 6 Abs. 2 DSG). Mit der expliziten Aufnahme in das Gesetz wollte der Gesetzgeber die besondere Bedeutung der zeitlichen Limitierung der Bearbeitung von Personendaten hervorheben, die sich vor dem Hintergrund der technologischen Entwicklung und der beinahe unbegrenzten Speichermöglichkeiten aufdrängt.[279]

3. Grundsatz der Richtigkeit, Art. 6 Abs. 5 DSG

13 Während der Grundsatz der Richtigkeit der Daten bislang in einem eigenständigen Artikel (Art. 5 aDSG) hervorgehoben war, wurde er neu als Absatz 5 in Artikel 6 DSG integriert, um die wichtigsten Datenschutzgrundsätze in einem Artikel zu vereinen.[280] Vorbild dieses Aufbaus waren Art. 5 des Übereinkommens 108 plus, Art. 4 der Richtlinie (EU) 2016/680 sowie Art. 5 der DSGVO. Das bisher in Art. 5 Abs. 2 aDSG enthaltene Berichtigungsrecht wird neu in Art. 32 DSG geregelt.

II. GEGENSTAND DER BESTIMMUNGEN

A. Grundsatz der Zweckbindung und Transparenz, Art. 6 Abs. 3 DSG

1. Anforderungen

14 Nach dem Grundsatz der Zweckbindung und Transparenz dürfen Personendaten nur zu einem bestimmten und für die betroffene Person

276. Botschaft DSG 2017, S. 7025.
277. Vgl. Art. 5 Abs. 4 lit. e Übereinkommen 108 plus.
278. Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, ABl L 119/89 vom 4.5.2016.
279. Botschaft DSG 2017, S. 7026.
280. Botschaft DSG 2017, S. 7026.

erkennbaren Zweck beschafft werden. Sie dürfen nur so bearbeitet werden, dass es mit diesem Zweck vereinbar ist, Art. 6 Abs. 3 DSG.

Zweckidentität ist nach dem neuen Wortlaut des Gesetzes explizit nicht mehr erforderlich. Die Bearbeitung muss lediglich (fortlaufend) mit dem anfänglichen Zweck *vereinbar* sein. Eine Weiterverarbeitung zu anderen Zwecken ist nur dann zulässig, wenn sie nicht unerwartet ist und nicht als unangebracht oder beanstandbar erachtet werden kann.[281] 15

Den Grundsatz der Zweckbindung hatte das Bundesgericht schon vor dem Inkrafttreten des neuen DSG, mit Urteil vom 18. März 2021,[282] in einem Fall betreffend die Bekanntgabe von Personendaten durch ein Bundesorgan relativiert und festgehalten, dass nicht absolute Zweckidentität gefordert werden kann, da ansonsten die in Art. 19 Abs. 1 aDSG vorgesehene Amtshilfe zu stark eingeschränkt würde. In jedem Fall müsse der Zweck der Amtshilfe aber zumindest mit dem Zweck der ursprünglichen Beschaffung von Personendaten *vereinbar* sein.[283] Das Bundesgericht hatte damit bereits unter dem aDSG «Vereinbarkeit» der Bearbeitung mit dem ursprünglichen Zweck genügen lassen. 16

Die weitere Voraussetzung der Erkennbarkeit muss sowohl hinsichtlich der Beschaffung der Personendaten als auch hinsichtlich des Zwecks ihrer Bearbeitung gegeben sein.[284] Sie kann schon dann als erfüllt angesehen werden, wenn die Beschaffung der Daten und der Zweck ihrer Bearbeitung aus den Umständen klar ersichtlich ist oder wenn die Bearbeitung gesetzlich vorgesehen ist. Diese Möglichkeit besteht nach wie vor, auch wenn die Begriffe «aus den Umständen ersichtlich» und «oder gesetzlich vorgesehen» aus Art. 4 Abs. 3 aDSG nicht in den Wortlaut des Art. 6 Abs. 3 DSG übernommen wurden.[285] 17

Die Anforderungen an die Erkennbarkeit sind im Einzelfall unter Berücksichtigung der Grundsätze der Verhältnismässigkeit sowie nach Treu und Glauben zu bestimmen, Art. 6 Abs. 2 DSG. Vage, nicht definierte oder unpräzise Bearbeitungszwecke genügen grundsätzlich nicht, wobei diese 18

281. Botschaft DSG 2017, S. 7025.
282. BGE 147 II 227.
283. Vgl. BGE 147 II 227 E. 6.4.2.
284. Botschaft DSG 2017, S. 7025.
285. Botschaft DSG 2017, S. 7025.

Eigenschaft wiederum nach dem Umständen beurteilt werden und dabei ein Ausgleich zwischen den Interessen der betroffenen Personen und denen des Verantwortlichen bzw. des Auftragsbearbeiters und der Gesellschaft erfolgen muss.[286] Im Fall «Google Street View» hielt das Bundesgericht bspw. fest, dass dem Grundsatz der Zweckbindung und Transparenz nicht schon dadurch genüge getan würde, wenn die Fahrzeuge von Google, auf welchen Kameras installiert sind, für Passanten und Anwohner sichtbar sind. Der Zweck dieser Fahrzeuge, Strassenzüge (etc.) systematisch abzufahren und abzubilden und die Aufnahmen ohne Zustimmung der Betroffenen im Internet zu veröffentlichen, sei nicht ohne Weiteres erkennbar, auch wenn Google Street View in der Schweizer Bevölkerung einen hohen Bekanntheitsgrad geniesse.[287]

19 Das Erfordernis der Erkennbarkeit hängt eng zusammen mit der Informationspflicht nach Art. 19 ff. DSG. Sie ist damit aber nicht zu verwechseln. Während es sich bei dem Erfordernis der Erkennbarkeit um einen Bearbeitungsgrundsatz handelt, bei dem ein Verstoss allenfalls gerechtfertigt sein kann (Art. 31 DSG), ist dies bei Verletzung der Informationspflicht nicht der Fall.[288] Vielmehr ist eine Verletzung der Informationspflicht gemäss Art. 60 Abs. 1 lit. b DSG strafbar.

2. Beispiele

20 Eine Weiterverarbeitung von Adressen zum **Werbeversand** verstösst gegen den Grundsatz der Zweckbindung und Transparenz, wenn die Adressen ursprünglich in einem ganz anderen Zusammenhang, z.B. im Rahmen einer politischen Kampagne gesammelt wurden. Unzulässig ist auch die Analyse von Personendaten in Bezug auf **Konsumgewohnheiten** (zu anderen Zwecken als der Betrugsbekämpfung) auf Basis von Zahlungen mittels Kredit- oder Kundenkarte ohne Einwilligung der betroffenen Person.[289] Auch die Zustellung von unverlangter E-Mail-Werbung an unbekannte und wahllos zusammengestellte Adressen, welche im Internet gesammelt wurden[290] oder die Beschaffung von IP-Adressen von Anschlussinhabern, die Raubkopien

286. Botschaft DSG 2017, S. 7025.
287. BGE 138 II 346 E. 9.1 («Google Street View»).
288. Es können aber Ausnahmen und Einschränkungen bzgl. der Informationspflicht bestehen (vgl. Art. 20 und 21 DSG).
289. Botschaft DSG 2017, S. 7025.
290. VPB 69.106 E. 5.6.

zum Herunterladen anbieten, durch ein Privatunternehmen, stellt eine Verletzung des Grundsatzes der Zweckbindung und Transparenz dar.[291]

Datenschutzrechtlich zulässig hingegen ist die Verwendung einer Adresse zu Werbezwecken, wenn die betroffene Person ihre Adresse im Hinblick auf den Erhalt einer **Kundenkarte** oder für eine Bestellung (online oder nicht) im Rahmen einer anfänglich erkennbaren Zweckbestimmung übermittelt hat.[292] 21

Bei der Versendung von Werbe-Newslettern müssen darüber hinaus, die sich aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ergebenden Voraussetzungen, namentlich Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG («**Spam-Artikel**») erfüllt werden. Ein Verstoss dagegen kann zu strafrechtlichen Sanktionen führen. Beim Versand von Newslettern ins Ausland sind zudem das jeweilige **nationale Recht** und die dortigen Usancen zu beachten, aus denen sich noch strengere Anforderungen ergeben können.[293] 22

Eine Datenbearbeitung «auf **Vorrat**» im Sinne einer Datenbearbeitung ohne Zweck, verstösst sowohl gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit als auch gegen den Grundsatz der Zweckbindung und Transparenz und ist daher rechtswidrig.[294] Zulässig ist in der Schweiz aber bislang nach wie vor die anlasslose Speicherung und Aufbewahrung von **Randdaten der Telekommunikation**.[295] Zulässig, zumindest für eine gewisse Dauer, ist auch die polizeiliche Aufbewahrung von Aufzeichnungen aus der **Überwachung von öffentlichen Plätzen**, bei denen die Daten für allfällige strafrechtliche Ermittlungen erhoben und bearbeitet werden.[296] Anders wiederum erachtete das Bundesgericht den Sachverhalt in Bezug auf den (übermässigen) Einsatz 23

291. BGE 136 II 508 E. 4 und 6.3 («Logistep»).
292. Botschaft 2017, S. 7025.
293. In Deutschland bspw. das so genannte Double-Opt-In- Verfahren, wobei die Nachweis-Anforderungen des BGH zum UWG (BGH I ZR 164/09 Urteil vom 10.2.2011) bei der Protokollierung zu berücksichtigen sind, vgl. auch aktualisierte Fassung der Orientierungshilfe der Datenschutzkonferenz (DSK) vom Februar 2022 zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der Direktwerbung unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO).
294. BGE 125 II 473, 476.
295. BGE 144 I 126 E. 5, siehe hierzu aber die aktuelle Beschwerde der Digitalen Gesellschaft vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschrechte (EGMR), deren Fortgang verfolgt werden sollte, vgl. hierzu die Webseite der Digitalen Gesellschaft: Vorratsdatenspeicherung in der Schweiz steht vor der Beurteilung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte - Digitale Gesellschaft (digitale-gesellschaft.ch).
296. BGE 133 I 77.

von **Funkwasserzählern**. Hier fehlte es an einem Zweck der Speicherung gewisser Daten und der Erforderlichkeit ihres Aussendens.[297]

24 Bei der **Weitergabe von Daten an Dritte** ist besonders zu berücksichtigen, ob diese Bekanntgabe noch vom ursprünglichen Zweck umfasst ist. Das gilt gerade auch für den Austausch von Daten innerhalb von **Konzernunternehmen**. Mangels eines umfassenden Konzernprivilegs[298] gelten auch Unternehmen des gleichen Konzerns als Dritte, sofern sie die Daten nicht lediglich als Auftragsbearbeiter bearbeiten. Die Abgrenzung zwischen Auftragsbearbeiter und (gemeinsamen) Verantwortlichem ist in der Praxis häufig schwierig. Im Ergebnis ist es entscheidend, das Set-Up konsequent aufzusetzen und transparent zu machen. So ist bspw. im **Bereich HR** zu empfehlen, den Konzernzusammenhang schon im Arbeitsvertrag deutlich zu machen. Bei der Weitergabe von Daten an Dritte ist zudem zu berücksichtigen, dass (nicht nur aber eben gerade auch) der Grundsatz der Zweckbindung auch bei der weiteren Datenbearbeitung durch den Empfänger eingehalten werden muss.

25 Vor besonderen Herausforderungen in Bezug auf die Zweckbindung und Transparenz stehen **Big Data-Anwendungen**[299] wie **Data Warehousing**[300] und **Data Mining**[301], weil es im Wesen von Big Data-Analysen liegt, dass ihr konkreter Zweck sich erst bei Zusammenführung der Daten aufgrund der neu gewonnenen Erkenntnisse ergibt.[302]

26 Big Data ist auch die wichtigste Grundlage für **künstliche Intelligenz (KI)**, welche damit ebenfalls in ein Spannungsverhältnis mit dem Grundsatz der Zweckbindung und Transparenz rückt. Die Zulässigkeit entsprechender Anwendungen ist im Einzelfall zu prüfen.[303] Oft kann bei der Entwicklung von

297. BGE 147 I 346, 354 E. 5.5.3.
298. Vgl. aber das neue eingeführte «kleine Konzernprivileg» in Art. 20 Abs. 4 DSG.
299. Unter Big Data ist die Auswertung großer, aus einer Vielzahl unterschiedlicher Quellen stammender unstrukturierter Daten zum Zwecke der Erkennung von Gesetzmäßigkeiten, Korrelationen und Kausalitäten und der Generierung von neuen Informationen und Kontextwissen zu verstehen (Gola/Heckmann DS-GVO/BDSG-Schulz, Art. 6 Rn. 151).
300. Beim Data Warehousing werden über einen längeren Zeitraum Daten aus unterschiedlichen Quellen gesammelt, nutzungsbezogen aufbereitet und zeit- sowie funktionsgerecht zur Verfügung gestellt, vgl. Fischer/Bornhauser, S. 433 Fn. 63.
301. Beim Data Mining werden Daten miteinander kombiniert, mit dem Ziel noch nicht vorhandene Informationen zu gewinnen, vgl. Hartmann, S. 158.
302. Specht/Mantz-DSGVO/BDSG-Specht, § 9 Rn. 91.

KI-Systemen und der Eingabe von Trainingsdaten der spätere Verarbeitungszweck noch nicht definiert werden, z.B. wenn der Algorithmus eine Vielzahl von Aufgaben übernehmen kann. Zudem werden üblicherweise Trainingsdaten verwendet, welche ursprünglich zu ganz anderen Zwecken erhoben wurden (bspw. wenn als Trainingsdaten im Internet frei verfügbare Daten verwendet werden). Es kann daher oft zweifelhaft sein, ob deren Verarbeitung noch «vereinbar» mit dem ursprünglichen Zweck ist. Besondere Bedeutung wird hier einer differenzierten Betrachtung der unterschiedlichen Datenbearbeitungen im **AI Lifecycle** (Entwicklung, Eingabe von **Trainingsdaten**, Verwendung des Ergebnisses des KI-Systems «**Output**» etc.) sowie den Rechtfertigungsgründen der Einwilligung, Vertragserfüllung und dem berechtigten Interesse zukommen.[304] Laut Mitteilung des EDÖB müssen Hersteller, Anbieter und Verwender von KI-Systemen zudem die Zwecke, die Funktionsweise und die Datenquellen der auf KI beruhenden Bearbeitungen transparent machen.[305] Konkrete Beispiele für Zweckbestimmungen nach der DSGVO durch Entwickler von KI-Systemen liefert hierzu die französische Aufsichtsbehörde CNIL[306]:

Examples of purposes considered to be explicit and specified:

- Development of a large language model (LLM) able to answer questions, generate text according to context (emails, letters, reports, including computer code), perform translations, summaries and corrections of text, perform text classification, analysis of feelings, etc.;

303. Vgl. hierzu Mitteilung des EDÖB vom 9.11.2023 «Geltendes Datenschutzgesetz ist auf KI direkt anwendbar», abrufbar unter: https://www.edoeb.admin.ch/de/09112023-geltendes-dsg-ist-auf-ki-anwendbar sowie im Hinblick auf die DSGVO der EU die Checkliste des Bayerischen Landesamts für Datenschutzaufsicht, das Positionspapier der DSK zu empfohlenen technischen und organisatorischen Massnahmen bei der Entwicklung und dem Betrieb von KI-Systemen und den Self-assessment Guide for artificial intelligence (AI) systems der französischen Datenschutzaufsichtsbehörde CNIL, allesamt abrufbar unter: https://www.lda.bayern.de/de/ki.html.
304. Vgl. hierzu auch das Diskussionspapier: Rechtsgrundlagen im Datenschutz beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz des Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg.
305. Mitteilung des EDÖB vom 9.11.2023 «Geltendes Datenschutzgesetz ist auf KI direkt anwendbar» abrufbar unter: https://www.edoeb.admin.ch/de/09112023-geltendes-dsg-ist-auf-ki-anwendbar.
306. CNIL, «Defining a purpose» vom 7.6.2024, abrufbar unter: https://www.cnil.fr/en/defining-purpose.

- Development of a voice recognition model capable of identifying a speaker, his or her language, age, gender, etc.;
- Development of a computer vision model capable of detecting different objects such as vehicles (cars, trucks, scooters, etc.), pedestrians, street furniture (dumpsters, public benches, bicycle shelters, etc.), road signs, tricolor lights, road signs, etc.
- Conversely, the purpose would not be considered as specified enough if it only referred to the type of AI system, without mentioning the technically feasible functionalities and capabilities.

Examples of purposes that are not considered explicit and specified:

- Development of a generative AI model (possible capabilities are not defined);
- Development and improvement of an AI system (neither the type of model nor the possible capabilities are defined);
- Development of a model to identify a person's age (the type is not defined).

Die CNIL empfiehlt aus Gründen der Transparenz in diesem Fall darüber hinaus, dass der Verantwortliche in die Lage sein soll, im Vorfeld die vorhersehbaren Fähigkeiten des KI-Systems zu ermitteln, die die grössten Risiken bergen, der Zweck sich auf die Funktionalitäten bezieht, die von vornherein ausgeschlossen sind und der Zweck so weit wie möglich die Bedingungen für die Nutzung des KI-Systems festlegt.

Gerade auch hinsichtlich Transparenzanforderungen ist zudem der gegebenenfalls auch für Schweizer Unternehmen anwendbare AI Act[307] der EU zu berücksichtigen.

27 Das Potential der Wiederverwendung von Daten für **sekundäre Nutzungszwecke** wurde auch vom Schweizer Gesetzgeber erkannt. Der Nationalrat hat als Zweitrat am 12. Juni 2023 eine Motion zur Schaffung eines **Rahmengesetzes für die Sekundärnutzung** von Daten angenommen.

307. VERORDNUNG (EU) 2024/1689 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 13.6.2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz).

Damit wird der Bundesrat zur Ausarbeitung eines Gesetzes beauftragt, welches das Spannungsfeld zwischen Datenschutz und Datennutzung auflösen und vertrauenswürdige Datenräume schaffen soll.[308]

Auf europäischer Ebene sind zudem insbesondere der Data Governance Act[309], der Data Act[310], die Regulierung zum European Health Data Space[311] und, wie bereits erwähnt, der AI Act zu berücksichtigen. Diese können auch für Schweizer Unternehmen Anwendung finden.[312] 28

3. Empfehlungen zur Umsetzung

Die Zwecke der Datenbearbeitung müssen festgelegt, dauerhaft eingehalten und transparent gemacht werden. Letzteres lässt sich in der Praxis in der Regel im Rahmen der ohnehin erforderlichen Datenschutzerklärung, je nach Fallgestaltung zumindest teilweise über Allgemeine Geschäftsbedingungen oder im Wege individueller Kommunikation/Hinweise erreichen. Dabei ist darauf zu achten, dass vage, nicht definierte oder unpräzise Bearbeitungszwecke nicht ausreichend sind.[313] Der Grad der erforderlichen Präzisierung ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der Grundsätze der 29

308. Motion 22.3890, aufrufbar unter: https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20223890, vgl. zur Veröffentlichung von Daten der öffentlichen Verwaltung auch Art. 10 (Open Government Data) des Bundesgesetz über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben (EMBAG) sowie das entsprechende Portal der Schweizer Behörden für offene Verwaltungsdaten „opendata.swiss" (abrufbar unter https://opendata.swiss/de).
309. VERORDNUNG (EU) 2022/868 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 30.5.2022 über europäische Daten-Governance und zur Änderung der Verordnung (EU) 2018/1724 (Daten-Governance-Rechtsakt), abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32022R0868.
310. VERORDNUNG (EU) 2023/2854 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 13.12.2023 über harmonisierte Vorschriften für einen fairen Datenzugang und eine faire Datennutzung sowie zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie (EU) 2020/1828 (Datenverordnung), abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2023/2854/oj?locale=de.
311. Zum Zeitpunkt der Verfassung dieser Kommentierung erst im Entwurfsstadium: Vorschlag für eine VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über den europäischen Raum für Gesundheitsdaten vom 3.5.2022, abrufbar unter: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A52022PC0197.
312. Vgl. bspw. für den Data Act den Magazinbeitrag Gaul, Der Data Act der EU – und die Schweiz, abrufbar unter: https://www.mme.ch/de-ch/magazin/artikel/der-data-act-der-eu-und-die-schweiz.
313. Botschaft DSG 2017, S. 7025.

Verhältnismässigkeit sowie nach Treu und Glauben zu bestimmen.[314] Bei der Weitergabe an Dritte empfiehlt sich häufig eine vertragliche Regelung, die Daten nur zu bestimmten Zwecken und rechtmässig zu bearbeiten, einschliesslich einer Verpflichtung zur Schadloshaltung. Zumindest sollte aber ein Hinweis auf die Zweckbindung erfolgen.

B. Zeitliche Limitierung der Datenbearbeitung, Art. 6 Abs. 4 DSG

1. Anforderungen

30 Nach dem Grundsatz der zeitlichen Limitierung der Datenbearbeitung müssen Personendaten **vernichtet** oder **anonymisiert** werden, sobald sie zum Zweck der Bearbeitung nicht mehr erforderlich sind.

31 Gleichwohl kann eine weitere Datenbearbeitung gerechtfertigt sein, Art. 31 Abs. 1 DSG. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn **Aufbewahrungspflichten**, beispielsweise die zehnjährige Aufbewahrungspflicht für Geschäftsbücher, Buchungsbelege, den Geschäfts- und Revisionsbericht[315] oder steuerrechtliche Aufbewahrungspflichten[316] erfüllt werden müssen.[317] Ein berechtigtes Interesse an der Aufbewahrung kann sich auch aus potenziellen zukünftigen Rechtsstreitigkeiten und aus Verjährungsvorschriften ergeben.

32 **Vernichten** bedeutet im eigentlichen Sinne die unwiederbringliche Zerstörung bzw. Entfernung der Daten.[318] Bei Daten auf Papier ist dieses zu schreddern oder zu verbrennen und es ist sicherzustellen, dass Dritte keinen Zugang zu den «Relikten» erhalten. Bei elektronischen Daten ist nicht nur relevant, wie diese gespeichert werden, sondern auch, wie diese erhalten wurden. Wurden sie mittels USB-Stick übermittelt, muss der USB-Stick unbrauchbar gemacht werden und zudem sind alle Kopien so zu behandeln, dass die Daten nicht mehr lesbar gemacht werden können. Wurden sie per E-Mail übermittelt, müssen auch allfällige Zwischenspeicherungen dieser E-

314. Botschaft DSG 2003, S. 2106.
315. Art. 958f des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30.3.1911 (SR 220).
316. Vgl. bspw. die 20-jährige Aufbewahrungspflicht gem. Art. 70 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Mehrwertsteuer vom 12.6.2009 (SR 641.20).
317. Botschaft DSG 2017, S. 7073.
318. BVGE 2015/13, Erw. 3.3.4.

Mail vernichtet werden. Im Übrigen werden hohe Anforderungen an die Vernichtung gestellt. Übliche Löschbefehle oder eine reine Umformatierung stellen gemäss Botschaft zum DSG kein Vernichten im datenschutzrechtlichen Sinn dar.[319]

Vernichten erfordert danach mehr als **Löschen**.[320] Gleichwohl wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass es sich bei Art. 6 Abs. 4 DSG um ein redaktionelles Versehen handelt und dem Grundsatz der zeitlichen Limitierung auch durch ein Löschen Genüge getan werden könne.[321] Begründet wird dies mit einer unbedachten Übernahme des Begriffs des Vernichtens aus der bisherigen Regelung in Art. 5 aDSG. Zudem würden die Begriffe des Vernichtens und des Löschens im DSG synonym verwendet.[322] Dem ist nach hiesiger Auffassung sicher dann zuzustimmen, wenn der Begriff des Löschens, der im Übrigen weder im DSG noch in der DSGVO definiert ist, so verstanden wird, dass kein Personenbezug mehr hergestellt werden kann, denn dann ist das DSG mangels Vorliegen von Personendaten per definitionem ohnehin nicht (mehr) anwendbar, Art. 5 lit. a. DSG. Nach dem risikobasierten Ansatz des DSG ist dies schon dann der Fall, wenn die Herstellung des Personenbezugs nur mit einem hohen Aufwand möglich wäre, den kein Interessent auf sich nehmen würde.[323] Ob dies beispielsweise auch im Rahmen einer **Archivierung** bejaht werden kann, ist im Einzelfall zu prüfen. Auch organisatorische Massnahmen, wie Zugriffssperren und das Vier-Augen-Prinzip können allenfalls als ausreichende Massnahmen erachtet werden.[324] 33

Dem Grundsatz der zeitlichen Limitierung kann auch durch **Anonymisierung** Genüge getan werden. Unter Anonymisierung ist jede Massnahme zu verstehen, die bewirkt, dass die Identität der betroffenen Personen nicht mehr oder nur noch mit ausserordentlichem Aufwand festgestellt werden kann.[325] Anonymisierung ist nicht mit **Pseudonymisierung** zu verwechseln. Als Pseudonymisierung gilt ein Austauschen des Namens und weiterer Identifikationsmerkmale durch ein 34

319. Botschaft DSG 2017, S. 7021 mit Verweis auf BVGE 2015/13, E. 3.3.4.
320. Botschaft DSG 2017, S. 7021.
321. Rosenthal, digma 2019, S. 190 f.
322. Rosenthal, digma 2019, S. 191.
323. Botschaft DSG 2017, S. 7019; BGE 136 II 508 E. 3 («Logistep»).
324. Rosenthal, digma, S. 195 f.
325. Botschaft DSG 1988, S. 473; Botschaft DSG 2017, S. 7019.

anderes Kennzeichen, z.B. einen Platzhalter, mit dem Ziel die Bestimmung der betroffenen Person auszuschliessen oder zu erschweren.[326] Mit anderen Worten kann beim Pseudonymisieren der Personenbezug mit dem zugehörigen Schlüssel wieder hergestellt werden. Das gilt aber nur für denjenigen, der den Schlüssel innehat. Diese **relative Betrachtungsweise** führt dazu, dass für denjenigen, der den Schlüssel nicht innehat und für den praktisch ausgeschlossen ist, den Schlüssel zu erlangen, ebenfalls keine Personendaten vorliegen.[327] Diese relative Betrachtungsweise hat ganz erhebliche Auswirkungen auf die Praxis, weil sie für denjenigen, der keinen Schlüssel hat, aus dem Anwendungsbereich des Datenschutzrechts führt.

2. Empfehlungen zur Umsetzung

35 Die Pflicht zur Vernichtung oder Anonymisierung von Daten kann die Verantwortlichen in der Praxis vor grosse Herausforderungen stellen. In einem ersten Schritt empfiehlt es sich, eine Übersicht über die üblichen Datenbearbeitungen in den jeweiligen Geschäftsbereichen zu gewinnen. Sodann sollten die jeweiligen Aufbewahrungs- und Löschfristen festgelegt werden. Praktischerweise erfolgt dies in übersichtlichen Listen, welche gleichzeitig als interne Richtlinien ausgestaltet sind («Aufbewahrungsrichtlinie»/«Data Retention Policy»).

36 Hilfreich für die Umsetzung ist es, wenn die zur Datenverarbeitung verwendete Software bereits entsprechende Funktionalitäten zur automatisierten Löschung anbietet, wobei zum einen darauf geachtet werden sollte, dass diese in technischer Hinsicht den datenschutzrechtlichen Anforderungen genügen, zum anderen, dass die Pflicht zur Löschung im Rahmen von Auftragsdatenbearbeitungsverträgen mit dem IT-Provider/Cloud-Anbieter auch vertraglich hinreichend abgedeckt wird.

326. BSK DSG-Bühler, Art. 21 aDSG N. 21 [3. Auflage].

327. HGer ZH HG190107-O vom 4.5.2021 E. 3.2.3.; Rossnagel, S. 245 mit Verweis auf EuGH Breyer, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779, 19.10.2016 mit Anm. Moos/Rothkegel, MMR, 2016, 842, 845; bestätigt wurde der relative Ansatz auch vom EuG, T-557/20, ECLI:EU:T:2023:219, 26.4.2023; Rosenthal, Jusletter vom 17.6.2019, S. 40.

C. Grundsatz der Richtigkeit, Art. 6 Abs. 5 DSG

1. Richtigkeit der Daten

a. Anforderungen

Personendaten sind richtig, wenn sie die Umstände und Tatsachen, bezogen auf die betroffene Person, sachgerecht wiedergeben. Sie müssen im Gesamtzusammenhang richtig sein, wobei der Zweck und die Art der Bearbeitung zu berücksichtigen sind.[328] Daraus ergibt sich bereits, dass der Begriff der Richtigkeit im Datenschutzrecht nicht absolut zu verstehen ist, sondern dem konkreten Anwendungsfall eine erhebliche Bedeutung zukommt.[329] 37

Auch richtige Personendaten können im Gesamtzusammenhang und unter Berücksichtigung des Bearbeitungszwecks im datenschutzrechtlichen Sinne unrichtig sein, beispielsweise wenn eine Person in einer Datensammlung über die Kreditwürdigkeit als «Betriebene» gespeichert wird, obschon sie während Jahren ihre Rechnungen fristgerecht und korrekt bezahlt hat und es nur zu einer Betreibung gekommen ist, weil die Rechnung an eine falsche Adresse zugestellt worden ist.[330] Andererseits müssen falsche Aussagen nicht unbedingt unrichtig im Sinne des Datenschutzrechts sein.[331] So können gemäss Urteil des Bundesgerichts einzelne Informationen nicht als falsch erachtet werden, wenn die Gesamtheit der Informationen die tatsächlichen Gegebenheiten richtig wiedergeben.[332] Auch können Informationen im Sinne von «Momentaufnahmen» durchaus richtig gewesen sein, selbst dann, wenn sie nachträglich unrichtig werden, beispielsweise wenn in einem Urteil noch ein zwischenzeitlich geänderter Name aufgeführt wird. Hier kommt es entscheidend darauf an, zu welchem Zweck die Daten noch verwendet werden.[333] In diesem Zusammenhang ist der Grundsatz der Richtigkeit 38

328. BGer 1C_187/2023 vom 31.10.2024 E. 4.2; BGer 2C_726/2018 vom 14.10.2019 E. 3.4.
329. BSK DSG- Bühlmann/Reinle, Art. 6 DSG N. 247.
330. BSK DSG-Maurer-Lambrou/Schönbächler, Art. 5 N. 5 f. aDSG [3. Auflage].
331. BSK GWG-Gaul/Isler/Vasella, Art. 33 N. 20.
332. BGer 1A.6/2001 vom 2.5.2001 E. 2c; so auch DSG-Rosenthal/Jöhri, Art. 5 N. 2; BSK DSG-Bühlmann/Reinle, Art. 6 DSG N. 257; a.A. wohl aber noch BSK DSG-Maurer-Lambrou/Schönbächler, Art. 5 aDSG N. 6 [3. Auflage], wonach eine Berichtigung von falschen Einzeltatsachen immer möglich sein müsse.
333. Vgl. Fn. 72.

insbesondere bei der Tätigkeit von Archiven, Museen, Bibliotheken und anderen Gedächtnisinstitutionen differenziert zu betrachten. Da es die Aufgabe solcher Institutionen ist, Dokumente aller Art zu sammeln, zu erschliessen, zu erhalten und zu vermitteln, dürfen diese dabei nicht verändert werden, weil dies dem Zweck der Archivierung zuwiderlaufen würde. Archive erlauben mit Hilfe von Dokumenten eine Momentaufnahme der Vergangenheit, deren «Richtigkeit» sich allein darauf bezieht, dass die fraglichen Dokumente originalgetreu wiedergeben werden, unabhängig davon, ob dies aus aktueller Perspektive noch als zutreffend erachtet wird.[334] Ebenso bezieht sich der Richtigkeitsanspruch bei polizeilichen Kontrollen nicht auf die objektiv feststellbaren Angaben zu den betroffenen Personen, sondern um die Authentizität des Protokolls. Ausschlaggebend ist, ob die vorhandenen Daten die subjektive Beobachtung der ermächtigten Person zum Zeitpunkt der Vornahme der Bewertung wiedergeben.[335]

39 Die Richtigkeit von Daten kann sich grundsätzlich nur auf **Tatsachen** beziehen, die auch objektiv festgestellt werden können. **Werturteile** sind subjektiv und lassen sich kaum als richtig oder falsch einordnen.[336] Eine Abgrenzung ist dann schwierig, wenn Werturteile und Tatsachen vermischt werden. Dies hat insbesondere im Zusammenhang mit «Fake News» aktuelle Bedeutung gewonnen. Richtig oder falsch kann aber zum Beispiel die Angabe sein, dass ein Werturteil von einer bestimmten Person geäussert oder in einer Akte dokumentiert wurde. Ebenso richtig oder falsch kann auch die Angabe sein, auf wen sich das Werturteil bezieht. Auch die weitere Verwendung der Tatsache des Werturteils richtet sich nach den allgemeinem Bearbeitungsgrundsätzen.[337]

40 Vor besonderen Herausforderungen steht die Einhaltung des Grundsatzes der Datenrichtigkeit in Bezug auf **KI-Systeme**. Gerade bei KI-Systemen, bei denen die **Trainingsdaten** aus öffentlich zugänglichen Quellen, insbesondere dem Internet bezogen werden, lässt sich die Richtigkeit der Daten oft nicht wirksam überprüfen. Auch die Ergebnisse der Datenbearbeitungen von KI-

334. Botschaft DSG 2017, S. 7026 f.

335. Philip Glass, Datenschutzrecht für künstliche Intelligenz in der öffentlichen Verwaltung: Eine Auslegeordnung am Beispiel des Kantons Zürich, S. 216, abrufbar unter: https://digitalcollection.zhaw.ch/handle/11475/26658.

336. BGer 2C_726/2018 vom 14.10.2019 E. 3.4.

337. BGer 1C_187/2023 vom 31.10.2024 E. 4.2; SHK DSG-Baeriswyl, Art. 6 N. 66.

Systemen («**Output**») können unrichtig sein. Einerseits kann wohl nicht davon ausgegangen werden, dass eine «statistische Richtigkeit» bei Datenbearbeitungen im Zusammenhang mit KI-Systemen grundsätzlich ausreichend ist.[338] Andererseits dürfen an Datenbearbeitungen in Bezug auf KI-Systeme aber auch keine höheren Anforderungen gestellt werden, als an sonstige Datenbearbeitungen, da das DSG grundsätzlich technologieneutral ausgestaltet ist. Das bedeutet, dass die Frage der Datenrichtigkeit auch bei Datenbearbeitungen im Rahmen von KI-Systemen im Einzelfall und unter Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs beurteilt werden muss. Besonders relevant sind dabei der Zweck der Datenbearbeitung und die Bedeutung des Outputs sowie der Erwartungshorizont der Verwender. Entscheidend wird hier in der Praxis eine entsprechende Aufklärung der Nutzer sein. Das damit verbundene Erfordernis der Überprüfung des Outputs sollte sich auch in «**AI Guidelines**» von Unternehmen wiederspiegeln.

Allgemein gilt: Das Bearbeiten unrichtiger Daten ist nicht per se eine Persönlichkeitsverletzung. Nur wenn die inkorrekten Angaben durch deren Bearbeitung zu einer Persönlichkeitsverletzung führen, sind sie zu berichtigen oder zu vernichten.[339] Auch der Grundsatz der Richtigkeit gilt nicht absolut. Eine Verletzung kann bei privaten Datenbearbeitern nach Art. 31 DSG gerechtfertigt sein. Bei Bundesorganen kann der Anspruch auf Löschung ebenfalls eingeschränkt sein (vgl. Art. 41 Abs. 3-5 DSG). 41

b. Beispiele

Im Fall der Bearbeitung von **Verdachtsinformationen** über die Begehung möglicher Straftaten steht Art. 6 Abs. 5 DSG einer Bearbeitung so lange nicht entgegen, als die Aussagekraft der entsprechenden Information bekannt ist und der Verdacht nicht als gesicherte Erkenntnis erscheint.[340] **Archivierte E-** 42

338. Vgl. zur Richtigkeit von Prognosen und Wahrscheinlichkeitsaussagen BSK DSG- Bühlmann/Reinle, Art. 6 DSG N. 251, vgl. zu der Frage, wann eine statistische Richtigkeit ausreichend sein kann, auch die Ausführungen der englischen Aufsichtsbehörde (ICO), What do we need to know about accuracy and statistical accuracy?, abrufbar unter: https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/artificial-intelligence/guidance-on-ai-and-data-protection/what-do-we-need-to-know-about-accuracy-and-statistical-accuracy/#:~:text=Improving%20the%20%27statistical%20accuracy%27%20of,an%20output%20of%20the%20system.
339. SHK DSG-Baeriswyl, Art. 6 N. 64, BSK DSG-Bühlmann/Reinle, Art. 6 DSG N. 275.
340. BSK GWG-Gaul/Isler/Vasella, Art. 33 N. 20.

Mails, die nach heutigem Kenntnisstand falsche Informationen enthalten, sind im datenschutzrechtlichen Sinne gleichwohl richtig, soweit sie nicht unter der Annahme bearbeitet werden, dass diese noch aktuell sind.[341] Ebenso ist die Aufbewahrung von **Geschäftskorrespondenz** im Rahmen der Aufbewahrungspflicht zulässig, auch wenn sie falsche Angaben enthält. Wird in einer Adressdatenbank eines Vereins eine Hausnummer falsch erfasst, dient die Adressdatenbank aber nicht dem postalischen Versand, sondern nur der Kontrolle des Mitgliederbestandes, ist die Angabe nicht zu berichtigen.[342] In jedem Fall ist aber auch bei einer solchen Datenbearbeitung die Einhaltung der weiteren allgemeinen Bearbeitungsgrundsätze zu prüfen, insbesondere die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und Zweckbindung.

2. Vergewisserungspflicht, Berichtigungs- und Löschungspflicht

a. Anforderungen

43 Nach dem Grundsatz der Richtigkeit muss sich jede Person, die Personendaten bearbeitet, über deren Richtigkeit vergewissern, Art. 6 Abs. 5 S.1 DSG. Art. 6 Abs. 5 S. 2 DSG hält zudem neu explizit fest, dass alle angemessenen Massnahmen getroffen werden müssen, um unrichtige Daten zu berichtigen, löschen oder zu vernichten. Diese Pflicht vervollständigt die Vergewisserungspflicht, welche ansonsten keinen Sinn machen würde.[343] Der Umfang der Vergewisserungspflicht hängt vom Einzelfall ab. Zu berücksichtigen sind dabei insbesondere der Zweck und Umfang der Bearbeitung sowie die Art der bearbeiteten Daten, inwieweit eine Datenbekanntgabe erfolgt und wie sensitiv diese ist.[344] In diesem Rahmen hat sich auch die Vergewisserungspflicht des Datenbearbeiters zu bewegen.[345] Je höher das Risiko einer Persönlichkeitsverletzung, desto höhere Anforderungen sind auch an die Vergewisserungspflicht zu stellen.[346] Die Vergewisserungspflicht kann damit auch zu einer **Aktualisierungspflicht**

341. DSG-Rosenthal/Jöhri, Art. 5 N. 2 mit Verweis auf BGer 1A.6/2001 vom 2.5.2001, E. 2a und 2c.
342. SHK DSG-Baeriswyl, Art. 6 N. 64.
343. SHK DSG-BAERISWYL, Art. 6 N. 73.
344. BVGer A-4232/2015 vom 18.4.2017 i.S. Moneyhouse, E. 7.1.
345. BGer 2C_726/2018 vom 14.10.2019, E. 3.4.
346. BVGer A-4232/2015 vom 18.4.2017 i.S. Moneyhouse, E. 7.1; BSK DSG- Bühlmann/Reinle, Art. 6 DSG N. 254.

führen. [347] Sie beinhaltet aber nicht eine generelle Pflicht zur regelmässigen Überprüfung ohne Anlass.[348]

Die Durchführung von Massnahmen zur Vergewisserung kann auch **delegiert** werden, zum Beispiel an die Datenquelle oder einen Auftragsbearbeiter.[349] Wird die Vergewisserungspflicht verletzt, liegt von Gesetzes wegen ein Verstoss gegen die Bearbeitungsgrundsätze und damit eine Persönlichkeitsverletzung vor, Art. 30 Abs. 2 lit. a DSG. Nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes, kann eine derartige Pflichtverletzung aber nur Ansprüche auf Berichtigung und Schadenersatz auslösen, wenn die Daten auch tatsächlich unrichtig sind.[350] Welche Massnahmen zu treffen sind, hängt u.a. von Art, Umfang und Zweck der Datenbearbeitung, der Sensitivität der Daten und dem Risiko für die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Person, ab. Dies ist wiederum im Einzelfall zu bestimmen.[351] Zudem können den Massnahmen der Berichtigung, Löschung oder Aktualisierung gesetzliche Pflichten entgegenstehen.[352] 44

b. Beispiele

Basiert die Datenbearbeitung zu Marketingzwecken auf **eigenen Angaben der betroffenen Person**, hat der Verantwortliche sich nicht über die Richtigkeit zu vergewissern.[353] Ebenso besteht keine generelle Pflicht, eine Kundenkartei für Marketingzwecke laufend auf veraltete Adressen zu überprüfen.[354] Teilt ein Versicherungsnehmer dem Versicherer aber eine Adressänderung mit, der auch die Änderung des Zivilstandes zu entnehmen ist, hat der Versicherer den Zivilstand nachzutragen, sofern dieser 45

347. Botschaft DSG 2017, S. 7026.
348. SHK DSG-Baeriswyl, Art. 6 N. 72, BSK DSG- Bühlmann/Reinle, Art. 6 DSG N. 255.
349. DSG-Rosenthal/Jöhri, Art. 5 N. 6.
350. SHK DSG-Baeriswyl, Art. 6 N. 71; DSG-Rosenthal/Jöhri, Art. 5 N. 4.
351. Vgl. SHK DSG-Baeriswyl, Art. 6 N. 74; BSK DSG- Bühlmann/Reinle, Art. 6 DSG N. 259. Dies gilt auch in Bezug auf die Frage, ob eine Informationspflicht gegenüber Dritten, welchen die Daten übermittelt wurden, besteht (BSK DSG- Bühlmann/Reinle, Art. 6 DSG N. 264, wonach eine allgemeine Informationspflicht gegenüber Dritten abgelehnt wird. vgl. zum Meinungsstreit bzgl. des alten DSG aber auch N. 263). Eine Informationspflicht gegenüber Dritten besteht aber für Bundesorgane, soweit sich diese Informationen nicht aus den Daten selbst oder aus den Umständen ergeben, Art. 29 DSV.
352. Botschaft DSG 2017. S. 7026.
353. SHK DSG-Baeriswyl, Art. 6 N. 70.
354. DSG-Rosenthal/Jöhri, Art. 5 N. 11.

Auswirkungen auf die Ausrichtung der Versicherungsleistung hat.[355] Andererseits sind einmal gemachte Angaben in einer Versicherungspolice nicht weiter zu überprüfen, soweit sie keinen Einfluss auf die Prämie oder die Versicherungsleistung haben.[356] Bei Wirtschaftsauskunfteien ist bezüglich der Überprüfung der Datenbestände insbesondere der Umfang der Daten, das Vorliegen von Persönlichkeitsprofilen und Einwilligungen und die Anzahl der getätigten Abfragen zu berücksichtigen.[357] Möchte eine Versicherung **künstliche Intelligenz** (**KI**) einsetzen, um ein Profil der Kunden zu erstellen, die eine Versicherung abschliessen, und dieses Profil als Grundlage für ihre Entscheidungen bei der Berechnung des Versicherungsrisikos heranziehen, sollten nicht nur Daten von Bestandskunden aus Datenquellen mit korrekten und aktuellen Informationen als Trainingsdaten verwendet werden, sondern auch ein für die Bevölkerung repräsentativer Pool von Kunden herangezogen werden, um Verzerrungen zu vermeiden.[358]

3. Empfehlungen zur Umsetzung

46 Die Anforderungen an die nach Art. 6 Abs. 5 DSG erforderlichen Massnahmen sollten im Verhältnis zu den Risiken und Folgen der konkreten Nutzung stehen. Beispiele zu treffender Massnahmen, welche gleichzeitig zentrale Aspekte im Rahmen der Technikgestaltung nach den Grundsätzen von **Privacy by Design** und **Privacy by Default** darstellen, können sein:

- Überprüfung der Verlässlichkeit der Datenquelle
- Bestimmung des Grads der Richtigkeit anhand der Gesamtumstände des Einzelfalles
- Allenfalls erneute Überprüfungen der Daten in Abhängigkeit der Gesamtumstände und der verschiedenen Phasen der Datenbearbeitung

355. SHK DSG-Baeriswyl, Art. 6 N. 72.

356. SHK DSG-Baeriswyl, Art. 6 N. 72.

357. Vgl. BVGer A-4232/2015 vom 18.4.2017 i.S. Moneyhouse, E. 7.3.2, wonach der Betreiber der Auskunftei unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des dortigen Falls zu einer Überprüfung des Datenbestandes betreffend Richtigkeit in einem Verhältnis von 5% zu den auf der Plattform getätigten Abfragen verurteilt wurde, wobei die Wahl der Massnahmen freigestellt wurde und als denkbares Beispiel die Überprüfung jeder zwanzigsten Abfrage aufgeführt wurde.

358. Vgl. Leitlinien 4/2019 des Europäischen Datenschutzausschusses zu Artikel 25 Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen, Version 2.0, S. 28.

- Reduzierung falscher Positivergebnisse / falscher Negativergebnisse, um z.B. Fehler bei automatisierter Entscheidungsfindung und beim Einsatz künstlicher Intelligenz zu reduzieren
- Aktualisierung der Daten, falls es für den Zweck der Bearbeitung erforderlich ist
- Implementierung von «self-service» Lösungen, bei denen die betroffenen Personen ihre Daten selbst überprüfen und falls nötig korrigieren können
- Einführung von Plausibilitätskontrollen und Qualitätschecks
- Implementierung automatischer Eingabeüberprüfungen, bspw. zur Vermeidung falscher Eingaben von Postleitzahlen
- Drop-Down Menüs statt Freitexteingaben

Aus Sicht der Verantwortlichen empfiehlt es sich zudem, betroffenen 47
Personen vertraglich die Pflicht aufzuerlegen, ihre Daten korrekt anzugeben und aktuell zu halten und eine diesbezügliche Haftung, soweit es möglich ist, auszuschliessen. Grundsätzlich sollte bei externen Datenquellen auch eine Verpflichtung zur Schadloshaltung in Betracht gezogen werden. Je nach Fallgestaltung kann dies im Rahmen eines Gesamtkonzepts, welches die Zuordnung von Daten und Verantwortlichkeiten sowie weitere diesbezügliche Rechte und Pflichten umfasst, berücksichtigt werden.

LITERATURVERZEICHNIS

Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz und Öffentlichkeitsgesetz, 3. Auflage, Basel 2014 (zit. BSK DSG-Bearbeiter:in [3. Auflage]) sowie 4. Auflage, Basel 2024 (zit. BSK DSG-Bearbeiter:in).

Basler Kommentar zum Geldwäschereigesetz, Basel 2021 (zit. BSK GWG-Bearbeiter:in).

Fischer Joel A./Bornhauser Jonas, Elektronische Board Portale: Hosted in Switzerland als neuer rechtlicher Qualitätsstandard, GesKR 2016, S. 425-448.

Gola/Heckmann, Datenschutzgrundverordnung/Bundesdatenschutzgesetz, 3. Auflage 2022 (zit. Gola/Heckmann DS-GVO/BDSG-Bearbeiter:in).

Hartmann Damian, Text and Data Mining and Copyright in Switzerland and the European Union, sic! 2023, S. 157-167.

Lobsiger Adrian, Hohes Risiko – kein Killerargument gegen Vorhaben der digitalen Transformation, SJZ 119 (2023), S. 311-319.

Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz mit weiteren Erlassen, 2023 (zit. OFK DSG- Bearbeiter:in).

Rosenthal David, Controller oder Processor: Die datenschutzrechtliche Gretchenfrage, Jusletter vom 17.6.2019.

Rosenthal David, Löschen und doch nicht löschen, digma 2019, S. 190-197.

Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008.

Rossnagel Alexander, Pseudonymisierung personenbezogener Daten, ZD 2018, 243 ff.; Stämpflis Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2. Auflage (zit. SHK DSG- Bearbeiter:in).

Specht/Mantz, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 2019 (zit. Specht/Mantz DSGVO/BDSG-Bearbeiter:in).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23.3.1988, BBl 1988 II 413 ff. (zit. Botschaft DSG 1988).

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) und zum Bundesbeschluss betreffend den Beitritt der Schweiz zum Zusatzprotokoll vom 8.11.2001 zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung vom 19.2.2003 BBl 2002 2101 ff. (zit. Botschaft DSG 2003).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.12.2017, BBl 2017 6941 ff. (zit. Botschaft DSG 2017).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 6 Abs. 6 und 7 DSG

Eine Kommentierung von Gaspare T. Loderer

ZITIERVORSCHLAG

Gaspare T. Loderer, Kommentierung zu Art. 6 Abs. 6 und 7 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Loderer, Art. 6 DSG N. XXX.

Art. 6 Grundsätze

[..]

[6] Ist die Einwilligung der betroffenen Person erforderlich, so ist diese Einwilligung nur gültig, wenn sie für eine oder mehrere bestimmte Bearbeitungen nach angemessener Information freiwillig erteilt wird.

[7] Die Einwilligung muss ausdrücklich erfolgen für:

a. die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten;

b. ein Profiling mit hohem Risiko durch eine private Person; oder

c. ein Profiling durch ein Bundesorgan.

GLIEDERUNG

IN KÜRZE 131
I. Allgemeines 131
A. Entstehungsgeschichte 131
B. Systematik und Abgrenzung 132
C. Anwendungsbereich 133
D. Vergleich mit der DSGVO 134
II. Voraussetzungen der Einwilligung (Art. 6 Abs. 6 DSG) 134
A. Allgemeines 134
B. Urteilsfähigkeit 135
C. Zeitpunkt 136
D. Eine oder mehrere bestimmte Bearbeitungen 136
E. Angemessene Information 138
F. Freiwilligkeit 141
G. Eindeutigkeit 145
H. Form 147
III. Ausdrückliche Einwilligung (Art. 6 Abs. 7 DSG) 148
IV. Widerruf 151
V. Rechtsfolgen bei fehlender, ungültiger oder widerrufener Einwilligung 152
VI. Praxishinweise 153
VII. Normkritik 153
LITERATURVERZEICHNIS 154
MATERIALIENVERZEICHNIS 158

IN KÜRZE

Art. 6 Abs. 6 und 7 DSG statuieren die Gültigkeitsvoraussetzungen für datenschutzrechtliche Einwilligungen. In welchen Fällen eine Einwilligung erforderlich ist, wird hingegen in anderen Bestimmungen geregelt. Die neuen Bestimmungen zur Einwilligung sind inhaltlich im Wesentlichen gleich wie diejenige von Art. 4 Abs. 5 aDSG. Es wurde lediglich präzisiert, dass eine Einwilligung für eine oder mehrere bestimmte Bearbeitungen erteilt werden muss, was bisher schon galt. Bei der ausdrücklichen Einwilligung hat das neu eingeführte Profiling das altrechtliche Persönlichkeitsprofil abgelöst. Im Übrigen sollte aber keine Änderung der Rechtslage erfolgen. Sofern eine Einwilligung erforderlich ist, muss diese somit nach wie vor für eine oder mehrere bestimmte Bearbeitungen nach angemessener Information freiwillig erteilt werden. Ist eine Einwilligung für die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten, für ein Profiling mit hohem Risiko durch eine private Person oder ein Profiling durch ein Bundesorgan erforderlich, muss diese zudem ausdrücklich sein. Auch in diesen Fällen besteht jedoch kein allgemeines Einwilligungserfordernis, obwohl teilweise Gegenteiliges vertreten wird. Im Anwendungsbereich der DSGVO kommt eine Einwilligung aufgrund des unterschiedlichen Konzepts (Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt) als Rechtsgrundlage einer Bearbeitung häufiger zur Anwendung und die Anforderungen an eine gültige Einwilligung sind insgesamt höher als unter dem DSG.

I. ALLGEMEINES

A. Entstehungsgeschichte

Art. 6 Abs. 6 und Abs. 7 DSG entsprechen inhaltlich im Wesentlichen Art. 4 Abs. 5 aDSG, wobei im Rahmen der Totalrevision einige redaktionelle Änderungen vorgenommen wurden. Die ausdrückliche Einwilligung wurde von der „gewöhnlichen" Einwilligung getrennt und in einem separaten Absatz geregelt. Zudem wurde präzisiert, dass sich die Einwilligung auf eine oder mehrere bestimmte Bearbeitungen beziehen muss. Diese Konkretisierung erfolgte im Hinblick auf eine Annäherung an das revidierte Übereinkommen SEV 108. Dadurch resultiert aber **keine Änderung der Rechtslage**.[359] Da im 1

Rahmen der Totalrevision zudem der Begriff des Persönlichkeitsprofils durch jenen des Profiling ersetzt wurde, muss neu die Einwilligung für ein Profiling mit hohem Risiko durch private Personen sowie ein Profiling durch Bundesorgane ausdrücklich erfolgen.

2 Das im Entwurf neu eingefügte Kriterium der **Eindeutigkeit** der Einwilligung wurde in der parlamentarischen Beratung fallen gelassen. Auch dieses war ursprünglich im Hinblick auf eine Annäherung an das revidierte Übereinkommen SEV 108 eingefügt worden.[360]

B. Systematik und Abgrenzung

3 Das Schweizer Datenschutzgesetz basiert auf dem **Erlaubnisprinzip mit Verbotsvorbehalt**. Demnach ist eine Bearbeitung grundsätzlich zulässig, sofern die Bearbeitungsgrundsätze von Art. 6 und die Datensicherheit gemäss Art. 8 DSG eingehalten, Personendaten nicht entgegen der ausdrücklichen Willenserklärung der betroffenen Person bearbeitet oder Dritten besonders schützenswerte Personendaten bekanntgegeben werden (Art. 30 Abs. 2 DSG). Andernfalls liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor, die u.a. durch Einwilligung der betroffenen Person gerechtfertigt werden kann (Art. 31 Abs. 1 DSG).

4 Art. 6 Abs. 6 und 7 DSG statuieren somit **kein allgemeines Einwilligungserfordernis**, sondern definieren nur, unter welchen Voraussetzungen eine Einwilligung gültig ist.[361] Ob und für welche Fälle hingegen eine solche erforderlich ist, wird anderswo geregelt.[362] Entsprechend bedarf es auch für die Fälle von Art. 6 Abs. 7 DSG (Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten, Profiling mit hohem Risiko durch eine private Person sowie Profiling durch ein Bundesorgan) nicht per se einer Einwilligung, auch wenn teilweise Gegenteiliges vertreten wird.[363]

5 Trotz der systematischen Stellung der Bestimmungen zur Einwilligung unter Art. 6 DSG mit dem Titel „Grundsätze", handelt es sich bei den Gültigkeitsvoraussetzungen der Einwilligungen **nicht um einen**

359. Botschaft 2017, S. 2027.
360. S. hierzu unten N. 40 ff.
361. Vgl. Botschaft 2003, S. 2127.
362. S. hierzu unten N. 6 ff.
363. S. unten N. 49.

datenschutzrechtlichen Bearbeitungsgrundsatz.[364] Insbesondere liegt keine Persönlichkeitsverletzung vor, wenn die Voraussetzungen der Einwilligung nicht eingehalten werden, obwohl Art. 30 Abs. 2 lit. a DSG auf die „Grundsätze" von Art. 6 DSG verweist.[365] Besser wäre es aus diesem Grund gewesen, die Bestimmungen zur Einwilligung zu den Definitionen von Art. 5 DSG zu verschieben.[366]

C. Anwendungsbereich

Für **private Personen** kann die Einwilligung insbesondere eine Persönlichkeitsverletzung rechtfertigen (Art. 31 Abs. 1 DSG). Darüber hinaus kann für private Personen eine Einwilligung in folgenden Fällen von Relevanz sein: Für die Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland abweichend von Artikel 16 Abs. 1 und 2 DSG (Art. 17 Abs. 1 lit. a DSG); für automatisierte Einzelentscheidungen, ohne die Voraussetzungen von Art. 21 Abs. 1 und 2 DSG einhalten zu müssen (Art. 21 Abs. 3 lit. b DSG); im Rahmen des Auskunftsrechts für die Mitteilung von Gesundheitsdaten durch eine Gesundheitsfachperson (Art. 25 Abs. 3 DSG). 6

Für **Bundesorgane** kann die Einwilligung im Einzelfall[367] das generelle Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage ersetzen (Art. 34 Abs. 4 lit. b DSG) und zwar auch bei der Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland (Art. 36 Abs. 2 lit. b DSG). 7

Darüber hinaus wird die Einwilligung auch anderswo im DSG erwähnt[368] und kann auch **spezialgesetzlich** vorgesehen sein.[369] Ob und inwieweit hierbei die Voraussetzungen des DSG Anwendung finden, ist insbesondere im Schnittbereich mit dem Spamverbot gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG nicht restlos geklärt.[370] Zumindest implizit wird jedoch davon ausgegangen.[371] 8

364. CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 73; Rosenthal, Entwurf, Rz. 35; OFK-Steiner/Laux, Art. 30 DSG N. 12; vgl. auch Fasnacht, Rz. 225.
365. Vgl. OFK-Steiner/Laux, Art. 30 DSG N. 12.
366. Vgl. auch Rosenthal, Entwurf, Rz. 35.
367. S. hierzu unten N. 17 Fn. 40.
368. Art. 17 Abs. 1 lit. d, 28 Abs. 1 lit. b, 34 Abs. 4 lit. c, 36 Abs. 2 lit. c und e sowie 55 Abs. 2 lit. c Ziff. 1 DSG. Vgl. zudem Art. 7 Abs. 3 DSG: „soweit die betroffene Person nicht etwas anderes bestimmt."
369. Bspw. Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG, Art. 7 HFG, Art. 50a Abs. 4 lit. b AHVG, Art. 45b FMG, Art. 80 Abs. 2 FDV.

D. Vergleich mit der DSGVO

9 Das schweizerische Konzept[372] unterscheidet sich grundlegend vom umgekehrten Konzept der DSGVO. Dort gilt das **Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt**, wonach jede Bearbeitung von Personendaten verboten ist, ausser es liegt eine Rechtsgrundlage für die Bearbeitung vor (Art. 6 DSGVO). Eine dieser möglichen Rechtsgrundlagen ist die Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO). Deren Voraussetzungen sind generell in Art. 4 Nr. 11 und Art. 7 DSGVO näher umschrieben, in Bezug auf Einwilligungen von Kindern in Art. 8 DSGVO und für die Bearbeitung besonderer Kategorien von Personendaten muss die Einwilligung ausdrücklich erfolgen (Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO).[373]

10 Die Voraussetzungen an eine gültige Einwilligung nach der **DSGVO sind strenger** als diejenigen nach dem DSG.[374] Eine nach DSGVO gültige Einwilligung erfüllt somit grundsätzlich die Anforderungen des DSG, während eine nach DSG gültige Einwilligung nicht zwingend den erhöhten Anforderungen der DSGVO genügt.[375]

II. VORAUSSETZUNGEN DER EINWILLIGUNG (ART. 6 ABS. 6 DSG)

A. Allgemeines

11 Die Einwilligung unterliegt den allgemeinen „**Schranken**" des Persönlichkeitsrechts, wozu die Bestimmungen von Art. 16 ff. ZGB (Urteilsfähigkeit)[376] und Art. 27 ZGB (übermässige Bindung)[377] gehören.[378] Die Einwilligung ist als einseitiges Rechtsgeschäft zu qualifizieren,[379] weshalb das

370. Bejahend Rosenthal/Jöhri, Art. 3 lit. o UWG N. 38; offengelassen, aber von denselben Voraussetzungen ausgehend, Vasella, Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG N. 32 m.w.H.
371. Vgl. Bühlmann/Schüepp, Rz. 59 sowie 79 f.; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 24.
372. Dazu oben N. 3 f.
373. Weitere Hinweise zu den Voraussetzungen finden sich in insb. auch in den Erwägungsgründen 32, 33, 42 und 43.
374. Dal Molin, § 1 Rz. 238.
375. OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 13.
376. S. hierzu unten N. 12 f.
377. S. hierzu auch unten N. 55.
378. SHK-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 23.

OR insbesondere im Bereich der Auslegung der Einwilligung (Vertrauensprinzip),[380] der Schranken von Art. 19 und 20 OR sowie der Willensmängel (Art. 23 ff. OR) Anwendung findet.[381]

B. Urteilsfähigkeit

Die Erteilung einer datenschutzrechtlichen Einwilligung stellt eine Ausübung eines **höchstpersönlichen Rechts** dar und kann daher durch **urteilsfähige handlungsunfähige Personen selbstständig ausgeübt** werden (Art. 19c Abs. 1 ZGB).[382] Für urteilsunfähige Personen handelt hingegen grundsätzlich ihr gesetzlicher Vertreter (Art. 19c Abs. 2 ZGB).[383] Die Eltern können im Rahmen ihrer gesetzlichen Vertretung und im Umfang der ihnen zustehenden elterlichen Sorge für urteilsunfähige Kinder eine Einwilligung erteilen (Art. 304 ZGB).[384] 12

Urteilsfähig ist, wem nicht wegen gewisser Zustände (Kindesalters, geistiger Behinderung, psychischer Störung, Rausch oder ähnlichem) die Fähigkeit mangelt, vernunftgemäss handeln zu können (Art. 16 ZGB). Als Faustregel ist die Urteilsfähigkeit bei Minderjährigen **ab 13 Jahren** anzunehmen.[385] Aufgrund der **Relativität der Urteilsfähigkeit** sind die Anforderungen bspw. bei komplexen Bearbeitungen, sensitiven Personendaten und schweren Eingriffen in die Persönlichkeit höher anzusetzen.[386] 13

379. CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 75; Fasnacht, Rz. 220; Haas, Rz. 202; Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 101.
380. Aebi-Müller, Rz. 767; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 29; Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 86.
381. Fasnacht, Rz. 221; Haas, Rz. 204 ff.
382. CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 78; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 28; Rosenthal, nDSG, Rz. 30 Fn. 29; SHK-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 31; Uttinger/Geiser, Rz. 2.85; vgl. auch Fasnacht, Rz. 306.
383. Fasnacht, Rz. 309.
384. CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 78; Fasnacht. Rz. 309; Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 70 m.w.H.
385. Dal Molin, § 1 Rz. 230; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 28; Rosenthal, nDSG, Rz. 30 Fn. 29.
386. Dal Molin, § 1 Rz. 230; SHK-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 30; vgl. auch Haas, Rz. 292 ff., der weiter bzgl. den Kategorien „Geschäftsfähigkeit im Allgemeinen", „Einwilligungen in Heileingriffe" sowie „Einwilligungen in Persönlichkeitsverletzungen" nach Altersgruppen differenziert.

C. Zeitpunkt

14 Die Einwilligung muss grundsätzlich **vor der Datenbearbeitung erteilt** werden,[387] was beispielsweise vor der Datenbeschaffung oder -bekanntgabe (vgl. Art. 5 lit. d DSG) sein kann. Ist eine Einwilligung erforderlich und liegt diese nicht vor, ist die entsprechende Datenbearbeitung rechtswidrig.[388]

15 Eine nachträgliche Einwilligung im eigentlichen Sinn ist ausgeschlossen. Jedoch kommt eine **nachträgliche Genehmigung** in Betracht, die als Verzicht auf die Geltendmachung von Ansprüchen zu deuten ist.[389] Bis zum Zeitpunkt der nachträglichen Genehmigung liegt jedoch eine rechtswidrige Datenbearbeitung vor.[390] Zudem erstreckt sich die nachträgliche Genehmigung nur auf die Datenbearbeitung, über welche anfänglich oder nachträglich angemessen informiert wurde.[391]

D. Eine oder mehrere bestimmte Bearbeitungen

16 Das Kriterium, wonach sich die Einwilligung auf eine oder mehrere bestimmte Bearbeitungen beziehen muss, wurde mit der Totalrevision neu eingefügt. Dadurch gleicht sich die Formulierung insgesamt an Art. 5 Abs. 2 des revidierten Übereinkommens **SEV 108** an, ohne aber eine Änderung der Rechtslage zu bewirken.[392]

17 Wie bereits nach altem Recht ist erforderlich, dass die Bearbeitung insbesondere bzgl. **Umfang und Zweck** hinreichend bestimmt ist.[393] Die betroffene Person soll nachvollziehen können, für welche Bearbeitungen sie ihre Einwilligung erteilt.[394] Der konkrete Umfang der Einwilligung ergibt sich aus der Einwilligungserklärung und der angemessenen Information.[395]

387. OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 16; SHK-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 33.
388. OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 16; dazu unten N. 56 ff.
389. CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 76; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 17; vgl. auch Aebi-Müller, Rz. 762; BSK-Maurer-Lambrou/Steiner, Art. 4 aDSG N. 16h; Fasnacht, Rz. 253; George, S. 180; Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 113; SHK-Baeriswyl, Art. 6 DSG N. 85; Uttinger/Geiser, Rz. 2.86.
390. Dazu unten N. 56 ff
391. OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 17.
392. Botschaft 2017, S. 7027.
393. Botschaft 2017, S. 7027.
394. George, S. 184; SHK-Baeriswyl, Art. 6 DSG N. 86.
395. OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 30.

Unzureichend sind ohne weitere Angaben bspw. allgemeine Zweckbeschreibungen wie „Verbesserung der Erfahrungen des Nutzers", „Werbezwecke", „IT- Sicherheitszwecke" oder „zukünftige Forschung."[396] Die Bearbeitungen können zeitlich beschränkt oder unbeschränkt sein.[397] Teilweise ist jedoch eine Einwilligung im Einzelfall erforderlich.[398]

Die Einwilligung in **mehrere Bearbeitungen** bedingt nicht, dass diese alle gleichgelagert sind, sondern es kann auch in verschiedene Bearbeitungen eingewilligt werden.[399] Sodann kann ein Bearbeitungszweck wie die Heilbehandlung bei einer Ärztin oder einem Arzt verschiedene Bearbeitungen erfordern, bspw. den Austausch von besonders schützenswerten Personendaten mit anderen Fachpersonen oder Versicherungen sowie die Bearbeitung zu Abrechnungszwecken.[400] 18

Umstritten ist, inwiefern **Generaleinwilligungen** zulässig sind.[401] In jedem Fall müssen die Grenzen der Einwilligung eindeutig sein und diese muss gestützt auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz umso klarer sein, je sensibler Art und Umfang der Bearbeitung sind. Unzulässig sind demnach unlimitierte Einwilligungserklärungen zu beliebigen Zwecken, für irgendwelche Bearbeitungen oder für sämtliche Kategorien von Personendaten durch unbegrenzte Bearbeiter.[402] Hingegen ist es bspw. zulässig, den bisherigen Arbeitgeber zur generellen Erteilung von Auskünften gegenüber potentiellen Arbeitgebern zu ermächtigen,[403] was im Falle der Bekanntgabe von besonders schützenswerten Personendaten (wie Angaben über Abwesenheiten infolge von Krankheiten) einer ausdrücklichen Einwilligung bedarf.[404] 19

396. EDPB, Fn. 30.
397. OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 32.
398. Art. 34 Abs. 4 lit. b sowie 36 Abs. 2 lit. b DSG; Art. 84a Abs. 5 lit. b KVG; vgl. zu diesem Kriterium BVGer A-3548/2018 vom 19.3.2019 E. 4.8.4 (kritisch hierzu Bühlmann/Schüepp, Rz. 39 ff.); Botschaft 1998, S. 470.
399. Botschaft 2017, S. 7027.
400. Vgl. Botschaft 2017, S. 7027.
401. Vgl. Aebi-Müller, Rz. 764; BSK-Maurer-Lambrou/Steiner, Art. 4 aDSG N. 16f sowie 16i; BSK-Rampini, Art. 13 aDSG N. 5; CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 91; George, S. 185; SHK-Baeriswyl, Art. 6 DSG N. 86; SHK-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 29; Uttinger/Geiser, Rz. 2.81; Vasella, Einwilligung, Rz. 40.
402. SHK-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 31.
403. Vgl. Botschaft 1998, S. 470, wobei dort im Zusammenhang mit der Bekanntgabe von Personendaten im Einzelfall durch Bundesorgane erwähnt.
404. Vgl. Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 84.

E. Angemessene Information

20 Die datenschutzrechtliche Einwilligung orientiert sich an der „**Einwilligung des aufgeklärten Patienten**“, so dass alle Informationen im konkreten Fall mitgeteilt werden müssen, damit die betroffene Person eine freie Entscheidung treffen kann.[405] Mit anderen Worten geht es darum, dass die betroffene Person Klarheit darüber hat, worin sie einwilligt, d.h. die Tragweite ihrer Einwilligung kennt.[406] Welche konkreten Informationen bereitzustellen sind, wurde bereits unter altem Recht nicht einheitlich beurteilt,[407] und wird es auch unter dem neuen Recht nicht.[408]

21 Die Anforderungen an die angemessene Information können nach hier vertretener Auffassung an die **Informationspflicht gemäss Art. 19 DSG angelehnt** werden.[409] Denn die für eine Einwilligung erforderliche angemessene Information kann dazu führen, dass eine Ausnahme von der Informationspflicht gemäss Art. 19 DSG vorliegt, da die betroffene Person bereits über die entsprechenden Informationen verfügt (Art. 20 Abs. 1 lit. a DSG).[410]

22 Das bedeutet indessen nicht, dass sämtliche Informationen von Art. 19 DSG unbenommen in jedem Fall als Grundlage für die angemessene Information nach Art. 6 Abs. 6 DSG bereitgestellt werden müssen, selbst wenn sich ein solch integrativer Ansatz in der Praxis aufdrängen kann. Nach hier vertretener Auffassung sind für die angemessene Information im Rahmen von Einwilligungen **mindestens folgende Angaben** erforderlich:[411]

- Identität des **Verantwortlichen**;[412]
- **Bearbeitungszweck**;[413]

405. Botschaft 2003, S. 2127; hierzu eingehend Fasnacht, Rz. 244 ff.
406. BVGer A-3908/2008 vom 4.8.2009 E. 4.2; Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 72.
407. Vgl. BSK-Maurer-Lambrou/Steiner, Art. 4 aDSG N. 16f; BSK-Rampini, Art. 13 aDSG N. 4; Bühlmann/Schüepp, Rz. 65; Fasnacht, Rz. 256 ff.; Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 72 ff.
408. Vgl. Bühlmann/Schüepp, Rz. 66 ff.; CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 85; Domenig/Mitscherlich/Lutz, Rz. 173; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 18 ff.; SHK-Baeriswyl, Art. 6 DSG N. 88 ff.; SHK-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 34; Uttinger/Geiser, Rz. 2.82.
409. Bühlmann/Schüepp, Rz. 66 f.; CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 85; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 23; SHK-Baeriswyl, Art. 6 DSG N. 93.
410. Botschaft 2017, S. 7053; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 18.
411. Ähnlich OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 N. 23.
412. S. dazu unten N. 27.

- **(Kategorien) bearbeitete(r) Personendaten**.[414]

Welche dieser Informationen in welchem Detailgrad erforderlich und **ob darüber hinaus zusätzliche Informationen** notwendig sind, hängt von den **Umständen des Einzelfalls** ab. In Anwendung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes hat die angemessene Information grundsätzlich umso eindeutiger zu sein, je sensibler die betroffenen Personendaten sind.[415] Beispielsweise konkretisiert Art. 16 Abs. 2 HFG für Einwilligungen in Forschungsprojekte u.a., dass auch über die voraussehbaren Risiken[416] und Belastungen sowie Massnahmen zum Schutz der erhobenen Personendaten zu informieren ist. Nach Art. 8 Abs. 1 HFV muss ferner über das Recht der Verweigerung oder des Widerrufs und den Konsequenzen eines Widerrufs[417] sowie ganz allgemein über weitere für den Entscheid erforderliche Inhalte aufgeklärt werden. 23

Anders als Art. 7 Abs. 3 DSGVO verlangt das DSG aber grundsätzlich **keine Information über das Widerrufsrecht** und den Umstand, dass der Widerruf die Rechtmässigkeit der auf die Einwilligung gestützte Bearbeitung bis zum Widerruf nicht berührt.[418] Eine fehlende Information hierüber macht eine erteilte Einwilligung daher nicht ungültig. 24

Die DSGVO verlangt zudem, dass die Einwilligung **so einfach widerrufen wie erteilt** werden kann.[419] Der EDÖB hat dies gestützt auf den Grundsatz von Treu und Glauben auch für das aDSG verlangt.[420] In dieser Pauschalität findet sich hierfür aber keine Stütze im Gesetz und diese Auffassung ist daher abzulehnen. Hingegen kann die Freiwilligkeit der Einwilligung fraglich sein, wenn diese nicht auf zumutbare Weise widerrufen werden kann.[421] 25

Teilweise wird entsprechend den Ausführungen in der Botschaft 2003 die Auffassung vertreten, dass über die negativen Folgen oder **Nachteile** *der* 26

413. Hierzu bereits oben N. 16 ff.
414. Eingehend Bühlmann/Schüepp, Rz. 76 f.; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 23.
415. Bühlmann/Schüepp, Rz. 52 sowie 54; Dal Molin, § 1 Rz. 231; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 21.
416. Zu den Risiken allgemein s. unten N. 26.
417. S. hierzu unten N. 24.
418. OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 23 sowie 47; Rosenthal, nDSG, Rz. 30; Steiner, S. 107; a.M. Domenig/Mitscherlich/Lutz, Rz. 173 i.V.m. 159.
419. Art. 7 Abs. 3 DSGVO.
420. EDÖB, Schlussbericht Once Dating, Rz. 101.

Verweigerung **der Einwilligung** informiert werden muss.[422] Dies ist nach hier vertretener Auffassung nicht erforderlicher Inhalt einer angemessenen Information,[423] kann aber je nach nachteiligen Folgen die Gültigkeit der Einwilligung mangels Freiwilligkeit in Frage stellen.[424] Hingegen ist über gegebenenfalls bestehende **Risiken** der Datenbearbeitung zu informieren.[425]

27 Die angemessene Information hat grundsätzlich durch den Verantwortlichen zu erfolgen.[426] Das Einholen einer Einwilligung **für die Bearbeitung durch einen Dritten** ist aber möglich.[427] Dies erfordert regelmässig eine namentliche Nennung des Dritten, ausser diese Angabe ergebe sich genügend klar aus den Umständen, wie das beispielsweise im Falle von Gruppengesellschaften der Fall sein kann.[428]

28 Die zur Verfügung gestellten Informationen sind nach dem **Vertrauensprinzip** auszulegen, d.h. wie sie die betroffene Person verstehen durfte und musste.[429] Auszugehen ist dabei von einer durchschnittlich verständigen Person des angesprochenen Adressatenkreises.[430] Abzulehnen ist somit die Lehrmeinung, welche stattdessen auf die Fähigkeiten der individuell betroffenen Person abstellen möchte.[431]

29 Die angemessene Information hat **präzise, transparent und verständlich** zu erfolgen.[432] Sie sollte in derjenigen Sprache verfasst werden, in welcher der Verantwortliche seine der Bearbeitung zugrunde liegenden Leistungen

421. Vasella, Once Dating; zur Freiwilligkeit s. unten N. 32 ff.
422. Botschaft 2003, S. 2127 (Hervorhebung hinzugefügt); BSK-Maurer-Lambrou/Steiner, Art. 4 aDSG N. 16f.; CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 85; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 19.
423. Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 96.
424. S. dazu unten N. 33.
425. BVGer A-3908/2008 vom 4.8.2009 E. 4.2; Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 73 f.; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 21 sowie 23 in fine; SHK-Baeriswyl, Art. 6 DSG N. 90 f.; SHK-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 34.
426. SKH-Baeriswyl, Art. 6 DSG N. 88.
427. Bühlmann/Schüepp, Rz. 87; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 24; vgl. für mehrere (gemeinsame) Verantwortliche auch EDPB, Rz. 65.
428. Vgl. die Konstellation in BVGer A-3548/2018 vom 19.3.2019 E. 4.8.3; Bühlmann/Schüepp, Rz. 88 ff.; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 24.
429. OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 20.
430. Bühlmann/Schüepp, Rz. 58; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 20; vgl. auch Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 74.
431. So aber CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 86; Haas, Rz. 609 ff.; Fasnacht, Rz. 264.
432. Analog Art. 13 DSV; vgl. auch SHK-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 34.

erbringt.[433] Die Form der Information kann mündlich oder schriftlich erfolgen; aus Beweisgründen empfiehlt sich jedoch ein Nachweis in Textform.[434] Müssen die Informationen über die Bearbeitung, in welche eingewilligt wird, zerstückelt und aus mehreren Stellen in einem Dokument zusammengetragen werden, kann dies gegen das Vorliegen angemessener Information sprechen.[435]

Die Information muss **vor Erteilung der Einwilligung** zur Kenntnis genommen werden können.[436] Eine Bedenkfrist kann je nach Sensitivität der Bearbeitung angezeigt sein.[437] So verlangt Art. 16 Abs. 3 HFG beispielsweise die Einräumung einer angemessenen Bedenkfrist, bevor die betroffene Person in ein Forschungsprojekt einwilligt. 30

Ob die Information tatsächlich zur Kenntnis genommen wird, ist nicht von Belang. Massgebend ist einzig, ob eine **zumutbare Möglichkeit zur Kenntnisnahme** der Information bestand.[438] Bei einer Globalübernahme, d.h. der Einwilligungserteilung ohne Kenntnisnahme der Information (weil diese bspw. nur in verlinkten AGB[439] oder einer Datenschutzerklärung vorzufinden ist), gelten ungewöhnliche Klauseln nicht (**Ungewöhnlichkeitsregel**).[440] Daher kann es angezeigt sein, ungewöhnliche Aspekte gesondert hervorzuheben.[441] 31

F. Freiwilligkeit

Die Einwilligung muss freiwillig erteilt werden, d.h. **Ausdruck des freien Willens** der betroffenen Person sein.[442] Dabei besteht eine Wechselwirkung mit der Erforderlichkeit der angemessenen Information.[443] Sofern die 32

433. Bühlmann/Schüepp, Rz. 60; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 22.
434. Dal Molin, § 1 Rz. 231; CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 87; Fasnacht, Rz. 250; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 25.
435. Vgl. BVGer A-3548/2018 vom 19.3.2019 E. 4.8.4; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 26; grosszügiger Bühlmann/Schüepp, Rz. 111, wonach nur in Extremfällen wie bei der Verteilung auf mehrere Dokumente oder faktischer Vereitelung der Kenntnisnahme keine Informiertheit anzunehmen sei.
436. SHK-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 33.
437. Fasnacht, Rz. 254; Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 76.
438. Bühlmann/Schüepp; Rz. 57; Dal Molin, § 1 Rz. 231.
439. Kritisch hierzu Bühlmann/Schüepp, Rz. 96.
440. Vgl. OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 20 sowie 29.
441. OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 27.
442. BVGer A-3908/2008 vom 4.8.2009 E. 4.2; SHK-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 37.

angemessene Information fehlt, kann auch keine Freiwilligkeit angenommen werden.[444] Nicht freiwillig erfolgt eine Einwilligung zudem, welche durch **Täuschung, Drohung oder Zwang** zustande gekommen ist.[445]

33 Das DSG kennt kein an Art. 7 Abs. 4 DSGVO angelehntes **Koppelungsverbot**,[446] wobei dessen Existenz und Tragweite unter der DSGVO umstritten ist.[447] Dennoch bestehen auch unter Schweizer Recht Ausprägungen der unzulässigen Koppelung einer Einwilligung, deren Hürden aber höher als unter der DSGVO sind.[448] Eine Einwilligung soll insbesondere dann nicht freiwillig sein, wenn durch eine Verweigerung der Einwilligung ein Nachteil resultiert, welcher keinen Bezug zum Bearbeitungszweck hat oder diesem gegenüber unverhältnismässig ist.[449] Ein sonstiger Nachteil aufgrund der Verweigerung einer Einwilligung beeinträchtigt hingegen die Gültigkeit der Einwilligung nicht.[450]

34 **Beispiele**:[451] Freiwillig erteilt und zulässig ist die Einwilligung zur Überprüfung der Kreditwürdigkeit zwecks Bezugs einer Kreditkarte, da ohne Einwilligung der Nachteil des Nichterhalts der Kreditkarte verhältnismässig ist.[452] Die Unmöglichkeit der Teilnahme an einem Versicherungsprogramm hat einen direkten Bezug zur Datenbearbeitung, für welche eine Einwilligung eingeholt wird; und auch der Umstand, dass mit geldwerten Vorteilen und Bargeldboni in der Höhe von maximal CHF 75.00 pro Jahr bei nur grundversicherten Personen geworben wird, stellt die Freiwilligkeit der Einwilligung nicht in Frage.[453] Als nicht freiwillig erteilt, weil

443. Fasnacht, Rz. 273.
444. Haas, Rz. 585; Rosenthal/Jöhri, Art. 13 aDSG N. 4; SHK-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 37; Vasella, Einwilligung, Rz. 14.
445. BVGer A-3908/2008 vom 4.8.2009 E. 4.2; BSK-Rampini, Art. 13 aDSG N. 6; Fasnacht, Rz. 295; SHK-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 37; differenzierend Rosenthal/Jöhri Art. 4 aDSG N. 95.
446. Bühlmann/Schüepp, Rz. 31; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 34; Rosenthal, nDSG, Rz. 30; SHK-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 38; Steiner, S. 107.
447. Vgl. Schulz, Art. 7 DS-GVO N. 22 ff.
448. Rosenthal, nDSG, Fn. 28; SHK-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 38.
449. BGE 138 I 331 E. 7.4.1; Botschaft 2003, S. 2127; BSK-Maurer-Lambrou/Steiner, Art. 4 aDSG N. 16f; BSK-Rampini, Art. 13 aDSG N. 6; Fasnacht, Rz. 274; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 36.
450. Botschaft 2003, S. 2127.
451. Vgl. für weitere Beispiele Fasnacht, Rz. 283 ff.; Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 97 f.
452. Botschaft 2003, S. 2127.
453. BVGer A-3548/2018 vom 19.3.2019 E. 4.7.

unverhältnismässig, gilt hingegen die Drohung der Kündigung bei Nichtzustimmung zu einer im Arbeitsvertrag nicht vorgesehenen Datenbearbeitung.[454]

Teilweise wird Freiwilligkeit nur angenommen, wenn eine **zumutbare Handlungsalternative** besteht.[455] Nach hier vertretener Auffassung bedarf es abgesehen von Ausnahmesituationen (insb. marktbeherrschende Stellung, soziale oder faktische Abhängigkeiten) für die Bejahung der Freiwilligkeit nicht einer Alternative. Deshalb kann der betroffenen Person bei Nichterteilung der Einwilligung die Inanspruchnahme einer Leistung grundsätzlich verweigert werden.[456] 35

Die Frage der Freiwilligkeit einer Einwilligung ist vor allem im **Arbeitsverhältnis** umstritten. Teilweise wird argumentiert, es fehle in diesem Kontext an der notwendigen Freiwilligkeit[457] bzw. jede über Art. 328b OR hinausgehende Datenbearbeitung sei unzulässig.[458] Andere Autoren sehen den Rahmen der Freiwilligkeit lediglich enger gesteckt,[459] indem beispielsweise eine zumutbare Handlungsalternative für die Arbeitnehmenden zur Verfügung stehen müsse.[460] Die wohl herrschende Lehre sowie der EDÖB erachten eine über Art. 328b Abs. 1 OR hinausgehende Datenbearbeitung nur dann als zulässig, wenn diese für die Arbeitnehmenden von Vorteil bzw. in deren Interesse ist (Art. 362 OR).[461] Und wiederum andere Autoren erachten auch zuungunsten der Arbeitnehmenden von Art. 328b OR 36

454. Botschaft 2003, S. 2127.
455. BVGer A-3908/2008 vom 4.8.2009 E. 4.2 sowie 4.5; BSK-Rampini, Art. 13 aDSG N. 6.
456. Bühlmann/Schüepp, Rz. 31 sowie 34; CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 90; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 35; Vasella, Einwilligung, Rz. 17 f.; differenzierend Fasnacht, Rz. 299; Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 95; unklar SHK-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 37.
457. OFK-Steiner/Laux, Art. 31 DSG N. 11.
458. OGer ZH LA180031-O/U vom 20.3.2019 E. 2.c.aa und 2.c.cc; OGer ZH LA180019-O/U vom 15.3.2019 E. IV.2d/cc; in Abkehr zur früheren Rechtsprechung OGer ZH LA180002-O/U vom 20.3.2018 E. 5.1; OGer ZH LA160028-O/U vom 22.12.2016 E. 5.4; Pärli, Arbeitnehmerpersonendaten, Rz. 20; SHK-Pärli, Art. 328b OR N. 24; unklar BK-Rehbinder/Stöckli, Art. 328b N. 12.
459. OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 37; sinngemäss auch KUKO-Pietruszak, Art. 328b OR N. 1b.
460. Dal Molin, § 1 Rz. 231; s. zur Handlungsalternative allgemein oben N. 35.
461. BSK-Portmann/Rudolph, Art. 328b OR N. 26; BSK-Rampini, Art. 13 aDSG N. 7; Domenig/Mitscherlich/Lutz, Rz. 172; EDÖB, Arbeitgeber; Haas, Rz. 738 sowie 855; Kasper, S. 196 f.; OFK-Pellascio, Art. 328b OR N. 9; Streiff/von Kaenel/Rudolph, Art. 328b OR N. 3; Uttinger/Geiser, Rz. 2.88.

abweichende Einwilligungen unter Umständen als gültig.[462] Gemäss Bundesgericht soll eine Datenbearbeitung entgegen Art. 328b OR zwar rechtswidrig sein, aber auf einen Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 13 aDSG gestützt werden können.[463] Dieser Auffassung zufolge handelt sich somit bei Art. 328b OR um einen Bearbeitungsgrundsatz und nicht eine Verbotsnorm.[464] Die knappen Ausführungen hierzu werden in der Lehre jedoch kritisiert.[465] Das Bundesgericht hat seine Auffassung in der Folge bestätigt, ohne aber auf seinen früheren Entscheid Bezug genommen zu haben.[466]

37 Nach hier vertretener Auffassung sind Einwilligungen im Arbeitsverhältnis nicht per se ausgeschlossen und es kann auch **in Bearbeitungen, die über Art. 328b Abs. 1 OR hinausgehen, eingewilligt werden**. Entscheidend ist dabei, ob angemessen informiert wurde und von tatsächlicher Freiwilligkeit in Form einer Ablehnungsmöglichkeit ohne nachteilige Konsequenzen auszugehen ist oder nicht.[467] So kann bspw. in die Veröffentlichung von Fotos von Mitarbeitenden ohne Kundenkontakt im Internet oder gar zu Werbezwecken eingewilligt werden,[468] sofern über die entsprechende Bearbeitung informiert wurde und effektive Wahlfreiheit der Arbeitnehmenden besteht. Für diese Beurteilung kann die Position der Angestellten sowie der Arbeitsnehmenden-Lebenszyklus (Bewerbung, laufendes Arbeitsverhältnis, Beendigung)[469] massgebend sein. Von fehlender Freiwilligkeit wäre hingegen in dem in N. 34 zuletzt genannten Beispiel auszugehen.

38 Im europäischen Kontext ist für die Frage der Freiwilligkeit v.a. im Bereich der Cookie-Banner die Thematik der sog. **Dark Patterns bzw. Nudging** zu beachten. Das Verleiten der Nutzer zum Erteilen einer Einwilligung, bspw. durch ungleiche farbliche Gestaltung und Grösse des „Annehmen"- und „Ablehnen"-Buttons oder Mehraufwand für das Ablehnen (indem z.B. ein

462. Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 102 f.; Rosenthal/Jöhri, Art. 328b OR N. 30 sowie 65.
463. BGer 4A_518/2020 vom 25.8.2021 E. 4.2.4; kritisch hierzu Pärli, Arbeitnehmerpersonendaten, Rz. 20.
464. Pärli, Arbeitnehmerpersonendaten, Rz. 20; SHK-Pärli, Art. 328b OR N. 13.
465. Pärli, Arbeitnehmerpersonendaten, Rz. 20; SHK-Pärli, Art. 328b OR N. 13; Uttinger/Geiser, Rz. 2.88.
466. BGer 4A_436/2020 vom 28.4.2022 E. 7.4.2.
467. Ähnlich Ferrari-Visca/Reichlin, § 7 Rz. 34; vgl. auch EDPB, Rz. 22 f.
468. Vgl. Rosenthal/Jöhri, Art. 328b OR N. 36 sowie 41.
469. Vgl. Kasper, S. 223 f.

„Alle Ablehnen"-Button erst auf der zweiten Darstellungsebene, nach Klick auf „Weiteres" angeboten wird), stellt nach der Rechtsprechung und Auffassung von Aufsichtsbehörden die Freiwilligkeit in Frage. Ob diese Entwicklung in der Schweiz auch an Bedeutung gewinnen wird, ist fraglich. Denn nach Schweizer Recht bedarf es grundsätzlich keiner Einwilligung in Cookies.[470] Der hierfür massgebliche Art. 45c lit. b FMG verlangt lediglich, dass die Benutzer „über die Bearbeitung und ihren Zweck informiert und darauf hingewiesen werden, dass sie die Bearbeitung ablehnen können." Diesbezüglich gilt es jedoch die weitere Entwicklung zu beobachten, da der EDÖB und andere Stimmen für Tracking in der Regel eine zu rechtfertigende Persönlichkeitsverletzung annehmen.[471]

Die DSGVO verlangt, dass bei verschiedenen Bearbeitungsvorgängen **granular** eingewilligt werden kann.[472] Das ist ein Grund dafür, wieso europarechtskonforme Cookie-Banner oftmals die Möglichkeit bieten, in jedes einzelne Cookie separat einzuwilligen. Über die Sinnhaftigkeit einer solchen Granularität bei Cookies kann man sich freilich streiten. Denn es ist eher unwahrscheinlich, dass eine Person ihre Einwilligung in gewisse, einzelne Cookies erteilen möchte und in andere nicht. Da sich ein solches Erfordernis der Granularität jedenfalls dem DSG nicht entnehmen lässt, kann dies höchstens in Ausnahmefällen gefordert werden.[473] 39

G. Eindeutigkeit

Der **Entwurf des DSG** sah noch vor, dass die Einwilligung „eindeutig" erteilt werden müsse.[474] Die Botschaft führt hierzu aus, aus der Erklärung der betroffenen Person müsse deren Wille zweifelsfrei hervorgehen, was von den Umständen des Einzelfalls abhänge und die Zustimmung müsse gestützt auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz umso eindeutiger sein, je sensibler die fraglichen Personendaten seien.[475] 40

Vom **Parlament** wurde das Erfordernis der Eindeutigkeit jedoch **fallen gelassen**[476] und fand somit nicht Eingang in den Wortlaut von Art. 6 Abs. 6 41

470. Rosenthal/Jöhri, Art. 45c FMG N. 28.
471. EDÖB, Tracking; Domenig/Mitscherlich/Lutz, Rz. 247.
472. Erwägungsgrund 43 DSGVO, vgl. auch Erwägungsgrund 32; teilweise wird dies auch aus dem Kriterium des bestimmten Zwecks gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO abgeleitet.
473. Bühlmann/Schüepp, Rz. 31.
474. Vgl. Entwurf DSG, S. 7209.

DSG. In der Lehre hat aber offenbar für Verwirrung gesorgt, dass die Botschaft Bezug auf dieses Kriterium nimmt.[477]

42 Bereits die Botschaft 2003 hatte ausgeführt, dass gestützt auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz eine Zustimmung umso klarer zu erfolgen habe, je sensibler die fraglichen Personendaten seien.[478] Damit ist die Deutlichkeit der Willenserklärung betroffen, wodurch Parallelen mit dem in der **DSGVO** vorzufindenden Kriterium der „**eindeutig bestätigenden Handlung**" bestehen. Als Alternative zur „Erklärung" stellt dies den zweiten Anwendungsfall der „unmissverständlich abgegebenen Willensbekundung" gemäss Art. 4 Nr. 11 DSGVO dar. Mangels entsprechenden Kriteriums im DSG kann im Unterschied zur DSGVO[479] daraus jedoch nicht abgeleitet werden, dass die Einwilligung etwa mittels **vorangekreuzter Kästchen** unzulässig ist.[480] Dies steht auch nicht zwingend im Widerspruch zur Voraussetzung von „Privacy by Default" gemäss Art. 7 Abs. 3 DSG.[481]

43 Eine Auslegung des Kriteriums der Eindeutigkeit im Einklang mit dem revidierten Übereinkommen **SEV 108** würde hingegen erfordern, dass eine Einwilligung „**unmissverständlich**" erfolgt.[482] Dieses Erfordernis kann sich sowohl auf die Form als auch auf den Inhalt der Erklärung beziehen. Die Botschaft legt den Schluss nahe, dass sich das Element auf die Form bezog.[483] Sofern das der Fall sein sollte, hat der Gesetzgeber diesem Formerfordernis dadurch Rechnung getragen, dass eine Einwilligung durch Stillschweigen grundsätzlich nicht genügt.[484] Soweit der Inhalt betroffen sein soll, gilt

475. Botschaft 2017, S. 7027.
477. Vgl. SHK-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 36; Uttinger/Geiser, Rz. 2.84.
478. Botschaft 2003, S. 2127 f.
479. Vgl. Erwägungsgrund 32.
480. Rosenthal, Vorentwurf, Rz. 29; vgl. auch Rosenthal, Entwurf, Rz. 37; Rosenthal, nDSG, Rz. 30; a.M. CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 79.
481. Vgl. OFK-Spacek, Art. 7 DSG N. 26; Rosenthal, Entwurf, Rz. 44; Rosenthal, nDSG, Rz. 50.
482. Art. 5 Abs. 2 (BBl 2020, S. 603).
483. Botschaft 2017, S. 7027, wonach die eindeutige Einwilligung auch stillschweigend erfolgen könne (hierzu N. 46 f. unten), und Botschaft 2017, S. 7028: „‚Ausdrücklich' ist eine erhöhte Anforderung an die ‚eindeutige' Einwilligung gemäss Satz 1 dieser Bestimmung" (zur Ausdrücklichkeit N. 49 ff. unten).
484. S. dazu unten N. 47; a.M. SHK-Baeriswyl, Art. 6 DSG N. 103: „Die ER-Konv 108+ verlangt bei allen Datenkategorien und -bearbeitungen eine unmissverständliche Einwilligung. Art. 6 Abs. 7 DSG ist deshalb problematisch, da sie die Vorgabe von Art. 5 ER-Konv 108+ einschränkt, obwohl sie generell zu beachten ist."

ohnehin der Grundsatz, dass die Anforderungen gestützt auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz variieren.[485] Damit käme nach Schweizer Recht dem Kriterium der Eindeutigkeit keine eigenständige Bedeutung zu.[486]

H. Form

Die Einwilligung kann **formfrei** erteilt werden.[487] Abgesehen von gesetzlichen Ausnahmen[488] sind daher auch mündliche Einwilligungen möglich.[489] Da der Datenbearbeiter die Beweislast für eine Einwilligung trägt,[490] drängt sich jedoch eine dokumentierbare Einwilligung auf.[491] Dies relativiert zumindest faktisch die grundsätzliche Formfreiheit. 44

Einwilligungen können grundsätzlich auch im Rahmen von **AGB** eingeholt werden.[492] Erfolgt hierbei eine Globalübernahme, greift jedoch die Ungewöhnlichkeitsregel, wonach zulasten der betroffenen Person ungewöhnliche Einwilligungen unwirksam sind.[493] Zudem kommt die Unklarheitsregel zum Zug, wonach unklare Formulierungen im Zweifel zulasten des Verfassers gehen.[494] 45

Ausser für den Fall der erforderlichen Ausdrücklichkeit von Art. 6 Abs. 7 DSG[495] kann die Einwilligung auch **konkludent** erteilt werden. Hierbei ergibt sich die Willenserklärung nicht aus der Erklärung selbst, sondern aus einem 46

485. Rosenthal, Vorentwurf, Rz. 28; Rosenthal, Entwurf, Rz. 37.
486. Rosenthal, Vorentwurf, Rz. 28; Rosenthal, Entwurf, Rz. 37; im Ergebnis ebenso CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 92.
487. Botschaft 2017, S. 7027; BSK-Rampini, Art. 13 aDSG N. 9; Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 77; SHK-Baeriswyl, Art. 6 DSG N. 83; SHK-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 35.
488. Bspw. Art. 16 Abs. 1 HFG (vgl. jedoch die Ausnahmen in Art. 9 HFV); Art. 84a Abs. 5 lit. b KVG (vgl. hierzu BVGer A-3548/2018 vom 19.3.2019 E. 4.8.4); Art. 50a Abs. 4 lit. b AHVG.
489. BSK-Rampini, Art. 13 aDSG N. 9.
490. CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 80; Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 77; George, S. 180 Fn. 813; Uttinger/Geiser, Rz. 2.87.
491. BSK-Rampini, Art. 13 aDSG N. 9; CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 80; Dal Molin, § 1 Rz. 233; George, S. 180; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 39; Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 77.
492. BSK-Rampini, Art. 13 aDSG N. 13; CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 80; Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 90; SHK-Baeriswyl, Art. 6 DSG N. 51; kritisch Aebi-Müller, Rz. 764; BSK-Maurer-Lambrou/Steiner, Art. 4 aDSG N. 16i; SHK-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 35.
493. BSK-Rampini, Art. 13 aDSG N. 13; Bühlmann/Schüepp, Rz. 63; Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 90.
494. Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 90.
495. Dazu unten N. 49 ff.

Verhalten, welches aufgrund der Umstände als eindeutiger Ausdruck des Willens verstanden werden kann.[496] Dies ist bspw. der Fall, wenn die betroffene Person ihre Daten selbst zugänglich macht.[497]

47 Für die konkludente Einwilligung wird oftmals das Synonym der stillschweigenden Einwilligung[498] verwendet, was aber zu vermeiden ist.[499] Denn **Schweigen oder Untätigkeit** führt grundsätzlich nicht zu einer gültigen Einwilligung (vgl. Art. 6 OR), ausser die Parteien haben Stillschweigen als Zustimmung vereinbart.[500]

48 In Ausnahmefällen ist bei Dringlichkeit eine **mutmassliche Einwilligung** denkbar, bspw. im Falle bewusstloser Patienten.[501] Die Bedeutung solcher Einwilligungen ist jedoch vernachlässigbar, da in diesen Fällen wohl ohnehin eine Rechtfertigung aufgrund überwiegendem Interesse der betroffenen Person greifen würde.[502] Teilweise wird die mutmassliche Einwilligung von der **hypothetischen** unterschieden. Demnach soll eine Einwilligung trotz fehlen angemessener Information gültig sein, da die betroffene Person auch bei umfassender Information eingewilligt hätte.[503] Dafür besteht hingegen kaum Raum,[504] ausser die betroffene Person genehmigt dies nachträglich in Form eines Verzichts auf die Geltendmachung von Ansprüchen.[505]

III. AUSDRÜCKLICHE EINWILLIGUNG (ART. 6 ABS. 7 DSG)

49 Ist für die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten, ein Profiling mit hohem Risiko durch eine private Person oder ein Profiling durch ein Bundesorgan eine Einwilligung erforderlich, so hat diese ausdrücklich zu erfolgen.[506] Damit besteht auch bei diesen Bearbeitungsvorgängen **kein generelles Einwilligungserfordernis**.[507] Obwohl Äusserungen in der

496. Botschaft 2017, S. 7027.
497. BSK-Rampini, Art. 13 aDSG N. 9; Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 79.
498. Botschaft 2003, S. 2127; Botschaft 2017, S. 7027 f.
499. OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 41.
500. Botschaft 2017, S. 7027 f.; BSK-Rampini, Art. 13 aDSG N. 11; CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 79; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 42; Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 80 f.
501. BVGer A-7040/2009 vom 30.3.2011 E. 10.5.1; BSK-Rampini, Art. 13 aDSG N. 12; vgl. auch CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 83.
502. CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 83; Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 112.
503. CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 88; Haas, Rz. 878 sowie 910 ff.; Fasnacht, Rz. 317.
504. CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 88.
505. Dazu oben N. 15.

parlamentarischen Debatte teilweise Gegenteiliges nahelegten,[508] der Wortlaut von Art. 6 Abs. 7 DSG dies im Unterschied zu demjenigen von Art. 6 Abs. 6 DSG nicht einleitend vorwegnimmt[509] und der EDÖB sowie die Lehre teilweise das Gegenteil vertreten, ergibt sich dies aus der Klarstellung in der parlamentarischen Beratung[510] sowie dem Umstand, dass keine Änderung der Rechtslage erfolgen sollte.[511]

Das Kriterium der Ausdrücklichkeit ist **zusätzlich zu den Voraussetzungen von Art. 6 Abs. 6 DSG** zu beachten.[512] In Art. 4 Abs. 5 aDSG sowie im Vorentwurf zum DSG kam dies besser zum Ausdruck, da die „normale" sowie ausdrückliche Einwilligung im selben Absatz geregelt waren und der Zusatz „zudem" dies klargestellt hatte.[513] 50

Umstritten ist, ob sich das verschärfende Element der Ausdrücklichkeit nur auf die Form oder auch auf den Inhalt der Einwilligung bezieht.[514] In Bezug auf die **Form** wird ausdrücklich als **Gegenteil von konkludent** verstanden.[515] Eine schriftliche Einwilligung wird aber nicht verlangt.[516] Gestützt auf Art. 1 OR ist für die Frage der Ausdrücklichkeit massgebend, ob der geäusserte Wille 51

506. Darüber hinaus verlangen bspw. auch Art. 17 Abs. 1 lit. a und 21 Abs. 3 lit. b DSG eine „ausdrückliche" Einwilligung. Die Mitteilung von Personendaten über die Gesundheit durch eine von der betroffenen Person bezeichneten Gesundheitsfachperson bedarf gemäss Art. 25 Abs. 3 DSG der Einwilligung. Die hierzu erforderliche Bekanntgabe von besonders schützenswerten Personendaten an Dritte führt ebenfalls dazu, die Einwilligung ausdrücklich zu erfolgen hat.
507. Dal Molin, § 1 Rz. 235; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 44; Rosenthal, nDSG, Rz. 32; SHK-Baeriswyl, Art. 6 DSG N. 104; wohl a.M. Uttinger/Geiser, Rz. 2.89.
508. Votum Fässler, AB 2019 SR S. 1240 f.; Votum Fluri, AB 2019 NR S. 1787.
509. „Ist die Einwilligung der betroffenen Person erforderlich, [...]."
510. Votum Fässler, AB 2019 SR S. 1246; Votum Keller-Sutter, AB 2019 NR S. 1788.
511. Botschaft 2017, S. 7028.
512. OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 44.
513. Im Entwurf wurde der Zusatz „zudem" gestrichen, die ausdrückliche Einwilligung war aber nach wie vor im gleichen Absatz mit den übrigen Voraussetzungen (Art. 5 Abs. 6, BBl 2017, S. 7209).
514. Vgl. Vasella, Einwilligung, Rz. 25 und 27 m.w.H.; George, S. 181 m.w.H.
515. Botschaft 2003, S. 2127; Botschaft 2017, S. 7028; CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 96; George, S. 181; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 43; OFK-Kunz, Art. 17 DSG N. 4; Rosenthal, nDSG, Rz. 32; SHK-Baeriswyl, Art. 6 DSG N. 101; SHK-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 40; Vasella, Einwilligung, Rz. 26 sowie 35; nach Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 83, bezieht sich die ausdrückliche Einwilligung hingegen auf den Inhalt. Zutreffend ist diesbezüglich jedenfalls die Feststellung, dass auch eine konkludente Willenserklärung immer eine Inhaltskomponente aufweist (Rosenthal, Vorentwurf, Rz. 31 ff.).

aus der Willenserklärung in Form von geschriebenen oder gesprochenen Worten oder einem Zeichen unmittelbar hervorgeht.[517] Mit anderen Worten muss die Willensäusserung als solche durch ihre Art und Weise bereits Klarheit über den Willen schaffen.[518] Beispiele für ausdrückliche Zeichen sind das aktive Ankreuzen eines Kästchens,[519] die aktive Auswahl bestimmter technischer Parameter für IT-Dienste, das zustimmende Kopfnicken im Rahmen von ärztlichen Behandlungen oder das Öffnen des Mundes zur Entnahme von Wangenschleimhaut nach entsprechender Aufklärung.[520] Aus Gründen der Beweislast drängt sich aber wiederum eine dokumentierbare Einwilligung auf.[521]

52 Nach einem Teil der Lehre[522] und dem EDÖB[523] bezieht sich die Ausdrücklichkeit auch auf den **Inhalt**. Das affirmative Verhalten soll sich bei einer ausdrücklichen Einwilligung auf die betreffende Datenbearbeitung beziehen und nicht lediglich auf die Handlung, welche diese Datenbearbeitung nur zur Folge hat.[524] Eine Einwilligung in den Erhalt personalisierter Werbung würde somit nicht eine ausdrückliche Einwilligung in das der Werbung zugrundeliegende Profiling mit hohem Risiko beinhalten.[525]

53 Nach hier vertretener Auffassung bezieht sich das Erfordernis der Ausdrücklichkeit auf die **Form der Einwilligung und nicht deren Inhalt**. Die Botschaft 2003 führt aus: „die Einwilligung ist nicht an eine bestimmte Form gebunden und kann stillschweigend bzw. durch konkludentes Handeln erfolgen, sofern es nicht um die Bearbeitung von besonders schützenswerten Daten oder Persönlichkeitsprofilen geht. Bereits heute wird gemäss dem

516. CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 96; Rosenthal, nDSG, Rz. 32; SHK-Baeriswyl, Art. 6 DSG N. 101; SHK-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 40; Vasella, Einwilligung, Rz. 28 sowie 31.
517. Botschaft 2017, S. 7028.
518. Botschaft 2017, S. 7028 mit Verweis auf Vasella, Einwilligung, Rz. 26 f.
519. A.M., wonach auch bereits angekreuzte Kästchen eine ausdrückliche Einwilligung darstellen können OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 45; Rosenthal, nDSG, Rz. 30 Fn. 27.
520. Botschaft 2017, S. 7028.
521. Dazu oben N. 44.
522. Bühlmann/Schüepp, Rz. 114; CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 96; OFK-Kunz, Art. 17 DSG N. 4; Rosenthal, Vorentwurf, Rz. 31 f.; Rosenthal, nDSG, Rz. 32.
523. EDÖB, Schlussbericht KSS Schaffhausen, S. 9.
524. Bühlmann/Schüepp, Rz. 116; George, S. 181; Rosenthal, Vorentwurf, Rz. 32; Rosenthal, nDSG, Rz. 32.
525. Rosenthal, nDSG, Rz. 32.

Verhältnismässigkeitsgrundsatz davon ausgegangen, dass die Zustimmung umso klarer zu erfolgen hat, je sensibler die fraglichen Personendaten sind." Für den zweiten Satz verweist die Botschaft auf eine Literaturstelle,[526] welche ausdrücklich als Gegenbegriff zu konkludent versteht.[527] Das historische Auslegungselement[528] bestätigt diesen Befund,[529] zumal gemäss Botschaft 2017 nicht von der aktuellen Rechtslage abgewichen werden soll.[530]

IV. WIDERRUF

Eine Einwilligung kann **jederzeit und ohne Begründung** widerrufen werden.[531] Ein Widerruf zur Unzeit kann jedoch Schadenersatzpflicht auslösen.[532] Wirkung entfaltet ein Widerruf sodann nur für die **Zukunft**, womit die Rechtmässigkeit bereits erfolgter Bearbeitungen nicht vom Widerruf tangiert ist.[533] Bisherige Datenbearbeitungen können aber aufgrund von Willensmängeln angefochten werden.[534] Gestützt auf eine Einwilligung bearbeitete Daten müssen gegebenenfalls gelöscht werden, sofern für deren weitere Bearbeitung in Form der andauernden Speicherung eine andere Rechtfertigung fehlt.[535] 54

526. Brühwiler-Frésey Lukas, Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht, Zürich 1996, S. 87.
527. Vasella, Einwilligung, Rz. 32.
528. Vgl. zum grammatikalischen sowie teleologischen Auslegungselement Vasella, Einwilligung, Rz. 33 f.
529. Votum Huber, AB 2005 NR S. 1438: „Bei normalen Personendaten kann diese Zustimmung auch konkludent erfolgen, bei besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen muss sie ausdrücklich und in beiden Fällen muss sie freiwillig erfolgen."
530. Botschaft 2017, S. 7028, obwohl die zusätzlichen Ausführungen dort nur Verwirrung stiften, indem ausgeführt wird, dass „ausdrücklich" als erhöhte Anforderung an „eindeutig" zu verstehen sei und die Tragweite der Anforderungen an die „Ausdrücklichkeit" im aktuellen Recht umstritten sei.
531. Fasnacht, Rz. 325; George, S. 190; Haas, Rz. 544 sowie 548; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 47.
532. Aebi-Müller, Rz. 214; BSK-Rampini, Art. 13 aDSG N. 14; CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 77; Fasnacht, Rz. 326; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 50; Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 105.
533. OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 49; Fasnacht, Rz. 326; George, S. 190; Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 104; Uttinger/Geiser, Rz. 2.86.
534. Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 104; SHK-Baeriswyl, Art. 6 DSG N. 84.
535. Vgl. EDPB, Rz. 117 sowie 119.

55 Gemäss Bundesgericht können nicht zum Kernbereich der menschlichen Existenz gehörende Persönlichkeitsgüter wie Name, Stimme oder Bild **unwiderruflich** ausgestaltet werden, sofern bei der vertraglichen Verpflichtung wirtschaftliche Interessen im Vordergrund stehen.[536] Inwiefern sich diese Überlegungen des Rechts am eigenen Bild verallgemeinern lassen, ist jedoch nicht restlos klar.[537] Denn im zu beurteilenden Fall war u.a. entscheidend, dass ein Widerruf gegen Bezahlung einer moderaten Rücktrittsentschädigung in Form einer Konventionalstrafe möglich war.[538]

V. RECHTSFOLGEN BEI FEHLENDER, UNGÜLTIGER ODER WIDERRUFENER EINWILLIGUNG

56 Bedarf eine bestimmte Bearbeitung einer Einwilligung und liegt diese nicht (rechtzeitig) vor bzw. erfüllt sie die Gültigkeitsvoraussetzungen nicht, so ist die entsprechende Bearbeitung **rechtswidrig bzw. stellt eine Persönlichkeitsverletzung dar**. Wird eine Bearbeitung trotz Widerruf einer Einwilligung fortgeführt, liegt ebenfalls eine Persönlichkeitsverletzung vor (Art. 30 Abs. 2 lit. b DSG).[539]

57 In diesen Fällen kann sich ein Verantwortlicher **subsidiär auf andere Rechtfertigungsgründe** (Art. 31 DSG) berufen.[540] Greift hingegen auch kein anderer Rechtfertigungsgrund, bestehen Ansprüche gegen private Verantwortliche (Art. 32 Abs. 2 DSG) bzw. Bundesorgane (Art. 41 DSG) und es erfolgen gegebenenfalls Untersuchungs- und Verwaltungsmassnahmen durch den EDÖB (Art. 49 ff. DSG).[541]

58 Eine Verletzung von Art. 6 Abs. 6 und 7 DSG ist **nicht direkt strafbewehrt**.[542] Eine indirekte Bestrafung kommt aber insbesondere bei der Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland gestützt auf eine ungültige[543] oder

536. BGE 136 III 401 E. 5.2.2; a.M. ohne Bezugnahme auf den Bundesgerichtsentscheid SHK-Baeriswyl, Art. 6 DSG N. 84.
537. Aebi-Müller, ZBJV, S. 338 f.; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 48.
538. BGE 136 III 401 E. 5.2.2 sowie 5.2.3.
539. CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 77; George, S. 190.
540. CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 77 sowie 82; Dal Molin, § 1 Rz. 236; Fasnacht, Rz. 326; George, S. 190; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 49; Rosenthal/Jöhri, Art. 4 aDSG N. 71 sowie 105 sowie Art. 13 aDSG N. 3; Uttinger/Geiser, Rz. 2.86.
541. OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 51.
542. OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 52; Uttinger/Geiser, Rz. 2.87.

widerrufene Einwilligung infrage, sofern die Bekanntgabe gestützt auf diesen Einwilligungstatbestand fortgesetzt wurde (Art. 61 lit. a i.V.m. Art. 17 Abs. 1 lit. a DSG).[544] Zudem ist insbesondere im Bereich der elektronischen Massenwerbung bei fehlender Einwilligung gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG eine Bestrafung nach Art. 23 UWG möglich.[545]

VI. PRAXISHINWEISE

In der Praxis wird teilweise eine **Einwilligung für Bearbeitungen eingeholt, welche keine erfordern**.[546] Vereinzelt wird argumentiert, dass das Transparenzgebot[547] oder der Grundsatz von Treu und Glauben[548] gegen das Einholen von nicht notwendigen Einwilligungen sprechen. Eine solche Strenge ist in der Regel nicht angezeigt, weil die Frage der Erforderlichkeit einer Einwilligung oftmals mit einer Rechtsunsicherheit verbunden ist. Da eine Einwilligung aber jederzeit widerrufen werden kann, sollten zunächst alternative Rechtfertigungsgründe geprüft werden.[549] 59

Im Internet sind häufig Formulierungen wie „**Ich willige in die Datenschutzerklärung ein**“, „Ich akzeptiere die Datenschutzerklärung“ oder dergleichen anzutreffen.[550] Eine Datenschutzerklärung soll jedoch nur einseitig informieren und nicht einen zweiseitigen Vertrag darstellen.[551] Bei einer Globalübernahme wirkt zudem die Ungewöhnlichkeitsregel einschränkend.[552] Die Datenschutzerklärung sollte daher **nur verlinkt** und **Einwilligungen separat und zurückhaltend** eingeholt werden. 60

VII. NORMKRITIK

Gemäss der Botschaft zum neuen Datenschutzgesetz war eine Leitlinie der Revision die **Stärkung der Rechte der betroffenen Personen**, wozu auch 61

543. Wobei es bei einer eingeholten, aber ungültigen Einwilligung wohl regelmässig am Vorsatz mangeln dürfte.
544. Vgl. OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 52.
545. Art. 3 Abs. 1 lit. o i.V.m. Art. 23 Abs. 1 UWG.
546. OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 31.
547. SHK-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 13 sowie 17.
548. CR-Meier/Tschumy, Art. 6 DSG N. 82.
549. Vgl. auch OFK-Steiner/Laux, Art. 31 DSG N. 11; Rosenthal, Entwurf, Rz. 35.
550. Bühlmann/Schüepp, Rz. 35, 115 sowie 120; OFK-Klaus/Thomann, Art. 6 DSG N. 29 f.; Vasella, Einwilligung, Rz. 39 f.

die genauere Festlegung der Voraussetzungen für eine gültige Einwilligung der betroffenen Person beitragen sollte.[553] Dass dieses Ziel durch die erfolgte Präzisierung der Voraussetzungen an die Einwilligung erreicht wird, ist **nicht anzunehmen**.[554] Denn einerseits erfolgte keine Änderung der Rechtslage.[555] Andererseits werden Einwilligungserklärungen genauso wie Datenschutzerklärungen kaum gelesen.[556] Es kann ein „*information overload*"[557] sowie eine Klick-Müdigkeit[558] resultieren, v.a. wenn zusätzlich zu einer datenschutzrechtlichen Einwilligungserklärung eine Einwilligung in AGB eingeholt und die Datenschutzerklärung zur Kenntnis gebracht wird.

LITERATURVERZEICHNIS

Aebi-Müller Regina E., Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Bern 2005.

Aebi-Müller Regina E. Grenzen des Bildnisschutzes – überwiegendes Interesse des Versicherers an der Observation eines Geschädigten und Rückzug einer Einwilligung zur Publikation erotischer Bilder im Internet, ZBJV 147 (2011), S. 330-354 (zit. ZBJV).

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 6, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum DSG, 2. Aufl., Bern 2023.

Bühlmann Lukas/Schüepp Michael, Information, Einwilligung und weitere Brennpunkte im (neuen) Schweizer Datenschutzrecht, Jusletter 15.3.2021.

Dal Molin Luca, in: Dal Molin Luca/Wesiak-Schmidt Kirsten (Hrsg.), Datenschutz im Unternehmen, Zürich et al. 2023.

Domenig Benjamin/Mitscherlich Christian/Lutz Chantal, Datenschutzrecht für Schweizer Unternehmen, Stiftungen und Vereine, Bern 2022.

551. Vgl. OK-Glatthaar/Schröder, Art. 19 DSG N. 45.
552. Dazu oben N. 45.
553. Botschaft 2017, S. 6971.
554. A.M. SHK-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 27.
555. S. oben N. 1.
556. Bühlmann/Schüepp, Rz. 53.
557. Vgl. George, S. 194 f.; OK-Glatthaar/Schröder, Art. 19 DSG N. 77.
558. EDPB, Rz. 87.

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB), Datenbearbeitung durch den Arbeitgeber, 24.4.2023, abrufbar unter https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/arbeit_wirtschaft/datenbearbeitung-arbeitgeber.html, besucht am 14.10.2023 (zit. Arbeitgeber).

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB), Schlussbericht und Empfehlungen vom 3.3.2023 mit Ergänzungen vom 17.5.2023 in Sachen Once Dating AG (zit. Schlussbericht Once Dating).

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB), Schlussbericht vom 11.4.2006 sowie Anhang vom 6.11.2006 in Sachen Erhebung biometrischer Daten beim Erwerb einer Dauerkarte in den Sport- und Freizeitanlagen KSS Schaffhausen (zit. Schlussbericht KSS Schaffhausen).

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB), Tracking, 12.4.2023, abrufbar unter https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/internet_technologie/tracking.html, besucht am 14.10.2023 (zit. Tracking).

European Data Protection Board (EDPB), Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäss Verordnung 2016/679, Version 1.1, angenommen am 4.5.2020, abrufbar unter https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_de.pdf, besucht am 14.10.2023.

Fasnacht Tobias, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, Zürich 2017.

Ferrari-Visca Reto/Reichlin Jeremy, in: Dal Molin Luca/Wesiak-Schmidt Kirsten (Hrsg.), Datenschutz im Unternehmen, Zürich et al. 2023.

George Damian, Prinzipien und Rechtmässigkeitsbedingungen im privaten Datenschutzrecht, Zürich 2021.

Glatthaar Matthias/Schröder Annika, Kommentierung zu Art. 19 DSG, in: Steiner Thomas/Morand Anne-Sophie/ Hürlimann Daniel (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz, 20.8.2023, abrufbar unter https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/dsg19, besucht am 14.10.2023, DOI: https://doi.org/10.17176/20230820-133017-0.

Haas Raphaël, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Zürich 2007.

Kasper Gabriel, People Analytics in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen, Zürich et al. 2021.

Klaus Samuel/Thomann Kenzo, Kommentierung zu Art. 6 Abs 6 und 7 DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz mit weiteren Erlassen, Zürich 2023.

Kurt Pärli, Kommentierung zu Art. 328b OR, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum DSG, 2. Aufl., Bern 2023.

Kurt Pärli, BGer 4A_518/2020: Rechtswidrige Beschaffung von Arbeitnehmerpersonendaten, Jusletter 14.2.2022 (zit. Arbeitnehmerpersonendaten).

Kunz Christian, Kommentierung zu Art. 16 DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz mit weiteren Erlassen, Zürich 2023.

Maurer-Lambrou Urs/Steiner Andrea, Kommentierung zu Art. 4 aDSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor P. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014.

Meier Philippe/Tschumy Nicolas, Kommentierung zu Art. 6 DSG, in: Métille Sylvain/Meier Philippe (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi sur la protection des données, Basel 2023.

Pellascio Michael, Kommentierung zu Art. 328b OR, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland, Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016.

Pfaffinger Monika, Kommentierung zu Art. 31 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum DSG, 2. Aufl., Bern 2023.

Pietruszak Thomas, Kommentierung zu Art. 328b OR, in: Honsell Heinrich (Hrsg.), Kurzkommentar Obligationenrecht, Basel 2014.

Portmann Wolfgang/Rudolph Roger, Kommentierung zu Art. 328b OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020.

Rampini Corrado, Kommentierung zu Art. 13 DSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor P. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014.

Rehbinder Manfred/Stöckli Jean-Fritz, Kommentierung zu Art. 328b OR, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, Zürich 2010.

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter 16.11.2020 (zit. nDSG).

Rosenthal David, Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz, Jusletter 27.11.2017 (zit. Entwurf).

Rosenthal David, Der Vorentwurf für ein neues Datenschutzgesetz: Was er bedeutet, Jusletter 20.2.2017 (zit. Vorentwurf).

Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Kommentierung zu Art. 4 und 13 DSG, Art. 328b OR, Art. 45c FMG, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008.

Schulz Sebastian, Kommentierung zu Art. 7 DSGVO, in: Gola Peter/Heckmann Dirk, Datenschutz-Grundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl., München 2022.

Spacek Dirk, Kommentierung zu Art. 7 DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz mit weiteren Erlassen, Zürich 2023.

Steiner Thomas, Zwischen Autonomie und Angleichung: Eine Analyse zur Anwendung des neuen DSG im Lichte der DSGVO, in: Widmer Michael (Hrsg.), Datenschutz: Rechtliche Schnittstellen, Zürich 2023, S. 51-138.

Steiner Thomas/Laux Christian, Kommentierung zu Art. 30 und 31 DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz mit weiteren Erlassen, Zürich 2023.

Streiff Ullin/von Kaenel Adrian/Rudolph Roger, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012.

Uttinger Ursula/Geiser Thomas, Das neue Datenschutzrecht, Basel 2023.

Vasella David, Kommentierung zu Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG, in: Heizmann Reto/Loacker Leander D., UWG Kommentar, Zürich et al. 2018.

Vasella David, Zur Freiwilligkeit und zur Ausdrücklichkeit der Einwilligung im Datenschutzrecht, Jusletter 16.11.2015 (zit. Einwilligung).

Vasella, EDÖB: Schlussbericht und Empfehlungen iS Once Dating, datenrecht.ch, 19.6.2023, abrufbar unter https://datenrecht.ch/edoeb-schlussbericht-und-empfehlungen-is-once-dating, besucht am 14.10.2023 (zit. Once Dating).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.7.2017, BBl 2017 S. 6941 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de, besucht am 14.10.2023 (zit. Botschaft 2017).

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) und zum Bundesbeschluss betreffend den Beitritt der Schweiz zum Zusatzprotokoll vom 8.11.2001 zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung vom 19.2.2003, BBl 2003 S. 2101 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2003/267/de, besucht am 14.10.2023 (zit. Botschaft 2003).

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23.3.1988, BBl 1988 II S. 413 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1988/2_413_421_353/de, besucht am 14.10.2023 (zit. Botschaft 1988).

Bundesgesetz über die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands), BBl 2017 S. 7193 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2058/de, besucht am 14.10.2023 (zit. Entwurf DSG).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 7 DSG

Eine Kommentierung von Samuel Klaus

ZITIERVORSCHLAG

Samuel Klaus, Kommentierung zu Art. 7 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Klaus, N. XXX zu Art. 7 DSG.

Art. 7 Datenschutz durch Technik und datenschutzfreundliche Voreinstellungen

[1] Der Verantwortliche ist verpflichtet, die Datenbearbeitung technisch und organisatorisch so auszugestalten, dass die Datenschutzvorschriften eingehalten werden, insbesondere die Grundsätze nach Artikel 6. Er berücksichtigt dies ab der Planung.

[2] Die technischen und organisatorischen Massnahmen müssen insbesondere dem Stand der Technik, der Art und dem Umfang der Datenbearbeitung sowie dem Risiko, das die Bearbeitung für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Personen mit sich bringt, angemessen sein.

[3] Der Verantwortliche ist verpflichtet, mittels geeigneter Voreinstellungen sicherzustellen, dass die Bearbeitung der Personendaten auf das für den Verwendungszweck nötige Mindestmass beschränkt ist, soweit die betroffene Person nicht etwas anderes bestimmt.

GLIEDERUNG

In Kürze 161
I. Allgemeines 161
A. Vorbemerkungen und Hintergrund 161
B. Adressat 163
II. Datenschutz durch Technik / Privacy by Design (Abs. 1-2) 163
A. Begriff und Hintergrund 163
B. Inhalt und Umfang (Abs. 1) 165
C. Angemessenheit (Abs. 2) 166
D. Umsetzung in der Praxis 167
1. Internationale Normen 168
2. Leitfäden und Orientierungshilfen 169
3. Beispiele möglicher Massnahmen 172
III. Datenschutzfreundliche Voreinstellungen / Privacy by Default (Abs. 3) 175
A. Begriff 175
B. Inhalt und Umfang 175
C. Umsetzung in der Praxis 177
IV. Folgen bei Pflichtverletzung 179
V. Übergangsbestimmungen 180
Literaturverzeichnis 181
Materialienverzeichnis 182

IN KÜRZE

Privacy by Design und Privacy by Default dienen als Leitprinzipien zur Umsetzung des Datenschutzes. Gemäss dem Prinzip von Privacy by Design sollen vorausschauend bereits ab der Planung einer Datenbearbeitung angemessene Massnahmen vorgesehen werden, um einen systemischen Datenschutz zu gewährleisten. Stehen den Betroffenen bzw. Nutzenden mehrere Einstellungs-/Wahlmöglichkeiten zur Verfügung, soll das Prinzip von Privacy by Default sicherstellen, dass die Voreinstellung die datenschutzfreundlichste Kombination an Einstellungsmöglichkeiten abbildet.

I. ALLGEMEINES

A. Vorbemerkungen und Hintergrund

Die Prämisse, dass datenschutzrechtliche Vorgaben mittels passender technischer Massnahmen umzusetzen sind, galt grundsätzlich schon unter bisherigem Recht, da sich anderweitig die Vorgaben von Art. 4 aDSG (Grundsätze) und Art. 7 aDSG (Datensicherheit) gar nicht erreichen liessen. Das revidierte Datenschutzgesetz bringt dies nun explizit in Art. 7 DSG zum Ausdruck mit den beiden Prinzipien «**Privacy by Design**» (Datenschutz durch Technik, Art. 7 Abs. 1-2 DSG) und «**Privacy by Default**» (Datenschutzfreundliche Voreinstellungen, Art. 7 Abs. 3 DSG). Inhaltlich ist Art. 7 DSG zu lesen in Zusammenhang mit Art. 6 DSG (Grundsätze) und Art. 8 DSG (Datensicherheit): Die technischen und organisatorischen Massnahmen, die durch Privacy by Design («**PbDesign**») eingesetzt werden, sollen insbesondere die Umsetzung der Grundsätze gemäss Art. 6 DSG ermöglichen, und die Gewährleistung der Datensicherheit (Art. 8 DSG) stellt dabei - nebst anderen - einen der relevanten Fokuspunkte dar. Speziell erwähnt wird in Art. 7 Abs. 3 DSG mit dem Prinzip von «Privacy by Default («**PbDefault**») auch ein wichtiger Unteraspekt von PbDesign. 1

Der **Normzweck** von Art. 7 DSG ist stark programmatisch geprägt und damit in der konkreten Umsetzung schwer zu fassen:[559] Die Absicht hinter PbDesign liegt darin, die systemischen Voraussetzungen zu schaffen für die Erfüllung 2

559. SHK DSG-Baeriswyl, Art. 7 N. 10 spricht von einem «wohlgemeinten Rat des Gesetzgebers».

und (dauerhafte) Gewährleistung des Datenschutzes. Ob dies angesichts des eingeschränkten Adressatenkreises (vgl. unten Abschnitt B) zielführend ist, wird sich zeigen müssen.

3 Rechtsdogmatisch geht die Einführung von PbDesign und PbDefault zurück auf Art. 10 Abs. 2-4 der **ER-Konv 108+**,[560] welche mit Inkrafttreten des revidierten DSG ratifiziert wird.[561] Für Bundesorgane wurden PbDesign und PbDefault im Anwendungsbereich des SDSG[562] bereits seit 1. März 2019 (Art. 5 SDSG) vorgeschrieben. Das SDSG wird mit Inkrafttreten des revidierten DSG aufgehoben, die Verpflichtung zu PbDesign und PbDefault wird dann für alle Adressaten im DSG geregelt. Art. 7 DSG setzt die Vorgaben von Art. 10 Abs. 2-4 der ER-Konv 108+ um (vgl. dazu Art. 4 Abs. 1 der ER-Konv 108+),[563] in ähnlicher, aber nicht identischer Weise wie dies in Art. 25 DSGVO für die EU-Mitgliedstaaten erfolgt.

4 Art. 25 DSGVO (Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen) setzt somit dieselben generellen Vorgaben um, unter Verwendung derselben Begriffe und mit gleicher Stossrichtung - aber vor dem leicht anders geprägten Hintergrund der DSGVO-Systematik. Bei der Anwendung, Auslegung und Umsetzung von Art. 7 DSG kann somit die **Literatur und Rechtsprechung zu Art. 25 DSGVO** hilfreich sein,[564] wobei gewissen Unterschieden Rechnung zu tragen ist: Insbesondere die unterschiedliche Ausgangslage bezüglich Datenbearbeitungen (Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt unter der DSGVO gegenüber grundsätzlich erlaubter Datenbearbeitung mit Einschränkungen und Rechtfertigungsmöglichkeit unter dem DSG) ist bei der analogen Anwendung von für die Umsetzung von Art. 25 DSGVO entwickelten Leitlinien zu berücksichtigen. Ob sich daneben im Laufe der Zeit bei der Umsetzung der Prinzipien von PbDesign und PbDefault unter dem DSG massgebliche Unterschiede zu derjenigen unter der DSGVO ergeben werden, wird sich zeigen müssen. Aus pragmatischer Sicht wäre dies zugunsten einer

560. SHK DSG-Baeriswyl/Pärli, S. 9 N. 28.
561. SHK DSG-Baeriswyl/Pärli, S. 7 N. 17.
562. Schengen-Datenschutzgesetz, SR 235.3, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2019/112/de, besucht am 2.7.2023.
563. SHK DSG-Baeriswyl/Pärli, S. 7 Fn. 47.
564. Ebenso SHK DSG-Baeriswyl/Pärli, S. 13 N. 48, S. 15 N. 56.

möglichst einheitlichen Anwendung dieser grundlegenden Prinzipien zu vermeiden.

B. Adressat

Adressat der Vorgaben von Art. 7 DSG sind die **Verantwortlichen**, wobei sowohl Private wie Bundesorgane angesprochen sind.[565] Nicht erfasst werden hingegen Auftragsbearbeiter, vorgelagerte Dienstleister oder Hersteller: Vom Grundgedanken und Normzweck von PbDesign erfasst werden sollten an sich insbesondere auch die Planer, Hersteller und Vertreiber von Systemen, Applikationen und weiterer Hilfsmittel, die für die Datenbearbeitung eingesetzt werden. Diese werden aber vom Anwendungsbereich von Art. 7 DSG nicht bzw. nur indirekt durch die Verpflichtung der Verantwortlichen erfasst. 5

Während die Verantwortlichen somit direkt in der Pflicht stehen, die Vorgaben von Art. 7 DSG umzusetzen, wird der **Grundgedanke des «systemischen Datenschutzes»** gegenüber den in der Wertschöpfungskette vorgelagerten Akteuren **nur indirekt umgesetzt**: Die Verantwortlichen sind nach Art. 7 DSG verpflichtet, durch entsprechende Massnahmen dafür zu sorgen, dass vorgelagerte Dienstleistungen und Produkte so ausgestaltet sind, dass sie (die Verantwortlichen) ihre Pflicht zu PbDesign und PbDefault nach Art. 7 DSG erfüllen können. Dies ist von den Verantwortlichen z.B. mittels vertraglicher Vorgaben gegenüber Dienstleistern oder Lieferanten, entsprechender Ausgestaltung von Beschaffungsvorgaben etc. zu berücksichtigen. 6

II. DATENSCHUTZ DURCH TECHNIK / PRIVACY BY DESIGN (ABS. 1-2)

A. Begriff und Hintergrund

Das **Konzept von PbDesign** basiert auf der Idee, dass technische Mittel die Umsetzung der Datenschutzvorgaben nicht hindern, sondern vielmehr ermöglichen und sogar fördern sollten. Ursprünglich unter dem Stichwort von spezifischen «Privacy Enhancing Technologies (PET)» diskutiert, entwickelte 7

565. Botschaft 2017, S. 7029.

sich PbDesign über die Zeit zu einem umfassenderen Konzept.[566] Es besteht keine allgemeinverbindliche Definition, vielmehr wird der Begriff jeweils kontextabhängig verwendet.

8 Inhaltlich geprägt wurde der Begriff des PbDesign massgeblich durch Ann Cavoukian (Datenschutzbeauftragte von Ontario, Kanada, von 1997-2014), mit einem Konzept von PbDesign **basierend auf 7 Prinzipien** (Prinzipien in *kursiv*, Hervorhebungen in *fett* gemäss Cavoukian-Implementation):[567]

1. *Proactive not Reactive; Preventative not Remedial*: PbDesign ist als proaktives, antizipierendes Konzept zu verstehen und ist darauf ausgerichtet, Datenschutzverletzungen zu verhindern (und nicht darauf, erfolgte Verletzungen zu beheben).

2. *Privacy as the Default Setting:* Auch wenn die betroffene Person keine speziellen Handlungen vornimmt, soll der Datenschutz möglichst umfassend gewährleistet sein, vgl. unten *III - Datenschutzfreundliche Voreinstellungen | Privacy by Default (Abs. 3).*

3. *Privacy Embedded into Design*: Datenschutz ist bereits bei Entwurf und Umsetzung von Systemen und Prozessen integral zu berücksichtigen.

4. *Full Functionality - Positive Sum, not Zero-Sum*: Datenschutz soll nicht verhindern oder zu Funktionseinschränkungen führen, sondern durch dessen integrale Berücksichtigung einen Mehrwert schaffen.

5. *End-to-End Security - Full Lifecycle Protection*: Datensicherheit ist über den gesamten Lebenszyklus der betroffenen Daten zu gewährleisten.

6. *Visibility and Transparency - Keep it Open*: Die Transparenz und Verifizierbarkeit muss gewährleistet sein.

7. *Respect for User Privacy - Keep it User-Centric*: Die Interessen der betroffenen Personen (Datensubjekte) sind zu berücksichtigen.

9 Diese Grundprinzipien können als **Leitlinien und Verständnishilfen** dienen. Aufgrund ihrer eher programmatischen Ausrichtung taugen sie kaum als konkrete Umsetzungshilfen. Im Gesetzestext lassen sich zumindest Referenzen finden auf *Prinzip 1 - Proactive|Preventative* (in Art. 7 Abs. 1 DSG

566. Vgl. dazu Kasper, S. 319-322; Langheinrich, S. 14 f.; Harasgama/Tamò, S. 130 f.
567. Vgl. Cavoukian-Principles, S. 2, Cavoukian-Implementation, S. 2-5 und Kasper, S. 324.

mit dem präventiven Ansatz und dem Verweis auf die Berücksichtigung ab der Planung), auf *Prinzip 2 - Default Setting* (in Art. 7 Abs. 3 DSG bezüglich datenschutzfreundlicher Voreinstellungen), und auf *Prinzip 3 - Embedded* (in Art. 7 Abs. 1 DSG mit der Pflicht zur Ausgestaltung der Datenbearbeitung in Hinblick auf die Datenschutzvorgaben und Berücksichtigung ab der Planung). *Prinzip 5 - Full Lifecycle Protection* wird sodann in Art. 8 Abs. 2 DSG adressiert sowie *Prinzip 1 - Proactive/Preventative* in Art. 8 Abs. 1 DSG.

Bei der praktischen Umsetzung können bestehende **Leitlinien allgemeiner Art** (wie z.B. die EDSA Leitlinien 4/2019 zu Artikel 25 DSGVO oder der ISO-Standard 31700 zu Privacy by Design) sowie **sektor- oder anwendungsspezifische Leitlinien** hilfreich sein (vgl. dazu unten *Abschnitt D - Umsetzung in der Praxis*). Bei deren Umsetzung sind allfällige Unterschiede zu berücksichtigen, die sich daraus ergeben, dass viele solcher Leitlinien auf die DSGVO ausgerichtet sind. 10

B. Inhalt und Umfang (Abs. 1)

PbDesign bezweckt, durch technische Vorkehren die Gefahr von Verstössen gegen Datenschutzvorschriften auszuschliessen oder zumindest zu reduzieren, ohne aber auf eine bestimmte Technologie abzuzielen.[568] Vielmehr sollen bei der Ausgestaltung der eingesetzten Systeme, Applikationen und Prozesse angemessene **technische und organisatorische Massnahmen («TOM»)** umgesetzt werden. Dabei ist nicht nur ein spezifisches System, eine einzelne Anwendung oder ein bestimmter technischer Aspekt zu betrachten, sondern im Sinne eines «holistischen Ansatzes» die **gesamte Datenbearbeitung**, mit Fokus auf die Umsetzung der Grundsätze gemäss Art. 6 DSG. 11

Aus zeitlicher Sicht ist PbDesign bereits **ab dem Zeitpunkt der Planung** der Datenbearbeitung zu berücksichtigen (Art. 7 Abs. 1 Satz 2 DSG). Ist eine **Datenschutz-Folgenabschätzung («DSFA»)** gemäss Art. 22 DSG vorzunehmen, so können die zur Umsetzung von PbDesign vorgesehenen TOM in den Prozess der DSFA einfliessen und dort als Massnahmen im Sinne von Art. 22 Abs. 3 DSG aufgeführt werden. Die Pflicht zu PbDesign und die Pflicht zur Vornahme einer DSFA sind jedoch voneinander unabhängig, d.h. die Pflicht zu PbDesign besteht auch dann, wenn kein «hohes Risiko» im 12

568. Botschaft 2017, S. 7029.

Sinne des Aufgreifkriteriums von Art. 22 Abs. 1 DSG zur Vornahme einer DSFA vorliegt.

C. Angemessenheit (Abs. 2)

13 Die im Rahmen von PbDesign umzusetzenden TOM müssen «**angemessen**» sein, was den risikobasierten Ansatz dieser Vorschrift zum Ausdruck bringt. Als massgebliche **Kriterien** zur Beurteilung der Angemessenheit erwähnt werden in Art. 7 Abs. 2 DSG «insbesondere» (a) der *Stand der Technik*, (b) *Art und Umfang der Datenbearbeitung*, und (c) das *Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der Betroffenen*. Diese Aufzählung ist nicht abschliessend, massgeblich ist die Gesamtsicht unter Berücksichtigung der spezifischen Umstände.

14 Der **Stand der Technik** bezeichnet einen fortschrittlichen technischen Entwicklungsstand, der sich in der praktischen Anwendung bewährt bzw. im Markt durchgesetzt hat. Dazu gehört auch die wirtschaftliche Umsetzbarkeit aus allgemeiner, objektiver Sicht (nicht derjenigen des jeweiligen Verantwortlichen). Da sich der Stand der Technik insbesondere im digitalen Bereich stets weiterentwickelt, beinhaltet die Umsetzung von PbDesign auch eine **Pflicht zur regelmässigen Prüfung**, ob die umgesetzten TOM nach wie vor dem aktuellen Stand der Technik entsprechen oder nötigenfalls anzupassen sind:[569] Art. 7 Abs. 1 DSG gibt diesbezüglich vor, dass PbDesign «ab» (und nicht bloss «bei») der Planung zu berücksichtigen ist.

15 Die **Art und der Umfang der Datenbearbeitung** beziehen sich auf die inhaltlichen und quantitativen Komponenten der Bearbeitung: Aus inhaltlicher Sicht ist insbesondere massgeblich, welche Daten(kategorien) in welcher Weise und zu welchem Zweck bearbeitet werden. Aus quantitativer Sicht ist sowohl der Umfang an Datensubjekten (d.h. die Zahl der betroffenen Personen) wie auch der Umfang der bearbeiteten Datenkategorien (d.h. die Zahl der betroffenen Datensätze) zu berücksichtigen.[570]

16 Das **Risiko für die betroffenen Personen** ist der allgemeine Massstab zur Beurteilung der Angemessenheit der TOM. Je höher das Risiko, d.h. je grösser die Eintrittswahrscheinlichkeit und die potentiellen Folgen sind, umso höher sind die Anforderungen an die technischen Vorkehren, damit sie als

569. Vgl. SHK DSG-Baeriswyl, Art. 7 N. 16.
570. Vgl. SHK DSG-Baeriswyl, Art. 7 N. 18.

angemessen gelten können.[571] Klar strukturierte und mathematisch-probabilistisch ausgerichtete Hilfsmittel können bei der Risikobeurteilung als Hilfsmittel dienen. Sie sollten aber nur als Ausgangspunkt dienen, da die Risikobeurteilung aus gesamtheitlicher, inhaltsbezogener Sicht und unter Berücksichtigung sämtlicher (nicht bloss probabilistischer) Aspekte vorzunehmen ist.

Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist generell kein absoluter, sondern ein **risikobasierter Massstab** anzuwenden. Dabei ist das Risiko, das mit einer Bearbeitung einhergeht, in Beziehung zu setzen zu den technischen Möglichkeiten, um dieses zu verringern.[572] Das Prinzip von PbDesign zielt darauf hin, für den Zielkonflikt zwischen Datenbearbeitung und Datenschutz einen angemessenen Ausgleich zu schaffen. Im Sinne des von Cavoukian formulierten *Prinzip 4 - Positive Sum, not Zero-Sum* (vgl. oben N. 8) sollen Datenbearbeitungen nicht verhindert werden, sondern unter angemessener Berücksichtigung der Datenschutzvorgaben gerade ermöglicht werden, um damit einen Mehrwert für Verantwortliche und Betroffene zu schaffen. 17

D. Umsetzung in der Praxis

Ein einfaches Erfolgsrezept, wie PbDesign universell umgesetzt werden kann, gibt es nicht. PbDesign ist als projektspezifischer Prozess zu verstehen. Entsprechend gibt es auch kein allgemeingültiges Vorgehen, das sämtliche Anwendungsfälle abdecken kann. Vielmehr sind die umzusetzenden TOM (1.) auf die Besonderheiten der jeweiligen Datenbearbeitungen, (2.) auf das sektorspezifische Umfeld, in dem diese stattfinden, und (3.) auf die vorbestehenden Systeme und Prozesse, in welche diese eingebettet werden, auszurichten (wobei diese nötigenfalls auch anzupassen sind). Die erfolgreiche Umsetzung von PbDesign setzt somit voraus, dass die **projekt- bzw. bearbeitungsspezifischen Risiken und Anforderungen** erfasst und mit konkreten, auf diese zugeschnittenen Massnahmen, adressiert werden. Dabei decken die Massnahmen zur Umsetzung der Datensicherheit (Art. 8 DSG, Art. 1-6 DSV) nur einen (wenn auch überaus relevanten) Teilbereich ab (vgl. dazu unten N. 30). 18

Empfehlenswert ist ein klar **strukturiertes Vorgehen** anhand der für den Anwendungsfall einschlägigen Orientierungshilfen, ergänzt mit 19

571. Botschaft 2017, S. 7030.

weitergehenden eigenen Abklärungen und Vorgaben aufgrund der projektspezifischen Besonderheiten. Dieses Vorgehen sollte genügend **dokumentiert** werden, um eine spätere Überprüfung und Aktualisierung (z.B. aufgrund technischer Änderungen, Weiterentwicklung des Stands der Technik, Anpassungen des Business Case, etc.) zu ermöglichen.

20 Als **Orientierungshilfe** können verschiedene Hilfsmittel beigezogen werden wie Internationale Normen, Best Practices von Branchenverbänden, Leitfäden von Datenschutzbehörden, etc. Bei der Umsetzung zu beachten ist, dass solche Orientierungshilfen als Ausgangspunkt nützlich sein können, in jedem Fall aber noch um die Anforderungen des spezifischen Anwendungsfalls und bezüglich dem derzeitigen Stand der Technik zu ergänzen sind. Ebenfalls zu berücksichtigen ist, dass viele dieser Orientierungshilfen mit Blick auf Art. 25 DSGVO formuliert wurden. Bei deren Verwendung sind deshalb allfällige Unterschiede unter dem DSG zu beachten, wie insbesondere die unterschiedliche Ausgangslage bezüglich Datenbearbeitungen (Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt unter der DSGVO gegenüber grundsätzlich erlaubter Datenbearbeitung mit Einschränkungen und Rechtfertigungsmöglichkeit unter dem DSG).

1. Internationale Normen

21 Die International Organization for Standardization (ISO) hat im Februar 2023 den **Standard ISO 31700 zu Privacy by Design** veröffentlicht. Dieser ist in zwei Teile gegliedert: ISO 31700-1:2023 (https://www.iso.org/standard/84977.html) und ISO/TR 31700-2:2023 (https://www.iso.org/standard/84978.html).

22 Der erste Teil (**ISO 31700-1:2023 - Consumer protection - Privacy by design for consumer goods and services - Part 1: High-level requirements**) enthält nebst allgemeinen Hinweisen und Begriffsdefinitionen (Abschnitte 1-3) in den Abschnitten 4-8 eine Übersicht allgemein gehaltener Anforderungen und Verfahren an die Gestaltung eines Produkts/Services über den gesamten Lebenszyklus (wie z.B. Abschnitt 4.4 - *Designing human computer interface (HCI) for privacy*, Abschnitt 7.2 - *Integrating the design and operation of privacy controls into the product development and management lifecycles*, oder Abschnitt 8.2 - *Designing privacy controls for*

572. Botschaft 2017, S. 7030.

retirement and end of use). Da der ISO-Standard nicht auf einem bestimmten datenschutzrechtlichen Fundament aufbaut, enthält er nebst diesen designspezifischen Anforderungen auch Vorgaben zu stark vom anwendbaren (lokalen) Datenschutzrecht geprägten Aspekten (wie z.B. Abschnitt 5.2 - *Provision of privacy information*, Abschnitt 5.4 - *Responding to consumer inquiries and complaints*, oder Abschnitt 6.2 - *Conducting a privacy risk assessment*). Derartige Vorgaben sind deshalb immer in Zusammenhang mit den jeweiligen gesetzlichen Bestimmungen zu lesen, wie z.B. Art. 19 ff. DSG bezüglich der Informationspflicht, Art. 22 f. DSG bezüglich der Datenschutz-Folgenabschätzung, etc. Sie können aber auch diesbezüglich als Grundlage für ein strukturiertes Vorgehen dienen.

Der zweite Teil (**ISO/TR 31700-2:2023 - Consumer protection - Privacy by design for consumer goods and services - Part 2: Use cases**) enthält drei illustrative Anwendungsfälle, anhand deren die Umsetzung der Vorgaben des ersten Teils aufgezeigt wird: (1) *On line retailing* (eCommerce Online Shop); (2) *Fitness company* (Fitness-Center mit Geräten, die durch Sensoren mit einer Fitness-App der Nutzenden verbunden sind); und (3) *Smart locks* (Produktlinie von elektronischen IoT-Türschlössern mit online Anbindung und zugehöriger Steuerungs-App). Durch die Use Cases werden viele praxisrelevante Aspekte abgedeckt. Die klar strukturierte Umsetzung der Vorgaben des ersten Teils in den Use Cases kann somit nicht nur der Einarbeitung in die Thematik dienen, sondern auch direkt als Checkliste bei der Umsetzung einzelner relevanter Aspekte. 23

Als Fazit lässt sich festhalten, dass die ISO-Standards 31700-1/2 zwar aufgrund ihrer allgemeingültigen Ausrichtung auf einem hohen Abstraktionsniveau gehalten sind. Dennoch können sie dank ihrer klaren Strukturierung als gute Grundlage dienen. Die praxisorientierten Use Cases können zudem auch im Sinne von Checklisten für vergleichbare Aspekte in anders gelagerten Anwendungsfällen hilfreich sein. 24

2. Leitfäden und Orientierungshilfen

Allgemeine Leitfäden und Orientierungshilfen gibt es deren viele. Die nachfolgende Auflistung kann als Einstiegshilfe und Ausgangspunkt eigener Recherchen dienen. Für einen konzeptionellen Überblick eignet sich z.B. die *EDSA-Leitlinie 4|2910 zu Artikel 25 [DSGVO]* des Europäischen 25

Datenschutzausschusses (EDSA), während für einen eher pragmatischen Einstieg z.B. die *Privacy Patterns* dienen können:

- **EDSA-Leitlinie 4/2019 zu Artikel 25 - Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen** (EDPB - European Data Protection Board / EDSA - Europäischer Datenschutzausschuss, Version 2.0 vom 20.10.2020, https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-42019-article-25-data-protection-design-and_de, besucht am 11.6.2023).
- **Privacy Patterns (privacybydesign.digital)** (Bayern Innovativ [Bayerische Gesellschaft für Innovation und Wissenstransfer mbH], Bayrisches Landesamt für Datenschutzaufsicht [BayLDA], 2023, https://privacybydesign.digital/, besucht am 20.5.2023).
- **Data Processing by Design and Default** (ICO - Information Commissioner's Office [UK], https://ico.org.uk/for-organisations/uk-gdpr-guidance-and-resources/accountability-and-governance/guide-to-accountability-and-governance/accountability-and-governance/data-processing-by-design-and-default/, besucht am 21.5.2023).
- **Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen (Art. 25 DS-GVO)** (bvitg - Bundesverband Gesundheits-IT e.V. Arbeitsgruppe Datenschutz & IT-Sicherheit, GMDS - Deutsche Gesellschaft für Medizinische Informatik, Biometrie und Epidemiologie e.V. Arbeitsgruppe Datenschutz und IT-Sicherheit im Gesundheitswesen, GDD - Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit e.V. Arbeitskreis Datenschutz und Datensicherheit im Gesundheits- und Sozialwesen, 2018, https://www.gesundheitsdatenschutz.org/html/privacy_design_default.php, besucht am 21.5.2023).
- **OIPC (Office of the Information and Privacy Commissioner) - Privacy by Design Resources** (IAPP - International Association of Privacy Professionals), https://iapp.org/resources/article/oipc-privacy-by-design-resources/, besucht am 21.5.2023).
- **Manage a privacy programme - Privacy by Design (PbD)** (Digital.govt.nz - Digital Government New Zealand, 2021, https://

www.digital.govt.nz/standards-and-guidance/privacy-security-and-risk/privacy/manage-a-privacy-programme/privacy-by-design-pbd/, besucht am 21.5.2023).

- **Operationalizing Privacy by Design: A Guide to Implementing Strong Privacy Practices** (Ann Cavoukian, 2012, https://collections.ola.org/mon/26012/320221.pdf, besucht am 21.5.2023).
- **Privacy and Data Protection by Design - from policy to engineering** (ENISA - European Union Agency for Networks and Information Security, 2014, https://www.enisa.europa.eu/publications/privacy-and-data-protection-by-design, besucht am 21.5.2023).

Gerade im Bereich der Software- und Applikationsentwicklung stellen sich diverse Fragen zur Umsetzung von PbDesign und PbDefault. Hilfestellung bieten können hier sowohl Leitfäden von Datenschutzbehörden wie auch branchenspezifische Orientierungshilfen, wie z.B.: 26

- **Privacy by Design and Privacy by Default - A Guide for Developers** (Catalan Data Protection Authority, 2023, https://apdcat.gencat.cat/web/.content/03-documentacio/documents/guiaDesenvolupadors/GUIA-PDDD_EN.pdf, besucht am 20.5.2023).
- **Leitfaden: Entwicklung datenschutzkonformer Apps** (Datenschutzbeauftragte des Kantons Zürich, 2022, https://docs.datenschutz.ch/u/d/publikationen/leitfaeden/leitfaden_entwicklung_datenschutzkonformer_apps.pdf, besucht am 20.05.2023).
- **eHealth Suisse - Leitfaden für App-Entwickler, Hersteller und Inverkehrbringer** (eHealth Suisse - Kompetenz- und Koordinationsstelle von Bund und Kantonen, 2022, https://www.e-health-suisse.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/D/Leitfaden_e-Health_Suisse_fuer_App_Entwickler.pdf, besucht am 21.5.2023).
- **Mobile Apps im Gesundheitswesen: Anforderungen aus dem Datenschutz** (GMDS - Deutsche Gesellschaft für Medizinische Informatik, Biometrie und Epidemiologie e.V., DIG - Arbeitsgruppe Datenschutz und IT-Sicherheit im Gesundheitswesen, BvD - Berufsverband der Datenschutzbeauftragten Deutschlands e.V., 2022,

https://gesundheitsdatenschutz.org/html/datenschutz_med_apps.php, besucht am 21.5.2023).

- **American Medical Association (AMA) - Privacy is Good Business - A case for privacy by design in app development** (2021), https://www.ama-assn.org/system/files/privacy-principles-by-design.pdf, besucht am 11.6.2023).
- **An Engineer's Guide to Privacy by Design** (Rachel Dulberg, 2021, https://www.linkedin.com/pulse/engineers-guide-privacy-design-rachel-dulberg, besucht am 21.5.2023).
- **Privacy Design Guidelines for Mobile Application Development** (GSMA - Global System for Mobile Communications, 2018, https://www.gsma.com/publicpolicy/wp-content/uploads/2018/02/GSMA-Privacy-Design-Guidelines-for-Mobile-Application-Development.pdf, Abruf am 21.5.2023).
- **Guidelines on Software development with Data Protection by Design and Default** (Norwegische Datenschutzbehörde Datatilsynet, 2017, https://www.datatilsynet.no/en/about-privacy/virksomhetenes-plikter/data-protection-by-design-and-by-default/, besucht am 21.5.2023).
- **Privacy by Design in Big Data** (ENISA - European Union Agency for Networks and Information Security, 2015, https://www.enisa.europa.eu/publications/big-data-protection, besucht am 21.5.2023).

3. Beispiele möglicher Massnahmen

27 Die konkreten Massnahmen sind jeweils in Abhängigkeit des spezifischen Anwendungsfalls und des zugehörigen Risikoprofils zu bestimmen. Die folgende Auflistung kann im Sinne einer beispielhaften **Übersicht möglicher Massnahmen** erste Ansatzpunkte aufzeigen. Ebenfalls hilfreich sein kann die Orientierung an konkreten Use Cases, vgl. hierzu z.B. Tamò-Larrieux, S. 203 ff. sowie die Use Cases in ISO/TR 31700-2:2023 (vgl. N. 23).

28 Mögliche Massnahmen lassen sich gruppieren in **Aspekte aus systemischer Sicht, eher technische Aspekte, und solche organisatorischer Art**. Die systemischen Aspekte beziehen sich (wie die Bearbeitungsgrundsätze nach Art. 6 Abs. 1-5 DSG) in einer holistischen Betrachtung auf den gesamten Business Case. Die technischen und organisatorischen Aspekte liegen im

Schnittfeld mit den Anforderungen an die Datensicherheit (Art. 8 DSG). Die systemischen, technischen und organisatorischen Aspekte überschneiden sich in vielen Bereichen und lassen sich kaum sauber voneinander abgrenzen. Indem aber mit den systemischen Aspekten gewisse übergeordnete Themen sozusagen «vor die Klammer» der technisch-organisatorischen Umsetzung gezogen werden, kann eine strukturierte Vorgehensweise erleichtert werden, insbesondere indem dadurch allgemeine, übergeordnete Aspekte frühzeitig in alle Überlegungen einfliessen und in allen Projektphasen berücksichtigt werden können.

Aus allgemeiner, übergeordnet **systemischer Sicht** sind z.B. folgende Aspekte zu prüfen: 29

- **Datenminimierung (DSG 6 Abs. 2)**:[573] Die erfassten Personendaten sind inhaltlich (welche Daten(kategorien)) und umfangmässig (wie viele Daten, z.B. in zeitlicher Hinsicht) auf das für die Bearbeitung des jeweiligen Geschäftsfalls (Business Case) zu beschränken, es soll keine «Datensammlung auf Vorrat» erfolgen.
- **Datensegregation**: Zurückhaltung bei der Verknüpfung bzw. beim Pooling von Daten, der Zentralisierung von Datenhaltungen und der Aggregation von Datenbeständen, etc.
- **Pseudonymisierung**: Pseudonymisierung kann zusätzlichen Schutz schaffen (im Sinne einer Segregation der Identifikationsinformation von anderen Datenkategorien), insb. falls die Verknüpfung gewisser Daten mit einer bestimmten Person nur für gewisse Bearbeitungsschritte notwendig ist.
- **Datendeklaration**: Kennzeichnung der Datensätze (z.B. mittels Metadaten oder Deskriptoren) z.B. betreffend Herkunft, Schutzstufe, Speicherfrist («Ablaufdatum»), etc.
- **Anonymisierung und/oder Löschung (Art. 6 Abs. 4 DSG)**: Zur Umsetzung des Grundsatzes der Datenminimierung (z.B. mittels «Ablaufdaten» für gewisse Datensätze, durch regelmässige Anonymisierungs-/Lösch-Zyklen, etc.).

Aus **technischer Sicht** kann in erster Linie auf die zur Umsetzung der Datensicherheit notwendigen technischen Massnahmen verwiesen werden 30

(vgl. dazu Art. 8 DSG und die Ausführungen dazu in Art. 1-6 DSV). Denkbar sind aber auch weitere technische Massnahmen, die nicht (nur) der Datensicherheit dienen, sondern den allgemeinen Datenschutzzielen generell. Relevant sein können z.B. insbesondere technische Massnahmen zur Umsetzung der allgemeinen Bearbeitungsgrundsätze (Art. 6 Abs. 1-5 DSG) und dem Prinzip der Datenminimierung (Art. 6 Abs. 2 DSG). Zu denken ist z.B. an die technische Umsetzung von Löschkonzepten (s. oben) oder die automatische Verpixelung von Gesichtern/Identifikationsmerkmalen bei nicht personenbezogenen Bildern/Videos, etc.

31 Aus **organisatorischer Sicht** müssen die internen Voraussetzungen geschaffen werden zur Umsetzung der systemischen und technischen Anforderungen. Dies kann z.B. folgende Aspekte umfassen:

- **Unternehmenskultur und gesamtheitliche Betrachtung**: Die Unternehmenskultur muss Datenschutz als Teil des unternehmerischen Handelns verstehen (und nicht wie häufig noch als extern auferlegte Einschränkung). Nötig ist somit eine «datenschutzfreundliche Mentalität».[574] Zudem muss Datenschutz gesamtheitlich betrachtet werden, d.h. nicht nur punktuell auf eigene Bearbeitungen bezogen, sondern z.B. auch als Teil des Contract / Vendor Managements.
- **Prozesse, Zuständigkeiten und Dokumentation**: Die Umsetzung der datenschutzrechtlich relevanten Abläufe und Prozesse ist festzulegen und ausreichend zu dokumentieren. Wichtig sind insbesondere klare Zuständigkeiten und eine ausreichende Dokumentation. Auch wenn unter dem DSG kein allgemeines Prinzip der Rechenschaft («accountability) besteht,[575] und u.U. keine Rechtspflicht besteht zur Erstellung eines bestimmten Dokumentes (z.B. eines Bearbeitungsverzeichnisses, vgl. Art. 12 i.V.m. Art. 24 DSV), so kann dessen Erstellung (zumindest in einer allenfalls vereinfachten Form) dennoch nötig oder zumindest hilfreich sein, um die Prinzipien von PbDesign umsetzen, in Zeitablauf überprüfen und nötigenfalls anpassen zu können.
- **Schulung und Sensibilisierung**: Damit die vorgesehenen TOM auch tatsächlich gelebt werden, sind die Mitarbeitenden entsprechend zu

573. Vgl. Botschaft 2017, S. 7029.
574. Kasper, S. 326.
575. Rosenthal, S. 22 N. 45.

schulen und für die datenschutzrechtlichen Themen zu sensibilisieren, z.B. durch Datenschutztrainings, interne Weisungen und Reglemente, etc.

- **Technische Umsetzung**: Die technischen Massnahmen (N. 30) sind durch entsprechende organisatorische Massnahmen zu ergänzen, um deren Umsetzung sicherzustellen. So ist z.B. für eine effektive Zugriffsbeschränkung auch ein Prozess nötig, wie Zugriffsberechtigungen erteilt, deren Aktualität regelmässig überprüft, und deren Löschung (z.B. bei Stellenwechsel oder Änderung der Aufgaben von Mitarbeitenden) sichergestellt wird. Ebenso bedingt die Vorgabe einer Beschränkung der Speicherfrist bestimmter Daten einen zugehörigen Prozess zur regelmässigen Vornahme einer entsprechenden Prüfung und allfälligen Löschung.

III. DATENSCHUTZFREUNDLICHE VOREINSTELLUNGEN / PRIVACY BY DEFAULT (ABS. 3)

A. Begriff

PbDefault ist ein Teilgehalt von PbDesign (vgl. oben N. 8 Ziff. 2) und wurde in Art. 7 Abs. 3 DSG ausformuliert. Der Wortlaut ist dabei missverständlich, da keine Pflicht besteht, spezielle Einstellungsmöglichkeiten zu schaffen (vgl. dazu unten N. 35). Die Pflicht nach Art. 7 Abs. 3 DSG bezieht sich nur darauf, für den Fall, dass mehrere Einstellungsmöglichkeiten bestehen, bei diesen die **Voreinstellungen so zu setzen, dass die datenschutzrechtlich «minimalinvasivste» Datenbearbeitung umgesetzt wird**. 32

Die Botschaft umschreibt die **Voreinstellungen** als «jene Einstellungen, insbesondere von Software, die standardmässig zur Anwendung kommen, d.h. falls keine abweichende Eingabe durch den Nutzer erfolgt».[576] Zu verstehen sind darunter also die **Grundeinstellung**, **Standardeinstellung** oder «**Default Configuration**» die jeweils dann zur Anwendung gelangt, wenn die Nutzenden nicht selber aktiv eine andere Einstellung wählen. 33

B. Inhalt und Umfang

Auch wenn in der Botschaft als Anwendungsfall speziell Software erwähnt wird, ist der Anwendungsbereich nicht auf Software- oder 34

Systemeinstellungen beschränkt, sondern betrifft sämtliche Datenbearbeitungen. Erfasst werden somit generell sämtliche Einstellungsmöglichkeiten, die bei der Datenbearbeitung und insbesondere der Datenerfassung bestehen. Wo verschiedene Einstell- oder Wahlmöglichkeiten bestehen, ist **die datenschutzfreundlichste Kombination an Einstellungen** als Grundeinstellung vorzusehen.

35 Datenschutzfreundliche Voreinstellungen lassen sich nur dann vornehmen, wenn überhaupt verschiedene **Einstellungsmöglichkeiten** vorgesehen sind.[577] Ob solche vorzusehen sind, ist unter dem Aspekt von PbDesign zu prüfen (N. 7 ff.). Die Vorgaben zu PbDefault (Art. 7 Abs. 3 DSG) jedenfalls statuieren keine spezifische Pflicht, in jedem Fall bestimmte Einstellungsmöglichkeiten zur Abstufung der datenschutzrechtlichen Eingriffsintensität vorzusehen.[578]

36 Inhaltlich ist dabei qualitativ auf das **Mass des Eingriffs** in die Persönlichkeits- bzw. Grundrechte der Betroffenen abzustellen, nicht alleine (quantitativ) auf Anzahl und Umfang der bearbeiteten Daten. Der Hinweis in der Botschaft[579] auf den Grundsatz der Datenminimierung ist als Verweis auf den Leitgedanken von PbDefault zu verstehen, und nicht als Hinweis, dass dessen Umsetzung rein quantitativ-technisch anzugehen wäre.[580]

37 Als Massstab dient der **Zweck der Bearbeitung** (vgl. dazu den Wortlaut bezüglich der Beschränkung «auf das *für den Verwendungszweck* nötige Mindestmass»). Bei der Festlegung dieses Zwecks bleibt der Verantwortliche frei, d.h. es besteht keine Pflicht, gewisse Leistungen auch ohne Datenerfassung bzw. Datenbearbeitung anzubieten.[581] Wird z.B. eine Online-Leistung über personalisierte Werbung finanziert, so besteht keine Pflicht, eine werbelose Version dieser Leistung anzubieten. Bei der Umsetzung der Online-Leistung und der zugehörigen Datenbearbeitungen für die personalisierte Werbung müssen jedoch die Prinzipien von PbDesign und PbDefault beachtet werden.

38 Ausgehend von der datenschutzfreundlichsten Voreinstellung können die Betroffenen eine **andere Wahl** treffen und damit auch weitergehende

576. Botschaft 2017, S. 7030.
577. Rosenthal, S. 22 N. 47.
578. Vgl. Rosenthal, S. 22 N. 48.
579. Botschaft 2017, S. 7030.
580. Vgl. Rosenthal, S. 23 N. 49.

Datenbearbeitungen erlauben.[582] Eine Pflicht, solche weitergehenden Wahlmöglichkeiten vorzusehen, besteht nicht. Der Verantwortliche dürfte dies aber in der Regel aus eigenem Interesse vorsehen, um Betroffenen die Möglichkeit zu geben, in weitergehende Datenbearbeitungen einzuwilligen, die nicht strikt für die Verwirklichung des eng eingegrenzten Verwendungszwecks nötig wären.

C. Umsetzung in der Praxis

Ausgangspunkt bildet der **Verwendungszweck** und die zu dessen Umsetzung bzw. Erreichung nötige «minimalinvasivste» Datenbearbeitung. Ob dabei verschiedene Umsetzungsvarianten bzw. Einstellungs-/Wahlmöglichkeiten zur Verfügung stehen, hat der Verantwortliche anhand des Business bzw. Use Case und unter Anwendung der **Grundsätze von PbDesign** (N. 7 ff.) zu entscheiden. Ist dies der Fall, so ist als Vor- bzw. Grundeinstellung die **datenschutzfreundlichste Kombination an Einstellungs-/Wahlmöglichkeiten** vorzusehen, d.h. die Voreinstellung mit der geringsten Auswirkung auf die Persönlichkeits- bzw. Grundrechte der Betroffenen. 39

Wird den Betroffenen dabei die Möglichkeit eingeräumt, von diesen datenschutzfreundlichsten Einstellungen abzuweichen und weitergehende Bearbeitungen zu erlauben, so ist zu prüfen, ob für solche weitergehende Bearbeitungen eine **Einwilligung** im Sinne von Art. 6 Abs. 6 DSG nötig ist und damit die dort vorgesehenen Voraussetzungen (und u.U. auch diejenigen von Art. 6 Abs. 7 DSG) zu beachten sind. 40

Während (unter Schweizer Recht, im Gegensatz zur Situation unter der DSGVO) unter dem Aspekt der Einwilligung **vorab aktivierte Auswahlfelder** («angekreuzte Kästchen») je nach den Umständen auch als (ausdrückliche) Einwilligung gelten können, so scheint dies unter dem Aspekt von PbDefault als fraglich: Der Sinn und Zweck von PbDefault und dessen Ausformulierung in Art. 7 Abs. 3 DSG liegt gerade darin, dass sich die Betroffenen darauf verlassen können sollen, dass sämtliche Einstellungs-/Wahlmöglichkeiten in der Grundeinstellung **die datenschutzfreundlichste Variante umsetzen**. 41

581. Vgl. Rosenthal, S. 23 N. 51.
582. Botschaft 2017, S. 7030.

42 Dies ist unter den Stichworten des *Vertrauensprinzips* und der *Ungewöhnlichkeitsregel* in Analogie zu den für Globalübernahmen von AGB entwickelten Auslegungsregeln zu beachten.[583] Der **Sinn und Zweck von PbDefault** gemäss Art. 7 Abs. 3 DSG liegt ja gerade darin, dass den Betroffenen nicht zugemutet werden soll, jede Einstellungsmöglichkeit einzeln zu studieren, auf ihre Datenschutzfreundlichkeit hin zu prüfen und dann individuell an- oder abschalten bzw. an- oder abwählen zu müssen. Vielmehr sollen sie sich darauf verlassen können, dass die Kombination an Einstellungs-/Wahlmöglichkeiten, die ihnen bei der Erstnutzung präsentiert wird, die **datensparsamste, datenschutzfreundlichste und damit «minimalinvasivste» Kombination an Einstellungsmöglichkeit** darstellt.

43 Je nach konkreter Formulierung der einzelnen Einstellungsmöglichkeiten kann dies selbstverständlich dazu führen, dass gewisse **Auswahlfelder bereits vorab aktiviert sein müssen**: Besteht eine Auswahlmöglichkeit z.B. in einer Option wie «Ich wünsche keine Zustellung von Produktinformationen», so müsste ein solches Auswahlfeld gemäss dem Prinzip von PbDefault standardmässig aktiviert sein (auch wenn eine Zustellung von Produktinformationen allenfalls gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG aufgrund eines vorbestehenden Kundenverhältnisses zulässig wäre).

44 Abhängig von der konkreten Formulierung der einzelnen Einstellungs-/Wahlmöglichkeiten kann es somit sein, dass unter dem Aspekt von PbDefault *gewisse Optionen aktiviert sein müssen, während andere deaktiviert sein müssen*. Ausschlaggebend ist, dass mit der Kombination von aktivierten / deaktivierten Optionen im jeweiligen Einzelfall die **datenschutzfreundlichste Kombination an Einstellungs-/Wahlmöglichkeiten** umgesetzt wird. Die Betroffenen sollen sich darauf verlassen können, dass sie, sofern sie an diesen Voreinstellungen keine Änderungen vornehmen, stets in den Genuss der datenschutzfreundlichsten Einstellung kommen.

45 Gemäss der hier vertretenen Ansicht hat dies **auch für die Voreinstellung im Rahmen der Einholung von Einwilligungen** zu gelten.[584] Die Vorgaben zu PbDefault sind nicht auf rein technische Parameter beschränkt, sondern gemäss Art. 7 Abs. 3 DSG auf «die Bearbeitung der Personendaten» generell

583. Vgl. dazu Reber, S. 44 ff.
584. A.M. OFK-Spacek zu Art. 7 DSG, N. 26 und Rosenthal, S. 23 N. 50.

gerichtet. In einer gesamtheitlichen Betrachtung, wie sie die Konzepte von PbDesign und PbDefault voraussetzen, sind dabei auch allfällige Einholungen von Einwilligungen mitzuverstehen. Heranzuziehen ist hier die **Ungewöhnlichkeitsregel**: Bestätigen die Nutzenden AGB im Rahmen einer Globalübernahme, so werden sie dabei durch die Ungewöhnlichkeitsregel vor unerwarteten Konsequenzen geschützt.[585] Gleiches sollte bei der Anpassung von Einstellungsmöglichkeiten und der Einholung von Einwilligungen gelten: **Das Prinzip von PbDefault schafft bei den Betroffenen die berechtigte Erwartung, dass sie ohne Vornahme eigener Anpassungen jederzeit von der datenschutzfreundlichsten Einstellung profitieren**. Dies sollte nicht durch die Zulassung von voraktivierten Auswahlfeldern für weitergehende, nicht der datenschutzfreundlichsten Grundeinstellung entsprechende Bearbeitungen unterlaufen werden. Vielmehr sollten die Betroffenen in ihrem Vertrauen auf die umfassende Umsetzung des Prinzips von PbDefault geschützt werden. Massgeblich für die Beurteilung sind dabei die konkreten Umstände des jeweiligen Anwendungsfalls.

IV. FOLGEN BEI PFLICHTVERLETZUNG

Die Verletzung der Pflichten von Art. 7 DSG hat **keine direkten Sanktionsfolgen** (vgl. Art. 60 ff. DSG).[586] Auch stellt eine solche Verletzung der Pflicht zur Umsetzung von PbDesign und PbDefault per se (noch) keine Persönlichkeitsverletzung dar: In Art. 30 Abs. 2 lit. a DSG wird explizit nur auf Art. «6 *und* 8» (und nicht «6 *bis* 8») verwiesen: «Eine Persönlichkeitsverletzung liegt insbesondere vor, wenn: (a) Personendaten entgegen den Grundsätzen nach den Artikeln 6 und 8 bearbeitet werden». 46

Hingegen kann eine Verletzung der Pflichten von Art. 7 DSG **indirekte Sanktionsfolgen** haben, wenn die einer Bearbeitung zugrundeliegenden Systeme, Applikationen und Prozesse die Erfüllung der Datenschutzvorgaben aufgrund ungeeigneter Planung und/oder Umsetzung verunmöglichen oder einschränken. Wenn z.B. gespeicherte Personendaten nicht personenbezogen aufgerufen (und nötigenfalls bearbeitet, korrigiert oder gelöscht) werden können, und dies dem Verantwortlichen bekannt ist (oder sein muss), so ist es 47

585. Vgl. zur AGB-Kontrolle von Datenschutzerklärungen Reber, S. 41 ff.
586. Rosenthal, S. 21 N. 43 und S. 23 N. 52.

nur noch ein kleiner Schritt zur (eventual-)vorsätzlichen Erteilung einer falschen oder unvollständigen Auskunft im Sinne von Art. 60 Abs. 1 lit. a DSG.

48 Eine ungenügende Umsetzung der Grundsätze von PbDesign und PbDefault kann zudem dazu führen, dass die vorgenommenen Datenbearbeitungen generell gegen Datenschutzvorschriften verstossen, insbesondere gegen die Grundsätze von Art. 6 DSG. Liegen genügend Anzeichen für solche Verstösse vor, so kann der **EDÖB** von Amtes wegen oder auf Anzeige hin eine **Untersuchung** eröffnen (Art. 49 Abs. 1 DSG) und entsprechende **Anordnungen** erlassen (Art. 51 DSG), inklusive der **Anordnung, die Grundsätze von PbDesign und PbDefault umzusetzen** (Art. 51 Abs. 3 lit. b DSG). Wird dann einer Verfügung des EDÖB nicht Folge geleistet, droht eine Sanktion nach Art. 63 DSG (Missachten von Verfügungen).

V. ÜBERGANGSBESTIMMUNGEN

49 Grundsätzlich ist das DSG ab dessen Inkrafttreten für sämtliche Datenbearbeitungen
direkt anwendbar, sofern Art. 69 ff. DSG keine speziellen **Übergangsbestimmungen** vorsehen. Gemäss Art. 69 DSG (Übergangsbestimmungen betreffend laufende Bearbeitungen) sind die Vorgaben von Art. 7 DSG nicht auf bereits bestehende Datenbearbeitungen anwendbar, die unverändert fortgeführt werden: «Die Artikel 7, 22 und 23 sind nicht anwendbar auf Datenbearbeitungen, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes begonnen wurden, wenn der Bearbeitungszweck unverändert bleibt und keine neuen Daten beschafft werden.»

50 Die Ausnahmebestimmung von Art. 69 DSG bezieht sich somit nur auf Datenbearbeitungen mit rein statischen Datenbeständen und gleichbleibendem Bearbeitungszweck und nur auf bereits **bestehende Daten***bearbeitungen*, nicht auf die dafür verwendeten Systeme, Applikationen, Prozesse oder andere Aspekte der Datenbearbeitung als solche: Sobald mit einem bestehenden System, einer bestehenden Applikation oder einem eingespielten Prozess *neue Daten* bearbeitet werden, oder *zu neuen Zwecken*, so muss sich dieses System, diese Applikation oder dieser Prozess (oder anderweitige Aspekt der Datenbearbeitung) an den neu geltenden Vorgaben von PbDesign und PbDefault messen lassen. Während somit z.B. Legacy-Systeme, die unverändert weiterbetrieben werden (wie z.B. eine rein statische Archiv-Applikation ohne neue Datenzuflüsse), unter die

Übergangsbestimmungen fallen, sind bestehende operative Systeme, Applikationen und Prozesse gemäss den Prinzipien von PbDesign und PbDefault auszugestalten und kontinuierlich dem entsprechenden Stand der Technik anzupassen.

LITERATURVERZEICHNIS

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 7 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023 (zit. SHK DSG-Baeriswyl, Art. 7).

Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt, DSG und europäisches Datenschutzrecht, in (S. 1 ff): Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023 (zit. SHK DSG-Baeriswyl/Pärli).

Cavoukian Ann, Privacy by Design - The 7 Foundational Principles, Kanada 2011, https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/Resources/7foundationalprinciples.pdf, besucht am 25.4.2023 (zit. Cavoukian-Principles).

Cavoukian Ann, Privacy by Design - The 7 Foundational Principles - Implementation and Mapping of Fair Information Practices, Kanada 2011, https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/resources/pbd-implement-7found-principles.pdf, https://iapp.org/media/pdf/resource_center/pbd_implement_7found_principles.pdf, besucht am 25.4.2023 (zit. Cavoukian-Implementation).

Harasgama Rehana/Tamò Aurelia, Smart Metering und Privacy by Design im Big-Data-Zeitalter: Ein Blick in die Schweiz, in: ZIK - Publikationen aus dem Zentrum für Informations- und Kommunikationsrecht der Universität Zürich, Band/Nr. 59 (2014), Big Data und Datenschutz - Gegenseitige Herausforderungen, S. 117-149.

Kasper Gabriel, People Analytics in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen - Vorschläge zur wirksameren Durchsetzung des Datenschutzrechts, in: RnT - Schriften
zum Recht der neuen Technologien Band/Nr. 02, Zürich 2021, https://www.alexandria.unisg.ch/handle/20.500.14171/111087 (Hauptseite) sowie https://www.alexandria.unisg.ch/bitstreams/8a467009-dc08-4740-8d49-b8810c31fd35/download (PDF), besucht am 27.4.2023.

Langheinrich Marc, Mehr Datenschutz durch Technik? - Die Umsetzung der technikbezogenen Bestimmungen der EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) in der Praxis, digma 2017, S. 14 ff.

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter vom 16.11.2020, https://www.rosenthal.ch/downloads/Rosenthal-revidiertesDSG.pdf, besucht am 1.7.2023.

Spacek Dirk, Kommentierung zu Art. 7 DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian, Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz mit weiteren Erlassen, Orell Füssli, Zürich 2023 (zit. OFK-Spacek zu Art. 7 DSG).

Reber Yannick, Die AGB-Kontrolle von Datenschutzerklärungen, ius.full - Forum für juristische Bildung 2/2023, S. 40-53.

Tamò-Larrieux Aurelia, Designing for Privacy and its Legal Framework - Data Protection by Design and Default for the Internet of Things, in: Law, Governance and Technology Series - Issues in Privacy and Data Protection, Vol. 40, Springer, Cham 2018.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.09.2017, BBl 2017 S. 6941 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de, besucht am 26.6.2023.

Revidierte Europaratskonvention zum Schutze des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 10.10.2018, BBl 2020 S. 599 ff., https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/62/de, besucht am 2.7.2023 (zit. ER-Konv 108+), basierend auf ER-Konv 108 (SR 0.235.1).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 10 DSG

Eine Kommentierung von Michèle Balthasar

ZITIERVORSCHLAG

Michèle Balthasar, Kommentierung zu Art. 10 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Balthasar, N. XXX zu Art. 10 DSG.

Art. 10 Datenschutzberaterin oder -berater

[1] Private Verantwortliche können eine Datenschutzberaterin oder einen Datenschutzberater ernennen.

[2] Die Datenschutzberaterin oder der Datenschutzberater ist Anlaufstelle für die betroffenen Personen und für die Behörden, die in der Schweiz für den Datenschutz zuständig sind. Sie oder er hat namentlich folgende Aufgaben:

a. Schulung und Beratung des privaten Verantwortlichen in Fragen des Datenschutzes;

b. Mitwirkung bei der Anwendung der Datenschutzvorschriften.

[3] Private Verantwortliche können von der Ausnahme nach Artikel 23 Absatz 4 Gebrauch machen, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

a. Die Datenschutzberaterin oder der Datenschutzberater übt ihre oder seine Funktion gegenüber dem Verantwortlichen fachlich unabhängig und weisungsungebunden aus.

b. Sie oder er übt keine Tätigkeiten aus, die mit ihren oder seinen Aufgaben als Datenschutzberaterin oder -berater unvereinbar sind.

c. Sie oder er verfügt über die erforderlichen Fachkenntnisse.

d. Der Verantwortliche veröffentlicht die Kontaktdaten der Datenschutzberaterin oder des Datenschutzberaters und teilt diese dem EDÖB mit.

[4] Der Bundesrat regelt die Ernennung von Datenschutzberaterinnen und Datenschutzberatern durch die Bundesorgane.

GLIEDERUNG

In Kürze 187
I. Allgemeines 187
A. Einleitung 187
B. Rechtsvergleichender Hinweis 188
1. Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten nach DSGVO 188
2. Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten nach länderspezifischen Vorschriften 189
C. Begrifflichkeit 190
II. Datenschutzberaterin und -berater des privaten Verantwortlichen 191
A. Ernennung der Datenschutzberaterin oder des Datenschutzberaters (Art. 10 Abs. 1 DSG) 191
1. Freiwilligkeit der Ernennung einer Datenschutzberaterin bzw. eines Datenschutzberaters 191
2. Benennung einer internen oder externen Datenschutzberaterin bzw. eines internen oder externen Datenschutzberaters 192
3. Benennung einer gemeinsamen Datenschutzberaterin oder eines gemeinsamen Datenschutzberaters für eine Unternehmensgruppe 193
B. Aufgaben der Datenschutzberaterin oder des Datenschutzberaters (Art. 10 Abs. 2) 193
1. Anlaufstelle für den EDÖB und weitere Behörden, die in der Schweiz für den Datenschutz zuständig sind, sowie für die betroffenen Personen 193
2. Schulung und Beratung des privaten Verantwortlichen in Fragen des Datenschutzes (Abs. 2 lit. a) 194
3. Mitwirkung bei der Anwendung der Datenschutzvorschriften (Abs. 2 lit. b) ... 195
4. Exkurs: Keine Verantwortlichkeit der Datenschutzberaterin bzw. des Datenschutzberaters 197
C. Anforderungen an die Datenschutzberaterin bzw. den Datenschutzberater (Abs. 3) 198
1. Fachlich unabhängig und weisungsungebunden (lit. a) 198
2. Keine Unvereinbarkeit mit anderen Aufgaben (lit. b) 199
3. Erforderliche Fachkenntnisse (lit. c) 200
4. Veröffentlichung der Kontaktdaten (lit. d) 200
D. Pflichten des privaten Verantwortlichen (Art. 23 DSV) 201
1. Zurverfügungstellung der notwendigen Ressourcen (lit. a) 201
2. Gewährung des Zugangs zu allen Auskünften, Unterlagen, Verzeichnissen der Bearbeitungstätigkeiten und Personendaten (lit. b) 202
3. Einräumung des Rechts, in wichtigen Fällen das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan zu informieren (lit. c) 202
III. Datenschutzberaterin oder -berater von Bundesorganen (Art. 10 Abs. 4 DSG) 203
A. Ernennung (Art. 25 DSV) 203

B. Anforderungen und Aufgaben (Art. 26 DSV) 204
C. Pflichten des Bundesorgans (Art. 27 DSV) 205
D. Anlaufstelle des EDÖB (Art. 28 DSV) 206
Literaturverzeichnis 206
Materialienverzeichnis 206

IN KÜRZE

Art. 10 DSG regelt die Ernennung und die Aufgaben der Datenschutzberaterin bzw. des Datenschutzberaters sowie die Voraussetzungen für die Nutzung der Ausnahmeregelung nach Art. 23 Abs. 4 DSG. Die Institution der Datenschutzberaterin bzw. des Datenschutzberaters ermöglicht den privaten Unternehmen, sich selbst zu regulieren. Die Ernennung einer Datenschutzberaterin oder eines Datenschutzberaters ist für den privaten Verantwortlichen freiwillig, allerdings kann er im Falle einer Benennung von der Ausnahmeregelung profitieren, wonach bei einer Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) unter bestimmten Voraussetzungen auf die Konsultation des EDÖB verzichtet werden kann.

I. ALLGEMEINES

A. Einleitung

Art. 10 DSG regelt die Ernennung und die Aufgaben der Datenschutzberaterin oder des Datenschutzberaters sowie die Voraussetzungen für die Nutzung der Ausnahmeregelung nach Art. 23 Abs. 4 DSG. Art. 23 DSV konkretisiert die Anforderungen an einen privaten Verantwortlichen, der eine Datenschutzberaterin oder einen Datenschutzberater einsetzt. Die Institution der Datenschutzberaterin bzw. des Datenschutzberaters ermöglicht den privaten Unternehmen, sich ferner selbst zu regulieren bzw. eine Person einzusetzen, die den Datenschutz im Unternehmen steuert. 1

Mit der Einführung der neuen Bestimmung zur Datenschutzberaterin bzw. zum Datenschutzberater in Art. 10 DSG erfährt die – unter bestimmten Voraussetzungen obligatorische – Konsultation des EDÖB im Rahmen einer DSFA nunmehr eine Erleichterung. So muss ein Datenbearbeitungsvorhaben von privaten Verantwortlichen, das trotz erfolgter DSFA noch ein «hohes Risiko» aufweist, dem EDÖB nicht mehr vorgelegt werden, wenn die Datenschutzberaterin bzw. der Datenschutzberater bereits konsultiert worden ist (Art. 23 Abs. 4 DSG). Ein Unternehmen, welches also eine Datenschutzberaterin oder einen Datenschutzberater ernennt hat, darf damit einzig auf die interne Datenschutzberatung abstellen, ohne darüber hinaus den EDÖB konsultieren zu müssen. 2

3 Die Ernennung einer Datenschutzberaterin oder eines Datenschutzberaters ist für den privaten Verantwortlichen freiwillig. Unter dem bisherigen Recht war es so, dass die Unternehmen durch die Ernennung eines (in seiner Ausgestaltung vergleichbaren) „Datenschutzverantwortlichen" nicht mehr verpflichtet waren, dem EDÖB ihre ansonsten registrierpflichtigen Datensammlungen zu melden.[587] Mit der Revision entfällt die Pflicht zur Registrierung für Private generell.

4 Während die Benennung einer Datenschutzberaterin oder eines Datenschutzberaters für den privaten Verantwortlichen freiwillig ist, ist sie für Bundesorgane Pflicht (Art. 10 Abs. 4 DSG i. V. m. Art. 25 ff. DSV). Der Bundesrat regelt in Art. 25 DSV die Ernennung, in Art. 26 DSV die Anforderungen und Aufgaben der Datenschutzberaterin bzw. des Datenschutzberaters der Bundesorgane. Art. 27 DSV bestimmt die Pflichten der Bundesorgane gegenüber der Datenschutzberaterin bzw. dem Datenschutzberater und Art. 28 DSV definiert die Datenschutzberaterin bzw. den Datenschutzberater als Anlaufstelle gegenüber dem EDÖB.

B. Rechtsvergleichender Hinweis

1. Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten nach DSGVO

5 Die Europäische Union hat mit Inkrafttreten der DSGVO in bestimmten Fälle die Pflicht zur Ernennung eines sogenannten Datenschutzbeauftragten eingeführt. Art. 37 Abs. 1 DSGVO nennt drei Fallgruppen, in denen ein Datenschutzbeauftragter benannt werden muss.

6 Zunächst besteht gemäss Art. 37 Abs. 1 lit. a DSGVO diese Pflicht für Behörden und öffentliche Stellen, mit Ausnahme von Gerichten, sofern sie im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit handeln. Hierzu zählen beispielsweise Baubehörden, Wasser- und Energieversorger oder Verkehrsbetriebe.

7 Weiter schreibt Art. 37 Abs. 1 DSGVO in lit. b eine Benennungspflicht vor, wenn die Kerntätigkeit des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters in der Durchführung von Verarbeitungsvorgängen liegt, welche aufgrund ihrer Art, ihres Umfangs und/oder ihrer Zwecke eine umfangreiche regelmässige und systematische Überwachung von Personen erfordern. In Erwägungsgrund

587. Siehe etwa, BK-Jennifer Ehrensberger/Urs Bersler, Art. 11a altes DSG, N. 4 ff; HK-Rosenthal/Jöhri, Art. 11a altes DSG, N. 1 ff.

97 zur DSGVO wird erläutert, dass sich die Kerntätigkeit eines Verantwortlichen auf „seine Haupttätigkeiten und nicht auf die Verarbeitung personenbezogener Daten als Nebentätigkeit" bezieht. Die Artikel-29-Datenschutzgruppe der Europäischen Kommission hatte zu diesem Thema mit den WP 243 Leitlinien in Bezug auf Datenschutzbeauftragte („DSB") veröffentlicht.[588] „Kerntätigkeit" sind demnach die wichtigsten Arbeitsabläufe, die zur Erreichung der Ziele des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters nötig sind.[589] „Regelmässig" ist eine Überwachung, wenn sie fortlaufend oder periodisch stattfindet, und „systematisch", wenn sie einem methodischen oder organisierten Ansatz folgt oder Teil einer umfassenderen Strategie ist.[590] Beispiele hierfür sind etwa private Sicherheitsunternehmen, die private Einkaufszentren und öffentliche Plätze überwachen, oder Apps, deren Kernfunktionalität die Analyse von Standortdaten erfordert (z. B. Sport- oder Navigations-Apps).

Schliesslich besteht nach Art. 37 Abs. 1 lit. c DSGVO eine Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten in Fällen, in denen die Kerntätigkeit des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters in der umfangreichen Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten gemäss Art. 9 DSGVO oder von personenbezogenen Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten gemäss Art. 10 DSGVO besteht. Ob eine Verarbeitung umfangreich im Sinne dieser Bestimmung ist, ist im Einzelfall zu klären, etwa unter Berücksichtigung der Menge der verarbeiteten Daten oder der Zahl der betroffenen Personen. Beispiele sind die Verarbeitung von Patientendaten im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb eines Krankenhauses oder die Verarbeitung von Kundendaten im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb eines Versicherungsunternehmens. 8

2. Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten nach länderspezifischen Vorschriften

Länderspezifische Vorschriften können weitergehende Bestimmungen vorsehen, unter welchen ein Datenschutzbeauftragter zu benennen ist. So 9

588. Der Europäische Datenschutzausschuss (= European Data Protection Board, kurz: EDPB), seit Inkrafttreten der DSGVO der Nachfolger der Artikel-29-Datenschutzgruppe, bestätigte die mit der DSGVO zusammenhängenden Leitlinien der Artikel-29-Datenschutzgruppe bei seiner ersten Plenarsitzung). Die Leitlinie ist abrufbar unter: https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612048 (zuletzt besucht am 18.7.2023).

589. WP 243, S. 8.

sieht etwa das deutsche Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)[591] eine Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten vor, wenn mindestens 20 Mitarbeitende ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigt sind (§ 38 Abs. 1 Satz 1 BDSG). Daneben nennt das BDSG in § 38 Abs. 1 Satz 2 zwei weitere Szenarien, in denen Unternehmen ungeachtet der Anzahl der mit der Verarbeitung befassten Personen einen Datenschutzbeauftragten benennen müssen: Einerseits in Fällen, in denen eine DSFA nach Art. 35 DSGVO notwendig ist, und andererseits in Konstellationen, in denen sie personenbezogene Daten geschäftsmässig zum Zweck der anonymisierten Übermittlung oder für Zwecke der Markt- oder Meinungsforschung verarbeiten.

C. Begrifflichkeit

10 Das frühere DSG verwendete auf Deutsch den Begriff des „Datenschutzverantwortlichen" und auf Italienisch den des „responsabile per la protezione dei dati", während es in der französischen Version „conseiller à la protection des données", also „Datenschutzberater", heisst (Art. 11a Abs. 5 lit. e aDSG). Damit es nicht zu Verwechslungen mit dem „Verantwortlichen" nach Art. 5 lit. i DSG bzw. mit dem „responsabile" kommt, wurde mit der Revision des DSG auf Deutsch der Begriff „Datenschutzberaterin und Datenschutzberater" bzw. auf Italienisch „consulente per la protezione dei dati" eingeführt. Dadurch ist die Terminologie von Art. 10 DSG in allen drei Sprachen vereinheitlicht worden.[592]

11 Gleichzeitig wurde damit auch klargestellt, dass die Verantwortung für die datenschutzkonforme Bearbeitung von Personendaten nicht bei der Datenschutzberaterin bzw. dem Datenschutzberater liegt, sondern beim verantwortlichen Unternehmen, dem „Verantwortlichen".[593]

590. WP 243, S. 10.

591. Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU) vom 30. Juni 2017, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2017 Teil I Nr. 44.

592. Botschaft zum DSG, S. 7032 f.

593. Botschaft zum DSG, S. 7033; BK-Jennifer Ehrensberger/Urs Bersler, Art. 11a altes DSG, N. 16b ff; siehe hierzu auch hinten, N. 29 ff.

II. DATENSCHUTZBERATERIN UND -BERATER DES PRIVATEN VERANTWORTLICHEN

A. Ernennung der Datenschutzberaterin oder des Datenschutzberaters (Art. 10 Abs. 1 DSG)

1. Freiwilligkeit der Ernennung einer Datenschutzberaterin bzw. eines Datenschutzberaters

Art. 10 Abs. 1 DSG besagt, dass die Benennung einer Datenschutzberaterin oder eines -beraters für private Verantwortliche freiwillig ist. Nach dem DSG bleibt es damit dem privaten Verantwortlichen überlassen, ob er eine Datenschutzberaterin oder einen Datenschutzberater ernennt. Allerdings gilt, dass ein Unternehmen, welches eine Datenschutzberaterin bzw. einen Datenschutzberater nach Art. 10 Abs. 3 DSG bestimmt hat, nach Durchführung einer DSFA auch bei fortbestehend hohem Risiko einzig auf die interne Datenschutzberatung abstellen darf, ohne darüber hinaus den EDÖB konsultieren zu müssen (Art. 23. Abs. 4 DSG). 12

Unternehmen, welche international tätig sind, müssen allerdings die Vorgaben der DSGVO einhalten und sind daher oftmals verpflichtet, einen Datenschutzbeauftragten nach Art. 37 DSGVO zu benennen.[594] 13

Ferner liegt es im Interesse jedes Unternehmen, innerhalb seiner Organisation einen effizienten und wirksamen Datenschutz im Sinne einer angemessenen Compliance zu gewährleisten. Es empfiehlt sich deshalb oftmals zumindest intern eine Datenschutzstelle zu benennen und sie mit Aufgaben zum Datenschutz zu betrauen. Diese Person muss die Anforderungen nach Art. 10 Abs. 3 DSG nicht erfüllen.[595] Erfüllt sie die Anforderungen nach Art. 10 Abs. 3 allerdings nicht, kann das Unternehmen auch nicht von den Erleichterungen von Art. 24 Abs. 3 DSG profitieren. 14

Im Falle der Benennung einer solchen Person oder Stelle sollten Unklarheiten hinsichtlich ihrer Funktionsbezeichnung, ihres Status, ihrer Stellung und ihres Aufgabenfelds vermieden werden. Bereits an der Funktionsbezeichnung 15

594. Siehe hierzu vorne, N. 5 ff.
595. So auch Rosenthal, Jusletter 2020, N. 171.

innerhalb des Unternehmens sowie gegenüber dem EDÖB und den betroffenen Personen sollte deshalb deutlich werden, dass es sich nicht um eine Datenschutzberaterin bzw. einen Datenschutzberater nach Art. 10 Abs. 3 DSG handelt.[596] Es empfiehlt sich für diese Funktion eine andere Bezeichnung zu wählen, etwa Datenschutzstelle, Ansprechperson zum Datenschutz, Datenschutzkoordinatorin bzw. Datenschutzkoordinators oder Privacy Officer. Hinsichtlich der Aufgabenerteilung ist das verantwortliche Unternehmen frei. Die Aufgaben sollten dennoch in einem Pflichtenheft klar festgelegt werden.

2. Benennung einer internen oder externen Datenschutzberaterin bzw. eines internen oder externen Datenschutzberaters

16 Das verantwortliche Unternehmen kann als Datenschutzberaterin oder Datenschutzberater eine interne Person oder eine externe Person oder Stelle bestimmen.

17 Bei der internen Datenschutzberaterin bzw. dem internen Datenschutzberater handelt es sich um eine Arbeitnehmerin/einen Arbeitnehmer oder um eine Abteilung eines Unternehmens, welche bzw. welcher sich gezielt mit dem Datenschutz im jeweiligen Unternehmen beschäftigt. Bei grösseren Unternehmen wird sie bzw. er regelmässig auf unterer Hierarchieebene von sogenannten Datenschutzmanagern oder Data Ownern unterstützt, welche für den Datenschutz in ihrem jeweiligen Bereich zuständig sind, wie etwa für das Erstellen und Führen des Verzeichnisses der Bearbeitungstätigkeiten (Art. 12 DSG).

18 Externe Datenschutzberaterinnen bzw. -berater sind dagegen natürliche oder juristische Personen, die die Dienstleistung Datenschutz (Data Protection as a Service) anbieten und auf Grundlage eines Auftragsverhältnisses agieren.[597] Regelmässig wird aber auch in diesen Fällen unternehmensintern eine Ansprechperson zu benennen sein, welche sowohl ihr bzw. ihm als auch den Mitarbeitenden als Ansprechpartner/-in bei Datenschutzthemen im Unternehmen dient.

19 Der Vorteil einer internen Datenschutzberaterin bzw. eines internen Datenschutzberaters ist deren bzw. dessen Einbindung ins Unternehmen

596. Vgl. hierzu zur DSGVO, WP 243, S. 6 und N. 14.
597. SHK DSG-Frey, N. 12.

selbst und damit verbunden ein besserer Überblick über die internen Prozesse. Ferner kann sie bzw. er direkt überprüfen und darauf einwirken, dass der Datenschutz in der Unternehmenskultur auch „gelebt" wird und nicht nur auf dem Papier besteht. Nachteilig sein kann es hingegen, zu nah am Unternehmen und den Mitarbeitenden zu stehen, was zu Interessenkollisionen führen kann. Oftmals fehlen auch die Ressourcen und das entsprechende Know-how oder es bestehen Interessenskonflikte, um eine angemessene Wahrung des Datenschutzes im Unternehmen zu gewährleisten. In solchen Situationen macht es Sinn, das Mandat der Datenschutzberaterin oder des Datenschutzberaters extern zu vergeben.

3. Benennung einer gemeinsamen Datenschutzberaterin oder eines gemeinsamen Datenschutzberaters für eine Unternehmensgruppe

Für eine Unternehmensgruppe besteht die Möglichkeit, eine gemeinsame Datenschutzberaterin bzw. einen gemeinsamen Datenschutzberater zu bestimmen.[598] Diese bzw. dieser muss für die betroffenen Personen und für den EDÖB aber als organisationsinterne Ansprechperson über geeignete Kommunikationskanäle leicht erreichbar sein. [599] Sie bzw. er muss in der Lage sein, mit Betroffenen wirksam zu kommunizieren und mit den zuständigen Aufsichtsbehörden effektiv zusammenzuarbeiten. Eine Pflicht, in der Schweiz ansässig zu sein, besteht jedoch nicht, solange die Datenschutzberaterin bzw. der Datenschutzberater ihre bzw. seine Aufgaben effektiv ausüben kann.[600] Dennoch dürfte die Kenntnis einer Landesprache erforderlich sein. 20

B. Aufgaben der Datenschutzberaterin oder des Datenschutzberaters (Art. 10 Abs. 2)

1. Anlaufstelle für den EDÖB und weitere Behörden, die in der Schweiz für den Datenschutz zuständig sind, sowie für die betroffenen Personen

Die Datenschutzberaterin bzw. der Datenschutzberater ist eine wichtige Ansprechstelle in Bezug auf die Datenbearbeitungen, welche das verantwortliche Unternehmen vornimmt. Sie bzw. er ist in die Prozesse des 21

598. Rosenthal, Jusletter 2020, N. 170.
599. Vgl. WP 243, S. 12; SHK DSG-Frey, N. 13.
600. Rosenthal, Jusletter 2020, N. 170.

Unternehmens zur Einhaltung des Datenschutzes eingebunden.[601] Eine fachliche Ansprechperson kann damit unmittelbar ausfindig gemacht werden, was dem EDÖB oder betroffenen Personen die Ausübung seiner bzw. ihrer Rechte erleichtert.

22 Bei Fragen im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Personendaten im Unternehmen dient er oder sie dem EDÖB und weiteren Behörden, die in der Schweiz für den Datenschutz zuständig sind (etwa die FINMA oder die kantonalen Datenschutzbehörden), deshalb als Anlaufstelle. Ebenfalls als Anlaufstelle dient sie oder er den betroffenen Personen, beispielsweise im Falle eines Auskunftsgesuches nach Art. 25ff. DSG.[602]

2. Schulung und Beratung des privaten Verantwortlichen in Fragen des Datenschutzes (Abs. 2 lit. a)

23 Damit im jeweiligen Unternehmen ein effektiver Datenschutz gewährleistet werden kann, hat die Datenschutzberaterin bzw. der Datenschutzberater den privaten Verantwortlichen bzw. seine Mitarbeitenden entsprechend zu schulen, auszubilden und zu sensibilisieren. Hier sind zumindest sämtliche Mitarbeitende einzubeziehen, welche mit Personendaten in Kontakt kommen. Der Fokus sollte dabei auf den datenschutzrechtlichen Grundsätzen (Art. 6 DSG) liegen. Weitere Schulungsthemen sind etwa die Vorgaben zur Auslandbekanntgabe sowie der Umgang mit besonders schützenswerten Personendaten im Unternehmen. Darüber hinaus sind die Mitarbeitenden auch hinsichtlich der Anforderungen an die Datensicherheit zu schulen (Art. 8 DSG).[603]

24 Die Schulung der Mitarbeitenden in Sachen Datenschutz und Datensicherheit durch die Datenschutzberaterin bzw. den Datenschutzberater sollte in regelmässigen Abständen, am besten jährlich, wiederholt werden. Durch regelmässiges Sensibilisieren bleibt das Thema Datenschutz bei den Mitarbeitenden präsent. Zudem können aktuelle Neuerungen, z. B. hinsichtlich der IT-Landschaft des Unternehmens, zeitnah an die Mitarbeitenden weitergegeben werden.

---

601. Rosenthal, Jusletter 2020, N. 170.
602. Siehe auch SHK DSG-Frey, N. 29.
603. Siehe auch SHK DSG-Frey, N. 18 ff; Jennifer Ehrensberger/Urs Bersler, Art. 11a altes DSG, N. 16 f.

In ihrer bzw. seiner Beraterfunktion kommt der Datenschutzberaterin bzw. dem Datenschutzberater die Aufgabe zu, hinsichtlich der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften bei den Datenbearbeitungen zu beraten, dabei die jeweils relevanten Tatsachen der datenschutzrechtlichen Fragestellung herauszuarbeiten und anhand dieser Entscheidungsalternativen aufzuzeigen. 25

3. Mitwirkung bei der Anwendung der Datenschutzvorschriften (Abs. 2 lit. b)

Eine weitere Aufgabe der Datenschutzberaterin bzw. des Datenschutzberaters ist ihre bzw. seine Mitwirkung bei der Anwendung der Datenschutzvorschriften. Dies beinhaltet insbesondere, das Mitwirken beim Erlass von Nutzungsbedingungen und Datenschutzvorschriften.[604] Ferner, dass sie oder er die Bearbeitung von Personendaten prüft und Korrekturmassnahmen empfiehlt, wenn eine Verletzung der Datenschutzbestimmungen festgestellt wird. Darüber hinaus soll sie bzw. er den privaten Verantwortlichen bei der Erstellung von DSFA mitwirken und deren Ausführung prüfen.[605] Überdies ist es wichtig, dass die Datenschutzberaterin bzw. der Datenschutzberater innerhalb der Einrichtung als Gesprächspartner/-in wahrgenommen wird und dass sie bzw. er den massgeblichen Arbeitsgruppen angehört, die mit Datenbearbeitungstätigkeiten innerhalb dem Unternehmen befasst sind. Nicht zu den Aufgaben der Datenschutzberaterin oder des Datenschutzberaters des privaten Verantwortliche gehört es jedoch, dem EDÖB oder betroffenen Personen Verletzungen der Datensicherheit zu melden. Obwohl es bei Verletzungen der Datensicherheit häufig sinnvoll sein dürfte, die Datenschutzberaterin bzw. den Datenschutzberater einzubeziehen, ist dies gesetzlich nicht vorgeschrieben. 26

Die Datenschutzberaterin bzw. der Datenschutzberater ist als unterstützende Stelle zu verstehen, nicht aber als Überwachungsorgan. In Bezug auf die Prüfung von Datenbearbeitungen und die Empfehlung von Korrekturmassnahmen geht es deshalb nicht darum, eine aktive Prüfpflicht einzuführen, beziehungsweise systematische Kontrollen aller 27

604. Siehe hierzu zum Datenschutzberater: https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/grundlagen/datenschutzberaterin-berater.html, zuletzt abgerufen am 18.7.2023.
605. SHK DSG-Frey, N. 24.

Datenbearbeitungen vorzuschreiben. Vielmehr ist es ausreichend, wenn sie oder er aktiv wird, falls beispielsweise der Verantwortliche die Prüfung einer Datenbearbeitung anfragt oder ihr bzw. ihm Hinweise zugetragen werden, dass Datenschutzvorschriften verletzt worden sind.[606] Selbstverständlich bleibt es dem Verantwortlichen aber unbenommen zu verlangen, dass die Datenschutzberaterin oder der Datenschutzberater Datenbearbeitungen proaktiv prüft. Denkbar und in der Praxis häufig ist, dass sie bzw. er einmal jährlich einen Datenschutz-Audit durchführt.

28 Als weitere Aufgaben der Datenschutzberaterin bzw. des Datenschutzberaters kommen in Betracht:

- Erarbeitung und Prüfung der Implementierung von Massnahmen zur Datensicherheit (Art. 8 DSG);
- Prüfung der Bearbeitung durch den Auftragsbearbeiter (Art. 9 DSG);
- Erarbeitung und Prüfung der Verzeichnisse der Bearbeitungstätigkeiten (Art. 12 DSG);
- Prüfung der Datenbekanntgabe ins Ausland (Art. 16 ff. DSG);
- Unterstützung bei der Erfüllung der Informationspflichten (Art. 19 ff. DSG);
- Erarbeitung und Implementierung von Prozessen für die Bearbeitung von Anfragen von Betroffenen (Art. 25 DSG);
- Entwicklung geeigneter Prozesse zur Wahrung der Betroffenenrechte und Einhaltung der Datenschutzvorschriften (Art. 25 ff. DSG);
- Durchführung von Risikobeurteilungen (z. B. Risiko einer unbeabsichtigten/unberechtigten Datenweitergabe, -löschung oder -bearbeitung, eines Datenverlustes oder technischen Fehlers etc.) etwa im Rahmen einer DSFA;[607]
- Erstellen von Jahresberichten über die Tätigkeiten zuhanden des Verantwortlichen.

606. So auch SHK DSG-Frey, N. 23.
607. Siehe Art. 23 Abs. 4 DSG.

4. Exkurs: Keine Verantwortlichkeit der Datenschutzberaterin bzw. des Datenschutzberaters

Häufig wird angenommen, dass die Datenschutzberaterin bzw. der Datenschutzberater für den Datenschutz und dessen Einhaltung im Unternehmen verantwortlich ist. Die Datenschutzberaterin bzw. der Datenschutzberater hat allerdings über seine Schulungs-, Beratungs- und Mitwirkungsfunktion hinaus keinerlei Handlungskompetenzen, die sich aus dem DSG selbst ergeben. Die alleinige Entscheidungsgewalt – und damit auch die alleinige Verantwortung für die datenschutzkonforme Bearbeitung von Personendaten – liegt beim verantwortlichen Unternehmen.[608] Die Datenschutzberaterin bzw. der Datenschutzberater sollte der höchsten Managementebene des betreffenden Unternehmens unterstehen.[609] Anders wäre die Situation lediglich, wenn der Datenschutzberater als faktischen Organ agieren und so die Willensbildung des Verantwortlichen massgebend mitbestimmen würde, in dem er über Mittel und Zweck der Bearbeitungen entscheidet.[610] Aufgrund der nach Art. 10 Abs. 3 DSG geforderten fachlichen Unabhängigkeit und Weisungsungebundenheit, wäre dies aber nicht zulässig.[611] Entscheidet eine Datenschutzberaterin oder Datenschutzberater dennoch über Zweck und Mittel einer Datenbearbeitung, wäre eine Verantwortlichkeit (obligatorischer und/oder strafrechtlicher Natur), möglich. 29

Gibt die Datenschutzberaterin bzw. der Datenschutzberater Empfehlungen ab, sollte das Unternehmen dafür sorgen, dass die Empfehlungen umgesetzt werden. Tut es dies nicht und war die Empfehlung berechtigt, kann – falls ein solcher Vorfall publik werden sollte – für das Unternehmen zu einem nicht unerheblichen Imageschaden führen. Allenfalls kann dies sogar zu Sanktionen gegenüber einem einzelnen Mitarbeitenden führen.[612] War die Empfehlung allerdings falsch bzw. unrichtig, haftet die Datenschutzberaterin bzw. der 30

608. Botschaft zum DSG, S. 7033; so auch der EDÖB: https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/grundlagen/datenschutzberaterin-berater.html, zuletzt abgerufen am 18.7.2023; HK-Rosenthal/Jöhri, Art. 11a altes DSG, N. 94.
609. Botschaft zum DSG, S. 7033; siehe auch EDÖB: https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/grundlagen/datenschutzberaterinberater.html, zuletzt abgerufen am 18.7.2023.
610. BGE 128 III 29 E. 3a S. 30 mit Hinweisen.
611. Siehe hierzu, lit. C.
612. Siehe auch EDÖB zum Datenschutzberater: https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/grundlagen/datenschutzberaterin-berater.html, zuletzt abgerufen am 18.7.2023.

Datenschutzberater im Rahmen seines bestehenden Arbeits- oder Auftragsverhältnisses.

C. Anforderungen an die Datenschutzberaterin bzw. den Datenschutzberater (Abs. 3)

31 Damit ein Unternehmen von der Konsultation des EDÖB entbunden wird, wenn trotz erfolgter DSFA noch ein hohes Risiko besteht (Art. 23 Abs. 4 DSG), muss die Datenschutzberaterin bzw. der Datenschutzberater die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 3 DSG erfüllen.[613]

1. Fachlich unabhängig und weisungsungebunden (lit. a)

32 Die Datenschutzberaterin bzw. der Datenschutzberater muss in ihrer bzw. seiner Tätigkeit soweit unabhängig sein, dass die Aufgaben weisungsunabhängig wahrgenommen und nicht aufgrund ihrer bzw. seiner Tätigkeit vom Unternehmen sanktioniert werden kann. Das heisst, dass ihr oder ihm bei der Aufgabenerfüllung keine Anweisungen erteilt werden dürfen, wie sie bzw. er bei einem gegebenen Sachverhalt zu verfahren hat, also beispielsweise, welches Ergebnis erzielt werden soll, wie einer Beschwerde nachzugehen ist oder ob der EDÖB zurate gezogen werden soll oder nicht. Des Weiteren darf sie bzw. er nicht angewiesen werden, in einer datenschutzrechtlichen Frage (beispielsweise in Bezug auf die Auslegung eines Gesetzes) einen bestimmten Standpunkt zu vertreten.[614]

33 Ausserdem muss gewährleistet sein, dass die Datenschutzberaterin bzw. der Datenschutzberater ihre bzw. seine Empfehlungen – auch wenn sie teilweise unliebsam sein können – ohne Sorge vor Nachteilen frei aussprechen kann. Diese Unabhängigkeit beinhaltet auch, dass sich die Datenschutzberaterin bzw. der Datenschutzberater in wichtigen Belangen an die oberste Leitung (etwa der Verwaltungsrat bei einer Aktiengesellschaft) werden kann (Art. 23 lit. c DSV). Grundsätzlich sollte sie bzw. er deshalb auch direkt der Geschäftsleitung oder sogar dem Verwaltungsrat des Verantwortlichen unterstellt sein.[615]

---

613. Dabei übernimmt das neue DSG weitgehend das frühere Recht (vgl. Art. 11a f. aVDSG); Botschaft zum DSG, S. 7032f.

614. Botschaft zum DSG, S. 7033; BK-Jennifer Ehrensberger/Urs Bersler, Art. 11a altes DSG, N. 16c ff; HK-Rosenthal/Jöhri, Art. 11a altes DSG, N. 80 ff.

2. Keine Unvereinbarkeit mit anderen Aufgaben (lit. b)

34 Damit die Datenschutzberaterin bzw. der Datenschutzberater innerhalb des Unternehmens ihre bzw. seine Aufgaben wahrnehmen kann, darf sie bzw. er keine anderen Tätigkeiten ausüben, die sich mit ihren bzw. seinen Aufgaben nicht vereinbaren lassen. Die Datenschutzberatung sollte getrennt von den Aufgaben des Unternehmens wahrgenommen werden.[616] Ein Interessenkonflikt ist zu vermeiden. Ein solcher könnte beispielsweise dann vorliegen, wenn die Datenschutzberaterin oder der Datenschutzberater Mitglied der Geschäftsleitung, Leiter des operativen Geschäftsbereichs oder Leiter der IT-Abteilung ist oder aber Funktionen im Bereich der Personalführung oder der Informationssystemverwaltung (etwa IT-Manager) ausübt. Die Datenschutzberaterin bzw. der Datenschutzberater darf nicht gleichzeitig eine Funktion innehaben, in denen sie oder er selbst über Mittel und Zweck der Datenbearbeitungen des Verantwortlichen entscheidet oder an diesen ein Interesse hat.[617] Empfehlenswert ist es auch die Datenschutzberatung nicht mit jenen der übrigen Rechtsberatung und -vertretung zu vermischen.[618]

35 Ein möglicher Interessenkonflikt muss deshalb bereits im Vorfeld durch die organisatorische Stellung der Datenschutzberaterin bzw. des Datenschutzberaters vermieden werden. Es sollte vom Grundsatz her darauf geachtet werden, dass keine Linienverantwortlichkeit mit der Stelle der Datenschutzberaterin bzw. des Datenschutzberaters verbunden ist. Es empfiehlt sich damit für ein Unternehmen, die Funktion der Datenschutzberaterin bzw. des Datenschutzberaters z. B. als Stabstelle anzusiedeln. Wichtig ist dabei, dass damit keine Exekutivfunktion in einem Businessbereich einhergeht. Eine weitere Möglichkeit wäre, die Aufgabe der

615. Botschaft zum DSG, S. 7033, siehe hierzu auch den Entscheid der luxemburgischen Datenschutzbehörde hinsichtlich mangelnder Einbindung und Unabhängigkeit und fachlicher Kenntnisse des Datenschutzbeauftragten sowie fehlende Möglichkeit, direkt an die höchste Managementebene zu berichten in Anwendung der DSGVO (https://cnpd.public.lu/content/dam/cnpd/fr/decisions-fr/2021/Decision-22FR-2021-sous-forme-anonymisee.pdf), zuletzt abgerufen am 18.7.2023.

616. https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/grundlagen/datenschutzberaterin-berater.html, zuletzt abgerufen am 18.7.2023.

617. SHK DSG-Frey, N. 34; Rosenthal, Jusletter, N. 170.

618. Siehe auch EDÖB: https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/grundlagen/datenschutzberaterinberater.html, zuletzt abgerufen am 18.7.2023.

Datenschutzberaterin oder des Datenschutzberaters mit derjenigen des Informationssicherheitsbeauftragten zusammenzuführen.[619]

36 Weil Interessenkonflikte in der Praxis sonst kaum vermeidbar sind, dürfte die Datenschutzberaterin bzw. der Datenschutzberater – ausser bei grösseren Unternehmen mit eigenen Datenschutzabteilungen – in der Regel ein externer Dienstleister sein.[620]

3. Erforderliche Fachkenntnisse (lit. c)

37 Um ihre bzw. seine Aufgaben unabhängig wahrnehmen zu können, muss die Datenschutzberaterin bzw. der Datenschutzberater die notwendige fachliche Eignung haben. Sie oder er muss in allen Bereichen genügend Kenntnisse haben, um Empfehlungen und vorgeschlagene Massnahmen einschätzen und im Rahmen der Datenschutzstrategie des Unternehmens bewerten zu können.

38 Die Anforderungen umfassen nicht nur Kenntnisse im Bereich Datenschutz und Datensicherheit, sondern auch die für den Betrieb spezifischen Fachkenntnisse. Sollte sie bzw. er in gewissen Gebieten möglicherweise weniger ausgeprägte Kenntnisse haben, muss sie bzw. er zumindest die Möglichkeit haben, auf solche Kenntnisse zugreifen zu können.[621] Interdisziplinäres Wissen, vorallem in den Bereichen IT und Recht ist erforderlich. Managementsysteme müssen verstanden werden.

4. Veröffentlichung der Kontaktdaten (lit. d)

39 Es ist die Aufgabe des Verantwortlichen, die Kontaktdaten der Datenschutzberaterin oder des Datenschutzberaters zu veröffentlichen und dem EDÖB mitzuteilen. Der EDÖB hat hierzu ein Meldeportal geschaffen. Nicht erforderlich ist wie beim privaten Verantwortlichen, dass das Unternehmen den Namen der Datenschutzberaterin oder des Datenschutzberaters veröffentlicht. Es genügt, wenn beispielsweise die E-Mail-Adresse der fachlich zuständigen Stelle angegeben wird. Zuständige Stelle kann auch ein ganzes Team oder ein Unternehmen sein. Die Datenschutzberaterin bzw. der Datenschutzberater ist eine wichtige

619. Botschaft zum DSG, S. 7034, zum Ganzen siehe auch die Stellungnahme des EDÖB zum Datenschutzberat www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/grundlagen/datenschutzberaterin-berater.html, zuletzt abgerufen am 18.7.2023.

620. Rosenthal, Jusletter 2020, N. 170.

621. Rosenthal, Jusletter 2020, N. 170.

Ansprechperson in Bezug auf die Datenbearbeitungen, welche das fragliche Unternehmen vornimmt. Mit der Publikation der Kontaktdaten sichergestellt, dass betroffene Personen oder der EDÖB sich auf direktem Weg an die Datenschutzberaterin oder den Datenschutzberater wenden können. [622]

Nicht erforderlich ist, dass das Unternehmen den Namen der Datenschutzberaterin oder des Datenschutzberaters veröffentlicht. Es genügt, wenn beispielsweise die E-Mail-Adresse der fachlich zuständigen Stelle angegeben wird.[623] 40

D. Pflichten des privaten Verantwortlichen (Art. 23 DSV)

Damit ein Unternehmen von der Konsultation des EDÖB entbunden wird, wenn trotz erfolgter DSFA noch ein hohes Risiko besteht (Art. 23 Abs. 4 DSG), muss auch der private Verantwortliche gewisse Verpflichtungen erfüllen. Diese Verpflichtungen entsprechen inhaltlich den früheren datenschutzrechtlichen Bestimmungen, sie wurden lediglich hinsichtlich der Terminologie an das neue DSG angepasst.[624] 41

1. Zurverfügungstellung der notwendigen Ressourcen (lit. a)

Der private Verantwortliche muss der Datenschutzberaterin bzw. dem Datenschutzberater gemäss Art. 23 lit. a DSV die notwendigen Ressourcen – meist in Form von Arbeitszeit – zur Verfügung stellen, damit sie oder er ihre bzw. seine Aufgaben erfüllen kann. Die Anforderungen sind zwar in Abhängigkeit von der Grösse des Unternehmens unterschiedlich, aber sie bzw. er muss immer über ausreichend Ressourcen verfügen, um die Funktion angemessen wahrnehmen zu können. Dies bedeutet: je komplexer und/oder sensibler die Datenbearbeitungsvorgänge, desto mehr Ressourcen müssen der Datenschutzberaterin oder dem Datenschutzberater zur Verfügung gestellt werden. 42

622. Siehe auch EDÖB: https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/grundlagen/datenschutzberaterin-berater.html, zuletzt abgerufen am 18.7.2023.
623. SHK DSG-Frey, N. 42; Rosenthal, Jusletter 2020, N. 170.
624. Siehe zum Ganzen hierzu etwa: HK-Rosenthal/Jöhri, Art. 11a altes DSG, N. 86 ff.

2. Gewährung des Zugangs zu allen Auskünften, Unterlagen, Verzeichnissen der Bearbeitungstätigkeiten und Personendaten (lit. b)

43 Um ihre bzw. seine Funktion wahrnehmen zu können, muss die Datenschutzberaterin bzw. der Datenschutzberater auf Anfrage Zugang zu allen Auskünften, Unterlagen, Verzeichnissen der Bearbeitungstätigkeiten und Personendaten erhalten, die sie bzw. er zur Erfüllung ihrer bzw. seiner Aufgaben benötigt. Dies beinhaltet neben dem Zugang auch, dass sie oder er Kenntnis von sämtlichen innerhalb des Unternehmens durchgeführten Datenbearbeitungen erhält. Dazu ist ein umfassendes Einsichtsrecht in Dokumente, ein Vorführungsrecht in Bezug auf Datenbearbeitungssysteme und ein Auskunftsrecht gegenüber sämtlichen für die Datenbearbeitungen verantwortlichen Personen erforderlich. Empfehlenswert wäre eine Meldepflicht innerhalb des Unternehmens einzuführen, was bedeutet, dass sämtliche Datenbearbeitungen der Datenschutzberaterin bzw. dem Datenschutzberater gemeldet werden müssen.

44 Der Zugang zu den Informationen ist jedoch insofern eingeschränkt, als das er nur für diejenigen Unterlagen gilt, welche die Datenschutzberaterin oder der Datenschutzberater auch tatsächlich zur Erfüllung ihrer bzw. seiner Aufgaben benötigt. Wenn die Datenschutzberaterin oder der Datenschutzberater beispielsweise in genereller Weise die internen Datenschutzvorschriften oder Prozesse zur Datenbearbeitung prüft, wird sie oder er im Regelfall keine Einsicht in Personendaten benötigen.[625]

3. Einräumung des Rechts, in wichtigen Fällen das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan zu informieren (lit. c)

45 Mit Art. 23 lit. c DSV wurde die Möglichkeit eingeführt, dass die Datenschutzberatenden in wichtigen Fällen das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan informieren können, also das Organ, welches auch die Verantwortung für die Einhaltung der Datenschutzvorschriften im Unternehmen trägt. Denn die Datenschutzberaterin bzw. der Datenschutzberater hat keine eigene Entscheidungsgewalt, sondern untersteht der höchsten Managementebene des betreffenden Unternehmens.[626]

625. Erläuterungen zur DSV, S. 49.

Die Bestimmung statuiert ein Eskalationsrecht der Datenschutzberaterin oder des Datenschutzberaters. Dies erlaubt es der Datenschutzberaterin bzw. dem Datenschutzberater, bei unternehmensinternen Prüfungen der Einhaltung datenschutzrechtlichen Bestimmungen nicht nur auf die ihr oder ihm zur Verfügung stehenden Dokumente vertrauen zu müssen, sondern auch die Beschaffung zusätzlicher Informationen und Dokumente durchsetzen zu können. Zudem wird damit gewährleistet, dass die Datenschutzberaterin bzw. der Datenschutzberater im Falle komplexer Verhältnisse und besonders schwerwiegender Verstösse den höchsten Organen des Verantwortlichen oder des Auftragsbearbeiters berichten und einen Entscheid bewirken kann. [627] In der Praxis dürften Information an das oberste Leitungs- oder Verwaltungsorgan auch mittels Erstellung von Quartals- und Jahresberichten über die Tätigkeit der Datenschutzberaterin oder des Datenschutzberaters erfolgen. 46

III. DATENSCHUTZBERATERIN ODER -BERATER VON BUNDESORGANEN (ART. 10 ABS. 4 DSG)

A. Ernennung (Art. 25 DSV)

Die Bundesorgane sind im Schengen-Bereich aufgrund von Artikel 32 der Richtlinie (EU) 2016/680 dazu verpflichtet, eine Datenschutzberaterin oder einen Datenschutzberater zu ernennen. Die Regeln zur Bestellung der Datenschutzberaterin oder des Datenschutzberaters durch die Bundesorgane findet sich nicht allerdings nicht im DSG, sondern wurde dem Bundesrat überlassen (Art. 10 Abs. 4 DSG). 47

Nach Art. 25 DSV können mehrere Bundesorgane gemeinsam eine Datenschutzberaterin oder einen Datenschutzberater bestimmen. Diese Regelung soll vor allem kleineren Bundesorganen oder Departementen mit zentralisierter Organisationstruktur die Möglichkeit geben, sinnvolle und ressourceneinsparende Synergien zu nutzen. Von grösseren Bundesämtern kann hingegen erwartet werden, dass diese eine Datenschutzberaterin oder einen Datenschutzberater für sich alleine einsetzen. Es steht den 48

626. Botschaft zum DSG, S. 7033; siehe auch EDÖB: https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/grundlagen/datenschutzberaterinberater.html, zuletzt abgerufen am 18.7.2023.

627. Erläuterungen zur DSV, S. 49.

Bundesorganen auch offen, mehrere Datenschutzberaterinnen und -berater zu benennen.[628]

B. Anforderungen und Aufgaben (Art. 26 DSV)

49 Art. 26 Abs. 1 DSV enthält die Anforderungen an die Datenschutzberaterin bzw. den Datenschutzberater: Sie oder er muss über die erforderlichen Fachkenntnisse verfügen und ihre oder seine Funktion gegenüber dem Bundesorgan fachlich unabhängig und weisungsgebunden ausüben. Diese Regelung ist analog zu derjenigen nach Art. 10 Abs. 3 DSG für private Verantwortliche, weshalb darauf verwiesen werden kann. [629]

50 Die Rolle der Datenschutzberaterin oder des Datenschutzberaters bei Bundesorganen, die üblicherweise hierarchisch geprägt sind, wurde mit der Revision gestärkt und institutionalisiert, damit sie oder er ihre oder seine Aufgaben wirksam wahrnehmen kann. Ausdruck der Unabhängigkeit ist, dass sich die Datenschutzberaterin oder der Datenschutzberater in wichtigen Fällen – wie für Private in Art. 23 lit. c DSV vorgesehen – an die oberste Leitung des Bundesorgans werden kann. Die Unabhängigkeit der Datenschutzberaterin oder des Datenschutzberaters ist in erster Linie durch organisatorische Massnahmen zu gewährleisten: So gilt es vor allem zu verhindern, dass sich die Tätigkeit als Datenschutzberaterin oder -berater negativ auf das Mitarbeitergespräch auswirkt.[630]

51 Art. 26 Abs. 2 DSV enthält die Aufgaben der Datenschutzberaterin oder des Datenschutzberaters eines Bundesorgans. Sie wurden terminologisch mit der Bestimmung bei den privaten Verantwortlichen (Art. 10 Abs. 2 DSG) abgestimmt, weshalb ebenfalls auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen werden kann.[631] Sie oder er wirkt bei der Anwendung der Datenschutzvorschriften mit, indem sie oder er insbesondere die Bearbeitung von Personendaten prüft und Korrekturmassnahmen empfiehlt (lit. a). Wenn eine Verletzung der Datenschutzvorschriften festgestellt wird, berät sie oder er den Verantwortlichen und überprüft deren Ausführung (lit. b). Ferner schult und berät sie oder er die Mitarbeitenden des Bundesorgans in Fragen des

628. Erläuterungen zur DSV, S. 11 f.
629. Siehe vorne, N. 31 ff.
630. Erläuterungen zur DSV, S. 51.
631. Siehe vorne, N. 23 ff.

Datenschutzes (lit. c). Schliesslich dient sie oder er als Anlaufstelle für die betroffenen Personen (lit. d).

C. Pflichten des Bundesorgans (Art. 27 DSV)

Das Bundesorgan gewährt der Datenschutzberaterin oder dem Datenschutzberater Zugang zu allen Auskünften, Unterlagen, Verzeichnissen der Bearbeitungstätigkeiten und Personendaten, die sie oder er zur Erfüllung ihrer oder seiner Aufgaben benötigt (Art. 27 Abs. 1 lit. a DSV) und sorgt dafür, dass sie oder er über eine Verletzung der Datensicherheit informiert wird (Art. 27 Abs. 1 lit. b DSV). 52

Art. 27 Abs. 1 lit. a DSV ist damit identisch mit der Regelung bei den privaten Verantwortlichen in Art. 23 lit. b DSV. Es kann sinngemäss auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden.[632] Diese Pflicht gilt im Übrigen für alle Verletzungen der Datensicherheit, nicht nur für solche, die dem EDÖB gemäss Art. 24 DSG gemeldet werden müssen. Die Information über die Verletzung der Datensicherheit nach Art. 27 Abs. 1 lit. b DSV kann z. B. dadurch sichergestellt werden, dass das Bundesorgan die Mitarbeitenden mittels Weisung dazu verpflichtet, bei einer Verletzung der Datensicherheit die Datenschutzberaterin bzw. den Datenschutzberater zu informieren. Die Datenschutzberaterin bzw. der Datenschutzberater berät den Verantwortlichen bei der Frage, ob die Verletzung einer Meldepflicht im Sinne von Art. 24 DSG unterliegt. Das Bundesorgan sorgt dafür, dass sie oder er über eine Verletzung der Datensicherheit informiert wird. Die Meldung selbst obliegt aber dem Bundesorgan. Es entscheidet, ob und welche Verletzungen dem EDÖB gemeldet werden. [633] 53

Schliesslich veröffentlich das Bundesorgan die Kontaktdaten der Datenschutzberaterin oder des Datenschutzberaters im Internet und teilt diese dem EDÖB mit (Art. 27 Abs. 2 DSV). Nicht erforderlich ist wie beim privaten Verantwortlichen, dass das Unternehmen den Namen der Datenschutzberaterin oder des Datenschutzberaters veröffentlicht. Es genügt, wenn beispielsweise die E-Mail-Adresse der fachlich zuständigen Stelle angegeben wird. Zuständige Stelle kann auch ein ganzes Team oder ein Unternehmen sein. 54

632. Siehe vorne, N. 22.
633. Erläuterungen zur DSV, S. 52.

D. Anlaufstelle des EDÖB (Art. 28 DSV)

55 Die Datenschutzberaterin oder der Datenschutzberater dient dem EDÖB als Anlaufstelle für Fragen im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Personendaten durch das betreffende Bundesorgan. Sie ist also, da sie über die notwendigen Fachkenntnisse und das interne Wissen verfügt, direkte fachliche Ansprechperson für den EDÖB.[634]

LITERATURVERZEICHNIS

Frey Marco, Kommentierung zu Art. 11a DSG (altes DSG), in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023 (zit. SHK DSG-Bearbeiter:in).

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter 16. November 2020 (zit. Rosenthal, Jusletter 2020).

Rosenthal, David/Jöhri, Yvonne, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008 (zit. HK-Rosenthal/Jöhri).

Ehrensberger Jennifer/Bersler Urs, Kommentierung zu Art. 11a DSG (altes DSG), In: von Maurer-Lambrou, Urs/Blechta, Gabor-Paul (HrsG.), Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2014 (zit. BK-Bearbeiter:in).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Leitlinien in Bezug auf Datenschutzbeauftragte («DSB») der Datenschutzgruppe nach Art. 29 der Richtlinie 95/46/EG, angenommen am 13. Dezember 2016, zuletzt überarbeitet und angenommen am 5.4.2017.

634. Erläuterungen zur DSV, S. 53.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 11 DSG

Eine Kommentierung von Ursula Sury / Jael Inauen

ZITIERVORSCHLAG

Ursula Sury/Jael Inauen, Kommentierung zu Art. 11 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Sury/Inauen, N. XXX zu Art. 11 DSG.

Art. 11 Verhaltenskodizes

[1] Berufs-, Branchen- und Wirtschaftsverbände, die nach ihren Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt sind, sowie Bundesorgane können dem EDÖB Verhaltenskodizes vorlegen.

[2] Dieser nimmt zu den Verhaltenskodizes Stellung und veröffentlicht seine Stellungnahmen.

GLIEDERUNG

In Kürze 209
I. Allgemeines 210
A. Entstehungsgeschichte 210
1. Codes of Conduct im Unternehmen 210
2. Best Practices 210
B. Normzweck 211
1. Förderung der Datenschutzkonformität 211
2. Die regulierte Selbstregulierung 212
II. Inhalt 213
A. Verhaltenskodex 213
1. Ein Verhaltenskodex im Allgemeinen 213
2. Verhaltenskodizes im Datenschutz 215
3. Konkretisierung und Selbstregulierung 216
B. Abgrenzung von der Zertifizierung 216
III. Stellungnahme des EDÖB 217
A. Rechtliche Tragweite einer Vorlage 218
B. Folgen der Stellungnahme 219
IV. Selbstregulierung nach Art. 40 DSGVO 221
Literaturverzeichnis 222
Materialienverzeichnis 223

IN KÜRZE

Verhaltenskodizes sind Verhaltensregelungen, von Berufs-, Branchen- und Wirtschaftsverbänden. Sie haben sich in der Wirtschaft als Teil der «Good Corporate Governance» als Code of Conduct etabliert und sollen jetzt auch auf den Datenschutz ausgeweitet werden. Die datenschutzrechtlichen Vorgaben und Bestimmungen werden durch Verhaltenskodizes sektorenspezifisch konkretisiert. Die Bundesorgane und privaten Verbände sind frei, ihren eigenen Verhaltenskodex auszuarbeiten.

Die Verhaltenskodizes können dem EDÖB vorgelegt werden. Der EDÖB prüft die Vereinbarkeit der Kodizes mit dem DSG. Eine Vorlegung ist nur obligatorisch, wenn der Kodex als Rechtfertigung eines Datenexports nach Art. 12 DSV verwendet werden soll. Sie empfiehlt sich jedoch aus Gründen der Sorgfalts- und Haftpflicht grundsätzlich.

Art. 11 kann mit Art. 40 DSGVO verglichen werden, wo die Anforderungen und rechtlichen Konsequenzen von Verhaltenskodizes bzw. «Verhaltensregeln» (Art. 40 DSGVO) ähnlich sind. Die gemäss Art. 40 DSGVO erstellten Kodizes bieten also einen guten Orientierungspunkt für eine mögliche Umsetzung in der Schweiz. Falls eine Genehmigung des Kodex für die Europäische Union gewünscht ist, sind seine Anforderungen massgebend.

Weiter fördert das Erstellen von Verhaltenskodizes die Internationalisierung von Unternehmen und die Vereinheitlichung des Datenschutzes innerhalb einzelner Branchen. Codes of Conduct wurden auf internationaler wirtschaftlicher Ebene schon länger eingeführt und unterstützen eine länderübergreifende, einheitliche und effiziente Unternehmensführung. Durch einen Verhaltenskodex kann ein Unternehmen unter Umständen also auch internationalen, rechtlichen und branchenspezifischen Anforderungen gerecht werden.

I. ALLGEMEINES

A. Entstehungsgeschichte

1. Codes of Conduct im Unternehmen

1 Ein massgebliches Ziel der Totalrevision des DSG war es, Aspekte der Selbstregulierung auszubauen und zu fördern. Während im Art. 11 aDSG lediglich ein Zertifizierungsverfahren (N. 22 f.) vorgesehen war, wird dies im nDSG durch das Instrument der Verhaltenskodizes ergänzt. Diese sollen es Verbänden ermöglichen die Datenschutzgesetzgebung, autonom ihren Bedürfnissen entsprechend, zu konkretisieren. Mit dem Verhaltenskodex wird ein Wirtschafts- und Unternehmensbegriff («Code of Conduct») im Datenschutzrecht eingeführt. Als Teil der Compliance-Kultur und «Corporate Governance»[635] sind Verhaltenskodizes schon länger in Unternehmen verbreitet.[636] Nun werden sie zur Unterstützung, Konkretisierung und Lenkung von Datenschutzmanagementsystemen gesetzlich vorgesehen und definiert.

2. Best Practices

2 Für die Umsetzung des Datenschutzes werden im BBl 2017 sogenannte «Best Practices» für die unternehmensinnere Umsetzung des Datenschutzes erwähnt.[637] «Best Practices» sind im Umfeld der Corporate Governance schon lange gängig und beschreiben diverse Modelle oder Methoden, um im Unternehmen selbst Vorgehensweisen, Prozesse oder Praktiken systematisch zu optimieren. Ein Ablauf wird standardisiert, um den optimalen Geschäftsablauf zu erreichen. Der Begriff der «guten Praxis» ist zudem ausdrücklich in Art. 58 Abs. 1 lit. g DSG erwähnt, wonach der EDÖB selbst Arbeitsinstrumente zu ihrer Einhaltung ausarbeiten soll.

3 Best Practices sind auch international vertreten; in Art. 4 Abs. 3 der Verordnung über die Datenschutzzertifizierungen (VDSZ) wird auf bestehende internationale Normen verwiesen, welche als Massstab für funktionierende Datenschutzmanagementsysteme statuiert werden. Indirekt

635. Stirnimann, S. 461.
636. Zur Veranschaulichung der Verhaltenskodex der Migros: https://issuu.com/migros.ch/docs/verhaltenskodex-migros?e=10819846/63132046 (abgerufen am 29.6.2023)
637. BBl 2017 6941, S. 7002.

wird hier ebenfalls auf gute Praxis und Verhaltenskodizes verwiesen. Neuseeland und Argentinien bezeichnen zudem Verhaltenskodizes als Best Practices.[638]

Auch in der Schweiz wurde in der Vernehmlassung darüber diskutiert, ob der EDÖB selbst datenschutzrechtliche «Best Practices» erlassen solle, da der EDÖB die Aufgabe hat, Bundesorgane und Private zu beraten und ihnen in diesem Rahmen auch Leitfäden und Arbeitsinstrumente zur Verfügung zu stellen. Diese Vorgaben im Sinne von Best Practices hätten somit auch Verhaltenskodizes beeinflusst. Auch Art. 58 Abs. 1 lit. g DSG kann als Kompetenz zur Ausarbeitung von Leitfäden verstanden werden, die Verhaltenskodizes ähneln. 4

In der Vernehmlassung wurde insbesondere von Seiten der Wirtschaft kritisiert, dass der EDÖB seine Exekutiv-Kompetenzen überschreiten würde, da solche Vorgaben indirekt eine ähnliche Wirkung wie ein Gesetz haben.[639] Deshalb wurde schliesslich darauf verzichtet dem EDÖB diese zusätzlichen Kompetenzen einzuräumen. Stattdessen wird auf die selbst-regulatorischen, individualisierten Massnahmen der Verhaltenskodizes gesetzt, die in der Vernehmlassung breiten Zuspruch fanden.[640] «Best Practices» können sodann im Verhaltenskodex selbst festgehalten werden. 5

B. Normzweck

Normzweck und Ziel des Gesetzgebers ist es, einen Orientierungsrahmen sowie Rechtssicherheit für Anspruchsgruppen und Wirtschaftsverbände zu schaffen. Durch eine selbstregulatorische Massnahme kann ein Verband Datenschutzvorgaben konkretisieren und flexibel an neue Datenschutzentwicklungen anpassen.[641] 6

1. Förderung der Datenschutzkonformität

Verhaltenskodizes sollen die Datenschutzkonformität auf zwei Ebenen fördern: auf erster Ebene bilden sie einen Rahmen, der Rechtssicherheit für verschiedene Gruppierungen und Wirtschaftsverbände. 7

638. BBl 2017 6941, S. 7002.
639. BBl 2017 6976.
640. SHK-Kunz, Art. 11 DSG N. 2 und 3.
641. Drittenbass, S. 320.

Datenschutzrechtliche Massnahmen können nun einheitlich geregelt werden. Eine autonome Konkretisierung bietet auch Möglichkeiten für berufsspezifische Anpassungen und Flexibilität gegenüber Datenschutzentwicklungen. Vor allem Letzteres dürfte sich als besonders wichtig erweisen, da der technologische Fortschritt mit rasanter Geschwindigkeit Einzug hält. Natürlich müssen bei diesen Freiheiten immer die Vorgaben des DSG selbst beachtet und eingehalten werden. So kann langfristig das neue Datenschutzgesetz besser umgesetzt werden. Die Adressaten sollen zu gesetzeskonformem Verhalten angehalten werden.[642]

8 Auf zweiter Ebene stellt das Gesetz eine Entlastung für den EDÖB dar. So zeichnet sich ab, dass durch die Annahme von Kodizes durch die Verantwortlichen eine Vereinheitlichung der Datenschutzrichtlinien in den einzelnen Branchen stattfinden wird.[643] Der EDÖB kann bei einer allfälligen Prüfung eines Verantwortlichen auf den bereits genehmigten Kodex abstellen und muss nur noch prüfen, ob dieser auch eingehalten wird. Eine möglicherweise zeitaufwändige Suche und Zusammenstellung von in Reglementen und Statuten verstreuten Datenschutzregelungen ist nun nicht mehr notwendig. Die Zulässigkeitsprüfungen der Datenschutzkonformität sind nicht mehr punktuell und einzelfallorientiert,[644] sondern stützen sich auf ein einheitliches, durch einen Verhaltenskodex festgelegtes, Regelgefüge.

2. Die regulierte Selbstregulierung

9 Im Rahmen der Digitalisierung und der globalen Vernetzung erlangen Vermittlungsdienstleister und Netzwerkbetreibende einen immer grösseren Einfluss auf die Datenerhebung und -bearbeitung von Personendaten.[645] Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber in aller Regel erst nachdem eine bestimmte Technologie gesellschaftlich und rechtliche Relevanz erlangt, darauf reagieren kann.[646]

10 Die «regulierte Selbstregulierung» baut nun eine Brücke zwischen staatlichen Rechtsnormen (sog. «Hard Law») und privatrechtlichen, sektorspezifischen Leitfäden. Verhaltenskodizes bieten hier ein Paradebespiel.[647]

642. Rothkegel, N. 2.
643. BBl 2017 6941, S. 7035.
644. Rothkegel, N. 5.
645. Erwägungsgrund Nr. 1 zur Verordnung (EU) 2022/2065 (Digital Services Act)
646. Amacherl/Hajdini, S. 387.

Verhaltenskodizes sind einerseits gesetzlich vorgesehen und die Vorlage hat bestimmte Rechtsfolgen (N 30 f.), andererseits lässt der Gesetzgeber den Verbänden einen beträchtlichen Gestaltungsspielraum, wie er diese auf das eigene Umfeld zugeschnitten erstellen möchte. Wie das in der Praxis konkret ausgestaltet wird, veranschaulicht das Beispiel des Datenschutzkodizes des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft, der auf der analogen Regelung der DSGVO beruht. Er stellt Regeln auf für den Umgang mit Personendaten in versicherungstypischen Tätigkeiten wie Statistik, Tarifkalkulation und Prämienberechnung auf. Auch die Regeln für die Datenweitergabe an verschiedene Branchenspezifische Personenkategorien, wie Rückversicherer, Vermittler, Konkurrenten, etc. werden genauer definiert. Bei der Bearbeitung von Bonitätsdaten wird hingegen auf das Gesetz verwiesen, ohne weitergehende Regelungen zu erlassen.[648]

Innerhalb des gesetzlich vorgegebenen Rahmens können sich die Verbände und Bundesorgane selbst orientieren und branchenspezifisch regulieren. Die Kenntnisse und das Bewusstsein für Datenschutz wachsen innerhalb des Unternehmens. Kontextualisierte, präzise Verhaltenskodifikationen führen zu mehr Rechtssicherheit. Auch sollten spezifizierte Normen in der jeweiligen Branche auf mehr Verständnis und Anklang stossen. Unternehmen derartige praxisorientierten Massnahmen zu bieten, ist für ein zeitgemässes, dynamisches und vor allem konformes Datenschutzrecht unumgänglich.[649] 11

II. INHALT

A. Verhaltenskodex

1. Ein Verhaltenskodex im Allgemeinen

Ein Verhaltenskodex ist ein formales Dokument mit einer Zusammenstellung von Normen. Er soll im Unternehmen erwünschtes Verhalten konkret festlegen. Er geniesst in der Unternehmenskultur ein gutes Ansehen und gilt als wichtige Stütze von Good Corporate Governance und wurde zum unverzichtbaren Bestandteil der Unternehmenskultur.[650] 12

647. Kasper, S. 336 f.
648. Kapitel V und VI der Verhaltensregeln für den Umgang mit personenbezogenen Daten durch die deutsche Versicherungswirtschaft, Stand vom 29.6.2018.
649. Vgl. Kasper, S. 336 f..

13 Ein Verhaltenskodex ist indes kein Bestandteil einer zwingenden Rechtsordnung. Unternehmen entscheiden selbst, ob sie sich einem Kodex des Verbandes anschliessen wollen oder nicht. Es handelt sich um eine Selbstverpflichtung. Sobald das Unternehmen sich verpflichtet hat, ist der Kodex grundsätzlich verbindlich. Wie und ob der Verband die Einhaltung seines Kodex durchsetzen will, bleibt ihm überlassen. Zweck eines solchen Kodex ist es, das Verhalten der Mitarbeitenden und der Führungskräfte zu lenken, sowohl im Unternehmen selbst, wie auch gegenüber aussenstehenden Dritten. Dies wird erreicht, indem alltägliche Handlungen und Verhaltensnormen inner- und ausserhalb des Unternehmens vereinheitlicht und systematisiert vorgegeben werden.[651]

14 So schützt ein Verhaltenskodex das Unternehmen von innen sowie nach aussen. Nach aussen werden Mitarbeitende in ihren Entscheidungen abgesichert und das Unternehmen kann sich besser vor externen Angriffen schützen, indem es Rechtskonformität, Compliance und Sorgfalt durch den Verhaltenskodex nachweisen kann.[652] Intern trägt ein Verhaltenskodex, durch das Festlegen von Standards, bspw. im Bereich Kommunikation, an die sich die Mitarbeiter zu halten haben, zu einer gesunden, förderlichen Unternehmenskultur bei. Dies stärkt das Vertrauen unter den Mitarbeitenden.[653]

15 Zur Erstellung eines Verhaltenskodizes im Allgemeinen ist es hilfreich, sich an Leitfragen zu orientieren. Insbesondere folgende Punkte sind zu klären:[654]

- Wie muss ich mich verhalten?
- Was darf ich und was ist verboten?
- Wann muss ich beim Verhalten eines Dritten eingreifen?
- Wer ist meine Ansprechperson, wenn ich Fragen, Zweifel oder Unklarheiten habe?
- Was passiert, wenn ich gegen den Verhaltenskodex verstosse?

16 Die geregelten Punkte stellen für die Mitarbeitenden selbst eine wichtige Information zu gewünschten Verhaltensweisen dar. Es ist daher wichtig, einen

650. Stirnimann, S. 461.
651. Stirnimann, S. 461; Wind, N. 314 f.
652. Stirnimann, S. 461.
653. Vgl. Stirnimann, S. 461.

Verhaltenskodex klar und verständlich zu formulieren und dem Unternehmen anzupassen. Schwerpunkt der entsprechenden Verhaltensvorgaben sind ausserdem die unternehmens- oder branchenspezifischen Risiken des individuellen Unternehmens. Ein gültiger Verhaltenskodex wird regelmässig aktualisiert und von der Geschäftsführung bestätigt.

2. Verhaltenskodizes im Datenschutz

Verhaltenskodizes im Datenschutz beziehen sich auf die Normen des DSG, führen diese weiter aus und passen sie spezifisch an die betroffene Branche an. Dazu gehören etwa Mustervorlagen für Datenschutzerklärungen, Datenbearbeitungen mit hohem Risiko im Unternehmen oder eine Anleitung zur korrekten Anonymisierung von Daten.[655] Folgend werden Leitfragen zu möglichen Regelungsbereichen aufgelistet. Diese Fragen sind weder abschliessend noch zwingend. Sie bieten jedoch einen Überblick darüber, was in einem datenschutzspezifischen Verhaltenskodex enthalten sein sollte.[656] 17

- Sind die Daten, die ich bearbeite, korrekt?
- Wer ist bei dieser Datenbearbeitung betroffen?
- Welche personenbezogenen Daten werden erhoben?
- Welche Daten sind besonders risikoreich?
- Können Datenverschlüsselungen adäquat gewährleistet werden?
- Verfügen die betroffenen Personen über ein Auskunftsrecht?
- Verfügt das Unternehmen über technische und organisatorische Datenschutzmassnahmen?
- Voraussetzungen für eine Übermittlung von Personendaten ins Ausland und die Gewährleistung der schweizerischen datenschutzrechtlichen Garantien
- Verfahrensmodalitäten bei Falle des Konflikts zwischen betroffenen Personen und Verantwortlichen

Solche Leitfragen können den Verbänden als Ausgangspunkt dienen. Um den individuellen Anforderungen in einer bestimmten Branche gerecht zu werden, 18

654. Stirnimann, S. 461; Wind, N. 338.
655. Rosenthal, S. 65.
656. Rothkegel, N. 64.

bedarf es jedoch genaueren Ausführungen und einer sorgfältigen Dokumentation und Reflexion über die in der jeweiligen Branche alltäglich erhobenen Daten. Zu beachten sind die Bedürfnisse, der dem Verband angehörigen Unternehmen, d.h. der Mitarbeitenden, der Aktionären und Aktionärinnen, der Kundschaft usw.

3. Konkretisierung und Selbstregulierung

19 Der Verhaltenskodex nach Art. 11 DSG wendet somit die Normen des Datenschutzgesetzes auf einen konkreten Sachverhalt an. Allgemeine Formulierungen werden konkretisiert, präzisiert und auch für Mitarbeitende verständlich gemacht.

20 Er muss dabei mindestens so streng sein wie das DSG, mit allenfalls strengeren, branchenspezifischen Vorgaben.[657] Präzisierungen nimmt der Verband selbst vor. Damit soll die Selbstregulierung und Eigenverantwortung gefördert werden.[658] Staatliche Eingriffe sollen minimiert werden. Weiter fördert eine selbstregulatorische Autonomie das Verantwortungsbewusstsein der Verantwortlichen.[659]

21 Der Staat soll nicht aktiv in die Tätigkeit von einzelnen Branchen oder sonstigen Verbänden eingreifen, sondern überlässt es ihnen selbst, die Generalklauseln des DSG ihren Bedürfnissen entsprechend zu konkretisieren. Dies führt zu Klarheit über die Rechtslage und präzisen Formulierungen.

B. Abgrenzung von der Zertifizierung

22 In Art. 13 DSG werden Datenschutzzertifizierungen eingeführt, die die Datenschutzkonformität von Systemen, Produkten und Dienstleistungen eines Unternehmens ausweisen. Die Zertifizierungsstellen agieren hier im Rahmen der Weisungen des EDÖB unabhängig. Der EDÖB kontrolliert somit im Gegensatz zu den Verhaltenskodizes nicht selbst, sondern nimmt nur mittelbar Einfluss, indem er Regelungen zur Anerkennung einer Zertifizierung erlässt (Art. 13 DSG). Als Orientierung dient die VDSZ, welche die Anforderungen für Zertifizierungsstellen ausführt und präzisiert.

23 Die Datenschutzzertifizierungen dienen einer punktuellen Evaluierung der Datenschutzkonformität eines Systems oder einzelner Bearbeitungsvorgänge.

657. Rosenthal, S. 65.

Verhaltenskodizes hingegen beschreiben alle oder die meisten Vorgaben von Bearbeitungstätigkeiten eines Unternehmens, bzw. wie branchenspezifisch damit umgegangen werden soll. In anderen Worten bieten Verhaltenskodizes einen allgemeinen Orientierungsrahmen, während Datenschutzzertifizierungen die Konformität eines einzelnen Vorgangs bestätigen.[660] Zertifizierungen sind für die Umsetzung der Datenschutzkonformität in der Praxis entscheidend. Während Verhaltenskodizes das gewünschte Verhalten analog dem Gesetz in der Theorie festlegt, dient die Zertifizierung als Instrument in der Umsetzung der Regeln im Alltag.

Zertifizierungen und ein Verhaltenskodex schliessen sich also keineswegs aus. So scheint es für ein Unternehmen zielführend, wenn neben einem Verhaltenskodex punktuelle Datenschutzzertifizierungen von qualifizierten Stellen eingeholt werden. Dies gilt vor allem, wenn die konkrete Datenbearbeitung atypisch, neu oder besonders risikoreich für das betroffene Unternehmen scheint. 24

III. STELLUNGNAHME DES EDÖB

Zur Erstellung eines Kodex, der dem EDÖB zur Überprüfung vorgelegt werden kann, sind Berufs-, Branchen und Wirtschaftsverbände legitimiert, die nach ihren Statuten zur Wahrung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder befugt sind. 25

Einzelne Verantwortliche oder Auftragsbearbeiter können ihre Verhaltenskodizes nicht vorlegen. Dies wird damit begründet, dass Art. 11 DSG eine gewisse Vereinheitlichung innerhalb einzelner Branchen zum Ziel hat.[661] 26

Hingegen vorlageberechtigt sind wohl analog zu Art. 89 ZPO Verbände und Organisationen, die eine gewisse nationale oder zumindest regionale Bedeutung haben.[662] Ein kantonaler Verband wird diese Voraussetzung regelmässig erfüllen.[663] 27

---

658. BBl 2017 6941, S. 6923.
659. BBl 2017 6941, S. 7182.
660. Rothkegel, N. 9.
661. BBl 2017 6941, S. 7035.
662. Rosenthal, S. 65.
663. Gasser/Rickli. Art. 89 ZPO, N. 4.

28 Die Rechtsform des Verbandes ist grundsätzlich nicht massgebend.[664] Jedoch scheiden einzelne Unternehmen, insbesondere Aktiengesellschaften aus, da es ihnen an Mitgliedern fehlt. Aus dem gleichen Grund sind auch Stiftungen nicht vorlageberechtigt.[665] Konsumentenorganisationen und Vereinen betroffener Personen fehlt es an der Voraussetzung, die *wirtschaftlichen* Interessen ihrer Mitglieder zu vertreten.

29 Bundesorgane sind immer vorlageberechtigt. Dies begründet sich durch die zahlreichen gesetzlichen Vorgaben und verschiedenen Aufgaben, die an die unterschiedlichen Organe gestellt werden.

A. Rechtliche Tragweite einer Vorlage

30 Nach Art. 11 DSG ist die Vorlage eines Verhaltenskodex für Verbände und Unternehmen grundsätzlich fakultativ.[666] Dieser Grundsatz wird durch Art. 12 DSV relativiert. Dort wird die Pflicht vorgesehen, dem EDÖB den Kodex zur Genehmigung vorzulegen, falls ein Datenexport durch den Kodex gerechtfertigt werden soll (Art. 12 DSV). Der Grundsatz der Freiwilligkeit, der sowohl bei der Erstellung der Verhaltenskodizes als auch der Vorlegung dieser an den EDÖB gilt, wird nun durch diese Konstellation der ausländischen Datenvermittlung durchbrochen. Dies kann mit einem höheren Sicherheitsstandard begründet werden, der sich durch den weit risikoreicheren internationalen Datenaustausch fast automatisch ergibt. So soll sichergestellt werden, dass der Verhaltenskodex einen ausreichenden Datenschutz gewährleistet. Dies wird unterstrichen durch eine „verbindliche und durchsetzbare" Verpflichtung des Verantwortlichen oder des Auftragsbearbeiters im Drittstaat, sich an den Verhaltenskodex zu halten (Art. 12 Abs. 3 DSV). Sie wird verbindlich durch Massnahmen, die dem geltenden Recht im jeweiligen Drittstaat genügen wie z.B. eine Verankerung der Kodizes in den Satzungen des Verantwortlichen.[667]

31 Eine Vorlage bietet sich unter dem Gesichtspunkt der Sorgfaltspflicht und der Haftpflicht innerhalb der vertretenen Unternehmen als vorteilhaft an. Denn nur eine offizielle amtliche Stellungnahme kann ausreichend belegen, dass der

664. Gasser/Rickli. Art. 89 ZPO, N. 4 DS-GVO, Lepperhoff, Art. 40 DS-GVO, N. 8, zu der jeweils analogen Regelung.
665. Rosenthal, S. 65.
666. JAR 2021, S. 76.
667. DS-GVO, Lepperhoff, Art. 40 DS-GVO, N. 22.

Kodex Datenschutzrechtskonform ist. Ein bestätigter Verhaltenskodex ist ein direkter Nachweis dafür, dass das Unternehmen datenschutzrechtlich klare Regelungen, die dem DSG genügen, verfolgt.

Da Verhaltenskodizes selbstregulatorische Massnahmen sind, welche auf die jeweiligen Branchen und Berufe, für die sie erstellt wurden, wirken, stellen sie eine Rechtskonkretisierung für die Praxis dar. Es bietet sich somit auch die Möglichkeit, dass sich in einem bestimmten Bereich allgemein anerkannte Verhaltensvorgaben bilden. Dies vereinfacht die Einhaltung des Datenschutzes für Unternehmen erheblich; so hätten sie einen konkreten Leitfaden und Orientierungsmassstab für ihren eigenen Tätigkeitsbereich. 32

B. Folgen der Stellungnahme

Der EDÖB ist verpflichtet eine Stellungnahme abzugeben. Die Stellungnahme ist keine Verfügung, sondern ein Realakt und ist somit grundsätzlich nicht verbindlich.[668] Trotzdem kann eine Bestätigung des EDÖB unterschiedliche Folgen haben. 33

Eine positive Stellungnahme ist immer dann zu erwarten, wenn der Kodex die Einhaltung sämtlicher Bestimmungen des DSG vorsieht. Massstab der Stellungnahme ist also das Gesetz.[669] Der EDÖB kann die Stellungnahme, insbesondere bei fehlender Konkretisierung oder bei inkorrekter Rechtsanwendung, mit Verbesserungsvorschlägen und Empfehlungen versehen.[670] Nach Art. 59 DSG wird bei Privatpersonen für eine Stellungnahme eine Gebühr erhoben. Die Gebühr bemessen sich gem. Art. 44 Abs. 1 und 2 DSV grundsätzlich nach dem Zeitaufwand, wobei der Stundenansatz CHF 150 bis CHF 250, je nach Funktion des ausführenden Personals, beträgt. 34

Es kann nach einer positiven Stellungnahme davon ausgegangen werden, dass das dem Kodex entsprechende Verhalten keine Sanktionen oder Verwaltungsmassnahmen nach sich ziehen wird, d.h. dass die dem Kodex entsprechenden Datenbearbeitungen datenschutzkonform sind.[671] 35

Auch kann von einer Datenschutzfolgeabschätzung (DSFA) abgesehen werden, falls der EDÖB eine positive Stellungnahme abgibt und der 36

668. Rosenthal, S.65.
669. Rosenthal, S. 65.

Verhaltenskodex auf einer noch aktuellen DSFA beruht, welche die Persönlichkeits- und Grundrechte der betroffenen Person schützt (Art. 22 Abs. 5 lit. a und b DSG). Ein genehmigter Verhaltenskodex stellt eine Alternative bzw. eine Ausnahme der Pflicht zur Erstellung einer Folgeabschätzung dar. Für Risikoanalysen eines Unternehmens bietet es sich an, DSFAs und Verhaltenskodizes zu koppeln, um ein allfälliges datenschutzrechtliches Risiko möglichst zu minimieren.[672]

37 Fraglich sind nun die Folgen einer fehlerhaften Stellungnahme. Der oder die Private befindet sich hier im Glauben, dass der eigene Verhaltenskodex datenschutzkonform ist. Bearbeitungen gestützt darauf also keine Verwaltungsmassnahmen oder Sanktionen nach sich ziehen werden. Wenn die private Person aufgrund von falschen Auskünften den Datenschutz dennoch verletzt, riskiert sie unter Umständen trotzdem Sanktionen. Denn die Voraussetzungen für einen gültigen Vertrauensschutz sind streng. Zu dessen Annahme braucht es insbesondere genügend konkretisierte Formulierungen im Kodex und der eingetretene Sachverhalt muss kongruent zum Vorgesehenen sein.[673]

38 Art. 11 sieht keine Regelung für den Fall vor, dass verschiedene Verbände für die gleichen oder sich überschneidende Sachverhalte unterschiedliche Regelungen in ihren Kodizes festlegen. Sofern die konkurrierenden Entwürfe die oben genannten Voraussetzungen für sich genommen erfüllen, wird der EDÖB die Kodizes mit einer positiven Stellungnahme versehen..[674] Allerdings ist er frei in seiner Stellungnahme auf Widersprüche hinzuweisen, da die Vereinheitlichung der Datenschutzregeln im Normzweck enthalten ist.[675]

39 So kann es zur Situation kommen, dass ein Verantwortlicher, der Mitglied in verschiedenen Verbänden ist, sich zur Einhaltung sich widersprechender Verhaltenskodizes verpflichtet. Da der EDÖB nur eine positive Stellungnahme abgeben wird, wenn die gesetzlichen Vorgaben des DSG erfüllt sind, wird er dadurch nicht in Konflikt mit dem Gesetz kommen. Dennoch empfiehlt es

670. JAR 2021, S. 76.
671. BBl 2017, 6941, 7035; JAR 2021, S. 76.
672. Drittenbass, S. 322.
673. Rosenthal, S. 65.
674. DS-GVO-Lepperhoff, Art. 40 DSG-VO, N. 36, zur Handhabung dieser Problematik in der EU.
675. Siehe oben, N. 8.

sich, sich nur einem Verhaltenskodex anzuschliessen, um die unternehmensinternen Datenschutzgrundsätze stringent zu halten.

IV. SELBSTREGULIERUNG NACH ART. 40 DSGVO

Auch die DSGVO kennt eine Norm zur Selbstregulierung und Konkretisierung des Datenschutzes. In Art. 40 DSGVO wird von der „Ausarbeitung von Verhaltensregeln" gesprochen, welche von Verbänden oder gleichartigen Vereinen erstellt werden. Auch hier wird auf selbstregulatorische Massnahmen der Unternehmen gesetzt. Die Regeln sind zur Ergänzung und nicht als Ersatz zu Gesetzesvorschriften zu betrachten.[676] 40

Die Anforderungen an und Rechtsfolgen von Verhaltenskodizes und jene der Verhaltensregeln sind ähnlich. So werden auch Verhaltensregeln einer Aufsichtsbehörde zur Stellungnahme vorgelegt, welche ebenfalls publiziert wird. Der Verantwortliche muss nach den allgemeinen Rechenschaftspflichten gem. Art. 5 Abs. 2 DSGVO die datenschutzrechtlichen Prinzipien einhalten und dies auch nachweisen können. Das Verfassen von Verhaltensregeln erleichtert dieses Vorhaben. Art. 40 DSGVO präzisiert die Vorgaben für Verhaltensregeln genauer (Abs. 2 lit. a–k) und sieht verschiedenartige Verfahren vor, um für sicheren Datenschutz innerhalb aller Mitgliedstaaten zu sorgen, auch durch Durchführungsrechtsakte von der Kommission. 41

Auch die DSGVO verspricht Unternehmen Vorteile und Nachweiserleichterungen, wenn sie sich genehmigten Verhaltensregeln freiwillig unterwerfen.[677] 42

Im Gegensatz zur Schweiz kann eine Verhaltensregel, die dem Europäischen Datenschutzausschuss durch die nationale Aufsichtsbehörde vorgelegt (Art. 63 DSGVO) und von diesen bestätigt wurde, auch auf Unionsebene Wirkung entfalten.[678] Durch eine Allgemeingültigkeitserklärung können Verhaltensregeln für unionsweit gültig erklärt werden (Art. 40 Abs. 9 DSGVO). Ein Verhaltenskodex, der sich nur am DSG orientiert und nur dem EDÖB vorgelegt wurde, hat keine Garantie auf länderübergreifende Datenschutzkonformität. Es erscheint vorteilhaft, dass in der Union tätige 43

676. Kühling/Buchner/Bergt, Art. 40 DSGVO, N. 27.
677. Paal/Pauly, Art. 40 DSGVO, N. 7; Rothkegel, N. 6.
678. Rothkegel, N. 37.

(Schweizerische) Verbände ihre Kodizes auch den zuständigen Stellen in der EU vorlegen oder dass Verantwortliche bereits genehmigte Verhaltensregeln übernehmen. Dadurch wird Marktzugang erleichtert, gleichzeitig führt dies zu einer Effizienzsteigerung, da weniger Zeit und Ressourcen für bürokratische und regulatorische Prozesse aufgewendet werden müssen. Zudem entsteht eine Harmonisierung der Standards, was insbesondere Unternehmen, die sowohl in der Schweiz als auch in der EU tätig sind, zugutekommt.

LITERATURVERZEICHNIS

Amacher Michel/Hajdini Lorian, Straf- und Strafprozessrecht/Geheime Überwachungsmassnahmen im digitalen Zeitalter, in: Alexandra Dal Molin-Kränzlin/Anne Mirjam Schneuwly/Jasna Stojanovic (Hrsg.), Digitalisierung - Gesellschaft - Recht, Zürich/St. Gallen 2019, S. 386.

Baeriswyl Bruno, Geschichten aus dem Wilden Westen - Der Datenschutz im privatrechtlichen Bereich geht seine eigenen Wege: Der Grundrechtsschutz bleibt auf der Strecke., digma 2011, S. 140 ff.

Drittenbass Joel, Regulierung von autonomen Robotern, Zürich 2021, S. 309 ff.

Gasser Dominik/Rickli Brigitte, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar, Zürich et al. 2014.

Kasper Gabriel, People Analytics in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen, Zürich 2021, S. 315 ff.

Kühling Jürgen/Buchner Benedikt (Hrsg.), Datenschutzgrundverordnung BDSG, München 2020.

Kunz Laura, Kommentierung zu Art. 11 DSG in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum DSG, 2. Aufl., Zürich/Basel, 2023.

Lepperhoff Niels, Kommentierung zu Art. 40 DS-GVO in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl., Königswinter et al. 2022.

Paal Boris P./Pauly Daniel A., Datenschutzgrundverordnung, Beck'sche Kompakt-Kommentare, 3. Auf., München 2021.

Portmann Wolfgang/Meier Anne (Hrsg.), Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts 2021, Bern 2021, S. 57 ff. (zit. JAR 2021).

Richter Julia, Soft Law als Brückenbauer zwischen Wirtschaft und dem Schutz der Gesundheit?, Archiv des Völkerrechts 2014/52, S. 545 ff.

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter 16.11.2020; Stirnimann Sonja, Der Verhaltenskodex aus praxistauglicher Perspektive, EF 10/22 2022, S. 460 ff.

Rothkegel Tobias, Verhaltensregeln und Zertifizierungen, in: Moos Flemming/Schefzig Jens/Arning Marian Alexander (Hrsg.), Praxishandbuch DSGVO, Frankfurt am Main 2021, S. 879 ff.

Wind Christian, Leitfaden Compliance, Zürich et al. 2018, S. 111 ff.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft vom 15.9.2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941 ff.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 12 DSG

Eine Kommentierung von Ursula Sury / Jael Inauen

ZITIERVORSCHLAG

Ursula Sury/Jael Inauen, Commentary to art. 12 FADP, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (eds.), Online Commentary of the Federal Act on Data Protection

Kurzzitat: OK-Sury/Inauen, Art. 12 DSG N. XXX.

Art. 12 Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten

[1] Die Verantwortlichen und Auftragsbearbeiter führen je ein Verzeichnis ihrer Bearbeitungstätigkeiten.

[2] Das Verzeichnis des Verantwortlichen enthält mindestens:

a. die Identität des Verantwortlichen;

b. den Bearbeitungszweck;

c. eine Beschreibung der Kategorien betroffener Personen und der Kategorien bearbeiteter Personendaten;

d. die Kategorien der Empfängerinnen und Empfänger;

e. wenn möglich die Aufbewahrungsdauer der Personendaten oder die Kriterien zur Festlegung dieser Dauer;

f. wenn möglich eine allgemeine Beschreibung der Massnahmen zur Gewährleistung der Datensicherheit nach Artikel 8;

g. falls die Daten ins Ausland bekanntgegeben werden, die Angabe des Staates sowie die Garantien nach Artikel 16 Absatz 2.

[3] Das Verzeichnis des Auftragsbearbeiters enthält Angaben zur Identität des Auftragsbearbeiters und des Verantwortlichen, zu den Kategorien von Bearbeitungen, die im Auftrag des Verantwortlichen durchgeführt werden, sowie die Angaben nach Absatz 2 Buchstaben f und g.

[4] Die Bundesorgane melden ihre Verzeichnisse dem EDÖB.

[5] Der Bundesrat sieht Ausnahmen für Unternehmen vor, die weniger als 250 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigen und deren Datenbearbeitung ein geringes Risiko von Verletzungen der Persönlichkeit der betroffenen Personen mit sich bringt.

GLIEDERUNG

In Kürze ... 228
I. Allgemeines ... 229
A. Überblick ... 229
B. Entstehungsgeschichte ... 229
C. Normzweck ... 231
II. Inhalt ... 232
A. Inhalt eines Bearbeitungsverzeichnisses ... 232
B. Form eines Verzeichnisses ... 233
C. Pflichten von Privatpersonen ... 234
1. Gesetzliche Anforderungen ... 234
2. Der Auftragsbearbeiter ... 234
3. Gesetzliche Ausnahmen: KMU ... 235
4. Vertragliche Anforderungen ... 236
D. Pflichten der Bundesorgane (Art. 12 Abs. 4 DSG) ... 237
E. Umsetzung von Datenschutzkonformität ... 238
1. Informationspflichten ... 238
2. Das Auskunftsrecht ... 239
F. Daten im Ausland (Art. 12 Abs. 2 lit. g) ... 240
III. Vergleich mit dem EU-Recht ... 241
Literaturverzeichnis ... 242
Materialienverzeichnis ... 243

IN KÜRZE

Art. 12 DSG beschreibt die Pflicht für Bundesorgane und private Verantwortliche und Auftragsbearbeiter, ein Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten zu führen. Die Daten sollen während ihres gesamten Lebenszyklus im Unternehmen erfasst werden. Ein Verzeichnis beinhaltet mindestens:

- die Identität der Verantwortlichen
- die Kategorien der bearbeiteten Personendaten
- den Zweck der Bearbeitung
- wenn möglich die Aufbewahrungsdauer oder zumindest die Kriterien zur Festlegung dieser Dauer
- die Empfänger und Empfängerinnen der bearbeiteten Daten
- datenschutzkonforme Massnahmen
- Vorgaben für eine Datenbekanntgabe ins Ausland

Nicht ins Verzeichnis gehören Kategorien von Personendaten, die das Unternehmen gar nicht bearbeitet und Garantien für die Datenbekanntgabe ins Ausland, wenn kein Datenexport betrieben wird. Auch Daten, die nur mit unverhältnismässigem Aufwand zuerst beschafft werden müssten.

Schliesslich sind Unternehmen mit weniger als 250 Mitarbeitenden (KMU) gesetzlich, aufgrund administrativer Entlastung, von der Pflicht zur Erstellung und Führung eines Bearbeitungsverzeichnisses entbunden. Da ein Verzeichnis von Bearbeitungstätigkeiten der unternehmensinternen Aufklärung über die bearbeiteten Daten sowie der Einhaltung von Haft- und Sorgfaltspflichten dient, empfiehlt es sich für jedes Unternehmen, ein Verzeichnis zu führen.

Das Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten, das an keine Formvorschrift gebunden ist, wird innerhalb des Unternehmens erfasst und bietet u.a. neben Verhaltenskodizes und Zertifizierungen eine Möglichkeit der regulierten Selbstregulierung. Einerseits gewinnt das Unternehmen Klarheit über die von ihm bearbeiteten Daten, andererseits wird sich auch der EDÖB ab dem Inkrafttreten des revidierten DSG an Datenbearbeitungsverzeichnissen orientieren um die Datenschutzkonformität zu prüfen.

I. ALLGEMEINES

A. Überblick

Ein Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten ist gemäss den Bestimmungen des Datenschutzgesetzes (DSG) ein wichtiges Instrument zur Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften. Es stellt einen systematisierten Überblick über die Datenbearbeitungstätigkeiten dar und dient sowohl Bundesorganen als auch Privatpersonen als Verpflichtung. Es gibt Auskunft über Herkunft und Zweck der Daten, Aufbewahrungsaspekte, sowie angewandte Sicherheitsmassnahmen und Datentransfer, u.U. ins Ausland. Die Norm ersetzt Art. 11a aDSG i.V.m. Art. 11 VDSG und präzisiert und erweitert die Pflicht zur Führung eines Registers der Datensammlungen. Verantwortliche müssen eigenständig die intern erhobenen Daten ermitteln und systematisiert dokumentieren. Im Verzeichnis wird damit ein verstärkter Fokus auf die Dokumentationspflicht und die Datenbearbeitungsprozesse gelegt. Ein Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten ist jedoch von einem Register der Datensammlungen zu unterscheiden und hat zusätzliche inhaltliche Anforderungen (vgl. N. 6). 1

Dank dem Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten verfügen Organisationen über wichtige Informationen ihrer digitalen Daten, sie haben eine klare und aktuelle Übersicht. So profitieren sowohl der EDÖB, dessen Überprüfung der Datenschutzkonformität eines Unternehmens vereinfacht wird, wie auch das Unternehmen selbst. 2

B. Entstehungsgeschichte

Gemäss Art. 11a aDSG führte der «Beauftragte», d.h. der EDÖB, ein öffentlich zugängliches Register von Datensammlungen («Register»). Während Bundesorgane sämtliche Datensammlungen beim EDÖB zur Registrierung anmelden mussten (Art. 11a Abs. 1 aDSG), waren Private nur meldepflichtig, wenn sie entweder Personendaten regelmässig an Dritte weitergaben (Art. 11a Abs. 3 lit. b aDSG) oder wenn sie Persönlichkeitsprofile oder besonders schützenswerte Daten bearbeiteten (Art. 11a Abs. 3 lit. a aDSG). Art. 11a Abs. 5 aDSG stellte mehrere Inhaber von Datensammlungen von einer Meldepflicht gegenüber dem EDÖB frei, darunter auch Inhaber einer Datenschutzzertifizierung oder Unternehmen mit einem Datenschutzverantwortlichen. 3

4 Art. 11a DSG führte die Anforderungen an ein Register der Datensammlungen nicht selbst aus, sondern Art. 11 VDSG konkretisierte diese. Danach musste das Register Beschreibungen über die internen Organisationsstrukturen und die Datenbearbeitungs- und Kontrollverfahren enthalten. Belege über die Planung, Umsetzung und den Betrieb der Datensammlung sowie der genutzten Informatikmittel mussten ebenfalls aufgeführt werden. Diese Präzisierungen galten nur für die meldepflichtigen Datenbearbeitungen.

5 Der Begriff des «Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten» geht aber über eine kurze Übersicht von gesammelten Daten hinaus. Er umfasst zusätzlich die Informationen, was mit den Daten gemacht wird, wie sie erhoben werden und wohin sie weitergegeben werden. Register überschneiden sich zwar inhaltlich mit einem Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten, fokussieren sich jedoch eingehender auf die (unternehmens-) interne Struktur, Planung und Verwaltung. Im aktuellen DSG ist der Begriff des Registers der Datensammlungen nicht mehr enthalten, da er durch das Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten ersetzt wurde.

6 Art. 12 DSG ist umfangreicher und verlangt zusätzliche Informationen wie die Identität des Verantwortlichen, den Bearbeitungszweck, eine Kategorisierung von sowohl den bearbeiteten Personendaten als auch den beabsichtigten Empfängern und Empfängerinnen, die Aufbewahrungsdauer und konkrete Massnahmen zur Gewährleistung der Datensicherheit. Vieles überschneidet sich zwar mit Art. 11 VDSG, die Anforderungen sind aber um einiges detaillierter, was auch die Erstellung eines Verzeichnisses vereinfachen sollte. Auch die frühere allgemeine Dokumentationspflicht, d.h. eine Meldepflicht von Datensammlungen, wird durch das Datenbearbeitungsverzeichnis abgelöst.[679]

7 Mit dem in Kraft treten des neuen DSG müssen gemäss Art. 12 DSG Privatpersonen und Bundesorgane ein Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten erstellen. Allerdings sind es ausschliesslich Bundesorgane, die ihr Bearbeitungsverzeichnis dem EDÖB *vorlegen* müssen (Art. 12 Abs. 4 DSG). Die Pflicht zur *Führung* eines Verzeichnisses gilt hingegen auch für Private. Das Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten ermöglicht es die eigenen Daten besser zu kontrollieren. Das Verzeichnis der

679. BBl 2017 6941, S. 7035.

Bearbeitungstätigkeiten wird neu bei den allgemeinen Datenschutzbestimmungen eingeordnet.[680]

C. Normzweck

Art. 12 DSG gilt als Verpflichtungsnorm für Verantwortliche und Auftragsbearbeiter. Der Zweck der Norm ist es, die Transparenz bei der Bearbeitung von Daten zu erhöhen. Dies wird sichergestellt durch die strengeren Anforderungen an das Verzeichnis (Art. 12 DSG) als an das frühere Pendent dem Register der Datensammlungen (Art. 11a aDSG). Mit genauen Mindestangaben haben Verantwortliche einen klaren Orientierungsrahmen, welche Daten in ein Verzeichnis gehören. So werden Datenbearbeitungen vereinheitlicht aufgezeichnet. Es wird für den Verantwortlichen betriebsintern einfacher, den Überblick über die gesammelten Daten zu behalten. Einerseits kann er die Informationspflicht adäquat erfüllen und andererseits dem Auskunftsrecht zufriedenstellend nachkommen. 8

Eine systematische Erfassung von Daten und Informationen ist für Unternehmen allgemein vorteilhaft, nicht nur auf dem Gebiet der Personendaten. Ein Materialienverzeichnis oder eine Erfassung von Informationen, die einer Geheimhaltungspflicht unterstehen, ermöglichen dem Unternehmen einen stets aktuellen, korrekten und vereinfachten Überblick über den internen Informationsfluss. Auch hier gilt der Grundsatz, dass die systematische Sammlung und Erhebung von Daten eine wichtige digitale Anlage darstellen. 9

Auch für den EDÖB stellt die Norm eine Vereinfachung dar. Er profitiert von der Vereinheitlichung des Verzeichnisses, da ihm nun alle relevanten Kategorisierungen oder Bearbeitungen unmittelbar zu Verfügung stehen. Der EDÖB wird zukünftig bei einer Untersuchung als erstes nach dem Verzeichnis fragen.[681] Trotzdem führt das Unterlassen der Führung eines Verzeichnisses nicht zu einer unmittelbaren Sanktion.[682] Das Erteilen falscher Auskünfte oder eine Verweigerung der Unterstützung im Rahmen einer Untersuchung des EDÖBs bleiben jedoch, wie schon im geltenden Recht, strafbar. 10

680. BBl 2017 6941, S. 7035.
681. Rosenthal, Datenschutzgesetz, N. 144.
682. Rosenthal, Datenschutzgesetz, N. 145.

II. INHALT

A. Inhalt eines Bearbeitungsverzeichnisses

11 Art. 12 sieht für dieses Verzeichnis einige inhaltliche Mindestanforderungen vor, die wie folgt lauten:

- Wer ist verantwortlich?, Art. 12 Abs. 2 lit. a DSG.
  Verantwortlich ist jene Person, die über den Zweck und die Mittel einer Datenbearbeitung entscheidet. Bei mehreren Verantwortlichen sind alle aufzuführen.[683]
- Was ist der Bearbeitungszweck?, Art. 12 Abs. 2 lit. b DSG.
  Der Zweck kann variieren; entscheidend ist, welches Ziel mit einer Datenbearbeitung verfolgt wird. In der Regel entscheidet derjenige, der die Bearbeitung veranlasst, auch über deren Zweck.
- Welche Personen und welche Art von Personendaten werden bearbeitet (Kategorisierungen)?, Art. 12 Abs. 2 lit. c DSG.
  Kategorien betroffener Personen sind typisierte Gruppierungen wie «Konsumenten» oder «Arbeitnehmer».[684] Mit den Kategorien «bearbeiteter Personendaten» sind die Arten von bearbeiteten Daten, etwa besonders schützenwerte Personendaten gemeint.
- Wer ist der Empfänger oder die Empfängerin der bearbeiteten Daten?, Art. 12 Abs. 2 lit. d DSG.
  Auch die Empfänger bzw. die Empfängerinnen der bearbeiteten Personendaten werden kategorisiert, beispielsweise Aufsichtsbehörden.
- Wie lange werden Personendaten aufbewahrt bzw. wie lässt sich diese Dauer feststellen?, Art. 12 Abs. 2 lit. e DSG
  Es geht insbesondere um die Archivierungsfristen von erhobenen Daten. Falls keine gesetzliche Grundlage oder kein definierter Zweck mehr zur Aufbewahrung der erhobenen Personendaten besteht, müssen jene gelöscht oder anonymisiert werden (Art. 6 Abs. 4 DSG).
- Welche Massnahmen werden getroffen, um Datensicherheit nach Art. 8 zu gewährleisten?, Art. 12 Abs. 2 lit. f DSG
  Es wird auf die grundsätzlichen Prinzipien des Datenschutzes und der Datensicherheit verwiesen. Dazu gehören insbesondere die Integrität der

erhobenen Daten, geeignete technische und organisatorische Massnahmen und «privacy by default» und «privacy by design».

- Welche Massnahmen müssen getroffen werden, um Daten ins Ausland bekanntzugeben?, Art. 12 Abs. 2 lit. g DSG.
  Neben den gesetzlichen Massnahmen (vgl. Art. 16 ff. DSG) gehören dazu auch vertraglich vereinbarte Standardklauseln in Verträgen und international festgelegte, sektorenspezifische Standards (vgl. dazu Art. 11 DSG i.V.m. Art. 12 DSV).

Art. 12 ist sehr präzise und ausführlich gefasst, erlaubt dabei trotzdem einen gewissen Gestaltungsspielraum. Das Verzeichnis soll beispielsweise nur Informationen umfassen, über die in inhaltlicher Hinsicht ausreichend Gewissheit besteht. Eine Beschreibung soll nur erfolgen, wenn die Tätigkeiten auch hinreichend konkret umschrieben werden können.[685] Mitunter lässt sich etwa die genaue Aufbewahrungsdauer nicht festlegen. So müssen nur die Kriterien zur Aufbewahrungsdauer festgelegt werden. Aufgrund dieser breit gehaltenen Ausgestaltung wäre die Herausarbeitung von sektorenspezifischen Leitfäden, welche in den jeweiligen Branchen einheitlich angewendet werden könnten, wünschenswert. Sowohl die Arbeit der Unternehmen als auch die des EDÖB würde erleichtert. Durch die Entwicklung sektorenspezifischer Leitfäden, die einheitlich in den jeweiligen Branchen angewendet werden könnten, könnte diese breit gefasste Ausgestaltung konkretisiert werden. Dies würde sowohl den Verantwortlichen als auch dem EDÖB helfen, ihre Arbeit zu erleichtern. Die Leitfäden würden den Verantwortlichen klare Anweisungen geben und ihnen dabei helfen, die Datenschutzanforderungen in ihrer Branche besser zu verstehen und umzusetzen. Gleichzeitig würde es dem EDÖB ermöglichen, eine einheitlichere Überprüfung und Durchsetzung des Datenschutzes in verschiedenen Branchen vorzunehmen. 12

B. Form eines Verzeichnisses

Wie genau die Datenbearbeitungen im Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten systematisiert werden, ist in Art. 12 DSG nicht ins Detail geregelt.[686] Es gibt ebenfalls keine Formvorschriften. Ein Verzeichnis 13

683. Rosenthal, Datenschutzgesetz, N. 146.
684. BBl 2017 6941, S. 7036.
685. BBl 2017 6941, S. 7036.
686. Rosenthal, Datenschutzgesetz, N. 144.

kann sowohl in einer einfachen Word- oder Exceldokument, wie auch in einer komplexen IT-Lösung daherkommen.[687] Das Verzeichnis kann dezentral geführt werden und die Führung kann sogar delegiert werden.[688]

C. Pflichten von Privatpersonen

1. Gesetzliche Anforderungen

14 Grundsätzlich sind alle Unternehmen und sonstige private Verantwortliche verpflichtet, ein Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten zu führen. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass nahezu alle Privatpersonen in ihrer wirtschaftlichen oder gemeinnützigen Tätigkeit Personendaten sammeln und auch bearbeiten.

2. Der Auftragsbearbeiter

15 Das Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten muss vom Verantwortlichen und Auftragsbearbeiter geführt werden (Art. 12 Abs. 1 DSG). Unter dem Auftragsbearbeiter versteht man eine Person, die im Auftrag des Verantwortlichen Daten bearbeitet (Art. 5 lit. k DSG). Ein Beispiel ist der IT-Dienstleister, der eine Website hostet,[689] oder ein Angestellte, welcher die Kontaktdaten von Kunden aufnimmt. Ein Verantwortlicher ist dagegen diejenige Person, die über den Zweck und die Mittel zur Datenbearbeitung entscheidet (Art. 5 Abs. j DSG).

16 Jedes Unternehmen ist ausschliesslich für die intern bearbeiteten Daten verantwortlich. Ein Auftragsbearbeiter (Processor), ist nicht verpflichtet, für die Verantwortlichen ein Bearbeitungsverzeichnis zu führen. Daten des Verantwortlichen, auch «Controller» genannt, müssen nicht aufgeführt werden. Dies obliegt nur dem Verantwortlichem selbst, der für seine erhobenen Daten – beispielsweise Kundendaten – verantwortlich ist. Andernfalls würde dies zu einer übermässigen Erfassung von Personendaten führen. Diese Anforderung wäre für Unternehmen schier unmöglich durchzusetzen. Man müsste bei jeder Dienstleistung die Gesamtheit aller Personendaten des Auftraggebers erfassen. Ein Ausufern der Verzeichnisse und ein damit einhergehender Verlust über den Überblick der erfassten Daten

687. Rosenthal, Datenschutzgesetz, N. 145; Vasella, S. 275.
688. Rosenthal, Datenschutzgesetz, N. 145.
689. Bucheli, S. 393.

wäre zu erwarten. Das Verzeichnis des Auftragsbearbeiters enthält demzufolge weniger Angaben, als das eines Verantwortlichen. Dafür schafft dieses Verzeichnis Transparenz im Auftragsverhältnis zwischen dem Verantwortlichen und dem Auftragsbearbeiter, indem es vorschreibt, dass beide Parteien eindeutig identifizierbar sein müssen. Die massgeblichen Rahmenbedingungen sind in Art. 9 DSG festgehalten, welcher die Datenbearbeitung durch einen Auftragsbearbeiter klärt.[690]

3. Gesetzliche Ausnahmen: KMU

Art. 12 Abs. 5 beabsichtigt eine Ausnahme für Unternehmen, die weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigen und keine risikoreichen Daten bearbeiten. Diese sind von der Pflicht, ein Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten zu führen, befreit. Risikoreiche Datenbearbeitungen sind jene, die mit grösserer Wahrscheinlichkeit eine Verletzung der Persönlichkeit zur Folge haben (Eingriff in die Intimsphäre, medizinische Daten, sexuelle Orientierung, Konfession uvm.). Diese Ausnahme wird auch in Art. 24 der Verordnung über den Datenschutz (DSV) erwähnt. Nähere Bestimmungen zu der gesetzlichen Ausnahme lassen sich bei Art. 24 jedoch nicht finden. Es wird lediglich wiederholt, dass KMU von einer Verzeichnisverpflichtung ausgenommen sind, ausser sie bearbeiten in grossem Umfang besonders schützenswerte Personendaten (lit. a), oder führen risikoreiches Profiling durch (lit. b). Der Begriff des hohen Risikos wird analog zu jenem in Art. 22 Abs. 2 DSG verwendet.[691] 17

Ziel dieser Ausnahme ist es, kleinere Unternehmen administrativ zu entlasten. Es wird nicht nur die Grösse eines Unternehmens berücksichtigt, sondern auch die jeweiligen Daten, die bearbeitet werden und welche Risiken damit einhergehen.[692] Auch KMU sind von den im DSG vorgesehenen Sanktionen betroffen und die Einhaltung von Datenschutzgrundsätzen wird von KMUs gefordert. Daraus ergibt sich für die Unternehmen, obwohl sie nicht gesetzlich zur Erstellung eines Bearbeitungsverzeichnisses verpflichtet sind, eine indirekte Dokumentationspflicht. Denn der EDÖB wird sich ungeachtet ob ein Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten besteht oder nicht, mit den 18

690. SHK-Baeriswil, Art. 12 DSG N. 21.
691. Bundesamt für Justiz, Erläuternder Bericht zur Revision der Verordnung über den Datenschutz vom 31.8.2022, S. 50 (nachfolgend «Bericht DSV»).
692. BBl 2017 6941, S. 7037; Bericht DSV, S. 50

datenschutzrechtlichen Massnahmen innerhalb eines KMUs befassen. Das KMU muss also sowieso die bearbeiteten Daten vorweisen. Ein Verzeichnis sichert das Unternehmen haftpflichtrechtlich und im Sinne der Sorgfaltspflichten besser ab.

19 Sind die Hälfte aller bearbeiteten Daten risikoreich, fallen sie unter die Anforderungen der verstärkten Dokumentationspflichten, müssen aber gesetzlich u.U. trotzdem nicht in einem Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten aufgeführt werden. Die Haftung und das Risiko für allfällige datenschutzrechtliche Verstösse trägt dabei immer der Verantwortliche. Die Erstellung eines Bearbeitungsverzeichnisses ist also empfehlenswert, wenn risikoreiche Datenbearbeitungen vorgenommen werden, ungeachtet des Umfangs.

4. Vertragliche Anforderungen

20 Es ist auch möglich, das Führen eines Verzeichnisses vertraglich vorzusehen. Obwohl eine solche Verpflichtung dispositiv ist, könnte sie je nach Branche eine grössere Bedeutung entwickeln. Durch das Führen eines Bearbeitungsverzeichnisses kann sich nämlich ein Unternehmen nicht nur gegenüber dem EDÖB und den gesetzlichen Anforderungen, sondern auch gegenüber anderen Unternehmen, die sowohl Partner als auch Kunden und Kundinnen darstellen können, absichern. Weiss ein Verantwortlicher, wie der Auftragsbearbeiter Daten bearbeitet und aufbewahrt und mit welchen Mitteln, fördert dies das Vertrauen und die Zusammenarbeit zwischen beiden Parteien. Weiter ermöglicht die Durchsetzung einer Praxis, wo Verzeichnisse vertraglich abgeschlossen werden, eine selbständige Herausarbeitung von Verzeichnissen, die den jeweiligen wirtschaftlichen Sektoren angepasst sind und den spezifischen datenschutzrechtlichen Herausforderungen in den betroffenen Arbeitsbereichen gerecht werden.

21 Bei der vertraglichen Vereinbarung von Verzeichnissen müssen bestimmte Aspekte berücksichtigt werden, und es können verschiedene Hürden auftreten. Die Umsetzung einer solchen Praxis ermöglicht es den Unternehmen, eigenständig Verzeichnisse zu erstellen, die den spezifischen Anforderungen und datenschutzrechtlichen Herausforderungen ihrer jeweiligen wirtschaftlichen Sektoren gerecht werden.

Eine der Hürden besteht darin, die Verträge so zu gestalten, dass sie die genauen Anforderungen des Datenschutzrechts erfüllen. Es müssen klare Vereinbarungen über die Art der erfassten Daten, den Zweck der Datenverarbeitung, die Aufbewahrungsdauer, die Sicherheitsmassnahmen und andere relevante Datenschutzaspekte getroffen werden. Es ist wichtig, sicherzustellen, dass die vertraglichen Vereinbarungen den gesetzlichen Bestimmungen entsprechen und die Rechte der betroffenen Personen angemessen geschützt sind. 22

Darüber hinaus kann die Herausarbeitung von branchenspezifischen Verzeichnissen herausfordernd sein. Unterschiedliche wirtschaftliche Sektoren haben unterschiedliche datenschutzrechtliche Anforderungen und spezifische Arbeitsbereiche, die spezielle Datenschutzherausforderungen mit sich bringen können. Die Unternehmen müssen in der Lage sein, diese spezifischen Anforderungen zu identifizieren und in ihre Verzeichnisse einzubeziehen, um den Datenschutzbestimmungen gerecht zu werden. 23

Die Zusammenarbeit zwischen den beteiligten Parteien, wie z.B. den Unternehmen, Datenschutzexperten und ggf. Aufsichtsbehörden, kann hilfreich sein, um die vertraglichen Vereinbarungen und die Herausarbeitung branchenspezifischer Verzeichnisse erfolgreich umzusetzen. 24

D. Pflichten der Bundesorgane (Art. 12 Abs. 4 DSG)

Als Bundesorgane gelten nach Art. 5 lit. i DSG nicht nur Behörden oder Zentralverwaltungsstellen, sondern jede Behörde oder Dienstelle des Bundes, so wie auch Personen, die öffentliche Aufgaben des Bundes erfüllen.[693] 25

Bundesorgane haben nach Art. 12 Abs. 4 DSG die Pflicht, ihre Verzeichnisse der Bearbeitungstätigkeiten dem EDÖB zu melden. Der EDÖB selbst führt wiederum nach Art. 56 DSG ein Register der Bearbeitungstätigkeiten der Bundesorgane, welches publiziert wird.[694] 26

Bereits vor der Revision des Datenschutzgesetzes waren Bundesorgane verpflichtet, Organisationsstrukturen und Datenbearbeitungsverfahren in einem Register der Datensammlungen festzuhalten. Dazu gehörte es implizit, Name und Adresse des verantwortlichen Bundesorganes, eine Bezeichnung 27

693. Trüeb/Zobl, S. 104.
694. BBl 2017 6941, S. 7037.

der Datensammlung, das für das Auskunftsrecht zuständige Organ sowie die Rechtsgrundlage und den Zweck anzugeben. Kategorien von bearbeiteten Personendaten, der Empfängerinnen, sowie der an der Datensammlung Beteiligten wurden erfasst (Art. 11a des alten DSG).[695] Register von Datensammlungen mussten ebenfalls nach Art. 11a aDSG beim EDÖB zur Registrierung angemeldet werden. Im Generellen unterstanden Bundesorgane verschärften Anforderungen. Der Bundesrat hatte zudem die Befugnis, besondere Regelungen für den Datenschutz zu bestimmen (Art. 16 Abs. 2 aDSG).

28 Eine erhebliche Änderung der Verpflichtungen für Bundesorgane ergibt sich somit nicht. Vielmehr wirkt Art. 12 DSG als Ausweitung der Pflichten, die früher nur den Bundesorganen galten, auf private Personen. Ein Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten ist also für Bundesorgane ausnahmslos zu führen. Ein schon bestehendes, korrekt und aktuell gehaltenes Register erfüllt bereits viele Anforderungen an ein Verzeichnis, weshalb es für die Umsetzung des aktuellen Datenschutzgesetzes oft nur wenige oder gar keine Änderungen braucht. Die bedeutendste Veränderung ist, dass anstatt nach Datensammlungen neu nach Datenbearbeitungen unterteilt wird.

E. Umsetzung von Datenschutzkonformität

29 Grundsätzlich ist ein Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten nicht für betroffene Personen gedacht, sondern dient hauptsächlich der internen Kontrolle eines Betriebes sowie der Untersuchung durch den EDÖB.[696] Durch die Erstellung eines Verzeichnisses der Bearbeitungstätigkeiten erhalten die Verantwortlichen Klarheit über ihre eigenen Datenbearbeitungsaktivitäten.[697] Das Führen eines Verzeichnisses vereinfacht die Umsetzung gewisser Pflichten und Erfüllung von Betroffenenrechten, wie das Auskunftsrecht (Art. 25 DSG).

1. Informationspflichten

30 Art. 19 DSG sieht eine Informationspflicht für den Verantwortlichen und den Auftragsbearbeiter bei der Beschaffung von Personendaten vor. Es müssen mindestens Identität und Kontakt des Verantwortlichen, der

695. Rosenthal/Jöhri, S. 314.
696. Rosenthal, Datenschutzgesetz, N. 144.
697. Vasella S. 275; Rosenthal, Datenschutzgesetz, N. 144.

Bearbeitungszweck und gegebenenfalls die Empfänger und Empfängerinnen der beschaffenen Personendaten bekanntgegeben werden. Mit der Datenschutzrevision wurde die Informationspflicht allgemein ausgeweitet. Vor der Revision galt sie nur bei der Beschaffung besonders schützenswerter Daten oder Persönlichkeitsprofile, während sie nun bei jeder Beschaffung von Personendaten besteht.[698]

Mit einem Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten wird der Betroffene effizient und einheitlich über die Erhebung der eigenen Daten informiert. Weiter kann der Zweck, die Mittel und unter Umständen die Aufbewahrungsdauer auch exakt mitgeteilt werden, da diese Informationen selbst ja auch schon im Verzeichnis enthalten sind. Das Verzeichnis stellt in diesem Sinne eine verwaltungsmässige Entlastung für Unternehmen dar, mit welcher externe Informationsprozesse gegenüber Betroffenen oder auch dem EDÖB einfacher und effizienter ausgestaltet werden können. Durch diese effizientere Ausgestaltung ergeben sich mehrere Vorteile. Erstens reduziert der Verantwortliche den Verwaltungsaufwand, da er nicht mehr für jede einzelne Datenbearbeitung eine separate Benachrichtigung erstellen und versenden muss. Stattdessen kann es auf das Verzeichnis verweisen, das bereits alle erforderlichen Informationen enthält. Zweitens wird die Kommunikation mit den Betroffenen vereinheitlicht. Da alle Informationen im Verzeichnis enthalten sind, erhalten alle Betroffenen dieselben Angaben zu Zweck, Mittel und Aufbewahrungsdauer, was zu einer konsistenteren und transparenteren Kommunikation führt. Drittens erleichtert das Verzeichnis auch die Zusammenarbeit mit externen Parteien, wie beispielsweise dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB). Wenn der EDÖB Informationen über die Datenverarbeitung anfordert, kann das Unternehmen einfach das Verzeichnis bereitstellen, anstatt separate Berichte für jede einzelne Datenbearbeitung erstellen zu müssen. 31

2. Das Auskunftsrecht

Das Auskunftsrecht nach Art. 25 DSG ist ein Betroffenenrecht, welches eine Einzelperson im Datenschutzrecht geltend machen kann. Mit dem Auskunftsrecht kann die Rechtmässigkeit einer Datenbearbeitung überprüft werden und der oder die Betroffene hat das Recht, eine Berechtigung oder Löschung der Daten zu verlangen.[699] Gemäss Art. 25 DSG erhält die 32

698. Sury, S. 461.

betroffene Person alle Informationen über die eigenen Personendaten, damit sie ihre Rechte geltend machen kann, namentlich die Identität des Verantwortlichen, der Zweck der Bearbeitung und die bearbeiteten Personendaten selbst.[700] Die Rechte, die danach geltend gemacht werden können, sind etwa der Anspruch auf Berichtigung der falsch erhobenen Personendaten oder die Beseitigung letzterer (Art. 32 DSG).

33 Ein Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten gewährleistet und unterstützt das Auskunftsrecht, da es die Informationen, die gemäss Art. 25 DSG dem Betroffenen mitgeteilt werden müssen, vollumfänglich umfasst. Der Betroffene erhält mit einem sauber geführten Verzeichnis eine vollständige, einheitliche und korrekte Auskunft über die erhobenen Daten. Eine adäquate Auskunft wird garantiert und die Sicherheit für beide Parteien erhöht, da das Unternehmen schon grundsätzlich einen besseren Überblick über die erhobenen Daten hat und weniger Gefahr läuft, gegen datenschutzrechtliche Vorgaben zu verstossen. Wenn das Verzeichnis nicht korrekt ist, kann dies dazu führen, dass der Verantwortliche Informationen über die Datenverarbeitung nicht richtig erfasst oder unzureichende Sicherheitsvorkehrungen trifft. Dies birgt das Risiko von Datenschutzverletzungen und kann rechtliche Konsequenzen nach sich ziehen.

F. Daten im Ausland (Art. 12 Abs. 2 lit. g)

34 Nach Art. 12 Abs. 1 lit. g DSG muss bei Datenbekanntgabe ins Ausland das jeweilige Land angegeben werden, sowie die Garantien nach Art. 16 Abs. 2 DSG. Diese Bestimmungen stellen sicher, dass der Betroffene über die Übermittlung seiner Personendaten ins Ausland informiert wird und dass geeignete Schutzmassnahmen für den Datenschutz getroffen werden. Das Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten kann diese Anforderungen umfassen, indem es den genauen Zweck der Datenübermittlung ins Ausland angibt und das Zielland benennt. Darüber hinaus sollte das Verzeichnis auch Informationen über die getroffenen Garantien gemäss Artikel 16 Abs. 2 DSG enthalten, um dem Betroffenen die Gewissheit zu geben, dass angemessene Schutzmassnahmen vorhanden sind. Es wichtig, dass der Betroffene klar und verständlich darüber informiert wird, dass seine Daten ins Ausland übermittelt

699. Pärli/Eggmann, S. 141.
700. Vgl. Art. 25 Abs. 2 DSG

werden und welche Schutzmassnahmen dabei getroffen wurden. Dadurch wird das Auskunftsrecht des Betroffenen gewährleistet und seine Privatsphäre geschützt. Diese verschärfen die Datenschutzanforderungen bei einer grenzüberschreitenden Datenbearbeitung und -bekanntgabe. Grundsätzlich dürfen Personendaten nur ins Ausland bekanntgegeben werden, wenn ein Entscheid des Bundesrates vorliegt, dass dieses Land selbst einen angemessenen Datenschutz gewährleistet. Welche Länder einen angemessenen Datenschutzaufweisen, wird vom Bundesrat festgelegt und im Anhang 1 der Datenschutzverordnung publiziert. Ungenügender Schutz leisten u.a. Russland, ein Grossteil der afrikanischen und südamerikanischen Länder, sowie ganz Asien (mit Ausnahme Israels).[701]

Art. 16 Abs. 2 DSG verlangt entweder einen völkerrechtlichen Vertrag, vertragliche Datenschutzklauseln, spezifische, durch den EDÖB genehmigte Garantien, Standardschutzklauseln oder verbindliche unternehmensinterne Datenschutzvorgaben, welche auch vom EDÖB genehmigt sind (Art. 16 lit. a–e DSG). Jene gelten nun bei einer Datenbekanntgabe nicht nur, wenn das Land selbst keinen ausreichenden Schutz gewährleistet, sondern bei jeglicher ausländischen Bekanntgabe. 35

III. VERGLEICH MIT DEM EU-RECHT

Art. 12 DSG weist, wie einige weitere Artikel nach der Totalrevision, einige Parallelen zu den Voraussetzungen der DSGVO auf. So wurde Art. 12 analog zu Art. 30 DSGVO ausgestaltet.[702] Sowohl in Art. 30 DSGVO als auch in Art. 12 DSG müssen sowohl öffentliche Organe als auch Privatpersonen ein Verzeichnis führen. Darin müssen die Identität des Verantwortlichen und des Auftragsbearbeiters angegeben werden. Beide Bestimmungen verlangen Angaben zum Bearbeitungszweck, zu den Kategorisierungen von bearbeiteten Personendaten und Empfängern, zu den Garantien zur Übermittlung ins Ausland, zur Aufbewahrungsdauer und zu technischen und organisatorischen Massnahmen bzgl. der Umsetzung der Datensicherheit. Auch die Ausnahme von der Erstellung eines Datenbearbeitungsverzeichnisses ist sowohl in Art. 30 DSGVO als auch in Art. 12 DSG erhalten. Die Aussage «wenn möglich» (Abs. 1 lit. f und g) ermöglicht, wie im schweizerischen 36

701. Vgl. Anhang 1 zu Art. 8 Abs. 1 DSV, S. 18 ff.
702. BBl 2017 6941, S. 7036.

Datenschutzgesetz,[703] eine gewisse Flexibilität. Der Inhalt eines Verzeichnisses ist nicht für jedes Unternehmen gleich und strikt festgelegt, sondern orientiert sich daran, wie genau die bearbeiteten Daten überhaupt umschrieben werden können. So kann nicht immer mit Sicherheit gesagt werden, wann Daten gelöscht werden, noch folgen alle Unternehmen analogen und allgemein anerkannten technischen und organisatorischen Massnahmen. Ein Datenverzeichnis soll sich auch hier der jeweiligen Tätigkeit anpassen können.

37 Unterschiede zwischen den Bestimmungen ergeben sich vereinzelt in den Formulierungen und Ausführungen. Analog zum EDÖB in der Schweiz übernimmt die Datenschutzaufsichtsbehörde in der EU ähnliche Funktionen wie Überwachung der Einhaltung der DSGVO bzw. des DSG. Art. 30 DSGVO fordert zusätzlich inhaltlich im Verzeichnis die Angabe der Identität des Datenschutzbeauftragten, falls ein solcher im Unternehmen existiert. Die Übermittlung ins Ausland muss nach DSGVO spezifisch angegeben werden und die Form eines Verzeichnisses muss schriftlich sein. Öffentliche Organe oder Privatpersonen haben nach Unionsrecht auch die Verpflichtung, das Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeit auf Anfrage der Aufsichtsbehörde zur Verfügung zu stellen. Eine Zusammenarbeit nach Treu und Glauben mit staatlichen Behörden ist grundsätzlich vorausgesetzt.

38 Zusätzlich zu Art. 30 DSGVO führt Art. 24 der Richtlinie 2016/680 den Inhalt eines Verzeichnisses der Verarbeitungstätigkeiten aus. Erwähnenswert ist hier nur, dass nach Art. 24 der Richtlinie auch die Verwendung von Profiling (Art. 24 Abs. 1 lit. e) und die Angabe der Rechtsgrundlage für die Übermittlungen der personenbezogenen Daten (Art. 24 Abs. 1 lit. g) in einem Verarbeitungsverzeichnis vorsieht. Dies wird in der schweizerischen Regelung nicht vorgesehen, kann aber durch ergänzende Angaben im Bearbeitungszweck oder der Kategorisierungen von bearbeiteten Personendaten abgedeckt werden.

LITERATURVERZEICHNIS

Baeriswil Bruno, Kommentierung zu Art. 12 DSG in: Baeriswil Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum DSG, 2. Aufl., Zürich/Basel, 2023.

703. BBl 2017 6941, S. 7036.

Bucheli Bernadette, Datenschutz im Mietverhältnis: Ausgangslage und Revision des DSG, mp 2020, S. 383 ff.

Pärli Kurt/Eggmann Jonas, Das Auskunftsrecht im Privatrecht, digma 2020, S. 140 ff.

Rosenthal David, Controller oder Processor: Die datenschutzrechtliche Gretchenfrage, Jusletter 17.6.2019 (zit. Rosenthal, Controller oder Processor)

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter 16.11.2020 (zit. Rosenthal, Datenschutzgesetz)

Rosenthal David/Gubler Seraina, Die Strafbestimmungen des neuen DSG, SZW 2021, S. 52 ff. Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008 (zit. Rosenthal/Jöhri), S. 304 ff.-

Steiner Thomas, Neues DSG: Umsetzung und Anwendung in Anwaltskanzleien, Anwaltsrevue 2022, S. 417 ff.

Sury Ursula, Neues Datenschutzgesetz und Dokumentation von Unternehmen, SJZ 2021, S. 458 ff.

Trüeb Hans Rudolf/Zobl Martin, Steuerdaten in der Cloud?, digma 2016, S. 102 ff.

Vasella David, Das neue Datenschutzgesetz und seine Umsetzung, TREX 2021, S. 272 ff.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft vom 15.9.2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941 ff.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 14 DSG

Eine Kommentierung von Martin Steiger

ZITIERVORSCHLAG

Martin Steiger, Kommentierung zu Art. 14 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Steiger, N. XXX zu Art. 14 DSG.

2. Abschnitt:
Datenbearbeitung durch private Verantwortliche mit Sitz oder Wohnsitz im Ausland

Art. 14 Vertretung

[1] Private Verantwortliche mit Sitz oder Wohnsitz im Ausland bezeichnen eine Vertretung in der Schweiz, wenn sie Personendaten von Personen in der Schweiz bearbeiten und die Datenbearbeitung die folgenden Voraussetzungen erfüllt:

a. Die Bearbeitung steht im Zusammenhang mit dem Angebot von Waren und Dienstleistungen oder der Beobachtung des Verhaltens von Personen in der Schweiz.

b. Es handelt sich um eine umfangreiche Bearbeitung.

c. Es handelt sich um eine regelmässige Bearbeitung.

d. Die Bearbeitung bringt ein hohes Risiko für die Persönlichkeit der betroffenen Personen mit sich.

[2] Die Vertretung dient als Anlaufstelle für die betroffenen Personen und den EDÖB.

[3] Der Verantwortliche veröffentlicht den Namen und die Adresse der Vertretung.

GLIEDERUNG

In Kürze 248
I. Allgemeines 248
A. Zweck 248
B. Entstehungsgeschichte 248
II. Pflicht zur Bezeichnung einer Datenschutz-Vertretung (Abs. 1) 249
A. Persönlicher Geltungsbereich 250
B. Sachlicher Geltungsbereich 250
1. Zusammenhang mit dem Angebot von Waren oder Dienstleistungen oder mit der Beobachtung des Verhaltens von Personen in der Schweiz (lit. a) 250
2. Umfangreiche Bearbeitung (lit. b) 251
3. Regelmässige Bearbeitung (lit. c) 251
4. Hohes Risiko für die Persönlichkeit der betroffenen Personen (lit. d) 252
III. Funktion der Datenschutz-Vertretung (Abs. 2) 252
IV. Freiwillige Bezeichnung einer Datenschutz-Vertretung 254
V. Veröffentlichung von Name und Adresse (Abs. 3) 254
Literaturverzeichnis 255

IN KÜRZE

Art. 14 DSG regelt die Pflicht zur Bezeichnung einer Datenschutz-Vertretung in der Schweiz durch private Verantwortliche mit Sitz im Ausland. Die Pflicht besteht nur unter bestimmten kumulativen Voraussetzungen und dürfte in der Praxis nur für wenige Verantwortliche gelten. Die Vertretung soll als Anlaufstelle für betroffene Personen und den EDÖB dienen, um die Durchsetzung des DSG gegenüber bestimmten Verantwortlichen im Ausland zu erleichtern. Solche Verantwortliche müssen Name und Adresse ihrer Vertretung veröffentlichen, beispielsweise als Teil der Datenschutzerklärung auf ihrer Website.

I. ALLGEMEINES

A. Zweck

1 Verantwortliche ohne Sitz in der Schweiz müssen unter *bestimmten*, nur selten erfüllten Voraussetzungen eine **Vertretung in der Schweiz** bezeichnen. Die Formulierung dieser Voraussetzungen führt zu Rechtsunsicherheit, wann sie überhaupt erfüllt sind.

2 Die Pflicht lässt sich mit dem weiten räumlichen Anwendungsbereich des DSG begründen, denn das DSG gilt für alle Sachverhalte, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden (Art. 3 Abs. 1 DSG). Mit der Pflicht zur Bezeichnung einer Vertretung soll, analog zur EU-Datenschutz-Vertretung gemäss Art. 27 DSGVO, die **praktische Durchsetzbarkeit** des DSG verbessert werden.[704]

B. Entstehungsgeschichte

3 Das DSG wurde im Rahmen der parlamentarischen Debatte mit der Datenschutz-Vertretung gemäss Art. 14 u. 15 DSG ergänzt. Die beiden Artikel bilden den 2. Abschnitt «Datenbearbeitung durch private Verantwortliche mit Sitz oder Wohnsitz im Ausland» im 2. Kapitel mit den «Allgemeinen Bestimmungen». Die Ausgestaltung orientiert sich an der **EU-Datenschutz-Vertretung** gemäss Art. 27 DSGVO.[705] Die Datenschutz-Vertretung kann

704. Vgl. zum Ganzen bspw. Lang, Art. 27 DSGVO Ziff. 1.

demnach eine juristische oder natürliche Person sein. In der Datenschutzverordnung (DSV) wird die Vertretung nicht erwähnt.

Die Datenschutz-Vertretung berührt politische Forderungen nach einem **obligatorischen Zustellungsdomizil für grosse ausländische Internet-Plattformen** wie insbesondere Social-Media-Plattformen in straf- und zivilrechtlichen Angelegenheiten,[706] setzt diese aber *nicht* um. Eine allfällige Umsetzung dieser Forderungen nach einem obligatorischen Zustellungsdomizil könnte eine für 2024 angekündigte Vernehmlassungsvorlage des Bundesrates zur Regulierung grosser Kommunikationsplattformen bringen, wonach solche Plattformen eine Kontaktstelle und einen Rechtsvertreter in der Schweiz benennen sollen.[707] 4

II. PFLICHT ZUR BEZEICHNUNG EINER DATENSCHUTZ-VERTRETUNG (ABS. 1)

Art. 14 Abs. 1 DSG nennt die Voraussetzungen, unter denen Verantwortliche **ausnahmsweise** eine Datenschutz-Vertretung in der Schweiz bezeichnen müssen. Im Gegensatz zur EU-Datenschutz-Vertretung gemäss Art. 27 Abs. 1 u. 2 DSGVO besteht *keine* allgemeine Pflicht mit Ausnahmen. Die Zahl der erfassten Verantwortlichen dürfte entsprechend klein sein. 5

Der EDÖB kann als **Verwaltungsmassnahme** die Bezeichnung einer Vertretung anordnen bzw. verfügen (Art. 51 Abs. 4 DSG). 6

Die Verletzung der Pflicht zur Bezeichnung einer Vertretung fällt nicht unter die **Strafbestimmungen** gemäss Art. 60 ff. DSG. Mit Busse bestraft werden könnte die Missachtung einer Verfügung des EDÖB zur Bezeichnung einer Vertretung (Art. 63 DSG). 7

705. Vgl. SHK DSG-Husi-Stämpfli, Vorbem. zu Art. 14 u. 15, N. 2 ff. zur parlamentarischen Debatte.
706. Insbesondere: Motion Levrat 16.4082 «Den Strafverfolgungsbehörden den Zugang zu Daten von sozialen Netzwerken erleichtern» vom 15.12.2016, zurückgezogen zugunsten der Motion RK-S 18.3379 «Zugriff der Strafverfolgungsbehörden auf Daten im Ausland» vom 23.3.2018, angenommen von Nationalrat und Ständerat; Motion Glättli 18.3306 «Rechtsdurchsetzung im Internet stärken durch ein obligatorisches Zustellungsdomizil für grosse kommerzielle Internetplattformen» vom 23.3.2018, angenommen von Nationalrat und Ständerat.
707. Bundesrat: Grosse Kommunikationsplattformen: Bundesrat strebt Regulierung an, Medienmitteilung vom 5.4.2023.

A. Persönlicher Geltungsbereich

8 Die Pflicht zur Bezeichnung einer Vertretung gilt für private Verantwortliche (Art. 5 lit. j DSG) mit **Sitz oder Wohnsitz im Ausland**, wenn sie Daten über Personen in der Schweiz bearbeiten (Art. 5 lit. a u. b DSG) *und* die Bearbeitung die kumulativen Voraussetzungen gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. a–d DSG erfüllt. Im Gegensatz zur EU-Datenschutz-Vertretung besteht in der Schweiz die Pflicht nur für Verantwortliche und nicht auch für Auftragsbearbeiterinnen und Auftragsbearbeiter.

B. Sachlicher Geltungsbereich

1. Zusammenhang mit dem Angebot von Waren oder Dienstleistungen oder mit der Beobachtung des Verhaltens von Personen in der Schweiz (lit. a)

9 Art. 14 Abs. 1 lit. a DSG orientiert sich an den alternativen Voraussetzungen für den **räumlichen Anwendungsbereich der DSGVO** durch Angebot oder Verhaltensbeobachtung (Art. 3 Abs. 2 DSGVO) anstatt auf den räumlichen Anwendungsbereich mit dem Auswirkungsprinzip gemäss Art. 3 Abs. 1 DSG zu verweisen.[708] Die Voraussetzung gilt demnach nur, wenn sich ein Angebot oder eine Verhaltensbeobachtung auf Sachverhalte in der Schweiz auswirken. Ein blosser Zusammenhang mit einem Angebot oder einer Verhaltensbeobachtung genügt nicht.

10 Die *erste kumulative* Voraussetzung gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. a DSG ist *einerseits* erfüllt, wenn die Bearbeitung von Personendaten im Zusammenhang mit dem **Angebot** von Waren und Dienstleistungen an Personen in der Schweiz steht. In Anlehnung an Erwägungsgrund 80 zu Art. 27 Abs. 3 DSGVO genügt ein kostenloses bzw. nicht zahlungspflichtiges Angebot.

11 Die Zugänglichkeit von Angeboten allein, beispielsweise in einer App auf einer Social-Media-Plattform oder über eine Website, genügt nicht. Es sind konkrete **Hinweise** erforderlich, dass sich ein Angebot tatsächlich an Personen in der Schweiz richten soll. Mögliche Hinweise sind beispielsweise Inhalte in schweizerischen Landessprachen, Liefermöglichkeiten in die

708. Vgl. Rosenthal, Jusletter, Rz. 172.

Schweiz, Preisangaben in Schweizer Franken, Preise unter Nennung der schweizerischen Mehrwertsteuer, die Veröffentlichung einer schweizerischen Telefonnummer oder die Verwendung einer schweizerischen Top-Level-Domain (.ch oder .swiss).

Die *erste kumulative* Voraussetzung gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. a DSG ist *andererseits* erfüllt, wenn die Bearbeitung alternativ zum Angebot oder gleichzeitig mit dem Angebot im Zusammenhang mit der **Beobachtung** des Verhaltens von Personen in der Schweiz steht. Der Begriff der Verhaltensbeobachtung ist im Sinn von Art. 3 Abs. 2 DSGVO auszulegen. Die blosse Aufzeichnung von Zugriffen auf einen Online-Dienst oder auf eine Website genügt demnach nicht. Es muss ein eigentliches Targeting von Personen in der Schweiz erfolgen oder die Beobachtung muss zu einem Profiling mit Blick auf die betroffenen einzelnen Personen in der Schweiz führen. In der Folge dürfte die Bestimmung für Anbieter von Internet-Plattformen wie ByteDance[709], Google und Meta gelten, nicht aber beispielsweise für Onlineshop-Betreiber, solange ihr Geschäftsmodell nicht datenzentriert ist und ein Profiling über die Nutzerinnen und Nutzer nur im üblichen Ausmass für eigene Marketingzwecke erfolgt.[710] 12

2. Umfangreiche Bearbeitung (lit. b)

Die *zweite kumulative* Voraussetzung gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. b DSG ist erfüllt, wenn es sich um eine **umfangreiche Bearbeitung** von Personendaten handelt. Das Gesetz erklärt nicht, was unter einer «umfangreichen Bearbeitung» zu verstehen ist. 13

Art. 22 Abs. 2 lit. a DSG nennt die umfangreiche Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten als Beispiel für eine Datenbearbeitung mit hohem Risiko, erklärt «umfangreich» aber ebenfalls nicht. **Mögliche Kriterien** wären eine grosse Zahl von betroffenen Personen in der Schweiz oder ein grosser Bestand an Daten über Personen in der Schweiz.[711] 14

3. Regelmässige Bearbeitung (lit. c)

Die *dritte kumulative* Voraussetzung gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. c DSG ist erfüllt, wenn es sich um eine **regelmässige Bearbeitung** von Personendaten 15

709. ByteDance ist die Anbieterin von TikTok.
710. Rosenthal, Jusletter, Rz. 173.

handelt. Das Gesetz erklärt nicht, was unter einer «regelmässigen Bearbeitung» zu verstehen ist.

16 Klar ist, dass **keine Regelmässigkeit** vorliegt, wenn Verantwortliche nur gelegentlich oder während einer beschränkten Zeitdauer Personendaten bearbeiten. Hingegen dürfte Regelmässigkeit vorliegen, wenn eine Verantwortliche oder ein Verantwortlicher zur Erfüllung ihrer oder seiner Tätigkeit regelmässig Personendaten bearbeitet (Beispiel: Angebot durch Online-Shop) oder ein datenzentriertes Geschäftsmodell verfolgt (Beispiel: Beobachtung durch Social-Media-Plattform).[712]

4. Hohes Risiko für die Persönlichkeit der betroffenen Personen (lit. d)

17 Die *vierte kumulative* Voraussetzung gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. d DSG ist erfüllt, wenn die Bearbeitung ein **hohes Risiko** für die Persönlichkeit der betroffenen Personen mit sich bringt. Diese Voraussetzung entspricht dem risikobasierten Ansatz im DSG, wenn auch ohne die Grundrechte der betroffenen Personen zu erwähnen (vgl. bspw. auch Art. 5 lit. g DSG: Profiling mit hohem Risiko; Art. 22 Abs. 1 u. 2 DSG: Datenschutz-Folgenabschätzung; Art. 24 Abs. 1 DSG: Meldung von Verletzungen der Datensicherheit). Die fehlende Erwähnung der Grundrechte der betroffenen Personen dürfte mit Blick auf die sonstige Erwähnung im DSG ein gesetzgeberisches Versehen darstellen.

18 Die Bearbeitung von Daten mit einem hohen Risiko für die Persönlichkeit der betroffenen Personen dürfte in der Praxis **selten** sein. So ergeben Datenschutz-Folgenabschätzungen nur selten ein hohes Risiko bzw. wird ein solches Risiko mit geeigneten Massnahmen beseitigt.[713]

III. FUNKTION DER DATENSCHUTZ-VERTRETUNG (ABS. 2)

19 Die Datenschutz-Vertretung dient als **Anlaufstelle** für betroffene Personen und den EDÖB. Betroffene Personen und der EDÖB können sich an die Vertretung wenden, müssen aber nicht. Die Vertretung gilt rechtlich als zustellungsbevollmächtigt.[714]

711. SHK DSG-Husi-Stämpfli, Art. 14 N. 6.
712. SHK DSG-Husi-Stämpfli, Art. 14 N. 7.
713. Rosenthal, Jusletter, Rz. 173.
714. Rosenthal, Jusletter, Rz. 174.

Die Vertretung ist damit eine **alternative Anlaufstelle** für betroffene Personen und den EDÖB als besondere Behörde in Ergänzung zur oder zum Verantwortlichen. Wenn die oder der Verantwortliche eine Datenschutzberaterin oder einen Datenschutzberater ernannt hat, bestehen insgesamt drei verschiedene *alternative* Anlaufstellen (Art. 10 Abs. 1 u. 2 DSG). 20

Die **Datenschutzberaterin** oder der **Datenschutzberater** einer Verantwortlichen oder eines Verantwortlichen kann *nicht* gleichzeitig als Datenschutz-Vertretung der oder des gleichen Verantwortlichen tätig sein. Die Tätigkeit als Vertretung wäre mit der Unabhängigkeit der Datenschutzberaterin oder des Datenschutzberaters nicht zu vereinbaren (Art. 10 Abs. 3 lit. a u. b DSG). 21

Für betroffene Personen hat die Vertretung als Anlaufstelle insbesondere den Vorteil, dass sie mit datenschutzrechtlichen Anliegen **direkt in der Schweiz** an den Verantwortlichen gelangen können, insbesondere im Rahmen ihrer Rechte gemäss Art. 25 ff. DSG. Bei Verantwortlichen ohne Vertretung in der Schweiz müssen betroffene Personen beispielsweise mit Auskunftsbegehren an die jeweiligen Verantwortlichen oder deren Datenschutzberater an deren Sitz oder Wohnsitz im Ausland gelangen. 22

Für den EDÖB hat die Vertretung als Anlaufstelle insbesondere den Vorteil, *nicht* auf dem Weg der internationalen **Rechtshilfe** an Verantwortliche im Ausland gelangen zu müssen.[715] 23

Das Gesetz bestimmt nicht, in welchen **Sprachen** betroffene Personen an die Vertretung gelangen können. Bei einer angebotsbezogenen Vertretung sollten betroffene Personen mindestens in der Angebotssprache oder in einer der Angebotssprachen an die Vertretung gelangen können. Die Beschränkung auf Landessprachen erscheint nicht zielführend.[716] Der EDÖB sollte in einer der vier schweizerischen Amtssprachen an die Vertretung gelangen können (Art. 33a VwVG analog). 24

715. SHK DSG-Husi-Stämpfli, Art. 15 N. 4.
716. a.M.: SHK DSG-Husi Stämpfli, Art. 14 N. 9.

IV. FREIWILLIGE BEZEICHNUNG EINER DATENSCHUTZ-VERTRETUNG

25 Die oder der Verantwortliche kann auch ohne Pflicht gemäss Art. 14 Abs. 1 DSG eine Datenschutz-Vertretung in der Schweiz bezeichnen. Die oder der Verantwortliche kann genauso die *freiwillige* und obligatorische Vertretung mit **Aufgaben** beauftragen, die über die Pflichten gemäss Art. 14 f. DSG hinausgehen.

V. VERÖFFENTLICHUNG VON NAME UND ADRESSE (ABS. 3)

26 Die oder der Verantwortliche muss **Name und Adresse** ihrer oder seiner Datenschutz-Vertretung veröffentlichen. Bei einer juristischen Person als Vertretung entspricht die Firma dem Namen. Die Veröffentlichung einer E-Mail-Adresse oder Telefonnummer ist nicht ausdrücklich vorgeschrieben. Bei der Veröffentlichung im digitalen Raum ist aber naheliegend, eine digitale Kontaktmöglichkeit wie insbesondere eine E-Mail-Adresse anzubieten. Art. 13 Abs. 1 lit. a DSGVO verlangt im Vergleich nicht bloss die «Adresse», sondern die «Kontaktdaten».

27 Um ihre Funktion als Anlaufstelle (Art. 14 Abs. 2 DSG) erfüllen zu können, müssen Name und Adresse der Vertretung **leicht auffindbar und zugänglich** veröffentlicht werden. Naheliegend ist die Veröffentlichung der Angaben als *Teil der allgemeinen Datenschutzerklärung* auf der Website der oder des Verantwortlichen, allenfalls auch im Impressum.

28 Im Gegensatz zur **Informationspflicht** gemäss Art. 13 f. DSGVO fallen Name und Adresse der Vertretung in der Schweiz *nicht* unter die Informationspflicht gemäss Art. 19 f. DSG.

29 Für die Vertretung besteht **keine Meldepflicht** an den EDÖB, anders als bei der Datenschutzberaterin oder dem Datenschutzberater (Art. 10 Abs. 3 lit. d DSG). Ob eine Verantwortliche oder ein Verantwortlicher eine Vertretung bezeichnet hat, muss der EDÖB den veröffentlichten Angaben entnehmen oder direkt bei der oder dem Verantwortlichen nachfragen.

LITERATURVERZEICHNIS

Husi-Stämpfli Sandra, Kommentierung zu Art. 14 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023 (zit. SHK-Husi-Stämpfli, Art. 14 DSG).

Husi-Stämpfli Sandra, Kommentierung zu Art. 15 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023 (zit. SHK-Husi-Stämpfli, Art. 15 DSG).

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter vom 16.11.2020 (zit. Rosenthal, Jusletter).

Lang Markus, Kommentierung zu Art. 27 DSGVO, in: Taeger Jürgen/Gabel Detlev, DSGVO – BDSG – TTDSG, 4. Aufl., Bremen 2022 (zit. Lang, Art. 27 DSGVO).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 15 DSG

Eine Kommentierung von Martin Steiger

ZITIERVORSCHLAG

Martin Steiger, Kommentierung zu Art. 15 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Steiger, N. XXX zu Art. 15 DSG.

Art. 15 Pflichten der Vertretung

[1] Die Vertretung führt ein Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten des Verantwortlichen, das die Angaben nach Artikel 12 Absatz 2 enthält.

[2] Auf Anfrage teilt sie dem EDÖB die im Verzeichnis enthaltenen Angaben mit.

[3] Auf Anfrage erteilt sie der betroffenen Person Auskünfte darüber, wie sie ihre Rechte ausüben kann.

GLIEDERUNG

In Kürze 259
I. Allgemeines 259
II. Pflichten der Datenschutz-Vertretung 259
A. Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten (Abs. 1) 259
B. Mitteilungspflicht gegenüber dem EDÖB (Abs. 2) 260
C. Auskunft gegenüber betroffenen Personen (Abs. 3) 260
Literaturverzeichnis 261

IN KÜRZE

Art. 15 DSG nennt bestimmte weitere Pflichten für eine Datenschutz-Vertretung gemäss Art. 14 DSG. Die Vertretung muss ein Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten für die oder den Verantwortlichen führen und dem EDÖB auf Anfrage die entsprechenden Angaben mitteilen. Ferner muss die Vertretung betroffenen Personen auf Anfrage Auskunft über die Ausübung ihrer Rechte erteilen.

I. ALLGEMEINES

Art. 15 DSG zählt bestimmte weitere **Pflichten** der Datenschutz-Vertretung in Ergänzung zu den Pflichten gemäss Art. 14 Abs. 2 u. 3 DSG auf (Funktion als Anlaufstelle, Art. 14 Abs. 2 DSG, und Veröffentlichung der Kontaktangaben, Art. 14 Abs. 3 DSG). Die Aufzählung in Art. 15 DSG ist aufgrund der weit gefassten Rolle der Vertretung als Anlaufstelle als *nicht abschliessend* zu verstehen. 1

II. PFLICHTEN DER DATENSCHUTZ-VERTRETUNG

A. Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten (Abs. 1)

Die Datenschutz-Vertretung muss gemäss Wortlaut ein **Verzeichnis** der *Bearbeitungstätigkeiten der oder des Verantwortlichen* führen (Abs. 1). Diese Pflicht geht weiter als jene gemäss Art. 30 Abs. 1 DSGVO, wonach die EU-Datenschutz-Vertretung ein Verzeichnis nur für Verarbeitungstätigkeiten, die ihrer Zuständigkeit unterliegen, führen muss. Diese überschiessende, jedenfalls deutlich weitergehende Pflicht im Vergleich zur DSGVO dürfte ein gesetzgeberisches Versehen darstellen. 2

Die **Ausnahme** für Unternehmen mit weniger als 250 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gemäss Art. 12 Abs. 5 DSG i.V.m. Art. 24 DSV greift nicht für die Datenschutz-Vertretung.[717] Die Datenschutz-Vertretung muss gemäss Art. 14 Abs. 1 lit. a DSG denn auch nur bezeichnet werden, wenn die Bearbeitung durch die Verantwortliche oder den Verantwortlichen unter anderem für die Persönlichkeit der betroffenen Personen ein hohes Risiko bringt. Das 3

717. a.M.: SHK DSG-Husi-Stämpfli, Art. 15 N. 2.

entspricht dem allgemeinen risikobasierten Ansatz des DSG, wie ihn insbesondere Art. 24 DSV zum Ausdruck bringt.

4 Die Angaben im Verzeichnis müssen Art. 12 Abs. 2 DSG entsprechen. In der Praxis wird die oder der Verantwortliche ein Teil-Verzeichnis mit Bearbeitungstätigkeiten, die sich auf die Schweiz auswirken, führen und in **Kopie** der Vertretung zur Verfügung stellen.[718]

B. Mitteilungspflicht gegenüber dem EDÖB (Abs. 2)

5 Die Vertretung muss dem EDÖB auf Anfrage die im Verzeichnis enthaltenen **Angaben** mitteilen (Abs. 2), auch ohne Verwaltungsverfahren. In der Praxis dürfte die Vertretung dem EDÖB das Verzeichnis mitteilen, anstatt nur die darin enthaltenen Angaben zu liefern.

6 Die Pflicht gilt damit *unabhängig* von der Pflicht der oder des Verantwortlichen, dem EDÖB alle notwendigen Unterlagen im Rahmen einer **Untersuchung** zur Verfügung zu stellen (Art. 49 Abs. 3 DSG) und auch unabhängig von der Befugnis des EDÖB, Zugang zu allen erforderlichen Verzeichnissen der Bearbeitungstätigkeiten im Rahmen einer Untersuchung anzuordnen (Art. 50 Abs. 1 lit. a DSG).

7 Der EDÖB muss mit der Vertretung als Anlaufstelle *nicht* den Weg der internationalen **Rechtshilfe** beschreiten, um die Angaben im Verzeichnis zu erhalten.[719] Die Vertretung in der Schweiz darf ausschliesslich Angaben mitteilen, über die bereits verfügt.[720]

8 Eine **freiwillig** bezeichnete Vertretung muss als solche kein Verzeichnis führen.

C. Auskunft gegenüber betroffenen Personen (Abs. 3)

9 Die Datenschutz-Vertretung muss als Anlaufstelle (Art. 14 Abs. 2 DSG) betroffenen Personen *auf Anfrage* über die Ausübung ihrer Rechte gemäss Art. 25 ff. DSG **Auskunft** erteilen.

---

718. So auch Rosenthal, Jusletter, Rz. 174.
719. SHK DSG-Husi-Stämpfli, Art. 15 N. 4.
720. SHK DSG-Husi-Stämpfli, Art. 15 N. 4; Art. 271 StGB analog; vgl. auch Gogniat, Art. 271 StGB, Rz. 22 ff. betreffend EU-Datenschutz-Vertretung und verbotene Handlungen für einen verbotenen Staat; vgl. auch EJPD, Erläuterungen.

Die Vertretung muss anfragenden betroffenen Personen ermöglichen, ihre **Rechte** auszuüben. Die Vertretung muss betroffene Personen beispielsweise informieren, unter welchen Kontaktangaben und auf welchen Wegen sie ihr Recht auf Auskunft (Art. 25 ff. DSG) gegenüber dem Verantwortlichen ausüben können und ob die oder der Verantwortliche eine Datenschutzberaterin oder einen Datenschutzberater (Art. 10 DSG) benannt hat, die oder der zur Rate gezogen werden kann (Art. 10 Abs. 2 DSG). 10

Die **Informationspflicht** der oder des betroffenen Verantwortlichen (Art. 19 ff. DSG) bleibt von der Auskunftspflicht der Vertretung unberührt.[721] Die oder der Verantwortliche *darf* die Vertretung ferner mit sonstigen Auskünften an die betroffenen Personen beauftragen.[722] 11

LITERATURVERZEICHNIS

Husi-Stämpfli Sandra, Kommentierung zu Art. 15 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023. (zit. SHK-Husi-Stämpfli, Art. 15 DSG).

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, EU-Datenschutzgrundverordnung DSGVO: Erläuterungen betreffend die Pflicht zur Meldung von Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten nach Art. 33 DSGVO, 4.9.2018 (zit. EJPD, Erläuterungen).

Gogniat Yves, Die Datenschutzgrundverordnung im Kontext von Art. 271 StGB, in: Jusletter vom 19.11.2018 (zit. Gogniat, Art. 271 StGB).

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter vom 16.11.2020 (zit. Rosenthal, Jusletter).

721. SHK DSG-Husi-Stämpfli, Art. 15 N. 6.
722. SHK DSG-Husi-Stämpfli, Art. 15 N. 6.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 18 DSG

Eine Kommentierung von Apollo Dauag

ZITIERVORSCHLAG

Apollo Dauag, Kommentierung zu Art. 18 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Dauag, Art. 18 DSG N. XXX.

Art. 18 Veröffentlichung von Personendaten in elektronischer Form

Werden Personendaten zur Information der Öffentlichkeit mittels automatisierter Informations- und Kommunikationsdienste allgemein zugänglich gemacht, so gilt dies nicht als Bekanntgabe ins Ausland, auch wenn die Daten vom Ausland aus zugänglich sind.

GLIEDERUNG

In Kürze 265
I. Begriff und Systematik 265
II. Absicht des Gesetzgebers 266
III. Voraussetzungen 266
A. Ziel: Information der Öffentlichkeit durch allgemeinen Zugang 266
B. Mittel: automatisierte Informations- und Kommunikationsdienste 267
IV. Rechtsfolgen 268
V. Bedeutung in der Praxis 268
Literaturverzeichnis 269
Materialienverzeichnis 270

IN KÜRZE

Wer Personendaten rechtmässig zur Information der Öffentlichkeit (und damit einem unbestimmten Personenkreis) im Internet zugänglich macht, muss die Anforderungen an die Bekanntgabe ins Ausland nicht erfüllen.

I. BEGRIFF UND SYSTEMATIK

Art. 18 bestimmt die Voraussetzungen, unter welchen eine **allgemeine Zugänglichmachung** von Personendaten im Internet nicht als Bekanntgabe ins Ausland gilt. 1

Die Veröffentlichung von Personendaten in elektronischer Form gemäss Art. 18 schliesst den dritten Abschnitt «Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland» ab. Neben dem Grundsatz in Art. 16 und den Ausnahmen in Art. 17 beschreibt Art. 18 die Voraussetzungen für den Wegfall der Anwendbarkeit der vorgenannten Bestimmungen zur Bekanntgabe ins Ausland. Sind die Voraussetzungen erfüllt, tritt die **Nichtanwendbarkeit von Art. 16 und 17 als Rechtsfolge** ein. 2

Es handelt sich dabei um eine **Rechtsvermutung**[723], sie ist unwiderlegbar: Erfüllt die Bekanntgabe die in Art. 18 aufgestellten Voraussetzungen (Fiktionsbasis), gilt sie als nicht tatbestandsmässig für die Bekanntgabe ins Ausland gemäss Art. 16 und 17 (Fiktionsfolge). 3

Diese Vermutung berührt nicht die Tatsache, dass es sich um eine Bekanntgabe handelt. Es liegt damit eine Bearbeitungshandlung vor. Die allgemeinen **(Bearbeitungs-)Grundsätze** von Art. 6 ff. müssen jederzeit erfüllt sein. 4

Im Rahmen der **Totalrevision** des DSG wurde die Bestimmung über die «Grenzüberschreitende Bekanntgabe» (Art. 6 aDSG) in einen eigenen Abschnitt «Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland» überführt. Die Zulässigkeit der Bekanntgabe unter den dort aufgestellten Voraussetzungen (vormals Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a aDSG) ist neu als Grundsatz in Art. 16 geregelt und die Ausnahmen (vormals Art. 6 Abs. 2 lit. b–g aDSG) sind neu in Art. 17 aufgeführt. 5

723. ZK-Jungo, Art. 8 ZGB N. 286.

6 Die «Veröffentlichung in elektronischer Form» (vormals Art. 5 VDSG) wurde mit drei redaktionellen Präzisierungen[724] in Art. 18 überführt. Im Entwurf und in der Botschaft[725] war sie als Art. 15 referenziert, im Vorentwurf war sie noch nicht enthalten. Darüber hinaus war diese Bestimmung im **Gesetzgebungsprozess** unauffällig.

7 Die Rechtsfolge von Art. 18 ist tatbestandsausschliessend, weshalb die Veröffentlichung im Internet **keine Ausnahme** im Sinne von Art. 17 Abs. 1 lit. a–f darstellt und konsequenterweise nicht dort aufgeführt ist.

II. ABSICHT DES GESETZGEBERS

8 Das Internet kennt keine Ländergrenzen. Die Veröffentlichung von Personendaten im Internet hat unweigerlich deren **globale Abrufbarkeit** zur Folge – auch in Ländern ohne angemessenen Datenschutz. Weil der Empfängerkreis global und unbestimmt ist, kann die verantwortliche Person in der Schweiz die Voraussetzungen für eine zulässige Bekanntgabe ins Ausland nicht erfüllen. Das damit einhergehende Risko von Persönlichkeitsverletzungen nimmt der Gesetzgeber vermutungsweise als «Konzession an die zunehmende Digitalisierung»[726] in Kauf.

9 Eine Abrufbarkeit in Ländern ohne angemessenen Datenschutz kann durch **Ländersperren** (IP-Sperren, sog. «Geoblocking») zwar erschwert, aber nicht unüberwindbar verhindert werden.

III. VORAUSSETZUNGEN

10 Zwei Voraussetzungen müssen **kumulativ** erfüllt sein, ansonsten die allgemeine Zugänglichmachung als Bekanntgabe ins Ausland gilt.

A. Ziel: Information der Öffentlichkeit durch allgemeinen Zugang

11 Die **Veröffentlichung** muss (schon begriffslogisch) darauf abzielen, die Öffentlichkeit zu informieren, indem ein allgemeiner Zugang geschaffen wird.

724. Die Marginale wurde mit «von Personendaten» ergänzt. Vorher «zwecks Information», neu «zur Information». Vorher «Übermittlung ins Ausland», neu «Bekanntgabe ins Ausland, auch wenn die Daten vom Ausland aus zugänglich sind».
725. BBl 2017 6941, 7043; https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de.
726. SHK-Husi-Stämpfli, Vorbemerkungen zu Art. 16–18 DSG N. 4.

An das **Informationsbedürfnis** dürfen keine zusätzlichen Anforderungen gestellt werden: Es ist gedeckt, wenn die Bearbeitung von Personendaten zur Publikation im Internet rechtmässig, insbesondere verhältnismässig und zweckkonform ist. 12

Als **Öffentlichkeit** kann nur ein Empfängerkreis mit unbestimmbarem Aufenthalt gelten: Ist der Aufenthalt im Ausland bestimmbar oder die Abrufbarkeit steuerbar (beispielsweise durch Ländersperren, siehe oben N. 9), wäre es der verantwortlichen Person zumutbar, die Voraussetzungen für eine zulässige Bekanntgabe ins Ausland zu erfüllen. Eine geografische Beschränkung steht aber im Widerspruch zum allgemeinen Zugang. 13

Ein **allgemeiner Zugang** bedeutet, dass die Information grundsätzlich ohne Einschränkung zugänglich gemacht wird. Der Zugang muss jedoch nicht kostenlos oder ohne Registrierung gewährt werden. Eine Registrierung ändert nichts am Risiko: Als Folge der globalen Abrufbarkeit können auch registrierte Empfänger aus einem Land mit angemessenem Datenschutz sich in ein Land ohne angemessenen Datenschutz bewegen und die veröffentlichten Personendaten von dort aus abrufen. 14

B. Mittel: automatisierte Informations- und Kommunikationsdienste

In technologieneutraler Formulierung nennt Art. 18 «automatisierte Informations- und Kommunikationsdienste». In den Kommentierungen ist die Rede von «Internet bzw. internetbasierten Diensten» und «Webseiten, Blogs oder auch Nachrichtendienste wie Twitter etc.».[727] Auch «die Publikation via Apps, Streamingdienste, Video-on-Demand-Portale und vergleichbare Dienste» gehört dazu.[728] Erfasst wird **jede Form der Veröffentlichung in elektronischer Form**, die eine globale Abrufbarkeit ermöglicht. Dies gilt auch für E-Mail-Newsletter.[729] 15

Nach der vorliegenden Meinung ist der **Serverstandort** irrelevant:[730] Erstens besteht das Risiko der Abrufbarkeit aus Ländern ohne angemessenen 16

727. SHK-Husi-Stämpfli, Art. 18 DSG N. 2.
728. BSK-Dal Molin, Art. 18 DSG N. 10.
729. BSK-Dal Molin, Art. 18 DSG N. 10 m.w.H.

Datenschutz (ohne Ländersperren, siehe oben N. 9) ungeachtet des Serverstandorts. Zweitens kann selbst bei einer initialen Speicherung in der Schweiz eine Vervielfältigung auf Server mit Standorten im Ausland nicht verhindert werden.[731] Drittens gilt das DSG auch für Sachverhalte, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. Die Unterscheidung zwischen Servern mit Standort in der Schweiz und Servern mit Standort im Ausland erscheint hier nicht zielführend.

IV. RECHTSFOLGEN

17 Sind die **Voraussetzungen erfüllt**, gilt die Veröffentlichung in elektronischer Form nicht als Bekanntgabe ins Ausland nach Art. 16 DSG. Ausnahmen nach Art. 17 DSG sind nicht zu prüfen.

18 Sind die **Voraussetzungen nicht erfüllt**, gilt die Veröffentlichung in elektronischer Form als Bekanntgabe ins Ausland nach Art. 16 DSG. Ausnahmen nach Art. 17 DSG können vorliegen. Ein Verstoss gegen Art. 16 DSG (Bekanntgabe ohne angemessenen Schutz) gilt als Verletzung von Sorgfaltspflichten und kann die Strafbarkeitsfolgen aus Art. 61 lit. a DSG nach sich ziehen.

V. BEDEUTUNG IN DER PRAXIS

19 Faktisch stellt die Rechtsvermutung in Art. 18 die **Grundlage für die Veröffentlichung von Personendaten im Internet** dar und erlaubt damit erst die Teilnahme am modernen Medienverkehr: Die für die Bekanntgabe ins Ausland geltenden Hürden können von den verantwortlichen Personen regelmässig nicht mit vernünftigem Aufwand überwunden werden.

20 Rechtlich stellt der Wegfall der Voraussetzungen für eine zulässige Bekanntgabe ins Ausland bloss eine **spezifische Privilegierung der verantwortlichen Person in der Schweiz** dar: Die Veröffentlichung von Personendaten im Internet muss jederzeit die Voraussetzungen der

730. **Gl.M.**: BSK-Dal Molin, Art. 18 DSG N. 15; **a.M.**: Nach OFK-Kunz, Art. 18 DSG N. 2, sind Fälle, wo «Daten auf einen ausländischen Server hochgeladen werden» von Art. 18 ausgenommen.

731. Nach Husi-Stämpfli ist die Bekanntgabe ins Ausland «ein Nebeneffekt der durch die Digitalisierung bedingten Auflösung der Grenzen»: SHK-Husi-Stämpfli, Vorbemerkungen zu Art. 16–18 DSG N. 4.

Bearbeitung und der Bekanntgabe erfüllen. Veröffentlichungen, die zweckwidrig sind oder sonst wie gegen die Bearbeitungsgrundsätze verstossen, können nicht privilegiert werden.

Die Bestimmungen des DSG gelten gemäss Art. 3 grundsätzlich auch für die im Ausland veranlasste Bearbeitung (der im Internet veröffentlichten Personendaten). Auch wenn der Gesetzgeber das mit der globalen Abrufbarkeit einhergehende Risko von Persönlichkeitsverletzungen in Kauf nimmt, enthält der Wortlaut von Art. 18 **keine generelle Privilegierung der verantwortlichen Person im Ausland**. Die weiteren (der Veröffentlichung im Internet folgenden) Bekanntgaben unterliegen konsequenterweise nicht den Voraussetzungen über die Bekanntgabe ins Ausland, müssen aber ebenfalls die Voraussetzungen der Bearbeitung und der Bekanntgabe erfüllen. 21

Für Bundesorgane gelten **zusätzliche Voraussetzungen**: Art. 36 Abs. 5 sieht neben dem Erfordernis einer Rechtsgrundlage für die Veröffentlichung dieser Daten (bspw. dem Öffentlichkeitsgesetz) die Pflicht vor, die betreffenden Daten aus «dem automatisierten Informations- und Kommunikationsdienst» zu löschen, sobald kein öffentliches Interesse mehr am öffentlichen Zugang besteht. 22

Soweit erkennbar, fand diese Bestimmung (weder als Art. 5a VDSG noch als Art. 18) noch keinen Eingang in ein veröffentlichtes Gerichtsurteil. 23

LITERATURVERZEICHNIS

Jungo Alexandra, Zürcher Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Art. 8 ZGB, 3. Aufl., Zürich 2018.

Dal Molin Luca, Kommentierung zu Art. 18 DSG, in: Blechta Gabor P./Vasella David (Hrsg.), Datenschutzgesetz / Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2024.

Kunz Christian, Kommentierung zu Art. 18 DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz mit weiteren Erlassen, Zürich 2023.

Husi-Stämpfli Sandra, Kommentierung zu Art. 18 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Auflage, Bern 2023.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 S. 6941 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de, besucht am 23.12.2025.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 19 DSG

Eine Kommentierung von Matthias Glatthaar / Annika Schröder

ZITIERVORSCHLAG

Matthias Glatthaar/Annika Schröder, Kommentierung zu Art. 19 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Glatthaar/Schröder, N. XXX zu Art. 19 DSG.

3. Kapitel: Pflichten des Verantwortlichen und des Auftragsbearbeiters

Art. 19 Informationspflicht bei der Beschaffung von Personendaten

[1] Der Verantwortliche informiert die betroffene Person angemessen über die Beschaffung von Personendaten; diese Informationspflicht gilt auch, wenn die Daten nicht bei der betroffenen Person beschafft werden.

[2] Er teilt der betroffenen Person bei der Beschaffung diejenigen Informationen mit, die erforderlich sind, damit sie ihre Rechte nach diesem Gesetz geltend machen kann und eine transparente Datenbearbeitung gewährleistet ist; er teilt ihr mindestens mit:

a. die Identität und die Kontaktdaten des Verantwortlichen;

b. den Bearbeitungszweck;

c. gegebenenfalls die Empfängerinnen und Empfänger oder die Kategorien von Empfängerinnen und Empfängern, denen Personendaten bekanntgegeben werden.

[3] Werden die Daten nicht bei der betroffenen Person beschafft, so teilt er ihr zudem die Kategorien der bearbeiteten Personendaten mit.

[4] Werden die Personendaten ins Ausland bekanntgegeben, so teilt er der betroffenen Person auch den Staat oder das internationale Organ und gegebenenfalls die Garantien nach Artikel 16 Absatz 2 oder die Anwendung einer Ausnahme nach Artikel 17 mit.

[5] Werden die Daten nicht bei der betroffenen Person beschafft, so teilt er ihr die Informationen nach den Absätzen 2–4 spätestens einen Monat, nachdem er die Daten erhalten hat, mit. Gibt der Verantwortliche die Personendaten vor Ablauf dieser Frist bekannt, so informiert er die betroffene Person spätestens im Zeitpunkt der Bekanntgabe.

GLIEDERUNG

In Kürze ... 274
I. Allgemeines ... 274
A. Normzweck ... 274
B. Entstehungsgeschichte ... 275
C. Einordnung und Abgrenzung ... 276
D. Auslegungshinweise ... 277
II. Verpflichtete Person und Anknüpfungspunkt (Abs. 1) ... 278
A. Verpflichtete Person ... 278
B. Anknüpfungspunkt ... 279
III. Inhalt der Information (Abs. 2-4) ... 280
A. Pflichtangaben ... 280
1. Allgemeines ... 280
2. Kontaktangaben ... 280
3. Bearbeitungszwecke ... 281
4. Datenempfänger ... 282
5. Bearbeitete Personendaten ... 282
6. Empfängerstaaten ... 283
7. Automatisierte Einzelentscheidungen ... 284
B. Weitere Angaben ... 285
IV. Modalitäten der Information (Abs. 5; Art. 13 DSV) ... 286
A. Zeitpunkt ... 286
B. Form ... 287
C. Bereitstellung ... 289
D. Kommunikation ... 291
V. Praxishinweise ... 292
A. Vorgehen und Hilfsmittel ... 292
B. Aufbereitung und Gestaltung ... 293
VI. Durchsetzung und Rechtsfolgen ... 295
A. Verwaltungsrecht ... 295
B. Strafrecht ... 296
C. Zivilrecht ... 297
D. DSGVO ... 297
VII. Normkritik ... 298
Literaturverzeichnis ... 299
Materialienverzeichnis ... 301

IN KÜRZE

Die Informationspflicht gem. Art. 19 DSG betrifft die in der Praxis bedeutsamen Datenschutzerklärungen und soll konkret die Transparenz von Datenbearbeitungen erhöhen. Sie ergänzt den allgemeinen Transparenzgrundsatz und verlangt, dass betroffene Personen bei jeder Erhebung von Personendaten über die Eckpunkte der Datenbearbeitung informiert werden. Der Katalog der mindestens mitzuteilenden Informationen ist kürzer als jener der DSGVO und umfasst Kontaktinformationen, Bearbeitungszwecke, bearbeitete Datenkategorien, Kategorien von Datenempfängern, Informationen zu Auslandstransfers sowie Angaben zu automatisierten Einzelentscheiden. Jedoch geht Art. 19 DSG in einem Punkt über die DSGVO hinaus und verlangt ausserdem die Angabe von Empfängerstaaten, wobei die Angabe von Ländergruppen oder Regionen genügt. Die Informationen müssen Betroffenen in den meisten Fällen nicht aktiv kommuniziert werden und es reicht aus, wenn sie gut zugänglich im Internet bereitgestellt werden. Die Informationspflicht gehört zu den strafbewehrten Tatbeständen des revidierten Datenschutzgesetzes: Wer die Information vorsätzlich unterlässt oder vorsätzlich falsche oder unvollständige Angaben macht, kann gebüsst werden. In Anbetracht dessen, dass Datenschutzerklärungen in der Praxis kaum je gelesen oder im Detail verstanden werden, erscheint insgesamt fraglich, ob mit der Informationspflicht das verfolgte Ziel der Erhöhung von Transparenz über Datenbearbeitungen tatsächlich erreicht wird.

I. ALLGEMEINES

A. Normzweck

1 Art. 19 DSG normiert die Informationspflicht des Verantwortlichen bei der Beschaffung von Personendaten. Es geht um die in der Praxis bedeutsamen Datenschutzhinweise bzw. um die im Wirtschaftsleben sehr verbreiteten **Datenschutzerklärungen**. Die Informationspflicht gehört zu den datenschutzrechtlichen Kernbestimmungen, was sich mitunter darin zeigt, dass sie zu den strafbewehrten Bestimmungen des neuen Datenschutzgesetzes zählt.[732]

Ziel der Informationspflicht ist es, die **Transparenz von Datenbearbeitungen** zu erhöhen. Eine transparente Bearbeitung von Personendaten ist ein Grundprinzip des Datenschutzrechts und die Erhöhung der Transparenz war ein erklärtes Ziel der DSG-Revision.[733] Betroffene Personen sollen wissen, dass Daten über sie bearbeitet werden, und sie sollen die Möglichkeit haben, die Eckpunkte der Datenbearbeitung in Erfahrung zu bringen. 2

Transparenz von Datenbearbeitungen soll es betroffenen Personen ermöglichen, einen informierten Entscheid über die Inanspruchnahme von Angeboten und die Nutzung von Services zu treffen, und sie in die Lage versetzen, ihre vom Datenschutzrecht eingeräumten Rechte wahrzunehmen. Die Informationspflicht dient somit indirekt auch der **Stärkung der Betroffenenrechte**, was einem weiteren Ziel der Revision entspricht.[734] 3

Schliesslich soll die Informationspflicht gem. Botschaft die **Sensibilisierung der Bevölkerung** für den Datenschutz erhöhen und damit auch generell Datenschutzanliegen fördern.[735] 4

B. Entstehungsgeschichte

Art. 19 DSG baut die schon im bisherigen DSG enthaltene Pflicht zur Information bei der Beschaffung von Personendaten aus. Unter **altem Recht** mussten betroffene Personen nur im Fall einer Beschaffung von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen informiert werden.[736] Neu müssen Verantwortliche grundsätzlich bei *jeder* Beschaffung von Personendaten informieren. Auch der Katalog an Pflichtangaben wird durch das neue DSG moderat ausgebaut. Das revidierte DSG fasst zudem die bisher über mehrere Artikel verteilten Bestimmungen zusammen und schafft eine einheitliche Regelung für die Bearbeitung durch private Verantwortliche und durch Bundesorgane.[737] 5

Die Erhöhung der Transparenz von Datenbearbeitungen gehörte zu den Hauptzielen der Revision des DSG.[738] Zudem schreibt die für die Schweiz 6

732. Dazu unten N. 67 ff.
733. Botschaft DSG, S. 7050.
734. Botschaft DSG, S. 7050.
735. Botschaft DSG, S. 7050.
736. Art. 14 aDSG.

verbindliche Datenschutzkonvention 108 eine generelle Informationspflicht bei der Beschaffung von Personendaten vor, was in nationales Recht umgesetzt werden muss.[739] Auch die für den Schengen-Bereich relevante Richtlinie (EU) 2016/680 kennt eine Informationspflicht.[740] Die Ausdehnung der Informationspflicht war im Gesetzgebungsprozess deshalb im Grundsatz **unbestritten**. Mit wenigen Änderungen entspricht der Gesetz gewordene Text der Fassung des Entwurfs.[741]

C. Einordnung und Abgrenzung

7 Art. 19 DSG **ergänzt das allgemeine Transparenzgebot** von Art. 6 DSG.[742] Während das Transparenzgebot eine Grundtransparenz schafft, dient die Informationspflicht darauf aufbauend einem weitergehenden Informationsbedürfnis.[743] Der Verantwortliche soll nicht nur sicherstellen, dass die Datenbeschaffung als solche erkennbar ist, sondern den betroffenen Personen auch bestimmte Informationen zu den Bearbeitungszwecken und zur Art und Weise der Bearbeitung bereitstellen.[744] Illustrativ der Lebensmittelvergleich von David Rosenthal: Für Konsumenten muss sofort erkennbar sein, dass es sich um eine Erdbeerkonfitüre handelt (Transparenzgebot), während die Zutatenliste und weitere Details aus der Lebensmitteletikette hervorgehen, die bei Interesse konsultiert werden kann (Informationspflicht).[745]

8 Anders als das Transparenzgebot ist die Informationspflicht keine Konkretisierung des Persönlichkeitsrechts von Art. 28 ZGB, sondern **öffentlich-rechtlicher Natur**.[746] Die Verletzung der Informationspflicht stellt deshalb keine Persönlichkeitsverletzung dar. Ein Verstoss kann

737. Botschaft DSG, S. 7050.
739. Art. 8 ER-Konv-108. Zu den Unterschieden zwischen Art. 19 DSG und Art. 8 ER-Konv-108 s. Steiner, S. 115 f.
740. Art. 13 Richtlinie (EU) 2016/680.
741. Zu den wenigen im Rahmen der parlamentarischen Beratungen eingebrachten Änderungsvorschlägen s. Pärli/Flück, Art. 19 N. 3.
742. Der Transparenzgrundsatz ist im Wortlaut des neuen Art. 6 DSG allerdings kaum mehr erkennbar und ergibt sich neu aus einer Kombination von Abs. 2 (Treu und Glauben), Abs. 3 (Zweckbindung) und Abs. 6 (informierte Einwilligung). Die Bestimmung von Art. 4 Abs. 4 aDSG wurde unerklärlicherweise nicht ins neue Recht übernommen.
743. Vasella, Informationspflicht.
744. Bieri/Powell, S. 1535 m.w.H.; Rosenthal, N. 92.
745. Rosenthal, N. 35.

entsprechend auch nicht nach Art. 31 DSG gerechtfertigt werden. Die Ausnahmen und Einschränkungen der Informationspflicht sind abschliessend in Art. 20 DSG normiert.

Art. 19 DSG wird seinerseits ergänzt durch Art. 21 DSG, welcher eine besondere Informationspflicht bei einer Vollautomatisierung von wichtigen Entscheiden vorsieht, sowie konkretisiert durch Art. 13 DSV, der Anforderungen an die Art und Weise der Information aufstellt. 9

Die Informationspflicht ist **vom Konzept der Einwilligung abzugrenzen**. Eine Datenschutzerklärung sorgt für gesetzlich verlangte Transparenz, stellt aber keine datenschutzrechtliche Einwilligung dar und legitimiert nicht eine nach Art. 30 f. DSG rechtfertigungsbedürftige Datenbearbeitung. Ein Zusammenhang zwischen Informationspflicht und Einwilligungen besteht aber insoweit, als einerseits mittels Datenschutzerklärung die für eine gültige Einwilligung erforderliche Informationsbasis[747] geschaffen werden kann, und andererseits die Erfüllung der Informationspflicht und die Einholung einer Einwilligung im Einzelfall zusammenfallen kann (z.B. wenn eine Einwilligungserklärung alle von Art. 19 DSG verlangten Pflichtangaben enthält). 10

D. Auslegungshinweise

Die Informationspflicht des revidierten Datenschutzgesetzes ist an die in der DSGVO enthaltene Informationspflicht angelehnt.[748] Art. 19 DSG rezipiert aber nicht einfach die Informationspflicht der DSGVO, sondern normiert eine von der DSGVO in Teilen bewusst abweichende Regelung. Bspw. schreibt das DSG weniger Mindestangaben vor als die DSGVO und gewährt weitergehende Ausnahmen von der Informationspflicht. Wie von Thomas Steiner gezeigt, ist Art. 19 DSG deshalb **autonom auszulegen** und die DSGVO-Praxis ist nur zur Bestätigung und Plausibilisierung des Schweizer Auslegungsergebnisses beizuziehen.[749] 11

Mit David Vasella[750] ist zudem für eine **zurückhaltende Auslegung** der Informationspflicht einzutreten: Zum einen ist Art. 19 DSG auch 12

746. Pärli/Flück, Art. 19 N. 24; Rosenthal, N. 35 und 92; Vasella, Informationspflicht; a.M. Ettlinger, N. 4.

747. Gem. Art. 6 Abs. 6 DSG setzt eine gültige Einwilligung u.a. voraus, dass sie «nach angemessener Information» erteilt wurde. Siehe dazu die Kommentierung zu Art. 6 DSG.

strafbegründende Norm und das strafrechtliche Legalitätsprinzip erfordert deshalb eine einschränkende Auslegung. Zum anderen ist die Erfüllung der Informationspflicht für Unternehmen mit beträchtlichen Aufwänden verbunden, was die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV tangiert und nur statthaft ist, wenn der Eingriff verhältnismässig ist und auf das erforderliche Mass beschränkt bleibt. Schliesslich ist eine gewisse Zurückhaltung bei der Auslegung auch deshalb geboten, weil eine Grundtransparenz schon durch das Transparenzgebot von Art. 6 DSG gewährleistet ist und die Informationspflicht nur ein darüber hinausgehendes Informationsbedürfnis schützt.

II. VERPFLICHTETE PERSON UND ANKNÜPFUNGSPUNKT (ABS. 1)

A. Verpflichtete Person

13 Die Informationspflicht richtet sich an den **Verantwortlichen**, also diejenige private Person bzw. dasjenige Bundesorgan, die oder das über den Zweck und die Mittel der Bearbeitung entscheidet. Weisungsgebundene Auftragsbearbeiter unterstehen für die im Auftrag des Verantwortlichen vorgenommenen Bearbeitungen keiner Informationspflicht.[751]

14 Der Verantwortliche muss die Informationspflicht nicht selbst ausführen. Er kann die Vornahme der Information auch an einen Auftragsbearbeiter oder einen anderen Dritten **delegieren** (z.B. an eine Webagentur bei Betrieb einer Webseite). Auch in solchen Fällen bleibt der Verantwortliche aber für die ordnungsgemässe Erfüllung der Informationspflicht verantwortlich.[752]

---

749. Ausführlich Steiner, S. 117 f. Für grössere und international ausgerichtete Schweizer Unternehmen haben derartige Unterschiede zur DSGVO freilich wenig Praxisrelevanz. Ihre Datenbearbeitungen unterstehen häufig auch der DSGVO, weshalb sie ihre Datenschutzhinweise nicht nur an den Anforderungen des DSG, sondern auch an den Anforderungen der DSGVO ausrichten.
750. Vasella, Informationspflicht.
748. Art. 13 f. DSGVO.
751. Anders noch der Entwurf für die Verordnung zum Datenschutzgesetz, der ohne gesetzliche Grundlage auch den Auftragsbearbeiter der Informationspflicht unterstellen wollte (Art. 13 E-VDSG). Nach berechtigter Kritik in der Vernehmlassung wurde der Fehler korrigiert. Anders als die Informationspflicht gilt das allgemeine Transparenzgebot (als Bearbeitungsgrundsatz) auch für Auftragsbearbeiter; s. Vasella, Informationspflicht.

B. Anknüpfungspunkt

Die Informationspflicht wird durch jede **Beschaffung** von Personendaten ausgelöst, und zwar unabhängig davon, ob der Verantwortliche die Daten direkt bei der betroffenen Person beschafft oder indirekt erhebt. Nur für den Zeitpunkt der Information ist die Art der Datenbeschaffung von Bedeutung.[753] Nicht entscheidend ist auch, ob es sich um eine dauerhafte bzw. wiederholte Beschaffung handelt oder wie bei einem isolierten Gewinnspiel nur um eine einmalige Datenerhebung. In beiden Fällen muss informiert werden.[754] Eine die Informationspflicht auslösende (erneute) Beschaffung stellt auch dar, wenn bereits vorhandene Personendaten einem neuen oder zusätzlichen Zweck zugeführt werden.[755] 15

Nicht informiert werden muss, wenn dem Verantwortlichen Personendaten zufällig oder sonst **ohne eigenes Zutun** zugehen.[756] Beispiele sind Journalistenanfragen, Blindbewerbungen, Mitarbeiterempfehlungen oder unaufgeforderte E-Mail-Anfragen. Informiert werden muss aber dann, wenn solche ungewollt erhaltenen Personendaten für neue oder zusätzliche Zwecke genutzt werden sollen. 16

Die Anknüpfung der Informationspflicht an das Ereignis der Datenbeschaffung bedeutet übergangsrechtlich, dass betroffene Personen **bei Inkrafttreten des neuen DSG** nicht über bereits laufende Datenbearbeitungen informiert werden müssen (sofern die Information nicht ohnehin schon zu einem früheren Zeitpunkt erfolgt ist).[757] Eine Information der betroffenen Personen, z.B. also von Bestandskunden, muss aber spätestens dann erfolgen, wenn neue Daten beschafft werden, z.B. bei Abonnenten eines Onlinedienstes beim nächsten Login oder bei Teilnehmerinnen eines Kundenbindungsprogramms beim nächsten Einkauf. 17

752. Bieri/Powell, S. 1538.
753. Art. 19 Abs. 5 DSG. Dazu unten N. 40 ff.
754. Bieri/Powell, S. 1538.
755. Pärli/Flück, Art. 19 N. 9; Rosenthal, N. 94.
756. Bieri/Powell, S. 1534; Ettlinger, N. 6; Rosenthal, N. 93.
757. Rosenthal, N. 93.

III. INHALT DER INFORMATION (ABS. 2-4)

A. Pflichtangaben

1. Allgemeines

18 Art. 19 DSG enthält in Abs. 2-4 einen **Katalog an Pflichtangaben**, die betroffenen Personen zwingend mitgeteilt werden müssen: Kontaktangaben des Verantwortlichen, Bearbeitungszwecke, Datenempfänger bzw. Kategorien solcher, bearbeitete Datenkategorien sowie Empfängerstaaten bei Auslandsübermittlungen und ihre Absicherung. Wenige zusätzliche Pflichtangaben finden sich in anderen Bestimmungen des DSG, so in Art. 21 DSG betreffend automatisierte Einzelentscheidungen und in Art. 14 Abs. 3 DSG betreffend Vertretung in der Schweiz.

19 Im Vergleich zur DSGVO fällt der Katalog des DSG **kurz** aus. Das ist zu begrüssen und lässt immerhin ausserhalb des Geltungsbereichs der DSGVO Raum, mit Augenmass zu informieren und dem heute grassierenden «*information overload*» entgegenzuwirken. Die flexible Regelung des DSG erlaubt es, die Information risikobasiert auf relevante Angaben zu beschränken und unnötige Angaben wegzulassen.[758]

2. Kontaktangaben

20 Zunächst sind Name und Kontaktdaten des **Verantwortlichen** anzugeben. Das Gesetz spezifiziert nicht, welche Kontaktdaten bekanntgegeben werden müssen. Naheliegend ist aber die Angabe zumindest einer Postadresse sowie einer E-Mail-Adresse. Auch die Angabe einer Telefonnummer ist denkbar, angesichts der Möglichkeit aufdringlicher Kontaktnahmen durch Querulanten aber unüblich und eher nicht zu empfehlen.

21 Im Ausland domizilierte Verantwortliche müssen auch Name und Kontaktdaten einer ggf. nach Art. 14 DSG bestellten **Vertretung in der Schweiz** veröffentlichen (Art. 14 Abs. 3 DSG).

22 Die Angabe der Kontaktdaten einer allfällig bestellten **Datenschutzberaterin** ist freiwillig. Dies im Unterschied zur DSGVO, wo die Kontaktdaten der Datenschutzbeauftragten zwingend mitzuteilen sind.[759] Das

758. Botschaft DSG, S. 7051.

DSG setzt aber einen (kleinen) Anreiz zur Veröffentlichung der Kontaktdaten des Datenschutzberaters, indem private Verantwortliche nur dann die Ausnahme von der Benachrichtigung des EDÖB im Fall hoher Restrisiken nach durchgeführter Datenschutz-Folgenabschätzung in Anspruch nehmen können.[760] Dafür genügt die Publikation einer Funktionsmailbox (z.B. datenschutz@unternehmen.ch); die namentliche Nennung der Datenschutzberaterin ist nicht notwendig.[761]

3. Bearbeitungszwecke

Der Verantwortliche muss die **Bearbeitungszwecke** angeben, für die Personendaten bearbeitet werden. Betroffene Personen sollen also in Erfahrung bringen können, wozu ihre Daten bearbeitet werden. 23

Der **Detailierungsgrad**, mit dem die Bearbeitungszwecke umschrieben werden, ist dem Verantwortlichen überlassen. Kurzbezeichnungen wie «Kommunikation», «Vertragsabwicklung», «Produktentwicklung» oder «Marketing» sind grundsätzlich zulässig.[762] Hilfreicher sind aber detailliertere Umschreibungen oder erläuternde Beispiele, was sich mit Blick auf den Zweckbindungsgrundsatz auch deshalb empfiehlt, weil unklare Formulierungen nach dem Vertrauensprinzip im Zweifel zum Nachteil des Verantwortlichen eng ausgelegt würden.[763] 24

Neben aktuellen Bearbeitungszwecken können auch **mögliche künftige Bearbeitungszwecke** aufgeführt werden. Das ist auch dann zulässig, wenn die betreffenden Bearbeitungen noch gar nicht konkret geplant sind, sondern nur eine Möglichkeit darstellen.[764] Angesichts des Zweckbindungsgrundsatzes von Art. 6 Abs. 3 DSG werden viele Unternehmen geneigt sein, solche überschiessenden Datenschutzhinweise zu verfassen, um sich neue Datennutzungen möglichst offenzuhalten, was der Klarheit von Datenschutzhinweisen allerdings nicht zuträglich ist.[765] 25

759. Art. 14 Abs. 1 lit. b DSGVO.
760. Art. 10 Abs. 3 lit. d i.V.m. Art. 23 Abs. 4 DSG.
761. Ettlinger, N. 10.
762. Bieri/Powell, S. 1536; Rosenthal, N. 95. Strenger Bühlmann/Schüepp, N. 70 ff., wonach Bearbeitungszwecke zwingend präziser zu umschreiben sind.
763. Bieri/Powell, S. 1536; Pärli/Flück Art. 19 N. 11; Rosenthal, N. 95. S. auch unten N.47.
764. Ettlinger, N. 34; Rosenthal, N. 94.
765. S. unten N.62.

4. Datenempfänger

26 Anzugeben sind sodann die Kategorien von **Empfängern**, denen Personendaten weitergegeben werden. Der Einschub «gegebenenfalls» im Gesetzestext hat kaum praktische Relevanz, da zu den Empfängern auch die vom Verantwortlichen eingesetzten Auftragsbearbeiter zählen[766] und heutzutage kaum ein Verantwortlicher ganz ohne Auftragsbearbeiter auskommt. Als Empfänger gelten auch gemeinsam Verantwortliche, ebenso natürlich eigentliche «Dritte». Auch zum gleichen Konzern gehörende Gruppengesellschaften sind Empfänger, nicht aber zur gleichen Rechtseinheit gehörende Stellen wie einzelne Abteilungen oder Zweigniederlassungen.[767]

27 Die **Kategorien** können vom Verantwortlichen nach eigenem Ermessen definiert werden, das Gesetz macht diesbezüglich keine Vorgaben. Denkbar wären z.B. einigermassen eng umfasste Kategorien wie «IT-Dienstleister», «Logistikunternehmen» oder «Inkassodienstleister», aber auch grobe Kategorien wie «Auftragsbearbeiter» sind zulässig.[768]

28 Anstelle von Empfängerkategorien können auch **einzelne Empfänger** genannt werden. Die Nennung einzelner Empfänger ist aber freiwillig, die Angabe von Kategorien genügt.[769] In der Praxis wird von der Angabe einzelner Empfänger meist abgesehen, da der Grossteil an Unternehmen über recht viele Empfänger (v.a. Auftragsbearbeiter) verfügt und die Pflege einer entsprechenden Liste aufwändig wäre. Eine gewisse Verbreitung hat die Angabe konkreter Empfänger im Onlinebereich erlangt, wo im Zusammenhang mit Cookies und ähnlichen Technologien die eingesetzten Drittanbieter-Tools z.T. einzeln aufgeführt werden.

5. Bearbeitete Personendaten

29 Anzugeben sind sodann die Kategorien der bearbeiteten Personendaten. Auch hier ist der Verantwortliche frei, die **Kategorien** nach eigenem Ermessen zu definieren und einen ihm sinnvoll und für die ausreichende

766. Botschaft DSG, S. 7051; Bieri/Powell, S. 1535.
767. Bieri/Powell, S. 1535; Ettlinger, N. 10; Rosenthal, N. 96.
768. Ettlinger, N. 11.
769. Botschaft DSG, S. 7051; Ettlinger, N. 11; Pärli/Flück, Art. 19 N. 11; Rosenthal, N. 96. Für die DSGVO: Franck, Art. 13 N 20; Paal/Hennemann, Art. 13 N 18; a.M. Bäcker, Art. 13 N 30, wonach bestehende und absehbare konkrete Empfänger namentlich genannt werden müssen.

Information der betroffenen Personen geeignet erscheinenden Detaillierungsgrad zu wählen. Denkbar wären z.B. Kategorien wie «Stammdaten», «Verhaltensdaten» oder «Präferenzdaten». Auch «besonders schützenswerte Personendaten» oder enger «Gesundheitsdaten» wären mögliche Kategorien. Hilfreich ist i.d.R. ausserdem, die teils eher wenig fassbaren Kategorien mit Beispielen von Datenarten (z.B. «Name», «E-Mail-Adresse», «Wohnort») zu konkretisieren und greifbarer zu machen. Ebenfalls hilfreich, aber nicht erforderlich, ist die Zuordnung der einzelnen Datenkategorien zu konkreten Bearbeitungszwecken.[770]

Die bearbeiteten Datenkategorien müssen gemäss Art. 19 Abs. 3 DSG nur dann angegeben werden, wenn die Daten **nicht direkt bei der betroffenen Person** beschafft werden. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass die betroffene Person nur in diesem Fall ein Informationsbedürfnis hat. Gibt sie ihre Personendaten hingegen selbst bekannt (z.B. indem sie ein Online-Formular oder einen Gewinnspieltalon ausfüllt oder eine Stellenbewerbung übermittelt), kennt sie die vom Verantwortlichen bearbeiteten Daten bereits. 30

Diesem Gedanken folgend ist die Einschränkung **eng auszulegen** und auf Fälle zu beschränken, in denen die betroffene Person bewusst Daten bekanntgibt. Hingegen sind die bearbeiteten Datenkategorien z.B. auch dann anzugeben, wenn die Daten zwar direkt bei der betroffenen Person erhoben werden, dies aber ohne ihr aktives Zutun erfolgt und sie sich deshalb ggf. nicht bewusst ist, dass Daten über sie bearbeitet werden.[771] Das ist z.B. bei automatisierter Erhebung von Transaktionsdaten beim Einkauf in Geschäften oder im Onlinehandel oder beim Webtracking im Internet der Fall. Aus den gleichen Überlegungen sind die bearbeiteten Datenkategorien auch anzugeben, wenn der Verantwortliche aus den von der betroffenen Person erhaltenen Daten neue Daten ableitet, z.B. Angaben über persönliche Interessen und Affinitäten. 31

6. Empfängerstaaten

Bei Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland sind die **Empfängerstaaten** anzugeben. Als Bekanntgabe gilt gem. Art. 5 lit. e DSG neben der 32

770. Strenger Bühlmann/Schüepp, N. 77 f., wonach nur in sehr einfachen Fällen auf eine Zuordnung der Datenkategorien zu spezifischen Bearbeitungszwecken verzichtet werden kann.

771. A.M. Rosenthal, N. 97.

Übermittlung auch schon jeder aus dem Ausland erfolgende Zugriff auf Personendaten.[772] Derartige Auslandsübermittlungen sind in der Unternehmenswelt sehr verbreitet, z.B. bei der Nutzung von Cloud-basierten Services.

33 Mit der Pflicht zur Angabe der Empfängerstaaten ist das DSG ohne Not strenger als die DSGVO, wo lediglich über die Auslandsbekanntgabe selbst, nicht aber über die Empfängerstaaten informiert werden muss.[773] Das DSG übersieht dabei, wie international der Datenverkehr inzwischen ist.[774] Immerhin müssen auch unter dem DSG nicht einzelne Länder aufgelistet werden, was in der Praxis kaum praktikabel wäre. Die Angabe von **Ländergruppen oder Regionen** genügt, z.B. «EU/EWR» oder «Europa». Auch die Angabe von «weltweit» ist zulässig.[775] Für betroffene Personen ist ersichtlich, dass ihre Daten grundsätzlich in jedem Land der Welt bearbeitet werden können.

34 Befinden sich unter den Empfängerstaaten auch **Staaten ohne angemessenes Datenschutzniveau** müssen zusätzliche Angaben gemacht werden: Mitzuteilen sind in solchen Konstellationen die gem. Art. 16 Abs. 2 DSG zur Gewährleistung eines geeigneten Datenschutzes getroffenen Garantien bzw. die gem. Art. 17 DSG beanspruchte Ausnahme. Hier genügt z.B. der Hinweis auf den Abschluss der von der Europäischen Kommission und dem EDÖB anerkannten Standardvertragsklauseln, welche das weitaus gebräuchlichste Instrument zur Absicherung von Auslandsübermittlungen sind.

7. Automatisierte Einzelentscheidungen

35 Sofern der Verantwortliche **automatisierte Einzelentscheidungen** einsetzt, hat er betroffene Personen darüber sowie über die Möglichkeit, den Entscheid auf Verlangen der betroffenen Person einer menschlichen Überprüfung unterziehen zu lassen, zu informieren (Art. 21 DSG). Als automatisierte Einzelentscheidung gelten Entscheidungen, die vollständig automatisiert erfolgen und die rechtliche Konsequenzen für die betroffenen Personen haben oder sie in anderer Weise erheblich beeinträchtigen.[776] Die

772. S. dazu die Kommentierung zu Art. 5 lit. e DSG
773. Art. 13 Abs. 1 lit. f und Art. 14 Abs. 1 lit. f DSGVO.
774. Ettlinger, N. 13.
775. Ettlinger, N. 13; Pärli/Flück, Art. 19 N. 11; Rosenthal, N. 96.

Informationspflicht greift also nur bei vollautomatisierten Entscheidungen; über nur teilweise automatisierte bzw. computergestützt getroffene Entscheidungen muss nicht informiert werden.[777]

B. Weitere Angaben

In der Unternehmenspraxis werden viele Unternehmen über die oben dargestellten Pflichtangaben hinausgehen und sich dabei meist am umfassenderen **Katalog der DSGVO** orientieren.[778] Vor allem (aber nicht nur) grössere und international ausgerichtete Unternehmen streben «DSGVO-konforme» Datenschutzhinweise an, sei es auf freiwilliger Basis oder weil ihre Datenbearbeitungen in den (extraterritorialen) Anwendungsbereich der DSGVO fallen. Der Katalog der DSGVO sieht insbesondere auch Angaben zur Speicherdauer, zur anwendbaren Rechtsgrundlage, zu den ggf. verfolgten berechtigten Interessen, zu den Betroffenenrechten und zum Beschwerderecht vor.[779] 36

Gesetzlich vorgeschrieben ist die Aufnahme von solchen zusätzlichen Angaben unter dem DSG aber meist nicht. Über den Mindestkatalog hinausgehende Angaben müssen nur dann gemacht werden, wenn sie im konkreten Fall zur Gewährleistung einer **angemessen transparenten Datenbearbeitung** erforderlich sind (Art. 19 Abs. 2 DSG). Dies wird nur selten der Fall sein und ist desto eher anzunehmen, je sensibler die bearbeiteten Daten, je umfangreicher die Bearbeitung, je kritischer die Modalitäten der Bearbeitung, je grösser die Kritikalität des Bearbeitungszwecks und je neuartiger die für die Bearbeitung eingesetzten Technologien sind. Richtschnur ist gem. Art. 19 Abs. 2 DSG jeweils, was betroffene Personen wissen müssen, um ihre Rechte wahrnehmen zu können. 37

776. S. dazu die Kommentierung zu Art. 21 DSG.
777. S. aber die am 15. Juni 2023 eingereichte parlamentarischen Initiative 23.438 («Datenschutzgesetzgebung anpassen und teilautomatisierte Entscheide aufgrund künstlicher Intelligenz (KI) ergänzen»), die verlangt, dass künftig auch über bloss teilweise automatisierte Entscheidungen informiert werden soll, soweit die Entscheidung massgeblich auf künstlicher Intelligenz beruht.
778. Bühlmann/Lagler, S. 19.
779. Art. 13 und 14 DSGVO. Dazu statt vieler Bäcker, Art. 13 N 22 ff. und Art. 14 N 16 ff.

38 Der Katalog der DSGVO dürfte dabei eine Art **Obergrenze** darstellen. Es sind kaum Fälle denkbar, in denen es unter dem DSG erforderlich sein könnte, sogar noch über die von der DSGVO verlangten Angaben hinauszugehen.[780]

39 Die Regelung des DSG lässt theoretisch auch Raum dafür, in einem **Verhaltenskodex** gem. Art. 11 DSG die Handhabung der Informationspflicht für eine bestimmte Branche zu konkretisieren.[781] Derartige branchenspezifische Verhaltenskodizes vermochten sich in der Praxis aber noch nicht durchzusetzen und werden auch in Zukunft wohl nur eine untergeordnete Rolle spielen.

IV. MODALITÄTEN DER INFORMATION (ABS. 5; ART. 13 DSV)

A. Zeitpunkt

40 Je nachdem, ob die Personendaten direkt bei der betroffenen Person beschafft oder indirekt erhoben werden, muss **zu unterschiedlichen Zeitpunkten** informiert werden. Eine direkte Beschaffung liegt vor, wenn die betroffene Person ihre Daten dem Verantwortlichen von sich aus bekanntgibt (z.B. durch Ausfüllen eines Formulars oder Erstellen eines Nutzeraccounts) oder der Verantwortliche die Daten durch Beobachtung selbst oder automatisiert erhebt (z.B. durch Aufzeichnung von Kauftransaktionen oder Erhebung von Bewegungsdaten durch einen Fitnesstracker). Eine indirekte Beschaffung liegt demgegenüber vor, wenn der Verantwortliche Daten aus öffentlichen Quellen erhebt (z.B. aus Medienberichten oder öffentlichen Registern), von Dritten erhält (z.B. von einem Adresshändler oder einer Wirtschaftsauskunftei) oder aus vorhandenen Datenbeständen neue Daten ableitet (z.B. Ableitung von Präferenzen durch Analyse von Transaktionsdaten).

41 Bei **direkter Beschaffung** muss die Information zeitgleich mit der Beschaffung erfolgen. Praktisch bedeutet dies, dass die erforderlichen Angaben im Zeitpunkt der Beschaffung einfach zugänglich abrufbar sein müssen, bspw. auf der Webseite des Verantwortlichen.[782] Die unter altem Recht noch zugelassene Information unmittelbar nach der ersten

780. Rosenthal, N. 98.
781. Botschaft DSG, S. 7051.
782. S. unten N. 48 ff.

Datenbeschaffung[783] ist unter neuem Recht nicht mehr zulässig.[784] Demgegenüber ist eine vorgezogene Information *vor* der Beschaffung möglich, sofern für die Betroffenen der Zusammenhang zwischen der Information und der Beschaffung hinreichend erkennbar ist.[785]

Bei **indirekter Beschaffung** muss nicht sofort, sondern erst innert eines Monats nach Erhalt der Daten informiert werden (Art. 19 Abs. 5 DSG). Die einmonatige Karenzfrist setzt jedoch voraus, dass die Personendaten durch den Verantwortlichen keinem weiteren Empfänger bekanntgegeben werden. Gibt der Verantwortliche die Personendaten hingegen vor Fristablauf bekannt, entfällt die Karenzfrist und die Information muss spätestens zum Zeitpunkt der Bekanntgabe erfolgen. Da auch Bekanntgaben an Auftragsbearbeiter darunterfallen (z.B. eine Speicherung in der Cloud), hat der Informationsaufschub wenig praktische Bedeutung und es muss auch bei indirekten Beschaffungen meist unmittelbar informiert werden, was häufig eine aktive Kommunikation erfordert.[786] Erweist sich das als nicht umsetzbar, bleibt dem Verantwortlichen nur der Rückgriff auf einen Ausnahmetatbestand gemäss Art. 20 DSG. 42

B. Form

Das DSG enthält **keine Formvorschriften** für die Mitteilung der Informationen. Auch eine mündliche Information ist ausreichend, z.B. in Form von Tonbandansagen. In der Praxis empfiehlt sich aber meist Textform, allein schon aus Beweisgründen.[787] 43

In der Praxis weitaus am verbreitetsten ist die Erfüllung der Informationspflicht mittels **Datenschutzerklärungen** («Privacy Notice» oder «Privacy Policy»). Einem üblichen Vorgehen entspricht es, in einer allgemeinen Datenschutzerklärung eine breite Palette an Datenbearbeitungen zu beschreiben (vom Kundengeschäft über Personalrekrutierungen bis zur Zusammenarbeit mit Geschäftspartnern) und diese mit produkt- oder servicespezifischen besonderen Datenschutzerklärungen zielgerichtet zu 44

783. Rampini/Fuchs, Art. 14 N. 14.
784. Bieri/Powell, S. 1538; Pärli/Flück, Art. 19 N. 13.
785. Bieri/Powell, S. 1538; Pärli/Flück, Art. 19 N. 13.
786. Bieri/Powell, S. 1538; s. unten N. 55.
787. Botschaft DSG, S. 7051; Bieri/Powell, S. 1536; Ettlinger, N. 27; Pärli/Flück, Art. 19 N. 15; Rosenthal, N. 99.

ergänzen. In der Praxis verbreitet sind auch besondere Online-Datenschutzerklärungen («Cookie Notice» oder «Cookie Policy») für Datenbearbeitungen im Zusammenhang mit dem Besuch einer Webseite oder einer App.

45 Datenschutzerklärungen stellen eine **einseitige Information** des Verantwortlichen dar und können als solche flexibel angepasst werden, um v.a. der dynamischen Natur vieler Datenbearbeitungen Rechnung zu tragen. Aus praktischer Sicht bedeutet die einseitige Information zudem, dass keine aktive Bestätigung oder Akzeptanz der Datenschutzerklärung durch die betroffenen Personen erforderlich ist und daher in den meisten Fällen auf die in Online-Formularen oder Bestellprozessen häufig anzutreffenden Checkboxen verzichtet werden kann.

46 Denkbar ist auch die Aufnahme von Datenschutzhinweisen in **Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB)**. Anders als Datenschutzerklärungen werden in AGB enthaltene Datenschutzhinweise aber Vertragsbestandteil und können deshalb nur über eine Vertragsanpassung geändert werden, was sich in der Praxis häufig als zu schwerfällig erweist. Hinzu kommt, dass mittels AGB die Informationspflicht nur gegenüber Vertragspartnern (aber nicht gegenüber anderen betroffenen Personen) erfüllt werden kann.[788] Eine Integration von Datenschutzhinweisen in AGB ist deshalb nicht zu empfehlen und es sollte in AGB lediglich ein Verweis auf die Datenschutzerklärung aufgenommen werden.[789] Darüber hinausgehende Datenschutzbestimmungen in AGB haben allenfalls dann eine Berechtigung, wenn datenschutzrechtliche Einwilligungen eingeholt werden sollen, wenngleich über AGB eingeholte Einwilligungen z.T. kritisch gesehen werden.[790]

47 Datenschutzhinweise werden nach der **Ungewöhnlichkeits- und Unklarheitenregel** ausgelegt, d.h. auf Ungewöhnliches ist besonders hinzuweisen und unklare Formulierungen werden zum Nachteil des Verfassers ausgelegt.[791] Das gilt auch, wenn Datenschutzhinweise als

788. Ettlinger, N. 28.

789. Bieri/Powell, S. 1537; Bühlmann/Lagler, S. 18; Pärli/Flück, Art. 19 N. 22; Schweikard/Vasella, S. 92. S. auch Bühlmann/Schüepp, N. 95 f., mit dem Hinweis, dass das Fehlen einer Datenschutzerklärung auch den ggf. falschen Eindruck erwecken könnte, dass keine umfassenden Datenbearbeitungen vorgenommen werden. Für die DSGVO z.B. Article 29 Working Party, S. 7.

790. Zur Einholung von Einwilligungen in AGB s. die Kommentierung zu Art. 6 DSG.

Datenschutzerklärung oder sonst wie als einseitige Information ausgestaltet werden, jedenfalls soweit sie nicht nur rein informativ sind und sich z.B. über die Definition der Bearbeitungszwecke oder als Informationsbasis für mögliche Einwilligungen auch rechtsgestaltend auswirken können.[792] In AGB integrierte Datenschutzhinweise unterliegen zusätzlich der Missbrauchskontrolle gem. Art. 8 UWG.

C. Bereitstellung

Die Pflichtangaben müssen für betroffene Personen **leicht zugänglich** sein (Art. 13 DSV). Nicht erforderlich ist, dass die Betroffenen die Informationen tatsächlich zur Kenntnis nehmen. Es gilt nicht das Zugangsprinzip, sondern es genügt, wenn Betroffene die *Möglichkeit* haben, ohne grossen Aufwand auf die Informationen zuzugreifen.[793] Der Informationszugang darf also eine Mitwirkung der betroffenen Person voraussetzen, auch weil eine Grundtransparenz schon durch das Transparenzgebot gewährleistet ist und die Informationspflicht nur einem weitergehenden Informationsbedürfnis dient.[794] 48

Die vom Betroffenen für eine Kenntnisnahme vorzunehmenden Schritte müssen aber zumutbar sein. Nicht mehr leicht zugänglich und somit nicht ausreichend wäre z.B. die blosse Bezeichnung einer Kontaktperson oder die Zusendung der Datenschutzerklärung nur auf Anfrage.[795] Verbreitet ist hingegen die Bereitstellung von Datenschutzhinweisen auf einer **Webseite**. Die Information im Internet ist ausreichend, solange gewährleistet ist, dass die Datenschutzhinweise auf der Webseite leicht auffindbar und mit wenigen Klicks erreichbar sind.[796] In der Praxis bewährt hat sich eine eigene Unterseite für die Datenschutzerklärung und ihre dauerhafte Verlinkung im sog. Footer, also im Bereich am unteren Ende einer Webseite. 49

Eine Information im Internet genügt grundsätzlich selbst dann, wenn die Datenbearbeitung offline erfolgt. Betroffene Personen sind es sich heute 50

791. Pärli/Flück, Art. 19 N. 22; Rosenthal, N. 101; Schweikard/Vasella, S. 93.
792. Pärli/Flück, Art. 19 N. 22.
793. Vasella, Informationspflicht, mit dem Hinweis, dass es sich im Grunde deshalb um eine Informations*bereitstellungs*pflicht handelt. S. auch Bühlmann/Schüepp, N. 57; Pärli/Flück, Art. 19 N. 15; Schweikard/Vasella, S. 92 f.
794. Vasella, Informationspflicht.
795. Botschaft DSG, S. 7050; Bieri/Powell, S. 1537; Rosenthal, N. 100.

gewohnt, Datenschutzhinweise auf der Webseite des Unternehmens vorzufinden, und sie setzen dies sogar voraus. Im Internet bereitgestellte Datenschutzhinweise bieten zudem verschiedene Vorteile wie eine vereinfachte Navigation und erweiterte Möglichkeiten zur nutzerfreundlichen Gestaltung.[797] Der **Medienwechsel** ins Internet ist deshalb in den meisten Fällen zumutbar.[798] Nur in besonders gelagerten Fällen, z.B. wenn es sich um eine heikle Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten handelt, gezielt ältere Personengruppen angesprochen werden oder der Aufruf einer Internetseite situationsbedingt in zeitlicher Hinsicht nicht zumutbar ist, kann ausnahmsweise erforderlich sein, dass Betroffene auf sämtliche Pflichtangaben gemäss Art. 19 DSG zugreifen können, ohne das Medium wechseln zu müssen.

51 Ein zur Erleichterung des Medienwechsels sinnvolles Mittel ist die Darstellung von **QR-Codes**, die mit dem Mobiltelefon gescannt werden können und zur Datenschutzerklärung im Internet führen. Solche QR-Codes sind in der Praxis immer häufiger anzutreffen (z.B. bei der Ausschilderung von Videoüberwachung), rechtlich erforderlich sind sie aber nicht.

52 Nicht nur zulässig, sondern i.d.R. auch an den Bedürfnissen betroffener Personen ausgerichtet, ist eine **mehrstufige Information**, bei der auf einer ersten Stufe nur eine initiale Übersicht zur Datenbearbeitung gegeben wird und die volle Information erst auf einer weiteren Stufe erfolgt.[799] Der Verantwortliche kann dabei grundsätzlich nach eigenem Ermessen definieren, welche Angaben auf welcher Informationsstufe gemacht werden. Es gibt keine «Basisinformationen», die zwingend auf der ersten Stufe bereitgestellt werden müssen.[800]

53 Eine **Versionierung** oder Datierung der Datenschutzerklärung kann sinnvoll sein, ist aber gesetzlich ebenso wenig verlangt wie das in der Praxis z.T. anzutreffende Archivieren und Zugänglichmachen früherer Versionen.

---

796. Schweikard/Vasella, S. 93.
797. S. unten N. 63.
798. Rosenthal, N. 100; Vasella, Informationspflicht. Die noch unlängst geführte Diskussion, ob betroffenen Personen ein «Medienbruch» zugemutet werden kann, wirkt zunehmend überholt; s. Ettlinger, N. 30.
799. Botschaft DSG, S. 7050; Bieri/Powell, S. 1537; Bühlmann/Schüepp, N. 97; Pärli/Flück, Art. 19 N. 19. Zur mehrstufigen Information auch unten N. 63.
800. Rosenthal, N. 100. Strenger Pärli/Flück, Art. 19 N. 19, wonach sichergestellt sein muss, dass die betroffene Person die wichtigsten Informationen auf der ersten Stufe erhält.

D. Kommunikation

Die Bereitstellung der erforderlichen Informationen genügt i.d.R. und es ist **keine aktive Kommunikation** an betroffene Personen erforderlich. Auch die in der Praxis z.T. anzutreffenden Hinweise auf die Datenschutzerklärung in Formularen, in E-Mail-Signaturen, auf Briefpapier sowie in Telefongesprächen und ähnlichen Kommunikationen sind nach der hier vertretenen Auffassung nicht erforderlich; selbst in Verträgen scheint ein ausdrücklicher Verweis auf die Datenschutzerklärung häufig verzichtbar. Bei Videoüberwachung genügt i.d.R. ein bei Betreten der Verkaufsfläche gut sichtbares Piktogramm zur Herstellung der erforderlichen Grundtransparenz, sofern der Betreiber nach den Umständen erkennbar ist.[801] Interessierten ist in solchen Fällen zuzumuten, die Webseite zu konsultieren, wenn sie sich über die Datenbearbeitungen des betreffenden Unternehmens näher informieren möchten.[802] Sie werden dies auch intuitiv tun und setzen die Auffindbarkeit von Datenschutzhinweisen auf der Webseite wie selbstverständlich voraus.[803] 54

Eine aktive Kommunikation an betroffene Personen ist nur dann erforderlich, wenn die betroffene Person **nicht weiss** (und auch nicht wissen muss), dass das betreffende Unternehmen Daten über sie bearbeitet.[804] Das ist häufig der Fall, wenn Personendaten nicht direkt bei der betroffenen Person erhoben werden, aber auch in Fällen direkter Erhebung, wenn die Datenbeschaffung ohne Bewusstsein der Betroffenen erfolgt (z.B. wenn Personen bei Betreten eines öffentlichen Bereichs automatisiert erfasst und Laufwege getrackt werden). In solchen Fällen müssen Betroffene aktiv auf die Datenschutzerklärung hingewiesen werden (was z.B. durch Angabe der URL 55

801. Vasella, Informationspflicht. S. auch den Leitfaden «Videoüberwachung durch öffentliche Organe» der Datenschutzbeauftragten des Kantons Zürich, Version 2.2 (Oktober 2022), abrufbar unter https://docs.datenschutz.ch/u/d/publikationen/leitfaeden/leitfaden_videoueberwachung_durch_oeffentliche_organe.pdf, besucht am 25.5.2023; sowie die Leitlinien des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragen (EDÖB) zu «Videoüberwachung durch Private», abrufbar unter https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/ueberwachung_sicherheit/videoueberwachung-private.html, besucht am 25.5.2023.
802. Rosenthal, N. 100; Schweikard/Vasella, S. 93; Vasella, Informationspflicht. Strenger Bühlmann/Schüepp, N. 97 f.
803. Ettlinger, N. 30; Vasella, Informationspflicht.
804. Botschaft DSG, S. 7050 f.; Bühlmann/Schüepp, N. 100; Pärli/Flück, Art. 19 N. 20 f.; Schweikard/Vasella, S. 93; Vasella, Informationspflicht.

oder Bereitstellung eines QR-Codes gemacht werden kann), da sie sonst gar nicht auf die Idee kommen, die Webseite des Unternehmens aufzurufen und sich dort über die Datenbearbeitung zu informieren.

56 Aus den gleichen Überlegungen müssen in Dauerschuldverhältnissen **Änderungen der Datenschutzerklärung** an Bestandskunden kommuniziert werden, jedenfalls wenn Bearbeitungszwecke erweitert werden und die Änderung deshalb einer erneuten Beschaffung gleichkommt. Ansonsten hätten Betroffene gar keinen Anhaltspunkt, dass die Datenschutzerklärung geändert haben könnte und es deshalb angezeigt sein könnte, die Webseite zu besuchen. In der Praxis erfolgt eine solche Information meist per E-Mail-Versand oder über das Ausspielen von Pop-up Banners in einem Onlineshop oder beim Login in ein Kundenkonto. Auch ein Hinweis in einem Rechnungsversand ist denkbar.

V. PRAXISHINWEISE

A. Vorgehen und Hilfsmittel

57 Die Erstellung von Datenschutzhinweisen sollte in **enger Zusammenarbeit mit den Business- und Fachverantwortlichen** der Bereiche erfolgen, die die Datenbearbeitungen durchführen, da diese Funktionen am besten Bescheid wissen, welche Daten wie für welche Zwecke genutzt werden. Häufig sind relevante Wissensträger in Unternehmensbereichen verortet, die für datenintensive Bearbeitungen verantwortlich sind, so z.B. Marketingabteilungen, Data Analytics und HR-Bereiche. Bewährt hat sich in der Praxis ein partizipatives, Workshop-basiertes Vorgehen unter Einbindung dieser Wissensträger. Möglich ist aber auch die Informationserhebung über strukturierte Fragebögen oder Interviews.

58 Auch das **Bearbeitungsverzeichnis** gem. Art. 12 DSG bzw. Art. 30 DSGVO gibt einen ersten Überblick über Bearbeitungsvorgänge und bietet häufig eine gute Basis für die Identifizierung der relevanten Datenbearbeitungen. Des Weiteren enthält das Bearbeitungsverzeichnis in den meisten Fällen Informationen, die zur Aufbereitung der Pflichtangaben verwendet werden können, wie z.B. Angaben zu den bearbeiteten Datenarten, dem Bearbeitungszweck und den (Kategorien von) Empfängern.

In der Praxis gibt es verschiedene **Hilfsmittel**, die Unternehmen bei der Erstellung von Datenschutzhinweisen unterstützen, darunter Muster-Datenschutzerklärungen, die als Ausgangspunkt genutzt und für eigene Bedürfnisse angepasst werden können. Zu nennen sind bspw. folgende, verbreitet zum Einsatz kommende Angebote: 59

- Vorlage für eine allgemeine Datenschutzerklärung, die zahlreiche Standard-Bearbeitungstätigkeiten abdeckt und sowohl am Schweizer DSG als auch an der DSGVO ausgerichtet ist, erarbeitet von zwei renommierten Schweizer Anwaltskanzleien und abrufbar unter https://dsat.ch/download/ (kostenfrei);
- Datenschutz-Generator von Datenschutzpartner zur Erstellung einer Datenschutzerklärung für Webseiten mit Musterformulierungen für zahlreiche gängige Webtools, abrufbar unter https://www.datenschutzpartner.ch/angebot-datenschutz-generator/ (kostenpflichtig);
- Muster-Datenschutzerklärung des deutschen Universitätsprofessors Thomas Hoeren für Betreiber von Webseiten, abrufbar unter https://www.itm.nrw/wp-content/uploads/Musterdatenschutzerkaerung-nach-der-DSGVO_Stand_September_2022-1.docx (kostenfrei).

Die inhaltliche **Freigabe der Datenschutzerklärung** sollte nach gängigem Governance-Verständnis durch die für die Datenbearbeitungen zuständigen Leitungsgremien erfolgen, z.B. die Geschäftsleitung. Die Rolle der Datenschutzbeauftragten bzw. des Datenschutzberaters sowie anderer Rechts- und Compliance-Funktionen sollte – auch mit Blick auf die Sanktionsordnung[805] – auf eine koordinierende und beratende Funktion beschränkt bleiben. 60

B. Aufbereitung und Gestaltung

Die Ausführungsverordnung zum Datenschutzgesetz verlangt eine präzise und verständliche Information (Art. 13 DSV). Das sind aber kaum justiziable (und auch nicht strafbewehrte) Kriterien und in der Praxis dominieren nach wie vor **juristisch anmutende Fliesstexte**.[806] Viele Unternehmen sind offenbar der Ansicht, dass sich eine positive Positionierung mit Datenschutz nur 61

805. Unten N. 67 ff.

schwer erzielen lässt und es sich deshalb nicht lohnt, nennenswerte Ressourcen in eine nutzerfreundliche Aufbereitung von Datenschutzhinweisen zu investieren.

62 Dabei hilft auch nicht, dass das Datenschutzrecht Anreize setzt, Datenschutzhinweise in erster Linie als **defensives Instrument** zu sehen und nicht als kundenzentrierte Kommunikation: Zum einen sind Unternehmen angesichts verschärfter aufsichtsrechtlicher Mittel[807] und Sanktionen[808] bestrebt, öffnende Formulierungen und Generalklauseln einzubauen und sich so gegen den Vorwurf unrichtiger oder unvollständiger Datenschutzhinweise zu schützen. Zum anderen möchten sich Unternehmen mit Blick auf den Grundsatz der Zweckbindung[809] keine Handlungsspielräume verbauen und in Datenschutzhinweisen auch bloss mögliche, künftige Bearbeitungszwecke aufführen.

63 Trotz dieser unglücklichen Anreizstruktur gibt es in der Praxis verschiedene **vielversprechende Ansätze**, um Datenschutzhinweise leserfreundlicher zu gestalten und stärker an Bedürfnissen von Adressatinnen auszurichten:

- **Mehrstufige Information** (*«layered approach»*), bei der zunächst relevante Hauptaspekte der Datenbearbeitung übersichtlich dargestellt werden und detaillierte Informationen erst auf einer weiteren Ebene folgen. Zu einer mehrstufigen Information zählen auch Aufklapptexte und greifbare Beispiele zur Illustration der teils eher abstrakten Ausführungen.
- **Einsatz von Datenschutzpiktogrammen**, die es betroffenen Personen erlauben, sich schnell einen ersten Überblick über die Art und Weise der Bearbeitung ihrer Daten zu verschaffen.[810] Ein Beispiel sind die vom Verein Privacy Icons herausgegebenen, standardisierten Piktogramme, die

806. Eindrücklich die Analyse von 150 Datenschutzerklärungen durch die New York Times: New York Times, We Read 150 Privacy Policies. They Were an Incomprehensible Disaster abrufbar unter https://www.nytimes.com/interactive/2019/06/12/opinion/facebook-google-privacy-policies.html, besucht am 18.5.2023. Siehe auch Maric, N. 12 f.
807. S. unten N. 65 f.
808. S. unten N. 67 ff.
809. Art. 6 Abs. 3 DSG.
810. Botschaft DSG, S. 7050. Die im Entwurf der Datenschutzverordnung noch enthaltene Vorgabe, wonach Piktogramme maschinenlesbar sein müssen, wurde nach Kritik in der Vernehmlassung fallengelassen. Das Erfordernis der Maschinenlesbarkeit hätte für Unternehmen die Verwendung von Piktogrammen unnötigerweise erschwert. Siehe zu Piktogrammen auch Art. 12 Abs. 7 DSGVO und Erwägungsgrund 60.

bestimmte für betroffene Personen typischerweise relevante Aspekte auf einen Blick erkennbar machen und bereits von verschiedenen prominenten Schweizer Unternehmen eingesetzt werden.[811]

- **Datenschutz-Dashboards**, die einen leichten Einstieg bieten und es betroffenen Personen ermöglichen, selbst Schwerpunkte zu setzen und zielgerichtet Informationen über die wesentlichen Punkte zu erhalten.
- **Erklärvideos**, die betroffene Personen ins Thema einführen und ihnen die wichtigsten Inhalte leicht verständlich näher bringen.
- **Gamification Elemente**, die betroffenen Personen zentrale Aspekte der Datenbearbeitung auf spielerische Weise vermitteln.

64 Solche **«Legal Design»** Ansätze können die Zugänglichkeit und Leserfreundlichkeit von Datenschutzhinweisen massgeblich erhöhen und sind deshalb im Sinne einer transparenten Datenbearbeitung zu begrüssen.[812] Eine rechtliche Verpflichtung zum Einsatz von solchen kundenfreundlichen Ansätzen besteht jedoch nicht, auch nicht unter der DSGVO.

VI. DURCHSETZUNG UND RECHTSFOLGEN

A. Verwaltungsrecht

65 Wurden betroffene Personen nicht ordnungsgemäss über die Datenbearbeitung informiert, kann der EDÖB eine Untersuchung eröffnen und die Vornahme einer rechtskonformen Information als **Verwaltungsmassnahme** anordnen (Art. 51 Abs. 3 lit. c DSG). Der EDÖB kann dabei von Amtes wegen oder auf Anzeige hin tätig werden.

66 Auch die Untersagung der Datenbearbeitung oder die Anordnung einer Anpassung durch den EDÖB ist grundsätzlich denkbar (Art. 51 Abs. 1 DSG). Allein gestützt auf eine nicht ordnungsgemäss vorgenommene Information dürfte eine derart einschneidende Massnahme in den meisten Fällen aber nicht verhältnismässig sein.[813]

811. Privacy Icons, abrufbar unter www.privacy-icons.ch, besucht am 25.5.2023. S. zu den Privacy Icons Thouvenin/Glatthaar/Hotz/Ettlinger/Tschudin, N. 3 ff.; Maric, N. 20 ff.
812. S. das Praxisbeispiel bei Kohlmeier/Klemola, S. 203 ff. S. auch Maric, N. 15 ff.

B. Strafrecht

67 Die Informationspflicht gehört zu den **strafbewehrten Pflichten** des DSG. Wer die Information nach Art. 19 DSG unterlässt oder falsche oder unvollständige Angaben macht, kann mit Busse bis zu CHF 250'000 belangt werden (Art. 60 Abs. 1 DSG).[814] Die Informationspflicht ist eine Pflicht mit grosser Aussenwirkung und die Strafdrohung hat deshalb Potential, gezielt als Druckmittel gegen ein Unternehmen bzw. die verantwortlichen Arbeitnehmenden oder Entscheidungsträger eingesetzt zu werden.[815]

68 Teilweise wird in Frage gestellt, ob Art. 19 DSG dem **strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot** von Art. 1 StGB genügt und eine Verletzung der Informationspflicht deshalb überhaupt strafrechtlich sanktioniert werden darf.[816] Jedenfalls ist zu fordern, dass bezüglich Vollständigkeit ausschliesslich auf die Pflichtangaben gemäss Art. 19 Abs. 2-4 DSG abzustellen ist.[817] Allfällige nach der Generalklausel von Art. 19 Abs. 2 zusätzlich zu machende Angaben sind nicht zu berücksichtigen.

69 Strafbar ist grundsätzlich nicht das Unternehmen, sondern die für die Verletzung verantwortliche(n) **natürliche(n) Person(en)** (Art. 64 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 6 VStrR). Das können Leitungspersonen sein, die eine gesetzliche Pflicht zur Sicherstellung der Datenschutz-Compliance haben, oder Personen, die im Unternehmen operative Prozessverantwortung haben und zu Fragen der Informationspflicht entscheidungsbefugt sind.[818] Wer hingegen nur unterstützt, ist Gehilfe und bleibt als solcher straffrei.[819] In bestimmten Fällen kann auch von der Bestrafung der natürlichen Person Umgang genommen und stattdessen das Unternehmen gebüsst werden. Das ist der Fall, wenn die Eruierung der fehlbaren Person unverhältnismässige Untersuchungsmassnahmen erfordern würde und eine Busse von höchstens CHF 50'000 in Betracht kommt (Art. 64 Abs. 2 DSG i.V.m. Art. 7 VStrR).

---

813. Gem. Rosenthal, N. 92, kann der EDÖB gestützt auf Art. 19 DSG nicht die Einstellung der Datenbearbeitung verlangen und müsste eine Untersagung mit einer Verletzung des Transparenzgrundsatzes von Art. 6 DSG begründen.
814. Rosenthal/Gubler, S. 54.
815. Rosenthal/Gubler, S. 54 und 56.
816. Ettlinger, N. 36; Schweikard/Vasella, S. 88.
817. Bühlmann/Lagler, S. 20.
818. Rosenthal/Gubler, S. 58.
819. Art. 333 Abs. 3 i.V.m. Art. 105 Abs. 2 StGB. Rosenthal/Gubler, S. 58.

Bestraft wird nur **vorsätzliches** Handeln. Dazu zählt auch Eventualvorsatz, also die billigende Inkaufnahme. Die fahrlässige Tatbegehung bleibt hingegen straflos. Wer eine Angabe vergisst, etwas unpräzise formuliert oder etwas bewusst weglässt, weil es seiner Ansicht nach nicht zu den Pflichtangaben gehört, handelt nicht vorsätzlich und bleibt straffrei.[820] Um vorsätzliches Handeln möglichst auszuschliessen, sollten Entscheidungen im Zusammenhang mit der Informationspflicht jeweils nachvollziehbar dokumentiert werden, z.B. aus welchen Überlegungen auf eine Information verzichtet oder eine Angabe weggelassen wird. 70

Art. 60 Abs. 1 DSG ist ein **Antragsdelikt**. Eine Verletzung der Informationspflicht wird somit nur auf Antrag, nicht aber von Amtes wegen verfolgt. Strafantrag kann jede betroffene Person, nicht aber der EDÖB stellen.[821] 71

C. Zivilrecht

Die Verletzung von Art. 19 DSG als öffentlich-rechtliche Vorschrift bewirkt für sich gesehen **keine Persönlichkeitsverletzung** und kann folglich von betroffenen Personen nicht auf dem Klageweg geltend gemacht werden.[822] 72

Betroffene Personen können ggf. aber eine Verletzung des allgemeinen **Transparenzgebots** als Bearbeitungsgrundsatz geltend machen und gestützt darauf beim zuständigen Zivilgericht Klage erheben.[823] 73

D. DSGVO

Im Geltungsbereich der DSGVO können Verstösse gegen die Informationspflicht mit **Geldbusse** bis zu EUR 20 Mio. oder 4% des gesamten weltweiten Jahresumsatzes geahndet werden (Art. 83 Abs. 5 DSGVO).[824] Es handelt sich dabei um den höheren der beiden von der DSGVO vorgesehenen Bussenrahmen. Anders als unter dem DSG richtet sich die DSGVO-Busse in erster Linie gegen das Unternehmen und nicht gegen die für das Unternehmen handelnden natürlichen Personen. 74

820. Ettlinger, N. 36.
821. Pärli/Flück, Art. 19 N. 24; Rosenthal, N. 92.
822. Pärli/Flück, Art. 19 N. 24; Rosenthal, N. 35 und 92; a.M. Ettlinger, N. 4.
823. Rosenthal, N. 35.
824. Bergt, Art. 83 N. 74 f.

75 Eine Verletzung der Informationspflicht kann unter der DSGVO ggf. auch die für die Bearbeitung erforderliche **Rechtsgrundlage entfallen** lassen und die Datenbearbeitung somit rechtswidrig werden lassen.[825]

VII. NORMKRITIK

76 Die Informationspflicht ist Ausdruck eines auf **informationeller Selbstbestimmung** beruhenden Grundverständnisses des Datenschutzrechts. Grundidee ist, dass betroffene Personen sich über eine Datenbearbeitung informieren und darauf basierend einen informierten Entscheid treffen, ob sie mit der entsprechenden Bearbeitung ihrer Daten einverstanden sind und ob sie eines der ihnen eingeräumten Datenschutzrechte ausüben möchten.

77 In der heutigen digitalisierten und datenbasierten Welt werden zunehmend die Grenzen dieses Grundverständnisses sichtbar.[826] Die Bearbeitung von Personendaten betrifft heute alle Lebensbereiche und Betroffene werden fortwährend mit umfassenden Datenschutzhinweisen konfrontiert, für die ihnen oftmals die Zeit fehlt und meist auch die nötigen Fachkenntnisse. Die Folge ist ein **Informationsüberfluss** (*«information overload»*) und eine konstante Überforderung. Für viele Menschen ist es ökonomisch rational, sich diesen Aufwand zu sparen und uninformiert zu bleiben.[827]

78 Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Informationspflicht **das ihr zugedachte Ziel überhaupt noch erreicht** und die mit ihr verbundenen Aufwände rechtfertigt.[828] Ihre konzeptionelle Grundlage stammt aus den Anfangszeiten des Datenschutzes, als Datenbearbeitungen noch einfacher waren.[829] Unsere Welt hat sich seither aber technologisch stark weiterentwickelt und moderne Datenbearbeitungen sind oft komplexe

825. Bäcker, Art. 13 N. 61 ff.
826. Thouvenin, Intensivstation, S. 209 f.
827. Vgl. Thouvenin/Glatthaar/Hotz/Ettlinger/Tschudin, N. 2 m.w.H.; Thouvenin, Intensivstation, S. 209 f. m.w.H.; Maric, N. 12. S. auch den Hinweis bei Vasella, Informationspflicht, wonach die Freiheit des Einzelnen, sich nicht zu informieren, vom Datenschutzrecht bisweilen geringgeschätzt wird.
828. Die Frage stellt sich auch vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und dem Gebot der Verhältnismässigkeit (Art. 36 BV); vgl. Vasella, Informationspflicht.
829. Ausführlich Thouvenin, Informationelle Selbstbestimmung.

Vorgänge. Es ist fast so, wie wenn man von einer Fluggesellschaft die Publikation umfassender technischer Angaben verlangen würde und von potenziellen Flugpassagieren erwartet, dass sie sich damit selbst ein Bild zur Flugtüchtigkeit des Flugzeugs machen. Hier wie dort ist das weder realistisch noch zielführend. Es wäre lohnenswert, **neue Ansätze** im Datenschutz zu entwickeln, die nicht auf vordergründiger Transparenz aufbauen.

LITERATURVERZEICHNIS

Article 29 Working Party, Guidelines on transparency under Regulation 2016/679, WP260 rev.01, adopted on 29 November 2017, as last revised and adopted on 11 April 2018, abrufbar unter https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/622227/en, besucht am 25.5.2023.

Bäcker Matthias, Kommentierung zu Art. 13 und 14 DSGVO, in: Kühling Jürgen/Buchner Benedikt (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, 3. Aufl., München 2020.

Bergt Matthias, Kommentierung zu Art. 83 DSGVO, in: Kühling Jürgen/Buchner Benedikt (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, 3. Aufl., München 2020.

Bieri Adrian/Powell Julian, Informationspflicht nach dem totalrevidierten Datenschutzgesetz, AJP 2020, S. 1533 ff.

Bühlmann Lukas/Lagler Marion, Informationspflichten und Auskunftsrecht nach dem neuen Datenschutzrecht, SZW 2021, S. 16 ff.

Bühlmann Lukas/Schüepp Michael, Information, Einwilligung und weitere Brennpunkte im (neuen) Schweizer Datenschutzrecht, in: Jusletter 15. März 2021.

Ettlinger Claudius, Die Informationspflicht gemäss neuem Datenschutzgesetz, in Jusletter IT 16. Dezember 2021.

Franck Lorenz, Kommentierung zu Art. 13 DSGVO, in: Gola Peter/Heckmann Dirk (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl., München 2022.

Kohlmeier Astrid/Klemola Meera, Das Legal Design Buch, Hürth 2021.

Maric Antonio, Legal Design im Kontext von Datenschutzerklärungen, in: Jusletter IT 20. Juli 2023.

Paal Boris/Hennemann Moritz, Kommentierung zu Art. 13 DSGVO, in: Paal Boris/Pauly Daniel (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung – Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl., München 2021.

Pärli Kurt/Flück Nathalie, Kommentierung zu Art. 19 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum DSG, 2. Aufl., Bern 2023.

Rampini Corrado/Fuchs Philippe, Kommentierung zu Art. 14 DSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor P. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014.

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter 16. November 2020.

Rosenthal David/Gubler Seraina, Die Strafbestimmungen des neuen DSG, SZW 2021, S. 52 ff.

Schweikard Christine/Vasella David, Datenschutzerklärungen und AGB, digma 2020, S. 88 ff.

Steiner Thomas, Zwischen Autonomie und Angleichung: Eine Analyse zur Anwendung des neuen DSG im Lichte der DSGVO, in: Widmer Michael (Hrsg.), Datenschutz: Rechtliche Schnittstellen, Zürich 2023, S. 51 ff.

Thouvenin Florent, Datenschutz auf der Intensivstation, digma 2019, S. 206 ff. (zit. Intensivstation).

Thouvenin Florent, Informationelle Selbstbestimmung: Intuition, Illusion, Implosion (noch nicht erschienen) (zit. Informationelle Selbstbestimmung).

Thouvenin Florent/Glatthaar Matthias/Hotz Juliette/Ettlinger Claudius/Tschudin Michael, Privacy Icons: Transparenz auf einen Blick, in: Jusletter 30. November 2020.

Vasella David, Zu den Anforderungen an die Erfüllung der Informationspflicht nach dem revDSG, datenrecht.ch, 28. Oktober 2022, abrufbar unter https://datenrecht.ch/zu-den-anforderungen-an-die-erfuellung-der-informationspflicht-nach-dem-revdsg, besucht am 25.5.2023 (zit. Informationspflicht).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.7.2017, BBl 2017 S. 6941 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de, besucht am 25.5.2023 (zit. Botschaft DSG).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 20 DSG

Eine Kommentierung von Matthias Glatthaar / Annika Schröder

ZITIERVORSCHLAG

Matthias Glatthaar/Annika Schröder, Kommentierung zu Art. 20 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Glatthaar/Schröder, N. XXX zu Art. 20 DSG.

Art. 20 Ausnahmen von der Informationspflicht und Einschränkungen

[1] Die Informationspflicht nach Artikel 19 entfällt, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

a. Die betroffene Person verfügt bereits über die entsprechenden Informationen.

b. Die Bearbeitung ist gesetzlich vorgesehen.

c. Es handelt sich beim Verantwortlichen um eine private Person, die gesetzlich zur Geheimhaltung verpflichtet ist.d.Die Voraussetzungen nach Artikel 27 sind erfüllt.

[2] Werden die Personendaten nicht bei der betroffenen Person beschafft, so entfällt die Informationspflicht zudem, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

a. Die Information ist nicht möglich.

b. Die Information erfordert einen unverhältnismässigen Aufwand.

[3] Der Verantwortliche kann die Mitteilung der Informationen in den folgenden Fällen einschränken, aufschieben oder darauf verzichten:

a. Überwiegende Interessen Dritter erfordern die Massnahme.

b. Die Information vereitelt den Zweck der Bearbeitung.

c. Der Verantwortliche ist eine private Person und die folgenden Voraussetzungen sind erfüllt:

Überwiegende Interessen des Verantwortlichen erfordern die Massnahme.
Der Verantwortliche gibt die Personendaten nicht Dritten bekannt.

d. Der Verantwortliche ist ein Bundesorgan und eine der folgenden Voraussetzungen ist erfüllt:

Die Massnahme ist wegen überwiegender öffentlicher Interessen, insbesondere der inneren oder der äusseren Sicherheit der Schweiz, erforderlich.
Die Mitteilung der Information kann eine Ermittlung, eine Untersuchung oder ein behördliches oder gerichtliches Verfahren gefährden.

[4] Unternehmen, die zum selben Konzern gehören, gelten nicht als Dritte im Sinne von Absatz 3 Buchstabe c Ziffer 2.

GLIEDERUNG

In Kürze ... 306
I. Allgemeines ... 306
A. Normzweck ... 306
B. Entstehungsgeschichte ... 306
C. Systematik ... 307
D. Auslegungshinweise ... 307
II. Ausnahmen (Abs. 1 und 2) ... 308
A. Allgemeines ... 308
B. Vorkenntnis der Informationen (Abs. 1 lit. a) ... 308
C. Gesetzlich vorgeschriebene Bearbeitungen (Abs. 1 lit. b) ... 309
D. Gesetzliche Geheimhaltungspflichten (Abs. 1 lit. c) ... 311
E. Medienprivileg (Abs. 1 lit. d) ... 313
F. Unmöglichkeit der Information (Abs. 2 lit. a) ... 313
G. Unverhältnismässiger Aufwand (Abs. 2 lit. b) ... 314
III. Einschränkungen ... 315
A. Allgemeines ... 315
B. Überwiegende Interessen Dritter (Abs. 3 lit. a) ... 316
C. Vereitelung des Zwecks (Abs. 3 lit. b) ... 316
D. Überwiegende Interessen des Verantwortlichen (Abs. 3 lit. c) ... 318
E. Überwiegende öffentliche Interessen (Abs. 3 lit. d Ziff. 1) ... 319
F. Verfahrensgefährdung (Abs. 3 lit. d Ziff. 2) ... 320
Literaturverzeichnis ... 320
Materialienverzeichnis ... 321

IN KÜRZE

Art. 20 DSG enthält eine Reihe von Erleichterungen von der Informationspflicht: Zum einen Ausnahmen, bei denen die Informationspflicht vollständig entfällt, z.B. wenn die betroffene Person bereits über die entsprechenden Informationen verfügt oder die Bearbeitung in Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht erfolgt. Zum anderen enthält die Bestimmung Einschränkungen, bei denen die Informationspflicht fortbesteht, die Information aber im Einzelfall eingeschränkt, aufgeschoben oder ausgesetzt werden kann, z.B. wenn eine Information den Zweck der Bearbeitung vereiteln würde oder überwiegende Interessen einer Information entgegenstehen. Art. 20 DSG dient als Korrektiv zu einer umfassenden Informationspflicht und sorgt dafür, dass die Informationspflicht für Verantwortliche nicht zu einer übermässigen Belastung wird und auf Fälle beschränkt bleibt, wo sie für den Schutz betroffener Personen erforderlich ist.

I. ALLGEMEINES

A. Normzweck

1 Art. 20 DSG normiert eine Reihe von **Erleichterungen von der Informationspflicht**. Die Bestimmung soll sicherstellen, dass die Informationspflicht dort gilt, wo sie für eine transparente Datenbearbeitung und den Schutz betroffener Personen erforderlich ist, während sie in Fällen, in denen sie überflüssig oder unverhältnismässig wäre, nicht zur Anwendung kommt. Sie ist Ausdruck des gesetzgeberischen Bemühens, einen Interessenausgleich zu finden und gezielt Erleichterungen zu schaffen. Im Vergleich zur DSGVO[830] ist der Ausnahmekatalog von Art. 20 DSG recht umfangreich.

B. Entstehungsgeschichte

2 Art. 20 DSG bündelt die im alten Recht über verschiedene Artikel verteilten Ausnahmen und Einschränkungen (Art. 9, Art. 14 Abs. 4 und 5, Art. 18a und Art. 18b aDSG) und ergänzt sie moderat. Art. 20 DSG blieb in den

830. Art. 13 Abs. 4 und Art. 14 Abs. 5 DSGVO.

parlamentarischen Beratungen **im Grundsatz unbestritten**, wobei die Ausnahme bei unverhältnismässigem Aufwand von Teilen des Parlaments als zu weitgehend angesehen wurde. Hinzugefügt wurde in den parlamentarischen Beratungen das Konzernprivileg gem. Art. 20 Abs. 4 DSG.[831]

C. Systematik

Die Bestimmung unterscheidet einerseits **Ausnahmen**, bei denen die Informationspflicht ganz wegfällt, und andererseits **Einschränkungen**, bei denen die Informationspflicht grundsätzlich weiterbesteht, der Verantwortliche die Information im Einzelfall aber einschränken, aufschieben oder aussetzen kann. Art. 20 DSG findet sowohl auf private Verantwortliche als auch auf Bundesorgane Anwendung, differenziert bei den einzelnen Ausnahmen und Einschränkungen z.T. aber zwischen Privaten und Bundesorganen. 3

Die in Art. 20 DSG enthaltenen Ausnahmen und Einschränkungen sind **abschliessend**. Eine Verletzung der Informationspflicht kann auch nicht nach Art. 31 DSG gerechtfertigt werden, da die Informationspflicht von Art. 19 DSG öffentlich-rechtlicher Natur ist und nicht eine Konkretisierung der Bearbeitungsgrundsätze gem. Art. 6 DSG.[832] 4

D. Auslegungshinweise

Die Ausnahmetatbestände von Art. 20 DSG gehen z.T. recht weit und umfassen auch Fälle, in denen zwar Erkennbarkeit der Datenbearbeitung gegeben ist (gesetzliche Grundlage, Abs. 1 lit. b) oder die Vertraulichkeit der bearbeiteten Personendaten gewährleistet ist (gesetzliche Geheimhaltungspflicht, Abs. 1 lit c), das von der Informationspflicht geschützte Informationsbedürfnis der betroffenen Person aber unerfüllt bleibt. Es ist deshalb angebracht, die Tatbestände **eher eng auszulegen** und in Einklang mit dem Zweck der Informationspflicht zu bringen.[833] 5

831. Dazu unten N. 41.

832. Dazu die Kommentierung zu Art. 19, N. 8.

833. Botschaft DSG, S. 7054; Bieri/Powell, S. 1540 f. Eine restriktive Auslegung ablehnend hingegen Ettlinger, N. 25; Vasella, Informationspflicht.

II. AUSNAHMEN (ABS. 1 UND 2)

A. Allgemeines

6 Art. 20 DSG legt in Abs. 1 und 2 insgesamt sechs Situationen fest, in denen der Verantwortliche von der Pflicht zur Information betroffener Personen **vollständig entbunden** ist. In diesen Situationen muss die betroffene Person auch nicht über die Anwendbarkeit der Ausnahme selbst informiert werden.[834] Ihr bleibt nur die Ausübung des Auskunftsrechts, wobei die betroffene Person bei Unkenntnis der Datenbearbeitung aber häufig gar keinen Anlass hat, Auskunft über ihre Daten zu verlangen, und das Auskunftsrecht seinerseits ähnlichen Beschränkungen unterliegt (Art. 26 DSG).

B. Vorkenntnis der Informationen (Abs. 1 lit. a)

7 Die Informationspflicht entfällt, wenn die betroffene Person bereits über die entsprechenden Informationen verfügt. Betroffene müssen nicht über Sachen informiert werden, die sie **schon wissen**, was einleuchtet. Eine vergleichbare Ausnahme von der Informationspflicht findet sich auch in der DSGVO.[835] Im alten DSG war die Ausnahme noch etwas enger gefasst und bezog sich auf den Informationsvorgang und nicht auf das Vorhandensein der Information an sich (Art. 14 Abs. 4 und Art. 18a Abs. 3 aDSG: «wenn die betroffene Person bereits informiert wurde»).

8 Die Ausnahme bedeutet zunächst, dass betroffene Personen bei **späteren Datenbeschaffungen** nicht erneut informiert werden müssen, wenn sie schon anlässlich einer früheren Beschaffung informiert wurden.[836] Voraussetzung ist, dass die Beschaffungen sachlich zusammenhängen und zeitlich nicht zu weit auseinanderliegen. Zu denken ist etwa an einzelne Bestellungen in einem Onlineshop, wenn anlässlich der Kontoerstellung bereits informiert wurde, oder an medizinische Nachbehandlungen, wenn bereits im Zusammenhang mit der Erstbehandlung eine Information erfolgte.

9 Ein weiterer Anwendungsfall der Ausnahme liegt vor, wenn die betroffene Person in eine Datenbearbeitung **eingewilligt** hat, da eine gültige Einwilligung nach Art. 6 Abs. 6 DSG definitionsgemäss eine hinreichende

834. Pärli/Flück, Art. 20 N. 5; Rosenthal, N. 102.
835. Art. 13 Abs. 4 und Art. 14 Abs. 5 lit. a DSGVO.
836. Rosenthal, N. 102.

Information voraussetzt.[837] Die von Art. 19 DSG verlangten Informationen können also auch mittels Einwilligungserklärung mitgeteilt werden.

Unter die Ausnahme sollen gem. Botschaft sodann auch Situationen fallen, in denen die betroffene Person ihre Personendaten dem Verantwortlichen **ohne dessen Zutun zustellt**.[838] Das geht recht weit, da die Kenntnis der betroffenen Person hier auf die Tatsache der Beschaffung beschränkt bleibt. Es besteht aber ein legitimes Informationsinteresse an weiteren Umständen der Datenbearbeitung, in dem von der Botschaft genannten Beispiel einer Stellenbewerbung etwa daran, ob (und wie lange) die Bewerbungsunterlagen auch für künftige Stellen vorgehalten werden, an wen sie ggf. weitergegeben werden und wo sie gespeichert werden. 10

Unter die Ausnahme werden schliesslich auch Fälle subsumiert, in denen feststeht, dass die betroffene Person auf die Informationen gem. Art. 19 DSG **verzichtet** hat oder sie **kein Interesse** an der Information hat.[839] Das muss aber auf klare Fälle beschränkt bleiben und ist jedenfalls nicht schon dann anzunehmen, wenn die betroffene Person ihre Personendaten öffentlich zugänglich gemacht hat (z.B. auf einem Social Media Profil).[840] 11

C. Gesetzlich vorgeschriebene Bearbeitungen (Abs. 1 lit. b)

Die Informationspflicht entfällt auch, wenn die Datenbearbeitung **gesetzlich vorgesehen** ist. Die Überlegung ist, dass in diesen Fällen bereits der Gesetzgeber die Eckpunkte der Datenbearbeitung unter Abwägung der verschiedenen Interessen definiert hat und die Information Betroffener deshalb keinen wesentlichen zusätzlichen Schutz bieten würde. Die DSGVO enthält eine ähnliche Ausnahme, jedoch beschränkt auf den Fall einer indirekten Beschaffung und geknüpft an die Bedingung, dass die Gesetzesnorm die Datenbearbeitung ausdrücklich regelt und geeignete Massnahmen zum Schutz berechtigter Interessen von betroffenen Personen vorsieht.[841] 12

837. Botschaft DSG, S. 7053. Siehe zu den Anforderungen an eine informierte Einwilligung die Kommentierung zu Art. 6 DSG.
838. Botschaft DSG, S. 7053.
839. Rosenthal, N. 102.
840. Pärli/Flück, Art. 20 N. 6.
841. Art. 14 Abs. 5 lit. c DSGVO.

13 Um unter die Ausnahme zu fallen, muss entweder die Datenbearbeitung selbst **vom Gesetz vorgeschrieben sein** oder die Datenbearbeitung muss für die Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht unentbehrlich sein. Mit Bezug auf private Verantwortliche genügt eine hinreichend präzise Grundlage in einem Gesetz im materiellen Sinn.[842] Für Bundesorgane gilt der Massstab von Art. 34 DSG und ein Gesetz im formellen Sinn ist erforderlich, wenn es um die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten geht, Profiling durchgeführt wird, oder wenn es sich um einen schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte handelt.

14 Vom Gesetz verlangte Datenbearbeitungen sind in der Rechtsordnung zahlreich und die Ausnahme hat deshalb **grosse praktische Bedeutung**. Als Beispiele können genannt werden: Führung des Aktienbuches sowie Einberufung und Durchführung der Generalversammlung bei Aktiengesellschaften;[843] Identifizierungspflichten und Feststellung der wirtschaftlich berechtigten Person zwecks Geldwäschereibekämpfung;[844] gesundheitspolizeiliche Meldepflichten im Zusammenhang mit übertragbaren Krankheiten;[845] Lohnzahlung und Zeugniserstellung durch den Arbeitgeber im Arbeitsverhältnis;[846] steuer- sowie sozialversicherungsrechtliche Abrechnungspflichten.

15 Die Ausnahme kann auch dann beansprucht werden, wenn der Verantwortliche die gesetzliche Pflicht **selbst herbeigeführt** hat, z.B. geldwäschereirechtliche Identifizierungspflichten durch Anbahnung der Geschäftsbeziehung oder arbeitsrechtlich indizierte Bearbeitungen durch Abschluss des Arbeitsvertrages.

16 Geht die Datenbearbeitung **über die gesetzliche Pflichtvorgabe hinaus** (sollen z.B. zwecks Pandemiebekämpfung erfasste Daten auch für Marketingzwecke verwendet werden), findet die Ausnahme keine Anwendung und es ist zu informieren.[847] Ebenfalls nicht von der Informationspflicht

842. Bieri/Powell, S. 1540; Ettlinger, N. 20.
843. Art. 686 und 699 ff. OR.
844. Art. 3 f. GwG.
845. Art. 12 ff. EpG.
846. Art. 322 ff. und 330a OR. Gem. Rosenthal, N. 103, zählt z.B. auch das Führen eines Personaldossiers zu den arbeitsrechtlich vorgegebenen und deshalb unter die Ausnahme fallenden Datenbearbeitungen.

ausgenommen sind Datenbearbeitungen, die nur auf allgemeiner Ebene in einem gesetzlich bestimmten Rahmen ablaufen, aber freiwillig erfolgen. Im Mitarbeitendenbereich ist deshalb regelmässig eine Information erforderlich, z.B. in Form einer Mitarbeitenden-Datenschutzerklärung. Auch wenn der von Art. 328b OR gesetzte Rahmen nicht überschritten wird, gehen Datenbearbeitungen im Mitarbeitendenbereich meist über das hinaus, was vom Gesetz effektiv vorgeschrieben ist.

Bei **Bundesorganen** erfolgt die Bearbeitung von Personendaten aufgrund von Art. 34 DSG in den meisten Fällen auf Basis einer gesetzlichen Grundlage. Die entsprechenden Gesetzesbestimmungen sind jedoch häufig recht allgemein gehalten und können die mit der Informationspflicht angestrebte Transparenz oft nicht alleine gewährleisten.[848] Richtiger Ansicht nach entbindet Abs. 1 lit. b Bundesorgane deshalb nur dann von der Informationspflicht, wenn die Datenbearbeitung vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen und ausreichend präzise umschrieben ist.[849] Als Beispiel für eine im Gesetz präzise umschriebene Datenbearbeitung kann Art. 69f und 69g RTVG i.V.m. Art. 67 und 67a RTVV genannt werden. Bundesorgane gestützt auf Abs. 1 lit. b bei jeder auf Gesetz beruhenden Bearbeitung von der Informationspflicht auszunehmen, würde die Transparenz bundesstaatlicher Datenbearbeitungen hingegen übermässig strapazieren und die Anwendbarkeit von Art. 19 DSG auf Bundesorgane an sich sowie die in Art. 20 Abs. 3 DSG speziell für Bundesorgane vorgesehenen Einschränkungen weitgehend obsolet machen.[850] 17

D. Gesetzliche Geheimhaltungspflichten (Abs. 1 lit. c)

Von der Informationspflicht befreit sind **natürliche Personen**, die einer gesetzlichen Geheimhaltungspflicht unterstehen. Zu denken ist v.a. an die in Art. 321 StGB genannten Berufsgruppen wie z.B. Geistliche, Anwältinnen, Apotheker und Ärztinnen. Die Ausnahme gilt nur (aber immerhin) für den geheimnisgeschützten Tätigkeitsbereich, nicht aber für allfällige weitere 18

847. Bieri/Powell, S. 1540; Ettlinger, N. 20.
848. Bühlmann/Lagler, S. 20; Cottier, S. 70.
849. Ettlinger, N. 20. Weitergehend Rosenthal, N. 103, wonach die Informationspflicht gestützt auf Art. 20 Abs. 1 lit. b DSG bei praktisch allen Datenbearbeitungen von Bundesorganen entfällt. In diese Richtung auch Botschaft DSG, S. 7053.
850. Ettlinger, N. 20.

Tätigkeiten einer dieser Berufsgruppen angehörigen Person. Wenn die Anwältin oder Hausärztin also z.B. Personendaten für die Kundenakquisition (Einladung zu Veranstaltungen oder Versand von Kundeninformationen) oder für die Bereitstellung ihrer Webseite bearbeitet, untersteht sie für diese Tätigkeiten der Informationspflicht.

19 Nicht unter die Ausnahme fällt die **juristische Person**, bei der die geheimhaltungspflichtige Person ggf. angestellt ist oder für die sie tätig ist. Eine Anwaltskörperschaft oder ein Ärztezentrum muss deshalb auch über Datenbearbeitungen im geheimnisgeschützten Tätigkeitsbereich informieren (z.B. über Anwaltsleistungen im Monopolbereich oder über Gesundheitsleistungen). Auch auf Bundesorgane findet die Ausnahme keine Anwendung.

20 Gem. Botschaft[851] wird mit der Ausnahme gem. Abs. 1 lit. c ein möglicher **Normenkonflikt** zwischen Geheimhaltungspflicht und Informationspflicht geregelt, was aber nicht überzeugt: Auch im geheimnisgeschützten Tätigkeitsbereich würden durch die Bereitstellung der in Art. 19 DSG verlangten Angaben keine personenbezogenen Daten offengelegt und somit auch keine Geheimnisse offenbart. Ein Anwalt könnte z.B. ohne weiteres in allgemeiner Weise darüber informieren, dass die in einer Rechtsschrift enthaltenen Personendaten an die Gegenpartei und das zuständige Gericht übermittelt werden. Gleichermassen könnte eine Ärztin über die Weitergabe von Personendaten an die Krankenversicherung zu Abrechnungszwecken informieren. Das Berufsgeheimnis wäre in solchen Fällen nicht tangiert. Sollte im Einzelfall dennoch ein Konflikt bestehen, könnte dieser auch über eine der in Abs. 3 vorgesehenen Einschränkungen (z.B. bei überwiegenden Interessen) gelöst werden.

21 Die pauschale Ausnahme von der Informationspflicht für geheimhaltungsverpflichtete Personen **erstaunt auch deshalb**, weil bei Geltung einer gesetzlichen Geheimhaltungspflicht zwar die Vertraulichkeit der bearbeiteten Personendaten gewährleistet ist, das von der Informationspflicht geschützte Informationsbedürfnis damit aber nicht ohne weiteres entfällt. Bspw. bleibt offen, für welche Zwecke der Geheimnisträger die Personendaten bearbeitet, z.B. ob die Ärztin oder der Anwalt auch Profiling betreibt und die erhobenen Daten für Marketingzwecke nutzt.

851. Botschaft DSG, S. 7053.

Die **DSGVO** enthält eine vergleichbare Ausnahme für den Fall, dass die erhobenen Personendaten einem Berufsgeheimnis unterstehen.[852] Sie ist zugleich weiter und enger als die Ausnahme des DSG: Die Ausnahme der DSGVO ist nicht auf private Personen beschränkt, gilt dafür aber nur im Fall einer indirekten Beschaffung. 22

E. Medienprivileg (Abs. 1 lit. d)

Eine weitere Ausnahme betrifft die **Recherchetätigkeit von Medien** im Hinblick auf die Publikation einer journalistischen Arbeit und den Quellenschutz. Unter den gleichen Voraussetzungen, nach denen eine Auskunft verweigert werden kann, kann auch auf eine Information verzichtet werden: Art. 20 Abs. 1 lit. d DSG verweist auf Art. 27 DSG.[853] Die Ausnahme schützt die Informations- und Kontrollfunktion von Medien. Müssten Personen, die den Gegenstand einer investigativen Recherche bilden, darüber informiert werden, und Informationsquellen offengelegt werden, würde die journalistische Arbeit verunmöglicht und Medien könnten die ihnen zugedachte demokratische Funktion nicht erfüllen. 23

Die Ausnahme von Abs. 1 lit. d steht nur bei Bearbeitungen von Personendaten im Hinblick auf die Veröffentlichung **im redaktionellen Teil eines periodisch erscheinenden Mediums** (z.B. einer Zeitung oder eines Onlinemagazins) zur Verfügung. Für sog. «Advertorials» und andere Veröffentlichungen mit überwiegendem Werbecharakter kann die Ausnahme ebenso wenig geltend gemacht werden wie für Recherchetätigkeiten im Hinblick auf einen Dokumentarfilm oder ein anderes nicht-periodisches Medium. Ggf. kann bei solchen Recherchetätigkeiten aber auf einen anderen Ausnahme- oder Einschränkungsgrund zurückgegriffen werden, z.B. auf Art. 20 Abs. 3 lit. b DSG (Zweckvereitelung).[854] 24

F. Unmöglichkeit der Information (Abs. 2 lit. a)

Werden Personendaten nicht direkt bei der betroffenen Person, also indirekt beschafft, entfällt die Informationspflicht auch dann, wenn die Information **nicht möglich** ist. In Fällen direkter Beschaffung steht die Ausnahme nicht 25

852. Art. 14 Abs. 5 lit. d DSGVO.
853. S. die Kommentierung zu Art. 27 DSG.
854. S. unten N. 35 ff.

zur Verfügung, was folgerichtig ist. Denklogisch kann nicht die direkte Datenerhebung bei der betroffenen Person möglich, ihre Information aber unmöglich sein.

26 Unmöglichkeit, die Information durchzuführen, liegt z.B. vor, wenn die betroffene Person gar nicht identifiziert werden kann. In dem in der Botschaft[855] genannten Beispiel des Fotos einer Unbekannten darf dies angesichts heutiger technologischer Möglichkeiten aber nicht ohne weiteres angenommen werden. Die Ausnahme hat auch sonst **kaum praktische Relevanz**: Bei Unmöglichkeit der Identifikation fehlt es dogmatisch meist schon am Personenbezug der betreffenden Daten und die Frage der Informationspflicht stellt sich gar nicht erst.

G. Unverhältnismässiger Aufwand (Abs. 2 lit. b)

27 Die Informationspflicht entfällt schliesslich, wenn Personendaten indirekt beschafft werden und die Information der betroffenen Personen einen **unverhältnismässigen Aufwand** erfordern würde. Wiederum kann die Ausnahme bei direkter Beschaffung nicht beansprucht werden. Wer Personendaten direkt bei der betroffenen Person erhebt, dem ist zuzumuten, sie über die Beschaffung zu informieren.

28 Welcher Aufwand noch verhältnismässig ist, ist **im Einzelfall zu bestimmen** und richtet sich nach dem Aufwand des Verantwortlichen gemessen am Informationsinteresse der betroffenen Personen.[856] Massgeblich ist dabei nicht das konkrete Informationsinteresse einzelner Personen, sondern ein generalisiertes Informationsinteresse.[857] Je sensibler die bearbeiteten Daten, je umfangreicher die Bearbeitung, je kritischer die Modalitäten der Bearbeitung, je grösser die Kritikalität des Bearbeitungszwecks und je neuartiger die für die Bearbeitung eingesetzten Technologien sind, desto grössere Aufwände können dem Verantwortlichen zugemutet werden.

29 Die Botschaft nennt als **Beispiel** für einen unverhältnismässigen Aufwand die Bearbeitung von Personendaten zu Archivzwecken.[858] Bei einer grossen Anzahl von Personen wäre die Information mit einem hohen Aufwand

855. Botschaft DSG, S. 7053.
856. Rosenthal, N. 104.
857. Rosenthal, N. 104.
858. Botschaft DSG, S. 7054.

verbunden, während sich das Informationsinteresse der Betroffenen in solchen Fällen regelmässig in Grenzen halten dürfte. Die analoge Ausnahmebestimmung in der DSGVO nennt als weitere Beispiele die Bearbeitung für wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke sowie für statistische Zwecke.[859] Unverhältnismässig kann die Information betroffener Personen auch dann sein, wenn sehr grosse Datenmengen für das Training von Large Language Models und ähnlichen KI-Modellen verwendet werden, z.B. wenn die Künstliche Intelligenz mit dem «ganzen Internet» trainiert wird. In der Praxis empfiehlt es sich, jeweils zu dokumentieren, aus welchen Überlegungen eine Information betroffener Person nicht mehr als verhältnismässig eingeschätzt wird.[860]

30 Der Tatbestand von Abs. 2 lit. b ist als Ausnahme konzipiert, eine **Einschränkung hätte aber besser gepasst**. Ist eine Information z.B. wegen der grossen Anzahl betroffener Personen unverhältnismässig, erscheint ein vollständiges Auslassen der Information nicht angebracht. Ein milderes (und naheliegendes) Mittel wäre in solchen Fällen die Bereitstellung einer Datenschutzerklärung auf der Webseite des betreffenden Unternehmens unter Verzicht auf eine individuelle Benachrichtigung.

III. EINSCHRÄNKUNGEN

A. Allgemeines

31 Art. 20 DSG enthält in Abs. 3 insgesamt fünf Konstellationen, in denen die Information **eingeschränkt, aufgeschoben oder ausgesetzt** werden kann. Anders als bei den Ausnahmen gem. Abs. 1 und 2, entfällt die Informationspflicht in diesen Fällen nicht vollständig und die Information darf jeweils nur so weit eingeschränkt werden, als es der entsprechende Grund im Einzelfall erfordert.[861] Fällt der Grund für die Einschränkung nachträglich weg, muss die Information nachgeholt werden. Wie bei den Ausnahmen[862] muss die betroffene Person auch bei den Einschränkungen gem. Abs. 3 nicht über die Anwendung und den Umfang der Einschränkung in Kenntnis gesetzt

859. Art. 14 Abs. 5 lit. b DSGVO.
860. Ettlinger, N. 22.
861. Botschaft DSG, S. 7054; Pärli/Flück, Art. 20 N. 16.
862. S. oben N. 6.

werden, und ihr bleibt auch hier einzig die Geltendmachung des Auskunftsrechts.

32 Die Möglichkeiten zur Einschränkung der Information basieren grossteils auf einer **Interessenabwägung**, bei der der konkrete Anlass für eine Einschränkung mit dem Informationsbedürfnis der betroffenen Personen ins Verhältnis zu setzen ist.[863] Demgegenüber geht bei den Ausnahmen meist aus dem Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts (z.B. dass die betroffene Person bereits über die Information verfügt) hervor, ob von der Ausnahme Gebrauch gemacht werden kann oder nicht.

B. Überwiegende Interessen Dritter (Abs. 3 lit. a)

33 Eine Möglichkeit zur Einschränkung der Information besteht, wenn diese aufgrund **überwiegender Interessen Dritter** erforderlich ist. Die Formulierung «Dritter» in Abs. 3 lit. a ist dabei nicht ausschliesslich im Plural zu verstehen und es genügt auch das überwiegende Interesse einer einzelnen Drittperson, um die Information einschränken zu können. Diese Einschränkungsmöglichkeit besteht sowohl für private Verantwortliche als auch für Bundesorgane.

34 Die Einschränkung kann in Fällen genutzt werden, in denen Drittpersonen ein Interesse am Ausbleiben der Information an die betroffene Person haben, und dieses Interesse das **Informationsbedürfnis der betroffenen Person überwiegt**.[864] Dies ist vor allem in Konstellationen denkbar, in denen die betroffene Person durch die Information auch Angaben zu Drittpersonen erlangen würde und dadurch deren Geheimhaltungsinteressen beeinträchtigt würden.[865] In der Praxis dürften solche Konstellationen aber nur selten vorkommen, da mit der Information als solches in der Regel keine personenbezogenen Daten offengelegt werden.

C. Vereitelung des Zwecks (Abs. 3 lit. b)

35 Ebenfalls möglich ist die Einschränkung der Information für private Verantwortliche sowie Bundesorgane dann, wenn durch die Information der mit der Datenbearbeitung verfolgte **Zweck vereitelt** wird. Art. 20 Abs. 3 lit. b

863. Botschaft DSG, S. 7054; Bieri/Powell, S. 1541.
864. Bieri/Powell, S. 1541; Pärli/Flück, Art. 20 N. 18; Rosenthal, N. 105.
865. Botschaft DSG, S. 7054; Bieri/Powell, S. 1541.

DSG lässt offen, ob eine blosse Beeinträchtigung des Bearbeitungszwecks für eine Einschränkung der Information bereits ausreicht oder ob eine vollständige Verhinderung gegeben sein muss. Gem. Botschaft sind die Bestimmungen in Art. 20 Abs. 3 DSG restriktiv auszulegen,[866] weswegen davon auszugehen ist, dass die Vereitelung vollständig sein muss.[867]

Bei mehreren mit einer Datenbearbeitung verfolgten Zwecken muss die Information an die betroffene Person den **eigentlichen Hauptzweck** vereiteln, dem gem. Botschaft zudem eine erhebliche Bedeutung zukommen muss.[868] Die Möglichkeit zur Einschränkung der Information wird auch dadurch weiter eingeschränkt, dass rein wirtschaftliche Interessen generell nicht in den Anwendungsbereich der Einschränkung gem. Abs. 3 lit. b fallen.[869] In der Praxis wird es deshalb nur wenige Fälle geben, bei denen private Verantwortliche von dieser Einschränkung Gebrauch machen können. Breiter sind die Anwendungsmöglichkeiten bei Bundesorganen, v.a. im Bereich der Strafverfolgung, wobei hier aber meist auch die Einschränkungsmöglichkeit von Abs. 3 lit. d Ziff. 2 greifen dürfte.[870] 36

Ein **Anwendungsbeispiel** für die Einschränkung sind Recherchetätigkeiten im Zusammenhang mit investigativem Journalismus, die nicht unter die Ausnahme von Art. 20 Abs. 1 lit. d DSG fallen, z.B. weil die Recherche für eine Dokumentation und nicht für ein periodisch erscheinendes Medium erfolgt.[871] Ein Aussetzen der Information gestützt auf Abs. 3 lit. b kann auch dann gerechtfertigt sein, wenn im Rahmen einer Beweissicherung für einen späteren Prozess Personendaten bearbeitet werden und die Information der betroffenen Person die Erhebung des Beweismaterials verunmöglichen würde.[872] Ebenso denkbar ist das Aufschieben der Information bei der Durchführung von Verhaltensstudien, in denen die betroffenen Personen ein möglichst natürliches Verhalten zeigen sollen und eine Information vor Durchführung der Studie die Ergebnisse verfälschen würde. Auch im Fall einer gerechtfertigten Beschattung einer Person durch einen Privatdetektiv 37

866. Botschaft DSG, S. 7054.
867. Bieri/Powell, S. 1541.
868. Botschaft DSG, S. 7055; Bieri/Powell, S. 1541; Pärli/Flück, Art. 20 N. 19.
869. Botschaft DSG, S. 7055.
870. S. unten N. 46 f.
871. Botschaft DSG, S. 7055; Bieri/Powell, S. 1541.
872. Botschaft DSG, S. 7055; Bieri/Powell, S. 1541.

würde ihr Zweck durch die Information an die beobachtete Person vereitelt.[873]

D. Überwiegende Interessen des Verantwortlichen (Abs. 3 lit. c)

38 Die Möglichkeit zur Einschränkung der Information aufgrund überwiegender Interessen des Verantwortlichen steht **nur privaten Verantwortlichen** offen. Bundesorgane können sich nicht auf diese Möglichkeit beziehen.

39 Im Unterschied zu Abs. 3 lit. b kommen hier auch **wirtschaftliche Interessen** wie z.B. Absatzförderung oder Produktentwicklung in Frage.[874] Da sich die Einschränkungsmöglichkeit nur an private Verantwortliche richtet, wird es in vielen Fällen um genau solche wirtschaftlichen Interessen gehen. Der tatsächlichen Einschränkung der Information muss aber eine Abwägung zwischen den Interessen des Verantwortlichen und dem Informationsbedürfnis der betroffenen Personen vorausgehen.[875] Es handelt sich um einen recht offenen Massstab und für Verantwortliche ist es deshalb ratsam zu dokumentieren, warum die eigenen Interessen überwiegen.

40 Voraussetzung für eine Einschränkung der Information nach Abs. 3 lit. c ist ausserdem, dass keine **Datenbekanntgabe an Dritte** erfolgt. Damit sind Bekanntgaben an selbständige Verantwortliche gemeint, z.B. an Kooperationspartner oder Werbenetzwerke, aber auch Behörden fallen darunter.[876] Unschädlich sind hingegen Bekanntgaben an Auftragsbearbeiter, die die Datenbearbeitung weisungsgebunden im Auftrag des Verantwortlichen durchführen, sowie an gemeinsam Verantwortliche.[877] Wenn auch Bekanntgaben an Auftragsbearbeiter und gemeinsam Verantwortliche erfasst sein sollen, spricht das DSG i.d.R. von «Empfängern» statt von «Dritten».[878]

41 Ebenfalls unschädlich sind gem. Abs. 4 generell Datenbekanntgaben an **Konzerngesellschaften**, und zwar auch dann, wenn es sich beim konzerninternen Empfänger seinerseits um einen eigenen Verantwortlichen

873. Pärli/Flück, Art. 20, N. 19; Rosenthal, N. 105.
874. Botschaft DSG, S. 7055; Bieri/Powell, S. 1541.
875. Botschaft DSG, S. 7056.
876. Rosenthal, N. 105.
877. Bieri/Powell, S. 1541; Pärli/Flück, Art. 20 N. 20; Rosenthal, N. 105.
878. S. die in Art. 12 Abs. 2 lit. d, Art. 19 Abs. 2 lit. c und Art. 25 Abs. 2 lit. g DSG erwähnten «(Kategorien der) Empfängerinnen und Empfänger» sowie Art. 36 Abs. 2 DSG betr. Bekanntgabe von Personendaten durch Bundesorgane.

handelt. Bei der Weitergabe von Personendaten innerhalb des eigenen Konzerns, etwa im HR-Bereich, sind die Voraussetzungen für die Einschränkungsmöglichkeit also weiterhin gegeben. Dieses Konzernprivileg war im Gesetzesentwurf ursprünglich nicht vorgesehen und wurde während der parlamentarischen Beratungen hinzugefügt. Zum Ausschluss der Einschränkungsmöglichkeit von Abs. 3 lit. c führen folglich nur Bekanntgaben an separate Verantwortliche ausserhalb des eigenen Konzernverbunds.

Abs. 3 lit. c bietet für die praktische Anwendung einen **erheblichen Spielraum** für eine Einschränkung der Information, da ein überwiegendes Interesse des Verantwortlichen für eine Vielzahl von Datenbearbeitungen vorgebracht werden kann. Regelmässig anzunehmen sind überwiegende Interessen z.B. bei niederschwelligen Datenbearbeitungen wie einfachen Kundenbindungsmassnahmen, bei denen die Umstände sowie die Art und Weise der Datenbearbeitung offensichtlich sind und eine umfassende Information für betroffene Personen deshalb keinen Mehrwert hätte. 42

E. Überwiegende öffentliche Interessen (Abs. 3 lit. d Ziff. 1)

Für Bundesorgane ist es möglich, eine Information einzuschränken, wenn dies erforderlich ist, um **überwiegende öffentliche Interessen** zu schützen. Für private Verantwortliche besteht keine Möglichkeit, eine Einschränkung der Information auf Abs. 3 lit. d zu stützen. 43

Was als öffentliches Interesse zu verstehen ist, ist **recht breit gefasst**. Die Norm nennt exemplarisch Interessen der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz, was insb. im Kontext nachrichtendienstlicher Tätigkeiten relevant sein kann. Öffentliche Interessen sind aber auch dann tangiert, wenn es z.B. um die Einhaltung völkerrechtlicher Verpflichtungen, diplomatische Zwecke oder die Beziehungspflege mit dem Ausland geht.[879] Ein Bundesorgan könnte also bspw. dann die Information einschränken, wenn die Mitteilung an die betroffenen Personen den aussenpolitischen Beziehungen mit einem anderen Land schaden würde. 44

Auch hier muss das öffentliche Interesse «überwiegen» und es ist somit eine **Interessenabwägung** erforderlich, damit ein Bundesorgan von der Einschränkungsmöglichkeit Gebrauch machen kann. Eine Abwägung, die das 45

879. Botschaft DSG, S. 7056.

Informationsbedürfnis (einzelner) betroffener Personen nationalen Sicherheitsinteressen gegenüberstellt, dürfte aber häufig zugunsten der Einschränkungsmöglichkeit ausfallen.

F. Verfahrensgefährdung (Abs. 3 lit. d Ziff. 2)

46 Schliesslich sieht Abs. 3 lit. d Ziff. 2 noch eine Möglichkeit zur Einschränkung vor, wenn die Information dazu führen würde, dass eine Ermittlung, Untersuchung oder ein behördliches oder gerichtliches Verfahren **gefährdet** würde. Auch diese Möglichkeit steht nur Bundesorganen offen und kann nicht von privaten Verantwortlichen genutzt werden. Private Verantwortliche müssen in Fällen einer Verfahrensgefährdung auf einen anderen Ausnahme- oder Einschränkungsgrund zurückgreifen.

47 Die Möglichkeit hat eine inhaltliche Nähe zur Einschränkung der Information, wenn diese den eigentlichen Zweck der Datenbearbeitung vereiteln würde. Anders als nach Abs. 3 lit. b, bei dem der Zweck tatsächlich vereitelt werden muss, reicht bei der Einschränkungsmöglichkeit nach Abs. 3 lit. d aber eine Gefährdung aus. Es ist also nicht erforderlich, dass sich die Gefährdung tatsächlich realisiert; das **Risiko genügt**.

LITERATURVERZEICHNIS

Bieri Adrian/Powell Julian, Informationspflicht nach dem totalrevidierten Datenschutzgesetz, AJP 2020, S. 1533 ff.

Bühlmann Lukas/Lagler Marion, Informationspflichten und Auskunftsrecht nach dem neuen Datenschutzrecht, SZW 2021, S. 16 ff.

Cottier Bertil, Transparence des traitements de données personnelles opérés par les organes fédéraux: un pas en avant, deux en arrière, SZW 2021, S. 65 ff.

Ettlinger Claudius, Die Informationspflicht gemäss neuem Datenschutzgesetz, in Jusletter IT 16. Dezember 2021.

Pärli Kurt/Flück Nathalie, Kommentierung zu Art. 19 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum DSG, 2. Aufl., Bern 2023.

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter 16. November 2020.

Vasella David, Zu den Anforderungen an die Erfüllung der Informationspflicht nach dem revDSG, datenrecht.ch, 28. Oktober 2022, abrufbar unter https://datenrecht.ch/zu-den-anforderungen-an-die-erfuellung-der-informationspflicht-nach-dem-revdsg, besucht am 25.5.2023 (zit. Informationspflicht).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.7.2017, BBl 2017 S. 6941 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de, besucht am 18.5.2023 (zit. Botschaft DSG).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 21 DSG

Eine Kommentierung von Liliane Obrecht / Anna Kuhn

ZITIERVORSCHLAG

Liliane Obrecht/Anna Kuhn, Kommentierung zu Art. 21 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Obrecht/Kuhn, Art. 21 DSG N. XXX.

Art. 21 Informationspflicht bei einer automatisierten Einzelentscheidung

[1] Der Verantwortliche informiert die betroffene Person über eine Entscheidung, die ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung beruht und die für sie mit einer Rechtsfolge verbunden ist oder sie erheblich beeinträchtigt (automatisierte Einzelentscheidung).

[2] Er gibt der betroffenen Person auf Antrag die Möglichkeit, ihren Standpunkt darzulegen. Die betroffene Person kann verlangen, dass die automatisierte Einzelentscheidung von einer natürlichen Person überprüft wird.

[3] Die Absätze 1 und 2 gelten nicht, wenn:

a. die automatisierte Einzelentscheidung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person steht und ihrem Begehren stattgegeben wird; oder

b. die betroffene Person ausdrücklich eingewilligt hat, dass die Entscheidung automatisiert erfolgt.

[4] Ergeht die automatisierte Einzelentscheidung durch ein Bundesorgan, so muss es die Entscheidung entsprechend kennzeichnen. Absatz 2 ist nicht anwendbar, wenn die betroffene Person nach Artikel 30 Absatz 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968[6] (VwVG) oder nach einem anderen Bundesgesetz vor dem Entscheid nicht angehört werden muss.

GLIEDERUNG

In Kürze ... 327
I. Allgemeines ... 327
A. Übersicht und Aufbau ... 327
B. Normzweck ... 328
C. Entstehungsgeschichte ... 329
II. Informationspflicht bei automatisierter Einzelentscheidung (Abs. 1) ... 333
A. Technischer Hintergrund ... 333
1. Automatisierungsstufen ... 333
2. Entwicklung ... 336
B. Automatisierte Einzelentscheidung ... 337
1. Vollautomatisierung ... 337
2. Rechtsfolge oder erhebliche Beeinträchtigung ... 338
3. Weitere Voraussetzungen ... 341
4. Würdigung ... 342
C. Informationspflicht ... 342
1. Zeitpunkt, Inhalt und Form ... 343
2. Würdigung ... 345
III. Rechte der betroffenen Person (Abs. 2) ... 345
A. Recht auf Darlegung des Standpunktes ... 345
1. Private ... 345
2. Staat ... 346
B. Recht auf Überprüfung durch eine natürliche Person ... 347
IV. Ausnahmen (Abs. 3) ... 348
V. Automatisierte Einzelentscheidung durch ein Bundesorgan (Abs. 4) ... 350
A. Kennzeichnungspflicht ... 350
B. Nichtanwendbarkeit von Art. 21 Abs. 2 DSG ... 351
C. Fehlende allgemeine Zulässigkeitsabsicht ... 352
VI. Durchsetzung ... 353
VII. Rechtsvergleichende Hinweise ... 355
A. Europäische Regelung (Art. 22 DSGVO) ... 355
B. Kasuistik ... 357
1. Zur Unterscheidung von teil- und vollautomatisierten Entscheidungen ... 357
a. Österreich: AMAS-Algorithmus ... 357
b. Deutschland: Schufa-Beispiel ... 358
2. Zur erheblichen Beeinträchtigung nach Art. 21 Abs. 2 DSG ... 360
a. Niederlanden: SyRI-System ... 360
b. Bezirksgericht Amsterdam: Taxidienst Uber ... 361
c. Bezirksgericht Amsterdam: App Ola ... 362
3. Erkenntnisse für die Schweizer Rechtslage ... 362
VIII. Ausblick ... 363

Literaturverzeichnis 364
Materialienverzeichnis 370

IN KÜRZE

Art. 21 DSG sieht eine Informationspflicht bei vollautomatisierten Einzelentscheidungen vor, die eine betroffene Person erheblich beeinträchtigt oder für diese Rechtsfolgen nach sich zieht. Ferner räumt die Bestimmung der betroffenen Person verschiedene Schutzrechte ein: ein Recht auf Darstellung des Standpunktes und ein Recht auf Überprüfung durch einen Menschen. Darüber hinaus verpflichtet die Norm Bundesorgane, vollautomatisierte Einzelentscheidungen ausdrücklich als solche zu kennzeichnen. Ein wesentliches Defizit der Bestimmung besteht darin, dass sie teilautomatisierte Entscheidungen nicht in ihren Anwendungsbereich einbezieht.

I. ALLGEMEINES

A. Übersicht und Aufbau

Mit der Revision des Datenschutzgesetzes wurde im September 2023 der **Begriff** der automatisierten Einzelentscheidung in das Schweizer Recht eingeführt.[880] Art. 21 DSG regelt die Pflichten des Verantwortlichen i.S.v. Art. 5 lit. j DSG[881] und die Rechte der betroffenen Person bei einer automatisierten Einzelentscheidung. Abs. 1 definiert die automatisierte Einzelentscheidung und statuiert eine diese betreffende Informationspflicht. Abs. 2 enthält die Rechte der betroffenen Person, zu denen das Recht auf Anhörung sowie die Überprüfung des Entscheids durch eine natürliche Person gehören. Abs. 3 sieht Ausnahmen zu den Absätzen 1 und 2 vor. Abs. 4 stellt eine Sonderbestimmung für Bundesorgane auf. 1

Das DSG wird durch die **Datenschutzverordnung** (DSV)[882] konkretisiert. Diese enthält bis anhin keine weiteren Bestimmungen zur automatisierten Einzelentscheidung.[883] 2

880. Siehe dazu Botschaft DSG 2017, S. 7056 ff.; Thouvenin/Früh, S. 3, bezeichnen die automatisierte Einzelentscheidung bereits als «omnipräsentes Phänomen».
881. Da das DSG für den Verantwortlichen das generische Maskulin verwendet, wird dieses in der Kommentierung für diesen Begriff übernommen.
882. Verordnung über den Datenschutz vom 31.8.2022 (DSV; SR 235.1).
883. Stand März 2026.

B. Normzweck

3 Gemäss der Botschaft des Bundesrats soll mit Art. 21 DSG den bestehenden **völkerrechtlichen** Bestimmungen entsprochen werden.[884] Inhaltlich begründet der Bundesrat die neue Bestimmung damit, dass automatisierte Einzelentscheidungen infolge der technologischen Entwicklungen stetig zunehmen.[885] Eine detaillierte Auseinandersetzung mit den Risiken, die mit automatisierten Einzelentscheidungen einhergehen sowie dem sich daraus ergebenden Regelungsbedarf erfolgt jedoch nicht.[886]

4 Die Botschaft führt indes Beispiele auf, wie **fehlerhafte** Entscheidungen basierend auf falschen oder unvollständigen Datensätzen getroffen werden können. Dies lässt vermuten, dass ein Grund zur Einführung des neuen Art. 21 DSG auch die Befürchtung vor ebensolchen Entscheidungen war.[887] Als potenzielles Regelungsziel kann daher der Schutz der Menschenwürde gesehen werden, dessen Ziel mitunter ist, die Menschen vor einer blossen Degradierung zum Objekt maschineller Entscheidungen zu schützen.[888] Ein weiteres mögliches Regelungsziel kann im Schutz vor Diskriminierung durch den Staat gesehen werden: Sofern eine automatisierte Einzelentscheidung auf maschinellen Lernverfahren basiert, folgt sie nicht menschengemachten Regeln, sondern lernt aus grossen Datenmengen (sog. Trainingsdaten), welche gesellschaftliche Benachteiligungen, Muster oder veraltete Rollenbilder widerspiegeln können (sog. *Data Bias*).[889] Auf diese Weise kann eine automatisierte Einzelentscheidung Benachteiligungen reproduzieren und eine diskriminierende Wirkung entfalten.[890] Durch die neue Bestimmung wird betroffenen Personen die Möglichkeit zur Einflussnahme eingeräumt, falls sie Gegenstand einer automatisierten Einzelentscheidung sind («Recht auf menschliches Gehör»).[891] Dies soll gemäss Botschaft fehlerhaften Entscheidungen und deren Konsequenzen entgegenwirken.[892] Im Übrigen bewertet der Gesetzgeber damit menschliche Entscheidungen implizit als überlegen, da seiner Ansicht nach fehlerhafte automatisierte Entscheidungen

884. Botschaft DSG 2017, S. 7056; konkret werden in der Botschaft Art. 8 lit. A E-SEV 108, Art. 11 der Richtlinie (EU) 2016/680 sowie Art. 22 der Verordnung (EU) 2016/679 genannt.
885. Botschaft DSG 2017, S. 7056; Erläuternder Bericht Vorentwurf DSG, S. 59.
886. Braun Binder, Automatisierte Entscheidungen, S. 31.
887. Botschaft DSG 2017, S. 7057 f.
888. Thouvenin/Früh/George, Rz. 18.
889. Braun Binder et al., Studie 2021, S. 40 ff.

durch menschliche Intervention verhindert werden können. Auf dieser Grundannahme fusst auch die Bestimmung zu automatisierten Einzelentscheidungen gemäss DSGVO[893] (vgl. N. 69 ff.), welche die Botschaft als weitere Begründung für Art. 21 DSG nennt.[894]

C. Entstehungsgeschichte

Der rechtswissenschaftliche Diskurs rund um automatisierte Einzelentscheidungen hat zwar erst mit der ausdrücklichen Einführung von Art. 21 DSG Fahrt aufgenommen. Wie sich nachfolgend allerdings zeigen wird, geht der Begriff bereits mehrere Jahrzehnte zurück. Art. 21 DSG ist daher das Ergebnis einer schrittweisen Entwicklung, die auf früheren Reformansätzen und internationalen Vorgaben aufbaut. 5

1981: In den Materialien zur Richtlinie für die Bearbeitung von Personendaten in der Bundesverwaltung vom 16. März 1981[895] wurde auf die Risiken hingewiesen, die durch die Schaffung von Persönlichkeitsprofilen sowie der darauf basierenden automatisierten Entscheidungsfindung entstehen könnten.[896] Eine explizite Normierung der automatisierten Einzelentscheidung erfolgte dabei im Schweizer Recht indes nicht.[897] 6

890. Braun Binder/Thouvenin/Volz/Obrecht, S. 3 ff.; Büyüksagis, Décisions algorithmiques, S. 227 f.; Ernst, S. 1031 f.; Weber, Grundrechte, S. 19; spezifisch zur Proxy Diskriminierung siehe Prince/Schwarcz, S. 1273 ff.; beispielhaft aus dem Steuerbereich Schmidt, Teil II, S. 36 ff. So hält etwa die Swico Charta (https://www.swico.ch/de/wissen/normen-standards/swico-ethik-charta/, besucht am 20.03.2026) fest, dass Unternehmen automatisierte Entscheidungssysteme oder Empfehlungssysteme auf unbeabsichtigte Diskriminierung zu überwachen haben, selbst wenn das Datenprodukt auf indirekte Diskriminierung getestet wurde, weil die Testdaten andere statistische Eigenschaften als die realen Daten haben können und deshalb neue Formen von Diskriminierung entstehen können.
891. Vgl. N. 40 ff.
892. Botschaft DSG 2017, S. 7058; siehe auch SHK-Pärli/Flück, Art. 21 DSG N. 4.
893. Verordnung (EU) 2016/679 des europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).
894. Die DSGVO ist für die Schweiz zwar nicht direkt verbindlich, hat aber aufgrund ihrer extraterritorialen Wirkung (Marktortprinzip) dennoch Relevanz für Schweizer Unternehmen mit EU-Bezug.
895. Richtlinien 1981, S. 1298 ff.
896. Ausführlich dazu sowie zur Entstehungsgeschichte der automatisierten Einzelentscheidung im Schweizer Recht allgemein Suter, S. 168 ff.
897. Anders als in der europäischen Datenschutzrichtlinie, die ebenfalls aus den 1980-er Jahren stammt (siehe dazu BSK-Vasella/Henseler, Art. 21 DSG N. 3).

7 **2003:** Im Rahmen der Teilrevision des DSG im Jahr 2003 wollte der Bundesrat eine ausdrückliche Informationspflicht bei automatisierten Einzelentscheidungen einführen.[898] Das Parlament lehnte dies jedoch ab.[899]

8 **2017 – 2020:** Die vom Bundesrat in der Botschaft zur Totalrevision aus dem Jahr 2017 vorgeschlagene Fassung von Art. 21 DSG wurde vom Parlament im Wesentlichen übernommen. Während die Vernehmlassung noch kontrovers verlief, war die vorliegende Bestimmung im parlamentarischen Verfahren weitgehend unbestritten.[900] Wie die nachfolgende Konkordanztabelle zeigt, beschränkten sich die vorgenommenen Änderungen auf redaktionelle Präzisierungen:

	Vorentwurf (Art. 15) Informations- und Anhörungspflicht bei einer automatisierten Einzelentscheidung	**Entwurf (Art. 19)** Informationspflicht bei einer automatisierten Einzelentscheidung	**Endfassung (Art. 21)** Informationspflicht bei automatisierten Einzelentscheidung
Abs. 1	Der Verantwortliche informiert die betroffene Person, wenn eine Entscheidung erfolgt, die ausschliesslich auf einer automatisierten Datenbearbeitung beruht, und diese rechtlichen	Der Verantwortliche informiert die betroffene Person über eine Entscheidung, die ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung, einschliesslich Profiling, beruht und die für sie mit	Der Verantwortliche infor die betroffene Person eine Entscheidung, ausschliesslich auf automatisierten Bearbe beruht und die für sie einer Rechtsfolge verbu ist oder sie erhe beeinträchtigt (automatis Einzelentscheidung).

898. Botschaft DSG 2003, S. 2134.
899. Siehe dazu ausführlich Braun Binder, Automatisierte Entscheidungen, S. 31; BSK-Vasella/Henseler, Art. 21 DSG N. 3.
900. Siehe dazu ausführlich Suter, S. 167 ff.

	Wirkungen oder erhebliche Auswirkungen auf die betroffene Person hat.	einer Rechtsfolge verbunden ist oder sie erheblich beeinträchtigt.	
Abs. 2	Er gibt der betroffenen Person die Möglichkeit, sich zur automatisierten Einzelentscheidung und zu den bearbeiteten Personendaten zu äussern.	Er gibt der betroffenen Person auf Antrag die Möglichkeit, ihren Standpunkt darzulegen. Die betroffene Person kann verlangen, dass die Entscheidung von einer natürlichen Person überprüft wird.	Er gibt der betroffenen Person auf Antrag die Möglichkeit, ihren Standpunkt darzulegen. Die betroffene Person kann verlangen, dass die automatisierte Einzelentscheidung von einer natürlichen Person überprüft wird.
Abs. 3	Die Informations- und Anhörungspflicht gilt nicht, wenn ein Gesetz eine automatisierte Einzelentscheidung vorsieht.	Die Absätze 1 und 2 gelten nicht, wenn: a. die Entscheidung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person steht und ihrem Begehren	Die Absätze 1 und 2 gelten nicht, wenn: a. die automatisierte Einzelentscheidung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person steht und ihrem Begehren stattgegeben wird; oder b. die betroffene Person ausdrücklich eingewilligt hat,

		stattgegeben wird; oder b. die betroffene Person ausdrücklich eingewilligt hat, dass die Entscheidung automatisiert erfolgt.	dass die Entschei automatisiert erfolgt.
Abs. 4	--	Ergeht die automatisierte Einzelentscheidung durch ein Bundesorgan, so muss es die Entscheidung entsprechend kennzeichnen. Absatz 2 gilt nicht, wenn der betroffenen Person gegen die Entscheidung ein Rechtsmittel zur Verfügung steht.	Ergeht die automatis Einzelentscheidung durch Bundesorgan, so muss es Entscheidung entsprec kennzeichnen. Absatz 2 nicht anwendbar, wenn betroffene Person nach A 30 Absatz 2 Verwaltungsverfahrensges vom 20. Dezember 1 (VwVG) oder nach e anderen Bundesgesetz dem Entscheid nicht ang werden muss.

Tabelle 1: Konkordanztabelle zur Entwicklung von Art. 21 DSG (eigene Darstellung)

9 **2018:** Ein erneuter Impuls zur rechtlichen Erfassung automatisierter Einzelentscheidungen erfolgte im Zuge der Umsetzung der für die Schweiz verbindlichen Richtlinie (EU) 2016/680 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich der justiziellen und polizeilichen Zusammenarbeit. Zu diesem Zweck wurde im Rahmen des Schengen-Datenschutzgesetzes (SDSG; in Kraft bis 31. August 2023) eine Bestimmung zu automatisierten Einzelentscheidungen geschaffen (Art. 11

SDSG). Diese verpflichtete die Bundesorgane in den erfassten Bereichen zur Information der betroffenen Personen über automatisierte Einzelentscheidungen und gewährte ihnen entsprechende Mitwirkungsrechte. Mit dem Inkrafttreten des revidierten Datenschutzgesetzes wurde das SDSG aufgehoben (Art. 68 i.V.m. Anhang 1 DSG). Art. 21 DSG trat inhaltlich die Nachfolge von Art. 11 SDSG an.[901]

2019 – 2023: Darüber hinaus dient die Einführung von Art. 21 DSG der Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen der Schweiz. Die modernisierte Datenschutzkonvention des Europarats (Konvention 108+, ER-Konv-108+), welche die Schweiz am 21. November 2019 unterzeichnete und am 7. September 2023 ratifizierte,[902] verpflichtet die Vertragsstaaten ausdrücklich, bei automatisierten Einzelentscheidungen ein Informations- und Anhörungsrecht sicherzustellen (Art. 8 Abs. 1 lit. e und Art. 9 Abs. 1 lit. a ER-Konv-108+).[903] Zudem verfolgte der Gesetzgeber mit der Einführung von Art. 21 DSG das Ziel, ein Datenschutzniveau zu schaffen, das im Verhältnis zur Europäischen Union weiterhin im Sinne von Art. 45 DSGVO als «angemessen» gilt.[904] 10

II. INFORMATIONSPFLICHT BEI AUTOMATISIERTER EINZELENTSCHEIDUNG (ABS. 1)

Die automatisierte Einzelentscheidung ist in Art. 21 Abs. 1 DSG legaldefiniert. Um den Begriff einordnen zu können (B.), sind vorweg einige Bemerkungen zur Automatisierung und deren technischer Entwicklung vorzunehmen (A.). Sodann werden die zentralen gesetzlichen Voraussetzungen präzisiert (C.). 11

A. Technischer Hintergrund

1. Automatisierungsstufen

Unter dem Begriff der Automatisierung ist die Übertragung von Aufgaben von Menschen auf Maschinen zu verstehen.[905] Eine automatisierte 12

901. Botschaft DSG 2017, S. 7056; BSK-Vasella/Henseler, Art. 21 DSG N. 5.
902. Bundesamt für Justiz, Internationale Aktivitäten, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/datenschutz/internationales/aktivitaeten.html, besucht am 19.3.2026.
903. Siehe ausführlich zum Entstehungsprozess der Europarats-Regelung Suter, S. 154 ff.
904. Botschaft DSG 2017, S. 6994; SHK-Pärli/Flück, Art. 21 DSG N. 1.

Einzelentscheidung kann unterschiedliche Automatisierungsstufen aufweisen.[906] Grob kann eine Unterscheidung zwischen Teil- und Vollautomatisierung vorgenommen werden.[907]

13 Der Begriff der Teilautomatisierung weist mehrere Bedeutungen auf. Einerseits kann es sich um eine **Entscheidungsunterstützung** handeln.[908] Dabei bereitet das automatisierte System die Entscheidung vor (Ermittlung, Zusammenstellung oder Auswertung von Informationen; Erstellen von Übersichten).[909] Die eigentliche Entscheidung trifft aber eine verantwortliche natürliche Person.[910]

- *So können teilautomatisierte Systeme beispielsweise dafür eingesetzt werden, medizinische Diagnosen zu stellen, indem sie Röntgenbilder, Computer- oder Kernspintomographien analysieren.*[911]
- *Teilautomatisierte Systeme können beim Erstellen von Vertragskonditionen eingesetzt werden.*[912]
- *Teilautomatisierung kann auch sinnvoll sein, um aus grossen Textmengen relevante Daten zu extrahieren. So kann ein entscheidungsunterstützendes System in der Steuerverwaltung zusätzlich vorhandene Daten, die nicht unmittelbar aus der Steuererklärung der steuerpflichtigen Person resultieren, der Behörde zur Verfügung stellen*[913] *oder die relevanten Vertragsklauseln in langen Verträgen markieren*[914].

905. Ausführlich zum Begriff der Automation bzw. Automatisierung Meyer, S. 367 ff. Zur Frage, ob Maschinen über Menschen entscheiden sollen dürfen etwa Weber, Maschinen, S. 73.
906. Zur autonomen Fähigkeit eines Systems Gordon/Lutz, S. 55; bezüglich automatisierter Verwaltungsverfahren Weder, S. 241; bezüglich automatisierter Fahrzeuge Lötscher, Rz. 2 ff. Die NGO AlgorithmWatch hat einen «Atlas der Automatisierung» mit zahlreichen internationalen Beispielen ins Leben gerufen, abrufbar unter https://algorithmwatch.ch/en/atlas/, besucht am 3.7.2026.
907. Obrecht, S. 39 f. Für eine grosse Breite an internationalen Fallbeispielen siehe Lischka/Klingel, S. 8 ff.
908. Siehe ausführlich bitkom, S. 80 ff.
909. Nur Ernst/Schmidt/Beneken, S. 748 f.
910. Plattner, Rz. 423 ff., insbesondere Rz. 431 und 615 f.; ausführlich Schmidt, Teil I, S. 71 ff.
911. Pesapane/Codari/Sardanelli, S. 1 ff.
912. Mathys/Reinhart, S. 35 f.
913. Schmidt, Teil I, S. 74.
914. Morand, Interview.

- *Im strafrechtlichen Verfahren werden insbesondere in den USA teilautomatisierte Systeme eingesetzt, welche die Rückfallwahrscheinlichkeit von Straftätern berechnen.*[915]

Andererseits kann das teilautomatisierte System als **Entscheidungsüberprüfung** fungieren, indem es zur Überprüfung einer durch eine natürliche Person getroffene Entscheidung eingesetzt wird.[916] 14

Vollautomatisierung hingegen bedeutet, dass ein System jeden einzelnen Schritt des Entscheidungsfindungsprozesses selbst ausführt.[917] Streng ausgelegt muss dabei selbst die Programmierung sowie der Anstoss zur Entscheidungsfindung durch das System erfolgen.[918] 15

- *So können im privaten Sektor etwa Entscheidungen über Kreditanträge vollautomatisiert gefällt werden, indem die Zahlungsfähigkeit und -willigkeit der betroffenen Person automatisiert geprüft wird.*[919] *Dabei werden Vertragsabschlüsse automatisiert vorgenommen.*[920]
- *Ferner ist die Automatisierung des Rekrutierungsprozesses vorstellbar.*[921] *Dabei ist z.B. an die vollautomatisierte Vorselektion von Bewerbungen potenzieller Arbeitnehmenden zu denken. Dabei trifft das System die Entscheidung über die Einladung an ein Bewerbungsgespräch mit einer natürlichen Person.*[922]
- *Vollautomatisierte Systeme können angehenden Studierenden einen Studienplatz und damit einer Hochschule zuordnen.*[923]

---

915. Das mittlerweile in den USA weit verbreitete System heisst COMPAS (Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions), siehe dazu Räz, S. 300 ff.
916. Braun Binder et. al, Studie 2021, S. 24.
917. Braun Binder, Algorithmic Regulation, S. 112.
918. Bull, S. 410.
919. Winkler, S. 65 ff.; Škorjanc, S. 70 f., zwar bezüglich der Rechtslage in Deutschland.
920. Mathys/Reinhart, S. 35 f.
921. Zu Rekrutierungsentscheidungen als automatisierte Einzelentscheidung Glatthaar, S. 45 ff.; Stöcklin, Rz. 5 ff.
922. Siehe dazu vertieft Daedelow, Rz. 2 ff. mit Hinweisen zur in der Schweiz aufkommenden People Analytix Online Plattform, die durch die Analyse von Arbeitnehmendendaten gefragte Fähigkeiten von Mitarbeitenden ermitteln, um Profile für zukünftige Mitarbeitende zu erstellen. Solche Vorgänge können sodann eine Grundlage der Entscheidung über die Einladung zu einem Bewerbungsgespräch bilden. Haftungsrechtliche Fragen thematisiert Stöcklin, Rz. 7 ff.
923. Dies etwa in Frankreich, siehe dazu Lischka/Klingel, S. 25 ff.

16 Im öffentlichen Sektor bietet sich die Vollautomatisierung aufgrund standardisierter Prozesse und des Vorliegens grosser Datenmengen insbesondere in **Verfahren der Massenverwaltung** an. Dies sind jene Bereiche der öffentlichen Verwaltung, in denen eine grosse Anzahl an Entscheidungen zu einem nahezu identischen Sachverhalt getroffen werden.[924]

- *Etwa bietet sich aufgrund des Vorliegens grosser Datenmengen das Steuerveranlagungsverfahren dafür an, teil- aber auch vollautomatisiert durchgeführt zu werden.*[925]
- *Im Sozialversicherungsbereich erweist sich die Entscheidung über einen Anspruch auf Prämienverbilligung als vollautomatisierungsgeeignet.*[926]
- *Auch im Baubewilligungsverfahren wird die Einführung vollautomatisierter Einzelentscheidungen als Möglichkeit erwogen.*[927]

17 Das Potenzial automatisierter Systeme wird in naher Zukunft in der öffentlichen Verwaltung für teilautomatisierte Systeme als besonders hoch eingeschätzt.[928] So sollen bestehende Aufgaben effizienter, exakter und damit rechtssicherer durchgeführt werden.[929]

2. Entwicklung

18 Die Ursprünge der automatisierten Einzelentscheidung sind auf sogenannte **Expertensysteme** zurückzuführen.[930] Diese basieren auf strukturierten «Wenn-Dann»-Schemata (sog. regelbasierte Systeme) und gehen in diesem Sinne nicht über kognitive Entscheidungsvorgänge natürlicher Personen hinaus.[931]

---

924. Kiener/Rütsche/Kuhn, Rz. 879.
925. Zur Automatisierung des ordentlich gemischten Veranlagungsverfahrens siehe Braun Binder/Obrecht, Rz. 5 ff.
926. Braun Binder et al., Studie 2021, S. 25.
927. Glaser, S. 185.
928. Christen et al., S. 278 ff. Siehe dazu ferner das Interview von Timur Acemoglu mit Marlène Schürch auf dem Wissensblog Recht der Digitalen Verwaltung Schweiz, #20 Interview: Einsatz und Governance von generativer KI in der Verwaltung, August 2024, abrufbar unter https://www.digital-public-services-switzerland.ch/blog/20-interview-einsatz-und-governance-von-generativer-ki-der-verwaltung (besucht am 20.3.2026).
929. Braun Binder et al., Studie 2021, S. 24.
930. Ausführlich Thouvenin/Früh, S. 6 f.; Thouvenin/Früh/George, Rz. 6. Zum Begriff der Expertensysteme Styczynski/Rudion/Naumann, S. 11 ff.

Insbesondere das Aufkommen von **Big Data Analytics** – der Möglichkeit, sehr grosse, unstrukturierte Datensätze zu analysieren[932] – und der damit verbundenen technischen Entwicklung, konnten sich maschinelle Lernverfahren (häufig etwas pauschal als «Künstliche Intelligenz»[933] [KI] bezeichnet[934]) etablieren. Dadurch findet gewissermassen ein Perspektivenwechsel statt: Statt Kausalitäten kommen – z.B. beim Einsatz künstlicher neuronaler Netze – Korrelationen bzw. Wahrscheinlichkeiten zum Zug.[935] Die Datensätze werden nicht mehr mittels «Wenn-Dann»-Schemata verarbeitet, die Systeme stellen vielmehr eigene Regeln auf, um ein Ergebnis herbeizuführen.[936] Dabei bleibt regelmässig unklar, wie die Systeme zu einem solchen Ergebnis kommen.[937] In der Literatur wird nicht immer eindeutig differenziert, wann es sich um eine «einfache» Automatisierung bzw. ein «einfaches» automatisiertes System handelt und wann maschinelle Lernverfahren eingesetzt werden. 19

B. Automatisierte Einzelentscheidung

1. Vollautomatisierung

Eine automatisierte Einzelentscheidung i.S.v. Art. 21 DSG liegt vor, wenn eine Entscheidung **ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung** beruht und für die betroffene Person mit einer Rechtsfolge verbunden ist oder sie erheblich beeinträchtigt (Art. 21 Abs. 1 DSG). Erforderlich ist, dass eine Entscheidung über eine bestimmte Person getroffen wird (Einzelentscheidung), die auf der Bearbeitung von Personendaten beruht.[938] Aus Sicht des öffentlichen Rechts kann eine automatisierte 20

931. Siehe dazu Styczynski/Rudion/Naumann, S. 11 ff.
932. Zum Begriff Tsai/Lai/Chao/Vasilakos, S. 3 ff.
933. Siehe etwa die Definition im Rahmenübereinkommen des Europarates über künstliche Intelligenz und Menschenrecht, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit («KI-Konvention») vom 17.5.2024, das für die Schweiz nach der geplanten Ratifikation verbindlich sein wird (Art. 2 KI-Konvention). In der rechtswissenschaftlichen Forschung werden andere Begriff bevorzugt bzw. diskutiert, etwa «algorithmische Systeme», siehe Thouvenin et al., S. 1 oder «Maschinenintelligenz», siehe Morand, Interview.
934. Braun Binder, Künstliche Intelligenz, S. 467.
935. Nur Alpaydin, S. 58.
936. Alpaydin, S. 58. Ferner liefern Braun Binder/Ulbrich, eine fundierte, gut verständliche Erklärung.
937. In diesem Zusammenhang wird regelmässig von der «Blackbox»-Problematik gesprochen, siehe nur Martini, S. 28 ff.

Einzelentscheidung auch als «automatisierte Verfügung» bezeichnet werden.[939]

21 Ausschlaggebend ist, dass die Bearbeitung «ohne Dazutun einer natürlichen Person»[940] erfolgt. Es handelt sich mithin um eine **von einer natürlichen Person losgelöste Sachverhaltsbeurteilung** sowie Entscheidungsfällung[941] und somit um eine Vollautomatisierung im Sinne der in dieser Kommentierung vorgenommenen Unterscheidung (vgl. N. 15). Sofern die Entscheidung nicht mehr abgeändert werden kann,[942] steht der Vollautomatisierung hingegen gemäss Botschaft nicht entgegen, dass sie der betroffenen Person durch eine natürliche Person mitgeteilt wird.[943] Verschiedene Autorinnen und Autoren vertreten hingegen die Ansicht, eine automatisierte Einzelentscheidung liege auch dann noch vor, wenn eine natürliche Person im Rahmen der Programmierung miteinbezogen werde. Wird dieser Ansicht gefolgt, muss eine automatisierte Einzelentscheidung i.S.v. Art. 21 Abs. 1 DSG nicht gänzlich menschenunabhängig ergehen.

2. Rechtsfolge oder erhebliche Beeinträchtigung

22 Eine automatisierte Einzelentscheidung bedingt des Weiteren, dass sie mit einer Rechtsfolge verbunden ist oder die betroffene Person durch diese erheblich beeinträchtigt wird. Gemäss Botschaft des Bundesrates ist die Entscheidung mit einer **Rechtsfolge** verbunden, wenn sie unmittelbare, rechtlich vorgesehene Konsequenzen für die betroffene Person nach sich zieht.[944] Die Entscheidung entfaltet immer dann eine Rechtsfolge, wenn sie die Rechtslage der betroffenen Person berührt – also für diese ein Recht begründet, ändert oder aufhebt.[945] Eine besondere Erheblichkeit der

938. Ein Anspruch des Spielers auf eine menschliche Überprüfung besteht demnach nicht, wenn das Spielergebnis ausschliesslich durch Zufall bestimmt wird und keine Verarbeitung personenbezogener Daten zugrunde liegt, auch wenn der Spieler individuell identifizierbar ist (siehe für dieses Beispiel Rosenthal, Entwurf, Rz. 102).
939. Braun Binder, Automatisierte Entscheidungen, S. 29.
940. Botschaft DSG 2017, S. 7056 f.
941. Braun Binder, Automatisierte Entscheidungen, S. 29; Mehmedovic, Rz. 26.
942. Gemäss OFK-Bieri/Powell, Art. 21 DSG N. 6, ist nicht bereits die allgemeine Möglichkeit der Überprüfung ausschlaggebend. Eine automatisierte Einzelentscheidung liege erst dann nicht mehr vor, wenn die natürliche Person «rechtlich und faktisch in der Lage wäre, den maschinell getroffenen Entscheid umzustossen».
943. Botschaft DSG 2017, S. 7057.
944. Botschaft DSG 2017, S. 7057.

Rechtsfolge wird anders als bei der Beeinträchtigung (vgl. N. 24) nicht verlangt. Als Beispiel nennt der Bundesrat Abschluss und Kündigung von Verträgen, die jeweils eine Rechtsfolge für die betroffene Person als Vertragspartei nach sich zieht. Konkret wird der automatisierte Abschluss eines Versicherungsvertrags erwähnt. Dabei dürften der Versicherungsschutz und die Pflicht zur Prämienzahlung als Rechtsfolgen gelten. Die basierend auf dem Versicherungsvertrag periodisch und automatisiert versandten Prämienrechnungen gelten laut Botschaft hingegen nicht als automatisierte Einzelentscheidung, zumal sich die Rechnungsstellung als Rechtsfolge bereits aus dem Vertragsabschluss ergibt.[946] Ebenso wenig als Rechtsfolge im oben genannten Sinn gilt, wenn mit einer Person kein Vertrag zustande kommt.[947] Das Nichtzustandekommen des Vertrags kann in diesem Beispiel aber gleichwohl als automatisierte Einzelentscheidung verstanden werden und eine Informationspflicht induzieren, wenn die betroffene Person dadurch erheblich beeinträchtigt wird (vgl. N. 24).

23 Im öffentlich-rechtlichen Kontext ist eine Rechtsfolge im Wesentlichen beim Erlass von **Verfügungen** nach Art. 5 VwVG[948] sowie bei Realakten nach Art. 25a VwVG gegeben.[949] Als Beispiel nennt die Botschaft automatisierte Steuerveranlagungen.[950]

24 Eine automatisierte Einzelentscheidung führt weiter zu einer Informationspflicht, wenn die betroffene Person dadurch **erheblich beeinträchtigt** wird. Davon ist auszugehen, wenn die Entscheidung eine negative Wirkung für wirtschaftliche oder persönliche Belange der betroffenen Person zeigt.[951] Die Situation muss dabei einen gewissen Schweregrad erreichen, eine blosse Belästigung reicht nicht.[952] Entscheidend für den nötigen Schweregrad sind Aspekte wie die Bedeutung des beeinträchtigten Guts für die betroffene Person, die Dauer der Auswirkung

945. OFK-Bieri/Powell, Art. 21 DSG N. 7; Mehmedovic, S. 11.
946. Botschaft DSG 2017, S. 7057.
947. Botschaft DSG 2017, S. 7057. **A.M.** sind OFK-Bieri/Powell, Art. 21 DSG N. 7, wonach der Nichtabschluss eines Vertrags auch eine Rechtsfolge bewirken kann und zwar infolge von Rechtsansprüchen aus dem vorvertraglichen Verhältnis (Stichwort *culpa in contrahendo*).
948. Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20.12.1968 (VwVG; SR 172.021).
949. Botschaft DSG 2017, S. 7057; Mehmedovic, S. 11 f.
950. Botschaft DSG 2017, S. 7057.
951. Botschaft DSG 2017, S. 7057.
952. Botschaft DSG 2017, S. 7057.

der Entscheidung oder die Möglichkeit, auf Alternativen auszuweichen.[953] Ob die betroffene Person erheblich beeinträchtigt ist, muss demnach durch eine Würdigung der Gesamtumstände im Einzelfall bestimmt werden. Als mögliches Beispiel nennt die Botschaft die Zuteilung medizinischer Leistungen oder das Nichtzustandekommen eines Vertrags basierend auf einer automatisierten Einzelentscheidung.[954]

25 Als **Beispiele** automatisierter Einzelentscheidungen, welche eine Rechtsfolge oder erhebliche Beeinträchtigung für die betroffene Person nach sich ziehen gelten weiter:

- *der Abschluss oder Nichtabschluss eines Leasingvertrags inklusive dessen Modalitäten (z.B. Zins, Zahlungsfrist), sofern diese Elemente von einer automatisierten Bewertung der finanziellen Situation der betroffenen Person abhängen (Rechtsfolge bzw. erhebliche Beeinträchtigung bei Nichtabschluss);*[955]
- *die Weigerung einer Krankenversicherung zum Vertragsabschluss mit der betroffenen Person basierend auf der automatisierten Auswertung ihrer Gesundheitsdaten (erhebliche Beeinträchtigung);*[956]
- *der automatisierte Versand von Verkehrsbussen basierend auf Bildaufnahmen des jeweiligen Fahrzeughalters (Rechtsfolge);*[957]
- *die automatisierte Ablehnung eines Online-Kreditantrags oder einer Online-Bewerbung ohne menschliche Intervention (erhebliche Beeinträchtigung);*[958]
- *die Festlegung von Vertragskonditionen, z.B. für eine personalisierte Preisbildung (Rechtsfolge);*[959]

26 Nicht als automatisierte Einzelentscheidung gilt hingegen:

- *die Zustellung personalisierter Werbung, da es an der Rechtsfolge oder dem nötigen Schweregrad der Beeinträchtigung fehlt.*[960]

953. Botschaft DSG 2017, S. 7057.
954. Botschaft DSG 2017, S. 7057.
955. Erläuternder Bericht Vorentwurf DSG, S. 59.
956. Erläuternder Bericht Vorentwurf DSG, S. 59.
957. Erläuternder Bericht Vorentwurf DSG, S. 59.
958. Erwägungsgrund 71 der DSGVO.
959. Mathys/Reinhart, S. 36.

3. Weitere Voraussetzungen

Gemäss Botschaft des Bundesrates ist nicht einzig auf das Merkmal «natürliche Person» abzustellen, sondern zusätzlich an jenes der **Komplexität des Systems** und der **besonderen Betroffenheit** der betroffenen Person anzuknüpfen.[961] Eine automatisierte Einzelentscheidung liegt vor, wenn die Automatisierung eine gewisse Komplexität aufweist und für die betroffene Person eine besonders beeinträchtigende Rechtsfolge herbeigeführt wird. Einfache «Wenn-Dann-Entscheidungen» sind nicht als automatisierte Einzelentscheidung einzustufen.[962] 27

- *Als Beispiel führt der Bundesrat das Geldabheben an einem Geldautomaten auf.*[963] *Ist der Kontostand genügend hoch, wird der Geldbezug gewährt.*

Abgesehen von diesem Beispiel bleibt die erforderliche Komplexität für solche Entscheidungen in der Botschaft offen und somit vorerst ungeklärt.[964] Der Bundesrat wird jedoch, falls erforderlich, in einer Verordnung präzisieren, wann eine Entscheidung vorliegt, die ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung beruht.[965] 28

Im staatlichen Kontext stellen manche Autorinnen und Autoren auf den Ermessensspielraum bei der Entscheidungsfällung ab.[966] Andere Stimmen hingegen halten explizit fest, eine automatisierte Einzelentscheidung dürfe nicht vorgenommen werden, sofern der Behörde ein Ermessensspielraum eingeräumt wird.[967] Anknüpfend an das Kriterium der Komplexität hält Braun Binder fest, dass die geforderte Komplexität anhand eines Umkehrschlusses ermittelt werden könne: Keine automatisierten Einzelentscheidungen seien solche, die keinerlei Sachverhaltsermittlungen erforderten.[968] 29

960. SHK-Pärli/Flück, Art. 21 DSG N. 9; für weitere Negativbeispiele siehe OFK-Bieri/Powell, Art. 21 DSG N. 8.
961. Botschaft DSG 2017, S. 7057.
962. Botschaft DSG 2017, S. 7057.
963. Botschaft DSG 2017, S. 7057.
964. Gemäss Rosenthal, nDSG, Rz. 108 f., handelt es sich auch bei der Entriegelung einer Türe mittels eines Badges um einen vollautomatisierten Prozess, der die erforderliche Komplexität wohl nicht erfüllen werde.
965. Botschaft DSG 2017, S. 7056. Die DSV sieht bis Anhin (Stand März 2026) keine Konkretisierung hinsichtlich automatisierter Einzelentscheidungen vor.
966. Mehmedovic, Rz. 27; dieser Ansicht folgend OFK-Bieri/Powell, Art. 21 DSG N. 5.
967. Rechsteiner, Rz. 29 f.

4. Würdigung

30 Wann eine automatisierte Einzelentscheidung genau vorliegt, ist weder dem Gesetzestext noch der Botschaft zu entnehmen. Der Anknüpfungspunkt der «Komplexität» des Systems ist wenig hilfreich.[969] Dies könnte den Anschein erwecken, die Norm sei nur auf vollautomatisierte Entscheidungsverfahren anwendbar, die auf maschinellen Lernverfahren (oder eben «KI») beruhen, während jegliche Verfahren basierend auf Wenn-Dann-Schemata nicht darunterfielen. Dies kann insbesondere für die öffentliche Verwaltung kaum zutreffen, da die meisten von ihr eingesetzten Algorithmen auf Wenn-Dann-Schemata basieren.[970] Der datenschutzrechtlichen Regelung käme folglich keinerlei Gehalt zu.[971] Um zu verhindern, dass Art. 21 DSG ins Leere läuft, müssen auch regelbasierte Wenn-Dann-Schemata erfasst werden. Die Hürde in Bezug auf das Erfordernis der Komplexität dürfte in der Praxis deshalb nicht all zu hoch sein.[972]

31 Bedauerlich ist ferner, dass Entscheidungen, die auf einer Teilautomatisierung –

in ihrer Ausprägung als Entscheidungsunterstützung oder -überprüfung (vgl. N. 13 f.) – beruhen, nicht unter den Begriff der automatisierten Einzelentscheidung gemäss Art. 21 Abs. 1 DSG zu subsumieren sind. Der Anwendbarkeit der Bestimmung wird in der Praxis vielerorts der Weg versperrt werden. Dies ist umso stossender, als sich bei der Teilautomatisierung ebenso wie bei der Vollautomatisierung persönlichkeits- und grundrechtsrelevante Fragestellungen (etwa betreffend Diskriminierungen, vgl. N. 4) ergeben. Dies trifft umso mehr zu, wenn der Teilautomatisierung komplexe maschinelle Lernmethoden zugrunde liegen.

C. Informationspflicht

32 Art. 21 Abs. 1 DSG statuiert, dass der Verantwortliche die betroffene Person über eine automatisierte Einzelentscheidung informieren muss. Die Informationspflicht besteht mit Blick auf den Begriff der automatisierten Einzelentscheidung (vgl. N. 20 ff.) folglich nur dann, wenn die Entscheidung

968. Braun Binder, Dystopie, S. 258.
969. So auch Braun Binder, Dystopie, S. 258.
970. Siehe zu den Beispielen Braun Binder et al., Studie 2021, S. 23 ff.
971. Obrecht, S. 40 f.
972. Obrecht, S. 40 f.

eine Rechtsfolge oder eine erhebliche Beeinträchtigung für die betroffene Person nach sich zieht (vgl. N. 22 ff.).

1. Zeitpunkt, Inhalt und Form

Zum Zeitpunkt, der Form und dem Inhalt der Informationspflicht im Falle einer automatisierten Einzelentscheidung lassen sich weder im Gesetz noch in der Botschaft detaillierte Angaben finden. 33

In Bezug auf den **Zeitpunkt** ist es dem Verantwortlichen freigestellt, ob er die betroffene Person bevor (*ex ante*) oder nachdem (*ex post*) die automatisierte Einzelentscheidung getroffen wurde, informiert.[973] Auch wenn es gute Gründe für eine vorgängige Information gäbe – so z.B. die Möglichkeit, sich einer automatisierten Einzelentscheidung entziehen zu können, ohne den Rechtsweg einschlagen zu müssen –, und eine entsprechende gesetzliche Konkretisierung geboten wäre,[974] ist dies nach dem Wortlaut der Norm nicht vorgesehen.[975] In diesem Sinne wird aktuell auch der Geltendmachung der Betroffenenrechte nach Art. 21 Abs. 2 DSG (Darlegung des Standpunkts und nachträgliche menschliche Überprüfung des Entscheids, vgl. N. 49 ff.) als einem der Regelungsziele der Informationspflicht mit einer *ex post*-Information genügend Rechnung getragen.[976] 34

In Bezug auf die **Form** kann an Art. 13 DSV angeknüpft werden, der eine Mitteilung in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form vorschreibt.[977] Diese Bestimmung bezieht sich grundsätzlich auf die Informationspflicht bei der Beschaffung von Personendaten.[978] Eine analoge Anwendung auf Art. 21 Abs. 1 DSG lässt sich infolge des identischen Wortlauts («informiert») aber auch für die Information über eine automatisierte Einzelentscheidung vertreten. Der Verantwortliche kann die Informationspflicht z.B. dadurch umsetzen, dass er die Angaben in einer gut auffindbaren Datenschutzerklärung auf seiner Webseite veröffentlicht oder diese zusätzlich in einem Vertrag verlinkt.[979] Die Kennzeichnung der 35

973. So auch SHK-Pärli/Flück, Art. 21 DSG N. 11. Anders nach DSGVO, welche eine Informationspflicht grundsätzlich bereits bei der Beschaffung verlangt (siehe z.B. Art. 13 Abs. 2 lit. f DSGVO).
974. Powell/Obrecht, S. 298 f.
975. Thouvenin/Früh, S. 14.
976. Thouvenin/Früh, S. 14; siehe auch den Wortlaut von Art. 21 Abs. 2 DSG.
977. SHK-Pärli/Flück, Art. 21 DSG N. 12; OHK-Bieri/Powell, Art. 21 DSG N. 13.
978. Art. 19 DSG.

automatisierten Einzelentscheidung (vgl. N. 57 ff.) ist nur für Bundesorgane verbindlich und für Private *e contrario* freiwillig.

36 Die Informationspflicht dient der Transparenz und dem Ziel, einer betroffenen Person alle Informationen zur Geltendmachung der Betroffenenrechte nach Art. 21 Abs. 2 DSG zur Verfügung zu stellen. Um dies zu gewährleisten, drängt sich eine Information des Verantwortlichen zu folgendem Inhalt auf:

- Information, dass eine automatisierte Einzelentscheidung erfolgen wird bzw. erfolgt ist (je nach Zeitpunkt der Informationserteilung);[980]
- klare Benennung, welche Entscheide oder Entscheidkategorien automatisiert gefällt werden (wobei nur diese erfasst sind, welche unter Art. 21 Abs. 1 DSG fallen);[981]
- die Möglichkeit des Rechts auf Darlegung des Standpunkts und auf Überprüfung der automatisierten Einzelentscheidung und Angaben zur konkreten Umsetzung dieser Rechte (z.B. Kontakt des Verantwortlichen).[982]

37 **Nicht** informiert werden muss nach hier vertretener Auffassung zur Logik der automatisierten Einzelentscheidung.[983] Um entsprechende Angaben zu erhalten, kann die betroffene Person vielmehr das Auskunftsrecht geltend machen. Als Folgen davon muss der Verantwortliche ihr das Vorliegen der automatisierten Einzelentscheidung sowie die Entscheidlogik explizit mitteilen (vgl. Art. 25 Abs. 2 lit. f DSG).[984]

38 Die Informationspflicht nach Art. 21 Abs. 1 DSG muss durch den Verantwortlichen stets zusätzlich zur allgemeinen Informationspflicht bei der Datenbeschaffung nach Art. 19 DSG umgesetzt werden. Möglich ist hingegen,

979. BSK-Henseler/Vasella, Art. 21 DSG N. 37.
980. OFK-Bieri/Powell, Art. 21 DSG N. 12.
981. Rosenthal, nDSG, Rz. 112; BSK-Henseler/Vasella, Art. 21 DSG N. 37.
982. SHK-Pärli/Flück, Art. 21 DSG N. 12.
983. SHK-Pärli/Flück, Art. 21 DSG N. 12; BSK-Henseler/Vasella, Art. 21 DSG N. 39; **A.M.** OHK-Bieri/Powell, Art. 21 DSG N. 12, welche eine Informationspflicht dazu statuieren, wie die automatisierte Einzelentscheidung erfolgt, was namentlich deren Logik, Tragweite und Auswirkung umfasst.
984. Botschaft DSG 2017, S. 7067 mit weiterführenden Hinweisen.

dass die Informationen an gleicher Stelle bzw. im gleichen Dokument zur Verfügung gestellt werden (siehe zu den Anforderungen an die Form N. 35).

2. Würdigung

Auch die Informationspflicht verlangt implizit, dass es sich um eine **vollautomatisierte** Einzelentscheidung handelt. Für die Würdigung dieses Umstandes durch die Autorinnen siehe N. 31. 39

III. RECHTE DER BETROFFENEN PERSON (ABS. 2)

Art. 21 Abs. 2 DSG vermittelt der von einer automatisierten Einzelentscheidung betroffenen Person verschiedene Rechte. Sie kann ihren Standpunkt darlegen (A.) sowie die Entscheidung von einer natürlichen Person überprüfen lassen (B.). Dies erlaubt den Hinweis, dass die Information gemäss Abs. 1 der betroffenen Person ermöglichen muss, die in Abs. 2 verankerten Rechte geltend zu machen. 40

A. Recht auf Darlegung des Standpunktes

Der von einer automatisierten Einzelentscheidung betroffenen Person muss die Möglichkeit offenstehen, ihren Standpunkt darzulegen. **Auf Antrag** soll sie einerseits ihre Sichtweise zum Ergebnis der automatisierten Einzelentscheidung kundgeben können.[985] Andererseits soll sie Informationen über das Zustandekommen der automatisierten Einzelentscheidung erhalten können.[986] Die Angaben zum Entstehungsprozess der automatisierten Einzelentscheidung soll insbesondere verhindern, dass die Datenbearbeitung auf unvollständigen, unrichtigen oder veralteten Daten basiert.[987] 41

1. Private

Private werden an dem Darlegungsrecht insbesondere dann ein Interesse haben, wenn die automatisierte Einzelentscheidung für die betroffene Person **fälschlicherweise negativ** ausfällt. Wird beispielsweise die Kreditwürdigkeit der betroffenen Privatperson abgelehnt, kann dies auch für den privaten Verantwortlichen negative Folgen haben, wenn aufgrund der 42

985. Botschaft DSG 2017, S. 7058.
986. Botschaft DSG 2017, S. 7058.
987. Botschaft DSG 2017, S. 7058.

Entscheidung kein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien zustande kommt.[988]

43 Das Gesetz legt den **Zeitpunkt** über die Standpunktdarlegung nicht fest. Entsprechend ist dies vor oder nach der Entscheidungsfällung möglich.[989] Aus der Perspektive des privaten Verantwortlichen ergeben sich daraus keine Schwierigkeiten, solange diese Möglichkeit zu *irgendeinem* Zeitpunkt besteht.

44 Der private Verantwortliche kann **Kosten** zur Gewährung des Darlegungsrechts erheben.[990] Es kann für ihn jedoch von Interesse sein, diese gering zu halten, um einen potenziellen Vertragsabschluss nicht zu verhindern.

2. Staat

45 Im staatlichen Kontext ist die datenschutzrechtliche Darlegung des Standpunktes als Ausfluss des **rechtlichen Gehörs** gemäss Art. 29 Abs. 2 BV[991] zu verstehen. Als fundamentale verfassungsrechtliche Verfahrensgarantie ist das rechtliche Gehör zwingend in jedem staatlichen Verfahren zu gewähren.[992]

46 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss sich die von einer staatlichen Entscheidung betroffene Person (schriftlich) zu den relevanten Elementen des Sachverhalts[993] äussern können, **bevor** eine Entscheidung getroffen wird, die ihre Rechtsstellung berührt.[994] Gemäss der Botschaft zum DSG kann die Darlegung des Standpunktes jedoch auch nach der Entscheidungsfällung erfolgen, z.B. durch das Einlegen eines Rechtsmittels.[995] Da der Gehörsanspruch das Recht vermittelt, sich vor der verfügenden Instanz zu äussern,[996] kommt allerdings nur ein nicht devolutives Rechtsmittel

988. Botschaft DSG 2017, S. 7058.
989. Botschaft DSG 2017, S. 7058.
990. Botschaft DSG 2017, S. 7058.
991. Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (BV; SR 101).
992. Das rechtliche Gehör ist im Verwaltungsverfahren von fundamentaler Bedeutung, siehe BSK-Waldmann, Art. 29 BV N. 40.
993. Vorgängige Fragen zur Rechtsanwendung fallen nur ausnahmsweise unter den Anspruch auf rechtliches Gehör, siehe dazu BSK-Waldmann, Art. 29 BV N. 46.
994. In konstanter Rechtsprechung, siehe etwa BGE 148 II 73 E. 7.3.1 S. 86 f.; 147 III 595 E. 5.1 S. 595 f.; 146 IV 218 E. 3.1.1 S. 221 f.; 139 I 189 E. 3.2 S. 191 f.; 135 I 187 E. 2.2 S. 190; 126 I 19 E. 2a S. 21.
995. Botschaft DSG 2017, S. 7058.

– etwa eine Einsprache mit Rechtsmittelfunktion – in Frage. Ziel ist der Erhalt einer Verfügung in Form eines Einspracheentscheids durch die erstverfügende Behörde.[997]

Die **Einsprachefrist** ergibt sich aus den einschlägigen Verfahrensgesetzen. Diese beträgt regelmässig 30 Tage.[998] Die Rechtsgrundlagen sind entsprechend anzupassen, sofern automatisierte Einzelentscheidungen eingeführt werden sollen. 47

Die Darlegung des Standpunktes im staatlichen Verfahren darf nicht mit so hohen **(Verfahrens-)Kosten** verbunden sein, dass die betroffene Person deshalb darauf verzichtet.[999] Es dürfen somit grundsätzlich Kosten für die Antragstellung erhoben werden. Vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips allerdings nur, wenn dies gesetzlich vorgesehen ist.[1000] 48

B. Recht auf Überprüfung durch eine natürliche Person

Art. 21 Abs. 2 DSG sieht ferner das Recht der betroffenen Person auf menschliche Überprüfung der automatisierten Einzelentscheidung vor. Dies kann insbesondere dann wichtig sein, wenn die betroffene Person den Verdacht hegt, durch die automatisierte Einzelentscheidung benachteiligt zu sein. 49

Die Prüfung muss durch eine **entscheidungsbefugte natürliche Person** erfolgen, damit sie den Entscheid gegebenenfalls umstossen kann. Allerdings ist sie in ihren Erwägungen frei und nicht verpflichtet, die Entscheidung aufzuheben. Einzige Voraussetzung ist nach vorliegender Ansicht, dass sie die Entscheidung in guten Treuen überprüft.[1001] 50

---

996. BGE 140 I 50 E. 4. 1 S. 54; BSK-Waldmann, Art. 29 BV N. 45 ff.
997. Diese Möglichkeit ist insbesondere in den verwaltungsrechtlichen Massenverfahren zu finden, siehe beispielsweise im Steuerverfahren Art. 132 ff. Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14.12.1990 (DBG; SR 642.11) oder im Sozialversicherungsverfahren Art. 52 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6.10.2000 (ATSG; SR 830.1).
998. Beispielsweise Art. 52 Abs. 1 ATSG; Art. 132 Abs. 1 DBG.
999. Botschaft DSG 2017, S. 7058.
1000. Art. 5 Abs. 1 BV, siehe dazu BSK-Epiney, Art. 5 BV N. 35 ff.
1001. Dem Grundsatz von Treu und Glauben nach Art. 5 Abs. 3 BV, kommt im Rechtsverkehr umfassende Geltung zu. Er richtet sich daher an staatliche Behörden und Private (siehe BSK-Epiney, Art. 5 BV N. 72).

51 In der Praxis wird dieses Recht auf nachträgliche Überprüfung insbesondere mit Blick auf das Diskriminierungspotenzial als **nicht ausreichend** empfunden. Es solle bereits präventiv geprüft werden, ob automatisierte Entscheidungssysteme unbeabsichtigt diskriminierende Entscheidungen treffen.[1002]

52 Das Gesetz und auch die Botschaft zum DSG äussern sich nicht zu einer bestimmten **Frist**, innert der das Recht auf Überprüfung durch eine natürliche Person geltend gemacht werden muss. Für Private wird sich eine Frist nicht allgemeingültig festlegen lassen, sondern aus den Umständen des Einzelfalles ergeben.[1003] Bundesorgane können sich an den Fristen zur Wiedererwägung orientieren, da diese einen ähnlichen Anspruch vermittelt.[1004] Das Wiedererwägungsgesuch ist grundsätzlich an keine Fristen gebunden, spezialgesetzliche Regelungen vorbehalten.[1005] Mit Blick auf das Legalitätsprinzip und zur Verhinderung von Willkür, erscheint es jedoch sinnvoll, dass eine Frist zumindest auf Verordnungsebene explizit bestimmt wird.

IV. AUSNAHMEN (ABS. 3)

53 Art. 21 Abs. 3 DSG sieht für automatisierte Einzelentscheidungen **zwei Ausnahmetatbestände** vor, in denen weder die Informationspflicht noch die zusätzlichen Rechte der betroffenen Person Anwendung finden. Wie Vasella und Henseler treffend festhalten, ist vor dem Hintergrund der klaren gesetzlichen Regelung und der systematischen Stellung der Norm davon auszugehen, dass die in Art. 20 DSG vorgesehenen Ausnahmen von der Informationspflicht bei der Beschaffung von Personendaten nicht auf die Informationspflicht bei automatisierten Einzelentscheidungen gemäss Art. 21 Abs. 1 DSG übertragbar sind.[1006] Diese Abgrenzung wird auch durch den

1002 Siehe dazu Morand, Interview. Begründet wird dies durch die menschlichen Tendenzen, sich bei Entscheidungen zu stark von ersten, oft zufälligen Informationen beeinflussen zu lassen (sog. Anchoring Bias) sowie das eigene Urteil oder Verhalten an die Normen und Erwartungen einer Mehrheit anzupassen (sog. Confirmation Bias), siehe zum Ganzen Alon-Barkat/Busuioc, S. 155 ff.

1003 Gemäss Rosenthal, nDSG, Rz. 113, wird im privaten Bereich eine Frist von 10 Tagen regelmässig ausreichen.

1004 Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 1272 ff.

1005 Das Eintreten hängt vielmehr von der Frage nach der wesentlichen Veränderung der Umstände ab (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 1273).

Wortlaut von Art. 20 Abs. 1 DSG bestätigt.[1007] Selbst wenn eine automatisierte Einzelentscheidung auf einer gesetzlichen Grundlage beruht (vgl. Art. 20 Abs. 1 lit. b DSG), kann sich der Verantwortliche nicht auf eine Ausnahme von der Informationspflicht nach Art. 21 Abs. 1 DSG berufen.[1008]

Die **erste Ausnahme** nach Art. 21 Abs. 3 lit. a DSG greift, wenn die automatisierte Einzelentscheidung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person steht und deren Begehren vollständig entspricht.[1009] In einer solchen Konstellation nahm der Gesetzgeber an, dass kein schützenswertes Interesse der betroffenen Person an einer zusätzlichen Information oder an der Ausübung weiterer Rechte besteht.[1010] 54

Als **zweiten Ausnahmefall** nennt Art. 21 Abs. 3 lit. b DSG die ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Person in die automatisierte Einzelentscheidung. Die Materialien enthalten keine ausführlichen Informationen, welche Anforderungen an die Einwilligung zu stellen sind. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers setze eine wirksame Einwilligung zumindest eine vorgängige, hinreichende Information voraus.[1011] Verschiedene Autorinnen und Autoren in der Literatur gehen indes davon aus, dass die allgemeinen Voraussetzungen an die Einwilligung einer Datenbearbeitung auch im Kontext von automatisierten Einzelentscheidungen sachgerecht sind.[1012] 55

1006 BSK-Vasella/Henseler, Art. 21 DSG N. 50.

1007 BSK-Vasella/Henseler, Art. 21 DSG N. 50.

1008 Eine solche Ausnahmebestimmung für gesetzlich vorgesehene AEE war zwar im Vorentwurf (Art. 15 Abs. 3 VE DSG) noch enthalten, wurde jedoch bereits im Rahmen der Überarbeitung zum bundesrätlichen Entwurf wieder gestrichen.

1009 Botschaft DSG 2017, S. 7058; dabei sei darauf abzustellen, ob den Begehren der betroffenen Person «gesamthaft» stattgegeben wurde.

1010 Botschaft DSG 2017, S. 7058; z.B., wenn der Vertragsabschluss genau zu jenen Konditionen erfolgt, wie in der Offerte dargelegt.

1011 Botschaft DSG 2017, S. 7058; siehe ferner Bieri/Powell, S. 1541 f.

1012 BSK-Vasella/Henseler, Art. 21 DSG N. 53; SHK-Pärli/Flück, Art. 21 DSG N. 18; CR-Flueckiger, Art. 21 DSG N. 12. Damit eine Einwilligung gültig ist, muss sie 1) angemessen, 2) freiwillig und 3) ausdrücklich erfolgen.

V. AUTOMATISIERTE EINZELENTSCHEIDUNG DURCH EIN BUNDESORGAN (ABS. 4)

56 Abschliessend enthält Art. 21 Abs. 4 DSG eine Sonderbestimmung für Bundesorgane i.S.v. Art. 5 lit. i DSG. Die Bestimmung auferlegt diesen die Pflicht, automatisierte Einzelentscheidungen zu kennzeichnen (A.). Ferner ist in bestimmten Fällen die Nichtanwendbarkeit von Art. 21 Abs. 2 DSG vorgesehen (B.). Die Bestimmung erlaubt es Bundesorganen indes aufgrund der fehlenden Normdichte nicht, automatisierte Einzelentscheidungen zu fällen (C.).

A. Kennzeichnungspflicht

57 Die Kennzeichnungspflicht automatisiert ergangener Verfügungen bezweckt, für die betroffene Person erkennbar zu machen, dass die **Entscheidung nicht durch eine natürliche Person gefällt** wurde. Gegen Verfügungen steht der betroffenen Person grundsätzlich ein Rechtsmittel offen. Die Kennzeichnung ermöglicht ihr, im Rechtsmittelverfahren ihren Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) wahrzunehmen, indem sie ihren Standpunkt darlegen kann und die Entscheidung durch eine natürliche Person überprüft wird.[1013]

58 Fraglich ist, wie die Kennzeichnungspflicht im Zusammenhang mit der Informationspflicht nach Art. 21 Abs. 1 DSG steht. Letztere entfällt im Gegensatz zur Informationspflicht bei der Beschaffung von Personendaten gemäss Art. 19 Abs. 1 DSG nämlich nicht, wenn die Bearbeitung gesetzlich vorgesehen ist (Art. 20 Abs. 1 lit. b DSG). Vor dem Hintergrund, dass automatisierte Einzelentscheidungen in der Verwaltung in Zukunft insbesondere im Massenverfahren eingeführt werden sollen (vgl. N. 16), ist fraglich, wie der staatliche Verantwortliche der Informationspflicht (im Einzelfall) nachkommen soll. Die Kennzeichnung hingegen erscheint vor dem Hintergrund der Verfahrensökonomie zielgerichteter.

59 Die Kennzeichnung muss offensichtlich und einfach erkennbar auf der automatisierten Entscheidung aufgeführt sein. Nach hier vertretener Ansicht wird es als sinnvoll erachtet, den Hinweis nach dem eigentlichen Inhalt der Verfügung, jedoch vor der Rechtsmittelbelehrung anzubringen. Die betroffene

1013.Braun Binder, Dystopie, S. 264; Dentand, Rz. 14 ff.

Person erfährt so zunächst, dass die Entscheidung automatisiert ergangen ist, bevor sie über ihre Rechtsschutzmöglichkeiten informiert wird. Dies entspricht einer natürlichen Lesereihenfolge. Stünde die Kennzeichnung nach der Rechtsmittelbelehrung, bestünde die Gefahr, dass die betroffene Person diese Information erst zu spät oder gar nicht wahrnimmt und somit eine uninformierte Entscheidung über den Rechtsschutz trifft.

B. Nichtanwendbarkeit von Art. 21 Abs. 2 DSG

Die Rechte der betroffenen Person nach Art. 21 Abs. 2 DSG, ihren Standpunkt darzulegen und die automatisierte Einzelentscheidung durch eine natürliche Person überprüfen zu lassen, gelten grundsätzlich auch bei automatisierten Einzelentscheidungen durch Bundesorgane. Gemäss Art. 21 Abs. 4 DSG entfallen diese Rechte jedoch, wenn die betroffene Person nach Art. 30 Abs. 2 VwVG oder einem anderen Bundesgesetz nicht angehört werden muss. 60

Art. 30 VwVG konkretisiert den Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 VwVG.[1014] Gemäss Abs. 1 sind die Parteien grundsätzlich vor dem Erlass einer Verfügung anzuhören. Dieser Anspruch wird in Abs. 2 eingeschränkt. Ausnahmen vom rechtlichen Gehör liegen beispielsweise vor, wenn eine Verfügung durch Einsprache anfechtbar ist (Art. 30 Abs. 2 lit. b VwVG) oder wenn die Behörden den Parteibegehren voll entspricht (Art. 30 Abs. 2 lit. c VwVG). Dadurch sollen Doppelspurigkeiten in der Entscheidungsfindung vermieden und der Gehalt des rechtlichen Gehörs nicht untergraben werden.[1015] Im Einspracheverfahren kann das rechtliche Gehör nachgeholt werden. Bei vollem Zuspruch der Parteibegehren entfällt dieses Interesse hingegen.[1016] 61

Im Endeffekt führt die datenschutzrechtliche Ausnahmeregelung dazu, dass das DSG den von einer staatlichen automatisierten Einzelentscheidung betroffenen Personen keine weitergehenden Rechte einräumt, als dies das VwVG sowieso vorsieht:[1017] Sind die Parteien sowieso gemäss Art. 30 Abs. 1 VwVG anzuhören, stehen ihnen auch die – nicht weitergehenden – Rechte nach Art. 21 Abs. 2 DSG zu. Ist eine Ausnahme gemäss Art. 30 Abs. 2 VwVG einschlägig und muss die Partei nicht angehört werden, kann sich diese auch nicht auf den datenschutzrechtlichen Gehörsanspruch nach Art. 21 Abs. 2 62

1014.OFK-Wiederkehr/Meyer/Böhme, Art. 29 VwVG N. 2.
1015.OFK-Wiederkehr/Meyer/Böhme, Art. 29 VwVG N. 2.
1016.OFK-Wiederkehr/Meyer/Böhme, Art. 30 VwVG N. 36.
1017.Siehe dazu Braun Binder, Dystopie, S. 259.

DSG stützen. Die Rechte nach Art. 21 Abs. 2 DSG sind mit Blick auf bundesrechtliche automatisierte Entscheidungen **deklaratorischer Natur** und haben für die betroffene Person gegebenenfalls sogar eher Rechtsunsicherheit geschaffen.[1018]

C. Fehlende allgemeine Zulässigkeitsabsicht

63 In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird die Frage aufgeworfen, ob der Gesetzgeber mit der Schaffung von Art. 21 Abs. 1 DSG beabsichtige, eine allgemeine Zulässigkeitsnorm für automatisierte Einzelentscheidungen in der Schweiz einzuführen.[1019] Gemäss Bundesrat handelt es sich bei staatlichen automatisierten Einzelentscheidungen um «gewöhnliche Verfügungen» i.S.v. Art. 5 VwVG, die ohne menschliches Zutun erlassen werden.[1020] Im Unterschied zur europäischen Regelung, die mit Art. 22 Abs. 1 DSGVO ein grundsätzliches Automatisierungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt etabliert und damit eine generelle Unzulässigkeit vorsieht (vgl. N. 69 ff.), scheint das Schweizer Recht damit eine weitgehend voraussetzungslose Zulässigkeit solcher Entscheidungen anzunehmen. Der Pauschalverweis auf Art. 21 DSG erweckt den Anschein, das DSG diene als allgemeine Zulässigkeitsnorm für den Erlass automatisierter Einzelentscheidungen im Schweizer Verwaltungsverfahren. Ein solcher Wille lässt sich jedoch weder aus der Botschaft zum DSG herleiten noch mit dem Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 BV) vereinbaren. Letzteres verlangt neben einer formell-gesetzlichen Grundlage (Art. 164 Abs. 1 BV) auch eine hinreichende Bestimmtheit der Norm.[1021] Zwar ist das DSG ein formelles Gesetz, doch erscheint seine Bestimmtheit im Hinblick auf vollautomatisiert ergangene Verfügungen unzureichend.[1022] Stossend erscheint ferner, dass die Bestimmung keine konkreten Anwendungsbereiche vorsieht, sondern die Existenz automatisierter Einzelentscheidungen schlichtweg impliziert.[1023]

1018 Dentand, Rz. 17; Roth, S. 104.

1019 Braun Binder, Dystopie, S. 260 f.; Obrecht, S. 42; Thurnherr, S. 150 ff.

1020 Botschaft DSG 2017, S. 7057.

1021 Statt vieler SGK-Schindler, Art. 5 BV N. 37.

1022 Braun Binder, Dystopie, S. 260 f.; Obrecht, S. 42; allgemein zum Legalitätsprinzip bei automatisierten Einzelentscheidungen Thurnherr, S. 150 ff.; ebenso OFK-Bieri/Powell, Art. 21 DSG N. 4. Wiederkehr/Meyer, S. 1102 f., betonen, dass die bestehenden Verfahrensverordnungen nicht unbesehen angewendet werden können, weil automatisierte Verwaltungsverfahren in einem Spannungsverhältnis zu zentralen Verfahrensgarantien stehen können.

Hinzu kommt, dass im Zuge der Totalrevision des DSG im Jahr 2020 weitere Gesetze um den Terminus der automatisierten Einzelentscheidung ergänzt wurden.[1024] Das DSG dient somit als Ausgangspunkt für diese Querverweise in den einschlägigen (Verfahrens-)Gesetzen. 64

VI. DURCHSETZUNG

Das Gesetz sieht zunächst strafrechtliche Sanktionen vor. So werden private Personen mit Busse bis zu CHF 250'000 bestraft, wenn sie über eine automatisierte Einzelentscheidung falsche, unvollständige oder keinerlei Auskunft erteilen (siehe Art. 60 Abs. 1 lit. a DSG). Vorausgesetzt für eine Sanktionierung ist ein fristgerechter Strafantrag sowie vorsätzliches Handeln. Die Bussenregelung gilt nicht für Bundesorgane. 65

Weiter sieht das DSG **aufsichtsrechtliche Massnahmen** vor. So können Verstösse gegen die Pflichten nach Art. 21 DSG dem EDÖB gemeldet werden. Der EDÖB kann in diesem Fall den Verantwortlichen verpflichten, die Informationen der betroffenen Person bereitzustellen und ihr die Möglichkeit zur Darlegung des Standpunktes oder zur Überprüfung der automatisierten Einzelentscheidung durch eine natürliche Person einzuräumen (siehe Art. 51 Abs. 3 lit. c DSG).[1025] Dies gilt für Verantwortliche des privaten und des öffentlichen Sektors gleichermassen. 66

Das DSG enthält keine Regelung dazu, ob und wie der Verantwortliche eine fehlerhafte automatisierte Einzelentscheidung **korrigieren** muss.[1026] Daher 67

1023 Braun Binder, Dystopie, S. 261; Thurnherr, S. 152. Siehe für weitere Argumente gegen die Annahme von Art. 21 Abs. 1 DSG als allgemeine Zulässigkeitsnorm im Verwaltungsalltag Obrecht, S. 41.

1024 So wird etwa im Zollveranlagungsverfahren sowie bei der Festsetzung der Tabak-, Bier- und Mineralölsteuer auf Art. 21 Abs. 1 DSG verwiesen (Art. 38 Abs. 2 Zollgesetz vom 18.3.2005 [ZG; SR 631.0]; Art. 18 Abs. 4 Bundesgesetz über die Tabaksteuer [TStG; SR 641.31]; Art. 17 Abs. 3 Bundesgesetz über die Biersteuer vom 6.10.2006 [BStG; SR 641.411]; Art. 21 Abs. 2bis Mineralölsteuergesetz vom 21.6.1996 [MinöStG; SR 641.61]). Hingegen wurde der unter der DSG-Revision eingeführte Verweis auf Art. 21 DSG im Schwerverkehrsabgabegesetz (Art. 11 Abs. 4 Bundesgesetz über eine leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe vom 19.12.1997 [SVAG; SR 641.81] in der Fassung vom 1.9.2023) wieder aufgehoben, weil das Bundesamt für Zoll und Grenzsicherheit im Bereich der Schwerverkehrsabgabe keine Veranlagungsverfügung als automatisierte Einzelentscheidung erlasse (Botschaft SVAG 2022, S. 29); siehe dazu Rechsteiner, Rz. 16 ff.; spezifisch zu automatisierten Einzelentscheidungen im Bereich der Zollveranlagung Braun Binder, Untersuchungsgrundsatz, Rz. 16 ff.

1025 SHK-Pärli/Flück, Art. 21 DSG N. 20; BSK-Henseler/Vasella, Art. 21 DSG N. 68.

ertönt teilweise der Vorwurf, keinen ausreichenden und effektiven Schutz vor den Folgen automatisierter Einzelentscheidungen zu bieten.[1027] Für den spezifischen Fall, dass die Verletzung der Informations- und Anhörungspflicht Bearbeitungsgrundsätze nach Art. 6 DSG verletzt, kann darin eine widerrechtliche Datenbearbeitung des Bundesorgans (Art. 41 Abs. 1 DSG) bzw. eine Persönlichkeitsverletzung der privaten Verantwortlichen (Art. 30 DSG) erkannt werden.[1028] Naheliegend ist im Kontext automatisierter Einzelentscheidungen die Verletzung des Zweckbindungsgrundsatzes (Art. 6 Abs. 3 DSG). Als Folge steht es der betroffenen Person offen, die Beseitigung der negativen Folgen der widerrechtlichen Datenbearbeitung zu verlangen (siehe Art. 41 Abs. 1 lit. b DSG für Bundesorgane bzw. Art. 32 Abs. 2 DSG für Private).[1029]

68 Bei der Rechtsdurchsetzung im öffentlich-rechtlichen Kontext ist **ungeklärt**, in welchem Verhältnis der erwähnte Beseitigungsanspruch zu den verwaltungsverfahrensrechtlichen Rechtsmitteln bei Verletzung des rechtlichen Gehörs steht.[1030] Diese Rechtsunsicherheit ist dem Umstand geschuldet, dass der Anspruch auf Anhörung oder Überprüfung nach Art. 21 Abs. 2 DSG keine über das bestehende rechtliche Gehör nach Art. 30 Abs. 1 VwVG hinausgehende Ansprüche vermittelt.[1031] Die Problematik akzentuiert sich, wenn behördliches Handeln im Zusammenhang mit dem Erlass einer Verfügung, welche die Pflichten nach Art. 21 DSG verletzt, als widerrechtliche Datenbearbeitung qualifiziert würde (siehe Art. 41 Abs. 1 DSG). Nach DSG steht der betroffenen Person in dieser Konstellation die Option offen, die Beseitigung der Folgen einer widerrechtlichen Bearbeitung zu verlangen (Art. 41 Abs. 1 lit. b DSG). Dies suggeriert, dass eine in Verletzung des rechtlichen Gehörs erlassene Verfügung als Folge einer widerrechtlichen Datenbearbeitung aufgehoben werden müsste. Dadurch würde insbesondere nach Ablauf der Rechtsmittelfristen die Bestandeskraft von Verfügungen infrage gestellt.[1032]

1026 Büyüksagis, Responsabilité, S. 17.

1027 Büyüksagis, Responsabilité, S. 17.

1028 SHK-Pärli/Flück, Art. 21 DSG N. 22; **a.M.** BSK-Henseler/Vasella, Art. 21 DSG N. 66, da nach deren Auffassung die Informationspflicht und die Betroffenenrechte an der automatisierten Einzelentscheidung anknüpfen, die selbst keine Datenbearbeitung darstelle, sondern nur auf einer solchen beruhe.

1029 SHK-Pärli/Flück, Art. 21 DSG N. 22.

1030 Roth, S. 105; Braun Binder, Automatisierte Entscheidungen, S. 33.

1031 Roth, S. 105; Braun Binder, Automatisierte Entscheidungen, S. 33.

VII. RECHTSVERGLEICHENDE HINWEISE

A. Europäische Regelung (Art. 22 DSGVO)

Die DSGVO enthält eine mit Art. 21 DSG vergleichbare Bestimmung.[1033] Unter dem Titel «Automatisierte Einzelentscheidungen im Einzelfall einschliesslich Profiling» räumt **Art. 22 Abs. 1 DSGVO** einer betroffenen Person das Recht ein, nicht einer ausschliesslich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschliesslich Profiling[1034] – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. 69

Der Unterschied zu Art. 21 DSG liegt insbesondere im **Regelungsansatz**. Die Stimmen aus der rechtswissenschaftlichen Literatur zu Art. 22 DSGVO sind sich nicht einig, ob die europäische Bestimmung automatisierte Einzelentscheidungen grundsätzlich verbietet oder ob betroffenen Personen ein Widerspruchsrecht eingeräumt wird.[1035] Der europäische Gerichtshof (EuGH) in Den Haag geht – ohne grosse Begründung – von einem grundsätzlichen Verbot automatisierter Einzelentscheidungen aus.[1036] Im 70

1032 Braun Binder, Automatisierte Entscheidungen, S. 33; Roth, S. 105.

1033 Von Pärli/Flück auch als «Parallelbestimmung» bezeichnet (SHK-Pärli/Flück, Art. 21 DSG N. 5).

1034 Die DSGVO definiert Profiling als jede Art der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten, die darin besteht, dass diese personenbezogenen Daten verwendet werden, um bestimmte, persönliche Aspekte, die sich auf eine natürliche Person beziehen, zu bewerten, insbesondere um Aspekte bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, Zuverlässigkeit, Verhalten, Aufenthaltsort oder Ortswechsel dieser natürlichen Person zu analysieren oder vorherzusagen (Art. 4 Ziff. 4 DSGVO).

1035 Wie Vasella/Henseler aufschlüsseln, gehen insbesondere Datenschutzbehörden und die Mehrheit der Lehre davon aus, dass Art. 22 DSGVO automatisierte Einzelentscheidungen verbieten (BSK-Vasella/Henseler, Art. 21 DSG N. 9). Die Minderheit – und gemäss Vasella/Henseler mit überzeugenden Argumenten – gehe von einem Widerspruchsrecht aus, das die betroffene Person gegen automatisierte Einzelentscheidungen geltend zu machen hat (siehe dazu z.B. Thouvenin/Früh/Henseler, S. 188 ff.). Eine derartige weniger restriktive Auslegung der Bestimmung bewirkt nach vorliegender Ansicht allerdings eine Verlagerung der Verantwortung und des (finanziellen und zeitlichen) Aufwands auf die betroffene Person und scheint daher insgesamt nicht im Einklang mit der Zielsetzung der DSGVO zu stehen (siehe dazu Art. 1 DSGVO).

1036 Urteil des EuGH vom 7.12.2023, Rechtssache C-634/21, SCHUFA Holding (Scoring), Ziff. 52 f. und 64.

Vergleich dazu lässt der Wortlaut nach Art. 21 Abs. 1 DSG automatisierte Entscheidungen grundsätzlich zu.

71 **Art. 22 Abs. 2 DSGVO** lässt automatisierte Einzelentscheidungen allerdings ausnahmsweise – und abschliessend – zu, wenn die Entscheidung für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen[1037] erforderlich ist (lit. a), sie aufgrund von Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten, denen der Verantwortliche unterliegt, zulässig ist und diese Rechtsvorschriften angemessene Massnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person enthalten (lit. b) oder sie mit ausdrücklicher Einwilligung[1038] der betroffenen Person erfolgt (lit. c). Insgesamt ist damit die Schweizer Regelung im Vergleich zur DSGVO weniger restriktiv.

72 Gemäss **Art. 22 Abs. 3 DSGVO** trifft der Verantwortliche in den Fällen von Art. 22 Abs. 2 lit. a und c DSGVO angemessene Massnahmen, um die Rechte und Freiheiten sowie die berechtigten Interessen der betroffenen Person zu wahren, wozu mindestens das Recht auf Erwirkung des Eingreifens einer Person seitens des Verantwortlichen, auf Darlegung des eigenen Standpunkts und auf Anfechtung der Entscheidung gehört. Weitere Anforderungen an die automatisierte Einzelentscheidung ergeben sich aus einer Vielzahl weiterer Bestimmungen in der DSGVO, etwa die Informationspflichten und das Auskunftsrecht.[1039] Das europäische Recht geht dabei inhaltlich über Art. 21 DSG hinaus.[1040]

1037 Als Verantwortlicher gilt gemäss Art. 4 Ziff. 7 DSGVO die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet; sind die Zwecke und Mittel dieser Verarbeitung durch das Unionsrecht oder das Recht der Mitgliedstaaten vorgegeben, so kann der Verantwortliche beziehungsweise können die bestimmten Kriterien seiner Benennung nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten vorgesehen werden.

1038 Als Einwilligung gilt gemäss Art. 4 Ziff. 11 DSGVO jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist.

1039 Zur Informationspflicht: Art. 13 Abs. 2 lit. f und Art. 14 Abs. 2 lit. g DSGVO; zum Auskunftsrecht: Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO.

1040 BSK-Vasella/Henseler, Art. 21 DSG N. 9.

Schliesslich sieht **Art. 22 Abs. 4 DSGVO** im Unterschied zur DSG-Regelung besondere Einschränkungen für (in Schweizer Terminologie) besonders schützenswerte Personendaten vor.[1041] 73

B. Kasuistik

Das DSG führt den Begriff der automatisierten Einzelentscheidung im Schweizer Recht ein. Bislang existiert zu dieser Thematik in der Schweiz keine Rechtsprechung. Auch wenn das (Schweizer) DSG und die (europäische) DSGVO in Bezug auf den Einsatz automatisierter Einzelentscheidungen unterschiedliche Grundsätze verankern – das DSG geht von der grundsätzlichen Zulässigkeit solcher Entscheidungen aus, die DSGVO statuiert eine Verbotsnorm mit Erlaubnisvorbehalt (vgl. N. 69 ff.) – und die EU-Praxis dementsprechend nicht vorbehaltlos übernommen werden kann, liefert sie indes Indizien für die Schweiz.[1042] 74

1. Zur Unterscheidung von teil- und vollautomatisierten Entscheidungen

Art. 21 DSG enthält ausschliesslich Regelungen zu vollautomatisierten Einzelentscheidungen (vgl. N. 20 f.). Erste Beispiele aus dem europäischen Raum zeigen, dass die Abgrenzung zu teilautomatisierten Entscheidungen schwierig sein kann. Im Folgenden werden zu dieser Frage zwei ausgewählte Beispiele dargestellt, die durch den EuGH beurteilt wurden. 75

a. Österreich: AMAS-Algorithmus

In einem ersten Beispiel führte der Testeinsatz des automatisierten «Arbeitsmarkt-Chancen-Assistenzsystems» (AMAS) durch den österreichische Arbeitsmarktservice (AMS) zur systematischen Schlechterstellung des weiblichen Geschlechts sowie von Menschen mit Behinderung. Das System sortierte (automatisiert) Bewerbungen für einen Stellenbeschrieb auf der Datengrundlage von Bewerbungsunterlagen der letzten zwanzig Jahre aus. Da Männer in der Vergangenheit häufiger eingestellt wurden als Frauen, wurden letztere (sowie auch Menschen mit Behinderung) erst gar nicht zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen.[1043] Dagegen ging die österreichische 76

1041 Sogenannte «besondere Kategorien personenbezogener Daten» (Art. 9 DSGVO).
1042 Die Autorinnen danken Prof. Dr. Nadja Braun Binder herzlich für die Hinweise und Inputs.
1043 Ausführlich zum Sachverhalt und m. w. H. Braun Binder, Staat, S. 7 ff.

Datenschutzbehörde vor. Das österreichische Bundesverwaltungsgericht hat im Dezember 2020 eine Entscheidung bezüglich das AMAS gefällt.[1044] Dabei ging es in erster Linie nicht um das Diskriminierungsverbot, sondern um die Frage nach der gesetzlichen Grundlage für den Einsatz von AMAS. Die Beantwortung dieser Frage hing letztlich davon ab, ob es sich beim entsprechenden Verfahren um einen voll- oder teilautomatisierten Prozess handelt, da diese unterschiedlichen Anforderungen unterliegen.

77 Die Parteien brachten folgende unterschiedliche Argumente an:

Datenschutzbehörde	Arbeitsmarktservice
• Die Letztentscheidung werde zwar aufgrund von internen Richtlinien getroffen; diese entfalten allerdings keine Aussenwirkung und damit keine Bindung für die Behörde. • Ausserdem betrage die Beratungszeit für eine Einzelentscheidung regelmässig nur zehn Minuten. Dabei handle es sich nicht um eine eigentliche menschliche Aufsicht, sondern eine routinemässige Übernahme des durch das System vorgeschlagenen Entscheids. • Verfahren: Vollautomatisierung.	• Die Letztentscheidung liege bei einer natürlichen Person, die Richtlinien und Handlungsanweisungen befolgen muss. • Die den Einzelfall bearbeitenden Personen seien entsprechend geschult worden und unterlägen einer Begründungs- und Dokumentationspflicht. Mithin müssen sie sich für jeden Fall Zeit nehmen. • Verfahren: Teilautomatisierung (i.S.e. Entscheidungsempfehlung; angeführt durch die Autorinnen).

78 Das österreichische Gericht folgte der Argumentation des Arbeitsmarktservices. Die Richtlinie sei in Bezug auf den Ablauf konkret und es sei festgelegt, der automatisiert errechnete Wert müsse in einem Beratungsgespräch mit den Arbeitssuchenden besprochen werden. Das Gericht stufte das Verfahren somit als Teilautomatisierung ein.

79 Für die Schweizer Rechtsprechung kann dies einen Hinweis dafür darstellen, dass für die Abgrenzung von Teil- und Vollautomatisierung somit nicht ausschliesslich ausschlaggebend sein muss, ob eine natürliche Person in das Verfahren miteingebunden ist. Es müssen vielmehr die Gesamtumstände des Einzelfalles betrachtet werden.[1045]

b. Deutschland: Schufa-Beispiel

80 Die Schufa[1046] ist eine Einrichtung der deutschen Kreditinstitute und anderer Unternehmen, bei der die Vertragspartner Auskünfte über potenzielle

1044 Bundesverwaltungsgericht der Republik Österreich, Entscheid vom 18.12.2020, W256 2235360-1/5E.

1045 Braun Binder, Staat, S. 9.

Kreditnehmende einholen können. Sie liefert auf Anfrage einen Score bzw. Wert, der zeigen soll, wie zuverlässig die betreffende Person ihre Zahlungsverpflichtung erfüllt.[1047]

Nachdem einige Personen in Deutschland Klage gegen die Schufa erhoben hatten,[1048] da unter anderem ihre Einträge nicht gelöscht wurden und ihnen kein Zugang zu ihren Daten gewährt wurde, legte das Verwaltungsgericht Wiesbaden den Fall dem EuGH vor, um klären zu lassen, ob es sich beim Schufa-Scoring um eine auf einer automatisierten Verarbeitung – einschliesslich Profiling – beruhende Entscheidung i.S.v. Art. 22 DSGVO handelt. 81

Der EuGH urteilte am 7. Dezember 2023, dass das Scoring der Schufa Art. 22 DSGVO über automatisierte Entscheidungen unterstehe.[1049] Er sah die folgenden drei Voraussetzungen, welche nach Art. 22 Abs. 1 DSGVO kumulativ erfüllt sein müssen, als gegeben: 82

- *Entscheidung:* Der EuGH betrachtete das Kreditscoring als Basis für die anschliessende Kreditverweigerung (ebenfalls) als Entscheidung, zumal Entscheidungen auch Massnahmen einschliessen können und dadurch der Begriff als weit definiert zu betrachten ist. Eine engere Auslegung birgt laut EuGH die Gefahr einer Umgehung von Art. 22 DSGVO, indem beispielsweise die Berechnung des Kreditscores nicht den Vorgaben zur Bearbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten unterliegen würde (Art. 22 Abs. 4 DSGVO).[1050]
- *Ausschliesslich automatisierte Datenverarbeitung:* Diese Voraussetzung sei erfüllt, zumal es sich bei den Datenbearbeitungen der Schufa um ein Profiling im Sinne von Art. 4 Ziff. 4 DSGVO handle und der

1046 «Schufa» steht für «Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung». Es handelt sich um einen Zusammenschluss mehrerer einzeln bestehender Gesellschaften.

1047 Urteil des EuGH vom 7.12.2023, Rechtssache C-634/21. Siehe zum Stand vor der Urteilsfällung Henseler, EuGH.

1048 Siehe beispielhaft Urteil des EuGH vom 7.12.2023, Rechtssache C-634/21.

1049 Urteil des EuGH vom 7.12.2023, Rechtssache C-634/21.

1050 Urteil des EuGH vom 7.12.2023, Rechtssache C-634/21, Erw. 45 f.; **a.M.** Henseler, Kreditscoring, S. 571, der das EuGH-Argument zurückweist, zumal Art. 22 DSGVO den Schutz der betroffenen Person vor den Risiken automatisierter Verarbeitungen nur mittelbar bezweckt und sich die Vorschriften vielmehr gegen Entscheidungen und ihre Auswirkungen richtet.

Wahrscheinlichkeitswert überdies vollständig automatisiert ermittelt wurde.[1051]

- *Rechtliche Wirkung oder erhebliche Beeinträchtigung:* Da die Schufa ihr Handeln und damit die Verweigerung des Kredites massgeblich auf den Wahrscheinlichkeitswert des Kreditscorings abstützte, liegt eine erhebliche Beeinträchtigung der betroffenen Person vor.[1052]

83 Durch das Urteil wird die Anwendbarkeit von Art. 22 DSGVO auf das durch die Schufa vorgenommene Kreditscoring vorverlegt, welches vor der eigentlichen Entscheidung zur Nichtgewährung des Kredits erfolgt. Der EuGH verlangt aber einschränkend, dass die automatisierte Entscheidung zur Verweigerung des Kredits massgeblich auf das Kreditscoring als eine Art Vorentscheid abstellen muss. Die Konsequenzen dieses Entscheids sind insofern weitereichend, als automatisierte Entscheidungen im Sinne von Art. 22 Abs. 1 DSGVO dem Grundsatz nach als verboten gelten. Eine Ausnahme greift nur, falls die Entscheidung nach Abs. 2 alternativ:

- für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen erforderlich ist (lit. a);
- aufgrund von Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten zulässig ist (lit. b);
- mit ausdrücklicher Einwilligung der betroffenen Person erfolgt (lit. c).

2. Zur erheblichen Beeinträchtigung nach Art. 21 Abs. 2 DSG

84 Die Frage nach der Erheblichkeit der Beeinträchtigung der betroffenen Person durch die automatisierte Einzelentscheidung kann nur nach den Umständen des Einzelfalls beurteilt werden. Drei Fälle aus den Niederlanden sollen aufzeigen, wann eine Beeinträchtigung erheblich ist bzw. nicht erheblich ist.

a. Niederlanden: SyRI-System

85 Im Jahr 2014 wurde in den Niederlanden ein Gesetz zur Einführung des Betrugsbekämpfungssystem SyRI (Systeem Risico Indicatie[1053]) verabschiedet.

1051.Urteil des EuGH vom 7.12.2023, Rechtssache C-634/21, Erw. 47.
1052Urteil des EuGH vom 7.12.2023, Rechtssache C-634/21, Erw. 48 f.
1053Auf Deutsch: System Risiko-Hinweis.

[1054] SyRI war ein algorithmisches Instrument zur Betrugserkennung, das auf Stadtteile mit von Armut betroffener Bevölkerung oder Minderheiten in den Niederlanden begrenzt war[1055] und Risikoprofile von Einzelpersonen erstellte, um verschiedene Betrugsformen – etwa im Steuer- und Sozialleistungsbereich – zu entdecken. Im Jahr 2020 ordnete ein niederländisches Gericht den sofortigen Stopp des Programms an, da dieses gegen die EMRK[1056] verstosse.[1057]

Das System fällte zwar keine automatisierte Einzelentscheidung, der Fall zeigt allerdings illustrativ auf, wann offensichtlich eine erhebliche Beeinträchtigung vorliegt. Denn bereits eine solche Risikomeldung hat gemäss den richterlichen Erwägungen eine erhebliche Auswirkung auf das Privatleben der Person, auf die sich die Meldung bezieht.[1058] 86

b. Bezirksgericht Amsterdam: Taxidienst Uber

Gegen den Taxidienst Uber wurde Klage wegen Verletzung von Art. 22 DSGVO erhoben, nachdem Uber Konti von Fahrerinnen und Fahrern bei Verdacht auf betrügerische Aktivitäten automatisch sperren liess.[1059] Da diese ihre Konti nach einer Überprüfung wieder aktivieren lassen konnten, verneinte das Bezirksgericht einen Verstoss gegen Art. 22 DSGVO. Die vorübergehende Sperrung der Konti sei nicht mit folgenreichen, langfristigen oder dauerhaften Auswirkungen verbunden, die gemäss Art. 22 DSGVO 87

1054 Das System ist inzwischen gerichtlich verboten, siehe etwa Privacy International, The SyRI case: a landmark ruling for benefits claimants around the world, News & Analysis, 24.2.2020, abrufbar unter https://privacyinternational.org/news-analysis/3363/syri-case-landmark-ruling-benefits-claimants-around-world (besucht am 19.3.2026).

1055 Es gab damals keine Hinweise, dass Personen aus diesen Regionen überdurchschnittlich häufig Sozialbetrug begingen.

1056 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (SR 0.101).

1057 Das Gericht befand, dass ein Verstoss gegen Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) vorliege. Es liess jedoch die Frage offen, ob die Definition der automatisierten Entscheidungsfindung gemäss DSGVO Anwendung finde.

1058 Rechtbank Den Haag, C-09-550982-HA ZA 18-388, Urteil vom 5.2.2020, abrufbar unter https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBDHA:2020:865 (besucht am 19.3.2026), auf Englisch abrufbar unter https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBDHA:2020:1878 (besucht am 19.3.2026).

1059 Rechtbank Amsterdam, C/13/692003/HA RK 20-302, Urteil vom 11.3.2021, abrufbar unter http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBAMS:2021:1018 (besucht am 19.3.2026). Hinweise auf Englisch abrufbar unter https://ekker.legal/en/2021/03/13/dutch-court-rules-on-data-transparency-for-uber-and-ola-drivers/ (besucht am 19.3.2026).

erforderlich wären. Ferner handelte es sich bei den erhobenen Daten um faktische Daten wie Standort und Verkehr, die unabhängig vom Verhalten der fahrenden Person erfasst werden.

c. Bezirksgericht Amsterdam: App Ola

88 Die App «Ola» hatte ihren Nutzerinnen und Nutzern aufgrund der vom System gesammelten Daten Fahrpreisabzüge oder Bussgelder auferlegt. Das Bezirksgericht bejahte das Vorliegen von erheblichen Auswirkungen nach Art. 22 DSGVO. Indem Geldstrafen verhängt wurden, seien die Folgen für die betroffenen Personen unmittelbar und endgültig gewesen. Ausserdem seien umfassende «Leistungsdaten», die sich auf das allgemeine und kontinuierliche Verhalten einer Person beziehen, erhoben worden.[1060]

3. Erkenntnisse für die Schweizer Rechtslage

89 Die Grenzziehung zwischen vollautomatisierter Einzelentscheidung i.S.v. Art. 21 Abs. 1 DSG und teilautomatisierten Entscheidungen könnte in der Praxis schwierig werden. Einen Anhaltspunkt kann der menschliche Entscheidungsspielraum im Einzelfall bilden. Ist dieser gross, ist von einer teilautomatisierten Entscheidung auszugehen. Ebenso können verwaltungsinterne Weisungen, die Schulung von Mitarbeitenden sowie die Möglichkeit von Betroffenen, ihre Argumente vorzubringen, Indizien für das Vorliegen einer teilautomatisierten Einzelentscheidung bilden. In beiden Fällen ist Art. 21 DSG nicht einschlägig. Wird hingegen eine Entscheidung durch Dritte gefällt, kann es sich trotzdem um eine automatisierte Einzelentscheidung i.S.v. Art. 21 DSG handeln.

90 Ebenfalls kann sich eine Grenzziehung zwischen Entscheidungen, die eine erhebliche Beeinträchtigung nach sich ziehen und solchen, die dies nicht tun, als schwierig erweisen. Folgende Aspekte können der Klassifizierung dienen:

- *Die Unmittelbarkeit der Auswirkung der Entscheidung auf die betroffene Person;*
- *die vorübergehende oder endgültige Wirkung der Entscheidung;*

1060 Rechtbank Amsterdam, C/13/689705 / HA RK 20-258, Urteil vom 11.3.2021, abrufbar unter https://uitspraken.rechtspraak.nl/#!/details?id=ECLI:NL:RBAMS:2021:1019 (besucht am 19.3.2026). Hinweise auf Englisch abrufbar unter https://ekker.legal/en/2021/03/13/dutch-court-rules-on-data-transparency-for-uber-and-ola-drivers/ (besucht am 19.3.2026).

- *die potenzielle Beeinflussung der Entscheidung auf das Verhalten oder die Beschlussfassung der betroffenen Person;*
- *die Frage nach der Beschränkung möglicher Einkommensmöglichkeiten oder ein möglicher finanzieller Verlust für die betroffene Person.*

VIII. AUSBLICK

91 Die Automatisierung von Prozessen und Entscheidungsverfahren schreitet sowohl in der Privatwirtschaft als auch im staatlichen Bereich rasch voran. So geht auch der Bundesrat davon aus, dass automatisierte Entscheidungen künftig häufiger auftreten werden.[1061] Mit Art. 21 DSG werden Verantwortliche verpflichtet, betroffene Personen über automatisierte Einzelentscheidungen zu informieren und ihnen bestimmte Schutzrechte einzuräumen. Kritisch erscheint jedoch, dass diese Pflichten ausschliesslich bei vollständig automatisierten Entscheidungen greifen. Teilautomatisierte Entscheidungen (Entscheidungsunterstützung oder -überprüfung) werden vom Anwendungsbereich der Norm nicht erfasst. Dies ist problematisch, da solche Systeme in der Praxis weiter verbreitet sind und – abhängig von der Komplexität des eingesetzten Algorithmus – erheblichen Einfluss auf das Entscheidungsergebnis haben können. Dadurch entstehen Schutzlücken, insbesondere im Hinblick auf die Transparenz und den Grundrechtsschutz. Vor diesem Hintergrund ist eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs von Art. 21 DSG auf teilautomatisierte Entscheidungen geboten.[1062] Dieses Anliegen wurde im rechtswissenschaftlichen Diskurs zum Einsatz von automatisierten Systemen aufgenommen.[1063] Ferner wurde der Handlungsbedarf auch im Gesetzgebungsprozess berücksichtigt.[1064]

1061 Botschaft DSG 2017, S. 7056.

1062 Eine parlamentarische Initiative der Grünen Partei aus dem Jahr 2023 verfolgte dieses Ziel, indem sie eine entsprechende Ergänzung von Art. 21 DSG beantragte (Parlamentarische Initiative 23.438). Dem Anliegen wurde jedoch weder von der Staatspolitischen Kommission des Nationalrats noch vom Nationalrat Folge gegeben.

1063 BJ, Rechtliche Basisanalyse, S. 44.

1064 BJ, Rechtliche Basisanalyse, S. 55 f.

LITERATURVERZEICHNIS

Alon Barkat Saar/Busuioc Madalina, Human-AI Interactions in Public Sector Decision Making : « Automation Bias » and « Selective Adherence » to Algorithmic Advice, JPART 33 (2023), S. 153 ff.

Alpaydin Ethem, Machine Learning, Cambridge 2016.

Bieri Adrian/Powell Julian, Kommentierung zu Art. 21 DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Datenschutzgesetz, Zürich 2023.

Bieri Adrian/Powell Julian, Informationspflicht nach dem totalrevidierten Datenschutzgesetz, AJP 12 (2020), S. 1533–1542.

Braun Binder Nadja, Künstliche Intelligenz und automatisierte Entscheidungen in der öffentlichen Verwaltung, SJZ 115 (2019), S. 467–476 (zit. Künstliche Intelligenz).

Braun Binder Nadja, Als Verfügungen gelten Anordnungen der Maschinen im Einzelfall…–Dystopie oder künftiger Verwaltungsalltag?, ZSR 139 (2020), S. 253–278 (zit. Dystopie).

Braun Binder Nadja, Automatisierte Entscheidungen: Perspektive Datenschutzrecht und öffentliche Verwaltung, SZW 2020, S. 27–34 (zit. Automatisierte Entscheidungen).

Braun Binder Nadja, Staat, Mensch, Algorithmus, BJM 2023, S. 2–19 (zit. Staat).

Braun Binder Nadja, Der Untersuchungsgrundsatz als Herausforderung automatisierter Verfahren, zsis) 2020, abrufbar unter https://www.zsis.ch/artikel/der-untersuchungsgrundsatz-als-herausforderung-vollautomatisierter-verfahren, besucht am 19.3.2026 (zit. Untersuchungsgrundsatz).

Braun Binder Nadja, Algorithmic Regulation – Der Einsatz algorithmischer Verfahren im staatlichen Steuerungskontext, in: Hermann Hill/Joachim Wieland (Hrsg.), Zukunft der Parlamente: Speyer Konvent in Berlin, Berlin 2018, S. 107–120 (zit. Algorithmic Regulation).

Braun Binder et al., Künstliche Intelligenz: Handlungsbedarf im Schweizer Recht, Jusletter vom 28.6.2021 (zit. Handlungsbedarf).

Braun Binder Nadja et al., Einsatz Künstlicher Intelligenz in der Verwaltung: rechtliche und ethische Fragen, Schlussbericht vom 28. Februar 2021 zum Vorprojekt IP6.4, abrufbar unter https://www.zh.ch/content/dam/zhweb/bilder-dokumente/themen/politik-staat/kanton/digitale-verwaltung-und-e-government/projekte_digitale_transformation/ki_einsatz_in_der_verwaltung_2021.pdf, besucht am 19.3.2026 (zit. Studie 2021).

Braun Binder Nadja/Obrecht Liliane, Algorithmisch überprüfte Steuererklärung im ordentlichen gemischten Veranlagungsverfahren, zsis 2023, abrufbar unter https://www.zsis.ch/artikel/algorithmisch-ueberpruefte-steuererklaerung-im-ordentlichen-verfahren, besucht am 19.3.2026.

Braun Binder Nadja/Thouvenin Florent/Volz Stephanie/Obrecht Liliane, Schutz vor algorithmischer Diskriminierung, Rechtsgutachten, November 2025, abrufbar unter https://www.ekr.admin.ch/pdf/D_Gutachten_Schutz_vor_algorithmischer_Diskriminierung.pdf, besucht am 19.3.2026.

Braun Binder Nadja/Ulbrich Christian, Die grosse Verwirrung – KI und Automatisierung in Staat und Wirtschaft, NZZ 27.4.2023, abrufbar unter https://www.nzz.ch/meinung/die-grosse-verwirrung-ki-und-automatisierung-in-staat-und-wirtschaft-ld.1729694, besucht am 19.3.2026.

Büyüksagis Erdem, Décisions algorithmiques: mieux vaut responsabiliser qu'informer, REAS 2020, S. 225–242 (zit. Décisions algorithmiques).

Büyüksagis Erdem, Responsabilité pour les systèmes d'intelligence artificielle, REAS 2021, S. 12–24 (zit. Responsabilité).

Bull Hans Peter, Verwaltung durch Maschinen, Köln/Berlin 1964.

Christen Markus et al., Wenn Algorithmen für uns entscheiden: Chancen und Risiken der künstlichen Intelligenz, TA-SWISS Studie, April 2020.

Daedelow Romy, Wenn Algorithmen (unfair) über Menschen entscheiden..., Jusletter 26.11.2018.

Dentand Claire, Wer soll entscheiden: Maschine oder Mensch?, Jusletter IT 30.9.2021.

Epiney Astrid, Kommentierung zu Art. 5 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025.

Ernst Christian, Algorithmische Entscheidungsfindung und personenbezogene Daten, JuristenZeitung 21 (2017), S. 1026–1036.

Ernst Hartmut/Schmidt Jochen/Beneken Gerd, Grundkurs Informatik, 8. Aufl., Wiesbaden 2023.

Flueckiger Christian, Kommentierung zu Art. 21 DSG, in: Meier Philippe/Métille Sylvain (Hrsg.), Loi sur la protection des données, Commentaire Romand, Basel 2023.

Glaser Andreas, Einflüsse der Digitalisierung auf das schweizerische Verwaltungsrecht, SJZ 114 (2018), S. 181–190.

Glatthaar Matthias, Robot Recruiting, SZW 2020, S. 43–52.

Gordon Clara-Ann/Lutz Tanja, Haftung für automatisierte Entscheidungen – Herausforderungen in der Praxis, SZW 2020, S. 53–61.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020.

Henseler Simon, EuGH C-634/21 – Anträge GA: Kreditscore (der SCHUFA) als automatisierte Entscheidung, https://datenrecht.ch/eugh-c-634-21-antraege-ga-kreditscore-der-schufa-als-automatisierte-entscheidung/, besucht am 12.5.2023 (zit. EuGH).

Henseler Simon, Datenschutz beim Kreditscoring von Auskunfteien: Eine Untersuchung zum Profiling (mit hohem Risiko) und zur automatisierten Entscheidung, Zürich 2025, abrufbar unter https://eizpublishing.ch/wp-content/uploads/2025/09/Datenschutz-beim-Kreditscoring-von-Auskunfteien-Digital-V1_02-20250814.pdf, besucht am 19.3.2026 (zit. Kreditscoring).

Kiener Regina/Rütsche Bernhard/Kuhn Matthias, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich 2021.

Konrad Lischka/Anita Klingel, Wenn Maschinen Menschen bewerten, Internationale Fallbeispiele für Prozesse algorithmischer

Entscheidungsfindung, Arbeitspapier, Gütersloh 2017, abrufbar unter https://www.bertelsmann-stiftung.de/doi/10.11586/201702, besucht am 19.3.2026.

Lötscher Cordula, Wenn das Auto den Laster nicht sieht, Jusletter IT 24.11.2016.

Martini Mario, Blackbox Algorithmus: Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, Berlin 2019.

Mathys Roland/Reinhart Helen, Bestimmung von Vertragskonditionen im Rahmen automatisierter Entscheidungen, SZW 2020, S. 35–42.

Mehmedovic Senida, Le droit d'accès à une décision individuelle automatisée, Jusletter 19.9.2022.

Meyer Christian, Digitale Formulare als Angelpunkt automatisierter Verwaltungsverfahren, ZSR I 2022, S. 365–383.

Morand Anne-Sophie, Warum das europäische KI-Gesetz auch die Schweiz betrifft, Interview in der Netzwoche mit René Jaun, 10. Mai 2023, abrufbar unter https://www.netzwoche.ch/interviews/2023-05-10/warum-das-europaeische-ki-gesetz-auch-die-schweiz-betrifft, besucht am 19.3.2026 (zit. Interview).

Obrecht Liliane, Verfügung und automatisierte Einzelentscheidung – *same same but different*?, ex/ante, 2022 Nr. 2, S. 38–45.

Pärli Kurt/Flück Nathalie, Kommentierung zu Art. 21 DSG, in Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz (DSG), 2. Aufl., Bern 2023.

Pesapane Filippo/Codari Marina/Sardanelli Francesco, Artificial intelligence in medical imaging: threat or opportunity? – Radiologists again at the forefront of innovation in medicine, EurRadiol Exp 2018, abrufbar unter https://doi.org/10.1186/s41747-018-0061-6, besucht am 19.3.2026.

Plattner Roger, Digitales Verwaltungshandeln, Zürich 2021, abrufbar unter https://suigeneris-verlag.ch/img/uploads/pdf/oa_pdf-021-1633456506.pdf, besucht am 19.3.2026.

Powell Julian/Obrecht Liliane, Regelung automatisierter Einzelentscheidungen im Lichte der KI-Konvention des Europarates, SJZ 122 (2026), S. 287–299.

Prince Anya E.R./Schwarcz Daniel, Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data, Iowa Law Review 2020, S. 1257–1318.

Räz Tim, COMPAS: zu einer wegweisenden Debatte über algorithmische Risikobeurteilung, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2022, S. 300–306.

Rechsteiner David, Der Algorithmus verfügt, Jusletter 26.11.2018.

David Rosenthal, Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz, in: Jusletter 27.11.2017 (zit. Entwurf).

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter 16.11.2020 (zit. nDSG).

Roth Simon, Die automatisierte Einzelentscheidung, digma 2017, S. 104–109.

Škorjanc Žiga, Automatisierte Kreditentscheidungen, CB 2020, S. 70–74.

Schindler Benjamin, Kommentierung zu Art. 5 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2023 (zit. SGK).

Schmidt Christoph, Quo vadis, Finanzverwaltung? Potenziale und Herausforderungen eines künftigen behördlichen KI-Einsatzes, Teil I: Entscheidungsunterstützung im Rahmen der hybridgen Fallbearbeitung, REthinking tax, Januar 2022, S. 70–81 (zit. Teil I).

Schmidt Christoph, Quo vadis, Finanzverwaltung? Potenziale und Herausforderungen eines künftigen behördlichen KI-Einsatzes, Teil II: Spezifische Chancen und Problemfelder der vollständigen Entscheidungsautomatisierung im Überblick, REthinking tax, September 2022, S. 31–42 (zit. Teil II).

Stöcklin Fabia, Robot Recruiting, sui generis 2022, abrufbar unter https://sui-generis.ch/article/view/4045/2949, besucht am 19.3.2026.

Styczynski Zbigniew A./Rudion Krzysztof/Naumann André, Einführung und Grundbegriffe der Expertensysteme, in: Styczynski Zbigniew A./Rudion Krzysztof/Naumann André (Hrsg.), Einführung in Expertensysteme, Berlin 2017, S. 1–20.

Thouvenin Florent et al., Positionspapier «Ein Rechtsrahmen für Künstliche Intelligenz», Zürich 2021, abrufbar unter https://www.dsi.uzh.ch/de/research/projects/strategy-lab/strategy-lab-21.html, besucht am 19.3.2026.

Thouvenin Florent/Früh Alfred, Automatisierte Entscheidungen: Grundfragen aus der Perspektive des Privatrechts, SZW 2020, S. 3–17.

Thouvenin Florent/Früh Alfred/George Damian, Datenschutz und automatisierte Entscheidungen, Jusletter 26.11.2018.

Thouvenin Florent/Früh Alfred/Henseler Simon, Article 22 GDPR on Automated Individual Decision-Making: Prohibition or Data Subject Right?, EDPL 2 (2022), S. 183–198.

Thurnherr Daniela, Automatisierte Verwaltungsverfahren auf Bundesebene, in: Braun Binder Nadja/Bussjäger Peter/Eller Mathias (Hrsg.), Auswirkungen auf die Erlassung und Zuordnung behördlicher Entscheidungen, Wien/Hamburg 2021, S. 133–157.

Tsai Chun-Wie/Lai Chin-Feng/Chao Han-Chieh/Vasilakos Athanasios V., Big data analytics: a survey, Journal of Big Data 2015, abrufbar unter https://link.springer.com/article/10.1186/s40537-015-0030-3, besucht am 19.3.2026.

Vasella David/Henseler Simon, Kommentierung von Art. 21 DSG, in Blechta Gabor-Paul/Vasella David (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 4. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK).

Waldmann Bernhard, Kommentierung zu Art. 29 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2. Aufl., Basel 2025.

Weber Rolf H., Automatisierte Entscheidungen: Perspektive Grundrechte, SZW 2020, S. 18–26 (zit. Grundrechte).

Weber Rolf H., Dürfen Maschinen über Menschen entscheiden?, Eine rechtliche Auslegeordnung im Lichte neuer Technologien, Schweizer Monat 2019, Ausgabe 1063, S. 72–74 (zit. Maschinen).

Weder Regina, Verfahrensgrundrechtliche Anforderungen an automatisierte Verwaltungsverfahren, in: Simmler Monika (Hrsg.), Smart Criminal Justice, Basel 2021, S. 237–262.

Wiederkehr René/Meyer Christian, Schranken, Ausnahmen und Relativierungen des rechtlichen Gehörs: Insbesondere mit Blick auf automatisierte Verwaltungsverfahren, AJP 2022, S. 1092–1108.

Wiederkehr René/Meyer Christian/Böhme Anna, Orell Füssli Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren und weiteren Erlassen, Zürich 2022.

Winkler Markus, Credit Scoring, AML Software & Risk Profiling: Automatisierte Entscheidungen im Rahmen von Finanzdienstleistungen, SZW 2020, S. 62–72.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Bundesamt für Justiz, Rechtliche Basisanalyse im Rahmen der Auslegung zu den Regulierungsansätzen im Bereich künstliche Intelligenz, August 2024 (zit. BJ, Rechtliche Basisanalyse).

Botschaft zur Änderung des Schwerverkehrsabgabegesetzes und zum Verpflichtungskredit für die Finanzierung eines neuen Systems für die Erhebung der leistungsabhängigen Schwerverkehrsabgabe vom 31. August 2022, BBl 2022 2323 (zit. Botschaft SVAG 2022).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBl 6941 7192 ff. (zit. Botschaft DSG 2017).

bitkom e.V. - Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e.V., Entscheidungsunterstützung mit Künstlicher Intelligenz, Berlin 2017, abrufbar unter https://www.bitkom.org/sites/main/files/file/import/171012-KI-Gipfelpapier-online.pdf, besucht am 19.3.2026.

Bundesamt für Justiz, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21. Dezember 2017 (zit. Erläuternder Bericht Vorentwurf DSG).

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) und zum Bundesbeschluss betreffend den Beitritt der Schweiz zum Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten

bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung vom 19. Februar 2003, BBl 2003 2101 (zit. Botschaft DSG 2003).

Richtlinien für die Bearbeitung von Personendaten in der Bundesverwaltung vom 16. März 1981, BBl 1981 I 1298 (zit. Richtlinien 1981).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 22 DSG

Eine Kommentierung von Rehana C. Harasgama / Dario Haux

ZITIERVORSCHLAG

Rehana C. Harasgama/Dario Haux, Kommentierung zu Art. 22 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Harasgama/Haux, N. XXX zu Art. 22 DSG.

Art. 22 Datenschutz-Folgenabschätzung

[1] Der Verantwortliche erstellt vorgängig eine Datenschutz-Folgenabschätzung, wenn eine Bearbeitung ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringen kann. Sind mehrere ähnliche Bearbeitungsvorgänge geplant, so kann eine gemeinsame Abschätzung erstellt werden.

[2] Das hohe Risiko ergibt sich, insbesondere bei Verwendung neuer Technologien, aus der Art, dem Umfang, den Umständen und dem Zweck der Bearbeitung. Es liegt namentlich vor:

a. bei der umfangreichen Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten;

b. wenn systematisch umfangreiche öffentliche Bereiche überwacht werden.

[3] Die Datenschutz-Folgenabschätzung enthält eine Beschreibung der geplanten Bearbeitung, eine Bewertung der Risiken für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person sowie die Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte.

[4] Von der Erstellung einer Datenschutz-Folgenabschätzung ausgenommen sind private Verantwortliche, wenn sie gesetzlich zur Bearbeitung der Daten verpflichtet sind.

[5] Der private Verantwortliche kann von der Erstellung einer Datenschutz-Folgenabschätzung absehen, wenn er ein System, ein Produkt oder eine Dienstleistung einsetzt, das oder die für die vorgesehene Verwendung nach Artikel 13 zertifiziert ist, oder wenn er einen Verhaltenskodex nach Artikel 11 einhält, der die folgenden Voraussetzungen erfüllt:

a. Der Verhaltenskodex beruht auf einer Datenschutz-Folgenabschätzung.

b. Er sieht Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte der betroffenen Person vor.

c. Er wurde dem EDÖB vorgelegt.

GLIEDERUNG

In Kürze 376
I. Allgemeines 376
A. Überblick 376
B. Entstehungsgeschichte 378
C. Normzweck 380
II. Inhalt 382
A. Adressaten 382
B. Das hohe Risiko 383
C. Durchführung der DSFA 386
1. Einführung 386
2. Ablauf 386
3. Durchführung einer gemeinsamen DSFA 390
4. Organisation 390
D. Ausnahmen 391
III. Verletzung der Pflicht zur Durchführung einer DSFA 393
IV. Herausforderungen und praktische Relevanz 394
V. Vergleich mit dem EU-Recht 395
Literaturverzeichnis 397
Materialienverzeichnis 398

IN KÜRZE

Art. 22 DSG regelt die Voraussetzungen zur Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA). Der Artikel ist an die Bestimmungen der Art. 35 f. DSGVO angelehnt. Mithilfe der datenschutzrechtlichen Risikoanalyse soll bei einer geplanten Datenbearbeitung, welche voraussichtlich zu hohen Risiken für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Personen führt, vorgängig eine Bewertung dieser Risiken vorgenommen werden. Damit sollen vor Beginn der Datenbearbeitung angemessene Massnahmen zur Risikominimierung definiert und ergriffen werden. Ein hohes Risiko liegt gemäss Gesetz insbesondere bei (i) der umfangreichen Bearbeitung besonders schützenswerter Daten (z.B. Gesundheitsdaten) oder (ii) der systematischen umfangreichen Überwachung von öffentlichen Bereichen (z.B. der Installation von Überwachungskameras in einem Park) vor. Die Liste der in Art. 22 genannten hohen Risiken ist jedoch nicht abschliessend. Typischerweise werden sich hohe Risiken durch den Einsatz neuer Technologien und Prozesse ergeben, wie z.B. algorithmische Systeme («Künstliche Intelligenz»), DLT-Systeme oder Big Data Analytics. Die geplante Bearbeitungstätigkeit kann jedoch auch aufgrund anderer Faktoren als hohes Risiko für die Persönlichkeit oder für die Grundrechte der betroffenen Personen eingestuft werden, z.B. weil Kinder betroffen sind, automatisierte Einzelentscheide gefällt oder Personendaten an ein komplexes Netzwerk von Auftragsbearbeitern weitergeben werden. Direkt strafbewehrt ist die Verletzung der Pflicht nach Art. 22 jedoch nicht.

I. ALLGEMEINES

A. Überblick

1 Das revidierte DSG sieht im Gegensatz zur DSGVO keine allgemeine Rechenschaftspflicht vor. Eingeführt wurde jedoch die **Pflicht, eine Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) für Datenbearbeitungen mit hohen Risiken durchzuführen**, was im Endeffekt eine Rechenschaftspflicht für bestimmte Datenbearbeitungen darstellt. Die DSFA ist nicht nur auf Bundesebene, sondern auch in zahlreichen Kantonen gesetzlich verankert. In Zürich findet sich die entsprechende Pflicht beispielsweise in § 10 Abs. 1 IDG,

in Verbindung mit einer Vorabkontrolle (vgl. zum Vorabkonsultationsverfahren auf Bundesebene die Kommentierung zu Art. 23).

Die DSFA wird mit der Revision im Schweizer Datenschutzgesetz für alle Verantwortlichen verankert – für **private Verantwortliche sowie für Bundesorgane**. Aus diesem Grund umfasst der Wortlaut der Bestimmung sowohl hohe Risiken für die Persönlichkeit (für die Datenbearbeitung durch private Verantwortliche) als auch für die Grundrechte (für die Datenbearbeitung durch Bundesorgane) der betroffenen Personen. Die DSFA dient dazu, die potenziellen Risiken einer geplanten Datenbearbeitung frühzeitig zu erkennen, zu bewerten und risikomindernde Massnahmen zu definieren sowie zu implementieren. Diese Schritte müssen vorgenommen werden, bevor mit der geplanten Datenbearbeitung begonnen wird (siehe zum Zweck weitergehend N. 8 ff.). Die Anwendung des Art. 22 ist Ausfluss des risikobasierten Ansatzes des DSG, der in der Umsetzung der Art. 22 und 23 besonders deutlich in Erscheinung tritt.[1065] 2

Der DSFA wird eine steigende Bedeutung zugesprochen. Begründet wird dies vor allem mit der zunehmenden Verbreitung von fortgeschrittenen algorithmischen Systemen[1066] oder vergleichbaren neuen Technologien in allen Lebensbereichen, wie z.B. Distributed-Ledger-Technologien oder dem Internet der Dinge.[1067] Bei zahlreichen der genannten Anwendungen sind Personendaten betroffen und es ist nicht auszuschliessen, dass die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Personen beim Einsatz dieser Technologien hohen Risiken ausgesetzt sind. In diesen Fällen wird somit eine DSFA erforderlich. Der oder die Verantwortliche wird dazu angehalten, sich vorgängig analytisch mit der geplanten Datenbearbeitung auseinanderzusetzen.[1068] Gleichzeitig ist zu beachten, dass insbesondere bei algorithmischen Systemen bestimmte Vorgänge kaum nachvollziehbar sind und ihr Potenzial nicht abschliessend definierbar ist (sog. **«Black Box» Problematik**).[1069] Entsprechend lassen sich die bearbeiteten Personendaten und Bearbeitungszwecke im Einzelfall ggf. nicht klar definieren und abgrenzen, zumal oftmals viele Auftragsbearbeiter und andere Dritte zur 3

1065 Siehe dazu Lobsiger, S. 312.
1066 Siehe zu den technischen Grundlagen Früh/Haux, passim.
1067 Klaus, S. 86 f.; Schönbächler, S. 190.
1068 Schönbächler, S. 190.
1069 Siehe dazu mit Bezug auf die Vorgaben der DSGVO, Schürmann, S. 317.

Bearbeitung der Daten hinzugezogen werden und die den Systemen zugrundliegenden Big Data-Analysen ein noch nicht absehbares Potenzial bieten. So kann es sich bei der DSFA in diesen Fällen durchaus um ein «ambitiöse(s) Unterfangen»[1070] handeln, deren Durchführung jedoch umso ernster genommen werden muss.[1071] Je besser dies gelingt, desto eher kann ein vertrauenswürdiger und transparenter Einsatz von solchen Technologien gewährleistet werden.[1072]

B. Entstehungsgeschichte

4 Das Schweizer DSG sah vor der Totalrevision keine explizite Pflicht für private Datenbearbeiter vor, eine DSFA durchzuführen. Bundesorgane waren jedoch bereits unter dem alten DSG verpflichtet, dem internen Datenschutzverantwortlichen oder dem EDÖB Projekte zu melden, welche die automatisierte Bearbeitung von Personendaten zum Inhalt hatten (Art. 20 Abs. 2 aVDSG). Diese Meldung war damit verbunden, dass die jeweiligen Bundesbehörden für die geplante Datenbearbeitung ein Informationssicherheits- und Datenschutz-Konzept («ISDS-Konzept») erstellen mussten. Dieses Vorgehen war gemäss Botschaft mit der DSFA vergleichbar.[1073] Für private Verantwortliche wurde die DSFA in Einzelfällen u.U. auf Art. 7 aDSG gestützt.[1074] Zudem erforderten die Datenbearbeitungsgrundsätze schon immer, dass die **Folgen einer Datenbearbeitung stets mitberücksichtigt** werden müssen.[1075] Ausserdem verlangte der EDÖB im Rahmen seiner Beratung von privaten Datenbearbeitern in bestimmten Fällen bereits in der Vergangenheit die Vorlage einer DSFA, insbesondere wenn es sich um risikoreiche Datenbearbeitungen handelte. Bedingt wurde die Einfügung der Pflicht zur Durchführung einer DSFA nicht zuletzt durch EU-weite Vorgaben gemäss Art. 8bis E-SEV 108 sowie Art. 27 f. der Richtlinie (EU) 2016/680.[1076] Art. 35 f. DSGVO enthält analoge Vorschriften für Verantwortliche, die in den

1070 Lobsiger, S. 312.
1071 Zum Umgang mit neuen Technologien im Datenschutzrecht als «faktische Herausforderung» siehe Pfaffinger, S. 484 ff.
1072 Siehe in diesem Sinne auch Schürmann, S. 321.
1073 Botschaft 2017, S. 7059.
1074 Vasella/Sievers, S. 46.
1075 Schönbächler, S. 189 f.
1076 SHK-Blonski, Art. 22 DSG N. 2.

Anwendungsbereich der DSGVO fallen, aber die Schweiz im Rahmen der Rechtssetzung nicht direkt verpflichten.

International baut das Instrument auf einer **langjährigen Vorgeschichte auf, die bis in die 1990er Jahre zurückreicht**.[1077] In diesem Zeitraum wurden sowohl in der EU-Datenschutzrichtlinie (Art. 20, Richtlinie 95/46/EG), welche von der DSGVO abgelöst wurde, als auch im angelsächsischen Raum erste «Privacy Impact Assessments»[1078] entwickelt. Weitere EU Mitgliedstaaten wie Frankreich[1079] und Deutschland haben aufgrund der Richtlinie 95/46/EG entsprechende Empfehlungen herausgegeben.[1080] Diese unverbindlichen Vorgaben zielten darauf ab, mögliche Risiken von vornherein zu minimieren oder wenn möglich auszuschliessen, zumal sich eine solch präventive Ausrichtung stets als einfacher und kostengünstiger erwies, als die Prozesse z.B. nachträglich zu einer Untersuchung durch die kompetente Aufsichtsbehörde anzupassen.[1081] Diese Ziele sollten u.a. durch eine Beschreibung der «Information Flows», den Einbezug von und den Diskurs mit «Stakeholdern» sowie durch Verfassen von Reports erreicht werden.[1082] Beispielhaft können zudem die Vorschriften des ehemaligen Bundesdatenschutzgesetzes (aBDSG) in Deutschland genannt werden, das in § 3 Abs. 9 aBDSG einen erhöhten Schutz für besondere Arten von Daten vorsah.[1083] Bei diesen besonderen Daten handelte es sich u.a. um Daten über die politische Meinung oder die Gesundheit. Bevor diese Daten von 5

1077 Zur Entstehung von Datenschutzerlassen i.A. siehe Pfaffinger, S. 96 ff.

1078 Information Commissioner's Office, Conducting privacy impact assessments code of practice, https://web.archive.org/web/20160813010840/ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1595/pia-code-of-practice.pdf, passim, besucht am 5.6.2023.

1079 Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, Privacy Impact Assessment (PIA), https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/CNIL-PIA-1-Methodology.pdf, besucht am 5.6.2023, passim.

1080 Siehe dazu Widmer, S. 224.

1081 Information Commissioner's Office, Conducting privacy impact assessments code of practice, https://web.archive.org/web/20160813010840/ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1595/pia-code-of-practice.pdf, besucht am 5.6.2023, S. 5. https://web.archive.org/web/20160813010840/ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1595/pia-code-of-practice.pdf.

1082 Information Commissioner's Office, Conducting privacy impact assessments code of practice, https://web.archive.org/web/20160813010840/ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1595/pia-code-of-practice.pdf, besucht am 5.6.2023, S. 11 ff.https://web.archive.org/web/20160813010840/ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1595/pia-code-of-practice.pdf.

1083 www.dejure.org/gesetze/BDSG_a.F./3.html, besucht am 5.6.2023.

Organisationen bearbeitet werden durften, musste der zuständige Beauftragte für Datenschutz eine sog. «Vorabkontrolle» vornehmen, um den sachgemässen Umgang sicherzustellen (§ 4d Abs. 5 aBDSG).

6 An all diese Entwicklungen knüpfte der Gesetzgebungsprozess in der Schweiz offenbar an, indem in allen Vorversionen zum totalrevidierten DSG eine DSFA vorgesehen war. Im Vorentwurf waren Art. 22 und der dazugehörige Art. 23 DSG in einem Artikel 16 VE-DSG zusammengefasst. Art. 16 Abs. 3 VE-DSG war jedoch strenger gefasst als die nun geltende Vorschrift. Der Artikel sah vor, dass sowohl das Ergebnis als auch die ergriffenen Massnahmen von jeder DSFA dem EDÖB gemeldet werden müssen. Im E-DSG wurde die Folgenabschätzung sodann in zwei Artikel gefasst und an die Struktur von Art. 35 DSGVO angepasst. Die Liste von Bearbeitungen mit hohem Risiko, welche somit zwingend die Durchführung einer DSFA voraussetzen, umfassten im Entwurf ebenfalls das Profiling (Art. 20 Abs. 2 lit. b E-DSG). Dieser Bearbeitungsprozess wurde im finalen Gesetzestext aufgrund der parlamentarischen Beratungen und im Einklang mit der geltenden Gesetzessystematik jedoch wieder aus der Liste von Datenbearbeitungen mit hohem Risiko gestrichen. Dieser Schritt ist zu begrüssen, zumal **in vielen Fällen das Profiling nicht als besonders heikel** einzustufen sein wird und eine DSFA somit nicht gerechtfertigt wäre.[1084]

7 Die DSFA wird nunmehr in Art. 22 DSG normiert und ist sowohl auf private Verantwortliche als auch Bundesorgane anwendbar.[1085] Damit geht die Gesetzesnorm über die zuvor bestehende Pflicht für Bundesorgane aus Art. 20 Abs. 2 VDSG hinaus und weitet sie aus.[1086] Im Rahmen der mit der Totalrevision neu eingeführten Norm fehlt es – mit Ausnahme von Art. 14 DSV zur Aufbewahrungspflicht von zwei Jahren – an weiteren Ausführungsbestimmungen,[1087] welche die Umsetzung in der Praxis vereinfachen könnten.

C. Normzweck

8 Die Einhaltung der Voraussetzungen des Art. 22 dient dazu sicherzustellen, dass eine geplante Datenbearbeitung nicht zu einer Verletzung des DSG führt.

1084 Rosenthal, N. 158.
1085 Botschaft 2017, S. 7059.
1086 Schönbächler, S. 189.
1087 Lobsiger, S. 312.

Die DSFA soll beim Verantwortlichen ein erhöhtes Bewusstsein für Datenbearbeitungen mit hohem Risiko, wie z.B. beim Einsatz von algorithmischen Systemen («Künstliche Intelligenz») oder Big Data Analytics, bei der Nutzung von Gesichtserkennungssoftware, bei der Einführung einer Patientendatenbank oder im Rahmen von Profiling mit hohem Risiko, schaffen. Es handelt sich mithin um eine «datenschutzrechtliche Selbstbeurteilung»[1088] bei besonders risikoreichen Datenbearbeitungen. Art. 22 ist Ausfluss der Datenschutzgrundsätze sowie des Grundsatzes von Datenschutz durch Technik und datenschutzfreundlicher Voreinstellungen (Art. 7). So geht es darum, Risiken in einem ersten Schritt zu erkennen und diese in einem zweiten Schritt analytisch zu bewerten. Der Verantwortliche soll dabei eine **Prognose über die möglichen Folgen einer geplanten Datenbearbeitung für die betroffenen Personen machen**.[1089] Dabei kommt es darauf an, wie und in welchem Umfang sich die geplante Datenbearbeitung auf die betroffenen Personen auswirkt.[1090] Schliesslich zielt die Norm darauf ab, ausgehend von den Ergebnissen der durchgeführten Analyse, angemessene Massnahmen zu entwickeln und zu implementieren, um (i) die identifizierten Risiken der geplanten Datenbearbeitung zu mildern, (ii) langfristige Schlüsse daraus zu ziehen sowie (iii) sich insgesamt datenschutzkonform zu verhalten.[1091] Gelingt dies, bietet die DSFA zudem die Möglichkeit, die Einhaltung von Vorschriften aus dem Datenschutzrecht gegenüber dem EDÖB nachzuweisen und langfristig Kosten zu sparen.[1092] In diesem Sinne fordert der Art. 22 vom Verantwortlichen ein selbständiges Weiterdenken und Prüfen der sich ergebenden Risiken in Bezug auf die geplante Datenbearbeitung: Ist die geplante Datenbearbeitung mit den Vorgaben der Datenschutzgesetzgebung im Einklang? Werden die allgemeinen Datenschutzgrundsätze eingehalten? Ist die Datenbearbeitung verhältnismässig? Ist die Datensicherheit durch die geplante Bearbeitung gefährdet? Ergeben sich weitere Risiken für die Persönlichkeit oder Grundrechte der betroffenen Personen? Diesen Fragen ist dabei ungeachtet der Höhe des Risikos nachzugehen,[1093] wodurch der Gesetzgeber zu einem

1088Rosenthal, N. 148.
1089Botschaft 2017, S. 7059.
1090Botschaft 2017, S. 7059 f.
1091Zum Vorstehenden Lobsiger, S. 316.
1092Botschaft 2017, S. 7059.
1093Lobsiger, S. 316.

Grossteil auf eine «Hands-on-Mentalität» setzt. Dies soll dazu dienen, die mit der Datenbearbeitung zusammenhängenden Risiken auf ein als angemessen empfundenes Niveau zu senken.[1094]

9 Die Dokumentations- und die Aufbewahrungspflicht nach Art. 14 DSV ergänzen die Pflicht eine DSFA bei Datenbearbeitungen mit hohen Risiken durchzuführen. So wird der Verantwortliche verpflichtet, eine durchgeführte **DSFA zu dokumentieren und nach Beendigung der Datenbearbeitung während mindestens zwei Jahren aufzubewahren**. Dadurch sieht sich der Verantwortliche im Falle einer Untersuchung durch den EDÖB in der Lage, die risikoreiche Datenbearbeitung zu rechtfertigen und aufzuzeigen, wie den hohen Risiken entgegnet wird. Aus dieser Bestimmung geht der Charakter der DSFA als ergänzende Rechenschaftspflicht sowohl gegenüber dem EDÖB als auch gegenüber betroffenen Personen hervor.

II. INHALT

A. Adressaten

10 Art. 22 adressiert vor allem zwei **Akteure: Bundesorgane sowie private Verantwortliche**,[1095] da es sowohl um eine Risikoeinschätzung der betreffenden Datenbearbeitung in Bezug auf die Persönlichkeit als auch die Grundrechte der betroffenen Personen geht. Bundesorgane hatten bereits im aDSG eine ähnliche Pflicht. Private Verantwortliche wie auch Bundesorgane sind von dieser Pflicht betroffen, wenn sie gem. Art. 3 Abs. 1 in den Anwendungsbereich des DSG fallen. Dies bedeutet, dass auch private Verantwortliche mit Sitz im Ausland dieser Pflicht unterliegen, sofern sich ihre Datenbearbeitungstätigkeit gem. dem Auswirkungsprinzip in der Schweiz auswirkt und die weiteren Voraussetzungen von Art. 22 erfüllt sind (vgl. zum Auswirkungsprinzip ausführlich die Kommentierung zu Art. 3).

11 **Auftragsbearbeiter sind zu Recht nicht von der Pflicht zur Durchführung einer DSFA erfasst**, zumal sie die Daten im Auftrag eines Verantwortlichen bearbeiten und der Verantwortliche grundsätzlich über den Zweck und die Mittel einer Datenbearbeitung entscheidet. Die Risikoeinschätzung liegt somit grundsätzlich nicht in ihrer Sphäre. Während

1094Lobsiger, S. 318.
1095Botschaft 2017, S. 7059.

im DSG im Gegensatz zu Art. 28 Abs. 3 lit. f DSGVO keine Unterstützungspflicht der Auftragsbearbeiter gegenüber den Verantwortlichen bei der Durchführung einer DSFA verankert ist, kann eine Unterstützungspflicht der Auftragsbearbeiter jedoch auch in ihrem Sinne sein. In der Praxis wird eine entsprechende Pflicht häufig Bestandteil der vertraglichen Abreden zwischen dem Verantwortlichen und dem Auftragsbearbeiter sein. Aus den Datenschutzgrundsätzen in Art. 6 lässt sich jedoch eine Pflicht für Auftragsbearbeitende ableiten, sicherzustellen, dass die ihnen übertragene Datenbearbeitung im Einklang mit den Datenschutzgrundsätzen erfolgt. Trifft dies nicht zu, ist der Verantwortliche darüber in Kenntnis zu setzen, dass die Datenbearbeitungstätigkeit angepasst werden sollte. Gegebenenfalls sollte gar die Durchführung einer DSFA vorgeschlagen werden.

B. Das hohe Risiko

Abs. 2 sieht vor, dass die DSFA in jedem Fall durchzuführen ist, sofern ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person anzunehmen ist. Dementsprechend ist nicht für jede Datenbearbeitung eine DSFA durchzuführen. Dies entspricht dem **risikobasierten Ansatz des DSG**, wobei vorliegend die Risiken für die betroffenen Personen spezifisch im Vordergrund stehen und nicht Risiken, die sich für die Verantwortlichen ergeben. 12

Das hohe Risiko ergibt sich aus der **Art, dem Umfang und den Umständen sowie dem Zweck der Datenbearbeitung**. Diese Kriterien sind vergleichbar mit den Risiken, die im Rahmen der Festlegung von Datensicherheitsmassnahmen gemäss Art. 1 Abs. 3 DSV berücksichtigt werden müssen. In diesem Sinne liegt das hohe Risiko insbesondere dann vor, jedoch nicht ausschliesslich, wenn neue Technologien eingesetzt werden. Je umfangreicher und sensitiver diese Handlungen und Datenbestände sind, desto eher kann vom Vorliegen eines hohen Risikos ausgegangen werden. Die geplante Datenbearbeitung muss u.a. im Hinblick der Einwirkung auf die Identität, Selbstbestimmung oder Würde der betroffenen Person untersucht werden. Das hohe Risiko muss sich nicht effektiv manifestieren: Es geht darum potenzielle Risiken zu erkennen und zu bewerten, die im Rahmen der Datenbearbeitung auftreten könnten. 13

14 Gemäss den lit. a und lit. b liegt ein hohes Risiko im Sinne einer Fiktion dann vor, wenn (i) **besonders schützenswerte Personendaten umfangreich bearbeitet** (z.B., wenn Strafregisterinformationen in einem öffentlichen Register publiziert werden, beim Einsatz von Gesundheitsapplikationen, die Auswertungen der Daten vornehmen und Diagnosen erstellen, oder bei klinischen Versuchen) oder (ii) **öffentliche Bereiche umfassend und systematisch überwacht werden** (z.B. die Überwachung eines öffentlichen Spielplatzes oder Parks oder die systematische Überwachung der Internetnutzung von Mitarbeitenden). Das Gesetz listet keine weiteren Datenbearbeitungen auf, für welche zwingend eine DSFA durchgeführt werden muss. Im Gegensatz dazu sieht die DSGVO bspw. weitergehend vor, dass Aufsichtsbehörden Listen über Datenbearbeitungen publizieren müssen, welche zwingend einer DSFA bedürfen.

15 Weder das Profiling mit hohem Risiko noch die automatisierte Einzelentscheidung werden gemäss Wortlaut von Art. 22 Abs. 2 als Datenbearbeitungstätigkeit eingestuft, die zwingend eine DSFA verlangen. Dies erscheint auf den ersten Blick überraschend, zumal das Profiling mit hohem Risiko per Definition ein hohes Risiko für die betroffene Person mit sich bringt und die automatisierten Einzelentscheide zu Rechtsfolgen oder anderen Folgen führen, welche die betroffene Person erheblich beeinträchtigen. Vor diesem Hintergrund ist für ein **Profiling mit hohem Risiko stets eine DSFA durchzuführen**. Bei automatisierten Entscheiden stellt sich die Lage hingegen anders, komplexer dar, zumal eine DSFA die Datenbearbeitung an sich bewertet, welche bei diesen automatisierten Einzelentscheidungen nicht zwingend heikel ist. Heikel ist hier primär das Ergebnis der Entscheidung, welche in Art. 21 geregelt ist. Eine DSFA ist dennoch durchzuführen, wenn die Datenbearbeitung, die zur automatisierten Einzelentscheidung führt, an sich ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder Grundrechte der betroffenen Person führen könnte.

16 In der Botschaft werden weitere Datenbearbeitungen aufgeführt, die zu einem hohen Risiko führen könnten, namentlich im Falle der Bearbeitung grosser Datenmengen, der Übermittlung von Daten in Drittstaaten (in diesem Zusammenhang ist auf das sog. Data Transfer Impact Assessment hinzuweisen; vgl. die Kommentierung zu Art. 16 f.) oder sofern eine grosse

Vielzahl an Personen auf die Daten zugreifen können.[1096] Im Einzelfall ist jedoch stets zu prüfen, ob tatsächlich ein hohes Risiko vorliegt.

Weder das DSG noch die DSV enthalten genauere Vorgaben in Bezug auf die Bestimmung des hohen Risikos. So muss stets anhand der konkret geplanten Datenbearbeitung geprüft werden, ob eine DSFA durchzuführen ist. Als Hilfestellung können dabei die EU-Leitlinien dienen, welche für die Regelung in Art. 35 f. DSGVO **neun Kriterien** vorsehen, nach welchen die Ermittlung eines hohen Risikos erfolgen kann.[1097] Sobald eine geplante Datenbearbeitung zwei dieser neun Kriterien erfüllt, soll gemäss der Leitlinie die Pflicht bestehen, eine DSFA durchzuführen. Die neun Kriterien lauten wie folgt: 17

- Bewertung oder Einstufung von Personen oder Persönlichkeitsaspekten mithilfe von Daten;
- Automatisierte Entscheidungsfindung mit Rechtswirkung gegenüber natürlichen Personen oder ähnlich bedeutsamer Wirkung;
- Systematische Überwachung;
- Bearbeitung von vertraulichen oder höchstpersönlichen Daten;
- Datenbearbeitung in grossem Umfang;
- Abgleichen oder Zusammenführen von verschiedenen Datensätzen, sofern nicht damit zu rechnen war;
- Datenbearbeitung von schutzbedürftigen Personen (z.B. Kinder, Arbeitnehmenden oder Patienten);
- Innovative Nutzung oder Anwendung neuer technologischer oder organisatorischer Lösungen (z.B. künstliche Intelligenz, Big Data Analytics

1096 Botschaft 2017, S. 7060.

1097 Artikel 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zur Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) und Beantwortung der Frage, ob eine Verarbeitung im Sinne der Verordnung 2016/679 «wahrscheinlich ein hohes Risikohttps://www.datenschutz-bayern.de/technik/orient/wp248.pdf, besucht am 5.6.2023.

oder Blockchain-basierte Technologien), da deren datenschutzrechtliches Risiko oft noch nicht genau eruiert worden ist; und

- Fälle, in denen die Datenbearbeitung die betroffenen Personen an der Ausübung eines Rechts oder der Nutzung einer Dienstleistung bzw. Durchführung eines Vertrags hindert.

Während die Leitlinien aus der EU in der Schweiz nicht anwendbar sind, können sie aufgrund der vergleichbaren gesetzlichen Voraussetzungen zur Durchführung einer DSFA im Schweizer und EU-Datenschutzrecht beigezogen werden. Es ist zudem nicht auszuschliessen, dass der EDÖB ähnliche Leitlinien publizieren oder die Listen von Datenbearbeitungsvorgängen der verschiedenen EU-Aufsichtsbehörden gem. Art. 35 Abs. 4 DSGVO, welche zwingend eine DSFA verlangen, analog auf die Schweiz anwenden wird. Die Praxis wird in Bezug auf die Beurteilung des hohen Risikos für mehr Rechtssicherheit sorgen.

C. Durchführung der DSFA

1. Einführung

18 Art. 22 macht klare Vorgaben, in welchen Fällen der Verantwortliche eine DSFA durchführen muss und was bei der Durchführung zu beachten ist. Dazu gehört, dass die **Risikobewertung strukturiert durchgeführt**[1098] **und dokumentiert** werden muss. Die Dokumentation muss zudem der Konsultation des EDÖB standhalten, wenn trotz der implementierten Massnahmen die Datenbearbeitung weiterhin ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder Grundrechte der betroffenen Personen zur Folge hat (Art. 23 Abs. 1; vgl. hierzu ausführlich die Kommentierung zu Art. 23).

2. Ablauf

19 Die DSFA ist von dem Verantwortlichen vor Aufnahme einer neuen oder aktualisierten Datenbearbeitungstätigkeit durchzuführen. Dies dient dazu, die Risiken der geplanten Datenbearbeitung vorgängig zu erkennen und entsprechende Massnahmen zu implementieren, bevor es zu Rechtsverletzungen kommt.[1099] Dabei gilt: **je früher, desto besser**. Die

1098 Siehe in diesem Sinne Pfaffinger, S. 114.
1099 Blonski, S. 29; Botschaft 2017, S. 7059.

einmalige, anfängliche Durchführung des DSFA reicht indes nicht aus. Vielmehr sind auch während des jeweiligen Projekts weitere Durchläufe erforderlich, um zu überprüfen, ob etwaig vorgenommene Anpassungen der Datenbearbeitungen zu einer anderen Einschätzung führen und somit andere Massnahmen sachgemässer oder gar obsolet erscheinen.

Inhaltlich setzt die DSFA drei Schritte voraus, die in Abs. 3 definiert werden. Dies ist, erstens, die Vorbereitungsphase, in welcher die Bearbeitung der Daten möglichst präzise beschrieben wird. Zweitens werden in der Bewertungsphase die Risiken bewertet, um darauf aufbauend in einem dritten Schritt, Massnahmen zum Umgang mit bzw. zur Bewältigung dieser Risiken zu treffen. 20

Bevor diese drei Schritte ausgeführt werden, sollten private Verantwortliche jedoch prüfen, ob sie gesetzlich zur Datenbearbeitung verpflichtet sind. Sofern eine gesetzliche Bearbeitungspflicht besteht, sind sie von der Pflicht zur Durchführung einer DSFA ausgenommen (Art. 22 Abs. 4). Ausserdem sollte die Bundesbehörde oder der private Verantwortliche zuerst eine **Vorabeinschätzung** durchführen. Dabei handelt es sich um eine allgemeine, eher oberflächliche Risikoeinschätzung, zur Prüfung, ob potenziell ein hohes Risiko bei der geplanten Datenbearbeitung vorliegen könnte (vgl. zum hohem Risiko N. 12 ff.). Auf diese Weise lässt sich vorab klären, ob eine DSFA überhaupt notwendig ist.[1100] Kommt der Verantwortliche zum Schluss, dass die geplante Datenbearbeitung voraussichtlich nicht zu einem hohen Risiko führen wird, ist keine DSFA erforderlich. Ein solcher Entscheid sollte jedoch zu Beweiszwecken dokumentiert und aufbewahrt werden. Sofern der Verantwortliche jedoch aufgrund dieser Vorabeinschätzung zum Schluss gelangt, dass die betreffende Datenbearbeitung zu einem hohen Risiko führen könnte, ist die DSFA grundsätzlich durchzuführen. Eine Ausnahme liegt nur in den Fällen des Art. 22 Abs. 5 vor. 21

Die **Vorbereitungsphase umfasst eine detaillierte Darstellung der (geplanten) Datenbearbeitungstätigkeit**. Das Gesetz legt weder fest, was diese Beschreibung umfassen, noch wie detailliert sie ausfallen muss. Je nach Komplexität der geplanten Datenbearbeitungstätigkeit kann die DSFA somit länger oder kürzer ausfallen. Die Beschreibung sollte jedoch mindestens die Art der bearbeiteten Daten und Kategorien der betroffenen Personen, die 22

1100 Botschaft 2017, S. 7061.

Darlegung des verfolgten Zwecks, die Aufbewahrungsdauer, die Bearbeitungsvorgänge, die Empfänger sowie den Ort der Bearbeitung und Aufbewahrung umfassen. Eine vollständige Risikoabschätzung ist andernfalls nicht möglich. Aus dieser Beschreibung sollte hervorgehen, warum welche Personendaten wie bearbeitet werden sollen. Im Rahmen dieser Darstellung ist auf die zugrundeliegenden Technologien und Systeme einzugehen sowie auf relevante Rechtsgrundlagen, damit darauf aufbauend ein möglicher gesetzgeberischer Handlungsbedarf frühzeitig erkannt und umgesetzt werden kann.[1101]

23 Daran schliesst die **Bewertungsphase, während der die Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit der Datenbearbeitung in Bezug auf die möglichen Risiken** in Relation gesetzt werden. Bewertet werden damit die negativen Folgen der Datenbearbeitung für die Persönlichkeit oder Grundrechte der betroffenen Person. Hohe Risken oder negative Auswirkungen der Datenbearbeitung können sich hierbei auf unterschiedliche Weise manifestieren: So kann eine Datenbearbeitung zu einer Rufschädigung führen oder aber die Bearbeitung falscher Daten zur Folge haben, dass fehlerhafte Prognosen oder Diagnosen im medizinischen Umfeld erstellt werden. Vorstellbar sind auch Situationen, in denen eine Person ungerechtfertigt entlassen wird oder Vertrauensverluste gegenüber Behörden, dem privaten Verantwortlichen oder gegenüber Freunden und Familie entstehen. Zudem kann sich die Datenbearbeitung auch finanziell auswirken.[1102] Diese und vergleichbare Risiken gilt es in der Bewertungsphase auf ihre Wahrscheinlichkeit und Schwere hin zu analysieren.

24 Bei der Bewertung der Risiken sind die Datenschutzgrundsätze – vor allem jene der Datenminimierung, des Datenschutzes durch Technik sowie der datenschutzfreundlichen Voreinstellungen – zu beachten (siehe dazu N. 4). Der informationellen Selbstbestimmung der betroffenen Person kommt ebenfalls eine besondere Wichtigkeit zu, nicht jedoch den Interessen des Verantwortlichen.[1103] Eine Interessenabwägung im Hinblick auf die zu ergreifenden Massnahmen zwischen den Interessen der betroffenen Person (Datenschutzinteresse, Interesse an der Verfügungsfreiheit über die eigenen Daten) und des Verantwortlichen (Datenbearbeitungsinteresse) darf jedoch zu

1101. Zu dieser «Rechtsgrundlagenanalyse» siehe SHK-Blonski, Art. 22 DSG N. 16.
1102. Vgl. für weitere Beispiele von negativen Folgen Rosenthal, N. 149.
1103. Schönbächler, S. 191.

einem späteren Zeitpunkt erfolgen.[1104] Obschon es sich bei den für die DSFA relevanten Daten nicht zwingend um «besonders schützenswerte» handeln muss, ist die «heikle Natur» der Daten im Rahmen der jeweiligen DSFA und der zu ergreifenden Massnahmen zu berücksichtigen.[1105] Entsprechend sind die Anzahl sowie die Sensitivität der Daten in dieser Phase zu berücksichtigen. Die Bewertungsphase umfasst die Einschätzung der Schwere der Risiken und Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieser Risiken. Obwohl in dieser Phase ein potenziell hohes Risiko erkannt werden soll, können sich die Risiken auch erst im Anschluss an die Durchführung des DSFA ergeben.[1106] In diesem Sinne lassen sich die drei genannten Phasen nicht strikt voneinander abgrenzen.

25 Nachdem in der Bewertungsphase beurteilt wurde, ob die Bearbeitung der Daten mit einem hohen Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person einhergeht,[1107] werden in der dritten **Phase Massnahmen zur Risikoverminderung** definiert. Der Verantwortliche muss sich in dieser Phase somit nicht nur im Klaren darüber sein, welche Risiken bestehen, sondern muss eine Entscheidung treffen, wie diesen Risiken entgegengetreten wird. Bei den Massnahmen kann es sich um organisatorische, technische oder rechtliche bzw. vertragliche Massnahmen handeln. Der Verantwortliche muss analysieren, wie die geplante Datenbearbeitungstätigkeit angepasst werden kann, damit das hohe Risiko auf ein angemessenes Mass reduziert wird. Solche Massnahmen können z.B. die Einschränkung der Datenkategorien, die Beschränkung der Zugriffe auf die Daten, die Verschlüsselung von Daten, der Wechsel eines involvierten Auftragsbearbeiters, die Änderung des Bearbeitungsortes, die Aufnahme bestimmter Pflichten in den Verträgen mit Dritten in Bezug auf die Datenbearbeitung, usw. sein. Die Massnahmen müssen aber geeignet sein, die spezifisch identifizierten Risiken zu mindern und können nicht *per default*, d.h. allgemein in Bezug auf alle Risiken von Datenbearbeitungstätigkeiten, welche eine DSFA erfordern, angewendet werden. Sie müssen einzelfallabhängig definiert werden.

1104. Botschaft 2017, S. 7060 f.
1105. Vasella, S. 177.
1106. Lobsiger, S. 316.
1107. Wobei gemäss Rosenthal, N. 154 Unternehmen nach Durchführung der DSFA in der Regel zum Schluss kommen werden, dass kein hohes Risiko mehr vorliegt.

26 Das DSG bestimmt nicht, ob die Durchführung einer DSFA nur einmalig oder regelmässig erfolgen muss. Dies hängt von der Datenbearbeitungstätigkeit ab: Ist sie einmalig, reicht eine einmalig durchgeführte DSFA aus. Wird die Datenbearbeitung jedoch über einen längeren Zeitraum hinweg ausgeführt und ergeben sich aufgrund veränderter Umstände neue oder höhere Risiken, sollte die DSFA wiederholt werden. Grundsätzlich sollte die DSFA jedoch in etwa **alle drei Jahre wiederholt** werden.[1108] Ob sich diese Empfehlung angesichts schnell voranschreitender und immer umfassenderer technologischer Neuerungen langfristig bewährt, bleibt abzuwarten, erscheint aus derzeitiger Perspektive jedoch eher unwahrscheinlich.

27 Zeitlich ist zudem noch die Aufbewahrungsfrist zu beachten. Gemäss Art. 14 DSV ist die erforderliche **Dokumentation der DSFA für zwei Jahre aufzubewahren**. Die Frist beginnt mit dem Ende der Datenbearbeitung zu laufen.

3. Durchführung einer gemeinsamen DSFA

28 Der Verantwortliche hat das Recht **bei mehreren vergleichbaren Datenbearbeitungsvorgängen eine gemeinsame DSFA** durchzuführen.[1109] Dies gilt jedoch nur dann, wenn sowohl die Risiken als auch die Gegenmassnahmen ähnlich sind. Diese Möglichkeit dient dazu, den Aufwand und die Kosten für den Verantwortlichen zu reduzieren. Ob dieses Recht tatsächlich zu einer Entlastung der Verantwortlichen führen wird, ist jedoch zweifelhaft; es sei denn eine bestimmte Bearbeitungsplattform oder Anwendung wird in verschiedenen Sektoren oder Projekten eingesetzt.

4. Organisation

29 Die Durchführung einer DSFA obliegt nicht nur einer bestimmten Person, Stelle oder Abteilung beim Verantwortlichen. Wie jede andere Risikoanalyse handelt es sich um einen **Prozess, an dem mehrere Personen, Stellen und Abteilungen übergreifend beteiligt werden** müssen. Innerhalb eines Unternehmens werden für die DSFA üblicherweise die Projektleitung, die IT-Abteilung und/oder der Chief Information Security Officer, die Datenschutzstelle oder der Datenschutzberater, die Rechtsabteilung, die

1108 Rosenthal, N. 154 m.w.H.
1109 So auch Rosenthal, N. 151.

Risiko- und Compliance-Abteilung sowie andere Schlüsselpersonen beigezogen. Jede beteiligte Person ist für bestimmte Schritte der DSFA essenziell. So ist die Projektleitung für die Vorbereitungsphase besonders wichtig, weil sie die (geplante) Datenbearbeitung am besten beschreiben kann. Der Datenschutz- und Rechtsabteilung obliegt es, die Risiken gemäss Datenschutz und anwendbarem Recht zu beurteilen.[1110] Andere Abteilungen sind für die Bestimmung der risikomindernden Massnahmen von besonderer Relevanz. Auftragsbearbeiter, die bei dem geplanten Datenbearbeitungsvorgang eingesetzt werden, sollten im Rahmen der DSFA auch mit einbezogen werden. Wie bei jedem Projekt ist es besonders bedeutsam, dass eine Person, Stelle oder Abteilung die Leitung der DSFA übernimmt und den Überblick über den gesamten Prozess behält. Diese Leitung übernimmt in der Regel die Datenschutzberaterin oder die Projektleiterin auf operativer Ebene. Auftragsbearbeiter, die bei dem geplanten Datenbearbeitungsvorgang eingesetzt werden, sollten im Rahmen der DSFA miteinbezogen werden.

Aus Sicht des Verantwortlichen ist es deshalb sinnvoll **eine Stelle oder Abteilung zu definieren**, welche die rechtlichen Anforderungen an eine DSFA kennt und über die notwendigen Fachkenntnisse zur Durchführung einer DSFA verfügt. Dies ist in der Regel die für den Datenschutz zuständige Stelle oder Abteilung. Je nach Fokus oder Businessmodell der Verantwortlichen, kann es hilfreich sein, eine Vorlage inkl. Anleitung für die Durchführung einer DSFA zu erstellen, auf die im Einzelfall zurückgegriffen werden kann. Auf diese Weise werden die rechtlichen Anforderungen eingehalten, ohne dass bestimmte Aspekte vergessen gehen. 30

D. Ausnahmen

Neben der allgemeinen Pflicht zur Durchführung einer DSFA in Fällen, in denen eine Datenbearbeitung zu einem hohen Risiko für die betroffenen Personen führt, definieren **Abs. 4 und 5** einige **Ausnahmen**. 31

Art. 22 Abs. 4 sieht vor, dass private Verantwortliche in Einzelfällen von der Pflicht zur Durchführung der DSFA ausgenommen sein können, sofern sie **gesetzlich zur Bearbeitung der Daten verpflichtet** sind. Im Gesetzgebungsprozess wurde diese Ausnahme damit begründet, dass 32

1110. Gl.M. Rosenthal, N. 152.

mögliche Risiken in diesen Fällen bereits abgewogen wurden und somit kein weitergehender Bedarf zur Durchführung einer DSFA besteht.[1111] Zu Recht wird jedoch darauf hingewiesen, dass sich der Ausnahmetatbestand einzig auf die Frage der Zulässigkeit der Datenbearbeitung bezieht, nicht auf die Art und Weise der jeweiligen Bearbeitung von Daten.[1112] So ist die DSGVO in dieser Hinsicht strenger und verlangt, dass die im Rahmen der Gesetzgebung durchgeführte Risikoanalyse sich auf die konkrete Bearbeitungstätigkeit beziehen muss, damit die Ausnahme greift (vgl. N. 40). Darüber hinaus sind auch diejenigen Fälle zu beachten, in denen die Bearbeitung von Daten nicht ausschliesslich zur Erfüllung der jeweiligen gesetzlichen Pflicht erfolgt.[1113] Gesetzliche Pflichten zur Bearbeitung von Daten durch Private finden sich z.B. im Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Art. 30 GwG) oder die Weitergabe von Mitarbeiterdaten durch einen Arbeitgeber zur Erfüllung sozialversicherungsrechtlicher Pflichten (Art. 84 KVG). Es liegt auf der Hand, dass Bundesbehörden von dieser Ausnahmeregelung nicht umfasst sind: Sie dürfen Daten stets nur gestützt auf eine gesetzliche Grundlage bearbeiten.

33 Art. 22 Abs. 5 sieht sodann eine weitere Ausnahme vor. Demzufolge können private Verantwortliche von der Erstellung der DSFA absehen, wenn bestimmte Voraussetzungen in Bezug auf die **Zertifizierung einer Datenbearbeitung oder die Einhaltung genehmigter Verhaltenskodizes** erfüllt sind. Diese Ausnahmen gelten nicht für Bundesbehörden. Zum einen ist dies der Fall, wenn der Verantwortliche ein System, Produkt oder eine Dienstleistung einsetzt, welche(s) für die Verwendung nach Art. 13 zertifiziert ist (siehe hierzu ausführlich die Kommentierung zu Art. 13 DSG). Zum anderen entfällt die Pflicht in den Fällen, in denen der Verantwortliche einen Verhaltenskodex i.S.v. Art. 11 einhält, (i) der auf einer DSFA beruht, (ii) spezifische Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte der betroffenen Personen trifft und (iii) dem EDÖB vorgelegt wurde.[1114] Derzeit existieren keine solchen Verhaltenskodizes in der Schweiz. Vorstellbar sind solche jedoch für Branchen, in denen die Branchenteilnehmerinnen eng zusammenarbeiten und standardisierte Prozesse gemeinsam entwickeln, wie z.B. bei Banken und Versicherungen, in Technologie- oder

1111. Botschaft 2017, S. 7061 f.
1112. SHK-Blonski, Art. 22 DSG N. 6 m.w.H.
1113. SHK-Blonski, Art. 22 DSG N. 6 m.w.H.
1114. Siehe dazu Botschaft 2017, S. 7062.

Medienunternehmen oder in der Werbebranche. In der EU richtet sich die Erarbeitung vergleichbarer Verhaltenskodizes bzw. – regeln nach Art. 40 DSGVO, wobei aktuell u.a. der EU Cloud Code of Conduct, welcher als harmonisierter Verhaltenskodex für die Cloud-Industrie innerhalb der EU dient, bekannt ist.

III. VERLETZUNG DER PFLICHT ZUR DURCHFÜHRUNG EINER DSFA

Führt ein Verantwortlicher keine DSFA durch, obwohl gemäss Art. 22 eine entsprechende Pflicht bestünde, ist Art. 51 Abs. 3 lit. d zu beachten. Diesem Artikel zufolge kann der **EDÖB unter Strafandrohung verfügen**, dass der Verantwortliche eine DSFA vornehmen muss. Im Gegensatz dazu haben betroffene Personen jedoch keinen Anspruch, die Durchführung einer DSFA klageweise durchzusetzen.[1115] 34

Stellt der EDÖB im Rahmen einer Untersuchung fest, dass eine Datenbearbeitung zu einem hohen Risiko führt, kann er verfügen, dass die Datenbearbeitung angepasst, suspendiert oder ganz abgebrochen wird, bis eine DSFA durchgeführt wurde (Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 49 f). Dies kann zu erheblichen Verzögerungen beim Verantwortlichen führen, was wiederum hohe Kosten und zusätzlichen Aufwand für den Verantwortlichen mit sich bringt. Da die Ergebnisse einer Untersuchung vom EDÖB zudem veröffentlicht werden können (Art. 57 Abs. 2), bestehen zudem erhebliche **Reputationsrisiken** für den Verantwortlichen. 35

Die Verletzung der Pflicht zur Durchführung einer DSFA wird nicht eigenständig einer Busse unterstellt. Diese Regelung erscheint vor dem Hintergrund, dass es sich bei dieser Pflicht primär um eine Sorgfaltspflicht (bestehend aus einer Dokumentations- und Rechenschaftspflicht) handelt, sinnvoll. In der EU wird dies hingegen anders gehandhabt (vgl. N. 40 ff.). Es ist jedoch davon auszugehen, dass Verantwortliche ihre Pflichten gemäss DSG dennoch einhalten werden. Zum einen da Behörden bereits unter dem aDSG eine solche Pflicht berücksichtigen mussten. Zum anderen führten auch private Verantwortliche, insbesondere Konzerne, vor Inkrafttreten des 36

1115. Rosenthal, N. 159.

totalrevidierten DSG ebenfalls DSFAs durch, z.B. weil die betreffende Datenbearbeitung unter die DSGVO fiel oder der EDÖB dies verlangt hatte.[1116]

IV. HERAUSFORDERUNGEN UND PRAKTISCHE RELEVANZ

37 Mit dem Inkrafttreten des neu gefassten Art. 22 zeigt sich, dass die normativen Voraussetzungen für eine DSFA einen hohen Komplexitätsgrad aufweisen. Dies gilt insbesondere bei der Umsetzung durch kleine und mittlere Unternehmen (KMU), denen in der Schweiz eine wirtschaftliche nicht zu unterschätzende Bedeutung zukommt. Für sie dürfte es sich als herausfordernd erweisen, die einzelnen Schritte im Einklang mit Art. 22 durchzuführen. Dies gilt insbesondere für die Vorbereitungs- sowie die Massnahmenphase (siehe dazu N. 18 ff.), welche sich allein schon aufgrund der notwendigen analytischen Vorgehensweise als zeitaufwendig gestalten. Dies dürfte in Einzelfällen erhebliche Kosten generieren. Es ist entsprechend davon auszugehen, dass der Bedarf an **Vorlagen, Beratung und Hilfestellungen seitens des EDÖB zeitnah in hohem Masse zunehmen** wird.[1117] In dieser Hinsicht ist die Pflicht der europäischen Aufsichtsbehörden Listen zu publizieren, in denen definiert wird, wann eine DSFA zwingend notwendig ist, als Schritt in diese Richtung zu beurteilen (Art. 35 Abs. 4 DSGVO; vgl. N. 43).

38 Mit dem zunehmenden Einsatz von algorithmischen Systemen und anderen Anwendungen (siehe N. 2) wird auch die DSFA an Bedeutung gewinnen. Verantwortliche müssen im Einzelfall genau abwägen, welche Risiken angemessen erscheinen und ob sich der Einsatz solcher Systeme lohnt. Diese analytische Herangehensweise vor dem eigentlichen Projektstart dürfte vor allem für grosse Unternehmen nicht neu sein, zumal bereits vor der Totalrevision entsprechende Privacy Impact Assessments durchgeführt wurden (siehe N. 4 f. und 35) und sie auf EU-Ebene durch die DSGVO vergleichbare Pflichten kennen dürften.

39 Die DSFA macht zudem deutlich, dass sich im Bereich neuer disruptiver Technologien die verschiedenen Rechtsbereiche überschneiden und eine

1116. Rosenthal/Gubler, S. 54.

1117. Der EDÖB wird im Sommer 2023 ausführliche Hinweise zum Inhalt und Voraussetzungen für eine DSFA publizieren. Siehe https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/grundlagen/dsfa.html, besucht am 5.6.2023.

zunehmende Vermengung von rechtlichen Fragen und solcher bzgl. der eingesetzten Technologie zu beobachten ist. Ein Beispiel für diese Entwicklung sind die Diskussionen rund um den Artificial Intelligence Act («AI Act»).[1118] Vergleichbar mit der DSFA nach Art. 22 DSG, liegt dem zuletzt diskutierten Text[1119] ein stark risikobasierter Ansatz zugrunde, wonach zwischen einem begrenzten, hohen und inakzeptablem Risiko differenziert wird. So ist vor allem bei hochriskanten Anwendungen, die im Anhang III des AI Acts definiert werden, nach Art. 43 AI Act ein Konformitätsbewertungsverfahren durchzuführen, das sich u.a. nach Anhang VI richtet. Diese Vorgaben sind wie die DSFA gemäss dem DSG als **präventiver, fortlaufender Prozess zu verstehen, der sowohl rechtliche als auch technische Aspekte beinhaltet** sowie weitergehend der Transparenz und damit dem Vertrauen der Nutzerinnen dient.

V. VERGLEICH MIT DEM EU-RECHT

Im Allgemeinen ist die Durchführung der DSFA gemäss dem DSG mit den EU-weiten Vorgaben der DSGVO vergleichbar. Gleichzeitig sind **Art. 22 f. DSG weniger strikt ausgestaltet als Art. 35 f. DSGVO**.[1120] In der EU ist eine DSFA etwa auch durchzuführen, wenn eine Datenbearbeitung zu einem hohen Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen führen kann. Im Gegensatz zu Art. 22 DSG sieht Art. 35 Abs. 3 lit. a DSGVO zudem eine DSFA explizit für automatisierte Einzelentscheide vor. 40

Die lit. a bis d von Art. 35 Abs. 7 regeln vergleichbare Schritte wie Art. 22 DSG, welche berücksichtigt werden müssen, wenn eine DSFA durchgeführt wird. So ist die vorbereitende Phase mit lit. a vergleichbar, die Phase der Bewertung mit den lit. b und c sowie die Phase der Implementierung der Massnahmen mit lit. d.[1121] Obschon in der Schweiz ebenfalls davon auszugehen ist, dass eine DSFA im Rahmen der Datenbearbeitung aufgrund veränderter Umstände 41

1118. Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, 21.4.2021, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN, besucht am 5.6.2023.
1119. European Parliament, Draft Compromise Amendments on the Draft Report, https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2014_2019/plmrep/COMMITTEES/CJ40/DV/2023/05-11/ConsolidatedCA_IMCOLIBE_AI_ACT_EN.pdf, besucht am 5.6.2023.
1120. Siehe für einen Vergleich zwischen den Vorgaben des DSG sowie der DSGVO Baeriswyl, S. 7.
1121. Siehe zum Vorstehenden Blonski, S. 28 f.

gegebenenfalls nochmals durchgeführt werden muss, sieht dies Art. 35 Abs. 11 DSGVO in bestimmten Fällen sogar explizit vor.

42 Während Art. 35 Abs. 2 DSGVO eine Pflicht zur Konsultation des Datenschutzbeauftragten («Data Protection Officer») beinhaltet, jedenfalls sofern ein solcher ernannt wurde, sieht Art. 35 Abs. 9 DSGVO sogar vor, dass der Verantwortliche bei der Durchführung der DSFA die betroffenen Personen konsultieren kann. Eine solche Bestimmung enthält das DSG nicht. Die Konsultation des Datenschutzbeauftragten hat auf die DSFA inhaltlich keinen Einfluss, zumal die **Rolle des Datenschutzbeauftragten nicht konkretisiert** wird.[1122] Die Einholung des Standpunktes der betroffenen Personen hingegen hat die Transparenz seitens des Verantwortlichen sowie die Selbstbestimmung der betroffenen Personen zum Ziel.[1123] Diese Konsultationen verstärken den Sinn und Zweck der DSFA, indem nochmals aufgezeigt wird, dass die zu beurteilenden Risiken, solche der Datenbearbeitung für die betroffenen Personen und somit nicht in erster Linie Risiken für den Verantwortlichen sind.

43 Anders als in der Schweiz schreibt Art. 35 Abs. 4 DSGVO den Aufsichtsbehörden vor, eine Liste über die Verarbeitungsvorgänge zu führen, bei denen eine DSFA in jedem Fall durchzuführen ist (sog. **Positivlisten**).[1124] Dem Grunde nach statuiert der europäische Verordnungsgeber damit eine faktische Pflicht zur Durchführung einer DSFA in den von den Aufsichtsbehörden definierten Fällen.[1125] Ausserdem werden Aufsichtsbehörden ermächtigt fakultativ auch Listen von Datenbearbeitungstätigkeiten zu führen, für die keine DSFA erforderlich ist (sog. **Negativlisten**; Art. 35 Abs. 5 DSGVO). Diese Listen unterstehen dem Kohärenzverfahren, wenn sie «Verarbeitungstätigkeiten umfassen, die mit dem Angebot von Waren oder Dienstleistungen für betroffene Personen oder der Beobachtung des Verhaltens dieser Personen in mehreren Mitgliedstaaten im Zusammenhang stehen oder die den freien Verkehr personenbezogener Daten innerhalb der Union erheblich beeinträchtigen könnten» (Art. 35 Abs. 6 DSGV). Eine Pflicht zur Führung von Positiv- oder Negativlisten sieht das DSG nicht vor, obschon dies der Rechtssicherheit zuträglich wäre.

1122.Kühling/Buchner/Jandt, Art. 35 DS-GVO N. 18.
1123.Kühling/Buchner/Jandt, Art. 35 DS-GVO N. 54.
1124.Siehe dazu Schönbächler, S. 190.
1125.Baeriswyl, S. 12.

Während Art. 22 Abs. Abs. 5 DSG explizit besagt, dass eine DSFA nicht durchgeführt werden muss, wenn ein Verhaltenskodex gem. Art. 11 DSG eingehalten wird und die zusätzlichen Voraussetzungen nach Abs. 5 erfüllt sind, sind solche **Verhaltensregeln gemäss DSGVO nur im Rahmen der Beurteilung der Auswirkungen der betreffenden Datenbearbeitung** in der DSFA zu berücksichtigen. Sie entbinden den Verantwortlichen jedoch nicht von der Pflicht, eine DSFA durchzuführen, wenn diese gesetzlich zwingend erforderlich ist. 44

Schliesslich sieht Art. 35 Abs. 10 DSGVO, ähnlich wie Art. 22 Abs. 4 DSG, vor, dass keine DSFA durchgeführt werden muss, wenn eine Datenbearbeitung auf einer gesetzlichen Grundlage beruht. Die **Ausnahme in der DSGVO ist jedoch enger gefasst**: Die Ausnahme greift nur, wenn eine DSFA im Rahmen des Erlasses der Rechtsgrundlage durchgeführt wurde und die Rechtsgrundlage den konkreten Bearbeitungsvorgang bzw. die konkreten Bearbeitungsvorgänge regeln. Die praktische Bedeutung dürfte sich somit in Grenzen halten.[1126] Ausserdem besteht eine Ausnahme gem. Art. 35 Abs. 10 DSGVO, sofern die Datenbearbeitung in Erfüllung von öffentlichen Interessen oder in Ausübung öffentlicher Gewalt ausgeführt wird. 45

Die DSGVO sieht für die Verletzung der Pflicht zur Durchführung einer DSFA **Bussen bis zu € 10 Mio. oder bis zu 2% des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes** des vorangegangenen Geschäftsjahres vor (Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO). Diese Busse steht im Gegensatz zum DSG, das für eine solche Verletzung keine Busse vorsieht (vgl. N. 35). 46

LITERATURVERZEICHNIS

Baeriswyl Bruno, Der «grosse Bruder» DSGVO und das revDSG: Ein vergleichender Überblick, S. 8–15.

Blonski Dominika, Kommentierung zu Art. 22 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum DSG, 2. Aufl., Zürich/Basel, 2023

Blonski Dominika, DSFA und Vorabkonsultation, digma 2020, S. 28–32.

1126.Gl.M. Kühling/Buchner/Jandt, Kommentar, Art. 35 DS-GVO N. 23.

Früh Alfred/Haux Dario, Foundations of Artificial Intelligence and Machine Learning, Weizenbaum Series 29, DOI: 10.34669/WI.WS/29.

Klaus Samuel, KI trifft Datenschutz – Risiken und Lösungsansätze, in: Epiney Astrid/Rovelli Sophia, Künstliche Intelligenz und Datenschutz, Zürich 2021, S. 81–95.

Lobsiger Adrian, Hohes Risiko – kein Killerargument gegen Vorhaben der digitalen Transformation, SJZ 2023, S. 311–319.

Pfaffinger Monika, Das Recht auf informationellen Systemschutz. Plädoyer für einen Paradigmenwechsel im Datenschutzrecht, Habil., Baden-Baden 2022.

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter 16. November 2020.

Schönbächler Matthias R., Zum neuen Schweizer Datenschutzrecht, ZBJV 2023, S. 171–195.

Schürmann Kathrin, Datenschutz-Folgenabschätzung beim Einsatz Künstlicher Intelligenz: Bewertung und Minimierung der Risiken, ZD 2022, S. 316–321.

Vasella David, Widersprüche im Datenschutzrecht, digma 2020, S. 174–179.

Vasella David/Sievers Jacqueline, Der «Swiss Finish» im Vorentwurf des DSG, digma 2017, S. 44–49.

Widmer Michael, Datenschutz-Folgenabschätzung, digma 2017, S. 224–231.

Kühling Jürgen/Benedikt Buchner, Datenschutz-Grundverordnung BDSG, Kommentar, 3. Aufl., München, 2020.

Rosenthal David/Gubler Seraina, Die Strafbestimmungen des neuen DSG, SZW/RSDA 2021, S. 52–64.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft vom 15. September 2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017, S. 6941 ff., abrufbar unter: https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2017/2057, besucht am 5.6.2023.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 23 DSG

Eine Kommentierung von Rehana C. Harasgama / Dario Haux

ZITIERVORSCHLAG

Rehana C. Harasgama/Dario Haux, Kommentierung zu Art. 23 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Harasgama/Haux, N. XXX zu Art. 23 DSG.

Art. 23 Konsultation des EDÖB

[1] Ergibt sich aus der Datenschutz-Folgenabschätzung, dass die geplante Bearbeitung trotz der vom Verantwortlichen vorgesehenen Massnahmen noch ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person zur Folge hat, so holt er vorgängig die Stellungnahme des EDÖB ein.

[2] Der EDÖB teilt dem Verantwortlichen innerhalb von zwei Monaten seine Einwände gegen die geplante Bearbeitung mit. Diese Frist kann um einen Monat verlängert werden, wenn es sich um eine komplexe Datenbearbeitung handelt.

[3] Hat der EDÖB Einwände gegen die geplante Bearbeitung, so schlägt er dem Verantwortlichen geeignete Massnahmen vor.

[4] Der private Verantwortliche kann von der Konsultation des EDÖB absehen, wenn er die Datenschutzberaterin oder den Datenschutzberater nach Artikel 10 konsultiert hat.

GLIEDERUNG

In Kürze 401
I. Allgemeines 401
A. Überblick 401
B. Entstehungsgeschichte 402
C. Normzweck 403
II. Inhalt 403
A. Adressaten 403
B. «Geplante» Bearbeitung 404
C. Konsultation 405
1. Einführung 405
2. Einzureichende Informationen 406
3. Vorgehen des EDÖB 407
4. Frist 409
D. Ausnahmen 409
III. Verletzung der Pflicht zur Konsultation des EDÖB 411
IV. Herausforderungen und praktische Relevanz 412
V. Vergleich mit dem EU-Recht 413
Literaturverzeichnis 414
Materialienverzeichnis 415

IN KÜRZE

Art. 23 ist die Folgeregelung von Art. 22. Stellt der Verantwortliche im Rahmen einer DSFA fest, dass ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person trotz ergriffener, risikomildernder Massnahmen besteht, so ist eine Konsultation des EDÖB erforderlich. Deren Voraussetzungen, Fristen und Folgen werden aufgelistet und spezifiziert. Der EDÖB überprüft die geplante Datenbearbeitung im Hinblick auf die Einhaltung des DSG. Einwände gegen die geplante Datenbearbeitung äussert der EDÖB in einer Stellungnahme, welche auch Empfehlungen bzgl. möglicher Massnahmen enthält. Diese Stellungnahme wird dem Verantwortlichen übermittelt. Der EDÖB kann seine Kompetenzen gem. Art. 49 und 51 ff. auch nachträglich zur Konsultation gemäss Art. 23 ausüben. Strafbewährt ist eine Verletzung der Pflicht aus Art. 23 jedoch nicht.

I. ALLGEMEINES

A. Überblick

Art. 23 beschreibt die Voraussetzungen der **Konsultation des EDÖB**. Dabei handelt es sich um ein Vorgehen, das mit der Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) aus Art. 22 in einem engen Zusammenhang steht. Stellt der Verantwortliche während einer DSFA fest, dass durch die geplante Datenbearbeitung, trotz der getroffenen Massnahmen, weiterhin ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person besteht, dann muss der EDÖB vorgängig konsultiert werden. Der EDÖB prüft in diesem Fall die Vereinbarkeit der geplanten Datenbearbeitung mit dem Datenschutzrecht sowie den Voraussetzungen für die Informationssicherheit.[1127] Der EDÖB teilt dem Verantwortlichen innert zwei bis drei Monaten sodann seine Einwände mittels Stellungnahme mit. Dabei ist der EDÖB verpflichtet, geeignete Massnahmen vorzuschlagen, um den identifizierten Risiken zu begegnen. 1

1127. SHK-Blonski, Art. 23 DSG N. 1.

B. Entstehungsgeschichte

2 Die Pflicht eine DSFA durchzuführen und den EDÖB zu konsultieren, sofern die geplante Datenbearbeitung trotz ergriffener Massnahmen zu einem hohen Risiko für die betroffenen Personen führt, existierte vor der Totalrevision des DSG nicht. Die Pflicht existierte auch nicht für Bundesbehörden, die gem. Art. 22 aDSG eine DSFA durchführen mussten. Die Europäische Datenschutzkonvention (SEV 108+) verlangt die Einführung dieser Pflicht ebenfalls nicht. In **einigen kantonalen Datenschutzgesetzen war die Pflicht jedoch bereits vorgesehen**, etwa im Kanton Zürich in Art. 10 IDG oder im Kanton Bern in Art. 17a KDSG.[1128]

3 Die Möglichkeit bzw. Notwendigkeit der Konsultation fusst jedoch auf **europarechtlichen Vorgaben** aus dem Jahr 2008. Zu nennen ist vor allem Art. 20 der Richtlinie 95/46/EG, wonach Bearbeitungen, welche mit bestimmten Risiken für Personen, insbesondere die Rechte und Freiheiten betreffend, bereits vorab durch den Datenschutzbeauftragten geprüft werden müssen. Diese Regelung wirkt bis heute in Art. 28 der geltenden Richtlinie 2016/680/EU[1129] fort, welche aufgrund des Schengen-Besitzstandes im Bereich der grenzüberschreitenden Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung auch in der Schweiz umgesetzt werden musste[1130] sowie in Art. 36 DSGVO, der vergleichbar umgesetzt wurde.

4 Der VE-DSG sah in Art. 16 Abs. 3 VE-DSG eine Benachrichtigung des EDÖB über die Ergebnisse der DSFA in jedem Fall vor. Im Einklang mit der heutigen Regelung, musste der EDÖB dem Verantwortlichen seine Einwände innert einer bestimmten Frist mitteilen. Die **Pflicht, den EDÖB in jedem Fall über das Ergebnis einer DSFA zu informieren**, wurde in der öffentlichen Vernehmlassung stark kritisiert. Der Bundesrat entschärfte daraufhin die Pflicht mit Art. 21 Abs. 1 E-DSG. Diese abgeschwächte Normierung wurde in die heutige Regelung von Art. 23 Abs. 1 übernommen, indem der EDÖB nur

1128. Blonski, S. 28 ff.; SHK-Blonski, Art. 23 DSG N. 3.

1129. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680, besucht am 5. Juni 2023.

1130. Bundesgesetz über die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands), BBl 2018, S. 6003 ff.

konsultiert werden muss, wenn trotz der ergriffenen Massnahmen weiterhin hohe Risiken für die Persönlichkeit oder für die Grundrechte der betroffenen Person bestehen.

C. Normzweck

Gemäss Botschaft wurde die Konsultationspflicht im Rahmen der Totalrevision im Jahr 2020 aufgenommen, «weil sie es dem **Beauftragten erlaubt, präventiv und beratend tätig zu sein**».[1131] Dies sei für den Verantwortlichen am effizientesten, da potenzielle datenschutzrechtliche Probleme früh erkannt und adressiert werden können.[1132] Die Konsultation ermöglicht es dem EDÖB, die erforderlichen Informationen zur Beurteilung einer geplanten Datenbearbeitung mit hohem Risiko zu erhalten und auszuwerten. Dies ist auch dem demokratischen Prozess zuträglich.[1133] 5

Der Zweck des Art. 23 liegt ferner darin begründet, bereits vor der Durchführung eines Projekts, welches entsprechende Datenbearbeitungen vorsieht, Lösungen zu entwickeln. Dies dient dazu **von vornherein einen hohen Datenschutzstandard zu gewährleisten sowie die Informationssicherheit zu garantieren**. Der Gesetzgeber zielt somit auf ein proaktives Verhalten, um von vornherein mögliche Rechtsverletzungen auf ein Minimum zu reduzieren bzw. idealerweise ganz auszuschliessen. Ausserdem dient es dazu, den Verantwortlichen nachträglich – wenn eine Datenbearbeitung bereits begonnen hat – vor zusätzlichem Aufwand und zusätzlichen Kosten zu schützen. Dies erscheint auch vor dem Hintergrund sinnvoll, dass sich nachträgliche Schäden und Verletzungen oftmals nur schwerlich beseitigen lassen.[1134] Insgesamt fügt sich der Artikel somit in den risikobasierten Ansatz des totalrevidierten DSG. 6

II. INHALT

A. Adressaten

Die Adressaten des Art. 23 sind wie in Art. 22 **Bundesbehörden und private Verantwortliche**. Davon nicht umfasst sind Auftragsbearbeiter. Bezüglich 7

1131. Botschaft 2017, S. 7062 f.
1132. Botschaft 2017, S. 7062 f.
1133. Kasper, S. 332.

der Rolle dieser Auftragsbearbeiter kann auf die entsprechende Kommentierung in Art. 22 verwiesen werden.

8 Bundesbehörden und private Verantwortliche sind somit verpflichtet den EDÖB zu konsultieren, wenn eine geplante Datenbearbeitung trotz der implementierten Massnahmen zu einem hohen Risiko für die Persönlichkeit und Grundrechte der betroffenen Personen führt. Der EDÖB ist demgegenüber verpflichtet die Konsultation gemäss DSG durchzuführen und sich dabei an die **geltenden Fristen** zu halten (vgl. N. 25).

B. «Geplante» Bearbeitung

9 Der Normtext des Art. 23 sieht in Abs. 1 vor, dass die Konsultation des EDÖB bei einer geplanten Bearbeitung mit **hohem Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person** vorzunehmen ist. Diese Bestimmung gilt nur, wenn vom Verantwortlichen bereits Massnahmen zur Minderung der sich ergebenden Risiken vorgesehen sind und die Datenbearbeitung dennoch ein hohes Risiko birgt.

10 Während der Wortlaut vermuten lässt, dass es sich dabei nur um **neue, geplante Datenbearbeitungen handeln kann, umfasst dies auch Änderungen bereits bestehender Datenbearbeitungen oder Verfahren** (vgl. hierzu die Kommentierung zu Art. 69).[1135] Dies bedeutet, dass der EDÖB jeweils dann zu konsultieren ist, wenn es zu Änderungen im Datenbearbeitungsprozess oder veränderten tatsächlichen oder rechtlichen Umständen kommt. Diese veränderten Umstände müssen jedoch den Schluss nahelegen bzw. deutlich werden lassen, dass es zu einem hohen Risiko i.S.v. Art. 22 kommt. Zudem dürfen die im Rahmen einer erneut durchgeführten oder wiederholten DSFA ergriffenen Massnahmen, nicht ausreichen, um dieses hohe Risiko zu reduzieren. Bezüglich des Begriffs des hohen Risikos kann auf die Ausführungen zu Art. 22 verwiesen werden (Art. 22 N. 12 ff.). Für die Einschätzung, dass der EDÖB auch bei Veränderungen von bestehenden Datenbearbeitungstätigkeiten konsultiert werden muss, spricht, dass die Verantwortlichen in einem derart disruptiven Umfeld, das von schnellen Veränderungen geprägt ist, stets die Gefahren mit in die eigenen Überlegungen und Planung von Datenbearbeitungen mit einbeziehen müssen,

1134.SHK-Blonski, Art. 23 DSG N. 8.
1135.Gl.M. SHK-Blonski, Art. 23 DSG N. 4.

um die Rechte der betroffenen Personen nicht zu gefährden oder konkret zu verletzen (vgl. Art. 7).

C. Konsultation

1. Einführung

Zunächst setzt Art. 23 voraus, dass der Verantwortliche eine DSFA in Bezug auf eine geplante oder veränderte Datenbearbeitung gem. Art. 22 durchgeführt hat. Kommt der Verantwortliche zum Schluss, dass trotz der vorgesehenen Massnahmen die Datenbearbeitung ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder Grundrechte der betroffenen Person besteht, muss der Verantwortliche den EDÖB konsultieren. Obschon das Gesetz keine Formvorschriften beinhaltet, sollte diese **Eingabe allein schon aus Beweisgründen schriftlich** erfolgen. Liegt dieses hohe Risiko nicht vor, so kann der Verantwortliche die DSFA dennoch freiwillig dem EDÖB vorlegen.[1136] Obschon dies der Rechts- und Informationssicherheit dienlich ist, dürften private Verantwortliche regelmässig davon absehen (vgl. N. 34 ff.). 11

Die Konsultation muss vor Beginn der betreffenden Datenbearbeitung durchgeführt werden. Erst nach abgeschlossener Konsultation, d.h. nach der erfolgten Stellungnahme durch den EDÖB, darf die Bundesbehörde oder der private Verantwortliche mit der Datenbearbeitung beginnen.[1137] 12

Drei Punkte bzgl. der Konsultation sind vorgängig zu berücksichtigen: 13

- Erstens ist die Konsultation für private Verantwortliche **kostenpflichtig** (siehe Art. 59 Abs. 1 lit. c DSG; Art. 44 DSV). Die jeweiligen Kosten richten sich nach dem Personalaufwand im Einzelfall. Für Bundesorgane entstehen hingegen keine Kosten.
- Zweitens kann sich der **EDÖB seinerseits an den Verantwortlichen wenden** und eine Evaluierung der Risiken und Konsultation anfordern, sofern er Kenntnis von geplanten Bearbeitungshandlungen erlangt.[1138]
- Drittens kann der EDÖB diese Aufforderung mit der **Vornahme von Untersuchungshandlungen** verbinden (vgl. N. 23).[1139]

1136. Lobsiger, S. 317.
1137. Blonski, S. 28 ff.
1138. Lobsiger, S. 316.

2. Einzureichende Informationen

14 Die Bestimmung in Art. 23 legt fest, in welchen Fällen der EDÖB konsultiert werden muss. Sie definiert jedoch nicht, welche Informationen dem EDÖB für seine Bewertung eingereicht werden müssen. Aufgrund dieser Ausgangslage ist davon auszugehen bzw. wurde bereits angekündigt[1140], dass der EDÖB selbst schon kurz nach dem Inkrafttreten entsprechende Vorgaben machen wird, an denen sich der Verantwortliche orientieren kann. Der Verantwortliche sollte jedoch zumindest dafür Sorge tragen, dass die **im Rahmen der DSFA erstellten Dokumente umfassend vorliegen**, sodass es auf dieser Grundlage dem EDÖB überhaupt möglich ist, eine entsprechende Stellungnahme abzugeben. Diese Dokumente sollten also u.a. Angaben über die geplante Bearbeitung – ggf. inkl. des Bearbeitungszwecks –, über die möglichen Risiken für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person sowie über die geplanten technischen und organisatorischen Massnahmen enthalten. Darzulegen ist auch, warum das Risiko trotz der beschriebenen Massnahmen weiterhin als hoch erachtet wird. Dies ist von Bedeutung, da ansonsten keine Konsultation erforderlich wäre.

15 Die **DSGVO kann hierbei als Orientierungshilfe dienen**, da sie eine Liste der einzureichenden Informationen enthält (vgl. N. 39). Hilfreich kann es auch sein, gemäss dem sog. ISDS-Konzept[1141] vorzugehen. Dieses sieht eine möglichst präzise Beschreibung des Projekts, mitsamt einer Darlegung der Rechtslage sowie der organisatorischen und technischen Massnahmen vor.[1142] Bei der Beschreibung des Projekts sind in diesem Rahmen Angaben zu der verantwortlichen und datenbearbeitenden Stelle, dem Zweck und der Art der Datenbearbeitung sowie den Empfängern und betroffenen Personen vorgesehen. Demgegenüber setzt die Beschreibung der organisatorischen und technischen Aspekte eine Darstellung der Anwendungen, Netzwerke, Technologien sowie Rollen und Berechtigungskonzepte voraus. Zu beachten ist, dass in Einzelfällen weitergehende Detailkonzepte oder Massnahmenpläne angefordert werden können.[1143]

1139. Lobsiger, S. 316.

1140. https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/grundlagen/dsfa.html, besucht am 5. Juni 2023.

1141. https://www.hermes.admin.ch/de/projektmanagement/verstehen/ergebnisse/isds-konzept.html#:~:text=Das%20ISDS%2DKonzept%20bildet%20die,Es%20beschreibt%20das%20Notfallkonzept., besucht am 5. Juni 2023.

1142. Blonski, S. 30 f.

Zudem sollten die eingereichten Dokumente strukturiert eingereicht werden und mit dem eigenen Namen sowie einer **Kontaktadresse** versehen werden. Dies dient der Kommunikation mit dem EDÖB, sofern im Einzelfall Rückfragen aufkommen oder sonstiger Klärungsbedarf besteht. 16

3. Vorgehen des EDÖB

Nachdem die entsprechenden Dokumente vollständig eingereicht wurden (vgl. N. 15 ff.), geht der **EDÖB für gewöhnlich in drei Schritten (i)–(iii) vor**: In einem ersten Schritt werden die eingereichten Informationen gesichtet und überprüft, ob weitere Informationen, Dokumente oder sonstige Angaben zur Klärung erforderlich sind. Ist dies der Fall, werden diese Informationen beim Verantwortlichen angefragt (i). Sodann werden die Unterlagen sorgfältig geprüft und auf ihre Nachvollziehbarkeit und Stichhaltigkeit hin analysiert (ii). In einem dritten Schritt wird das Verfahren abgeschlossen, wobei gegebenenfalls Einwände mitgeteilt und zu ergreifende Massnahmen vorgeschlagen werden (iii). Im Rahmen dieser drei Schritte schätzt der EDÖB ab, ob die vorgeschlagenen Massnahmen ausreichen, um den Schutz der Persönlichkeit und Grundrechte der betroffenen Person zu gewährleisten und das hohe Risiko zu mindern.[1144] 17

Im ersten Schritt prüft der EDÖB die vom Verantwortlichen eingereichten Informationen und stellt sicher, dass er den Datenbearbeitungsvorgang versteht. Dabei stehen insbesondere die **faktische sowie die technische Beschreibung der betreffenden Datenbearbeitung** im Vordergrund. Sofern der EDÖB weitere Informationen benötigt, verlangt er diese und fordert gegebenenfalls eine mündliche Besprechung der geplanten Datenbearbeitung mit dem Verantwortlichen ein, um spezifische Fragen zu klären. Hierbei ist zu beachten, dass aus dem Gesetzeswortlaut nicht hervorgeht, ob die Frist für den EDÖB, Stellung zu nehmen, erst nach diesem Schritt zu laufen beginnt oder direkt bei Einreichung des Konsultationsantrags. Gemäss der hier vertretenen Ansicht beginnt die Frist zur Stellungnahme jedoch erst nach vollständiger Einreichung aller vom EDÖB angeforderten Informationen zu laufen. Dies bedeutet, dass die Dauer der Konsultation also länger als diese zwei bis drei Monate dauern kann, je 18

1143. SHK-Blonski, Art. 23 DSG N. 15 ff mit Verweis auf https://docs.datenschutz.ch/u/d/publikationen/formulare-merkblaetter/merkblatt_vorabkontrolle.pdf, S. 3.

1144. Botschaft 2017, S. 7063.

nachdem, welche zusätzlichen Informationen und Unterlagen der EDÖB noch verlangt.

19 Auf dieser Grundlage beginnt die eigentliche Überprüfung der betreffenden Datenbearbeitung. In diesem zweiten Schritt prüft der EDÖB insbesondere die **Risikobeurteilung und vorgeschlagenen Massnahmen des Verantwortlichen**. Diese Beurteilung beinhaltet die Überprüfung der rechtlichen Voraussetzungen, wovon in erster Linie die Einhaltung der Datenschutzgrundsätze umfasst ist. Dazu gehören neben der Verhältnismässigkeit (Stichwort: Datensparsamkeit und Datenvermeidung) u.a. allfällige gesetzliche oder vertragliche Grundlagen oder Rechtfertigungsgründe für die Datenbearbeitung, die Auslagerung der Datenbearbeitung oder Bekanntgabe von Daten ins Ausland, die Datensicherheit sowie die Gewährleistung der Betroffenenrechte wie insbesondere das Auskunftsrecht sowie das Recht auf Berichtigung und Löschung von Daten.[1145] Sowohl die Sensitivität der Daten als auch die involvierten Parteien sowie deren Verantwortlichkeiten sind hierbei zu berücksichtigen. Weitergehend werden die technischen und organisatorischen Massnahmen geprüft. Dies geschieht im Zusammenhang mit den angewandten Technologien und gegebenenfalls den dahinterstehenden Anbietern. Im Zeitalter zunehmender Cyberattacken und Hackerangriffen dient dies der Informationssicherheit.

20 Nachdem sich der EDÖB mit diesen Aspekten tiefgehend auseinandergesetzt hat, verfasst er in einem dritten Schritt grundsätzlich eine **Stellungnahme zuhanden des Verantwortlichen**. In dieser Stellungnahme listet er seine Beobachtungen hinsichtlich der geplanten Datenbearbeitung auf und bietet eine Beurteilung sowohl aus rechtlicher als auch technisch-organisatorischer Perspektive. Kommt er zum Schluss, dass die Datenbearbeitung datenschutzkonform ist, so ergeben sich keine weiteren Voraussetzungen für den Verantwortlichen. Der EDÖB gibt in diesem Fall auch keine Empfehlungen ab. Er kann in einem solchen Fall sogar ganz davon absehen, dem Verantwortlichen eine Stellungnahme zukommen zu lassen. Sofern der EDÖB Einwände erhebt, verbindet er diese mit Vorschlägen für konkrete Massnahmen (vgl. zu den Massnahmen Art. 22 N. 26.). Diese Massnahmen zielen darauf ab, sowohl die Einhaltung des Datenschutzes als auch der

1145.Siehe hierzu SHK-Blonski, Art. 23 DSG N. 19 ff.

Informationssicherheit zu gewährleisten.[1146] In der Regel wird der EDÖB dem Verantwortlichen eine Frist zur Umsetzung dieser Massnahmen setzen.

In diesem Rahmen gilt es einen Sonderfall zu beachten: Kommt der EDÖB im Anschluss an die durchgeführte Datenbearbeitung zum Schluss, dass die Massnahmen nicht ausreichend waren oder gar keine Massnahmen existieren, um die identifizierten Risiken zu reduzieren, ist er dazu befugt eine Untersuchung durchzuführen (Art. 49).[1147] Dem EDÖB stehen hierfür alle **Verwaltungsmassnahmen nach Art. 51** zur Verfügung. Die Untersuchung kann somit u.a. eine Suspendierung oder gar ein Verbot der Datenbearbeitung zur Folge haben.[1148] Obschon davon auszugehen ist, dass der EDÖB i.d.R. formelle Verfügungen nur vereinzelt vornehmen wird, hält ihm das Gesetz diese Möglichkeit explizit offen, wenn Verantwortliche mit den Risiken nicht sachgemäss umgehen.[1149] 21

Hervorzuheben ist zudem, dass die Stellungnahme des EDÖB eine **unverbindliche Empfehlung** darstellt. Sie hat keinen Verfügungscharakter und kann somit keinesfalls als Genehmigung oder gar Bewilligung zur Durchführung der geplanten Datenbearbeitung verstanden werden.[1150] 22

4. Frist

Sofern der EDÖB zur Konsultation beigezogen wird, hat er gem. Art. 23 Abs. 2 **innert zwei Monaten**, gerechnet ab der vollständigen Eingabe an den EDÖB, seine Stellungnahme dem Verantwortlichen mitzuteilen. Der EDÖB kann die Frist um maximal einen Monat verlängern, sofern es sich um eine komplexe Datenbearbeitung handelt. Erhält der Verantwortliche innert dieser Frist keine Mitteilung vom EDÖB, ist davon auszugehen, dass der EDÖB keine Einwände gegen die geplante Datenbearbeitung anbringen wird.[1151] 23

D. Ausnahmen

Art. 23 sieht einige Ausnahmen von der grundsätzlichen Pflicht zur Konsultation vor. Diese Ausnahmen richten sich nach Abs. 4 und **gelten nur** 24

1146. Botschaft 2017, S. 7063; SHK-Blonski, Art. 23 DSG N. 23 ff.
1147. Botschaft 2017, S. 7063.
1148. Lobsiger, S. 317.
1149. Lobsiger, S. 317.

für private Verantwortliche. Bundesbehörden sind von den Ausnahmeregelungen somit ausgenommen.

25 Abs. 4 hält fest, dass eine Konsultation nicht erforderlich ist, wenn der Verantwortliche einen Datenschutzberater in Bezug auf die geplante Datenbearbeitung konsultiert.[1152] Aus der Botschaft ergibt sich diesbezüglich, dass der Datenschutzberater tatsächlich aktiv in die DSFA involviert sein muss. Er muss also in der Lage gewesen sein, sich zu den Massnahmen und Risiken umfassend zu äussern.[1153] Im Hinblick auf diesen Umstand erscheint es sinnvoll, den Ablauf einer DSFA sowie die Kompetenzen und die Hinzuziehung des Datenschutzberaters in internen Richtlinien oder Weisungen abschliessend zu regeln.

26 Gemäss Botschaft soll die Ausnahme den **Verwaltungsaufwand seitens der privaten Verantwortlichen reduzieren**.[1154] Aus ökonomischer Sicht ist diese Ausnahme zu begrüssen. Dies gilt vor allem deshalb, da so aus der Perspektive der privaten Verantwortlichen Verzögerungen, zusätzliche Kosten und potenziell negative Folgen aufgrund der Konsultation des EDÖB vermieden werden können. Zwar hatte sich der EDÖB im Rahmen der Vernehmlassung gegen diese Ausnahme ausgesprochen, jedoch wurde sie am Ende dennoch in den Gesetzestext integriert.[1155]

27 Die Ausnahme ist zudem als **Anreiz für private Verantwortliche** zu deuten.[1156] So bietet die Regelung ihnen einen sehr spezifischen Grund einen Datenschutzberater zu ernennen. Dieser Anreiz ist wichtig, denn im Gegensatz zu Art. 37 DSGVO ist die Ernennung eines Datenschutzberaters gemäss dem DSG stets freiwillig.

28 Die Ausnahme greift indes nur, wenn die Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 3 erfüllt sind. Dementsprechend muss der **Datenschutzberater fachlich unabhängig und weisungsungebunden, frei von Interessenskonflikten sein und über die erforderlichen Fachkenntnisse verfügen** (vgl. ausführlich zu diesen Voraussetzungen die Kommentierung zu Art. 10). Der

1150. Lobsiger, S. 317.
1151. Botschaft 2017, S. 7063.
1152. SHK-Blonski, Art. 23 DSG N. 32.
1153. Botschaft 2017, S. 7063
1154. Botschaft 2017, S. 7063.
1155. Botschaft 2017, S. 7063.
1156. Vgl. auch Botschaft 2017, S. 7063.

Verantwortliche muss hingegen die Kontaktdaten des Datenschutzberaters veröffentlichen und diese dem EDÖB mitteilen. Diese Ausnahme erinnert an die unter Art. 11a Abs. 5 lit. e aDSG geltende Ausnahme zur Pflicht zur Anmeldung von Datensammlungen, welche ersatzlos aus dem DSG gestrichen wurde. Private Verantwortliche sind mit diesen Voraussetzungen somit bereits bestens vertraut.

Private Verantwortliche, die Geschäftsmodelle oder Technologien entwickeln 29
oder einsetzen, welche potenziell zu hohen Risiken für betroffene Personen führen, werden erfahrungsgemäss einen **Datenschutzberater ernennen** und von dieser Ausnahme Gebrauch machen. Damit wird es ihnen ermöglicht, die Konsultation des EDÖB zu vermeiden. Dies ist umso mehr anzunehmen, als international tätige private Verantwortliche in solchen Branchen ohnehin bereits aufgrund der DSGVO verpflichtet sind, einen Datenschutzverantwortlichen zu ernennen.

III. VERLETZUNG DER PFLICHT ZUR KONSULTATION DES EDÖB

Für den Fall, dass ein Verantwortlicher trotz Pflicht gem. Art. 23 den EDÖB 30
nicht vorab konsultiert, sieht Art. 51 Abs. 3 lit. e vor, dass der **EDÖB unter Strafandrohung verfügen kann**, dass der Verantwortliche ihn vorgängig konsultiert. Im Gegensatz dazu haben betroffene Personen jedoch keinen Anspruch, die Konsultation des EDÖB klageweise durchzusetzen.

Stellt der EDÖB im Rahmen einer Untersuchung fest, dass eine 31
Datenbearbeitung zu einem hohen Risiko führt, kann er verfügen, dass die **Datenbearbeitung angepasst, suspendiert oder vollständig abgebrochen wird**. Dies gilt so lange, bis eine DSFA durchgeführt und der EDÖB konsultiert wurde (Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 49 f). Dieser Schritt kann zu erheblichen Verzögerungen und damit hohen Kosten und zusätzlichen Aufwand für den Verantwortlichen führen. Da die Ergebnisse einer Untersuchung zudem vom EDÖB veröffentlicht werden können (Art. 57 Abs 2), sind in solchen Fällen zudem Reputationsrisiken zu erwarten.

Die Verletzung der Pflicht zur Konsultation des EDÖB wird jedoch **nicht** 32
eigenständig einer Busse unterstellt. Dies erscheint folgerichtig, zumal es sich um eine Sorgfaltspflicht handelt und der EDÖB entsprechende

Kompetenzen hat (vgl. hierzu die Ausführungen in Art. 22 N. 37). In der EU ist in diesen Fällen eine Busse vorgesehen.

IV. HERAUSFORDERUNGEN UND PRAKTISCHE RELEVANZ

33 Die praktische Relevanz von Art. 23 bleibt abzuwarten. So werden sich zumindest **private Verantwortliche der Pflicht weitestgehend zu entziehen versuchen**, indem sie die geplante Datenbearbeitung so lange anpassen, bis sie im Rahmen der getroffenen Massnahmen nicht mehr zu einem hohen Risiko für die betroffenen Personen führt.[1157] Es ist somit davon auszugehen, dass der EDÖB nur in Ausnahmefällen konsultiert wird. Dafür gibt es weitere Gründe: Einerseits werden private Verantwortliche nicht bis zu drei Monaten warten wollen, bis sie eine Einschätzung ihrer Datenbearbeitung erhalten und mit ihrem Projekt fortfahren können. Zumal davon auszugehen ist, dass diese Frist erst beginnt, wenn der EDÖB alle aus seiner Sicht notwendigen Informationen vom Verantwortlichen erhalten hat. Dies könnte in Einzelfällen dazu führen, dass Projekte deutlich länger unterbrochen werden müssen. Bei den Vorhaben kann es sich dann auch um geschäftsrelevante Vorgänge und Tatsachen handeln, welche, sobald sie dem EDÖB vorgelegt werden, in die Öffentlichkeit gelangen könnten. Letzteres etwa, weil der EDÖB in seinem Tätigkeitsbericht über die DSFA berichten muss oder aufgrund eines Öffentlichkeitsgesuches nach BGÖ dazu verpflichtet wird, gewisse Informationen offenzulegen. Dem kann nicht in jedem Fall entgegnet werden, dass der EDÖB sich zur Verschwiegenheit verpflichtet. Schliesslich ist die Konsultation des EDÖB gem. Art. 59 Abs. 1 lit. c DSG gemäss Zeitaufwand des EDÖB für private Verantwortliche kostenpflichtig und richtet sich nach einem Stundensatz von CHF 150-250 (Art. 44 Abs. 2 DSV), was im Rahmen von komplexen Datenbearbeitungsprozessen ein nicht zu unterschätzender Kostenpunkt sein dürfte. Die Gebühren können bis auf das Doppelte erhöht werden, wenn die Konsultation des EDÖB kommerziell weiterverwendet werden kann (Art. 44 Abs. 3 und 4 DSV). Diese Kosten kommen zu den eigenen Kosten hinzu, die eine DSFA bei einem privaten Verantwortlichen ohnehin schon auslöst.

34 In Fällen, in denen eine Datenbearbeitung in der Öffentlichkeit steht und der EDÖB aufgrund dessen bzw. dem damit einhergehenden politischen Druck

1157. Gl.M. Rosenthal, N. 154.

z.B. eine Anfrage gegenüber dem Verantwortlichen stellt oder eine Untersuchung durchführt, dürften private Verantwortliche wie auch schon in der Vergangenheit zur **Durchführung einer DSFA mittels Verfügung verpflichtet werden** (vgl. Art. 51 Abs. 2 lit. d und Art. 49). Solche Anordnungen werden vermutlich auch eine Pflicht zur Konsultation des EDÖB für diesen bestimmten Datenbearbeitungsprozess vorsehen.

V. VERGLEICH MIT DEM EU-RECHT

Die DSGVO sieht in Art. 36 Abs. 1 die Pflicht vor, die **zuständige Aufsichtsbehörde zu konsultieren**, sofern eine Datenbearbeitung trotz ergriffener Massnahmen zu hohen Risiken für die betroffenen Personen führen könnte.[1158] In dieser Hinsicht ist die Regelung mit Art. 23 Abs. 1 DSG identisch. 35

Vergleichbar mit Art. 23 Abs. 2 DSG hat die kompetente Aufsichtsbehörde gem. Art. 36 Abs. 2 DSGVO dem Verantwortlichen sowie gegebenenfalls den involvierten Auftragsbearbeitern **Einwände gegen die geplante Datenbearbeitung innert acht Wochen mitzuteilen**. Solche Einwände können sich dadurch ergeben, dass die Aufsichtsbehörde zum Schluss kommt, dass der Verantwortliche «das Risiko nicht ausreichend ermittelt oder nicht ausreichend eingedämmt hat». Die Frist kann hingegen um sechs Wochen und nicht nur einen Monat seit Eingang des Antrages verlängert werden. Eine solche Fristverlängerung muss dem Verantwortlichen innert eines Monats mitgeteilt werden und zudem eine Begründung erhalten. Die Aufsichtsbehörde kann diese Fristen aussetzen, bis sie die notwendigen Informationen gem. Art. 36 Abs. 3 DSGVO erhalten hat. Die Regelungen in der EU sind entsprechend ausführlicher als in der Schweiz und erscheinen sinnvoll, zumal sie den Prozess und auch die Pflichten der Aufsichtsbehörden in Bezug auf die Fristen detaillierter regeln. 36

Sofern die Aufsichtsbehörde Einwände hat, muss sie dem Verantwortlichen und gegebenenfalls den involvierten Auftragsbearbeitern **schriftliche Empfehlungen übermitteln,** was der Schweizer Regelung sehr ähnelt, wobei in der Schweiz der Empfänger der Stellungnahme grundsätzlich der Verantwortliche ist. Der Aufsichtsbehörde steht weitergehend ausdrücklich 37

1158.Siehe ausführlich zu Art. 36 DSGVO: Kühling/Buchner/Jandt, Art. 36 DS-GVO N. 1 ff.

noch das Recht zu, ihre weiteren Befugnisse aus Art. 58 DSGVO auszuüben. Im DSG wird dies nicht explizit erwähnt.

38 Während Art. 23 DSG keine näheren Bestimmungen darüber enthält, welche Informationen die Verantwortlichen dem EDÖB im Rahmen der Konsultation liefern müssen, enthält **Art. 36 Abs. 3 DSGVO eine Liste der zu erteilenden Informationen**: Angaben zu den Zuständigkeiten des Verantwortlichen, gemeinsamen Verantwortlichen und gegebenenfalls den Auftragsbearbeitern, Zwecke und Mittel der geplanten Datenbearbeitung, die zum Schutz der Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen [gem. DSGVO] vorgesehenen Massnahmen und Garantien, gegebenenfalls die Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten, die Datenschutz-Folgenabschätzung an sich sowie alle sonstigen von der Aufsichtsbehörde angeforderten Informationen.

39 Art. 36 Abs. 4 und 5 DSGVO regeln dann bestimmte Rechte und Pflichten der Mitgliedstaaten sowie zusätzliche Vorgaben, welche die Mitgliedstaaten in ihrem lokalen Recht vorsehen können.

40 Die Verletzung der Pflicht zur Konsultation der Aufsichtsbehörde ist ebenso wie die Pflicht zur Durchführung einer DSFA in der DSGVO strafbewährt. So sieht die DSGVO für die Verletzung der Pflicht zur Konsultation **Bussen bis zu € 10 Mio. oder bis zu 2% des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes** des vorangegangenen Geschäftsjahres vor (Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO). Dies steht im Gegensatz zum DSG, das für diese Fälle keine Busse vorsieht (vgl. N. 33).

LITERATURVERZEICHNIS

Blonski Dominika, Kommentierung zu Art. 23 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum DSG, 2. Aufl., Zürich/Basel, 2023.

Kasper Gabriel, People Analytics in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen: Vorschläge zur wirksameren Durchsetzung des Datenschutzrechts, Zürich 2021.

Lobsiger Adrian, Hohes Risiko – kein Killerargument gegen Vorhaben der digitalen Transformation, SJZ 2023, S. 311–319.

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter 16. November 2020.

Kühling Jürgen/Buchner Benedikt, Datenschutz-Grundverordnung BDSG, Kommentar, 3. Aufl., München, 2020.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft vom 15. September 2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017, S. 6941 ff., abrufbar unter: https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2017/2057, besucht am 5.6.2023.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 25 DSG

Eine Kommentierung von Martin Steiger

ZITIERVORSCHLAG

Martin Steiger, Kommentierung zu Art. 25 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Steiger, N. XXX zu Art. 25 DSG.

4. Kapitel: Rechte der betroffenen Person

Art. 25 Auskunftsrecht

[1] Jede Person kann vom Verantwortlichen Auskunft darüber verlangen, ob Personendaten über sie bearbeitet werden.

[2] Die betroffene Person erhält diejenigen Informationen, die erforderlich sind, damit sie ihre Rechte nach diesem Gesetz geltend machen kann und eine transparente Datenbearbeitung gewährleistet ist. In jedem Fall werden ihr folgende Informationen mitgeteilt:

a. die Identität und die Kontaktdaten des Verantwortlichen;

b. die bearbeiteten Personendaten als solche;

c. der Bearbeitungszweck;

d. die Aufbewahrungsdauer der Personendaten oder, falls dies nicht möglich ist, die Kriterien zur Festlegung dieser Dauer;

e. die verfügbaren Angaben über die Herkunft der Personendaten, soweit sie nicht bei der betroffenen Person beschafft wurden;

f. gegebenenfalls das Vorliegen einer automatisierten Einzelentscheidung sowie die Logik, auf der die Entscheidung beruht;

g. gegebenenfalls die Empfängerinnen und Empfänger oder die Kategorien von Empfängerinnen und Empfängern, denen Personendaten bekanntgegeben werden, sowie die Informationen nach Artikel 19 Absatz 4.

[3] Personendaten über die Gesundheit können der betroffenen Person mit ihrer Einwilligung durch eine von ihr bezeichnete Gesundheitsfachperson mitgeteilt werden.

[4] Lässt der Verantwortliche Personendaten von einem Auftragsbearbeiter bearbeiten, so bleibt er auskunftspflichtig.

[5] Niemand kann im Voraus auf das Auskunftsrecht verzichten.

[6] Der Verantwortliche muss kostenlos Auskunft erteilen. Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen, namentlich wenn der Aufwand unverhältnismässig ist.

[7] Die Auskunft wird in der Regel innerhalb von 30 Tagen erteilt.

GLIEDERUNG

In Kürze 420
I. Allgemeines 420
A. Zweck 420
B. Entstehungsgeschichte 421
II. Auskunftsrecht (Abs. 1) 422
III. Inhalt der Auskunft (Abs. 2) 424
IV. Sonderfälle 428
A. Auskunft durch Gesundheitsfachperson (Abs. 3) 428
B. Bearbeitung durch Auftragsbearbeiterinnen oder Auftragsbearbeiter (Abs. 4) 428
V. Modalitäten 429
A. Kein Verzicht auf Auskunftsrecht (Abs. 5) 429
B. Kostenlosigkeit der Auskunft (Abs. 6) 429
C. Frist für die Auskunft (Abs. 7) 430
VI. Rechtsdurchsetzung 431
Literaturverzeichnis 432

IN KÜRZE

Art. 25 DSG regelt das Auskunftsrecht der betroffenen Personen als «Grundpfeiler des Datenschutzrechts». Jede betroffene Person kann von Verantwortlichen Auskunft darüber verlangen, ob über sie Personendaten bearbeitet werden. Das Auskunftsrecht ist höchstpersönlich. Betroffene Personen können nicht im Voraus auf das Auskunftsrecht verzichten. Die Auskunft muss alle Angaben umfassen, die erforderlich sind, damit die betroffene Person ihre Rechte geltend machen und die Datenbearbeitung nachvollziehen kann. Der Mindestinhalt der Auskunft ist gesetzlich geregelt. Die Auskunft muss in einer verständlichen Form sowie grundsätzlich kostenlos und innert 30 Tagen erteilt werden. Bei der Bearbeitung durch eine Auftragsbearbeiterin oder einen Auftragsbearbeiter bleibt die oder der Verantwortliche auskunftspflichtig. Betroffene Personen verfügen über verschiedene rechtliche Möglichkeiten, um ihr Recht auf Auskunft durchzusetzen.

I. ALLGEMEINES

A. Zweck

1 Das 4. Kapitel «Rechte der betroffenen Personen» umfasst das Auskunftsrecht (Art. 25 ff. DSG) und das mit dem DSG eingeführte Recht auf Datenherausgabe oder Datenübertragung (Art. 28 f. DSG; auch: Recht auf Datenportabilität). Das Auskunftsrecht lässt sich aus Art. 13 BV über den «Schutz der Privatsphäre» sowie aus Art. 8 EMRK über das «Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens» ableiten und ist ein **«Grundpfeiler des Datenschutzrechts»**[1159]. Das Auskunftsrecht muss deshalb auch in Datenschutzklauseln in einem Vertrag (Art. 16 Abs. 2 lit. b DSG) und in spezifischen Garantien (Art. 16 Abs. 2 lit. c DSG) bei der Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland ausdrücklich enthalten sein.[1160]

2 Das Auskunftsrecht ist ein **zentraler Rechtsanspruch** für betroffene Personen, um – in gewissen Grenzen – in Erfahrung zu bringen, welche Daten über sie von wem für welchen Zweck bearbeitet werden.[1161] Betroffene

---

1159 SHK-Baeriswyl, Vorb. zu Art. 25–29 DSG N. 2; SHK-Pärli/Flück, Art. 25 DSG N. 6.
1160 BJ, Bericht, S. 34.

Personen sollen mit dem Auskunftsrecht insbesondere prüfen können, ob ihre Daten im Einklang mit den datenschutzrechtlichen Grundsätzen (Art. 6 ff. DSG) bearbeitet werden.[1162] Das Auskunftsrecht soll damit eine Kontrollfunktion haben wie auch präventiv wirken.[1163]

Das Auskunftsrecht ermöglicht betroffenen Personen, ihr **Recht auf informationelle Selbstbestimmung** wahrzunehmen, *sofern und soweit* ein solches im DSG umgesetzt wurde.[1164] Das Auskunftsrecht und die entsprechend erteilte Auskunft bilden häufig die Grundlage für die Wahrnehmung weiterer Rechtsansprüche betroffener Personen wie Berichtigung und Löschung (Art. 32 u. 41 DSG) oder Widerspruch (Art. 30 Abs. 2 lit. b DSG)[1165], letztlich zur **Durchsetzung des Persönlichkeitsschutzes.**[1166] 3

Das Auskunftsrecht gemäss Art. 25 ff. DSG *ergänzt* die **Informationspflicht** gemäss Art. 19 ff. und geht *inhaltlich weiter*. Betroffene Personen können eine Auskunft erhalten, die über das hinausgeht, worüber die oder der Verantwortliche informieren muss, womit die Transparenz erhöht wird.[1167] 4

Die drei Artikel zum Auskunftsrecht sind wie folgt **strukturiert**: Art. 25 DSG bestimmt, wer Auskunft verlangen kann und welche Auskunft Verantwortliche in welchem Rahmen erteilen müssen. Art. 26 DSG klärt, unter welchen Voraussetzungen das Auskunftsrecht eingeschränkt werden kann. Art. 27 DSG regelt, unter welchen Voraussetzungen das Auskunftsrecht im Zusammenhang mit Medien weiter eingeschränkt werden kann. In der Datenschutzverordnung konkretisieren Art. 16–19 DSV das Auskunftsrecht. 5

B. Entstehungsgeschichte

Art. 25 beruht auf dem bisherigen **Art. 8 aDSG**. Im Vergleich zu Art. 8 aDSG können Personen von allen Verantwortlichen (Art. 5 lit. j DSG) und nicht mehr nur vom «Inhaber einer Datensammlung» (Art. 3 lit. i i.V.m. Art. 8 Abs. 1 aDSG) 6

1161. Botschaft 2017, S. 7066.
1162. SHK-Pärli/Flück, Art. 25 DSG N. 5 f.
1163. Rosenthal/Jöhri, Art. 8 aDSG N. 1.
1164. Fraglich; vgl. insbesondere Thouvenin, Folie 19; a.M.: SHK-Baeriswyl, Vorb. zu Art. 25–29 DSG N. 2.
1165. Vgl. auch Botschaft 2017, S. 7060.
1166. BGer A4_277/2020 vom 18.11.2020, E. 5.2; vgl. zum Ganzen auch Vasella, Fishing Expedition.
1167. Rosenthal, Jusletter, Rz. 115.

Auskunft verlangen. Im Grossen und Ganzen wurden die bisherigen Bestimmungen zum Auskunftsrecht gemäss Art. 8 aDSG ff. beibehalten und stellenweise ergänzt.

7 Die **Auskunftspflicht** – aus Sicht der oder des Verantwortlichen das *Gegenstück* zum Auskunftsrecht der betroffenen Personen – ist nicht mehr auf bestimmte Angaben beschränkt (so insbesondere noch Art. 8 Abs. 2 aDSG), sondern es müssen jene Informationen mitgeteilt werden, welche erforderlich sind, damit die betroffene Person ihre Rechte gemäss DSG *geltend machen* kann und eine *transparente* Datenbearbeitung gewährleistet ist (Art. 25 Abs. 2 DSG). Gleichzeitig wird versucht, die unter dem aDSG «übliche missbräuchliche Nutzung des Auskunftsrechts zur Beweisbeschaffung» einzuschränken.[1168] In der parlamentarischen Debatte wurde ausserdem insbesondere ergänzt, dass Auskunft über «die bearbeiteten Personendaten als solche» erteilt werden muss (Art. 25 Abs. 2 lit. b DSG).

II. AUSKUNFTSRECHT (ABS. 1)

8 Art. 25 Abs. 1 DSG statuiert das Auskunftsrecht **in allgemeiner Weise**. Jede natürliche Person kann verlangen, dass eine Verantwortliche oder ein Verantwortlicher Auskunft darüber erteilt, ob Personendaten (Art. 5 lit. a DSG) über sie bearbeitet werden.[1169] Auskunftspflichtig sind verantwortliche Privatpersonen und verantwortliche Bundesorgane (Art. 5 lit. j DSG). Eine Begründung für oder ein Rechtsschutzinteresse an der geforderten Auskunft sind grundsätzlich *nicht* erforderlich.[1170] Bei Bundesorganen handelt es sich bei der Auskunftserteilung um eine Verfügung gemäss Art. 5 VwVG[1171], womit eine Begründung und eine Rechtsmittelbelehrung gemäss Art. 35 VwVG erforderlich sind.

9 Das Auskunftsrecht ist **höchstpersönlicher Natur** und auf den Zugang zu eigenen Daten beschränkt.[1172] Das Auskunftsrecht ist nicht übertragbar und

1168. Rosenthal, Jusletter, Rz. 115; Botschaft 2017, S. 7066 f., 7069 f.; vgl. zum Ganzen auch Vasella, Fishing Expedition; vgl. zum Ganzen ferner Suter-Sieber/Stutz/Wirz, Auskunftsbegehren.
1169. Botschaft 2017, S. 7066.
1170. BGE 141 III 119 E. 7.1.1; auch mit Hinweisen: BGE 138 III 425 E. 5.5; ebenfalls mit Hinweisen: SHK-Pärli/Flück, Art. 25 DSG N. 26.
1171. BJ, Bericht, S. 42 f.
1172. SHK-Pärli/Flück, Art. 25 DSG N. 9.

nicht vererblich.[1173] Für urteils*un*fähige Personen handelt der gesetzliche Vertreter (Art. 19c Abs. 2 ZGB).[1174]

Die betroffene Person, die Auskunft verlangt, muss sich von der oder dem Verantwortlichen mit *angemessenen* Massnahmen identifizieren lassen und beim Nachweis ihrer **Identität** mitwirken (Art. 16 Abs. 5 DSV). Ob die Identifizierung mit der Kopie eines amtlichen Ausweises angemessen ist, muss im Einzelfall beurteilt werden. Die Pflicht gemäss Art. 1 Abs. 1 aVDSG, wonach sich die betroffene Person über ihre Identität ausweisen muss, besteht nicht mehr. Je nach vorhandenen Daten über eine Person sind die Angaben in einem amtlichen Ausweis für die Identifizierung nicht geeignet. Bei Internet-Plattformen beispielsweise ist den Verantwortlichen häufig nur die E-Mail-Adresse oder eine Mobilfunk-Telefonnummer bekannt. In diesem Fall kann die Identifizierung auf diesem Weg erfolgen.[1175] Das generelle Einfordern einer Ausweiskopie, allenfalls sogar beglaubigt, würde die datenschutzrechtlichen Grundsätze der Erforderlichkeit, Verhältnismässigkeit und Zweckbestimmtheit verletzen (Art. 6 Abs. Abs. 2, 3 u. 4 DSG). 10

Das Auskunftsgesuch einer betroffenen Person, ob Daten über sie bearbeitet werden, muss grundsätzlich **schriftlich** gestellt werden (Art. 16 Abs. 1 Satz 1 DSV). Die oder der Verantwortliche kann auch mündliche Auskunftsgesuche ermöglichen (Art. 16 Abs. 1 Satz 2 DSV). Das Auskunftsrecht wird damit potenziell etwas niederschwelliger ausgestaltet.[1176] Der *elektronische* Weg ist dem schriftlichen Weg gleichgestellt (Art. 16 Abs. 3 DSV). Schriftlichkeit umfasst jede Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht.[1177] 11

Die Auskunft über die bearbeiteten Daten erfolgt schriftlich oder in der **Form, in der die Daten vorliegen** (Art. 16 Abs. 2 Satz 1 DSV). Der elektronische Weg ist dem schriftlichen Weg *gleichgestellt* (Art. 16 Abs. 3 DSV). Die oder der Verantwortliche kann eine Einsicht an Ort und Stelle anbieten, welcher die betroffene Person aber nicht zustimmen muss (Art. 16 Abs. 2 Satz 2 DSV). Die oder der Verantwortliche kann die Auskunft mit dem Einverständnis der betroffenen Person auch mündlich erteilen (Art. 16 Abs. 2 Satz 3 DSV). Bei der Einsicht vor Ort besteht ein Anspruch auf Kopien.[1178] Die 12

1173. SHK-Pärli/Flück, Art. 25 DSG N. 18.
1174. Rosenthal, Jusletter, Rz. 115.
1175. Rosenthal/Jöhri, Art. 8 aDSG N. 10.
1176. BJ, Bericht, S. 11.
1177. SHK-Pärli/Flück, Art. 25 DSG N. 28.

Personendaten der betroffenen Person müssen bei der Auskunftserteilung vor dem Zugriff unberechtigter Dritter geschützt werden (Art. 8 DSG).[1179] Die oder der Verantwortliche darf in der gleichen Form antworten, in welcher die betroffene Person Auskunft verlangt hat, zum Beispiel mittels *nicht* ende-zu-ende-verschlüsselter E-Mail. Die Verschlüsselung von E-Mail ist häufig praxisfremd und nicht zweckmässig.[1180] Eine Alternative zu E-Mail kann Instant Messaging mit standardmässiger Ende-zu-Ende-Verschlüsselung sein, zum Beispiel mit Signal, Threema oder WhatsApp, sofern die betroffene Person, die Auskunft verlangt, einen solchen Instant Messaging-Dienst verwendet.

13 Beim **elektronischen Weg** wie insbesondere bei der Verwendung von E-Mail ist zu beachten, dass ein Auskunftsgesuch oder eine erteilte Auskunft auf elektronischem Weg ohne Empfangsbestätigung allenfalls nicht als zugestellt gelten kann.[1181] Die Beweislast liegt bei der Absenderin oder beim Absender.[1182] Bei Internet-Plattformen kann angeboten werden, Auskunftsgesuche und Auskunftserteilung über die Plattform abzuwickeln. Den betroffenen Personen steht aber frei, schriftlich um Auskunft zu ersuchen.

14 Die Auskunft muss in einer für die betroffene Person **verständlichen Form** erteilt werden (Art. 16 Abs. 4 DSV). Die Verständlichkeit, zum Beispiel bei einem unüblichen oder nicht ohne Weiteres lesbaren Format der Daten, kann durch entsprechende Erläuterungen gewährleistet werden.[1183] Die Verständlichkeit betrifft gemäss Wortlaut die Form und *nicht* den Inhalt der Auskunft.[1184]

III. INHALT DER AUSKUNFT (ABS. 2)

15 Die Auskunft muss im Sinn einer **Generalklausel** gemäss Art. 25 Abs. 2 DSG jene Informationen umfassen, welche *erforderlich* sind, damit die betroffene Person ihre Rechte gemäss DSG geltend machen kann und eine transparente

1178. SHK-Pärli/Flück, Art. 25 DSG N. 30.
1179. BJ, Bericht, S. 16.
1180. Rosenthal/Jöhri, Art. 8 aDSG N. 24.
1181. BJ, Bericht, S. 41; BGer 2C_699/2012 vom 22.10.2022, E. 4.2 u. 4.3; vgl. auch Bauer, E-Mail-Zustellung.
1182. SHK-Pärli/Flück, Art. 25 DSG N. 31.
1183. BJ, Bericht, S. 41; SHK-Pärli/Flück, Art. 25 DSG N. 32.
1184. Vgl. auch schon Rosenthal/Jöhri, Art. 8 aDSG N. 16.

Datenbearbeitung gewährleistet ist. Wenn keine Personendaten vorhanden sind, muss eine Negativauskunft erteilt werden.[1185]

Unabhängig davon definiert Art. 25 Abs. 2 DSG einen **Mindestkatalog** von Informationen, die den betroffenen Personen mitgeteilt werden müssen: Identität und Kontaktdaten der oder des Verantwortlichen (lit. a, analog Art. 19 Abs. 2 lit. a DSG), bearbeitete Personendaten als solche (lit. b), Bearbeitungszweck (lit. c, analog Art. 19 Abs. 2 lit. b DSG), Aufbewahrungsdauer oder, sofern nicht möglich, Kriterien zur Festlegung der Aufbewahrungsdauer (lit. d), verfügbare Angaben über die Herkunft der Personendaten (Quelle), sofern sie nicht bei der betroffenen Person beschafft wurden, da die betroffene Person in diesem Fall bereits gemäss Art. 19 f. DSG informiert werden musste (lit. e), Vorliegen und Logik einer allfälligen automatisierten Einzelentscheidung gemäss Art. 21 DSG (lit. f) und allfällige Empfängerinnen und Empfänger (lit. f, analog Art. 19 Abs. 2 lit. c DSG). Inwiefern nicht aufgezählte Informationen von der oder dem Verantwortlichen erst auf Nachfrage mitgeteilt werden müssen oder von Anfang an ein Hinweis auf solche Informationen erfolgen muss, ist umstritten.[1186] 16

Bei der oder dem **Verantwortlichen** gemäss Art. 25 Abs. 2 lit. a ist allenfalls unklar, wer überhaupt verantwortlich ist, allenfalls zusammen mit anderen (Art. 5 lit. j DSG). Die Identität und die Kontaktdaten sind zu nennen oder, sofern schon bekannt, zu bestätigen. Wer ein Auskunftsgesuch erhält, wird – auch mit Blick auf die Generalklausel – der betroffenen Person mitteilen müssen, wenn keine ausschliessliche Verantwortlichkeit vorliegt oder wenn mangels Verantwortlichkeit keine Auskunft erteilt werden kann. Bei einer gemeinsamen Verantwortlichkeit ist die Auskunftserteilung unter den Verantwortlichen zu koordinieren, wobei betroffene Personen *immer* von einer oder einem Verantwortlichen in der Schweiz Auskunft verlangen können sollen, was gerade bei allfälligen weiteren Verantwortlichen im Ausland bedeutsam ist.[1187] Bei mehreren Verantwortlichen ist jede oder jeder einzelne Verantwortliche auskunftspflichtig (Art. 17 Abs. 1 DSV). Wenn keine Verantwortlichkeit vorliegt, insbesondere bei einer Bearbeitung durch 17

1185. Auch: Negativmeldung, Rosenthal/Jöhri, Art. 8 aDSG N. 16.

1186. Befürwortend bspw. SHK-Pärli/Flück, Art. 25 DSG N. 24; ablehnend bspw. Rosenthal, Jusletter, Rz. 118.

1187. SHK-Pärli/Flück, Art. 25 DSG N. 24.

Auftragsbearbeiterinnen oder Auftragsbearbeiter (Art. 8 DSG), ist das Auskunftsgesuch der oder dem Verantwortlichen weiterzuleiten oder mindestens auf die Verantwortliche oder den Verantwortlichen hinzuweisen.[1188] Die Beweislast, dass eine Auskunft, die als vollständig bezeichnet wird, tatsächlich vollständig ist, trägt die oder der Verantwortliche.[1189] Verantwortliche werden normalerweise nicht den Eindruck erwecken wollen, die erteilte Auskunft sei vollständig, und sind auch nicht zu einer entsprechenden Bestätigung verpflichtet.[1190]

18 Gemäss Art. 25 Abs. 2 lit. b müssen nur die bearbeiteten **Personendaten als solche** geliefert werden, das heisst beispielsweise *nicht* einzelne Dokumente, E-Mails, Notizen oder Verträge als Ganzes, sondern nur darin enthaltene Personendaten. Unterlagen als Ganzes dürfen freiwillig geliefert werden, was in der Praxis je nach Daten für die Verantwortliche oder den Verantwortlichen einfacher sein kann. Das Auskunftsrecht kann nur bearbeitete Personendaten umfassen, die vom DSG erfasst werden (Art. 2 Abs. 2 DSG), also zum Beispiel keine Personendaten, die von natürlichen Personen ausschliesslich zum persönlichen Gebrauch bearbeitet werden (Art. 2 Abs. 2 lit. a DSG e contrario). Bei *grossen* Datenmengen, die bearbeitet werden, kann die oder der Verantwortliche eine Präzisierung von der betroffenen Person verlangen.[1191]

19 **Auskunftsfähig** sind nur «schriftlich bzw. ‹physisch› vorhandene, und deshalb auf Dauer objektiv einsehbare [...], nicht aber bloss im Gedächtnis abrufbare Daten»[1192]. «Unerheblich ist die Art der Speicherung oder die Bezeichnung» der Daten.[1193]

20 Das Recht auf Auskunft über Daten **verstorbener Personen** gemäss Art. 1 Abs. 7 aVDSG wurde nicht in das DSG oder in die DSV übernommen.[1194] Die Bestimmung wurde in der Rechtsprechung zuletzt als *bundesrechtswidrig* qualifiziert.[1195]

1188.Vgl. zum Ganzen auch Rosenthal, Jusletter, Rz. 118.
1189.SHK-Pärli/Flück, Art. 25 DSG N. 25.
1190.Rosenthal/Jöhri, Art. 8 aDSG N. 16.
1191.Botschaft 2017, S. 7067; Rosenthal, Jusletter, Rz. 119.
1192.BGE 147 III 139 E. 3.4.3.
1193.BGE 147 III 139 E. 3.1.1; vgl. zum Ganzen auch Vasella, Gedächtnis.
1194.BJ, Bericht, S. 11.
1195.OGer ZH NP160017 vom 16.11.2016; vgl. zum Ganzen auch Vasella, Tod.

Was als **Personendatum** im Sinn des Auskunftsrechts gilt, muss *im Einzelfall* beurteilt werden, gerade auch beim Kriterium der Bestimmbarkeit (Art. 5 lit. a DSG).[1196] Massstab und gleichzeitig Einschränkung ist die Generalklausel: «Beim Datenschutzrecht geht es nur darum, einer betroffenen Person dabei zu helfen, ihre Datenschutzrechte (zumindest die einklagbaren Ansprüche) geltend machen zu können und eine (datenschutzrechtlich motivierte) Transparenz der Datenbearbeitung sicherzustellen»[1197]. Das Auskunftsrecht soll insbesondere kein Mittel zur Beweisbeschaffung sein (vgl. N. 7 oben). 21

Der **Bearbeitungszweck** (Art. 25 Abs. 2 lit. c) entspricht jenem gemäss Informationspflicht (Art. 18 Abs. 2 lit. b DSG). 22

Die **Aufbewahrungsdauer** oder, sofern die Mitteilung einer Dauer nicht möglich ist, die Kriterien zur Festlegung dieser Dauer (Art. 25 Abs. 2 lit. d DSG) können Verantwortliche einem allenfalls vorhandenen Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten entnehmen (Art. 12 Abs. 2 lit. e DSG). Als Kriterium wird *mindestens* auf den Grundsatz der Erforderlichkeit (Art. 6 Abs. 4 DSG) verwiesen werden müssen. 23

Bei der **Herkunft** gemäss Art. 25 Abs. 2 lit. e DSG können von der oder dem Verantwortlichen *keine* Abklärungen zur Herkunft von Daten verlangt werden.[1198] 24

Beim Vorliegen einer **automatisierten Einzelentscheidung** muss gemäss Art. 25 Abs. 1 lit. f DSG einerseits über diesen Umstand und andererseits über die Logik, auf der die Entscheidung beruht, Auskunft erteilt werden. Das Vorliegen an sich müsste der betroffenen Person aufgrund der Informationspflicht bei einer automatisierten Einzelentscheidung grundsätzlich *bereits bekannt* sein (Art. 21 Abs. 1 DSG; Ausnahmen gemäss Art. 21 Abs. 3 DSG). Die Logik, das heisst die Kriterien und die zugrundeliegenden Daten, muss die betroffene Person mit Verweis auf ihr Auskunftsrecht einfordern. Algorithmen können als Geschäftsgeheimnisse geschützt sein, doch müssen die Grundannahmen der Algorithmus-Logik genannt werden.[1199] Bei «künstlicher Intelligenz» stösst das Auskunftsrecht in dieser Hinsicht an 25

1196. Vgl. auch BGer 1C_425/2020 vom 28.2.2022, E. 3.2.1.
1197. Rosenthal, Jusletter, Rz. 122.
1198. BGE 147 III 139 E. 3.4.6; SHK-Pärli/Flück, Art. 25 DSG N. 20; vgl. zum Ganzen auch Vasella, Gedächtnis.
1199. Botschaft 2017, S. 7067.

Grenzen, da die oder der Verantwortliche häufig nicht weiss (und auch nicht wissen kann), welche Personendaten wieso zum sichtbaren Ergebnis geführt haben.[1200]

26 Bei allfälligen **Empfängerinnen und Empfängern** gemäss Art. 25 Abs. 2 lit. g genügt die Bekanntgabe der *Kategorien*. Kategorien sind beispielsweise Behörden oder Konzerngesellschaften, während Namen nicht genannt werden müssen.[1201] Dazu kommt die Auskunft über die Bekanntgabe ins Ausland gemäss Art. 19 Abs. 4 DSG.

IV. SONDERFÄLLE

A. Auskunft durch Gesundheitsfachperson (Abs. 3)

27 Für Personendaten über die **Gesundheit** sieht Art. 25 Abs. 3 DSG vor, dass diese mit Einwilligung der betroffenen Person durch eine von ihr bezeichnete Gesundheitsfachperson mitgeteilt werden können. Gesundheitsdaten sind besonders schützenswerte Personendaten gemäss Art. 5 lit. c Ziff. 2 DSG.

28 Die Bestimmung entspricht weitgehend Art. 8 Abs. 3 aDSG. Ergänzt wurde die erforderliche Einwilligung, um der betroffenen Person eine freie Wahl zu ermöglichen. Die Auskunft kann nicht mehr nur durch Ärztinnen und Ärzte, sondern durch **alle Gesundheitsfachpersonen** erteilt werden, die für den jeweiligen Fall *qualifiziert* sind.[1202] Als Gesundheitsfachpersonen müssen insbesondere Medizinalpersonen mit Eintrag im Medizinalberuferegister (MedReg) gelten.

B. Bearbeitung durch Auftragsbearbeiterinnen oder Auftragsbearbeiter (Abs. 4)

29 Bei der Bearbeitung von Personendaten durch **Auftragsbearbeiterinnen oder Auftragsbearbeiter** (Art. 9 DSG) bleibt die oder der Verantwortliche

1200 So auch SHK-Pärli/Flück, Art. 25 DSG N. 23; vgl. zur Vertiefung Waldvogel, Maschine Learning.

1201 Rosenthal, Jusletter, Rz. 117; anders EuGH *Österreichische Post*, C-154/21, ECLI EU:C:2023:3, 12.1.2023, wonach die Beschränkung auf die Kategorien nur zulässig ist, wenn es nicht möglich ist, die Empfängerinnen und Empfänger zu identifizieren oder wenn der Antrag exzessiv oder unbegründet ist; vgl. dazu auch Vasella, Österreichische Post.

1202 Botschaft 2017, S. 7068.

auskunftspflichtig. Die Bestimmung entspricht dem ersten Satz des bisherigen Art. 8 Abs. 4 aDSG, dessen zweiter Satz ersatzlos gestrichen wurde.

Eine Auftragsbearbeiterin oder ein Auftragsbearbeiter, die oder der um Auskunft ersucht wird, ohne verantwortlich zu sein, hat das Auskunftsgesuch der oder dem bzw. den Verantwortlichen weiterzuleiten oder mindestens auf den oder die Verantwortlichen hinzuweisen.[1203] Auftragsbearbeiterinnen und Auftragsbearbeiter müssen gemäss Art. 17 Abs. 2 DSV die oder den Verantwortlichen bei der Auskunftserteilung **unterstützen**, sofern sie nicht mit der Auskunftserteilung beauftragt wurden. Die oder der Verantwortliche wird die Auskunftserteilung im Vertrag mit der Auftragsbearbeiterin oder dem Auftragsbearbeiter (Auftragsbearbeitungsvertrag) regeln müssen (Art. 9 Abs. 1 lit. a DSG). 30

V. MODALITÄTEN

A. Kein Verzicht auf Auskunftsrecht (Abs. 5)

Gemäss Art. 25 Abs. 5 DSG kann **nicht im Voraus** auf das Auskunftsrecht verzichtet werden. Die Bestimmung entspricht Art. 8 Abs. 6 aDSG. 31

B. Kostenlosigkeit der Auskunft (Abs. 6)

Die Auskunft muss gemäss Art. 25 Abs. 6 DSG grundsätzlich **kostenlos** erteilt werden. Die entsprechende Teil-Bestimmung von Art. 8 Abs. 5 aDSG («in der Regel [...] kostenlos») wurde damit übernommen. Das Auskunftsrecht steht unter der *Annahme*, dass die Auskunftserteilung bei einer gesetzes- und verordnungskonformen Datenbearbeitung in aller Regel **ohne grossen Aufwand** möglich ist.[1204] 32

Der Bundesrat erhält die Kompetenz, **Ausnahmen** von der Kostenlosigkeit vorzusehen, «namentlich wenn der Aufwand unverhältnismässig ist». Der Bundesrat hat mit Art. 19 DSV von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht. 33

Die Auskunftserteilung kann bei einem *unverhältnismässigen* Aufwand ausnahmsweise von einer angemessenen **Kostenbeteiligung** von bis zu 300 Franken abhängig gemacht werden (Art. 19 Abs. 1 u. 2 DSV). 34

1203Botschaft 2017, S. 7068; SHK-Pärli/Flück, Art. 25 DSG N. 17.
1204BGE 147 III 139 E. 3.4.3.

35 Kein unverhältnismässiger Aufwand liegt vor, wenn über **viele Personendaten** Auskunft erteilt werden muss, weil die oder der Verantwortliche im eigenen Interesse (möglichst) viele Daten sammelt. Das Gleiche gilt, wenn sich der unverhältnismässige Aufwand durch eine **mangelhafte Organisation** der oder des Verantwortlichen ergibt.[1205] Bei Auskunftsgesuchen an die Stiftung meineimpfungen nach der Einstellung der Internet-Plattform meineimpfungen.ch empfahl der EDÖB den betroffenen Personen, die um Auskunft ersucht hatten, die Gebühren für beglaubigte Ausweiskopien zurückzuerstatten, welche die Stiftung gefordert hatte.[1206]

36 Die oder der Verantwortliche muss die betroffene Person, die Auskunft verlangt hat, über die Höhe der Kostenbeteiligung **vor Erteilung** der Auskunft informieren (Art. 19 Abs. 3 Satz 1 DSV). Sofern die betroffene Person nicht innerhalb von zehn Tagen an der verlangten Auskunft festhält, gilt das Auskunftsgesuch als ohne Kostenfolge zurückgezogen (Art. 19 Abs. 2 DSV). Die erste Frist für die Erteilung der Auskunft gemäss Art. 18 Abs. 1 DSV verlängert sich dadurch um diese Bedenkfrist von zehn Tagen (Art. 19 Abs. 3 Satz 2 DSV).

37 In der Praxis ist eine Kostenbeteiligung der betroffenen Person von geringer Bedeutung. Bei einer Vollkostenrechnung erreicht der Aufwand der oder des Verantwortlichen im Zusammenhang mit der Kostenbeteiligung häufig die maximal möglichen 300 Franken. Dieser Aufwand erhöht sich weiter, wenn die betroffene Person ihr Auskunftsgesuch aufgrund der geforderten Kostenbeteiligung anpasst, damit die oder der Verantwortliche keinen unverhältnismässigen Aufwand mehr behaupten kann. Für die Verantwortliche oder den Verantwortlichen ist es üblicherweise einfacher, eine Präzisierung der verlangten Auskunft zu verlangen (vgl. N. 18 oben).

C. Frist für die Auskunft (Abs. 7)

38 Für die Auskunftserteilung gilt eine erste **Frist von 30 Tagen** seit Eingang bei der oder dem Verantwortlichen (Art. 18 Abs. 1 DSV). Die oder der Verantwortliche kann die Frist *erstrecken*, wenn die Auskunft nicht innerhalb von 30 Tagen erteilt werden kann, und muss die betroffene Person in diesem Fall über die neue Frist informieren (Art. 18 Abs. 2 DSV).[1207] Die Information

1205BJ, Bericht, S. 43; SHK-Pärli/Flück, Art. 25 DSG N. 35.
1206Schlussbericht EDÖB, Empfehlung 3, S. 21.

muss vor Ablauf der ersten Frist von 30 Tagen erfolgen, wie auch die Information über das Aufschieben, Einschränken oder Verweigern der Auskunft (Art. 18 Abs. 3 DSV; vgl. Art. 26 f. DSG zu Einschränkungen des Auskunftsrechts).[1208]

VI. RECHTSDURCHSETZUNG

Das Auskunftsrecht ist mit Zivilklage gegenüber verantwortlichen **Privatpersonen** durchzusetzen[1209], wobei die Nichterfüllung grundsätzlich keine unmittelbare Persönlichkeitsverletzung darstellt.[1210] Die Nichterfüllung kann nicht gemäss Art. 31 DSG gerechtfertigt werden.[1211] Gerichtsstand für Zivilklagen ist am Sitz oder Wohnsitz einer der Parteien (Art. 20 lit. d ZPO), wobei kein Kostenvorschuss geleistet werden muss (Art. 99 Abs. 3 lit. d ZPO) und keine Gerichtskosten gesprochen werden (Art. 113 Abs. 2 lit. g u. 114 lit. g ZPO). Für Klagen zur Durchsetzung des Auskunftsrechts gilt das vereinfachte Verfahren (Art. 243 Abs. 2 lit. d ZPO). 39

Das Auskunftsrecht gegen verantwortliche **Bundesorgane** ist mit Beschwerde durchzusetzen.[1212] Die betroffene Person, die Auskunft verlangt, hat Anspruch auf eine anfechtbare Verfügung.[1213] 40

Der **EDÖB** kann im Verwaltungsverfahren gemäss Art. 49 ff. DSG die Auskunftserteilung verfügen und die Verfügung mit einer Strafandrohung versehen (Art. 51 Abs. 3 lit. g u. 63 DSG). Die betroffene Person hat in diesem Verfahren keine Parteistellung (Art. 52 Abs. 2 DSG e contrario).[1214] 41

Die vorsätzliche Erteilung einer falschen oder unvollständigen Auskunft wird auf Antrag der betroffenen Person mit **Busse** bis zu 250'000 Franken bestraft (Art. 60 Abs. 1 lit. a DSG). Antragsberechtigt ist die betroffene Person (Art. 30 StGB, insbesondere Art. 30 Abs. 1 StGB). Administrativbussen kennt das DSG im Gegensatz zur DSGVO grundsätzlich nicht (Art. 83 DSGVO), wobei eine Busse für Unternehmen ausnahmsweise möglich ist (vgl. N. 44). 42

1207 BJ, Bericht, S. 43.
1208 BJ, Bericht, S. 42 f.
1209 SHK-Pärli/Flück, Art. 25 DSG N. 37.
1210 Rosenthal/Jöhri, Art. 8 aDSG N. 1.
1211 Rosenthal/Jöhri, Art. 8 aDSG N. 2.
1212 SHK-Pärli/Flück, Art. 25 DSG N. 37.
1213 Rosenthal/Jöhri, Art. 8 aDSG N. 3.
1214 SHK-Pärli/Flück, Art. 25 DSG N. 38 Abs. 1.

43 Wer als Verantwortliche oder Verantwortlicher auf ein Auskunftsgesuch nicht reagiert oder fälschlicherweise behauptet, nicht auskunftspflichtig zu sein, macht sich *nicht* strafbar.[1215] Diese **Strafbarkeitslücke** bestand bereits gemäss Art. 34 Abs. 1 lit. a aDSG, wobei die maximal mögliche Busse 10'000 Franken betrug (Art. 106 Abs. 1 StGB).

44 Die Strafbestimmung ist grundsätzlich auf natürliche Personen bei verantwortlichen Privatpersonen beschränkt. Das **Bussenrisiko** tragen im Wesentlichen jene einzelnen natürlichen Personen, die Auskunft erteilen, was auch eine subalterne Person sein kann. Unternehmen können nur ausnahmsweise bestraft werden; die maximal mögliche Busse liegt in diesem Fall bei 50'000 Franken (Art. 64 DSG). Die Strafbarkeit für die vorsätzliche Erteilung einer unvollständigen Auskunft entfällt, wenn nicht der Eindruck erweckt wird, die Auskunft sei vollständig. Es besteht keine Pflicht zur Erteilung einer Vollständigkeitserklärung.[1216] Für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Bundesverwaltung und sonstiger Bundesorgane stehen ausschliesslich disziplinarrechtliche Mittel zur Verfügung.[1217]

LITERATURVERZEICHNIS

Baeriswyl Bruno, Vorbemerkung zu Art. 25-29 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Bern 2023 (zit. SHK-Baeriswyl, Vorb. zu Art. 25-29 DSG).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBI 2017 S. 6941 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de, besucht am 30.3.2023.

Bundesamt für Justiz: Verordnung über den Datenschutz (Datenschutzverordnung, DSV), Erläuternder Bericht vom 31.8.2022 (zit. BJ, Bericht).

Bauer Stefan, Beweisführung der Zustellung im E-Mail-Verkehr, 1.5.2022, https://www.cubewerk.de/wp-content/uploads/2022/06/

1215.SHK-Pärli/Flück, Art. 25 DSG N. 38 Abs. 2; Rosenthal, Jusletter, Rz. 116.
1216.Rosenthal, Jusletter, Rz. 116.
1217.SHK-Pärli/Flück, Art. 25 DSG N. 38 Abs. 2.

Stefan_Bauer_Beweisfuehrung_E-Mail_Fiktion_Zugangsfiktion_Zustellnachweise_E-Mail.pdf, besucht am 30.3.2023 (zit. Bauer, E-Mail-Zustellung).

Pärli Kurt/Flück Nathalie, Kommentierung zu Art. 25 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Bern 2023 (zit. SHK-Pärli/Flück, Art. 25 DSG).

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter vom 16.11.2020 (zit. Rosenthal, Jusletter).

Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Handkommentar zum Datenschutzgesetz und weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008 (zit. Rosenthal/Jöhri Art. 8 aDSG).

Schlussbericht und Empfehlungen des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EBÖB) betreffend die Plattform «meineimpfungen.ch», 31.8.21 (zit. Schlussbericht EDÖB).

Suter-Sieber Irène/Stutz Christoph/Wirz Chiara, Datenschutzzweckwidrige Auskunftsbegehren im Arbeitsverhältnis, AJP 5 (2021), S. 593-605 (zit. Suter-Sieber/Stutz/Wirz, Auskunftsbegehren).

Thouvenin Florent, Recht auf informationelle Selbstbestimmung?!, Vortrag am Datenschutz-Festival der Digitalen Gesellschaft am 2.12.2022 in Zürich, https://www.digitale-gesellschaft.ch/2022/12/15/erstes-datenschutz-festival-der-schweiz-zusammenfassung-rueck-und-ausblick/ und https://www.digitale-gesellschaft.ch/uploads/2022/12/Datenschutz-Festival-Informationelle-Selbstbestimmung.pdf, besucht am 30.3.2023.

Vasella David, 4A_125/2020 (amtl. Publ.): Gegenstand des Auskunftsrechts, insb. betr. Herkunftsangaben; keine Auskunft über Daten im Gedächtnis, in: datenrecht.ch, 12.1.2021, https://datenrecht.ch/4a_125-2020-amtl-publ-gegenstand-des-auskunftsrechts-insb-betr-herkunftsangaben-keine-auskunft-auf-daten-im-gedaechtnis/, besucht am 30.3.2023 (zit. Vasella, Gedächtnis).

Vasella David, 4A_277/2020: Rechtsmissbrauch eines Auskunftsbegehrens bejaht (Fishing Expedition), in: datenrecht.ch, 8.12.2020, https://datenrecht.ch/4a_277-2020-rechtsmissbrauch-eines-auskunftsbegehrens-

bejaht-fishing-expedition/, besucht am 30.3.2023 (zit. Vasella, Fishing Expedition).

Vasella David, EuGH (Österreichische Post): Auskunftsrecht umfasst wenn möglich die einzelnen Empfänger (nicht nur Kategorien), in: datenrecht.ch, 14.1.2023, https://datenrecht.ch/eugh-oesterreichische-post-auskunftsrecht-umfasst-die-einzelnen-empfaenger-nicht-nur-kategorien/, besucht am 30.3.2023 (zit. Vasella, Österreichische Post).

Vasella David, OGer ZH: kein Auskunftsrecht betr. Daten einer verstorbenen Person, Art. 1 Abs. 7 VDSG bundesrechtswidrig; Dispositionsmaxime bei Klagen auf Auskunftserteilung, in: datenrecht.ch, 4.4.2017, https://datenrecht.ch/oger-zh-kein-auskunftsrecht-betr-daten-einer-verstorbenen-person-art-7-abs-1-vdsg-bundesrechtswidrig-dispositionsmaxime-bei-klagen-auf-auskunftserteilung/, besucht am 30.3.2023 (zit. Vasella, Tod).

Waldvogel Marcel, Machine Learning: Künstliche Faultier-Intelligenz, in: dnip.ch, 16.8.2022, https://dnip.ch/2022/08/16/machine-learning-kuenstliche-faultier-intelligenz/, besucht am 30.3.2023 (zit. Waldvogel, Machine Learning).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 26 DSG

Eine Kommentierung von Martin Steiger

ZITIERVORSCHLAG

Martin Steiger, Kommentierung zu Art. 26 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Steiger, N. XXX zu Art. 26 DSG.

Art. 26 Einschränkungen des Auskunftsrechts

[1] Der Verantwortliche kann die Auskunft verweigern, einschränken oder aufschieben, wenn:

a. ein Gesetz im formellen Sinn dies vorsieht, namentlich um ein Berufsgeheimnis zu schützen;

b. dies aufgrund überwiegender Interessen Dritter erforderlich ist; oder

c. das Auskunftsgesuch offensichtlich unbegründet ist, namentlich wenn es einen datenschutzwidrigen Zweck verfolgt, oder offensichtlich querulatorisch ist.

[2] Darüber hinaus ist es in den folgenden Fällen möglich, die Auskunft zu verweigern, einzuschränken oder aufzuschieben:

a. Der Verantwortliche ist eine private Person und die folgenden Voraussetzungen sind erfüllt:

Überwiegende Interessen des Verantwortlichen erfordern die Massnahme.
Der Verantwortliche gibt die Personendaten nicht Dritten bekannt.

b. Der Verantwortliche ist ein Bundesorgan, und eine der folgenden Voraussetzungen ist erfüllt:

Die Massnahme ist wegen überwiegender öffentlicher Interessen, insbesondere der inneren oder der äusseren Sicherheit der Schweiz, erforderlich.
Die Mitteilung der Information kann eine Ermittlung, eine Untersuchung oder ein behördliches oder gerichtliches Verfahren gefährden.

[3] Unternehmen, die zum selben Konzern gehören, gelten nicht als Dritte im Sinne von Absatz 2 Buchstabe a Ziffer 2.

[4] Der Verantwortliche muss angeben, weshalb er die Auskunft verweigert, einschränkt oder aufschiebt.

GLIEDERUNG

In Kürze 438
I. Allgemeines 438
II. Einschränkungsarten (Abs. 1 u. 2) 438
III. Einschränkungsgründe (Abs. 1–3) 440
A. Gesetzliche Pflichten, insbesondere Berufsgeheimnisse (Abs. 1 lit. a) 440
B. Überwiegende Interessen Dritter (Abs. 1 lit. b) 441
C. Offensichtliche Unbegründetheit oder offensichtliches Querulantentum (Abs. 1 lit. c) 442
D. Überwiegende Interessen von privaten Verantwortlichen (Abs. 2 lit. a u. Abs. 3) 442
E. Überwiegende Interessen von Bundesorganen (Abs. 2 lit. b) 444
IV. Begründungspflicht (Abs. 4) 445
Literaturverzeichnis 445

IN KÜRZE

Art. 26 DSG regelt die möglichen Einschränkungen des Auskunftsrechts der betroffenen Personen. Die oder der Verantwortliche kann die Auskunft aus verschiedenen Gründen aufschieben, einschränken oder verweigern. Als Einschränkungsgründe kommen insbesondere gesetzliche Pflichten wie Berufsgeheimnisse, überwiegende Interessen Dritter und offensichtliche Unbegründetheit oder offensichtliches Querulantentum in Frage. Private Verantwortliche können sich auf ihre überwiegenden eigenen Interessen berufen, Bundesorgane auf überwiegende öffentliche Interessen. Einschränkungen müssen verhältnismässig sein und im Einzelfall geprüft sowie gegenüber der betroffenen Person begründet werden.

I. ALLGEMEINES

1 Das Auskunftsrecht der betroffenen Personen gemäss Art. 25 DSG besteht in den **Grenzen** von Art. 26 f. DSG. Die Auskunft kann von der oder dem Verantwortlichen aus verschiedenen Einschränkungsgründen aufgeschoben, eingeschränkt oder verweigert werden (Art. 26 DSG). Medien dürfen sich auf weitere Gründe berufen, um die Auskunft einzuschränken (Art. 27 DSG).

2 Die «kann»-Bestimmung erweckt den *Eindruck*, Verantwortliche könnten frei entscheiden, ob sie die Auskunft einschränken. Das ist aber nicht der Fall, denn häufig können Verantwortliche **verpflichtet** sein, die Auskunft einzuschränken. Art. 26 Abs. 1 DSG nennt gesetzliche Pflichten (lit. a), überwiegende Interessen Dritter (lit. b) und offensichtliche Unbegründetheit (lit. c) als Gründe. Weitere Gründe nennt Art. 26 Abs. 2 DSG in Abhängigkeit davon, ob die oder der Verantwortliche eine private Person (lit. a) oder ein Bundesorgan (lit. b) ist (vgl. N. 8 ff. unten).

II. EINSCHRÄNKUNGSARTEN (ABS. 1 U. 2)

3 Die Auskunft kann aufgeschoben, eingeschränkt oder verweigert werden (Art. 26 Abs. 1 u. 2 DSG). Die Einschränkung muss, auch gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG und Art. 36 Abs. 3 BV, **verhältnismässig** sein, das heisst erforderlich, geeignet und angemessen bzw. verhältnismässig im engeren Sinn.[1218] Die

1218.Vgl. auch BGE 125 III 473 E. 4c.

Einschränkung muss insbesondere in Form und Umfang sowie in zeitlicher Hinsicht tauglich sein, das angestrebte Ziel zu erreichen.[1219]

Bei einer **Verweigerung** wird *gar keine* Auskunft erteilt. Die betroffene Person, die um Auskunft ersucht, erhält zeitlich unbefristet keinerlei Auskunft. Die oder der Verantwortliche teilt der betroffenen Person nicht mit, ob Personendaten über sie bearbeitet werden (Art. 25 Abs. 1 DSG). Wenn die Verweigerung zeitlich befristet ist, handelt es sich um einen Aufschub (vgl. N. 6 unten). 4

Bei einer **Einschränkung** wird nur *teilweise* Auskunft erteilt, zum Beispiel durch Schwärzen von bestimmten Angaben. Die Einschränkung kann auch bedeuten, dass ganz oder teilweise Auskunft erteilt wird, die Auskunft aber mit Auflagen verbunden ist. Eine solche Auflage kann darin bestehen, dass die mitgeteilten Angaben keinen Dritten zugänglich gemacht und nicht veröffentlicht werden dürfen.[1220] Die oder der Verantwortliche kann von der betroffenen Person, die um Auskunft ersucht, die vorgängige Bestätigung der Einhaltung von Auflagen verlangen, auch in Form einer Geheimhaltungsvereinbarung.[1221] Eine weitergehende Absicherung, zum Beispiel durch Vereinbarung einer Vertragsstrafe bei einer verantwortlichen privaten Person oder durch eine Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB bei einem verantwortlichen Bundesorgan dürfte mit Blick auf die Verhältnismässigkeit (vgl. N. 3 oben) nur ausnahmsweise zulässig sein. Die eingeschränkte Auskunftserteilung einschliesslich allfälliger Auflagen kann zeitlich befristet sein. In diesem Fall handelt es sich um einen Aufschub (vgl. N. 6). 5

Bei einem **Aufschub** wird die Auskunft ganz oder teilweise nicht innert Frist (Art. 25 Abs. 7 DSG), sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt erteilt. Bei einem verantwortlichen Bundesorgan beispielsweise kann die Auskunftserteilung aufgeschoben werden, um die freie Meinungs- und Willensbildung nicht zu beeinträchtigen.[1222] 6

Im Gegensatz zu Art. 9 Abs. 3 aDSG regelt Art. 26 DSG nicht, wie beim **Wegfall von Einschränkungsgründen** zu verfahren ist. Gemäss Art. 9 Abs. 3 7

1219. SHK-Husi-Stämpfli, Art. 26 DSG N. 10.
1220 SHK-Husi-Stämpfli, Art. 26 DSG N. 7.
1221. Rosenthal/Jöhri, Art. 9 aDSG N. 4.
1222. Vgl. auch Art. 7 Abs. 1 lit. a BGÖ; SHK-Husi-Stämpfli, Art. 26 DSG N. 9.

aDSG musste ein *Bundesorgan* die Auskunft in diesem Fall erteilen, sofern die Auskunftserteilung nicht unmöglich oder nur mit einem unverhältnismässigen Aufwand möglich war. Für verantwortliche Bundesorgane ist davon auszugehen, dass diese grundsätzliche Pflicht zur Wiedererwägung weiterhin gilt.[1223] Hingegen ist eine Pflicht zur nachträglichen Beantwortung bei privaten Verantwortlichen nur zurückhaltend anzunehmen, nämlich sachlogisch beim Aufschub.[1224]

III. EINSCHRÄNKUNGSGRÜNDE (ABS. 1–3)

8 Art. 26 Abs. 1–3 DSG zählen **abschliessend** die möglichen Einschränkungsgründe auf. Sofern kein Einschränkungsgrund vorliegt, darf die Auskunft auf keine mögliche Art (vgl. N. 3 ff. oben) eingeschränkt werden. Wenn mehr als ein Einschränkungsgrund vorliegt, können sich die Verantwortlichen auf alle vorliegenden Einschränkungsgründe berufen.[1225] Auf die Einschränkungsgründe gemäss Art. 26 Abs. 1 DSG dürfen sich alle Verantwortlichen berufen. Die Einschränkungsgründe gemäss Art. 26 Ab. 2 DSG unterscheiden zwischen verantwortlichen privaten Personen und Bundesorganen. Art. 26 Abs. 3 DSG betrifft nur private Personen. Ob eine Verantwortliche oder ein Verantwortlicher als Bundesorgan gilt, bestimmt sich nach Art. 5 lit. i DSG.[1226]

A. Gesetzliche Pflichten, insbesondere Berufsgeheimnisse (Abs. 1 lit. a)

9 Dieser Einschränkungsgrund greift gemäss dem Wortlaut ausschliesslich bei Pflichten gemäss einem **Gesetz im formellen Sinn**. Dieser Einschränkungsgrund wurde, abgesehen von der nun ausdrücklichen Erwähnung von Berufsgeheimnissen, aus Art. 9 Abs. 1 lit. a aDSG übernommen. Gesetzliche Pflichten gemäss einer Verordnung genügen im Umkehrschluss nicht. Ob die Auskunft mit Verweis auf das allgemeine Amtsgeheimnis eingeschränkt werden kann, ist im Einzelfall zu prüfen.[1227]

1223 So auch SHK-Husi-Stämpfli, Art. 26 DSG N. 42.
1224 A.M.: SHK-Husi-Stämpfli, Art. 26 DSG N. 43.
1225 Rosenthal/Jöhri, Art. 9 aDSG N. 1.
1226 Vgl. zum Ganzen SHK-Husi-Stämpfli, Art. 26 DSG N. 4.
1227 SHK-Husi-Stämpfli, Art. 26 DSG N. 11.

Die Pflicht muss sich im Übrigen auf die Einschränkung der Auskunft gegenüber den **betroffenen Personen** beziehen. Gesetzliche Bestimmungen, welche den Zugang zu Personendaten *generell* ausschliessen, sind nicht einschlägig.[1228] Eine Anwältin oder ein Anwalt beispielsweise kann sich gegenüber Dritten auf das Berufsgeheimnis unter anderem gemäss Art. 13 BGFA berufen, nicht aber gegenüber einer Mandantin oder einem Mandanten als betroffene Person.[1229] 10

B. Überwiegende Interessen Dritter (Abs. 1 lit. b)

Daten bzw. Informationen müssen sich nicht allein auf eine betroffene Person, die um Auskunft ersucht, beziehen. Ein **Bezug** kann auch zu anderen betroffenen Personen (Art. 5 lit. b DSG), aber auch zu sonstigen Dritten bestehen, zum Beispiel zu juristischen Personen. Als Dritte gelten beispielsweise Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der oder des Verantwortlichen. Ein solcher Bezug und damit allenfalls Interessen Dritter sind sogar möglich, ohne dass Personendaten über solche Dritte betroffen sind. So könnte eine Dritte oder ein Dritter, über den die oder der Verantwortliche keine Personendaten bearbeitet, dennoch ein Interesse haben, dass die Auskunft gegenüber einer um Auskunft ersuchenden Person eingeschränkt wird. 11

Wenn Interessen Dritter betroffen sind, muss die oder der Verantwortliche prüfen, ob *überwiegende* Interessen bestehen, und falls ja, ob diese überwiegenden Interessen eine Einschränkung der Auskunft erfordern. Die Prüfung einschliesslich **Interessenabwägung** muss im Einzelfall erfolgen. Die Erforderlichkeit von *überwiegenden* Interessen zeigt, dass die Interessen der betroffenen Person, die Auskunft verlangt, nicht per se überwiegen.[1230] Die Interessen der jeweiligen Dritten an der eingeschränkten Auskunft müssen im Umkehrschluss überwiegen, das heisst, es muss eine «gewisse Erheblichkeit der Beeinträchtigung der Position der bzw. des Dritten vermutet werden können».[1231] Der Einschränkungsgrund wurde unverändert aus Art. 9 Abs. 1 lit. b aDSG übernommen. Die Ausnahme besteht gleichermassen für die Informationspflicht gemäss Art. 20 Abs. 3 lit. a DSG. 12

1228 SHK-Husi-Stämpfli, Art. 26 DSG N. 14.
1229 Vgl. auch Rosenthal, Jusletter, Rz. 128.
1230 Rosenthal/Jöhri, Art. 9 aDSG N. 1.
1231 SHK-Husi-Stämpfli, Art. 26 DSG N. 17.

C. Offensichtliche Unbegründetheit oder offensichtliches Querulantentum (Abs. 1 lit. c)

13 Gemäss Art. 26 Abs. 1 lit. c DSG darf die Auskunft eingeschränkt werden, wenn das Auskunftsgesuch offensichtlich **unbegründet** ist, namentlich, wenn es einen datenschutzwidrigen Zweck verfolgt, oder offensichtlich **querulatorisch** ist. Diese Einschränkungsgründe stellen eine *Neuerung* gegenüber den Einschränkungsgründen gemäss Art. 9 aDSG dar und wurden im Rahmen der parlamentarischen Debatte ergänzt, auch gestützt durch Rechtsprechung.[1232] Missbräuchliche Auskunftsersuchen sollen auch an dieser Stelle verhindert werden.

14 Diese Einschränkungsgründe sind **eng auszulegen**. Die oder der Verantwortliche darf nicht ohne Weiteres annehmen, ein Auskunftsgesuch sei offensichtlich unbegründet oder offensichtlich querulatorisch. Als offensichtlich querulatorisch gilt insbesondere, wenn Auskunftsersuchen offensichtlich den Zweck haben, «einen Verantwortlichen zu plagen oder zu beüben (etwa durch Wiederholungen oder im Wissen um die Nutzlosigkeit der Auskünfte)».[1233] Als offensichtlich unbegründet gilt, wenn mit einem Auskunftsersuchen *nicht* versucht wird, Datenschutzrechte zu beanspruchen oder datenschutzrechtlich motivierte Transparenz zu schaffen.[1234]

15 Wenn ein Auskunftsgesuch tatsächlich offensichtlich unbegründet oder offensichtlich querulatorisch ist, muss die für die betroffene Person *günstigste* Lösung gewählt werden.[1235] Die gewählte Lösung, insbesondere Aufschub oder Einschränkung statt Verweigerung, muss verhältnismässig sein (vgl. N. 3 oben).

D. Überwiegende Interessen von privaten Verantwortlichen (Abs. 2 lit. a u. Abs. 3)

16 Private Verantwortliche dürfen die Auskunft über die Gründe von Art. 26 Abs. 1 DSG hinaus einschränken, wenn die eigenen Interessen die Interessen der betroffenen Person, die um Auskunft ersucht, überwiegen (Ziff. 1) *und* die

1232 BGer 4A_125/2020 vom 10.12.2020; vgl. Art. 25 Rz. 7 zum Ganzen.
1233 Rosenthal, Jusletter, Rz. 125.
1234 Rosenthal, Jusletter, Rz. 125.
1235 Rosenthal/Jöhri, Art. 9 aDSG N. 4; SHK-Husi-Stämpfli, Art. 26 DSG N. 19.

betreffenden Daten keinen Dritten bekanntgegeben werden (Ziff. 2). Diese Voraussetzungen gelten *kumulativ*. Die Prüfung einschliesslich allfälliger **Interessenabwägung** muss im Einzelfall erfolgen (vgl. auch N. 12 oben). Die Bestimmung entspricht inhaltlich Art. 9 Abs. 4 aDSG und besteht genauso als Ausnahme für die Informationspflicht (Art. 20 Abs. 3 lit. c DSG).

Als allenfalls überwiegende **Eigeninteressen** in Frage kommen beispielweise Daten, die dem Schutz vor Diebstählen in einem Warenhaus dienen, der Schutz von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen oder ein hoher finanzieller Aufwand[1236], wobei bei Letzterem eine Kostenbeteiligung gemäss Art. 26 Abs. 6 DSG zu prüfen ist. 17

Daten, die keinen Dritten bzw. keinen «echten» Dritten[1237] bekanntgegeben werden, das heisst **interne Daten**, sind grundsätzlich Daten, die nur an Personen bekanntgegeben werden, die zur selben Organisations- oder Unternehmensstruktur, also *nicht* zu einer anderen Organisations- oder Unternehmensstruktur gehören und mit der Datenbearbeitung allenfalls andere Zwecke als der Verantwortliche verfolgen.[1238] Im Rahmen der parlamentarischen Debatte wurde mit Art. 26 Abs. 3 DSG ein **Konzernprivileg** geschaffen, wonach Unternehmen, die zum selben Konzern gehören, nicht als Dritte im Sinn von Art. 26 Abs. 2 lit. a Ziff. 2 DSG gelten (genauso für die Informationspflicht; Art. 20 Abs. 3 lit. c Ziff. 2 i.V.m. Abs. 4 DSG). Das aDSG kannte noch keine solche Privilegierung und Konzerngesellschaften galten als Dritte.[1239] 18

Die Ausnahme gilt *auch* für Unternehmen im **Ausland**, die zum selben Konzern gehören.[1240] Im Übrigen gelten für die Bekanntgabe von Daten an Konzerngesellschaften im Ausland die anwendbaren datenschutzrechtlichen Pflichten, zum Beispiel für die Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland (Art. 16 f. DSG). 19

Auftragsbearbeiterinnen und Auftragsbearbeiter gemäss Art. 5 lit. k DSG gelten nicht als Dritte (vgl. auch Art. 9 u. 24 Abs. 4 DSG). 20

1236 SHK-Husi-Stämpfli, Art. 26 DSG N. 21.
1237 Rosenthal/Jöhri, Art. 9 aDSG N. 15.
1238 Rosenthal/Jöhri, Art. 9 aDSG N. 7; SHK-Husi-Stämpfli, Art. 26 DSG N. 24.
1239 Rosenthal/Jöhri, Art. 9 aDSG N. 16; vgl. auch Rosenthal, Jusletter, Rz. 126 f.
1240 Vgl. auch Rosenthal/Jöhri, Art. 9 aDSG N. 16.

E. Überwiegende Interessen von Bundesorganen (Abs. 2 lit. b)

21 Bundesorgane als Verantwortliche dürfen die Auskunft über die Gründe von Art. 26 Abs. 1 DSG hinaus einschränken, wenn **öffentliche Interessen** die Interessen der betroffenen Person, die um Auskunft ersucht, überwiegen (Ziff. 1) *oder* wenn die Auskunft eine Ermittlung, eine Untersuchung oder ein gerichtliches **Verfahren** gefährden (Ziff. 2). Die Bestimmung entspricht im Wesentlichen Art. 9 Abs. 2 aDSG und besteht genauso als Ausnahme für die Informationspflicht (Art. 20 Abs. 3 lit. d DSG).

22 Ziff. 1 nennt insbesondere die innere oder äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft als mögliches überwiegendes öffentliches Interesse, dessen Wahrung eine Einschränkung der Auskunft erfordern kann. Die Nennung ist beispielhaft, das heisst **alle öffentlichen Interessen** kommen als Einschränkungsgrund in Frage, *sofern* sie überwiegen und die Einschränkung zur entsprechenden Interessenwahrung erforderlich ist. Weitere öffentliche Interessen, die in Frage kommen, sind – auch in Anlehnung an Art. 7 Abs. 1 BGÖ – beispielsweise die freie Meinungs- und Willensbildung von Behörden, gerichtlichen Instanzen und anderen öffentlichen Organen, die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen, die aussenpolitischen Interessen oder die internationalen Beziehungen der Schweiz, die Beziehungen zwischen dem Bund und den Kantonen oder die wirtschafts-, geld- und währungspolitischen Interessen der Schweiz.[1241]

23 Ziff. 2 nennt als weiteren Einschränkungsgrund die mögliche **Gefährdung** einer Ermittlung, einer Untersuchung oder eines behördlichen oder gerichtlichen Verfahrens. Dieser Einschränkung gilt nur, sofern und soweit das DSG *überhaupt* für solche Untersuchungen und Verfahren anwendbar ist (Art. 2 Abs. 3 DSG). In der Literatur wird vertreten, dass interne Untersuchungen, welche beispielsweise einem Disziplinarverfahren vorangehen, unter diese Bestimmung fallen könnten.[1242]

24 Für beide Einschränkungsgründe muss eine Prüfung einschliesslich allfälliger **Interessenabwägung** im Einzelfall erfolgen (vgl. auch N. 12 u. 16 oben).

1241.Vgl. ausführlich SHK-Husi-Stämpfli, Art. 26 DSG N. 27 ff.
1242SHK-Husi-Stämpfli, Art. 26 DSG N. 35.

IV. BEGRÜNDUNGSPFLICHT (ABS. 4)

Die oder der Verantwortliche muss die Einschränkung der Auskunft gegenüber der betroffenen Person begründen, so wie bereits bislang in Art. 9 Abs. 5 aDSG vorgesehen. Die **Begründung** muss der betroffenen Person ermöglichen, den Grund oder die Gründe der Einschränkung *nachzuvollziehen* und auf ihre Rechtmässigkeit zu prüfen. Bei verantwortlichen Bundesorganen ist die Einschränkung mindestens auf Gesuch der betroffenen Person in Form einer anfechtbaren Verfügung zu verfügen (Art. 5 VwVG).[1243] Für die erfolgte Begründung besteht keine Aufbewahrungspflicht, doch ist eine Aufbewahrung der entsprechenden Kommunikation mit der betroffenen Person aus Beweisgründen für die oder den Verantwortlichen naheliegend.[1244] 25

Die **Beweislast** für den oder die Einschränkungsgründe liegt bei der oder dem Verantwortlichen, *auch* in Bezug auf die Verhältnismässigkeit.[1245] Bei missbräuchlichen Auskunftsersuchen gemäss Art. 26 Abs. 1 lit. c DSG genügt es zu zeigen, dass ein Auskunftsersuchen «offensichtlich in relevanter Weise einem Zweck dient, der *nicht* den Datenschutz betrifft»[1246], was eine Beweiserleichterung darstellt. 26

LITERATURVERZEICHNIS

Bundesamt für Justiz: Verordnung über den Datenschutz (Datenschutzverordnung, DSV), Erläuternder Bericht vom 31.8.2022 (zit. BJ, Bericht).

Husi-Stämpfli Sandra, Kommentierung zu Art. 26 DSG in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Bern, 2023 (zit. SHK-Husi-Stämpfli, Art. 26 DSG).

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter vom 16.11.2020 (zit. Rosenthal, Jusletter).

1243 Vgl. SHK-Husi-Stämpfli, Art. 26 DSG N. 38
1244 BJ, Bericht, S. 16.
1245 SHK-Husi-Stämpfli, Art. 26 DSG N. 41; Rosenthal, Jusletter, Rz. 129.
1246 Rosenthal, Jusletter, Rz. 125.

Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Handkommentar zum Datenschutzgesetz und weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008 (zit. Rosenthal/Jöhri, Art. 9 aDSG).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 27 DSG

Eine Kommentierung von Martin Steiger

ZITIERVORSCHLAG

Martin Steiger, Kommentierung zu Art. 27 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Steiger, N. XXX zu Art. 27 DSG.

Art. 27 Einschränkungen des Auskunftsrechts für Medien

[1] Werden Personendaten ausschliesslich zur Veröffentlichung im redaktionellen Teil eines periodisch erscheinenden Mediums bearbeitet, so kann der Verantwortliche aus einem der folgenden Gründe die Auskunft verweigern, einschränken oder aufschieben:

a. Die Daten geben Aufschluss über die Informationsquellen.

b. Durch die Auskunft würde Einsicht in Entwürfe für Publikationen gewährt.

c. Die Veröffentlichung würde die freie Meinungsbildung des Publikums gefährden.

[2] Medienschaffende können die Auskunft zudem verweigern, einschränken oder aufschieben, wenn ihnen die Personendaten ausschliesslich als persönliches Arbeitsinstrument dienen.

GLIEDERUNG

In Kürze 449
I. Allgemeines 449
II. Voraussetzungen für Medienprivileg 449
III. Einschränkungsgründe 451
A. Quellenschutz (Abs. 1 lit. a) 451
B. Schutz von Entwürfen (Abs. 1 lit. b) 451
C. Schutz der freien Meinungsbildung des Publikums (Abs. 1 lit. c) 451
D. Persönliches Arbeitsinstrument von Medienschaffenden (Abs. 2) 452
Literaturverzeichnis 452

IN KÜRZE

Art. 27 DSG regelt das Medienprivileg. Medien und Medienschaffende können unter bestimmten Voraussetzungen das Auskunftsrecht von betroffenen Personen über die allgemeinen Einschränkungsgründe hinaus einschränken. Anwendbar ist das Medienprivileg nur bei Personendaten für redaktionelle Veröffentlichungen in periodisch erscheinenden Medien. Das Medienprivileg dient dem Schutz der Medienfreiheit.

I. ALLGEMEINES

Das DSG ist unbestritten auch für Medien anwendbar. Aufgrund der besonderen Rolle der Medien, insbesondere im Rahmen der Medienfreiheit einschliesslich Redaktionsgeheimnis (Art. 17 BV), kannte bereits Art. 10 aDSG ein **Medienprivileg** (Einschränkungen des Auskunftsrechts für Medienschaffende). Dieses Medienprivileg wurde im Wesentlichen unverändert übernommen[1247], genauso wie der entsprechende Rechtfertigungsgrund (Art. 31 Abs. 2 lit. d DSG, wenn auch mit Anpassungen gegenüber Art. 13 Abs. 2 lit. d aDSG). Im Titel werden nun die Medien und nicht mehr die Medienschaffenden erwähnt, obwohl die Bestimmung weiterhin Medien *und* Medienschaffende betrifft. 1

Für das Medienprivileg gelten die **allgemeinen Einschränkungsarten** (Art. 26 Abs. 1 u. 2 DSG) und die gleiche Begründungspflicht (Art. 26 Abs. 4 DSG). Genauso müssen Einschränkungen **verhältnismässig** sein und eine Prüfung im Einzelfall erfolgen.[1248] 2

II. VORAUSSETZUNGEN FÜR MEDIENPRIVILEG

Verantwortliche, welche die Auskunft mit Verweis auf das Medienprivileg einschränken möchten, müssen kumulativ die folgenden **Voraussetzungen** erfüllen: Die betroffenen Personendaten dürfen *ausschliesslich* zur Veröffentlichung im *redaktionellen* Teil eines *periodisch* erscheinenden Mediums bearbeitet werden (Abs. 1). 3

1247.Vgl. SHK-Husi-Stämpfli, Art. 27 DSG N. 1 ff.
1248SHK-Husi-Stämpfli, Art. 27 DSG N. 8 u. 20 f.

4 **Ausschliessliche Bearbeitung:** Die betroffenen Personendaten dürfen für *keinen anderen* Zweck als zur Veröffentlichung im redaktionellen Teil eines periodisch erscheinenden Mediums bearbeitet werden. Jeder andere, gesetzlich nicht zwingende Zweck wie beispielsweise ein Berufsgeheimnis (vgl. Art. 26 N. 9 f.) bedeutet, dass die Auskunft nicht mit Verweis auf das Medienprivileg eingeschränkt werden kann. Personendaten in Medienarchiven, die der Öffentlichkeit zugänglich sind, fallen nicht unter das Medienprivileg.[1249]

5 **Redaktionelle Verwendung:** Artikel, Berichte, Fotostrecken, Interviews, Kommentare und Meinungsbeiträge gelten als redaktionell. Auch gesichtete Kommentare von Leserinnen und Lesern, traditionell in Form von Leserbriefen, gelten als redaktionell.[1250] Nicht als redaktionell gelten interne und andere nicht redaktionelle Zwecke, insbesondere Lesermarketing und Werbung oder Kommunikationsmöglichkeiten für das Publikum ohne redaktionellen Bezug wie Chaträume.[1251] Auch nicht als redaktionell gelten Leserkommentare, die vor der Veröffentlichung nicht gesichtet werden.[1252]

6 **Veröffentlichung:** Die betroffenen Personendaten müssen mit dem Ziel einer Veröffentlichung dieser Personendaten bearbeitet werden oder mindestens zu einer Veröffentlichung beitragen.[1253] Der Wortlaut «zur Veröffentlichung [...] bearbeitet» bedeutet, dass die eingeschränkte Auskunft nicht auf die Bearbeitung *vor* der Veröffentlichung beschränkt, sondern unabhängig vom Zeitpunkt vom Zweck der Bearbeitung abhängig ist.

7 **Periodisch erscheinendes Medium:** Als Medien gemäss Art. 27 Abs. 1 DSG sind *alle* Mittel zur Verbreitung von Informationen zu verstehen, auch digitale Mittel wie E-Mail-Newsletter, Social-Media-Kanäle und Newsletter. Der Begriff «Medium» ist bewusst offen und technikneutral formuliert.[1254] Das Erscheinen muss periodisch erfolgen, das heisst immer wieder, ohne dass der Abstand bzw. die Periode immer gleich zu sein hat.[1255] Eine einmalig

1249 Rosenthal/Jöhri, Art. 10 aDSG N. 6.
1250 Vgl. BGE 136 IV 145 betreffend Quellenschutz für Blog-Kommentare auf der Website des Schweizer Fernsehens; umstritten, vgl. u.a. Glasl, Quellenschutz.
1251 SHK-Husi-Stämpfli, Art. 27 DSG N. 8 u. 10.
1252 Rosenthal/Jöhri, Art. 10 aDSG N. 4.
1253 SHK-Husi-Stämpfli, Art. 27 DSG N. 9.
1254 Rosenthal/Jöhri, Art. 10 aDSG N. 3.
1255 Vgl. SHK-Husi-Stämpfli, Art. 27 DSG N. 11.

veröffentlichte Website mit redaktionellen Beiträgen oder eine einmalig veröffentlichte Zeitschrift mit journalistischen Inhalten gilt demnach nicht als periodisch erscheinendes Medium.

III. EINSCHRÄNKUNGSGRÜNDE

A. Quellenschutz (Abs. 1 lit. a)

Jegliche Rückschlüsse aus den betroffenen Personendaten auf **Informationsquellen aller Art** gelten als Einschränkungsgrund.[1256] Der Einschränkungsgrund geht über den Quellenschutz gemäss Art. 28a StGB hinaus, verlangt aber gleichzeitig, dass die Daten tatsächlich «Aufschluss geben» und nicht nur eine entsprechende Möglichkeit besteht. Beim Quellenschutz allein wäre zu beachten, dass dieser keinen Schutz der Quellen gewährleistet, sondern Medien und Medienschaffenden *erlaubt*, ihre Quellen unter *bestimmten* Voraussetzungen zu schützen. 8

B. Schutz von Entwürfen (Abs. 1 lit. b)

Mit diesem Einschränkungsgrund soll *Vorzensur* verhindert werden, selbst wenn der Quellenschutz (Abs. 1 lit. a) gewährleistet ist. Man spricht auch vom **Publikationsschutz**: Die Möglichkeit einer vorgängigen Sichtung über das Auskunftsrecht könnte dazu führen, dass Medien und Medienschaffende einen Inhalt nicht wie geplant oder gar nicht veröffentlichen.[1257] Der Einschränkungsgrund kann damit auch einen «Chilling Effect» verhindern.[1258] 9

C. Schutz der freien Meinungsbildung des Publikums (Abs. 1 lit. c)

Die **Meinungs- und Informationsfreiheit** umfasst unter anderem das Recht jeder Person, ihre Meinung frei bilden zu können (Art. 16 Abs. 2 BV), unter anderem aufgrund der Inhalte von Medien und Medienschaffenden (Art. 16 Abs. 3 BV). Mit dem entsprechenden Rechtfertigungsgrund soll eine gut funktionierende Medienlandschaft geschützt werden.[1259] 10

1256 SHK-Husi-Stämpfli, Art. 27 DSG N. 12.
1257 SHK-Husi-Stämpfli, Art. 27 DSG N. 14.
1258 Vgl. Schweizer, Chilling Effect.
1259 Vgl. SHK-Husi-Stämpfli, Art. 27 DSG N. 15 f.

D. Persönliches Arbeitsinstrument von Medienschaffenden (Abs. 2)

11 Dieser Einschränkungsgrund betrifft Personendaten, die nicht bereits als Personendaten, die von einer natürlichen Person ausschliesslich zum **persönlichen Gebrauch** bearbeitet werden, vom Geltungsbereich des DSG ausgeschlossen sind (Art. 2 Abs. 2 lit. a DSG), und von Medienschaffenden bearbeitet werden.

12 Persönliche Informationssammlungen oder Notizen würden nicht unter die Ausnahme von Art. 2 Abs. 2 lit. a DSG fallen, wenn sie von Medienschaffenden **an Dritte bekanntgegeben** werden. Dafür kann es für Medienschaffende häufig eine Notwendigkeit geben, beispielsweise im Kontakt mit Quellen und bei Recherchen.[1260]

13 Medienschaffende sind alle *natürlichen* Personen, die für Medien im Sinn von Abs. 1 journalistisch, künstlerisch oder redaktionell tätig sind, fest angestellt oder freischaffend bzw. selbstständig, entgeltlich oder unentgeltlich.[1261] Rosenthal/Jöhri verlangten 2008 noch eine gewisse berufliche Tätigkeit und schlossen «Hobby-Journalisten» aus, was mit Blick auf die heutige Medienlandschaft nicht mehr gelten kann.

LITERATURVERZEICHNIS

Glasl Daniel, Anonyme Kommentare auf News-Portalen und Quellenschutz, Medialex 08 (2022), 7.10.2022 (zit. Glasl, Quellenschutz).

Husi-Stämpfli Sandra, Kommentierung zu Art. 27 DSG in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Bern 2023 (zit. SHK-Husi-Stämpfli, Art. 27 DSG).

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter vom 16.11.2020 (zit. Rosenthal, Jusletter).

Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Handkommentar zum Datenschutzgesetz und weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008 (zit. Rosenthal/Jöhri, Art. 10 aDSG).

1260SHK-Husi-Stämpfli, Art. 27 DSG N. 18 f.
1261.Rosenthal/Jöhri, Art. 10 aDSG N. 8; SHK-Husi-Stämpfli, Art. 27 DSG N. 17.

Schweizer Michael, Chilling Effect im Schweizer Medienkontext, Medialex 10/202, 3.12.2020 (zit. Schweizer, Chilling Effect).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 28 DSG

Eine Kommentierung von Samuel Mätzler

ZITIERVORSCHLAG

Samuel Mätzler, Kommentierung zu Art. 28 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Mätzler, Art. 28 DSG N. XXX.

Art. 28 Recht auf Datenherausgabe oder -übertragung

[1] Jede Person kann vom Verantwortlichen die Herausgabe ihrer Personendaten, die sie ihm bekanntgegeben hat, in einem gängigen elektronischen Format verlangen, wenn:

a. der Verantwortliche die Daten automatisiert bearbeitet; und

b. die Daten mit der Einwilligung der betroffenen Person oder in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person bearbeitet werden.

[2] Die betroffene Person kann zudem vom Verantwortlichen verlangen, dass er ihre Personendaten einem anderen Verantwortlichen überträgt, wenn die Voraussetzungen nach Absatz 1 erfüllt sind und dies keinen unverhältnismässigen Aufwand erfordert.

[3] Der Verantwortliche muss die Personendaten kostenlos herausgeben oder übertragen. Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen, namentlich wenn der Aufwand unverhältnismässig ist.

GLIEDERUNG

In Kürze 457
I. Vorbemerkungen 457
II. Allgemeines 458
A. Normzweck 458
B. Entstehungsgeschichte 461
C. Rechtsvergleichende Hinweise 462
III. Voraussetzungen 462
A. Personendaten der Betroffenen 462
B. Bekanntgegebene Daten 464
C. Automatisierte Bearbeitung 465
D. Einwilligung oder unmittelbarer Zusammenhang mit Vertrag 466
IV. Rechtsfolge: Portierung 468
A. An die betroffene Person (Datenherausgabe; Abs. 1) 468
B. An einen Verantwortlichen (Datenübertragung; Abs. 2) 469
C. Datenformat 470
1. Gängig 470
2. Elektronisch 472
3. Kein Interoperabilitätserfordernis 472
V. Modalitäten (Abs. 3 und DSV) 474
A. Form und Frist 474
B. Zuständigkeit 475
C. Kostenlosigkeit 476
Literaturverzeichnis 476
Materialienverzeichnis 479

IN KÜRZE

Das Recht auf Datenherausgabe oder -übertragung ist neben dem Auskunftsrecht das zweite datenschutzrechtliche Betroffenenrecht. Es wird oft auch als Recht auf Datenportabilität bezeichnet. Das Recht erlaubt einer betroffenen Person, gewisse dem Verantwortlichen aktiv zur Verfügung gestellten oder von diesem beobachteten Daten herauszuverlangen oder sie direkt an Dritte übertragen zu lassen. Die Daten müssen dabei in einem gängigen elektronischen Format portiert werden. Dies soll eine direkte Weiterverwendung durch die betroffene Person oder einen anderen Anbieter ermöglichen. Das neuartige Recht auf Datenportabilität wurde aus der DSGVO übernommen und ist zwischen Datenschutz- und Wettbewerbsrecht angesiedelt. Es soll der betroffenen Person in der Datenwirtschaft eine Möglichkeit zur selbstbestimmten Disposition über «ihre» Daten geben.

I. VORBEMERKUNGEN

Art. 28 DSG enthält das Recht der betroffenen Person auf Herausgabe (Abs. 1) oder Übertragung (Abs. 2) gewisser sie betreffender Daten. Es wird auch als **Recht auf Datenportabilität** bezeichnet und stellt – neben dem Auskunftsrecht – das zweite Betroffenenrecht im Gefüge des DSG dar. Der darauffolgende Art. 29 DSG ist gemeinsam mit Art. 28 DSG zu lesen und enthält mögliche Einschränkungsgründe. 1

Zur Ausübung von Art. 28 DSG **aktivlegitimiert** ist die antragstellende natürliche Person, über die ein Verantwortlicher Daten bearbeitet.[1262] **Passivlegitimiert** ist der Verantwortliche, der die vom Portabilitätsrecht erfassten Daten der antragstellenden Person bearbeitet oder durch einen Auftragsbearbeiter bearbeiten lässt.[1263] Dafür in Frage kommen private Personen und in seltenen Fällen auch Bundesorgane. 2

1262 Götzinger/Vasella, S. 42; Landolt, S. 157; Rosenthal, Rz. 132.
1263 Götzinger/Vasella, S. 42; Landolt, S. 157.

II. ALLGEMEINES

A. Normzweck

3 Der Normzweck von Art. 28 DSG ist bis heute umstritten. Während etwa der Bundesrat im Recht auf Datenportabilität wettbewerbsrechtliche Ziele verwirklicht sieht (dazu N.10), stehen für andere Stimmen in der Literatur konsumentenschutzrechtliche oder datenschutzrechtliche Ziele im Vordergrund.[1264] Bei der Ermittlung des Normzwecks kommt erschwerend hinzu, dass die Räte während der Ausarbeitung der Regelung ihren Fokus zwar auf die sozialen Netzwerke legten, im Recht auf Datenportabilität aber keine entsprechende Einschränkung auf soziale Netzwerke vorsahen. Art. 28 DSG kann daher in **zahlreichen Konstellationen und Branchen zur Anwendung gelangen** – etwa im Mobilitätssektor, im Gesundheitsbereich, bei Internetplattformen, Clouddiensten oder im Personalwesen. Gemeinsam ist sämtlichen Anwendungsfällen einzig, dass sie auf grundlegende Veränderungen der modernen Datenverarbeitung zurückzuführen sind (dazu auch N. 23 ff.). Erst eine in jüngster Zeit entstandene **Datenwirtschaft** hat ein Recht auf Datenportabilität notwendig gemacht.[1265] Dies muss im Normzweck Berücksichtigung finden.

4 In datenschutzrechtlicher Hinsicht soll das Portabilitätsrecht der betroffenen Person eine **selbstbestimmte Datendisposition** ermöglichen. Es soll die faktische Ausschliessungsmöglichkeit, die dem Verantwortlichen ohne Portabilitätsrecht zukommen würde, durchbrechen[1266] und die bisher zum Datenobjekt degradierte Person zum Datensubjekt aufsteigen lassen, indem diese über die Verwendung der Daten mitbestimmen kann.[1267] Damit werden durch die Datenwirtschaft entstandene Ungleichgewichte zwischen den Akteuren adressiert.[1268] Die betroffene Person erhält erstmals ein rechtliches Mittel, um eigenständig in die Datenwirtschaft einzugreifen und am Potenzial der Daten teilhaben zu können.[1269]

1264 Konsumentenschutzrechtliche Ziele sehend etwa PC-Béguin, Art. 28 DSG N. 6; Rosenthal, Rz. 132; mit Blick auf das informationelle Selbstbestimmungsrecht datenschutzrechtliche Ziele sehend SGK-Schweizer/Striegel, Art. 13 BV N. 109; ähnlich auch Weber/Thouvenin, S. 70; Ziegler/Vasella, S. 162.

1265 Ausführlich hierzu Mätzler, Rz. 258 ff.

1266 Schweitzer, S. 574.

1267 Bieri/Powell, Rz. 23; Expertengruppe Zukunft, S. 105 f.; Thouvenin, S. 27.

1268 Mahon, S. 59.

Damit eng verwoben sind allerdings auch **wettbewerbsrechtliche Überlegungen**. In dieser Hinsicht strebt das Portabilitätsrecht eine allgemeine Wettbewerbsförderung und die Förderung eines freien Datenflusses an. In der Literatur vielfach aufgeführte, weitere Ziele wie die Senkung von Wechselkosten oder Markteintrittsschranken und Verhinderung von Lock-In-Effekten können nach hier vertretener Ansicht hingegen nur eine untergeordnete Rolle spielen: Art. 28 DSG ist nicht auf Fälle beschränkt, in denen ein Lock-In-Effekt existiert oder nur schon existieren kann, und es ist kein Nachweis nötig, dass Markteintrittsschranken existieren oder solche verringert werden.[1270] Zudem muss der Verantwortliche keine besondere Marktstellung innehaben oder überhaupt auf einem Markt tätig sein.[1271] 5

Damit nehmen die wettbewerbsrechtlichen Ziele Abstand von einem klassischen kartellrechtlichen Verständnis und rücken in die Nähe eines «Regulierungsrechts», welches *ex ante* wirkt.[1272] Diesen Zielen liegt zudem der Idealismus des sog. **Open Web** zugrunde.[1273] Diese in den späten Nullerjahren aufkommende Bewegung ist in der amerikanischen IT-Szene verwurzelt und gründet auf dem Gedanken, dass erst die freie Verlinkbarkeit von Inhalten im Internet (und besonders im World Wide Web) sowie der Zugriff darauf Innovation ermöglichen und die heute existierenden Angebote schaffen konnten.[1274] Dieses Open Web wird allerdings durch Monopole und Datensilos (sog. Walled Gardens) bedroht, da sich namentlich grosse Internetplattformen zunehmend voneinander abkapseln.[1275] Im Recht auf Datenportabilität ist folglich auch auf einer viel grundlegenderen Ebene eine Reaktion auf ein Internet bestehend aus Walled Gardens zu sehen.[1276] Die Datenwirtschaft – in ihrer vorwiegenden Erscheinungsform im World Wide Web – soll von proprietären Datensilos befreit werden und die betroffenen Personen sollen frei von wettbewerbsverzerrenden Hindernissen wechseln können.[1277] 6

1269 Landolt, S. 155; Laux, S. 170; Mätzler, Rz. 262.
1270 Dazu Mätzler, Rz. 314 ff.
1271 Kratz, S. 27; Swire/Lagos, S. 338 f. und S. 351, die darin eine «deutliche Abkehr vom Wettbewerbsrecht» sehen.
1272 Dazu Mätzler, Rz. 324 f.
1273 Kratz, S. 26.
1274 Ausführlich hierzu Kratz, *passim*.
1275 Berners-Lee, S. 82; Kratz, S. 28; ähnlich auch Expertengruppe Zukunft, S. 45.
1276 Kratz, S. 30.
1277 Mätzler, Rz. 340.

7 Aufgrund der Breite der möglichen Anwendungsfälle lassen sich die genannten, mitunter sehr unterschiedlichen Ziele, nicht immer leicht vereinbaren. Nach dem Gesagten verfolgt das Recht auf Datenportabilität aber sowohl datenschutzrechtliche als auch wettbewerbsrechtliche Ziele. Indes ist es **primär als datenschutzrechtliches Instrument zu betrachten**, das *auch* wettbewerbsrechtliche Ziele verfolgt. Dies ergibt sich systematisch daraus, dass das Portabilitätsrecht nur Personendaten erfasst und einzig von (datenschutzrechtlich) betroffenen Personen ausgeübt werden kann. Entsprechend liegt ein Konnex zur Persönlichkeit der betroffenen Person und ihrer informationellen Selbstbestimmung nahe.[1278] Umgekehrt müssen keinerlei wettbewerbsrechtliche Merkmale erfüllt sein, damit das Recht ausgeübt werden kann. Notwendig ist nicht einmal, dass der Verantwortliche auf einem Markt oder in wettbewerbsrelevanter Weise tätig ist.

8 Folglich ist das Recht auf Datenportabilität im Datenschutzrecht **nicht** (wie teils vertreten) **systemfremd, sondern «systemschaffend»**.[1279] Es ist Ausdruck eines gesetzgeberischen Grundsatzentscheids, wonach die betroffene Person die Möglichkeit haben soll, über die sie betreffenden Daten mitzubestimmen.[1280] Mit der Verankerung im DSG stellte der Gesetzgeber klar, dass der Fokus in Zukunft auf die betroffene Person gelegt werden soll.[1281]

9 Gerade mit Blick auf die wenig lineare Entstehungsgeschichte in der Schweiz (dazu sogleich) ist das Recht auf Datenportabilität auch in einem grösseren Kontext zu verstehen: Es handelt sich um ein Instrument der **Schweizer Datenpolitik** schlechthin und nicht «nur» um ein datenschutzrechtliches Instrument. Das Portabilitätsrecht ist auf grundsätzliche datenpolitische Überlegungen zurückzuführen und soll einen freien Datenfluss im Zeitalter der Datenwirtschaft ermöglichen. In diesem Sinn kann es zwar – wie nun geschehen – datenschutzrechtlich ausgestaltet sein, muss aber nicht notwendigerweise in einer engen Beziehung zum DSG stehen.[1282] Bereits zu Beginn der Beratungen zur DSG-Revision stellte denn auch die zuständige

1278 Dazu Mätzler, Rz. 241 ff.
1279 Sperlich, S. 123 m.w.N.
1280 Mätzler, Rz. 373.
1281 Laux, S. 170.
1282 Mätzler, Rz. 336.

Kommissionssprecherin treffend fest: «Es geht nicht einfach nur um den Datenschutz, sondern auch um weitere datenpolitische Fragen wie die Portabilität usw., mit denen wir uns [...] auseinanderzusetzen haben.»[1283]

B. Entstehungsgeschichte

Art. 28 DSG hat keine Entsprechung im aDSG. Es handelt sich um eine genuine Neuerung der Revision, die aus der DSGVO übernommen wurde (dazu N. 12). Dessen **Einführung war allerdings bis zuletzt unsicher**: Der Bundesrat erachtete eine entsprechende Regelung als «problematisch» und verzichtete darauf, ein Recht auf Datenportabilität im (Vor-)Entwurf einzufügen.[1284] Er begründete dies damit, dass ein solches Recht mehr darauf ausgerichtet sei, den Betroffenen die Wiederverwendung ihrer Daten zu ermöglichen, um den Wettbewerb spielen zu lassen, als ihre Persönlichkeit zu schützen.[1285] Ferner befürchtete er hohe Kosten und zweifelte die erfolgreiche Umsetzung an, da eine Einigung über Datenträger und Informatikstandards zwischen den Verantwortlichen notwendig sei.[1286] Stattdessen wollte der Bundesrat die Einführung sektorspezifischer Portabilitätsrechte prüfen.[1287] 10

In den **parlamentarischen Beratungen** fügte die SPK-N aber dennoch ein generelles Recht auf Datenportabilität in die Vorlage ein.[1288] Damit sollten sich neue Wirtschaftsräume eröffnen und die Machtbalance zwischen kleinen und grossen Plattformen verändern.[1289] Eine Minderheit verlangte zudem, das Recht noch weiter zu fassen und sämtliche Daten, die sich auf eine Person beziehen, dem Portabilitätsrecht zu unterstellen.[1290] Die Mehrheit des Nationalrats und auch der Bundesrat waren allerdings der Ansicht, dass ein solches Recht mit Blick auf mögliche Probleme hinsichtlich der Geschäftsgeheimnisse zu weit gehen würde.[1291] Schliesslich entschieden sich die Räte für eine Verankerung des Portabilitätsrechts in der heutigen Form, 11

1283 Votum SR Bruderer, AB 2018 SR S. 617.
1284 Siehe BJ, Erläuternder Bericht VE-DSG, S. 22; Botschaft DSG 2017, S. 6984.
1285 Botschaft DSG 2017, S. 6984.
1286 Botschaft DSG 2017, S. 6984 f.
1287 Siehe BAKOM, Medienmitteilung vom 9.5.2018.
1288 Siehe Fahne 17.059, Beschluss Nationalrat, S. 29 f.
1289 Votum NR Glättli, AB 2019 NR S. 1779.
1290 Votum NR Glättli, AB 2019 NR S. 1814 f.; siehe dazu unten Rz. 18 ff.
1291 Votum BR Keller-Sutter, AB 2019 NR S. 1816 ff.

«immer mit dem Hintergedanken, was die Angemessenheit beeinträchtigen wird und was nicht».[1292]

C. Rechtsvergleichende Hinweise

12 Das Recht auf Datenportabilität wurde praktisch unverändert **aus der DSGVO übernommen**, weshalb sich die dortige Regelung in Art. 20 DSGVO für die Schweizer Auslegung heranziehen lässt.[1293] Punktuell bestehen jedoch Unterschiede in der Ausgestaltung, auf die – soweit relevant – bei den einzelnen Voraussetzungen einzugehen ist.

III. VORAUSSETZUNGEN

A. Personendaten der Betroffenen

13 Art. 28 Abs. 1 DSG sieht zunächst vor, dass die betroffene Person vom Verantwortlichen die Herausgabe «ihrer Personendaten» verlangen kann. Daraus folgt, dass nur Daten, die sich auf eine **natürliche Person beziehen**, portabel sind (Art. 2 Abs. 1 und Art. 5 lit. a DSG). Somit sind Daten ohne Bezug zur betroffenen Person nicht erfasst, sofern der Verantwortliche die Daten nicht mit ihr verknüpfen kann. Zu nennen sind bspw. anonyme Performance-Metriken bei Software, etwa Angaben zur CPU-Auslastung oder zum Speicherverbrauch auf dem Gerät einer Nutzerin. Verlangt wird also eine Nähe der Daten zur Persönlichkeit der betroffenen Person.

14 Damit unterliegen Daten, die sich auf juristische Personen beziehen, nicht dem Portabilitätsrecht. Ebenfalls nicht erfasst sind Daten, die ein Verantwortlicher **nachträglich anonymisiert**.[1294] Handelt es sich um pseudonymisierte Daten, so sind diese als Personendaten zu betrachten, wenn der Verantwortliche sie mit der betroffenen Person verknüpfen kann.[1295]

15 Wie die lateinischen Sprachfassungen deutlich machen, müssen sich die Daten auf die antragstellende Person beziehen. Nichts ableiten lässt sich

1292 Votum Sprecher Jauslin, AB 2019 NR S. 1817.

1293 Mit eingehender Begründung Steiner, S. 126; ebenso SHK-Baeriswyl/Pärli, EMRK, ER-Konv 108+, Richtlinie (EU) 2016/680, DSGVO N. 49; BJ, Erläuternder Bericht DSV, S. 44; BSK-Laux/Steiner, Art. 28 DSG N. 22.

1294 Mätzler, Rz. 174.

hingegen aus der uneindeutigen Formulierung in der deutschen Sprachfassung («ihrer Personendaten»), die auch ein anderes, weitergreifendes Verständnis zulassen würde.[1296] Daraus folgt, dass **reine Drittdaten**, also Daten, die sich ausschliesslich auf Dritte beziehen, nicht dem Portabilitätsrecht unterliegen.

Umstritten ist allerdings, wie es sich für Daten verhält, die sich *auch* auf Dritte beziehen, bspw. Fotos, auf welchen mehrere Personen abgebildet sind. Da die Einschränkungsgründe des Datenportabilitätsrechts in Art. 29 Abs. 1 i. V. m. Art. 26 Abs. 1 lit. b DSG auf überwiegende Interessen Dritter verweisen, ist davon auszugehen, dass Personendaten, die sich auch auf Dritte beziehen, dem Portabilitätsrecht unterliegen können.[1297] Erfasst sind somit auch **Daten mit einem «Doppelbezug»**, welche eine gewisse Nähe zur betroffenen Person aufweisen, selbst wenn sich die Daten nicht (nur) auf diese beziehen.[1298] Dies trifft etwa auf ganze Chat- oder E-Mailverläufe oder archivierte Banktransaktionen (einschliesslich der Angaben zu Zahlungspflichtigen oder Begünstigten) zu.[1299] Nur wenn überwiegende Interessen Dritter vorliegen (oder es sich um reine Drittdaten handelt), unterliegen die Daten nicht dem Recht auf Datenportabilität.[1300] Wäre dies anders, würde Art. 28 DSG gerade in vielen vom Normzweck beabsichtigten Fällen ins Leere laufen.[1301] 16

Somit ist wie folgt vorzugehen, um zu ermitteln, ob bestimmte Daten dem Portabilitätsrecht unterliegen: In einem ersten Schritt muss der Verantwortliche abklären, ob im Allgemeinen die Voraussetzungen von Art. 28 DSG erfüllt sind, insb. ob die in Frage stehenden Personendaten von der betroffenen Person bekanntgegeben wurden.[1302] Betreffen die Daten *auch* Dritte (nicht aber *nur* Dritte) und weisen sie einen Doppelbezug auf, so ist in einem zweiten Schritt im Sinne eines «einschränkenden Korrektivs» 17

1295 PC-Béguin, Art. 28 DSG N. 17; BJ, Erläuternder Bericht DSV, S. 45; Götzinger/Vasella, S. 42; Landolt, S. 158; Mätzler, Rz. 174.

1296 Darin einen Unterschied zur DSGVO sehend BSK-Laux/Steiner, Art. 28 DSG N. 12.

1297 So auch PC-Béguin, Art. 28 DSG N. 18; CR-Benhamou, Art. 28 DSG N. 20; Götzinger/Vasella, S. 42 f.; Landolt, S. 159; Mätzler, Rz. 185.

1298 OFK-Bieri/Heymann/Odermatt, Art. 28 DSG N. 12.

1299 OFK-Bieri/Heymann/Odermatt, Art. 28 DSG N. 12; BSK-Laux/Steiner, Art. 28 DSG N. 14, jeweils mit weiteren Beispielen.

1300 PC-Béguin, Art. 28 DSG N. 18; OFK-Bieri/Heymann/Odermatt, Art. 28 DSG N. 12.

1301 Ähnlich Landolt, S. 159.

1302 Für die DSGVO ähnlich KUKO-Kamann/Braun, Art. 20 DSGVO N. 18; dazu sogleich Rz. 18 ff.

abzuwägen, ob überwiegende Interessen Dritter eine Einschränkung erforderlich machen.[1303] Liegen keine überwiegenden Interessen des Dritten vor, können die Daten portiert werden.

B. Bekanntgegebene Daten

18 Das Recht auf Datenportabilität ist beschränkt auf Daten, die die betroffene Person dem Verantwortlichen «bekanntgegeben» hat. Das Merkmal der Bekanntgabe ist **nicht i. S. d. Legaldefinition in Art. 5 lit. e DSG** zu verstehen.[1304] Dies ist für dessen Auslegung aber auch nicht nötig: Bereits während des Gesetzgebungsverfahrens wurde zuhanden der Materialien festgehalten, welche Daten gemeint sind.[1305] Der Bundesrat hat den Gehalt dieses Merkmals sodann in der DSV festgelegt. Zudem hat sich das BJ in seinen Erläuterungen zum Gehalt geäussert.[1306] Aus diesem Grund ist die Voraussetzung der Bekanntgabe in der Schweiz (anders als unter der DSGVO) zumindest in der Theorie weitgehend unbestritten. In der Praxis können sich dennoch schwierige Abgrenzungsfragen stellen.

19 Bekanntgegeben sind gemäss Art. 20 Abs. 1 lit. a DSV zunächst Daten, die eine betroffene Person dem Verantwortlichen wissentlich und willentlich zur Verfügung stellt (**sog. Stammdaten; auch «provided data**»). Erfasst sind alle direkt und bewusst bekanntgegebenen Daten, bspw. Adressdaten, die im Rahmen einer Onlinebestellung eingegeben werden oder Daten, die anlässlich einer Registrierung auf einer Plattform oder auf einem Anamnesebogen im Spital zu hinterlegen sind.[1307] Passwörter oder Private Keys sind hiervon nicht erfasst, sofern sie – was der Regelfall sein sollte – verschlüsselt sind und vom Verantwortlichen nicht mit der betroffenen Person verknüpft werden können.[1308]

20 Weiter gelten Daten als bekanntgegeben, wenn ein Verantwortlicher sie über die betroffene Person und ihr Verhalten im Rahmen der Nutzung eines

---

1303 Für die DSGVO ähnlich KUKO-Kamann/Braun, Art. 20 DSGVO N. 18; siehe dazu auch Mätzler, Rz. 187.

1304 Siehe mit Blick auf die französische Sprachfassung Mätzler, Rz. 176; im Ergebnis ebenso Landolt, S. 161.

1305 Votum BR Keller-Sutter, AB 2019 N 1816.

1306 BJ, Erläuternder Bericht DSV, S. 45 f.

1307 PC LPD-Béguin, Art. 28 N. 20; BJ, Erläuternder Bericht DSV, S. 45.

1308 So auch PC-Béguin, Art. 28 DSG N. 20.

Dienstes oder Geräts erhoben hat (Art. 20 Abs. 1 lit. b DSV). Solche **beobachteten Daten (auch «observed data»)** werden – wissentlich oder unwissentlich – von der betroffenen Person indirekt bei der Nutzung eines Dienstes oder Gerätes erzeugt.[1309] Darunter fallen bspw. Werte einer Fitnessapp auf einer Smartwatch, die aufgrund der sportlichen Leistung erzeugt wurden,[1310] die angehörten Musiktitel bei einem Streamingdienst oder Verbrauchs- und Standortdaten eines smarten Fahrzeugs.

Nicht erfasst sind **abgeleitete Daten (auch «derived data»)**, d.h. Daten, die der Verantwortliche durch eigene Auswertung von Daten erzeugt (Art. 20 Abs. 2 DSV). Da diese eine eigenständige Leistung des Verantwortlichen darstellen, sind sie von einer Portierung ausgenommen.[1311] Der Gesetzgeber hat den Schutz der Eigenleistung und der eigenen Investitionen in diesem Fall höher gewichtet als das Recht der betroffenen Person, eine Weiterverwendung «ihrer» Personendaten zu ermöglichen.[1312] 21

Die Abgrenzung zwischen beobachteten und abgeleiteten Daten ist im Einzelfall vorzunehmen und dürfte nicht immer einfach sein. So bedeutet bspw. im Gesundheitsbereich beobachten zumeist auch messen, und einer einfachen Messung liegt rasch eine komplexe Technologie zugrunde, die nach wissenschaftlichen Methoden vorgeht.[1313] In diesen Fällen kann der Übergang vom reinen Beobachten zum Ableiten fliessend und nur schwer zu ermitteln sein. 22

C. Automatisierte Bearbeitung

Eine weitere Einschränkung liegt darin, dass nur Daten dem Recht auf Datenportabilität unterliegen, die der Verantwortliche automatisiert bearbeitet (Art. 28 Abs. 1 lit. a DSG). Dies soll primär Daten ausschliessen, die **in Papierform aufbewahrt** werden.[1314] Zu denken ist dabei bspw. an physische Anamnesebögen in einer Arztpraxis, solange diese nicht 23

1309 BJ, Erläuternder Bericht DSV, S. 45.
1310 Beispiel nach SHK-Baeriswyl, Art. 28 DSG N. 27.
1311 SHK-Baeriswyl, Art. 28 DSG N. 29; BJ, Erläuternder Bericht DSV, S. 46; Landolt, S. 165 f., der anreizökonomische Gründe aufführt.
1312 BJ, Erläuternder Bericht DSV, S. 46.
1313 Drepper/Schlünder/Buckow, S. 183.
1314 BJ, Erläuternder Bericht DSV, S. 45; Cattaneo, S. 64.

nachträglich in eine elektronische Patientendokumentation überführt werden.

24 Erfasst werden nur **elektronisch bearbeitete Daten**.[1315] Denn das Recht auf Datenportabilität zielt trotz der eigentlichen Technologieneutralität des DSG[1316] auf den digitalen Verkehr ab und soll besonders auf den Datenverkehr im Internet Anwendung finden.[1317] Allerdings stellt diese Voraussetzung heute **kaum mehr eine Einschränkung** dar, da die meisten Datenbearbeitungen automatisiert erfolgen dürften.[1318]

25 Den Verantwortlichen trifft keine Pflicht, in Papierform oder sonst wie analog aufbewahrte Daten zu digitalisieren. Werden Daten allerdings **nur teilweise automatisiert** bearbeitet, kann der Verantwortliche im Einzelfall zur Portierung dieser Daten verpflichtet sein, weil die Einschränkung nicht von ausschliesslich automatisierter Bearbeitung spricht.[1319] Da er die Daten in diesem Fall in einem gängigen elektronischen Format[1320] herausgeben oder übertragen muss, können ihn dann zusätzliche Pflichten treffen.

D. Einwilligung oder unmittelbarer Zusammenhang mit Vertrag

26 Als weitere Voraussetzung sieht Art. 28 DSG eine Einschränkung vor auf Daten, die mit der Einwilligung der betroffenen Person oder in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person bearbeitet werden (Abs. 1 lit. b). Diese Voraussetzung nimmt Bezug auf die **Rechtfertigungsgründe für eine Datenbearbeitung in Art. 31 DSG** und wurde *tel quel* aus der DSGVO übernommen.

27 Allerdings basiert die DSGVO auf dem Prinzip des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt. In der Schweiz sind Datenbearbeitungen Privater demgegenüber grundsätzlich zulässig, solange die Persönlichkeit der

1315. Mätzler, Rz. 198.
1316. Siehe dazu Botschaft DSG 2017, S. 7006 f.
1317. Siehe bereits oben zum Normzweck Rz. 3 ff.; ferner Mätzler, Rz. 198 m.w.N.
1318. Ähnlich CR-Benhamou, Art. 28 DSG N. 28; Götzinger/Vasella, S. 43.
1319. CR-Benhamou, Art. 28 DSG N. 20; OFK-Bieri/Heymann/Odermatt, Art. 28 DSG N. 15; vorsichtig bejahend ebenfalls Götzinger/Vasella, S. 44, dabei auf Art. 21 Abs. 1 DSG verweisend, in welchem die *Ausschliesslichkeit* einer automatisierten Bearbeitung aufgeführt wird.
1320 Dazu Rz. 38 ff.

betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzt wird (Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt).[1321] Entsprechend wird unter dem DSG nicht in jedem Fall für eine Datenbearbeitung Privater ein Rechtfertigungsgrund i. S. v. Art. 31 DSG verlangt. Vielmehr kann eine Datenbearbeitung die Persönlichkeit der betroffenen Person **gar nicht erst widerrechtlich verletzen**, etwa weil sie im Einklang mit den Datenschutzgrundsätzen erfolgt (Art. 30 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a DSG *e contrario*). Dies verkennt die Voraussetzung nach Art. 28 Abs. 1 lit. b DSG jedoch.

Eine Auslegung nach dem Wortlaut würde somit bedeuten, dass nur Datenbearbeitungen dem Portabilitätsrecht unterliegen, wenn sie sich auf die Rechtfertigungsgründe der Einwilligung (Art. 31 Abs. 1 Variante 1 DSG) oder des überwiegenden Interesses aufgrund eines unmittelbaren Zusammenhangs mit einem Vertrag (Art. 31 Abs. 2 lit. a DSG) stützen können. Damit würde zwar sichergestellt, dass Datenbearbeitungen gestützt auf eine gesetzliche Verpflichtung nicht vom Recht auf Datenportabilität umfasst wären. Allerdings ist kein Grund ersichtlich, weshalb **Datenbearbeitungen, die keinen Rechtfertigungsgrund benötigen,** von einer Portierung ausgeschlossen sein sollten. 28

Es wird daher in der Literatur von einer gesetzgeberischen Nachlässigkeit ausgegangen und mit Blick auf den Normzweck für ein weitergehendes Verständnis plädiert.[1322] Abgestellt werden sollte daher auf die **Freiwilligkeit der Datenbearbeitung**.[1323] Folglich muss die Initiative für die konkrete Datenbearbeitung zumindest (auch) von der betroffenen Person ausgegangen sein.[1324] Die Datenbearbeitung darf nicht völlig entkoppelt vom Willen der Betroffenen erfolgen.[1325] Ist dies der Fall, ist die Voraussetzung in Art. 28 Abs. 1 lit. b DSG zu bejahen, unabhängig davon, ob ein Rechtfertigungsgrund i. S. v. Art. 31 DSG geltend gemacht wird. 29

1321 Siehe hierzu OK-Gaul, Art. 6 Abs. 3-5 DSG N. 2; weitergehend Götzinger/Vasella, S. 44; Rosenthal, Rz. 7.

1322 BSK-Laux/Steiner, Art. 28 DSG N. 35; Steiner, S. 124; nicht ausdrücklich darauf eingehend, aber doch einen Rechtfertigungsgrund fordernd hingegen SHK-Baeriswyl, Art. 28 DSG N. 21; Landolt, S. 167, wonach die Übernahme der Voraussetzungen aus der DSGVO unter dem DSG «zu gewissen dogmatischen Unschärfen» führe; eine Auslegung nach dem Zweck und nicht dem Wortlaut fordernd Métille, S. 40.

1323 Götzinger/Vasella, S. 44; BSK-Laux/Steiner, Art. 28 DSG N. 32 ff.; Steiner, S. 124.

1324 Mätzler, Rz. 195.

1325 Mätzler, Rz. 195.

30 Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass Datenbearbeitungen, die sich auf einen anderen Rechtfertigungsgrund stützen, nicht dem Recht auf Datenportabilität unterliegen. Relevant ist dies namentlich, wenn eine gesetzliche Grundlage für die Datenbearbeitung existiert (Art. 31 Abs. 1 Variante 3 DSG). Während die DSGVO einen ausdrücklichen Ausschluss von Verarbeitungen in Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben vorsieht (Art. 20 Abs. 3 Satz 2 DSGVO), ist dies unter dem DSG nicht der Fall. Dennoch macht bereits die Einschränkung in Art. 28 Abs. 1 lit. b DSG deutlich, dass Datenbearbeitungen, die sich auf eine **gesetzliche Grundlage** stützen, grundsätzlich ausgeschlossen sind.[1326] Entsprechend sind Datenbearbeitungen durch Bundesorgane, die an das Legalitätsprinzip gebunden sind, in aller Regel nicht vom Recht auf Datenportabilität erfasst.

IV. RECHTSFOLGE: PORTIERUNG

31 Sind die unter III. genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt, kann die betroffene Person die Herausgabe der Daten an sie (Abs. 1) oder eine Übertragung an einen anderen Verantwortlichen verlangen (Abs. 2). Sowohl die Herausgabe als auch die Übertragung der Daten muss in einem gängigen elektronischen Format erfolgen (dazu N. 38 ff.).

32 Durch die Ausübung des Portabilitätsrechts ändert sich das **Rechtsverhältnis** der betroffenen Person zum Verantwortlichen nicht. Weder gilt eine einmal erteilte Einwilligung als widerrufen, noch ändert sich etwas an einem allfälligen Vertragsverhältnis zwischen den Parteien.[1327] Der Verantwortliche kann weiterhin Rechtfertigungsgründe geltend machen. Folglich muss er die portierten Daten auch nicht löschen.[1328]

A. An die betroffene Person (Datenherausgabe; Abs. 1)

33 Unter dem Grundtatbestand von Art. 28 Abs. 1 DSG gibt der Verantwortliche die Daten **an die betroffene Person** heraus. Diese kann die Daten anschliessend für ihren rein persönlichen Gebrauch verwenden (etwa eine

1326 So auch OFK-Bieri/Heymann/Odermatt, Art. 28 DSG N. 17; BJ, Erläuternder Bericht DSV, S. 45.

1327 OFK-Bieri/Heymann/Odermatt, Art. 28 DSG N. 24; Laux, S. 169.

1328 PC-Béguin, Art. 28 DSG N. 55; OFK-Bieri/Heymann/Odermatt, Art. 28 DSG N. 24; Laux, S. 169.

Fotosammlung nunmehr lokal auf ihrem Computer speichern) oder sie eigenständig an einen Dritten ihrer Wahl übertragen.[1329] Letzteres ist indes kein Vorgang, der sich auf Art. 28 DSG stützt.

B. An einen Verantwortlichen (Datenübertragung; Abs. 2)

Nach Art. 28 Abs. 2 DSG ist auf Antrag der betroffenen Person auch eine **direkte Übertragung an Dritte** (in Art. 28 als ein «anderer Verantwortlicher» bezeichnet) möglich. Dazu müssen zunächst ebenfalls sämtliche Voraussetzungen nach Abs. 1 erfüllt sein. Zusätzlich darf die Übertragung aber auch keinen unverhältnismässigen Aufwand erfordern. Abs. 2 wird Genüge getan, wenn der Dritte die Daten direkt beim passivlegitimierten Verantwortlichen holen kann, etwa weil ihm dieser über eine Programmierschnittstelle (API) den Zugang gewährt.[1330] Ein Anspruch darauf besteht jedoch nicht. 34

Art. 21 Abs. 3 DSV konkretisiert, dass ein unverhältnismässiger Aufwand vorliegt, wenn die **Übertragung technisch nicht möglich** ist. Eine solche Unmöglichkeit dürfte indes kaum je vorliegen, da die Datenherausgabe an die betroffene Person in technischer Hinsicht weder einfacher noch komplexer ist als die Datenübertragung an einen anderen Verantwortlichen.[1331] Da der Verantwortliche zur Datenherausgabe nach Abs. 1 gesetzlich verpflichtet ist, dürfte auch eine Datenübertragung nach Abs. 2 regelmässig (ohne unverhältnismässigen Aufwand) möglich sein. Dies gilt umso mehr, als der Verantwortliche seine Systeme von Beginn weg so konzipieren muss, dass er seinen gesetzlichen Pflichten nachkommen kann (Art. 7 DSG).[1332] 35

Freilich ist ein Dritter nicht dazu verpflichtet, die Daten entgegenzunehmen oder für die technische Durchführbarkeit der Übertragung zu sorgen.[1333] Ihm kommt **keine datenschutzrechtliche Rolle** zu, solange er keine Personendaten erhalten hat und folglich bearbeitet. Insofern ist die Bezeichnung als «anderer Verantwortlicher» im Gesetz missverständlich, zumal Art. 28 DSG – im Gegensatz zu Art. 20 DSGVO – kein 36

1329 BJ, Erläuternder Bericht DSV, S. 44; Mätzler, Rz. 200; siehe auch PC-Béguin, Art. 28 DSG N. 13.
1330 PC-Béguin, Art. 28 DSG N. 54.
1331 Ebenso SHK-Baeriswyl, Art. 28 DSG N. 14; i.E. wohl auch Landolt, S. 174 f.
1332 Landolt, S. 174 f.; Rosenthal, Rz. 131.
1333 PC-Béguin, Art. 28 DSG N. 36; Rosenthal, Rz. 131.

Behinderungsverbot aufführt, welches den «anderen Verantwortlichen» beim Recht auf Datenportabilität in die Pflicht nehmen würde.[1334] Unter der EU-Regelung wird daher postuliert, dass sich die technische Machbarkeit auf das Verhältnis zwischen dem Verantwortlichen und dem Dritten beziehen müsse. Unverhältnismässig sei eine Übertragung immer dann, wenn die Datenverarbeitungssysteme des Verantwortlichen und des Dritten nicht kompatibel seien.[1335] Die Voraussetzung bezieht sich folglich auf eine Eigenschaft des Dritten, ohne ihn in die Pflicht zu nehmen.

37 Kein unverhältnismässiger Aufwand lässt sich aus den Kosten ableiten, welche für den Verantwortlichen anfallen.[1336] Das Recht auf Datenportabilität ist ein Betroffenenrecht, welches ungeachtet allfälliger Implementierungskosten gewährt werden muss. Die für die Übertragung an einen Dritten anfallenden Kosten lassen sich daher nicht vorbringen, besonders, da kaum ersichtlich ist, inwiefern eine solche Übertragung mit höheren Kosten verbunden sein sollte als die Herausgabe an die betroffene Person.[1337]

C. Datenformat

38 Art. 28 DSG sieht die Herausgabe oder Übertragung in einem **gängigen elektronischen Format** vor. Dabei soll es sich um Datenformate handeln, die es ermöglichen, dass die Daten mit verhältnismässigem Aufwand übertragen und von der betroffenen Person oder einem anderen Verantwortlichen weiterverwendet werden (siehe Art. 21 Abs. 1 DSV).

39 Da diese Konkretisierung kaum hilfreich ist, ist **die Bestimmung in Art. 20 DSGVO heranzuziehen**, auch wenn sich der Schweizer Wortlaut eher an demjenigen des Auskunftsrechts in Art. 15 Abs. 3 DSGVO orientierte.[1338] Art. 20 DSGVO spricht von einem «strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format».

1. Gängig

40 Gängig ist ein Format, wenn es in der jeweiligen Branche für die betreffende Art der Daten und im relevanten geografischen Gebiet verbreitet ist.[1339]

1334 Siehe allerdings BJ, Erläuternder Bericht DSV, S. 48, das in der Schweiz ebenfalls von einem Behinderungsverbot ausgeht.

1335 Krause, S. 19; siehe dazu Mätzler, Rz. 141.

1336 A.A. jedoch PC-Béguin, Art. 28 DSG N. 30.

Allerdings ist dabei nicht zu stark auf das geografische Gebiet abzustellen. Die Schweiz ist in der globalisierten Datenwirtschaft keine Technikinsel und das Erfordernis der Gängigkeit würde dadurch unnötig hoch angesetzt.[1340] Gängigkeit entspricht auch nicht dem Stand der Technik. Von Bedeutung ist nicht, welches Format am «besten» erscheint, sondern was **am verbreitetsten ist** und sich damit praktisch bewährt hat.[1341] Mithin liegt Gängigkeit vor, wenn sich ein Format als Standard durchgesetzt hat.[1342] Es ist somit primär auf Branchenstandards und -üblichkeit abzustellen.

Davon auszunehmen sind jedoch **proprietäre Formate**, welche zwar möglicherweise verbreitet, aber nur zu hohen Kosten lizenzierbar sind.[1343] Sie sind nicht als gängig zu betrachten, ebenso wenig wie lediglich intern verwendete Formate.[1344] Umgekehrt sind **offene Formate nicht per se gängig**, sondern müssen allgemein gebräuchlich und verbreitet sein.[1345] Existieren (noch) keine gängigen Formate in einem bestimmten Sektor, sollte der Verantwortliche auf solche allgemein gebräuchlichen offenen Formate zurückgreifen, etwa XML, JSON oder CSV.[1346] 41

Die Gängigkeit ist aus der **Perspektive des passivlegitimierten Verantwortlichen** zu beurteilen: Eine DICOM-Datei (für Digital Imaging and Communications in Medicine, mit der Dateiendung .dcm) kann für eine Patientin ungewöhnlich sein, ist aber in der Radiologie gängig.[1347] Dies gilt auch, wenn der Verantwortliche in einer anderen Branche tätig ist als der Dritte, dem die Daten übertragen werden sollen. Dies kann allerdings ein tatsächliches Hindernis für eine Übertragung über Sektoren hinweg darstellen.[1348] 42

1337.Thouvenin/Weber/Früh, S. 173.
1338Mätzler, Rz. 206.
1340Mätzler, Rz. 207.
1341.Krause, S. 15; den Stand der Technik berücksichtigend Fix, S. 181 m.w.N.
1342BSK-Laux/Steiner, Art. 28 DSG N. 48.
1343Artikel 29-Datenschutzgruppe, S. 21; Krause, PinG 2019 S. 14; BeckOK DSR-von Lewinski, Art. 20 DSGVO N. 77.
1344Artikel 29-Datenschutzgruppe, S. 21; Krause, S. 14; BeckOK DSR-von Lewinski, Art. 20 DSGVO N. 77; Mätzler, Rz. 146; a.A. hingegen Fix, S. 187 m.w.N., nach welchem auch proprietäre, verbreitete Formate grundsätzlich das Merkmal der Gängigkeit erfüllen können.
1345BeckOK DSR-von Lewinski, Art. 20 DSGVO N. 77.
1346Artikel 29-Datenschutzgruppe, S. 21.
1347.Drepper/Schlünder/Buckow, S. 189; Fix, S. 316 f.
1348.Weitergehend Mätzler, Rz. 148 m.w.N.

2. Elektronisch

43 Ein elektronisches Format entspricht in der Sache der Maschinenlesbarkeit unter der DSGVO. Dort wird die Maschinenlesbarkeit als ein eigentliches «Formerfordernis» für die digitale Gesellschaft betrachtet, da erst diese eine maschinelle Verarbeitung von Informationen durch Computer ermögliche.[1349] Da das Recht auf Datenportabilität auf die Datenwirtschaft abzielt, muss das Format das automatische Einlesen der Daten in ein Computersystem in strukturierter Form sicherstellen.[1350] Die Daten sollen somit **elektronisch verarbeitbar** sein und automatisiert weiterverarbeitet werden können.[1351]

44 Punktuell kann die Schweizer Regelung jedoch enger sein als die Maschinenlesbarkeit. Während unter der DSGVO bisweilen diskutiert wird, ob Computerausdrucke wegen der technischen Möglichkeit zur automatisierten Texterkennung (sog. optical character recognition; OCR) als maschinenlesbar gelten sollen, sind diese unter dem DSG klarerweise nicht als ein elektronisches Format einzustufen.[1352]

3. Kein Interoperabilitätserfordernis

45 Aus den Vorgaben zum Datenformat ergibt sich kein Interoperabilitätserfordernis.[1353] Interoperabilität bezieht sich ohnehin nicht auf Daten(-formate), sondern auf Systeme, welche in einem bidirektionalen Austausch stehen.[1354] Notwendig wäre dafür also nicht nur der Austausch von Daten, sondern auch die **Interaktion über unterschiedliche Systeme hinweg**.[1355] So kann ein soziales Netzwerk einer Nutzerin etwa ermöglichen, ihre Fotos auf eine andere Anbieterin zu portieren. Interoperabilität zwischen zwei sozialen Netzwerken wäre demgegenüber erst erreicht, wenn bspw. ein Kommentar unter einem Foto auf einem anderen sozialen Netzwerk angezeigt und mit diesem interagiert werden könnte (etwa durch einen neuen Kommentar).[1356] Die unterschiedlichen Systeme müssen also nicht nur in der

1349 Brorsen/Falk, S. 8.
1350 Rosenthal, Rz. 131
1351 Götzinger/Vasella, S. 49.
1352 Mätzler, Rz. 206; ähnlich Landolt, S. 169.
1353 CR-Benhamou, Art. 28 DSG N. 31; Götzinger/Vasella, S. 48.
1354 Ausführlich hierzu Mätzler, Rz. 113 f.
1355 Engels, S. 4.
1356 Ähnlich Engels, S. 4.

Lage sein, Daten auszutauschen, sondern sich darüber hinaus einig sein, welche Bedingungen für diese Daten gelten.

Art. 21 Abs. 2 DSV stellt in diesem Sinn klar, dass mit dem Portabilitätsrecht **keine Pflicht** für den Verantwortlichen besteht, technisch kompatible Datenbearbeitungssysteme zu übernehmen oder beizubehalten. Diese Pflicht gibt es selbstredend auch nicht für Dritte, die die portierten Daten gar nicht erst übernehmen müssen. Auch eine Pflicht zur Schaffung einer Interoperabilität zwischen Systemen ergibt sich aus den Vorgaben des DSG und der DSV nicht.[1357] 46

Das BJ regt in seinen Erläuterungen zudem an, dass die übermittelten Informationen in interoperablen Formaten mit geeigneten und verständlichen Metadaten genau beschrieben werden sollen, damit sie sinnvoll in ein neues System übernommen werden können.[1358] Die Metadaten sollen dabei umfangreich genug sein, um die Nutzung und Wiederverwendung der Daten zu ermöglichen, ohne Geschäftsgeheimnisse offenzulegen.[1359] Damit wird eine Pflicht zur Aufbereitung von (neuen) Metadaten suggeriert, der nicht zu folgen ist. Art. 28 DSG begründet lediglich, und gerade auch mit Blick auf Art. 21 Abs. 2 DSV, einen **Anspruch auf die Daten** *«as is»*. Davon sind auch allfällige Metadaten erfasst, die es etwa ermöglichen, einen grösseren Datensatz zu strukturieren. Eine Pflicht zur Ergänzung der Metadaten (mitunter um Daten, die der Verantwortliche möglicherweise in seinem System gar nicht benötigt) lässt sich daraus jedoch nicht ableiten.[1360] Dies vor allem, da die Schweizer Regelung, anders als Art. 20 DSGVO, eine Strukturiertheit gerade nicht ausdrücklich als Erfordernis nennt. Zudem kann sich je nach (gängigem) Format unterscheiden, welche Metadaten technisch überhaupt in einem Format enthalten sein können.[1361] Es müssen daher nur diejenigen Metadaten der Betroffenen herausgegeben werden, die in einem gängigen elektronischen Format i. S. v. Art. 28 DSG enthalten sind. 47

1357 OFK-Bieri/Heymann/Odermatt, Art. 28 DSG N. 26; Götzinger/Vasella, S. 48 f.; BSK-Laux/Steiner, Art. 28 DSG N. 49 und 57; Landolt, S. 170 f.; Laux, S. 167; a.A. wohl PC-Béguin, Art. 28 DSG N. 53, der davon ausgeht, dass Formate interoperabel sein müssen, wenn sie in einem «gängigen elektronischen Format» herausgegeben werden müssen.

1358 BJ, Erläuternder Bericht DSV, S. 47; den Bericht ebenfalls aufgreifend SHK-Baeriswyl, Art. 28 DSG N. 19; Cattaneo, S. 64.

1359 BJ, Erläuternder Bericht DSV, S. 47.

1360 Ebenfalls kritisch hierzu OFK-Bieri/Heymann/Odermatt, Art. 28 DSG N. 26; ähnlich auch für die DSGVO Fix, S. 277.

V. MODALITÄTEN (ABS. 3 UND DSV)

48 Art. 28 Abs. 3 DSG sieht vor, dass der Verantwortliche die Personendaten grundsätzlich kostenlos portieren muss. Zudem konkretisiert Art. 22 DSV Frist, Zuständigkeit und weitere Modalitäten. Art. 22 DSV beschränkt sich indes darauf, sinngemäss auf die **Modalitäten des Auskunftsrechts** zu verweisen, ohne sich inhaltlich mit dem Recht auf Datenportabilität zu befassen. Im Grundsatz kann daher auf die Ausführungen zum Auskunftsrecht verwiesen werden.[1362]

A. Form und Frist

49 Art. 22 i. V. m. Art. 16 Abs. 1 DSV verlangt von der betroffenen Person ein **schriftliches Gesuch**. Darin hat sich die Person zu identifizieren (Art. 22 i. V. m. Art. 16 Abs. 5 DSV). Möglich ist dies etwa, indem sie ihrem Gesuch eine Ausweiskopie beilegt. Häufiger dürfte die Identifizierung aber dadurch erfolgen, dass die betroffene Person das Gesuch **direkt von ihrem (eingeloggten) Account** beim Verantwortlichen aus stellt.[1363] In diesen Fällen sollte der Verantwortliche mit Blick auf die Vorgaben zur Datensicherheit jedoch besondere Vorkehrungen treffen (etwa indem er Mechanismen zur Erkennung ungewöhnlicher Anmeldeversuche von fremden IP-Adressen implementiert).[1364] Mit dem Einverständnis des Verantwortlichen kann das Begehren zudem auch mündlich gestellt werden, was allerdings selten vorkommen dürfte.

50 Die Portierung muss **innert 30 Tagen seit Eingang des Gesuchs** erfolgen (Art. 22 i. V. m. Art. 18 Abs. 1 DSV). Kann die Portierung nicht innert dieser Frist erfolgen, muss der Verantwortliche die betroffene Person darüber informieren und mitteilen, innert welcher Frist die Portierung erfolgen kann

---

1361. Bspw. enthalten unkomprimierte digitale Audiodateien wie PCM neben ihrem Dateinamen keine Metadaten, während sich etwa die (freilich gängigeren) MP3-Dateien mittels sog. «ID3-Tags» mit einer Vielzahl an Metadaten (etwa Titel, Interpret, Album, Genre usw.) ausstatten lassen, siehe https://perma.cc/QG38-UDSB und https://perma.cc/2CM4-HKEF.

1362 OK-Steiger, Art. 25 DSG N. 1 ff.

1363 Artikel 29-Datenschutzgruppe, S. 16 f.; zu den Aspekten der Datensicherheit Swire/Lagos, S. 374 f.

1364 Artikel 29-Datenschutzgruppe, S. 16 f.; zu den Aspekten der Datensicherheit Swire/Lagos, S. 374 f.

(Art. 22 i. V. m. Art. 18 Abs. 2 DSV). Auch eine mögliche Einschränkung ist innert derselben Frist mitzuteilen (Art. 22 i. V. m. Art. 18 Abs. 3 DSV).[1365]

Ein kontinuierlicher oder periodischer Datenfluss ist nicht geschuldet. Auch ein unbeschränkter Datenzugang für die betroffene Person oder den anderen Verantwortlichen (etwa durch einen Zugang auf eine Schnittstelle) muss der Verantwortliche nicht gewähren.[1366] Das Recht auf Datenportabilität ist als **statischer Übertragungsmechanismus** konzipiert und vermittelt damit lediglich eine «Momentaufnahme».[1367] 51

Wie das Auskunftsrecht kann somit auch das Recht auf Datenportabilität grundsätzlich **in jeder Form** gewährt werden. Möglich ist etwa der postalische Versand eines USB-Sticks oder der elektronische Versand per E-Mail.[1368] Möglich ist zudem, gerade bei grösseren Datensätzen, dass der Verantwortliche eine Anbindung an eine API[1369] oder die Möglichkeit des Downloads direkt von seinen Servern anbietet (bspw. von einem SFTP-Server, einer sicheren Web-Schnittstelle oder einem Web-Portal).[1370] 52

B. Zuständigkeit

Der Anspruch auf Datenportabilität richtet sich **gegen den Verantwortlichen**, auch wenn die Daten bei einem Auftragsbearbeiter gespeichert sind.[1371] Gibt es mehrere Verantwortliche, kann die betroffene Person ihr Recht bei jedem einzeln geltend machen (Art. 22 i. V. m. Art. 17 Abs. 1 DSV). Die Verantwortlichen sind dabei jeweils verpflichtet, das Gesuch zu behandeln und nicht bloss weiterzuleiten.[1372] Auftragsbearbeiter müssen den Verantwortlichen bei der Beantwortung der Anfrage unterstützen oder sie, im Auftrag des Verantwortlichen, beantworten (Art. 22 i. V. m. Art. 17 Abs. 2 DSV). Der Auftragsbearbeiter muss dem Verantwortlichen mithin portabilitätsrelevante Daten liefern, wenn dieser nicht selbst darüber verfügt.[1373] 53

1365 Dazu OK-Mätzler, Art. 29 DSG N. 1 ff.
1366 Mätzler, Rz. 212.
1367 Landolt, S. 173.
1368 CR-Benhamou, Art. 28 DSG N. 35.
1369 PC-Béguin, Art. 28 DSG N. 47; BJ, Erläuternder Bericht DSV, S. 48.
1370 Artikel 29-Datenschutzgruppe, S. 19 und 22; Mätzler, Rz. 213.
1371 BSK-Laux/Steiner, Art. 28 DSG N. 7.
1372 BJ, Erläuternder Bericht DSV, S. 42.
1373 BJ, Erläuternder Bericht DSV, S. 42.

C. Kostenlosigkeit

54 Der Verantwortliche hat die Daten **kostenlos** herauszugeben oder zu übertragen (Art. 28 Abs. 3 DSG). Ausnahmsweise ist eine **Beteiligung von bis zu CHF 300 zulässig**, wenn die Portierung mit einem unverhältnismässigen Aufwand verbunden ist (Art. 22 i. V. m. Art. 19 Abs. 1 und 2 DSV).[1374] Dies kann etwa dann der (seltene) Fall sein, wenn eine aufwändige Triage zwischen Drittdaten und denjenigen der betroffenen Person nötig ist.[1375] Die Höhe der Beteiligung muss der Verantwortliche der betroffenen Person vorab mitteilen (Art. 22 i. V. m. Art. 19 Abs. 3 DSV).

Bemerkung:

Struktur und Inhalt dieser Kommentierung orientieren sich an der Dissertation des Autors zum Recht auf Datenportabilität. In den Fussnoten wird nur dann spezifisch darauf verwiesen, wenn sich darin vertiefende Ausführungen finden.

LITERATURVERZEICHNIS

Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz (DSG), 2. Aufl., Bern 2023 (zit.: SHK-Autor/in, Art. ... DSG N. ...).

Benhamou Yaniv/Cottier Bertil (Hrsg.), Petit commentaire LPD, Loi sur la protection des données, Basel 2023 (zit.: PC-Autor/in, Art. ... DSG N. ...).

Berners-Lee Tim, Long Live the Web, Scientific American 2010, 80–85.

Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz mit weiteren Erlassen, Zürich 2023 (zit.: OFK-Autor/in, Art. ... DSG N. ...).

Bieri Adrian/Powell Julian, Die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz, Jusletter 16.11.2020.

Brorsen Hans/Falk Richard, Die «Maschinenlesbarkeit» von Informationen, Unter der Haube der EU-Digitalregulierung, MMR 2025, 7–12.

Cattaneo Gianni, Legge federale sulla protezione dei dati (nLPD) e Ordinanza sulla protezione dei dati (nOPDa): struttura, principi e obblighi nel settore

1374.SHK-Baeriswyl, Art. 28 DSG N. 33.

privato, in: Bernasconi Giorgio A./Pasucci Paola (Hrsg.), Protezione dei dati personali: orizzonte 2023, Introduzione alle nuove norme di livello federale e cantonale, Basel 2024, 3–67.

Drepper Johannes/Schlünder Irene/Buckow Karoline, Praktische Umsetzbarkeit der Datenportabilität im Bereich der medizinischen Forschung, in: Stiftung Datenschutz, Praktische Umsetzung des Rechts auf Datenübertragbarkeit, Rechtliche, technische und verbraucherbezogene Implikationen, 3. Aufl., Leipzig 2018, 178–196.

Ehmann Eugen/Selmayr Martin (Hrsg.), Beck'scher Kurz-Kommentar zur Datenschutz-Grundverordnung, 3. Aufl., München 2024 (zit.: KUKO-Autor/in, Art. ... DSGVO N. ...).

Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich et al. 2023 (zit.: SGK-Autor/in, Art. 13 BV N. ...).

Engels Barbara, Data portability among online platforms, Internet Policy Review 2/2016, 1–17.

Expertengruppe zur Zukunft der Datenbearbeitung und Datensicherheit, Bericht vom 17.8.2018, <https://perma.cc/YB65-ECG9> (zit.: Expertengruppe Zukunft).

Fix Alexander Daniel, Das Recht auf Datenportabilität, Art. 20 DSGVO als Schnittstelle zwischen Wettbewerbsförderung und Datenschutz, Berlin 2022.

Götzinger Lena/Vasella David, Datenportabilität und ihre Umsetzung, SZW 2021, 40–51.

Kratz Alexander, Datenportabilität und «Walled Gardens», InTeR 2019, 26–31.

Krause Peter, Datenportabilität, Pflichten für Verantwortliche im Rahmen des Rechts auf Datenübertragbarkeit (Teil 2), PinG 2019, 13–20.

Landolt Robin, Datenkooperationen, Der unternehmensübergreifende Zugang zu Daten im Spannungsfeld zwischen Datenschutz und Wettbewerbsförderung, Zürich 2024.

Laux Christian, Das Recht auf Datenportabilität, digma 2019, 166–170.

1375.EDÖB, S. 7; dies ebenfalls aufgreifend PC-Béguin, Art. 28 DSG N. 51.

Mahon Pascal, Le droit à l'intégrité numérique : réelle innovation ou simple évolution du droit ? Le point de vue du droit constitutionnel, in: Guillaume Florence/Mahon Pascal (Hrsg.), Le droit à l'intégrité numérique, Basel 2021, 43–63.

Mätzler Samuel, Das Recht auf Datenportabilität, Eine rechtsvergleichende Untersuchung von Art. 28 DSG anhand dreier Datenökosysteme, Zürich 2026.

Meier Philippe/Métille Sylvain (Hrsg.), Loi fédérale sur la protection des données, Commentaire Romand, Basel 2023 (zit.: CR-Autor/in, Art. ... DSG N. ...).

Métille Sylvain, Loi fédérale sur la protection des données révisée : principes généraux et nouveautés, in: Défago Valérie/Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal/Posse-Ousmane Samah/Raedler David (Hrsg.), La protection des données dans les relations de travail à la lumière de la nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Genf et al. 2024, 3–47.

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter 16.11.2020.

Schweitzer Heike, Datenzugang in der Datenökonomie: Eckpfeiler einer neuen Informationsordnung, GRUR 2019, 569–579.

Sperlich Tim, Informationelle Selbstbestimmung zwischen Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, Eine Analyse und Beurteilung der Wechselwirkungen zwischen dem Wettbewerbs- und Datenschutzrecht, Berlin 2021.

Steiner Thomas, Zwischen Autonomie und Angleichung, Eine Analyse zur Anwendung des neuen DSG im Lichte der DSGVO, in: Widmer Michael (Hrsg.), Datenschutz, Rechtliche Schnittstellen, Zürich 2023, 51–138.

Steiner Thomas/Morand Anne-Sophie/Hürlimann Daniel (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz, Version vom 31.7.2023 (zit.: OK-Autor/in, Art. ... DSG N. ...).

Swire Peter P./Lagos Yianni, Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique, Maryland Law Review 2013, 335–380.

Swiss Data Alliance, Leitlinie zur Umsetzung der Datenübertragbarkeit in der Schweiz, Version 1.0 vom 20.8.2020.

Thouvenin Florent, Informationelle Selbstbestimmung: Intuition, Illusion, Implosion, ZSR Beiheft 2023.

Thouvenin Florent/Weber Rolf H./Früh Alfred, Elemente einer Datenpolitik, Zürich et al. 2019.

Vasella David/Blechta Gabor-Paul (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz und Öffentlichkeitsgesetz, 4. Aufl., Basel 2024 (zit.: BSK-Autor/in, Art. ... DSG N. ...).

Weber Rolf H./Thouvenin Florent, Gutachten zur Möglichkeit der Einführung eines Datenportabilitätsrechts im schweizerischen Recht und zur Rechtslage bei Personal Information Management Systems (PIMS) vom 22.12.2017.

Wolff Heinrich Amadeus/Brink Stefan/von Ungern-Sternberg Antje (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 53. Aufl., München 2025 (zit.: BeckOK DSR-Autor/in, Art. ... DSGVO N. ...).

Ziegler Noémi/Vasella David, Informationelle Selbstbestimmung, Was leistet das Datenschutzrecht für die Selbstbestimmung der Betroffenen?, digma 2019, 158–164.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Artikel 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zum Recht auf Datenübertragbarkeit, WP 242 rev.01, zuletzt überarbeitet und angenommen am 5.4.2017.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 6941 ff. (zit.: Botschaft DSG 2017).

Bundesamt für Justiz, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016 (zit.: BJ, Erläuternder Bericht VE-DSG).

Bundesamt für Justiz, Erläuternder Bericht Verordnung über den Datenschutz (Datenschutzverordnung, DSV) vom 31.8.2022 (zit.: BJ, Erläuternder Bericht DSV).

Bundesamt für Kommunikation, «Massnahmen für eine zukunftsorientierte Datenpolitik der Schweiz», Medienmitteilung vom 9.5.2018, <https://perma.cc/VJE24KLZ> (zit.: BAKOM, Medienmitteilung vom 9.5.2018).

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Das neue Datenschutzgesetz aus Sicht des EDÖB vom 9.2.2021 (zit.: EDÖB).

Fahne 17.059, Datenschutzgesetz, Teilrevision und Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, Entwurf 3 Herbstsession 2019, Beschluss Nationalrat, <https://perma.cc/JQL2-XP5J> (zit.: Fahne 17.059, Beschluss Nationalrat).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 29 DSG

Eine Kommentierung von Samuel Mätzler

ZITIERVORSCHLAG

Samuel Mätzler, Kommentierung zu Art. 29 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Mätzler, Art. 29 DSG N. XXX.

Art. 29 Einschränkungen des Rechts auf Datenherausgabe oder -übertragung

[1] Der Verantwortliche kann die Herausgabe oder Übertragung der Personendaten aus den in Artikel 26 Absätze 1 und 2 aufgeführten Gründen verweigern, einschränken oder aufschieben.

[2] Der Verantwortliche muss angeben, weshalb er die Herausgabe oder Übertragung verweigert, einschränkt oder aufschiebt.

GLIEDERUNG

In Kürze 483
I. Allgemeines 483
A. Normzweck und Hintergrund 483
B. Rechtsvergleichende Hinweise 484
II. Einschränkungsgründe (Abs. 1 i. V. m. Art. 26) 485
A. Gesetzliche Grundlage, namentlich Berufsgeheimnisse (Art. 26 Abs. 1 lit. a) 485
B. Überwiegende Interessen Dritter (Art. 26 Abs. 1 lit. b) 485
C. Offensichtliche Unbegründetheit (Art. 26 Abs. 1 lit. c) 486
D. Weitere Einschränkungsgründe (Art. 26 Abs. 2) 487
III. Rechtsfolge 488
IV. Begründungspflicht (Abs. 2) 488
Literaturverzeichnis 489
Materialienverzeichnis 490

IN KÜRZE

Art. 29 DSG adressiert die möglichen Gründe für eine Einschränkung des Rechts auf Datenherausgabe oder -übertragung nach Art. 28 DSG. Dabei wird auf die Einschränkungsgründe des Auskunftsrechts verwiesen. Dies soll verhindern, dass die betroffene Person mit dem Recht auf Datenportabilität an Daten gelangen kann, die nicht dem Auskunftsrecht unterliegen. Allerdings trägt der pauschale Verweis auf das Auskunftsrecht der Charakteristik des Rechts auf Datenportabilität zu wenig Rechnung, was in verschiedenen Fällen zu Unstimmigkeiten führen kann.

I. ALLGEMEINES

A. Normzweck und Hintergrund

Art. 29 DSG legt fest, aus welchen Gründen ein Verantwortlicher die Datenherausgabe oder -übertragung nach Art. 28 DSG (auch Recht auf Datenportabilität genannt) einschränken kann. Die Bestimmung führt diese Gründe allerdings nicht eigenständig auf, sondern verweist auf die **Einschränkungsgründe des Auskunftsrechts** in Art. 26 Abs. 1 und 2 DSG. Aus diesem Grund lassen sich die dortigen Ausführungen grösstenteils beim Portabilitätsrecht heranziehen.[1376] 1

Der pauschale Verweis auf die Einschränkungsgründe des Auskunftsrechts ist nicht unumstritten, da die beiden Betroffenenrechte **verschiedene Ziele verfolgen**[1377] und die Einschränkungsgründe nicht immer auf die **unterschiedlichen Anwendungsfälle** passen.[1378] Immerhin lässt sich durch den Verweis allerdings verhindern, dass die Einschränkungen des Auskunftsrechts mithilfe des Datenportabilitätsrechts umgangen werden können.[1379] 2

Gemeinsam mit dem Recht auf Datenportabilität wurde Art. 29 DSG anlässlich der DSG-Revision erst in der **parlamentarischen Beratung** 3

1376. Siehe OK-Steiger, Art. 26 DSG N. 1 ff.

1377. Ebenso SHK-Baeriswyl, Art. 29 DSG N. 1; weitergehend zum Normzweck des Portabilitätsrechts OK-Mätzler, Art. 28 DSG N. 3 ff.

1378. Ebenfalls kritisch BSK-Laux/Steiner, Art. 29 DSG N. 6.

1379. OFK-Bieri/Heymann/Odermatt, Art. 29 DSG N. 1; Götzinger/Vasella, S. 46; Landolt, S. 176.

eingefügt.[1380] Die Bestimmung wurde nicht gesondert beraten und war unumstritten.

B. Rechtsvergleichende Hinweise

4 Art. 29 DSG wurde **sinngemäss aus der DSGVO** übernommen. Allerdings kennt die DSGVO keine gesonderte Bestimmung. Vielmehr schränkt die DSGVO das Recht auf Datenportabilität an unterschiedlichen Stellen ein. Nach Art. 12 Abs. 5 UAbs. 1 DSGVO kann der Verantwortliche eine Datenübertragung bei offenkundig unbegründeten oder exzessiven Anträgen an ein angemessenes Entgelt koppeln (lit. a) oder ganz verweigern (lit. b). Er hat dabei den Nachweis für den missbräuchlichen Charakter des Antrags zu erbringen (Art. 12 Abs. 5 UAbs. 2 DSGVO).

5 Nach Art. 20 Abs. 4 DSGVO darf das Portabilitätsrecht die **Rechte und Freiheiten anderer Personen** nicht beeinträchtigen. Davon ist nach wohl überwiegender Ansicht auch der Verantwortliche erfasst.[1381] Damit kann das Portabilitätsrecht unter der DSGVO durch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse oder geistiges Eigentum, etwa Urheberrechte, beschränkt werden.[1382]

6 Weiter enthält die DSGVO in Art. 20 Abs. 3 Satz 2 einen **ausdrücklichen Ausschluss** für Verarbeitungen, die im öffentlichen Interesse liegen oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgen. Darüber hinaus können unter den Voraussetzungen von Art. 23 DSGVO im Unionsrecht oder im Recht eines Mitgliedsstaats weitere Einschränkungen vorgesehen werden. Im Einklang mit Art. 85 Abs. 2 und Art. 89 Abs. 3 DSGVO sind ferner weitere Abweichungen möglich, die das Recht auf Datenportabilität in bestimmten Konstellationen einschränken können.

1380 Siehe Fahne 17.059, Beschluss Nationalrat; weitergehend OK-Mätzler, Art. 28 DSG N. 10 f.

1381 Artikel 29-Datenschutzgruppe, S. 14 f.; KRKomm-Munz, Art. 20 DSGVO N. 53; GK-Piltz, Art. 20 DSGVO N. 38.

1382 Artikel 29-Datenschutzgruppe, S. 14; KRKomm-Munz, Art. 20 DSGVO N. 55 m.w.N.

II. EINSCHRÄNKUNGSGRÜNDE (ABS. 1 I. V. M. ART. 26)

A. Gesetzliche Grundlage, namentlich Berufsgeheimnisse (Art. 26 Abs. 1 lit. a)

Eine Einschränkung des Portabilitätsrechts ist zulässig, wenn dies ein Gesetz im formellen Sinn vorsieht (Art. 29 Abs. 1 i. V. m. Art. 26 Abs. 1 lit. a DSG). Eine solche gesetzliche Grundlage hat sich auf das Recht auf Datenportabilität zu beziehen und wäre **im Einzelfall zu prüfen**.[1383] Bislang existieren allerdings keine entsprechenden gesetzlichen Grundlagen. 7

Die sich auf das Auskunftsrecht beziehende Bestimmung führt exemplarisch den Schutz eines Berufsgeheimnisses auf. Damit wird sichtbar, dass der Verweis auf das Auskunftsrecht **wenig überzeugt**, denn das Portabilitätsrecht erfasst nur Daten, die sich auf die betroffene Person beziehen und auch von ihr dem Verantwortlichen bekanntgegeben wurden.[1384] Berufsgeheimnisse sollen hingegen primär diese betroffene Person schützen.[1385] Da die betroffene Person ihr Portabilitätsrecht stets auf eigene Initiative ausübt und folglich eine Einwilligung vorliegt, wird das Berufsgeheimnis nicht verletzt (siehe Art. 321 Ziff. 2 StGB).[1386] 8

B. Überwiegende Interessen Dritter (Art. 26 Abs. 1 lit. b)

Der Verantwortliche kann das Portabilitätsrecht einschränken, wenn dies aufgrund überwiegender Interessen Dritter erforderlich ist (Art. 29 Abs. 1 i. V. m. Art. 26 Abs. 1 lit. b DSG). Hierbei steht der **Doppel- oder Drittbezug** von Daten im Vordergrund, aber auch Geschäftsgeheimnisse oder Immaterialgüterrechte Dritter sind denkbar.[1387] Einschränkungen aufgrund der Interessen des Verantwortlichen sind demgegenüber unter Art. 26 Abs. 2 DSG zu berücksichtigen.[1388] 9

Hinsichtlich der Interessen Dritter muss eine **Güterabwägung** erfolgen. Dass die Interessen Dritter überwiegen, sollte nicht leichthin angenommen 10

1383 SHK-Baeriswyl, Art. 29 DSG N. 2.
1384 Siehe zum Spezialfall der sog. Drittdaten OK-Mätzler, Art. 28 DSG N. 15 f.
1385 SHK-Baeriswyl, Art. 29 DSG N. 3.
1386 Im Kontext einer medizinischen Behandlung Erard/di Tria, Rz. 18; Mätzler, Rz. 511.
1387 OFK-Bieri/Heymann/Odermatt, Art. 29 DSG N. 6 f.; siehe auch Landolt, S. 178 ff., der faktisch eine Prüfpflicht für den Verantwortlichen sieht.

werden: Es handelt sich bei den in Frage stehenden Daten stets um solche, die sich (zumindest auch) auf die betroffene Person beziehen und dabei um solche, die ohnehin von dieser dem Verantwortlichen bekanntgegeben wurden.[1389] Mit Blick auf die gesetzgeberische Entscheidung, die betroffene Person mit dem Recht auf Datenportabilität über «ihre» Daten disponieren zu lassen, darf der Einschränkungsgrund daher **nicht zu weit verstanden** werden.[1390] Allerdings trifft ebenfalls zu, dass im Zweifelsfall der Verantwortliche eine mögliche Verletzung des Rechts auf Datenportabilität – welches unter dem DSG keiner Sanktionierung unterliegt – eher in Kauf nehmen dürfte als die Verletzung von Drittrechten.[1391]

C. Offensichtliche Unbegründetheit (Art. 26 Abs. 1 lit. c)

11 Ist ein Gesuch offensichtlich unbegründet, kann der Verantwortliche das Recht auf Datenportabilität ebenfalls einschränken (Art. 29 Abs. 1 i. V. m. Art. 26 Abs. 1 lit. c DSG). Exemplarisch nennt der auf das Auskunftsrecht zugeschnittene Art. 26 DSG die Fälle, in welchen ein Gesuch einen **datenschutzwidrigen Zweck** verfolgt oder **offensichtlich querulatorisch** ist. Die Möglichkeit, bei einem datenschutzwidrigen Zweck die Portierung einzuschränken, ist allerdings mit Blick auf die datenschutz- und wettbewerbsrechtlichen Ziele[1392] nur schwer mit dem Portabilitätsrecht vereinbar. Das Recht auf Datenportabilität zielt unter anderem auf einen freien Datenfluss ab, weshalb ein Gesuch **nicht leichthin als offensichtlich unbegründet** gelten sollte.[1393] Auch dieser Verweis auf das Auskunftsrecht ist somit unbefriedigend. Das Portabilitätsrecht soll es ermöglichen, Daten möglichst standardisiert und befreit von Einzelfallgerechtigkeit zwischen unterschiedlichen Akteuren zu transferieren.[1394] Entsprechend ist unklar, in welchen Fällen der Verantwortliche unter diesem Titel ein Gesuch verweigern darf.

12 Von einer Unbegründetheit ist aber immerhin etwa dann auszugehen, wenn das Portabilitätsrecht **rechtsmissbräuchlich** ausgeübt wird. Genannt wird

1388 SHK-Baeriswyl, Art. 29 DSG N. 5.
1389 Ähnlich CR-Benhamou, Art. 29 DSG N. 8.
1390 Siehe auch SHK-Baeriswyl, Art. 29 DSG N. 4, der generell keine Möglichkeit für überwiegende Drittinteressen sieht.
1391 Landolt, S. 179 f.
1392 Siehe dazu OK-Mätzler, Art. 28 DSG N. 3 ff.
1393 SHK-Baeriswyl, Art. 29 DSG N. 6.

ferner der Fall einer **Beweisbeschaffung** gegen den Verantwortlichen in einem Zivilprozess.[1395]

D. Weitere Einschränkungsgründe (Art. 26 Abs. 2)

Art. 29 Abs. 1 DSG verweist zudem auf Art. 26 Abs. 2 DSG. Dort sind für private Personen (lit. a) und für Bundesorgane (lit. b) weitere Einschränkungsgründe vorgesehen. Da Letztere beim Recht auf Datenportabilität nur selten passivlegitimiert sind, kann den Einschränkungsgründen **für Bundesorgane** von vornherein kaum eine Bedeutung zukommen.[1396] 13

Denkbar ist hingegen, dass ein **privater Verantwortlicher** die Portierung einschränken möchte, weil seine überwiegenden Interessen dies erfordern (lit. a Ziff. 1). Ein Verantwortlicher kann somit unter Art. 29 Abs. 1 i. V. m. Art. 26 Abs. 2 lit. a DSG seine **eigenen Geschäftsgeheimnisse und Immaterialgüterrechte** als Einschränkungsgrund vorbringen.[1397] Dies dürfte insgesamt allerdings nur selten der Fall sein, da nur von der betroffenen Person bekanntgegebene Daten überhaupt vom Recht auf Datenportabilität erfasst und gleichzeitig abgeleitete Daten, d. h. solche die auf einer Leistung des Verantwortlichen basieren, vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sind.[1398] Der Gesetzgeber hat die Interessen des Verantwortlichen im Grundsatz bereits mit der Einführung des Rechts auf Datenportabilität zugunsten der betroffenen Person und des Wettbewerbs zurückgestellt, weshalb dieser nur selten Geschäftsgeheimnisse vorbringen können dürfte.[1399] 14

Will der Verantwortliche die Portierung aufgrund seiner überwiegenden Interessen einschränken, so führt Art. 26 Abs. 2 lit. a DSG eine zusätzliche Voraussetzung auf, die erfüllt sein muss. Der Verantwortliche soll die **Personendaten nicht Dritten bekannt geben** dürfen (lit. a Ziff. 2). Diese Voraussetzung ist allerdings mit dem Recht auf Datenübertragung nach Art. 28 Abs. 2 DSG nicht vereinbar und daher als Einschränkungsvoraussetzung nach 15

1394 BSK-Laux/Steiner, Art. 29 DSG N. 6.
1395 OFK-Bieri/Heymann/Odermatt, Art. 29 DSG N. 8.
1396 Siehe zu den Modalitäten OK-Steiger, Art. 26 DSG N. 21 ff.
1397 OFK-Bieri/Heymann/Odermatt, Art. 29 DSG N. 7.
1398 Dazu OK-Mätzler, Art. 28 DSG N. 18 ff.; im Ergebnis ebenso SHK-Baeriswyl, Art. 29 DSG N. 9.
1399 Ähnlich Rosenthal, Rz. 132.

vorliegender Ansicht **unbeachtlich**.[1400] Ebenfalls möglich ist die Folgerung, dass sich der Verantwortliche gar nicht auf Art. 26 Abs. 2 lit. a DSG stützen kann, wenn die betroffene Person eine Datenübertragung verlangt.[1401]

III. RECHTSFOLGE

16 Liegt ein zulässiger Einschränkungsgrund vor, darf der Verantwortliche die Portierung **verweigern, einschränken oder aufschieben**. Dabei muss der Verantwortliche die Verhältnismässigkeit wahren und das Recht auf Datenportabilität möglichst **umfassend ermöglichen**.[1402] Damit muss vor einer Verweigerung stets ein Aufschub oder eine Einschränkung geprüft werden.

IV. BEGRÜNDUNGSPFLICHT (ABS. 2)

17 Nach Art. 29 Abs. 2 DSG muss der Verantwortliche angeben, weshalb er die Portierung verweigert, einschränkt oder aufschiebt. Dies entspricht der Verpflichtung, der ein Verantwortlicher auch unter dem Auskunftsrecht nachkommen muss (siehe Art. 26 Abs. 4 DSG). Der Verantwortliche muss der betroffenen Person **mitteilen,** *dass* die Portierung verweigert, eingeschränkt oder aufgeschoben wird und dies entsprechend **begründen**.[1403] Dabei gilt ebenfalls eine **Frist von 30 Tagen** seit Eingang des Gesuchs (Art. 22 i. V. m. Art. 18 Abs. 3 DSV). Für Weiteres ist auf die Kommentierung zu Art. 25 DSG zu verweisen.[1404]

Bemerkung:

Struktur und Inhalt dieser Kommentierung orientieren sich an der Dissertation des Autors zum Recht auf Datenportabilität. In den Fussnoten wird nur dann spezifisch darauf verwiesen, wenn sich darin vertiefende Ausführungen finden.

1400 Ebenso Landolt, S. 177.
1401 Rosenthal, Rz. 132.
1402 SHK-Baeriswyl, Art. 29 DSG N. 13.
1403 Botschaft DSG 2017, S. 7070.
1404 OK-Steiger, Art. 25 DSG N. 25 f.

LITERATURVERZEICHNIS

Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz (DSG), 2. Aufl., Bern 2023 (zit.: SHK-Autor/in, Art. ... DSG N. ...).

Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz mit weiteren Erlassen, Zürich 2023 (zit.: OFK-Autor/in, Art. ... DSG N. ...).

Erard Frédéric/di Tria Livio, Consentement aux traitements de données en cabinet médical, Ni libre, ni éclairé, ni nécessaire ?, Jusletter 23.9.2024.

Gola Peter/Heckmann Dirk (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO / BDSG, Kommentar, 3. Aufl., München 2022 (zit.: GK-Autor/in, Art. ... DSGVO N. ...).

Landolt Robin, Datenkooperationen, Der unternehmensübergreifende Zugang zu Daten im Spannungsfeld zwischen Datenschutz und Wettbewerbsförderung, Zürich 2024.

Mätzler Samuel, Das Recht auf Datenportabilität, Eine rechtsvergleichende Untersuchung von Art. 28 DSG anhand dreier Datenökosysteme, Zürich 2026.

Meier Philippe/Métille Sylvain (Hrsg.), Loi fédérale sur la protection des données, Commentaire Romand, Basel 2023 (zit.: CR-Autor/in, Art. ... DSG N ...).

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter 16.11.2020.

Steiner Thomas/Morand Anne-Sophie/Hürlimann Daniel (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz, Version vom 31.7.2023 (zit.: OK-Autor/in, Art. ... DSG N. ...).

Taeger Jürgen/Gabel Detlev (Hrsg.), Kommunikation & Recht Kommentar zu DSGVO/BDSG/TDDDG, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2022 (zit.: KRKomm-Autor/in, Art. ... DSGVO N. ...).

Vasella David/Blechta Gabor-Paul (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz und Öffentlichkeitsgesetz, 4. Aufl., Basel 2024 (zit.: BSK-Autor/in, Art. ... DSG N. ...).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Artikel 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zum Recht auf Datenübertragbarkeit, WP 242 rev.01, zuletzt überarbeitet und angenommen am 5.4.2017.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 6941 ff. (zit.: Botschaft DSG 2017).

Fahne 17.059, Datenschutzgesetz, Teilrevision und Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, Entwurf 3 Herbstsession 2019, Beschluss Nationalrat, <https://perma.cc/JQL2-XP5J> (zit.: Fahne 17.059, Beschluss Nationalrat).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 31 Abs. 2 lit. e DSG

Eine Kommentierung von Philipp do Canto

ZITIERVORSCHLAG

Philipp do Canto, Kommentierung zu Art. 31 Abs. 2 lit. e DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-do Canto, Art. 31 Abs. 2 lit. e DSG N. XXX.

Art. 31 Rechtfertigungsgründe

[1] [...]

[2] Ein überwiegendes Interesse des Verantwortlichen fällt insbesondere in folgenden Fällen in Betracht:

a. [...]

b. [...]

c. [...]

d. [...]

e. Der Verantwortliche bearbeitet die Personendaten für nicht personenbezogene Zwecke, insbesondere für Forschung, Planung oder Statistik, wobei die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

Er anonymisiert die Daten, sobald der Bearbeitungszweck dies erlaubt; ist eine Anonymisierung unmöglich oder erfordert sie einen unverhältnismässigen Aufwand, so trifft er angemessene Massnahmen, um die Bestimmbarkeit der betroffenen Person zu verhindern.

Handelt es sich um besonders schützenswerte Personendaten, so gibt er diese Dritten so bekannt, dass die betroffene Person nicht bestimmbar ist; ist dies nicht möglich, so muss gewährleistet sein, dass die Dritten die Daten nur zu nicht personenbezogenen Zwecken bearbeiten.
Die Ergebnisse werden so veröffentlicht, dass die betroffenen Personen nicht bestimmbar sind.

f. [...]

GLIEDERUNG

In Kürze 494
I. Allgemeines 494
II. Abs. 1, Einwilligung, überwiegendes Interesse, gesetzliche Rechtfertigungsgründe 494
III. Abs. 2 494
A. Allgemeines / Prüfschritte 494
B. Liste der gesetzlichen Fälle 494
1. Lit. a – d 494
2. Lit. e, Bearbeitung für nicht personenbezogene Zwecke 494
a) Nicht personenbezogener Zweck als Grundtatbestand 495
b) Ziffer 1, Anonymisierung oder Pseudonymisierung (Verschlüsselung) 497
c) Ziffer 2, Bekanntgabe an Dritte 498
d) Ziffer 3, Veröffentlichung von Ergebnissen 500
Literaturverzeichnis 500
Materialienverzeichnis 501

IN KÜRZE

[In der Einleitung zum Artikel 31, durch andere/n Bearbeitende/n]

I. ALLGEMEINES

[Allg. zu Art. 31; Vorbem. und Hintergrund, durch andere/n Bearbeitende/n]

II. ABS. 1, EINWILLIGUNG, ÜBERWIEGENDES INTERESSE, GESETZLICHE RECHTFERTIGUNGSGRÜNDE

[zu Art. 31 Abs. 1; durch andere/n Bearbeitende/n]

III. ABS. 2

A. Allgemeines / Prüfschritte

[Allg. zu Abs. 2; durch andere/n Bearbeitende/n]

B. Liste der gesetzlichen Fälle

1. Lit. a – d

[Durch andere/n Bearbeitende/n]

2. Lit. e, Bearbeitung für nicht personenbezogene Zwecke

1 Die Bearbeitung für nicht personenbezogene Zwecke ist jene Vorschrift zu den überwiegenden Interessen, die gegenüber der Vorgängerbestimmung in Art. 13 Abs. 2 lit. e aDSG am meisten ausgeweitet wurde. Neben die bisherige Regelung zur Veröffentlichung von Ergebnissen (neu in Ziff. 3 der Bestimmung, unten N. 15) treten eine Pflicht zur **Anonymisierung oder Pseudonymisierung zum frühestmöglichen Zeitpunkt** (Ziff. 1) sowie als qualifizierter Tatbestand eine Auflage für die Bekanntgabe besonders schützenswerter Personendaten an Dritte (Ziff. 2). Der Regulator setzt damit nicht mehr erst bei der Veröffentlichung der Ergebnisse an, sondern greift unmittelbar ins interne Prozessmanagement während der Bearbeitung ein. Die höhere Regelungsdichte ist einerseits Folge einer gesetzlichen

Konkretisierung bestehender Grundsätze,[1405] andererseits bedeutet sie für Verantwortliche eine Verschärfung der Voraussetzungen bei der Bearbeitung für nicht personenbezogene Zwecke.

a) Nicht personenbezogener Zweck als Grundtatbestand

Das zentrale Tatbestandselement der Bestimmung ist die Bearbeitung für nicht personenbezogene Zwecke. Als nicht personenbezogen werden Zwecke bezeichnet, bei denen die **Identität der betroffenen Person irrelevant** ist. M.a.W. wird der Zweck der Tätigkeit auch erfüllt, wenn anonymisierte oder verschlüsselte Daten bearbeitet würden.[1406] Es besteht ein weites Feld möglicher Bearbeitungszwecke, die unter diesen Rechtfertigungsgrund fallen können.[1407] Erfasst werden nicht nur grosse Personenmengen, vielmehr kann auch die Bearbeitung der Daten einer einzelnen Person oder einer Gruppe nicht personenbezogenen Zwecken dienen, solange es lediglich um die Merkmale und nicht um die Identität geht.[1408] Die Identität der betroffenen Person kann für die Verantwortlichen selber indessen von praktischer Bedeutung sein, etwa im Bereich von Longitudinalstudien, bei denen in regelmässigen Zeitabständen Informationen von betroffenen Personen erhoben werden.[1409] 2

Das Gesetz selber definiert den Begriff des nicht personenbezogenen Zwecks nicht, nennt aber als Beispiele die private **Forschung, Statistik und Planung**. Die Regelung wird denn auch als datenrechtliches «Forschungsprivileg» bezeichnet.[1410] Als Beispiele für Planung werden in der Lehre die Bevölkerungs- sowie die Raum- und Verkehrsplanung erwähnt.[1411] Die Privilegierung dieser Bereiche wird damit begründet, dass sie nicht nur wichtige Entscheidungsgrundlagen für die Wirtschaft liefern, sondern auch vielfältige soziale und öffentliche Bedürfnisse erfüllen.[1412] Die Erwähnung der Bereiche ist nicht abschliessend. Zu denken ist insbesondere an die 3

1405 OFK-Steiner/Laux, Art. 31 N. 34.
1406 Rosenthal/Jöhri (2008), Art. 13 aDSG N. 60.
1407 Vgl. für Beispiele bei HSK aDSG-Wermelinger, Art. 13 Abs. 2 lit. e aDSG N. 27; Rosenthal/Jöhri (2008), Art. 13 aDSG N. 64; ferner zur Gebäude- und Personalplanung, Kasper, S. 238.
1408 BSK-Rampini, Art. 13 aDSG N. 42; Rosenthal/Jöhri (2008), Art. 13 aDSG N. 60.
1409 Rosenthal/Jöhri (2008), Art. 13 aDSG N. 61.
1410 VGer BE vom 19.1.2012, BVR [2012] S. 241 -245, E. 3.2; Volz, S. 56.
1411 BSK-Rampini, Art. 13 aDSG N. 42.
1412 Botschaft 1988, S. 462; BSK-Rampini, Art. 13 aDSG N. 41.

Auswertung von Internet- und App-Nutzungsdaten oder der Einsatz von KI-Modellen im Kontext von Big Data-Analysen, bei der jedes Interesse am Individuum vorweg entfällt.[1413] Andererseits bedeutet die ausdrückliche Erwähnung im Gesetz nicht, dass die Datenbearbeitung in den Bereichen Forschung, Statistik und Planung stets nicht personenbezogenen Zwecken diene. Als Beispiel für personenbezogene Zwecke sei die Präzisionsmedizin genannt, bei der positive Studienergebnisse auch betroffenen Personen zugutekommen sollen. Weitere Tätigkeiten zu anderen Zwecken sind die historische und genealogische Forschung, die nicht unter das Privileg fallen, wenn sie sich auf bestimmte Personen oder Gruppen beziehen.[1414]

4 Die Bestimmung regelt **Datenbearbeitung durch Private**. Erfasst werden demnach etwa die private pharmazeutische Forschung, privatklinische oder von privaten Organisationen getragene Studien, Marktforschung und Planung in Unternehmen.[1415] Infolge Art. 40 DSG fällt auch privatrechtliche Tätigkeit von Bundesorganen unter die Bestimmung. Für staatliche Tätigkeiten gilt Art. 39 DSG, der eine analoge Vorschrift über die Datenbearbeitung für nicht personenbezogene Zwecke durch Bundesorgane enthält.

5 Es werden weiter auch Bearbeitungszwecke vorkommen, die gleichzeitig **personenbezogene als auch nicht personenbezogene Komponenten** aufweisen, namentlich in der Forschung. Bei solchen Tätigkeiten fragt sich, inwiefern der Rechtfertigungsgrund herangezogen werden kann. Für die Bundesorgane hält Art. 35 VDSG fest, dass die Ausnahmen nach Artikel 39 Absatz 2 DSG nur für die Bearbeitung zu den nicht personenbezogenen Zwecken anwendbar sind.[1416] Eine analoge Regelung für private Verantwortliche ist daher nachvollziehbar; sie führt zu einer getrennten datenrechtlichen Betrachtung für unterschiedliche Aspekte einer spezifischen Tätigkeit.

6 Zu beachten ist bei den drei im Gesetz genannten und weiteren Bereichen sodann die **Spezialgesetzgebung**, die je nach Erlass von der pauschalen Verweisungsnorm bis zur Detailregelung reicht.[1417] Ins Gewicht fällt

1413. OFK-Steiner/Laux, Art. 31 N. 37.

1414. Botschaft 1988, S. 462; BSK nDSG-Rampini/Harasgama, Art. 31 N. 61; s.a. Hinweise unter Fn. 3.

1415. HSK aDSG-Wermelinger, Art. 13 Abs. 2 lit. e aDSG, N. 27. Zu Big Data Baeriswyl, Big Data, S. 16.

1416. Erläuterungsbericht, S. 44.

insbesondere das (in Revision stehende)[1418] Humanforschungsrecht mit dem HFG und verwandten Erlassen wie z.B. das Krebsregistrierungsgesetz, die eigene Vorschriften über die Pseudonymisierung sowie Triagebestimmungen betreffend der Anwendung von HFG und DSG enthalten (z.B. Art. 28 KRG).[1419] In der Stromversorgung verweist Art. 17c Abs. 1 StromVG bezüglich des intelligenten Messwesens auf das DSG.[1420] In der Statistik gilt sodann die Spezialgesetzgebung nach BStatG, soweit es private Einrichtungen erfasst (Art. 2 Abs. 3 BStatG, vgl. auch Grundsätze gemäss Art. 4 BStatG).

Liegt eine Bearbeitung zu nicht personenbezogenen Zwecken vor, greifen nun die unterschiedlichen Vorgaben der Ziff. 1 bis 3. Zu den Bestimmungen im Einzelnen: 7

b) Ziffer 1, Anonymisierung oder Pseudonymisierung (Verschlüsselung)

Verantwortliche müssen die Daten grundsätzlich anonymisieren, sobald es der Bearbeitungszweck erlaubt. Damit greift die Vorschrift den Grundsatz von Art. 6 Abs. 4 DSG auf[1421] und relativiert diesen gleichzeitig mit einer Ausnahme. Danach können Verantwortliche andere **angemessene Massnahmen zur Verhinderung der Bestimmbarkeit** der Person treffen, falls die Anonymisierung technisch unmöglich ist oder unverhältnismässigen Aufwand bedingt. Durch die Entwicklung biometrischer Erkennungssoftware ist etwa eine Anonymisierung von Personenporträts heute faktisch verunmöglicht, während früher ein schwarzer Balken über die Augenpartie genügte. Mit Blick auf den Normzweck ist die Ausnahme trotz der technischen und finanziellen Folgen mit Augenmass anzuwenden und bedarf einer Güterabwägung im Einzelfall, die die Interessen der Betroffenen gegenüber der beabsichtigten Privilegierung der fraglichen Tätigkeiten austariert.[1422] 8

1417. HSK aDSG-Wermelinger, Art. 13 Abs. 2 lit. e aDSG, N. 27, stellt die eigenständige Bedeutung der Regelung vor dem Hintergrund teils dichter Spezialregulierung in Frage.

1418. Eine im Dezember 2019 durch den Bundesrat veranlasste Gesetzesrevision wurde nach offiziellen Angaben durch die Pandemie zu Fall gebracht. Im Mai 2023 lancierte der Bundesrat eine entsprechende Revision des Humanforschungs-Verordnungsrechts, vgl. www.bag.admin.ch, Stichworte Forschung am Menschen, Revision des Verordnungsrechts, besucht am 23.5.2023.

1419. Zur Verwendung von Gesundheitsdaten in der Humanforschung vgl. Reudt-Demont, S. 42; Baeriswyl, S. 65.

1420 Zum Messwesen in der (staatlichen) Wasserversorgung vgl. dagegen BGE 147 I 346 (Funkwasserzähler).

1421. Dazu eingehend die Kommentierung zu Art. 6 Abs. 4.

9 Bei den angemessenen Massnahmen handelt es sich namentlich um die **Pseudonymisierung bzw. Verschlüsselung oder Codierung**. Die Pseudonymisierung spielt in der Praxis eine wichtige Rolle und stellt gleichzeitig eine technische Herausforderung dar. Gerade mit Bezug auf Daten, die aus biologischem Material (Biosamples), d.h. aus Teilen des menschlichen Körpers wie Gewebe oder Blutproben gewonnen wurden, sind die technischen Anforderungen an die Pseudonymisierung gestiegen. Labortechnologie, allen voran die DNA-Analyse, erleichtern die Identifikation, ggf. in Kombination mit Merkmalen anderer Proben.[1423] Das Humanforschungsrecht trifft entsprechende Vorkehren zum Umgang mit biologischem Material und genetischen Daten (Art. 32 ff. HFG).

10 Im Zusammenhang mit Massnahmen zur Verhinderung der Bestimmbarkeit ist auf den umfangreichen Auflagenkatalog **technischer und organisatorischer Massnahmen** in Art. 3 DSV hinzuweisen, namentlich die Regeln betreffend Vertraulichkeit und Integrität. Es liegen zudem verschiedene Richtlinien über die Verschlüsselung vor, etwa die verbindlichen wissenschaftlichen Verknüpfungsrichtlinien des Bundesamts für Statistik[1424] oder die branchenübergreifenden Guidelines der europäischen Agentur für Cybersicherheit (Enisa)[1425]. Die Richtlinien enthalten u.a. Voraussetzungen über die Handhabung der Codes und für die De-Pseudonymisierung.

c) Ziffer 2, Bekanntgabe an Dritte

11 Die zweite Auflage betrifft die Bearbeitung **besonders schützenswerter Daten** (zum Begriff vgl. Kommentierung zu Art. 5 lit. c DSG). Die Bestimmung nimmt Bezug auf Art. 30 Abs. 2 lit. c DSG, wonach die Weitergabe solcher Daten an Dritte eine Persönlichkeitsverletzung darstellt. Wie bereits in Ziff. 1 wird ein Grundsatz aufgestellt und dieser mit einer Ausnahme entschärft. Die

1422 Meier, S. 735; SHK DSG-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 85, bezeichnet die Unverhältnismässigkeit und die Angemessenheit als Ermessensbegriffe im Sinne von Art. 4 ZGB.

1423 Zur Diskussion über die Pseudonymisierung namentlich im angelsäschsichen Raum: Laux, S. 16 (m.H.).

1424 BFS, Verknüpfungsrichtlinien vom 20.3.2020, abrufbar unter www.bfs.admin.ch, Rubrik Dienstleistungen/Datenverknüpfungen, besucht am 24.05.2023.

1425 European Union Agency for Cybersecurity (ENISA), Pseudonymisation techniques and best practices, November 2019, online abrufbar unter www.enisa.europa.eu, Rubrik Publications, besucht am 24.5.2023.

Ausnahme war im Gesetzesentwurf noch nicht enthalten und wurde im Nationalrat eingebracht.[1426]

Ist das zusätzliche Tatbestandsmerkmal der besonders schützenswerten Daten erfüllt, so gilt der **Grundsatz**, dass diese nur so an Dritte weitergegeben werden dürfen, dass die betroffene Person nicht bestimmbar ist. **Daten dürfen also ebenfalls nur anonymisiert oder verschlüsselt transferiert werden**. Die Datenweitergabe an Dritte wird damit zunächst nicht anders behandelt als die Veröffentlichung (Ziff. 3). Ziff. 2 will ausschliessen, dass die Bekanntgabe nicht anonymisierter, besonders schützenswerter Personendaten mit der Begründung gerechtfertigt wird, diese erfolge zur Bearbeitung zu Zwecken der Forschung, Planung oder Statistik.[1427] 12

Die **Ausnahme** greift, wenn Massnahmen zur Verhinderung der Bestimmbarkeit nicht möglich sind, was etwa bei umfangreichen genetischen Daten einer Person der Fall sein kann. Nach dem Wortlaut gilt Unverhältnismässigkeit der Massnahme nicht als Rechtfertigungsgrund (vgl. Ziff. 1). Bei Unmöglichkeit muss gewährleistet sein, dass auch **Dritte die Daten nur zu nicht personenbezogenen Zwecken bearbeiten**. Die Bestimmung verlangt nicht, dass der Bearbeitungszweck beim Dritten derselbe sein muss wie bei der Verantwortlichen, was mit Blick auf die unterschiedlichen Aufgabenbereiche in Forschung, Statistik und Planung nachvollziehbar ist.[1428] Die Gewährleistungspflicht trifft primär die Verantwortliche, wobei Ziff. 2 keine methodischen Vorgaben zur (vertraglichen[1429]) Sicherstellung der nichtpersonenbezogenen Zweckbindung gegenüber Dritten enthält. 13

Sodann wird in der Botschaft zum aDSG auf **gesetzliche Geheimhaltungsvorschriften** hingewiesen. Wo diese eine Weitergabe von Daten an Dritte verbieten, gehen sie als Spezialregelung vor, etwa strafrechtlich geschützte Berufsgeheimnisse (z.B. Arztgeheimnis). Statistikabteilungen oder Forschende können demnach nicht gestützt auf Ziff. 14

1426 Botschaft 2017, S. 7224.

1427 Botschaft 2017, S. 7076.

1428 SHK DSG-Pfaffinger, Art. 31 DSG N. 86: Zweckfixierung oder -perpetuierung mit Blick auf den Ausschluss personenbezogener Zwecke.

1429 Der Kommissionsentwurf spricht von «Massnahmen», vgl. Fahne Differenzbereinigung, 17.059, N3-5 D, abrufbar unter www.parlament.ch, besucht am 25.5.2023.

2 die Weitergabe geheimer Daten rechtfertigen.[1430] Dasselbe gilt bei vertraglichen oder anderweitig stipulierten Geheimhaltungspflichten.[1431]

d) Ziffer 3, Veröffentlichung von Ergebnissen

15 Ziff. 3 nimmt die bisherige Regelung auf, wonach betroffene Personen bei Veröffentlichung der Ergebnisse nicht bestimmbar sein dürfen (Art. 13 Abs. 2 lit. e aDSG). M.a.W. wird weiterhin darauf verzichtet, bei der Publikation eine Anonymisierung zu verlangen.[1432] In der Lehre wird vermerkt, dass bei der Publikation von Studien mit wenigen Betroffenen ein **Risiko von Rückschlüssen auf die Person** entstehen kann, denkbar etwa bei Studien über seltene Erkrankungen oder bei Planungen für geografisch kleinräumige Gebiete. Bei Publikationen von Ergebnissen auf der Datengrundlage zahlreicher Betroffener erscheint dies indes insofern weniger problematisch, [1433] als die Identifizierung der Person durch einen Menschen erschwert ist. Die erwähnten maschinellen Erkennungssysteme funktionieren hingegen unabhängig von geografischen oder zahlenmässigen Beschränkungen, so dass es letztlich der technische Fortschritt ist, der die Anforderungen an die Publikation der Ergebnisse stetig erhöht.[1434]

LITERATURVERZEICHNIS

Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2022 (zit. SHK DSG-Bearbeiter/-in).

Baeriswyl Bruno, Die Einwilligung hilft (nicht) weiter, digma 2020 S. 62 ff. (zit. Baeriswyl).

Baeriswyl Bruno, "Big Data" ohne Datenschutz-Leitplanken, digma 2013 S. 14 ff. (zit. Baeriswyl, Big Data).

Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt (Hrsg.), Datenschutzgesetz (DSG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2015 (zit. SHK aDSG-Bearbeiter/-in).

1430 Botschaft 1988, S. 463.

1431 Rosenthal/Jöhri (2008), Art. 13 Abs. 2 lit. e aDSG N. 66.

1432 Rosenthal/Jöhri (2008), Art. 13 Abs. 2 lit. e aDSG N. 62.

1433 BSK-Rampini, Art. 13 aDSG N. 43.

1434 Zur Problematik der Anonymisierung vgl. BVGer A-7040/2009 vom 30.3.2011 E. 10 (Google Streetview) sowie BGE 138 II 346 E. 14 (Google Streetview); BGer 6B_388/2015 vom 22.6.2015 E. 5.5.

Kasper Gabriel, People Analytics in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen, Vorschläge zur wirksameren Durchsetzung des Datenschutzrechts, Zürich/St. Gallen 2021 (zit. Kasper).

Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz mit weiteren Erlassen, Zürich 2023 (zit. OFK-Bearbeiter/-in).

Blechta, Gabor-Paul/Vasella, David (Hrsg.), Datenschutzgesetz / Öffentlichkeitsgesetz, DSG/BGÖ. Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK nDSG-Bearbeiter/-in).

Laux, Christian, Introduction into the legal aspects of big data (part #3: privacy aspects – basics), Swiss Data Analytics Magazine 2015/01, S. 13 ff. (zit. Laux).

Maurer-Lambrou, Urs/Blechta, Gabor-Paul (Hrsg.), Datenschutzgesetz/ Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK-Bearbeiter/-in).

Meier Philippe, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Bern 2010 (zit. Meier).

Reudt-Demont Janine, Digitalisierung des Gesundheitswesens 2023, LSR 2023 S. 39 ff. (zit. Reudt-Demont).

Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008 (zit. Rosenthal/ Jöhri (2008)).

Volz Stephanie, KI Sandboxen für die Schweiz?, SZW 2022 S. 51 ff., 56 (zit. Volz).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 6941 ff., abrufbar https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de (zit. Botschaft 2017).

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23.3.1988, BBl 1988 II 413 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1988/2_413_421_353/ de, (zit. Botschaft 1988).

Erläuterungsbericht Totalrevision der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz, BJ, 23.6.2021 (zit. Erläuterungsbericht).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 33 DSG

Eine Kommentierung von Sandra Husi-Stämpfli

ZITIERVORSCHLAG

Sandra Husi-Stämpfli, Kommentierung zu Art. 33 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Husi-Stämpfli, N. XXX zu Art. 33 DSG.

6. Kapitel:
Besondere Bestimmungen zur Datenbearbeitung durch Bundesorgane

Art. 33 Kontrolle und Verantwortung bei gemeinsamer Bearbeitung von Personendaten

Der Bundesrat regelt die Kontrollverfahren und die Verantwortung für den Datenschutz, wenn ein Bundesorgan Personendaten zusammen mit anderen Bundesorganen, mit kantonalen Organen oder mit privaten Personen bearbeitet.

GLIEDERUNG

In Kürze 505
I. Allgemeines 505
A. Entstehungsgeschichte 505
B. Normzweck 505
II. Kein Verantwortungs-Vakuum 506
III. Geteilte Verantwortung 506
IV. Kontrollverfahren 506
V. Regelungsregime 507
VI. Haftungsfragen 507
Literaturverzeichnis 508

IN KÜRZE

Da die Bearbeitung von Personendaten zunehmend nicht nur von mehreren Bundesstellen gemeinsam erfolgt, sondern auch gemeinsam mit kantonalen oder kommunalen Stellen oder sogar Privaten, bedarf es klarer Regelungen der Verantwortlichkeiten. Art. 33 DSG ermächtigt den Bundesrat, die Verantwortlichkeiten in diesen Konstellationen zu definieren.

I. ALLGEMEINES

A. Entstehungsgeschichte

Die Vorgängerbestimmung in Art. 16 aDSG wurde mit der Datenschutzrevision aufgeteilt. Art. 16 Abs. 1 aDSG, welcher die allgemeine Verantwortlichkeit regelte, wurde in Art. 5 lit. j überführt. Art. 16 Abs. 2 aDSG, welcher die Verantwortlichkeit bei mehreren involvierten Datenbearbeiterinnen und -bearbeitern regelte, wurde in Art. 33 DSG übernommen. 1

B. Normzweck

Art. 5 lit. j DSG definiert, wer unter den Begriff des oder der Verantwortlichen zu subsumieren ist (dazu OK-Hofmann zu Art. 5 lit. j DSG): Anknüpfungspunkt ist dabei die Entscheidungshoheit über Zweck und Mittel der Datenbearbeitungsvorgänge[1435]. Welchem *Bundesorgan* diese Entscheidungshoheit zukommt, ergibt sich aus den jeweiligen Spezialgesetzen, die als Rechtsgrundlage für die Datenbearbeitungen dienen. 2

Da die Bearbeitung von Personendaten zunehmend nicht nur von mehreren Bundesstellen gemeinsam erfolgt, sondern auch die föderalen Ebenen übergreifende Datenbearbeitungsvorgänge zum Alltag gehören und sogar private Personen auf gemeinsame Informationsbestände zugreifen können, bedarf es einer klaren Regelung der Verantwortlichkeiten. Andernfalls droht das Risiko, dass zwar viele Stellen die fraglichen Personendaten bearbeiten, sich aber niemand verantwortlich fühlt[1436]. 3

1435 SHK-Rudin, Art. 5 N. 62.
1436 SHK-Mund, Art. 33 N. 2 ff. sowie N. 11; BSK-Ballenegger, Art. 16 N. 15.

II. KEIN VERANTWORTUNGS-VAKUUM

4 Art. 33 DSG ermächtigt den Bundesrat, die Verantwortlichkeiten für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben wie auch der damit verbundenen Kontrollen zu regeln, wenn mehrere Bundesorgane, oder Bundesorgane und kantonale oder private Dritte gemeinsam an Datenbearbeitungsvorgängen beteiligt sind. Diese Regelung erfolgt nicht in der DSV, sondern in der jeweiligen Spezialgesetzgebung bzw. in den dazugehörigen Ausführungsverordnungen. So hält Art. 33 DSG explizit fest, dass der Bundesrat die Kontrollverfahren und die Verantwortung bei der gemeinsamen Bearbeitung von Personendaten regelt.

III. GETEILTE VERANTWORTUNG

5 Bei der gemeinsamen Bearbeitung von Personendaten sind drei Konstellationen denkbar:

- Ein Spezialgesetz oder der Bundesrat kann in einer Verordnung einem Bundesorgan die alleinige Verantwortung für die gemeinsame Datenbearbeitung zuschreiben (Art. 5 lit. j DSG).
- Aus einem Spezialgesetz oder einer Verordnung lässt sich ein Über- bzw. Unterordnungsverhältnis bei der gemeinsamen Datenbearbeitung herauslesen, welches sich in einer Haupt- und einer Nebenverantwortung niederschlägt. Ein Beispiel hierfür ist die Auftragsdatenbearbeitung (Art. 5 lit. k DSG).
- Aus einem Spezialgesetz oder einer Verordnung kann sich eine parallele Verantwortlichkeit für die gemeinsame Datenbearbeitung ergeben (Art. 33 DSG), die durch eine klare Arbeitsteilung im Spezialgesetz oder der Verordnung ausdifferenziert werden muss.

IV. KONTROLLVERFAHREN

6 Der Begriff des Kontrollverfahrens ist als Aufsicht über die Datenbearbeitungen zu verstehen.[1437] In der ersten Konstellation der alleinigen Verantwortung wie auch im Falle einer klaren Haupt- und Nebenverantwortung findet eine einseitige Kontrolle des alleinigen

1437.SHK-Mund, Art. 33 N. 8.

Verantwortlichen bzw. des Hauptverantwortlichen gegenüber denjenigen statt, die an der gemeinsamen Datenbearbeitung beteiligt sind. In der zweiten Konstellation der parallelen Verantwortung für die gemeinsame Datenbearbeitung müssen naturgemäss wechselseitige Kontrollverfahren eingerichtet werden. Die Einzelheiten hinsichtlich des Umfangs, der Art und Weise wie auch der Regelmässigkeit der Kontrollverfahren sind im Spezialgesetz oder der Verordnung zu regeln.

V. REGELUNGSREGIME

Bei der gemeinsamen Datenbearbeitung von Bundesorganen mit kantonalen Organen und privaten Personen kommen unterschiedliche Regelungsregime zur Anwendung. Für Bundesorgane gelten die besonderen Bestimmungen zur Datenbearbeitung gemäss Art. 33 ff. DSG, für private Personen kommen die besonderen Bestimmungen in Art. 30 ff. DSG zur Anwendung und für kantonale Organe gilt das kantonale Recht. Auch wenn es sich um eine gemeinsame Datenbearbeitung handelt, ist immer klar zu unterscheiden, welcher Akteur an welche Verpflichtungen gebunden ist. 7

VI. HAFTUNGSFRAGEN

Die Haftung von Bundesorganen, kantonalen Organen und privaten Personen richtet sich nach unterschiedlichen Normen: Für Bundesorgane nach dem Verantwortlichkeitsgesetz (VGG), für kantonale Organe nach den kantonalen Verantwortlichkeitsgesetzen und für private Personen nach dem Zivilrecht.[1438] Inwiefern ein Verantwortlicher im Aussenverhältnis für den gesamten Schaden haften kann, der durch die gemeinsame Datenbearbeitung verursacht wurde (vgl. Solidarhaftung), ist unklar. Offen ist auch, inwieweit einem Verantwortlichen fremde Pflichtverletzungen aufgrund der Verpflichtung zur Kontrolle angerechnet werden können. 8

Die Autorin gibt in dieser Kommentierung ihre persönliche Einschätzung wieder.

1438SHK-Mund, Art. 33 N. 10.

LITERATURVERZEICHNIS

Mund Claudia, Kommentierung zu Art. 33 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023.

Rudin Beat, Kommentierung zu Art. 5 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023.

Ballenberger Sara, Kommentierung zu Art. 16 DSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor-Paul (Hrsg.), Datenschutzgesetz / Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2014

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 34 DSG

Eine Kommentierung von Esther Zysset

ZITIERVORSCHLAG

Esther Zysset, Kommentierung zu Art. 34 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Zysset, N. XXX zu Art. 34 DSG.

Art. 34 Rechtsgrundlagen

[1] Bundesorgane dürfen Personendaten nur bearbeiten, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht.

[2] Eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn ist in folgenden Fällen erforderlich:

a. Es handelt sich um die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten.

b. Es handelt sich um ein Profiling.

c. Der Bearbeitungszweck oder die Art und Weise der Datenbearbeitung können zu einem schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Person führen.

[3] Für die Bearbeitung von Personendaten nach Absatz 2 Buchstaben a und b ist eine Grundlage in einem Gesetz im materiellen Sinn ausreichend, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

a. Die Bearbeitung ist für eine in einem Gesetz im formellen Sinn festgelegte Aufgabe unentbehrlich.

b. Der Bearbeitungszweck birgt für die Grundrechte der betroffenen Person keine besonderen Risiken.

[4] In Abweichung von den Absätzen 1–3 dürfen Bundesorgane Personendaten bearbeiten, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

a. Der Bundesrat hat die Bearbeitung bewilligt, weil er die Rechte der betroffenen Person für nicht gefährdet hält.

b. Die betroffene Person hat im Einzelfall in die Bearbeitung eingewilligt oder hat ihre Personendaten allgemein zugänglich gemacht und eine Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt.

c. Die Bearbeitung ist notwendig, um das Leben oder die körperliche Unversehrtheit der betroffenen Person oder eines Dritten zu schützen, und es ist nicht möglich, innerhalb einer angemessenen Frist die Einwilligung der betroffenen Person einzuholen.

GLIEDERUNG

In Kürze 512
I. Allgemeines 512
A. Vorbemerkungen 512
B. Normzweck und Hintergrund 513
C. Entstehungsgeschichte 513
II. Das Legalitätsprinzip im Datenschutz 514
A. Rolle und Funktionen des Legalitätsprinzips allgemein 514
1. Gesetzliche Grundlage als Voraussetzung für Grundrechtseingriffe und Grundsatz staatlichen Handelns 514
2. Normstufe und Normdichte 515
B. Erfordernis des Rechtssatzes gemäss Art. 34 DSG 517
1. Grundprinzip Abs. 1 517
2. Gesetzesform für Fälle nach Abs. 2 520
3. Materiellrechtliche gesetzliche Grundlage für Fälle nach Abs. 3 521
a. Unentbehrlichkeit für eine im Gesetz umschriebene Aufgabe (lit. a) 521
b. Bearbeitungszweck birgt für die Grundrechte der betroffenen Person keine besonderen Risiken (lit. b) 522
4. Abs. 4: Sammelbecken für Ausnahmen von den Erfordernissen von Abs. 1-3 523
a. Bundesrätliche Bewilligung (lit. a) 523
b. Einwilligung (lit. b) 524
c. Datenschutzrechtliche Polizeiklausel (lit. c) 525
5. Kasuistik zur Eingriffsintensität und zu den Anforderungen an die Norm 525
6. Exkurs: Die Einwilligung «im Einzelfall» (Abs. 4 lit. b) 527
Literaturverzeichnis 529
Materialienverzeichnis 530

IN KÜRZE

Als Grundstein der Datenbearbeitung durch staatliche Organe kommt dem Erfordernis des Rechtssatzes vorrangige Bedeutung zu.

Art. 34 DSG illustriert für die Datenbearbeitung durch Bundesorgane sowohl Art. 5 BV, wonach alles staatliche Handeln einer Grundlage im Recht bedarf, als auch Art. 36 BV, der die Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe im Allgemeinen vorgibt; die Bestimmung stellt damit konkretisiertes Verfassungsrecht dar. Die Bearbeitung von Personendaten durch öffentliche Organe stellt einen Eingriff in das Grundrecht auf Schutz der informationellen Selbstbestimmung nach Art. 13 Abs. 2 BV dar; je nach Kontext können zudem verschiedenste weitere Grundrechte betroffen sein. Art. 34 DSG äussert sich schematisch zur erforderlichen Normstufe.

Die neue, gegenüber der Vorgängerversion derselben Norm entflochtene Bestimmung zur gesetzlichen Grundlage reflektiert die gesteigerte Bedeutung, die der korrekten rechtsatzmässigen Abstützung von Datenbearbeitungen durch staatliche Organe im Zeitalter digitaler Bearbeitung grosser Datenmengen zukommt.

I. ALLGEMEINES

A. Vorbemerkungen

1 Als gesetzliche Grundlage gilt eine von einem zuständigen staatlichen Organ erlassene, generell-abstrakte Norm.[1439] Im Detail legt das anwendbare Recht fest, welchen Anforderungen eine gesetzliche Grundlage zu entsprechen hat.[1440] Auf Bundesebene finden sich Vorgaben dazu etwa in der Bundesverfassung (Art. 164 BV) oder im Parlamentsgesetz (z.B. Art. 22 ParlG). Die Norm, die im Einzelfall als gesetzliche Grundlage dient, kann dem nationalen oder internationalen Recht entstammen.[1441]

1439 Siehe dazu Tschannen/Müller/Kern, N. 20, 289.

1440 Für einen Fall im kantonalen Kontext BGer 2C_136/2020; BGer 2C_137/2020 vom 5.11.2021 E. 5.2.

1441 CR-Epiney/Posse, Art. 34 DSG N. 30; SHK-Mund, Art. 34 DSG N. 6 mit dem wichtigen Hinweis, dass interne Verwaltungsverordnungen, Merkblätter, Rundschreiben etc. nicht genügen; BSK-Ballenegger, Art. 17 aDSG N. 6; Waldmann/Bickel, N. 44.

Die Terminologie im Zusammenhang mit dem Legalitätsprinzip weist eine gewisse Heterogenität auf. Im Folgenden wird für das Erfordernis einer generell-abstrakten Regelung, in Art. 34 DSG als «gesetzliche Grundlage» bezeichnet, auch der allgemeine Begriff des Rechtssatzes verwendet. Ferner wird das von der Legislative erlassene Recht mit dem Begriff der «Gesetzesform» oder mit «Gesetz im formellen Sinn» umschrieben. Erlasse unterer Stufe gelten als «Gesetze im materiellen Sinn» , wie dies auch in Art. 34 Abs. 3 DSG zum Ausdruck kommt.[1442] 2

B. Normzweck und Hintergrund

Art. 34 DSG konkretisiert für das Datenschutzrecht das, was für staatliches Handeln ohnehin gilt: nebst dem allgemeinen Legalitätsprinzip von Art. 5 Abs. 1 BV, wonach das Recht Grundlage und Schranke staatlichen Handelns bildet, erfordert Art. 36 Abs. 1 BV für Grundrechtseingriffe eine gesetzliche Grundlage.[1443] Art. 34 DSG macht schematische Vorgaben zur Normstufe für verschiedene Arten von Datenbearbeitung – und damit für verschiedene Grundrechtseingriffe, allen voran Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV). 3

C. Entstehungsgeschichte

Bereits der bundesrätliche Entwurf für das erste Datenschutzgesetz des Bundes aus dem Jahre 1988 enthielt eine Bestimmung, die der hier kommentierten in den Grundzügen glich; namentlich wurde bereits unterschieden zwischen der Bearbeitung gewöhnlicher Personendaten und solchen mit höherem Schutzbedarf in der Form von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen.[1444] Die in einer zwischenzeitlichen Revision modifizierte Vorgängerbestimmung Art. 17 aDSG sah das Grundprinzip der gesetzlichen Grundlage vor und statuierte daneben Ausnahmen, deren Tragweite wenig klar war und entsprechend zu Kritik Anlass gab.[1445] 4

Die neue Norm nimmt eine strukturelle Entflechtung vor; sie unterscheidet nebst dem gleichbleibenden Grundprinzip (Abs. 1) klar zwischen dem 5

1442 Siehe zur Begrifflichkeit Tschannen, N. 1573-1579, hier hinsichtlich der materiellrechtlichen gesetzlichen Grundlage abweichend verwendet.

1443 CR-Epiney/Posse, Art. 34 DSG N. 3.

1444 Botschaft 1988, S. 521.

Erfordernis der Gesetzesform (Abs. 2), Sachverhalten mit herabgesetzter Normstufe (Abs. 3) und Situationen, in denen gänzlich vom Erfordernis eines Rechtssatzes abgewichen werden kann (Abs 4).

II. DAS LEGALITÄTSPRINZIP IM DATENSCHUTZ

A. Rolle und Funktionen des Legalitätsprinzips allgemein

1. Gesetzliche Grundlage als Voraussetzung für Grundrechtseingriffe und Grundsatz staatlichen Handelns

6 Bei der Bearbeitung von Personendaten durch staatliche Behörden finden Eingriffe in grundrechtlich geschützte Positionen statt: In erster Linie geht es um Art. 13 BV und namentlich dessen Abs. 2 (Grundrecht auf «informationelle Selbstbestimmung»)[1446] sowie Art. 8 EMRK[1447] und Art. 17 UNO-Pakt II. Geschützt ist nicht nur, entgegen der Formulierung von Art. 13 Abs. 2 BV, der Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten, sondern die Privatsphäre, insofern sie auch Daten über die entsprechende Person beinhaltet.[1448] Ferner können jeweils – erst recht mit zunehmender Digitalisierung, in der jede Staatstätigkeit mit Datenbearbeitung einhergeht – verschiedenste weitere Grundrechte tangiert sein, u.a. das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV)[1449] oder die Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 16 BV).

7 In Art. 36 Abs. 1 sieht die Bundesverfassung vor, dass Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage bedürfen; schwerwiegende Einschränkungen sind in Gesetzesform vorzusehen, sofern nicht ein Fall «ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr» vorliegt. Ferner haben Grundrechtseinschränkungen der Umsetzung eines öffentlichen Interesses zu dienen und verhältnismässig zu erfolgen; der Kerngehalt des Grundrechts muss gewahrt bleiben (vgl. Kriterien von Art. 36 BV).

1445 Siehe zur Entstehungsgeschichte auch CR-Epiney/Posse, Art. 34 DSG N. 10-11.

1446 BGE 147 I 346 E. 5.3.1; BGE 146 I 11 E. 3.1.1; BGE 143 I 253 E. 3.2; CR-Epiney/Posse, Art. 34 DSG N. 2; BSK-Ballenegger, Art. 17 aDSG N. 15.

1447 Zur Rolle der Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK hinsichtlich der Beschaffenheit der gesetzlichen Grundlage nach Art. 34 DSG siehe CR-Epiney/Posse, Art. 34 DSG N. 13-16.

1448 BGE 144 I 126 E. 4.1; Rosenthal/Jöhri, Art. 17 aDSG N. 30.

1449 BGE 146 I 11 E. 3.2; zum Konnex zwischen der persönlichen Freiheit und Art. 13 BV siehe BGE 127 I 6 E. 5a.

In seiner Rolle als Grundsatz staatlichen Handelns sieht Art. 5 Abs. 1 BV vor, dass das staatliche Handeln einer Grundlage im Recht bedarf und es gleichzeitig das Recht ist, dass jedem staatlichen Handeln Grenzen setzt («Schranken», in den Worten der Verfassungsgeberin). Die Verwaltung – in der Terminologie des DSG das «Bundesorgan» – darf also erst handeln, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht, und darf nur so weit gehen, wie das Handeln durch die entsprechende Grundlage abgedeckt ist. Dies gilt ungeachtet der Rechtsnatur des staatlichen Handelns, auch wenn die Erfordernisse des Legalitätsprinzips je nach Situation und Risikolage verschiedene Ausprägungen erfahren.[1450] 8

2. Normstufe und Normdichte

Art. 36 Abs. 1 BV deutet bereits an, dass der erforderliche Rechtssatz bei schwerwiegenden Einschränkungen von Grundrechten erhöhten Anforderungen genügen muss. Je schwerwiegender der Grundrechtseingriff, desto höher sind die Anforderungen an die Normstufe und die Normdichte.[1451] Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst d.h. in einem Gesetz im formellen Sinne vorgesehen sein (Normstufe) und dem Bestimmtheitsgebot (Normdichte) genügend Rechnung tragen. Im Minimum müssen Rechtsnormen jeweils «so präzise formuliert sein, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können»[1452]. In welchem Fall welche Beschaffenheit der Rechtsnorm genügt, ist oftmals nicht leicht zu beantworten und hängt stark vom Einzelfall ab. In den Worten von Tschannen/Müller/Kern: Das Legalitätsprinzip ist «von unangenehmer Uferlosigkeit»[1453]. Für das Bundesrecht gibt Art. 164 BV immerhin eine exemplarische Themenliste vor, zu der die grundlegenden Bestimmungen als wichtige rechtssetzende 9

1450 CR-Dubey, Art. 5 BV N. 30-31.
1451 BGE 147 I 450 E. 3.2.1 (im Zusammenhang mit Grundrechtseingriffen); Tschannen, N. 1582.
1452 BGE 147 I 450 E. 3.2.1.
1453 Tschannen/Müller/Kern, N. 387.

Bestimmungen gelten und daher in einem Gesetz im formellen Sinne zu regeln sind; es sind dies:

- Ausübung politischer Rechte;
- Einschränkungen verfassungsmässiger Rechte;
- Rechte und Pflichten von Personen;
- Kreis der Abgabepflichtigen sowie der Gegenstand und die Bemessung von Abgaben;
- Aufgaben und Leistungen des Bundes;
- Verpflichtungen der Kantone bei der Umsetzung und beim Vollzug des Bundesrechts;
- Organisation und Verfahren der Bundesbehörden.

10 Die Lehre schlägt ihrerseits folgende Kriterien für die Umschreibung der Wichtigkeit eines Regelungsgegenstands vor:[1454]

- Intensität des Eingriffs;
- Anzahl der von einer Regelung betroffene Personen oder der geregelten Lebenssachverhalte;
- finanzielle Bedeutung;
- Bedeutung für die politische Willensbildung, die Organisation staatlicher Institutionen oder das Verfahren und
- Brisanz bzw. Akzeptierbarkeit der Thematik.

11 Das Bedürfnis nach Flexibilität und rascher Anpassung oder besonderen Fachkenntnissen sprechen dagegen eher für Regelungen auf tieferer Normstufe.[1455]

12 Diese allgemeinen Vorgaben der Bundesverfassung sind bei der Ausgestaltung von gesetzlichen Grundlagen gemäss Art. 34 DSG mit zu beachten. Art. 34 DSG gibt für bestimmte typisierte Situationen des Datenschutzes die erforderliche Normstufe, nicht aber die Normdichte vor (siehe zur

1454 Je leicht unterschiedlich zusammengefasst bei Tschannen/Müller/Kern, N. 390 und Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 354. Siehe ferner auch BSK-Ballenegger, Art. 17 aDSG N. 10.

1455 Tschannen/Müller/Kern, N. 401; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 359-363.

Normdichte *infra* N. 18-19).[1456] Für den hier interessierenden Zusammenhang des Datenschutzes stehen aus den obenzitierten Katalogen u.a. die Einschränkung verfassungsmässiger Rechte[1457] bzw. die Intensität von Grundrechtseingriffen sowie Bestimmungen über die «Rechte und Pflichten von Personen»[1458] im Vordergrund.[1459] Mit zunehmender Digitalisierung spielt aber auch die Brisanz der Themen als Kriterium für die Gesetzesform verstärkt mit, was sich zurzeit etwa beim Einsatz künstlicher Intelligenz oder konkreter der Gesichtserkennung im öffentlichen Raum zeigt.

Sollen Rechtssetzungsbefugnisse von der Legislative an die Exekutive 13
delegiert werden, so kommen auch im Datenschutz die von der Rechtsprechung und Lehre entwickelten allgemeinen Voraussetzungen der Gesetzesdelegation zum Tragen. So darf die Gesetzesdelegation durch das entsprechende Recht nicht ausgeschlossen sein (vgl. dazu Art. 164 Abs. 1 BV); die Delegationsnorm muss in einem Erlass auf Gesetzesstufe enthalten sein; die Delegation hat sich auf eine bestimmte Materie zu beschränken und die Grundzüge dieser Materie sind bereits im Gesetz aufzuführen.[1460]

B. Erfordernis des Rechtssatzes gemäss Art. 34 DSG

1. Grundprinzip Abs. 1

Mit dem grundsätzlichen Erfordernis eines Rechtssatzes untersteht die 14
Datenbearbeitung durch Bundesorgane einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt; dies im Gegensatz zur Datenbearbeitung durch Private.[1461] Das Erfordernis gilt ungeachtet der Art der Datenbearbeitung (siehe dazu die Legaldefinition des Bearbeitens in Art. 5 lit. d DSG; zum Sonderfall der Bekanntgabe siehe Art. 36 DSG).[1462] Art. 34 DSG gibt dabei lediglich das Grundprinzip vor; er kann nicht selbst als unmittelbare gesetzliche Grundlage beigezogen werden.[1463] Darüber hinaus macht Abs. 1 keine Aussage dazu, auf welcher Normstufe der Rechtssatz anzusiedeln ist oder welche Normdichte diese aufweisen muss.

1456 So im Zusammenhang mit Abs. 2 auch SHK-Mund, Art. 34 DSG N. 9.
1457 Art. 164 Abs. 1 lit. b BV.
1458 Art. 164 Abs. 1 lit. c BV.
1459 Ähnlich Waldmann/Bickel, N. 45.
1460 BGE 128 I 113 E. 3c; BGE 118 Ia 245 E. 3b.
1461 CR-Epiney/Posse, Art. 34 DSG N. 7; Rosenthal/Jöhri, Art. 17 aDSG N. 4.
1462 BSK-Ballenegger, Art. 17 aDSG N. 3.
1463 CR-Epiney/Posse, Art. 34 DSG N. 3, 32.

15 Aus der Systematik des DSG ergibt sich im Übrigen, dass die restlichen allgemeinen Vorgaben des Gesetzes, insbesondere die Datenbearbeitungsgrundsätze von Art. 6 DSG sowie die Vorgaben zur Sicherheit gemäss Art. 8 DSG, kumulativ zur Anwendung kommen.[1464] Damit befreit die Existenz einer gesetzlichen Grundlage etwa nicht von der Pflicht, den Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten und nur die für die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe effektiv erforderlichen Daten zu bearbeiten.[1465]

16 Der Gesetzestext von Art. 34 DSG bezieht sich auf die Bearbeitung von Personendaten durch Bundesorgane. Zur Definition des Bundesorgans bringt Art. 5 lit. i DSG zum Ausdruck, dass damit nicht nur die organisatorisch zugeordneten Einheiten der Verwaltung und der öffentlichen Anstalten des Bundes erfasst werden, sondern auch Private, sofern sie mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben des Bundes betraut sind (siehe dazu dort).

17 Ungeachtet der Hinweise zur Normstufe in Abs. 2-4 ist in der gesetzgeberischen Praxis oftmals nicht vollends klar, wie die Normdichte der gesetzlichen Grundlage auszusehen hat. Dieses Problem äussert sich etwa bei der Frage, ob eine allgemeine («mittelbare») gesetzliche Grundlage genügt («Das Amt X erfüllt die gesetzliche Aufgabe Y»)[1466] oder ob es einer auf eine bestimmte Datenbearbeitung zugeschnittene, spezifischen Rechtsgrundlage bedarf («Zur Abwicklung der Gesuche um Fördergelder bearbeitet das Amt X folgende Personendaten: ...», etc.).[1467]

18 Zur Frage der Beschaffenheit der gesetzlichen Grundlage hat das Bundesamt für Justiz einen Gesetzgebungsleitfaden verfasst, der spezifische Vorgaben für gesetzliche Grundlagen im Bereich des Datenschutzes bereithält.[1468] Vor dem Hintergrund der Funktionen des Legalitätsprinzips (siehe dazu *infra* N. 43 ff.)

1464 CR-Epiney/Posse, Art. 34 DSG N. 6, leiten dies aus der analogen Anwendung von Art. 30 Abs. 2 DSG ab. Dazu ferner Waldmann/Bickel, N. 46.

1465 Für die Verhältnismässigkeit ergibt sich dies bereits aus Art. 36 BV; BGE 147 I 346 E. 5.5; BGE 136 I 87 E. 8.3; ferner auch SHK-Mund, Art. 34 DSG N. 3. Zur Wechselwirkung zwischen der gesetzlichen Grundlage und den anderen Voraussetzungen von Art. 36 BV siehe *infra* N. 23.

1466 Für diesen konkreten Fall hält Art. 34 Abs. 3 lit. a DSG im Übrigen Hinweise zur Normstufe bereit und lässt für die Umschreibung der Datenbearbeitung eine Verordnung genügen, wenn die Bearbeitung für eine im Gesetz im formellen Sinne festgelegte Aufgabe «unentbehrlich» ist.

1467 Zu dieser Problematik Waldmann/Bickel, N. 46; zur Normdichte Tschannen, N. 1582.

und dem Postulat, dass die Bürgerin ihr Verhalten nach der entsprechenden Norm richten können soll, sind folgende Elemente zu regeln:

- Welche Behörde (*wer*)
- bearbeitet welche Kategorien von Personendaten (*was*),
- zu welchem Zweck (*warum*) und
- in welcher Art und Weise (*wie*)?
- Wem werden Personendaten allenfalls bekanntgegeben (*wem*) und
- auf welche Weise (*wie*)?[1469]

Aufzuführen unter *was* ist namentlich, ob auch besonders schützenswerte Personendaten bearbeitet werden und wenn ja, welche Kategorien (vgl. Art. 5 lit. c DSG), wohingegen die genauen Attribute bei genügender Normdichte auf Gesetzesstufe in einer Verordnung ausgeführt werden können. Je gewichtiger der Grundrechtseingriff, desto detaillierter und präziser muss die gesetzliche Grundlage formuliert sein,[1470] obwohl angesichts der raschen Entwicklung der Informations- und Kommunikationstechnologien eine gewisse Flexibilität in der Formulierung und eine damit einhergehende Vagheit manchmal in Kauf zu nehmen sein wird.[1471] Zum *wie* der Bearbeitung gehören auch Angaben zur Aufbewahrungsdauer und Löschung der Personendaten.[1472] 19

Insofern als dass damit der Rechtssatz gegenüber den betroffenen Personen die vom Gesetz geforderte Transparenz herstellt, entfällt die Informationspflicht nach Art. 19 DSG (vgl. Art. 20 Abs. 1 lit. b DSG). 20

In den jeweiligen Sachgesetzen können Sonderregeln vorgesehen werden, die den Vorgaben des DSG als *lex specialis* vorgehen und zumindest theoretisch 21

1468 Gesetzgebungsleitfaden, S. 215-222. Im Zuge der Revision des DSG wurden zudem weitere Dokumente erstellt, die die Auswirkungen des DSG auf die Erarbeitung von Rechtsgrundlagen aufzeigen, so z.B. das Dokument Gesetzgebungsleitfaden Datenschutz, Auswirkungen des neuen Datenschutzgesetzes auf die Erarbeitung von Rechtsgrundlagen, August 2022; Totalrevision des Datenschutzgesetzes (DSG), Übersicht zu den wichtigsten Änderungen für die Erarbeitung der Rechtsgrundlagen betreffend Datenbearbeitungen durch Bundesorgane, Oktober 2022; abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/legistik/hauptinstrumente.html, zuletzt konsultiert am 21.2.2023.

1469 Gesetzgebungsleitfaden, S. 217-219; ferner BSK-Ballenegger, Art. 17 aDSG N. 19.

1470 Gesetzgebungsleitfaden, S. 218.

1471 CR-Epiney/Posse, Art. 34 DSG N. 39; Rosenthal/Jöhri, Art. 17 aDSG N. 25.

auch nach unten davon abweichen können. Das Bundesgericht und die Lehre gehen davon aus, dass die allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätze in solchen Fällen aber nach wie vor zu beachten sind.[1473]

2. Gesetzesform für Fälle nach Abs. 2

22 Der zweite Absatz verlangt die Gesetzesform (Gesetz im formellen Sinn) für Fälle, bei denen die Datenbearbeitung zu einem **gewichtigen Eingriff in die Grundrechte** der betroffenen Personen führen kann. Wo es sich bei der Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten (lit. a) und beim Profiling (lit. b) um Konzepte und Begriffe handelt, die im DSG definiert werden,[1474] sieht Abs. 2 zudem eine allgemeine Klausel vor, die dann greift, wenn entweder der Bearbeitungszweck oder die Art und Weise der Datenbearbeitung zu einem schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Personen führen können (lit. c).[1475] Das Erfordernis der Gesetzesform für Datenbearbeitungen mit grosser Grundrechtsrelevanz ergibt sich aber bereits aus Art. 36 Abs. 1 BV ungeachtet dessen, welchem Buchstaben von Abs. 2 ein Sachverhalt zugeordnet wird.[1476]

23 Die beiden in lit. c genannten Parameter des *Ziels* und der *Art und Weise* der Bearbeitung sind dabei die Hauptelemente, die zur Evaluation des Eingriffs in das entsprechende Grundrecht beigezogen werden. Angesichts des grundrechtlichen Kontexts sind sie nicht abschliessend.[1477]

24 Ist es nicht möglich, die Datenbearbeitung auf eine genügend präzise, detaillierte Rechtsgrundlage abzustützen, so bestätigt die Rechtsprechung,

---

1472. CR-Epiney/Posse, Art. 34 DSG N. 41.

1473. BGE 142 II 268 E. 6.3-6.4.2; BGE 126 II 126 E. 5b); CR-Epiney/Posse, Art. 34 DSG N. 33-34; Rosenthal/Jöhri, Art. 17aDSG N. 5.

1474. Beim Profiling umfasst das Erfordernis der Gesetzesform sowohl das normale Profiling gemäss Art. 5 lit. f als auch das Profiling mit hohem Risiko gemäss Art. 5 lit. g DSG. So auch SHK-Mund, Art. 34 DSG N. 13.

1475. Diese Bestimmung wurde in der Gesetzesrevision mit dem Ziel aufgenommen, Schutzlücken zu verhindern, die dadurch hätten entstehen können, dass in gewissen Spezialgesetzen Bestimmungen zum veralteten Begriff des «Persönlichkeitsprofils» ersatzlos aufgehoben wurden; Botschaft 2017, S. 7079.

1476. CR-Epiney/Posse, Art. 34 DSG N. 49; BSK-Ballenegger, Art. 17 aDSG N. 20; Waldmann/Bickel, N. 51.

1477. CR-Epiney/Posse, Art. 34 DSG N. 51, 53. 56; für konkrete Überlegungen zur Intensität der Grundrechtseingriffe im Zusammenhang mit Videoüberwachung vgl. Rosenthal/Jöhri, Art. 17 aDSG N. 41.

dass eine besonders strenge Handhabung etwa der Verhältnismässigkeitsprüfung eine gewisse Kompensationswirkung entfalten kann.[1478]

3. Materiellrechtliche gesetzliche Grundlage für Fälle nach Abs. 3

Abs. 3 sieht für die Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten und Profiling die Möglichkeit einer herabgesetzten Normstufe vor, sofern zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: Die Bearbeitung ist unentbehrlich für eine formell-gesetzlich festgelegte Aufgabe; und der Bearbeitungszweck birgt für die Grundrechte der betroffenen Person keine besonderen Risiken.[1479] 25

Aufgrund des verfassungsrechtlichen Rahmens ist auch hier wiederum denkbar – auch wenn die Beispiele selten sein dürften –, dass sich Abweichungen aufdrängen, die von Abs. 3 nicht konkret enumeriert werden: So könnte beispielsweise die gesellschaftliche Brisanz einer Thematik dazu führen, dass für entsprechende Datenbearbeitungen dennoch die Gesetzesform verlangt werden muss; es mithin die *Art und Weise* einer Datenbearbeitung ist, statt des von Abs. 3 erwähnten Zwecks, die zur Erhöhung der Normstufe Anlass gibt.[1480] 26

a. Unentbehrlichkeit für eine im Gesetz umschriebene Aufgabe (lit. a)

Was die Formulierung von Abs. 3 lit. a anbelangt, so fällt gegenüber der Vorversion (Art. 17 Abs. 2 lit. a aDSG) auf, dass man sich neu nicht mehr lediglich «ausnahmsweise» auf die verringerte Normstufe abstellen können soll. In der früheren Version liess sich die Haltung vertreten, es handle sich 27

1478 BGE 147 I 450 E. 3.2.1. Prozedurale, bzw. technisch-organisatorische Vorkehrungen zum Schutz der Daten werden dabei im Prüfschema von Art. 36 BV im Rahmen der Prüfung der Verhältnismässigkeit, spezifisch der Erforderlichkeit und Angemessenheit, berücksichtigt, vgl. Epiney, S. 1511 (mit Verweis auf EuGH, *Digital Rights Ireland*, ECLI: EU: C: 2014:238, C-293/12, 8.4.2014). Diese Kompensationswirkung untersteht wie im Text erwähnt der Voraussetzung, dass es *nicht möglich ist*, gesetzlich präzisere Grundlagen zu formulieren. Zur Tatsache, dass eine bestehende gesetzliche Grundlage sehr wohl auf ihre Verhältnismässigkeit zu prüfen ist, vgl. *supra* N. 15.

1479 Dass die beiden Voraussetzungen kumulativ gelten, ergibt sich aus der Formulierung «wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind».

1480 Siehe Kriterien für die Gesetzesform *supra* N. 9-10. Dieser Gedanke findet sich auch bei CR-Epiney/Posse, Art. 34 DSG N. 58.

nur um punktuelle Ausnahmebearbeitungen von Daten in Situationen, in denen normalerweise zur Erfüllung der entsprechenden gesetzlichen Aufgabe keine derartige Bearbeitung erforderlich sei.[1481] Die aktuelle Formulierung weicht davon deutlich ab, indem sie auf die Voraussetzung verzichtet, dass eine Ausnahmesituation vorzuliegen habe. Entsprechend ist davon auszugehen, dass auch die auf Dauer angelegte Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen auf Verordnungsbasis möglich ist, wenn die beiden Voraussetzungen von Abs. 3 erfüllt sind.

b. Bearbeitungszweck birgt für die Grundrechte der betroffenen Person keine besonderen Risiken (lit. b)

28 Abs. 3 lit. b kommt für jene Bearbeitungen in Frage, die in eine Zwischenkategorie fallen: Zwar handelt es sich um Bearbeitungsarten, die typischerweise zu einem schwerwiegenden Grundrechtseingriff führen würden (weshalb Abs. 2 für sie im Normalfall eine formell-gesetzliche Grundlage verlangt), aber im konkreten Fall birgt der *Zweck* der Bearbeitung für die Grundrechte der betroffenen Personen keine besonderen Risiken. Gemeint sind damit gemäss Botschaft des Bundesrats insbesondere besonders schützenswerte Daten, die im Rahmen von Bundesrats-, Departements- und Amtsgeschäften bearbeitet werden; erwähnt werden Beschwerdeentscheide, Staatshaftungsfälle oder Bundespersonalgeschäfte.[1482] Zudem hat die formell-gesetzliche Grundlage die Natur der Aufgaben, für die die Bearbeitung von Personendaten nötig ist, genügend zu konkretisieren.[1483]

29 Die Formulierung in Abs. 3 lit b mag erstaunen, da nur auf den «Bearbeitungszweck» Bezug genommen, ohne die bislang in Abs. 2 lit c erwähnte «Art und Weise der Datenbearbeitung» mit einzuschliessen. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber damit primär in Erinnerung rufen wollte, dass Datenbearbeitungen, die bereits schon aufgrund ihres Zwecks grundrechtlich heikel erscheinen, in jedem Fall einer Grundlage in Gesetzesform bedürfen, auch wenn die Art und Weise der Bearbeitung im Einzelfall wenig eigene Risiken mit sich bringen.

1481.So bei Rosenthal/Jöhri, Art. 17 aDSG N. 76.
1482Botschaft 2017, S. 7080.
1483Botschaft 2017, S. 7080.

4. Abs. 4: Sammelbecken für Ausnahmen von den Erfordernissen von Abs. 1-3

Abs. 4 nimmt drei idealtypische Situationen (die als Alternativen verfasst sind[1484]) vom Erfordernis eines Rechtssatzes aus: 30

- Die Bewilligung der Bearbeitung durch die Exekutive (hier Bundesrat), wobei auch hier die Bewilligung auf dem Erfordernis basieren muss, dass die Rechte der betroffenen Personen voraussichtlich nicht gefährdet sind (lit. a);
- Die Einwilligung durch die betroffene Person im Einzelfall bzw. die voraussetzungslose Freigabe von Personendaten durch dieselbe (lit. b) oder
- Das dringliche, übergeordnete Interesse in der Form des Schutzes des Lebens oder der körperlichen Unversehrtheit der betroffenen Person oder eines Dritten in einer Situation, die das Einholen einer Einwilligung nicht möglich macht (lit. c).

Wo Abs. 3 die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage lediglich reduziert, so sieht Abs. 4 für gewisse Fälle dem Wortlaut nach vor, dass kein Rechtssatz, weder ein Gesetz noch ein Rechtssatz materieller Natur, erforderlich ist.[1485] Insofern, als nun explizit von jeglichem Erfordernis eines Rechtssatzes Abstand genommen wird, stellt diese Bestimmung formell gesehen gegenüber Vorversionen derselben Bestimmung im DSG die grösste Neuerung dar. Für die Sachverhalte gemäss lit. a und b, die beide in der Vorgängerversion bereits zu finden waren, erfolgt dabei eine willkommene Klärung; aus dem Wortlaut der Vorgängernorm konnte nicht mit Sicherheit abgelesen werden, ob ein gänzlicher Verzicht auf eine Rechtsgrundlage intendiert war oder nicht.[1486] 31

a. Bundesrätliche Bewilligung (lit. a)

Gemäss lit. a bewilligt der Bundesrat eine Bearbeitung, weil er die Rechte der betroffenen Person «für nicht gefährdet hält». Wo in der Vorgängerversion noch explizit davon die Rede war, dass diese Bewilligung auf den Einzelfall beschränkt sei, fehlt dieser Zusatz in der aktuellen Formulierung. Gemäss 32

1484 So auch die Botschaft 2017, S. 7081.

1485 Gemäss Abs. 4 dürfen Personendaten «[i]n Abweichung von den Absätzen 1-3» bearbeitet werden.

Botschaft soll sich an der Norm trotz des Formulierungsunterschieds aber nichts ändern;[1487] dies ergibt sich bei genauerer Betrachtung ebenfalls aus dem Kontext. Dabei ist die Bewilligung als Form des Beschlusses in Gegenüberstellung zur generell-abstrakten Regelung zu sehen. Letztere erfolgt in Form einer bundesrätlichen Verordnung (Art. 182 Abs. 1 BV), mithin einer materiellrechtlichen Rechtsgrundlage, die entweder gesetzesvollziehend oder gesetzesvertretend ausfällt (und im zweiten Fall einer Ermächtigung durch ein Gesetz bedarf[1488]). Der von Abs. 4 lit. a anvisierte Fall des Handelns ohne Rechtssatz ist daher zwingend für den Einzelfall konzipiert.[1489]

33 In gleichem Masse wie in der Vorversion schleierhaft erscheint die Formulierung, wonach die «Rechte der betroffenen Person nicht gefährdet» sein sollen. Diese Formulierung weicht von der Wortwahl in Abs. 3 lit. b ab, wo davon die Rede ist, dass der Bearbeitungszweck «für die Grundrechte der betroffenen Person keine besonderen Risiken [birgt]». Dennoch ist angesichts der Tatsache, dass jede Datenbearbeitung durch öffentliche Organe einen Grundrechtseingriff darstellt, davon auszugehen, dass auch mit der in Abs. 4 verwendeten Formel dasselbe gemeint ist wie in Abs. 3 lit. b, nämlich dass von einem geringen Grundrechtseingriff auszugehen ist.[1490]

b. Einwilligung (lit. b)

34 In lit. b substituiert die Einwilligung die gesetzliche Grundlage. Im Falle der voraussetzungslosen Freigabe der Daten wird die Einwilligung vermutet;[1491] in diesem Falle ist eine wissentliche und willentliche Veröffentlichung durch die

1486 Zuvor sah Art. 17 Abs. 2 aDSG die Bewilligung durch den Bundesrat sowie die Einwilligung bzw. das Zugänglichmachen (Art. 34 Abs. 4 lit. a und b der aktuellen Fassung des DSG) nur für besonders schützenswerte Personendaten und Persönlichkeitsprofile vor, womit sich die Frage, ob dennoch eine Grundlage in einer Verordnung erforderlich ist, mit grösserer Dringlichkeit stellte als in der aktuellen, breiter formulierten Ausnahmebestimmung von Abs. 4. So forderte denn auch die Botschaft 1988 S. 468, dass ein Rechtssatz nach Art. 17 Abs. 1 aDSG dennoch mindestens vorzuliegen habe; dasselbe auch bei BSK-Ballenegger, Art. 17 DSG N. 25. In der aktuellen Fassung von Art. 34 Abs. 4 DSG, die auf Abs. 3 folgt, der gerade spezifiziert, wann eine materiellrechtliche Grundlage ausreicht, lässt sich dieses Erfordernis einer materiellrechtlichen gesetzlichen Grundlage sowohl von der Systematik als auch vom Wortlaut der Bestimmung her nicht mehr vertreten.

1487 Botschaft 2017 S. 7081.

1488 Für den Fall des Handelns der Exekutive mittels Verordnung siehe Tschannen/Müller/Kern, N. 320-321.

1489 Wobei damit die Frage nach generell-konkreten Allgemeinverfügungen nicht beantwortet ist.

1490 CR-Epiney/Posse, Art. 34 DSG N. 72.

betroffene Person vorausgesetzt.[1492] Siehe zur Einwilligung allgemein Art. 6 Abs. 6 und 7 DSG sowie zur Frage der Einwilligung als gültiger Ersatz einer gesetzlichen Grundlage sogleich *infra* N. 42 ff.

c. Datenschutzrechtliche Polizeiklausel (lit. c)

Lit. c nimmt den Schutz dringender, übergeordneter Interessen ins Visier, konkretisiert in der Form des Schutzes des Lebens oder der körperlichen Unversehrtheit der betroffenen Person oder eines Dritten. Voraussetzung ist, dass es nicht möglich ist, innert angemessener Frist die Einwilligung der entsprechenden Person einzuholen, was etwa dann der Fall ist, wenn sich diese nicht in ansprechbarem Zustand befindet (Koma o.ä.) oder unauffindbar ist. Es handelt sich bei dieser Norm um einen datenschutzrechtlich spezifizierten Fall «polizeilicher Interessen».[1493] Insofern fügt sie sich ohne Weiteres in das Schema von Art. 36 Abs. 1 BV ein, der «Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr» vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage ausnimmt. Nicht explizit verschriftlicht, aber im Wesen der Polizeiklausel inhärent ist das Erfordernis, dass es sich um einen Einzelfall handeln muss, womit z.B. polizeiliche oder nachrichtendienstliche Datenbearbeitung im Rahmen wiederkehrender Gefährdungssituationen nicht alleine basierend auf Abs. 4 lit. c erfolgen dürfen.[1494] 35

5. Kasuistik zur Eingriffsintensität und zu den Anforderungen an die Norm

Die Bearbeitung von **Amtshilfedaten**, die sich auf Geschäftsbeziehungen oder Bankverbindungen beziehen, setzt nach Art. 17 Abs. 2 aDSG keine Grundlage in Gesetzesform voraus. Der Eingriff in Verfassungsrechte im Zusammenhang mit den bei Amtshilfe zu erhebenden Daten wiegt dabei in aller Regeln nicht besonders schwer, sodass die Anforderungen an die 36

1491 Dasselbe auch bei CR-Epiney/Posse, Art. 34 DSG N. 78: «forme de consentement spécifique»; Waldmann/Bickel, N. 53: «Präzisierung der Einwilligungsklausel».

1492 Rosenthal/Jöhri, Art. 17 aDSG N. 82.

1493 Waldmann/Bickel, N. 54; zu den polizeilichen Interessen Wyss, Öffentliche Interessen, S. 279-293, N. 185-217. Diese Ausnahme wurde formell als Anpassung an die gegenständlichen Bestimmungen der Richtlinie (EU) 2016/680 und der Verordnung (EU) 2016/679 deklariert; vgl. Botschaft 2017 S. 7081. Ferner CR-Epiney/Posse, Art. 34 DSG N. 80.

1494 So auch SHK-Mund, Art. 34 DSG N. 29-30.

Bestimmtheit der Norm ebenfalls «nicht übermässig hoch» sind (BGE 148 II 349 E. 5.3.3-5.3.4).

37 Die gesetzliche Grundlage, die den Einsatz von Funkwasserzählern durch die kommunale Wasserversorgung vorsieht, hat explizit vorzusehen, dass die erfassten Stundenwerte während X Tagen auf dem Wasserzähler **gespeichert** und in regelmässigen Intervallen **per Funk ausgesendet** werden (BGE 147 I 346 E. 5.4.1).

38 Wenn bei der **automatisierten Fahrzeugfahndung** nebst dem Kontrollschild und damit der Identität des Halters auch Zeitpunkt, Standort, Fahrtrichtung und Identität weiterer Fahrzeuginsassen in Erfahrung gebracht wird, so bewegt sich diese Datenbearbeitung im Rahmen einer «konventionellen Identitätsfeststellung», womit es sich noch nicht um einen schweren Grundrechtseingriff handelt. Dies ändert sich jedoch mit der Zusammenführung und dem automatischen Abgleich dieser Daten mit anderen Datensätzen (die Rede ist von einer «seriellen und simultanen Verarbeitung grosser und komplexer Datensätze innert Sekundenbruchteilen») und der nachfolgenden behördlichen Nutzung bedeutend; die Eingriffsintensität nimmt «erheblich» zu, u.a. aufgrund der Gefahr, dass Personen zu Unrecht in Verdacht geraten (BGE 146 I 11 E. 3.2).

39 Der Eintrag in eine von der FINMA geführte **Watchlist**, die als Vorstufe zu möglichen Einschränkungen der Erwerbstätigkeit im Bereich des Finanzmarkts dient und in der Summe zu einem eigentlichen Persönlichkeitsprofil führt, stellt einen schweren Eingriff in Art. 13 Abs. 2 BV dar und setzt eine Grundlage in Gesetzesform voraus (BGE 143 I 253 E. 4).

40 Stellt ein Polizeigesetz die technische **Überwachung** allgemein zugänglicher Orte unter die Schlagworte der «Wahrung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit», so ist diese Zweckangabe ungenügend und erlaubt es insbesondere nicht, die gesetzliche Grundlage auf ihre Verhältnismässigkeit (insb. Zweck-Mittel-Relation) zu prüfen. (BGE 136 I 87 E. 8.3-8.4).

41 Die genügende Bestimmtheit einer Norm kann sich auch aus dem **Geflecht an anwendbaren Normen** ergeben: Wenn eingewendet wird, Art. 91 Abs. 5 SchKG verfüge über eine ungenügende Normdichte für die Bekanntgabe von Daten, die besonders schützenswerte Personendaten und/oder Persönlichkeitsprofile enthalten, so ist dem entgegenzuhalten, dass die Vorschrift nur im Rahmen des Pfändungsvollzugs zur Anwendung gelangt.

Damit sind Zweck und Umfang der Datenbearbeitung genügend präzise definiert. (BGE 124 III 170 E. 3a)).

6. Exkurs: Die Einwilligung «im Einzelfall» (Abs. 4 lit. b)

Im öffentlichen Datenschutzrecht ist oftmals nicht klar, in welchem Umfang eine Einwilligung die gesetzliche Grundlage ersetzen kann. Besonders akut stellt sich die Frage der Einwilligung dort, wo es um schwerwiegende Eingriffe in Grundrechtspositionen geht; im Vordergrund steht dabei der Grundrechtsverzicht bzw. die Einwilligung in besonders schwere Grundrechtseingriffe.[1495] Am anderen Ende des Eingriffsspektrums können sich jedoch genauso sehr Fragezeichen ergeben, etwa wenn es um den Versand eines Newsletters durch eine öffentliche Behörde oder das Einholen einer Referenz in einem Rekrutierungsverfahren geht. Art. 34 DSG sieht unter Abs. 4 lit. b die Einwilligung als Substitut des Rechtssatzes vor, dasselbe gilt auch für Art. 36 Abs. 2 lit. b DSG in Bezug auf die Bekanntgabe von Personendaten. In beiden Fällen ist die Einwilligung an den Einzelfall gebunden, ansonsten aber nicht an die Voraussetzung geknüpft, dass es sich um einen Sachverhalt geringer oder fehlender Gefährdung handelt. Im Gegensatz zur Einwilligung im privaten Datenschutzrecht (siehe dazu Art. 6 Abs. 6 und 7 DSG) reicht es im öffentlichen Recht nicht aus, wenn eine Einwilligung freiwillig und aufgeklärt erfolgt. Zusätzlich muss die Einwilligung im konkreten Fall geeignet sein, die im Spiel stehenden Funktionen des Legalitätsprinzips zu übernehmen.[1496] Über diese inhaltlichen Anforderungen hinaus ist die Einwilligung im öffentlichen Recht an keine Form gebunden.[1497] 42

Bundesgericht und Lehre sind sich einig, dass das Legalitätsprinzip zwei Arten von Funktionen erfüllt. Zum einen werden damit **demokratische Anliegen** verfolgt; dazu gehören die Sicherung der *Vorherrschaft des Volkswillens* einerseits und die *Gewaltenteilung* andererseits. Zum andern erfüllt es **rechtsstaatliche Funktionen**; In diesem Zusammenhang sichert es den *Schutz des Einzelnen vor staatlicher Willkür*, die *Gleichbehandlung* sowie die *Vorhersehbarkeit* staatlichen Handelns. 43

Unter gewissen Voraussetzungen kann eine Einwilligung die **rechtsstaatlichen Funktionen** des Schutzes vor Willkür und der 44

1495 Häner, S. 72-73.
1496 Waldmann/Oeschger, N. 43-44.
1497 Waldmann/Bickel, N. 53.

Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns durchaus ersetzen. Dafür hat im Zeitpunkt der Einwilligung deren Tragweite erkennbar zu sein und es muss sich um einen Kontext handeln, bei dem die Freiwilligkeit der Einwilligung nach Treu und Glauben angenommen werden kann.[1498]

45 Aus der rechtsstaatlichen Funktion der Gleichbehandlung ergibt sich jedoch eine erste Restriktion: Sobald es um das Einräumen von Rechten oder die Auferlegung von Pflichten geht, kann die Einwilligung nur dann, wenn lediglich einzelne Personen betroffen sind, als Ersatz für einen Rechtssatz operationalisiert werden. Dort, wo **demokratische Anliegen** im Vordergrund stehen, vermag die Einwilligung dann bereits funktional keine Kompensationsleistung mehr zu erbringen.[1499]

46 Entsprechend ist je nach Sachverhalt unter Rückgriff auf die in Frage stehenden Anliegen des Legalitätsprinzips und der Kriterien für das Erfordernis der Gesetzesform (siehe dazu *supra* N. 9-10) zu prüfen, ob sich ein Verzicht auf eine gesetzliche Grundlage und eine Abstützung auf die Einwilligung rechtfertigen lässt.

47 Für Datenbearbeitungen durch Bundesorgane grenzt Art. 34 Abs. 4 lit. b DSG die Zulässigkeit ab, indem es die Einwilligung auf den **Einzelfall** beschränkt. Dabei ist angesichts des Gesagten davon auszugehen, dass es sich um eine sowohl in sachlicher als auch in zeitlicher Hinsicht, ferner für die Einführung von Rechten und Pflichten auch in persönlicher Hinsicht, *stark beschränkte Anzahl Situationen* handeln muss.

48 Die Frage lässt sich daher trotz der schematischen Vorgabe des DSG in Bezug auf Grundrechtseingriffe letztlich erst im Konkreten unter Einbezug der in Frage stehenden Anliegen zuverlässig beantworten. So wird der obenerwähnte Newsletter einer Behörde auch bei einer sehr grossen Anzahl Empfängerinnen und Empfänger und auch mit einer zeitlich unbeschränkten Periodizität aufgrund einer Einwilligung versandt werden können, wohingegen der Einsatz von Gesichtserkennungssystemen selbst in einem örtlich, zeitlich und personell eng abgegrenzten Bereich aufgrund der Intensität des Grundrechtseingriffs der betroffenen Personen und der gesellschaftlichen Brisanz der verwendeten Technologie nicht auf Basis der Einwilligung im Einzelfall zulässig sein dürfte.[1500]

1498Häner, S. 74.
1499Häner, S. 73-74.

LITERATURVERZEICHNIS

Ballenegger Sarah, Kommentierung zu Art. 17 DSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor-Paul (Hrsg.), Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014.

Dubey Jacques, Kommentierung zu Art. 5 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand Constitution fédérale, Basel 2021.

Epiney Astrid/Posse Samah, Kommentierung zu Art. 34 DSG, in: Meier Philippe/Métille Sylvain (Hrsg.), Commentaire romand, Loi sur la protection des données, Basel 2023 (Publikation zum Zeitpunkt der Abgabe der vorliegenden Kommentierung bevorstehend).

Epiney Astrid, Staatliche Überwachung versus Rechtsstaat: Wege aus dem Dilemma?, AJP 2016, S. 1503-1515.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. Zürich/St. Gallen 2020.

Häner Isabelle, Die Einwilligung der betroffenen Person als Surrogat der gesetzlichen Grundlage bei individuell-konkreten Staatshandlungen, ZBl 103 (2002), S. 57-76.

Mund Claudia, Kommentierung zu Art. 34 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023.

Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 5. Aufl. Bern 2021.

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. Bern 2022.

Waldmann Bernhard/Bickel Jürg, Datenbearbeitung durch Bundesorgane, in: Belser Eva Maria/Epiney Astrid/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011, S. 639-764.

1500Für sprechende Beispiele siehe zudem SHK-Mund, Art. 34 DSG N. 27.

Waldmann Bernhard/Oeschger Magnus, Datenbearbeitung durch kantonale Organe, in: Belser Eva Maria/Epiney Astrid/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011, S. 765-894.

Wyss Martin Philipp, Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit?, Bern 2001.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Bundesamt für Justiz, Gesetzgebungsleitfaden, Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 4. Aufl. 2019, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/legistik/hauptinstrumente.html, besucht am 21.2.2023 (zit. Gesetzgebungsleitfaden).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 S. 6941 ff., abrufbar https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de, besucht am 31.3.2023 (zit. Botschaft 2017).

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23.3.1988, BBl 1988 II S. 413 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1988/2_413_421_353/de, besucht am 31.3.2023 (zit. Botschaft 1988).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 35 DSG

Eine Kommentierung von Sandra Husi-Stämpfli

ZITIERVORSCHLAG

Sandra Husi-Stämpfli, Kommentierung zu Art. 35 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Husi-Stämpfli, N XXX zu Art. 35 DSG.

Art. 35 Automatisierte Datenbearbeitung im Rahmen von Pilotversuchen

[1] Der Bundesrat kann vor Inkrafttreten eines Gesetzes im formellen Sinn die automatisierte Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten oder andere Datenbearbeitungen nach Artikel 34 Absatz 2 Buchstaben b und c bewilligen, wenn:

a. die Aufgaben, aufgrund deren die Bearbeitung erforderlich ist, in einem bereits in Kraft stehenden Gesetz im formellen Sinn geregelt sind;

b. ausreichende Massnahmen getroffen werden, um einen Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Personen auf das Mindestmass zu begrenzen; und

c. für die praktische Umsetzung der Datenbearbeitung eine Testphase vor dem Inkrafttreten, insbesondere aus technischen Gründen, unentbehrlich ist.

[2] Er holt vorgängig die Stellungnahme des EDÖB ein.

[3] Das zuständige Bundesorgan legt dem Bundesrat spätestens zwei Jahre nach der Aufnahme des Pilotversuchs einen Evaluationsbericht vor. Es schlägt darin die Fortführung oder die Einstellung der Bearbeitung vor.

[4] Die automatisierte Datenbearbeitung muss in jedem Fall abgebrochen werden, wenn innerhalb von fünf Jahren nach Aufnahme des Pilotversuchs kein Gesetz im formellen Sinn in Kraft getreten ist, das die erforderliche Rechtsgrundlage enthält.

GLIEDERUNG

In Kürze 534
I. Allgemeines 534
A. Hintergrund 534
B. Normzweck 534
C. Entstehungsgeschichte 535
II. Voraussetzungen für einen zulässigen Pilotversuch (Abs. 1) 535
A. Aufgabennorm in einem Gesetz im formellen Sinne (lit. a) 535
B. Begrenzung von Persönlichkeitsverletzungen auf ein Mindestmass (lit. b) 536
C. Unentbehrlichkeit der Testphase (lit. c) 536
III. Regelung des Pilotprojekts in einer Verordnung 537
IV. Pflicht zur Einholung der Stellungnahme des EDÖB (Abs. 2) 538
V. Evaluation und Befristung der Pilotphase (Abs. 3 und 4) 538
VI. Würdigung 539
Literaturverzeichnis 539

IN KÜRZE

Die Bestimmung zur Durchführung von Pilotversuchen erlaubt es, besonders schützenswerte Personendaten zu bearbeiten, auch wenn noch keine formell-gesetzlichen Grundlagen bestehen. Ziel der Bestimmung ist, zeitlich beschränkt experimentelle Datenbearbeitungen zu ermöglichen, wenn diese unentbehrlich sind, um bestimmte technische Neuerungen, organisatorische Fragestellungen oder weitere Unklarheiten zu adressieren.

I. ALLGEMEINES

A. Hintergrund

1 Der Bedarf nach leistungsfähigen Anwendungen nicht nur in den sogenannten «e-Bereichen», d.h. im eGovernment oder im eHealth, sondern ganz allgemein im Rahmen der behördlichen Aufgabenerfüllung wächst mit der Digitalisierung unserer Lebens- und Tätigkeitsbereiche.

2 Da Digitalisierungsprojekte in der Regel hohe Investitionskosten mit sich bringen, aber gleichzeitig oftmals nicht abgeschätzt werden kann, ob sich die fraglichen Anwendungen technisch so umsetzen lassen, wie erhofft, müssen Möglichkeiten eingeräumt werden, die Konzeption und insbesondere die Vernetzung von Anwendungen im Rahmen von Pilotversuchen evaluieren zu können. Pilotversuche sind dabei als Tests zu verstehen, mit denen Erkenntnisse über die Durchführbarkeit oder Akzeptanz eines Vorhabens gewonnen werden sollen.

B. Normzweck

3 Pilotversuche dürfen nicht dazu führen, dass die rechtsstaatlichen Grundsätze ausgehebelt werden. Auch wenn aufgrund der experimentellen Natur[1501] der Datenbearbeitung und der Komplexität des Gesetzgebungsprozesses zum Zeitpunkt des Pilotprojekts noch nicht auf die von der Verfassung vorgesehenen Rechtsgrundlagen (mit angemessener Normstufe und

1501.Botschaft Revision DSG 2003, S. 2143; SHK-Husi-Stämpfli, Art. 35 N. 2; BSK-Schäfer, Art. 17*a* N. 2 f.; Rosenthal/Jöhri, Art. 17*a* N. 14. Siehe zur experimentellen Natur bspw. der Swiss Covid-App ausführlich Vokinger, 413 ff.

Normdichte) zurückgegriffen werden kann, so müssen gleichwohl minimale rechtliche Vorgaben beachtet werden.

Art. 35 DSG erlaubt es dem Bundesrat daher, Pilotversuche zeitlich befristet, gestützt auf lediglich eine Verordnung (und eben nicht auf ein Gesetz im formellen Sinn, wie dies für besonders schützenswerte Personendaten erforderlich wäre, Art. 34 Abs. 2 DSG) durchführen zu lassen. 4

C. Entstehungsgeschichte

Bereits im Jahr 1999[1502] wurde die Motion «Erhöhter Schutz für Personendaten bei Online-Verbindungen» eingereicht. Sie bildete den Grundstein für den späteren Art. 17a aDSG und die Regelung von Datenbearbeitungen im Rahmen von Pilotversuchen, bei denen die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen besonders gefährdet sein könnten. Art. 35 DSG wurde inhaltlich weitestgehend unverändert und in der parlamentarischen Beratung unbestritten in das neue Datenschutzgesetz übernommen. 5

II. VORAUSSETZUNGEN FÜR EINEN ZULÄSSIGEN PILOTVERSUCH (ABS. 1)

Besonders schützenswerte Personendaten oder andere Datenbearbeitungen nach Art. 34 Abs. 2 lit. b und c DSG dürfen nur dann im Rahmen eines Pilotversuchs und in Ausnahme vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage bearbeitet werden, wenn folgende Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: 6

A. Aufgabennorm in einem Gesetz im formellen Sinne (lit. a)

Die *Aufgaben*, zu deren Erfüllung das Pilotprojekt mit der automatisierten Bearbeitung der besonders schützenswerten Personendaten erforderlich sein soll, müssen bereits zum Zeitpunkt des Pilotprojekts in einem Gesetz im formellen Sinne[1503] geregelt sein (siehe dazu OK-Zysset zu Art. 34 DSG), das Gesetz muss zudem bereits in Kraft stehen. 7

Dabei genügt es nicht, dass die formell-gesetzliche Grundlage lediglich die Bearbeitung erforderlich machenden Aufgaben regelt[1504]. Das Erfordernis der 8

1502 Motion 98.3529 «Erhöhter Schutz für Personendaten bei Online-Verbindungen», AB (1999) S. 209 ff., dazu ausführlich BSK-Schäfer, Art. 17*a* N. 4.

Normdichte muss, wenn schon nicht für das Pilotprojekt selbst, so zumindest für die dem Projekt zugrundeliegenden Aufgaben, erfüllt sein. Die gesetzliche Grundlage muss damit das Organ, welches Zugang zu den Daten hat, den konkreten Zweck des Zugangs sowie den Umfang der Zugangsberechtigung umschreiben[1505].

B. Begrenzung von Persönlichkeitsverletzungen auf ein Mindestmass (lit. b)

9 Um die Risiken, die das Pilotprojekt für die betroffenen Personen mit sich bringt, zu minimieren, müssen organisatorische, technische und rechtliche Massnahmen insbesondere zur Sicherstellung der Datensicherheit getroffen werden[1506]. Die Schutzmassnahmen müssen die möglicherweise drohenden Persönlichkeitsverletzungen auf ein Mindestmass reduzieren. Die neue Formulierung von Art. 35 Abs. 1 lit. b DSG wird damit dem Umstand gerecht, dass das Risiko von Persönlichkeitsverletzungen im Rahmen von digitalisierten Datenbearbeitungen de facto niemals gänzlich ausgeschlossen werden kann.

C. Unentbehrlichkeit der Testphase (lit. c)

10 Pilotprojekte zur Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten und die damit verbundene Relativierung des Legalitätsprinzips dürfen nicht leichthin veranlasst werden: Art. 35 Abs. 1 lit. c DSG setzt voraus, dass die Testphase *insbesondere* aus technischen Gründen *unentbehrlich* ist. Gleichzeitig gesteht der Gesetzgeber aber zu, dass es durchaus auch andere, bspw. organisatorische, Gründe geben kann, die einen Pilotversuch zur Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten erforderlich machen («*insbesondere*»)[1507].

1503 SHK-Husi-Stämpfli, Art. 35 N. 5 f.; BSK-Schäfer, Art. 17*a* N. 8.

1505 Botschaft Revision DSG 2003, S. 2142-2143; BSK-Schäfer, Art. 17*a* N. 2 f.; Rosenthal/Jöhri, Art. 17*a* N. 4, N. 14.

1506 Siehe z.B. die kritische Auseinandersetzung mit der von der Swiss Covid-App vorgenommenen Anonymisierung bei Oberlin/Kessler, Rz. 33 ff.

1507 Die Aufzählung des Art. 17a Abs. 2 aDSG wurde in der Revision nicht etwa gestrichen, weil die genannten Gründe hinfällig geworden wären, sondern, um die Regelungsdichte zu reduzieren (Botschaft DSG 2017, S. 7081). Art. 31 ff. DSV enthalten sodann Anforderungen an die Unentbehrlichkeit der Pilotversuche, das Verfahren der Bewilligung sowie den Evaluationsbericht.

Denkbar sind auch Kombinationen von technischen und organisatorischen Rahmenbedingungen, die für sich allein zwar keinen Rückgriff auf Art. 35 DSG rechtfertigen würden, aber gemeinsam eben doch einen Pilotversuch erforderlich machen, gerade wenn es bspw. darum geht, über die föderalen Ebenen hinweg Informationssysteme auszutesten und Schnittstellen zu prüfen. Und schliesslich hat die Covid-Pandemie gezeigt, dass es auch nicht antizipierte Gründe geben kann, einen Pilotversuch durchzuführen: Die Swiss Covid-App wurde gestützt auf den damaligen Art. 17a aDSG (i.V.m. Art. 78 Abs. 1 EpG) während einer einmonatigen Versuchsphase betrieben, um die «neu entwickelten Lösungsansätze hinsichtlich der Dezentralität der Datenbearbeitung und der kryptografischen Methoden, (der) Stabilität des Betriebs, (der) Absicherung gegen unbeabsichtigte oder unbefugte Manipulationen, (der) Nutzerfreundlichkeit (sowie der) Verständlichkeit der Informationen für die Teilnehmenden und für die zugriffsberechtigten Fachpersonen»[1508] zu testen. Die Pilotphase dauerte in diesem Fall und aufgrund der Dringlichkeit der Situation lediglich vom 14. Mai 2020 bis zum 25. Juni 2020, danach wurde das App in den regulären Betrieb übernommen[1509]. 11

III. REGELUNG DES PILOTPROJEKTS IN EINER VERORDNUNG

Auch wenn Art. 35 DSG im Gegensatz zur Vorgängerbestimmung Art. 17a Abs. 3 aDSG nicht mehr explizit vorsieht, dass der Bundesrat das Pilotprojekt präzise im Rahmen einer Verordnung regeln muss, bleibt diese Pflicht nicht nur gem. Art. 33 Abs. 2 lit. e DSV (Pflicht des zuständigen Bundesorgans, den EDÖB im Rahmen des Bewilligungsverfahrens zu konsultieren und ihm einen Verordnungsentwurf vorzulegen) weiterhin bestehen: Sie ergibt sich aus dem in Art. 5 Abs. 1 BV verankerten Legalitätsprinzip, woraus sich ableiten lässt, dass ein Mindestmass an rechtsstaatlicher Kontrolle auch während eines Pilotprojekts gewahrt werden muss, bzw. dass schwerwiegende Grundrechtseingriffe selbst bei Pilotprojekten mindestens einer Rechtsgrundlage auf Verordnungsstufe bedürfen. 12

1508 Art. 2 Abs. 2 der Verordnung über den Pilotversuch mit dem «Swiss Proximity-Tracing-System» zur Benachrichtigung von Personen, die potenziell dem Coronavirus (Covid-19) ausgesetzt waren» (AS 2020 1589, ausser Kraft gesetzt am 25.6.2020).

1509 Gestützt auf Art. 60a Abs. 7 EpG und die dazugehörige Verordnung vom 24.6.2020 über

13 Die Verordnung muss all jene Regeln enthalten, die (ausserhalb eines Pilotversuches) auf Gesetzes- und Verordnungsebene zu treffen wären. Wichtig – insbesondere auch im Hinblick auf die zwingend durchzuführende Evaluation (N. 16) – ist, dass vorweg möglichst präzise festgelegt wird, was genau ausgetestet werden soll.

IV. PFLICHT ZUR EINHOLUNG DER STELLUNGNAHME DES EDÖB (ABS. 2)

14 Das Pilotprojekt muss dem EDÖB zur Stellungnahme vorgelegt werden. Mit dieser Regelung wird ein wesentlicher Kontroll-Mechanismus etabliert, der dem Umstand Rechnung trägt, dass in Pilotprojekten vom verfassungsmässigen Grundsatz der Normstufe abgewichen werden darf. Der EDÖB ist als Element der «Checks and Balances» zumindest für die Plausibilisierungsprüfung des Pilotprojekts, die Kontrolle der getroffenen Schutzmechanismen, die Prüfung der Verordnung sowie regelmässige Evaluationen verantwortlich. Dafür sind dem EDÖB gemäss Art. 33 Abs. 2 und 3 DSV ausführliche Informationen insbesondere zum Pilotprojekt an und für sich, den organisatorischen und technischen (Sicherheits-)Massnahmen, ein Entwurf oder zumindest ein Konzept für die Verordnung, die den Pilotversuch regeln soll, sowie eine Projektplanung vorzulegen.

15 Auch wenn der EDÖB keine bindende Stellungnahme abgeben kann, so ist davon auszugehen, dass der Bundesrat in der Regel der Beurteilung des EDÖB Folge leisten wird[1510].

V. EVALUATION UND BEFRISTUNG DER PILOTPHASE (ABS. 3 UND 4)

16 Spätestens innert zwei Jahren nach Inbetriebnahme muss das Pilotprojekt evaluiert werden (Art. 35 Abs. 3 DSG). Das für den Pilotversuch verantwortliche Organ muss dem Bundesrat im Evaluationsbericht darlegen, ob das Projekt allenfalls bereits in ein reguläres Angebot überführt werden kann, ob der Pilotversuch weitergeführt (beachte aber die maximale

1510. Botschaft Revision DSG 2003, S. 2143, ausführlich dazu BSK-Schäfer, Art. 17*a* N. 7 und N. 24 ff.

Befristung von fünf Jahren, N. 17) oder ob das Projekt abgebrochen werden soll.

Insgesamt darf die Pilotphase maximal fünf Jahre dauern (Art. 35 Abs. 4 DSG). Diese Frist ist nicht erstreckbar, und zwar auch dann nicht, wenn der Pilotversuch in ein reguläres Angebot überführt werden soll, aber noch keine gesetzlichen Grundlagen ausgearbeitet wurden – der «reguläre» Betrieb gestützt auf einen blossen Entwurf ist aus rechtstaatlichen Gründen nicht zulässig. 17

VI. WÜRDIGUNG

Obschon Art. 17a aDSG bislang nur ausgesprochen selten zur Anwendung gelangt ist und der Bundesrat beteuert, dass er von Art. 35 DSG nur ausnahmsweise Gebrauch machen werde[1511], ist durchaus anzunehmen, dass mit der digitalen Transformation des Verwaltungswesens auch häufiger auf die Pilotversuchsbestimmung zurückgegriffen werden wird. Das mag durchaus im Sinne der digitalen Weiterentwicklung der Bundesverwaltung sein, gleichwohl darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Anwendung von Art. 17a aDSG bzw. Art. 35 DSG immer mit einer Aushöhlung des Legalitätsprinzips einhergeht. Ein allzu grosszügiger Rückgriff auf Art. 35 DSG, ohne dass bspw. eine Aufgabennorm im formellen Sinn besteht oder die Unentbehrlichkeit der Testphase seriös überprüft wurde, ist daher zu vermeiden. Immerhin ist auch nicht von der Hand zu weisen, dass mit den Pilotprojekten jeweils hohe Investitionskosten einhergehen – der Entscheid, ein System nach Ablauf der Testphase doch nicht weiter zu betreiben, dürfte daher nicht nur schwer, sondern auch selten fallen[1512]. 18

Die Autorin gibt in dieser Kommentierung ihre persönliche Einschätzung wieder.

LITERATURVERZEICHNIS

Husi-Stämpfli Sandra, Kommentierung zu Art. 35, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023.

1511. Botschaft DSG, S. 7081.
1512. Huber, S. 215.

Huber René, die Teilrevision des Eidg. Datenschutzgesetzes, ungenügende Pinselrenovation, in: recht 2006, S. 205.

Schäfer Marc Frédéric, Kommentierung zu Art. 17a DSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor-Paul (Hrsg.), Datenschutzgesetz / Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2014.

Oberlin Jutta Sonja/Kessler Rainer, Daten: Die Schlüsselrolle im Kampf gegen die Coronavirus-Pandemie?, in: jusletter 16.11.2020.

Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008.

Vokinger Kerstin Noëlle, Die digitale Bekämpfung von Covid-19 und die Rolle des Bundes(rates), SJZ 116/2020, S. 412.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 38 DSG

Eine Kommentierung von Claudia Schreiber

ZITIERVORSCHLAG

Claudia Schreiber, Kommentierung zu Art. 38 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Schreiber, Art. 38 DSG N. XXX.

Art. 38 Angebot von Unterlagen an das Bundesarchiv

[1] In Übereinstimmung mit dem Archivierungsgesetz vom 26. Juni 1998 bieten die Bundesorgane dem Bundesarchiv alle Personendaten an, die sie nicht mehr ständig benötigen.

[2] Sie vernichten die vom Bundesarchiv als nicht archivwürdig bezeichneten Personendaten, es sei denn:

a. diese werden anonymisiert;

b. diese müssen zu Beweis- oder Sicherheitszwecken oder zur Wahrung der schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person aufbewahrt werden.

GLIEDERUNG

I. In Kürze 543
II. Allgemeines 543
A. Entstehungsgeschichte 543
B. Anwendungsbereich 546
C. Begriffe 547
III. Unterlagen anbieten im Kontext der prospektiven Bewertung (Abs. 1) 548
IV. Personendaten, die nicht mehr ständig benötigt werden (Abs. 1) 551
V. Vernichtung von nicht archivwürdigen Unterlagen (Abs. 2) 552
VI. Anonymisierung von Personendaten (Abs. 2 lit. a) 553
VII. Aufbewahrung zu Beweis- oder Sicherheitszwecken, Wahrung der schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person (Abs. 2 lit. b) 553
VIII. Umsetzung mit Missverständnissen 554
IX. Würdigung 556
Literaturverzeichnis 557
Materialienverzeichnis 558

I. IN KÜRZE

Art. 38 DSG kommt eine bedeutende Brückenfunktion zwischen dem Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) und dem Bundesgesetz über die Archivierung (BGA) zu. 1

Heute kann Art. 38 DSG Anlass zu Missverständnissen bieten, da sich die Archivierungspraxis auf Bundesebene verändert hat, insbesondere im Zusammenhang mit der Einführung der prospektiven Bewertung im Jahr 2010. 2

II. ALLGEMEINES

A. Entstehungsgeschichte

Dass der Datenschutz, die Archivierung und die auf archivierte Unterlagen angewiesene historischen Forschung unterschiedliche Interessenslagen aufweisen, ist bereits hinlänglich thematisiert worden.[1513] Im Zusammenhang mit der Erarbeitung des ersten Bundesgesetzes über den Datenschutz Ende der 1970er Jahre ist in Teilen der Archivwelt die Befürchtung aufgekommen, dass die Datenschutzbestrebungen zu einer «zunehmenden Vernichtungs-/Löschungstendenz» und einer «Zurückhaltung in der Benutzungs- bzw. Bewilligungspraxis einzelner Dienststellen» führen könnten.[1514] Diese Befürchtungen waren insbesondere auch deshalb aufgekommen, weil die Erarbeitung des ersten Datenschutzgesetzes auf Bundesebene in einer Zeit erfolgte, als die Archivierung auf Bundebene lediglich auf Stufe von Reglementen und Weisungen reguliert wurde.[1515] 3

Anfänglich schien es, als ob sich das neue Datenschutzgesetz der Frage der Archivierung von Personendaten ausführlich annehmen würde, schlug die Arbeitsgruppe Datenschutz in der Bundesverwaltung doch vor, einen Art. 20 zu erarbeiten, der unter dem Titel «Vernichtung und Archivierung der Daten» bzw. «Archivierung und Vernichtung der Daten» eine ausführliche Regelung für die Archivierung von (Personen-)Daten enthalten sollte: In einem Entwurf der Arbeitsgruppe heisst es: «Datenträger mit dauernd wertvollen Daten 4

1513. Vgl. u.a. BAR, E3120B#1996/434#391*. Entwurf 12. 1983 Vernehmlassungsverfahren bei den Kantonen politischen Parteien und intern. Organisationen.
1514. Graf, S. 95.
1515. Botschaft BGA 1997, S. 945.

können im Bundesarchiv über die Zeit der ursprünglich notwendigen Bearbeitung hinaus archiviert (Var.: aufbewahrt) werden; ihre weitere Bearbeitung ist nur im Rahmen der Vorschriften für das Bundesarchiv zulässig.»[1516]

5 Dieser Vorschlag fand jedoch in der Folge keinen Anklang. Auf eine Spezialregelung hinsichtlich der Archivierung von Daten wurde verzichtet[1517]: Der damalige Art. 18 Abs. 2 E-DSG ebenso wie der Art. 21 des ersten DSG vom 19. Juni 1992 strichen die Archivierung aus dem Titel und hielten unter dem Titel «Anonymisieren und Vernichten von Personendaten» fest, dass Bundesorgane Personendaten, die sie nicht mehr benötigen, anonymisieren oder vernichten müssen, soweit «die Daten nicht Beweis- oder Sicherungszwecken dienen» oder «dem Bundesarchiv abzuliefern sind».[1518] Damit wurde die Grundlage für den Charakter des heutigen Art. 38 DSG gelegt.

6 Kurz nach Inkrafttreten des ersten DSG auf Bundesebene im Jahr 1992 beauftragte der Bundesrat mit Beschluss vom 18. August 1993 das Eidgenössische Departement des Innern (EDI) mit der Erarbeitung eines Vorentwurfs für die Schaffung eines Bundesgesetzes über die Archivierung. In der Folge wurden die Arbeiten von einer interdepartementalen Arbeitsgruppe an die Hand genommen.[1519] Der Bedarf für eine rechtliche Grundlage für die Archivierung in einem formellen Bundesgesetz ergab sich aus den offensichtlichen Umwälzungen im Archivierungsbereich (u.a. durch die massive Zunahme des Umfangs der durch Bundesstellen produzierten Akten nach dem Zweiten Weltkrieg und die vermehrte Produktion von elektronischen Unterlagen im letzten Viertel des 20. Jahrhunderts) sowie aus der Forderung nach einer «Verwirklichung eines angemessenen Datenschutzes», wie die Botschaft über das Bundesgesetz über die Archivierung vom 26. Februar 1997 darlegt.[1520]

7 Gleichzeitig wurde in der Botschaft zum BGA festgehalten, dass das Recht auf eine Einsichtnahme ins Archivgut nicht das Recht auf ungeprüfte

1516. Schweizerisches Bundesarchiv, E4110B#1992-42#319*, Arbeitspapier IV, Erste Lesung des Gesetzesentwurfs, S. 32.
1517. Botschaft DSG 1988, S. 473.
1518. Botschaft DSG 1988, S. 522.
1519. Botschaft BGA 1997, S. 949.
1520 Botschaft BGA 1997, S. 944.

Bekanntmachung oder unkritische Weitergabe von Personendaten bedeute. Vielmehr zwinge das Recht auf eine Einsichtnahme ins Archivgut «zur kritischen Überprüfung des Inhalts archivierter Unterlagen und zur zeitgerechten Interpretation und Darstellung unter Wahrung des Persönlichkeitsschutzes», diese Verantwortung obliege den Benutzerinnen und Benutzern des Archivs[1521]. Hier ist anzumerken, dass bei noch in der Schutzfrist stehenden Unterlagen, die nicht bereits vor der Ablieferung öffentlich zugänglich waren (vgl. Art. 9 Abs. 2 BGA) im Rahmen der Bearbeitung von Einsichtsgesuchen nach Art. 13 BGA vorab durch die abliefernde Stelle gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. b geprüft wird, ob nicht **überwiegende private Interessen** einer Einsicht vor Ablauf der Schutzfrist entgegenstehen und ob allenfalls die Einsicht unter Auflagen und Bedingungen, wie etwa einer Anonymisierung von Personendaten, gewährt werden soll (Art. 13 Abs. 3 BGA).

8 Mit Inkrafttreten des BGA im Jahr 1999 wurden die Fragen des Datenschutzes im Bereich der Archivierung nun auch aus einer Archiv-Perspektive adressiert. Mit der Einführung der **Schutzfristenregelung** und der damit geschaffenen Möglichkeit, in bestimmten Fällen die Schutzfrist für die Einsichtnahme in Unterlagen zu verlängern (Art. 11 und 12 BGA), strebte das BGA explizit eine «Harmonisierung»[1522] an. Da Archivgut nicht verändert werden darf (Art. 14 Abs. 4 BGA), ergänzt der Bestreitungsvermerk gemäss Art. 15 Abs. 3 BGA die Schutzfristenregelung. Weiter wird gemäss Art. 14 Abs. 2 BGA bei Personendaten die Einsichtnahme der aktenbildenden bzw. abliefernden Stelle während der Schutzfrist eingeschränkt, sofern nicht die Ausnahmetatbestände gemäss Art 14 Abs. 1 (lit. a-d) vorliegen. So wird gemäss Botschaft zum BGA sichergestellt, dass «einerseits die Interessen der Betroffenen zu schützen sind, andererseits aber auch die im öffentlichen Interesse liegende (historische) Forschung nicht behindert werden soll.»[1523]

9 Das **neue BGA** wirkte nun also auf das bereits bestehende Datenschutzgesetz ein. Allerdings regulierte das Datenschutzgesetz bis 2006 in Artikel 21 die Ablieferung von Personendaten an das Bundesarchiv lediglich als Ausnahmeerscheinung zur Anonymisierung und Vernichtung.

1521 Botschaft BGA 1997, S. 958.
1522 Botschaft BGA 1997, S. 957.
1523 Botschaft BGA 1997, S. 958.

10 Eine **bedeutende Änderung** erfuhr der heutige Artikel 38 DSG jedoch im Jahr 2008 (Fassung gemäss Ziff. I des BG vom 24. März 2006, in Kraft seit 1. Jan. 2008). Neu war demgemäss nun die Archivierung von Personendaten keine Ausnahmeerscheinung des Vernichtens oder Anonymisierens mehr. Vielmehr wurde jetzt auf das inzwischen in Kraft getretene neue Bundesgesetz über die Archivierung Bezug genommen. Dieses Gesetz führt mit den Begriffen «Angebot» resp. «Anbieten» und «Archivwürdigkeit» nun auch Konzepte aus der Archivwelt in das Datenschutzgesetz ein.

11 Seit 2008 ist Art. 21 des aDSG, der heutige Artikel 38 des am 1. September 2023 in Kraft getretenen neuen DSG im Kern unverändert geblieben, der Vollzug der Archivgesetzgebung auf Bundesebene hingegen hat sich in dieser Zeit signifikant weiterentwickelt, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden.

B. Anwendungsbereich

12 Art. 38 DSG richtet sich an alle Bundesorgane gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. b DSG. Das BGA führt in Art. 1 Abs. 1 alle Stellen auf, deren Archivierung das BGA regelt. Normadressat ist auch das Bundesgericht, das gemäss Art. 1 Abs. 3 zwar die Archivierung seiner Unterlagen selbst regelt, dies jedoch nach den Grundsätzen des BGA und nach Anhörung des Schweizerischen Bundesarchivs (BAR).

13 Indirekt kann Art. 38 DSG auch für Aktenbildner gemäss Art. 17 Abs. 2 BGA von Bedeutung sein, also für **Personen des privaten oder öffentlichen Rechts** von gesamtschweizerischer Bedeutung, die ihre Unterlagen dem BAR für eine sichere und sachgemässe Aufbewahrung und Vermittlung freiwillig übergeben. Regelmässig verweisen die entsprechenden Schenkungs- und Hinterlegungsverträge darauf, dass die Unterlagen für Einsichtnahme denselben Bestimmungen wie die Unterlagen des Bundesstaates (Art. 9 ff. des Bundesgesetzes über die Archivierung, BGA) gelten.[1524] Folglich ist davon auszugehen, dass ohne anderslautende Vereinbarung zwischen Aktenbildner und dem BAR auch archivwürdige Unterlagen aus Privatarchiven, die Personendaten darstellen oder enthalten, analog Art. 38 DSG und namentlich unter Anwendung der Schutzfristenregelung gemäss Art. 9 ff. an das BAR abgeliefert werden können.

1524 Schweizerisches Bundesarchiv, Schenkungsvertrag, Ziffer 4.2.

Zur Frage, ob sich Art. 38 DSG nur auf Personendaten beziehen kann, deren Beschaffung resp. Bearbeitung rechtmässig erfolgte, ist mit Epiney[1525] und anderen daraufhin hinzuweisen, dass der Forderung nach einer systematischen Vernichtung von Unterlagen, die Personendaten enthalten oder darstellen, die in ganz oder teilweise gesetzeswidriger Art und Weise beschafft und bearbeitet wurden, je nach Ausgangslage ein öffentliches Interesse gerade an der Erhaltung von Unterlagen entgegensteht, die von der Verwaltung in rechtswidriger Art und Weise erstellt wurden. Ausserdem würde eine solche strikte Regelung die Grundsätze und Ziele des BGA ebenso wie allfällige Einsichtsbegehren Betroffener, bspw. im Hinblick auf Entschädigungsansprüche unterlaufen[1526]. Die **Staatsschutzfichen** beispielsweise, die an das BAR abgeliefert wurden[1527], sind sowohl in rechtlicher, politischer wie historischer Sicht wertvolle Unterlagen des Bundes, welche die Geschäftspraxis von Bundesbehörden dokumentieren, wie dies Art. 2 Abs. 1 BGA postuliert. 14

C. Begriffe

Wo Archivgesetzgebung und Datenschutzgesetzgebung – wie in Art. 38 DSG – miteinander in Berührung kommen, prallen unterschiedliche Perspektiven und Begriffs-Welten aufeinander. Die Archivgesetzgebung orientiert sich am «Unterlagen»-Begriff. **Unterlagen** sind nach Art. 3 Abs. 1 BGA «alle aufgezeichneten Informationen, unabhängig vom Informationsträger, welche bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben des Bundes empfangen oder erstellt worden sind, sowie alle Hilfsmittel und ergänzenden Daten, die für das Verständnis dieser Informationen und deren Nutzung notwendig sind.» Die Datenschutzgesetzgebung hingegen spricht von **Personendaten**, die in Art. 3 lit. a DSG als «alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen», definiert werden. Es stellt sich daher die Frage, in welchem Verhältnis diese beiden Begriffe zueinander stehen. Für die nachfolgenden Ausführungen wird postuliert, dass Personendaten gleichzeitig eine Subkategorie und eine mögliche Eigenschaft von aufgezeichneten Informationen (Unterlagen) sind. Mit anderen Worten: Personendaten sind 15

1525. CR-Epiney, Art. 38 DSG N. 7.

1526. Vgl. dazu BAR, E3120B#1995/16#379* und E3120B#1995/16#374*. In E3120B#1995/16#374* vgl. insbesondere das Argumentarium «Staatsschutzakten – Archivieren oder Vernichten?» vom 8.11.1991 des Staatsarchivars des Kantons Basel-Landschaft.

1527. Schweizerisches Bundesarchiv, Staatsschutzfichen.

immer Unterlagen im Sinne des BGA. Umgekehrt können Unterlagen Personendaten enthalten, müssen aber nicht.

16 Artikel 38 DSG schlägt mit der Verwendung der Begriffe **«Angebot» bzw. «Anbieten»** eine weitere Brücke zum BGA. Die Begriffe Angebot bzw. Anbieten werden im BGA und der entsprechenden Ausführungsgesetzgebung allerdings unterschiedlich eingesetzt und ihre Bedeutung hat sich in den letzten fünfzehn Jahren teilweise verändert.

17 Einerseits spricht das BGA von den «anbietepflichtigen Stellen» und umreisst damit in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 BGA das Verhältnis zwischen dem BAR und den Bundesstellen, die der Weisungspflicht des BAR unterstehen und dem BAR gegenüber anbietepflichtig sind. Andererseits umschreiben die Begriffe «Angebot» und «Anbieten» aber auch Arbeitsschritte im **Lebenszyklus** von Unterlagen. Diese Arbeitsschritte stehen im Zusammenhang mit der Bewertung von Unterlagen und sind Gegenstand eines bedeutenden Praxiswechsels, dem Wechsel von der retrospektiven zur prospektive Bewertung, der im Gesamtkonzept für die Bewertung im Bundesarchiv im Jahr 2010 beschrieben wird.[1528] Auf diesen Praxiswechsel wird in den nachfolgenden Kapiteln eingegangen.

III. UNTERLAGEN ANBIETEN IM KONTEXT DER PROSPEKTIVEN BEWERTUNG (ABS. 1)

18 Im Gesamtkonzept für die Bewertung im Bundesarchiv, das 2010 publiziert wurde, wird im Grundsatz die Abkehr von der retrospektiven Bewertung zugunsten der prospektiven Bewertung postuliert.[1529]

19 Während bei der retrospektiven Bewertung bereits erstellte Unterlagen hinsichtlich ihrer Archivwürdigkeit bewertet werden,[1530] sieht die **prospektive Bewertung** vor, Unterlagen bereits vor ihrer Erstellung zu bewerten.[1531] Diese Bewertung erfolgt bei der Erarbeitung bzw. der Revision

1528 Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertung.

1529 Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertung, S. 5.

1530 Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertung, S. 25, definiert die retrospektive Bewertung als Bewertung von Unterlagen nach ihrem Entstehen.

1531 Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertung, S. 25, definiert die prospektive Bewertung als Bewertung von Unterlagen vor ihrem Entstehen auf der Grundlage eines Unterlagenverzeichnisses (z. B. Ordnungssystem).

von Ordnungssystemen gemäss Artikel 7 und 8 der GEVER-Verordnung.[1532] Ordnungssysteme werden von Bundesstellen erarbeitet und im Fall von anbietepflichtigen Stellen vom BAR geprüft und genehmigt, sofern sie den Anforderungen des BGA bzw. der Ausführungsbestimmungen zum RVOG genügen.[1533] In einem Ordnungssystem werden Unterlagen-Serien auf Stufe Rubrik[1534] bewertet, das heisst, es wird festgehalten, ob die Unterlagen, die im Rahmen der Aufgabenwahrnehmung einer Bundesstelle anfallen werden, vollständig, teilweise (Selektion oder Sampling) oder gar nicht archivwürdig sind.[1535] Nur geschäftsrelevante Unterlagen werden bewertet, nicht geschäftsrelevante Unterlagen gelten nicht als Unterlagen im Sinne des BGA und unterliegen der Anbietepflicht nicht.[1536]

Der Wechsel auf die prospektive Bewertung blieb nicht ohne Folgen für die Bedeutung des Begriffs «Angebot» bzw. «Anbieten». Bei der retrospektiven Bewertung in Anwendung von Art. 6 Abs. 1 BGA wurden bestehende Unterlagenserien dem BAR von den nicht selbständig archivierenden Stellen mit einem Vorschlag zur rechtlich-administrativen Bewertung (**Angebot zur Übernahme**) angeboten und das BAR nahm jeweils zusätzlich eine rückwirkende Bewertung aus historisch-sozialwissenschaftlicher Perspektive vor. 20

Mit der Einführung der prospektiven Bewertung erfolgen im Lebenszyklus von Unterlagen zu zwei unterschiedlichen Zeitpunkten «Angebote» an das BAR. Die Bewertung von Unterlagen erfolgt im Rahmen der Erarbeitung oder Aktualisierung eines Ordnungssystems und ist als **Angebot zur Bewertung** 21

1532 Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertung, S. 8: Die Notwendigkeit für die prospektive Bewertung führt das BAR auf das «verstärkte Interesse an rationellem und integriertem Information Life Cycle Management, das in der Umstellung auf elektronische Geschäftsverwaltung Ausdruck findet» zurück. Diese Umstellung auf die elektronische Geschäftsverwaltung (GEVER) «schafft sowohl die Voraussetzung als auch die Notwendigkeit, die prospektive Bewertung innerhalb der nächsten Jahre flächendeckend auszubauen».

1533 U.a. Verordnung vom 03.04.2019 über die elektronische Geschäftsverwaltung in der Bundesverwaltung (SR 172.010.441; nachfolgend: GEVER-Verordnung) sowie Weisungen Aktenführung.

1534 Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertung, S. 26: Die Rubrik ist die unterste Position im Ordnungssystem. Den Rubriken werden Dossiers zugeordnet.

1535 Im Rahmen der Erarbeitung bzw. Revision von Ordnungssystemen werden auf Stufe Rubrik zudem Metadaten zum Datenschutz erfasst, vgl. Art. 8 Abs. 2 GEVER-Verordnung.

1536 Geschäftsrelevant sind Informationen gemäss Art. 2 Abs. 2 GEVER-Verordnung, die für den Nachweis der Geschäftstätigkeit im Sinne von Artikel 22 RVOV notwendig sind.

zu verstehen.[1537] Die in der Folge erstellten archivwürdigen Unterlagen[1538] werden dem BAR zu einem späteren Zeitpunkt zur Ablieferung angemeldet[1539] (d.h. Übermittlung von Dateien inkl. Meta- und Verzeichnungsdaten enthaltende Submission Information Packages SIP bei der Ablieferung von elektronischen Unterlagen oder von Papierdossiers enthaltenden Archivschachteln bei Papierablieferungen). Die Bewertung von Unterlagen in Zusammenarbeit zwischen Aktenbildnern und dem BAR und die Übermittlung resp. Ablieferung von Unterlagen an das BAR fallen also seit der Einführung der prospektiven Bewertung zeitlich nicht mehr zusammen.

22 Wie oben angedeutet, ist sowohl bei der vor 2010 mehrheitlich praktizierten retrospektiven Bewertung wie auch bei der prospektiven Bewertung nach 2010 neben dem BAR die betroffene Bundesstelle an der Bewertung beteiligt. Die aktenbildende Bundesstelle bewertet die Unterlagen pro Rubrik in **rechtlich-administrativer** Hinsicht. Diese Bewertung wird von der Geschäftsleitung/Direktion der betroffenen Bundesstellen verantwortet und stellt sicher, dass den fachlichen, rechtlichen und politischen Aspekten Rechnung getragen wird.[1540] Das BAR überprüft in einem zweiten Schritt die rechtlich-administrative Bewertung der aktenbildenden Stelle und nimmt zusätzlich eine Bewertung nach **historisch-sozialwissenschaftlichen** Kriterien vor. Fällt eine der beiden Bewertungen positiv aus, gelten die Unterlagen als (vollständig oder teilweise in Form von Sampling oder

1537. Sobald ein bewertetes, vom BAR abgenommenes Ordnungssystem vorliegt, wird in der Regel auch ein retrospektiv komplettes Angebot erstellt, das in Tabellenform detailliert verzeichnet, welche Papierunterlagen, elektronischen Unterlagen und Fachanwendungen beim Aktenbildner vorhanden sind. Durch Zuordnung der Unterlagen-Serien zum Ordnungssystem wird dessen Bewertung übernommen.

1538. Sofern ein Ordnungssystem Aufgaben umfasst, die vom betroffenen Bundesorgan bereits vor Inkrafttreten des BGA durchgeführt wurden, kann die im Ordnungssystem hinterlegte Bewertung auch für Unterlagen hinzugezogen werden, die vor Inkrafttreten des Ordnungssystems entstanden sind (retrospektives komplettes Angebot, vgl. Fn. 25).

1539. Vielfach wird für diesen Vorgang auch der Begriff «anbieten» verwendet. Die aktuelle Emailadresse des BAR-Dienstes, bei dem Ablieferungen angemeldet werden, lautet denn auch anbieten.abliefern@bar.admin.ch.

1540 Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertung, S. 15.

Selektion) archivwürdig.[1541] Ausnahmsweise kann die prospektive Bewertung einer nachträglichen Überprüfung unterzogen werden.[1542]

IV. PERSONENDATEN, DIE NICHT MEHR STÄNDIG BENÖTIGT WERDEN (ABS. 1)

Die Literatur behandelt die Frage, wann Personendaten nicht mehr ständig benötigt werden, oftmals ohne den Bezug zum Unterlagenkontext. Diese Betrachtungsweise kann in der Praxis kaum umgesetzt werden. Denn Personendaten sind immer Unterlagen im Sinne des BGA, es sei denn, sie sind nicht geschäftsrelevant. Das BGA legt in Art. 6 fest, dass Unterlagen dann an das BAR abzuliefern sind, wenn sie nicht mehr ständig benötigt werden. 23

Würde man davon ausgehen, dass die Frage, wann Personendaten nicht mehr ständig benötigt werden, anders beantwortet werden müsste als die Frage, wann Unterlagen nicht mehr ständig benötigt werden, dann ergäbe sich daraus die Schlussfolgerung, dass archivwürdige Unterlagen, die Personendaten enthalten oder darstellen, möglicherweise zu einem anderen Zeitpunkt an das BAR abzuliefern sind als Unterlagen, die keine Personendaten enthalten oder darstellen. Das BGA geht aber davon aus, dass das **Geschäftsdossier die massgebliche Einheit** ist, die einer Archivierung zugeführt wird.[1543] Geschäftsdossiers sind diesbezüglich oftmals gemischter Natur: Sie bestehen sowohl aus Unterlagen, die Personendaten enthalten wie auch Unterlagen, die keine Personendaten enthalten oder darstellen. Es liegt für Bundesbehörden deshalb nahe, die Frage, wann Personendaten nicht mehr ständig benötigt werden, im Unterlagenkontext zu betrachten und die Ausführungsbestimmungen des BGA in dieser Frage zu beachten. 24

Gemäss Art. 4 Abs. 1 VBGA gelten Unterlagen als nicht mehr ständig benötigt[1544], wenn die anbietepflichtige Stelle keinen häufigen, regelmässigen 25

1541. Vgl. Art. 6 Abs. 2 VBGA: Besteht zwischen dem Bundesarchiv und der anbietepflichtigen Stelle Uneinigkeit über die Archivwürdigkeit von Unterlagen, so werden diese archiviert. Die Federführung des BAR, wie sie in Art. 7 Abs. 1 BGA angeführt ist, bezieht sich demnach nicht auf den Bewertungsentscheid, sondern ist organisatorischer Natur.

1542 Ausnahmsweise wird eine bestehende prospektive Bewertung nachträglich geprüft und unter Umständen abgeändert, vgl. Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertung, S. 18. Fallen bei einem Aktenbildner neue Aufgaben an oder verändern sich Aufgaben in grundsätzlicher Art und Weise, wird das Ordnungssystem aktualisiert, d.h. auch die prospektive Bewertung wird zusätzlich für die neuen resp. veränderten Aufgaben durchgeführt.

Gebrauch mehr von ihnen macht, jedoch spätestens fünf Jahre nach dem letzten Aktenzuwachs. Art. 3 Abs. 1 der Weisungen über die Anbietepflicht und die Ablieferung von Unterlagen an das Schweizerische Bundesarchiv vom 28. September 1999 sieht weiter vor, dass die anbietepflichtigen Stellen ihre Ablagen und Informationsspeicher regelmässig, mindestens aber alle 5 Jahre im Hinblick auf Unterlagen überprüfen, die sie nicht mehr häufig und regelmässig brauchen. Art. 4 Abs. 2 VBGA und Art. 3 Abs. 2 der Weisungen regeln die Verlängerung dieser Frist. Art. 4 Abs. 3 VBGA und Artikel 3 Abs. 3 der Weisungen regeln zusätzlich Fälle von verkürzten Fristen. Für gewisse Unterlagen-Kategorien gelten gemäss Art. 4 Abs. 3 VBGA und Art. 4 der Weisungen spezifischere Vorgaben.[1545]

26 Seit der Einführung der prospektiven Bewertung im Jahr 2010 sind diese Fristen als Frist zur Ablieferung von bereits bewerteten, also archivwürdigen Unterlagen an das BAR zu verstehen.

V. VERNICHTUNG VON NICHT ARCHIVWÜRDIGEN UNTERLAGEN (ABS. 2)

27 Zum Bearbeitungsvorgang des Vernichtens wird auf Art. 5 lit. d sowie Art. 6 Abs. 4 DSG verwiesen.

28 Die in Absatz 2 von Art. 21 verwendete Formulierung «vom Bundesarchiv als nicht archivwürdig bezeichneten Personendaten» ist **missverständlich**, da, wie oben dargelegt, die Bewertung von Unterlagen (und damit auch von Personendaten) nicht allein vom BAR, sondern von der aktenbildenden Stelle gemeinsam mit dem BAR vorgenommen wird. Seit der Einführung der prospektiven Bewertung im Jahr 2010 ist im Moment der Speicherung von Unterlagen in der elektronischen Geschäftsverwaltung (GEVER) aufgrund der Anbindung des entsprechenden Geschäftsdossiers (oder einer Fachanwendung) an eine Rubrik im bewerteten Ordnungssystem klar ersichtlich, ob die Unterlagen, welche Personendaten enthalten oder diese darstellen, archivwürdig sind (teilweise oder vollständig) oder nicht.

1543.Vgl. Art. 10 BGA sowie Art. 7 Abs. 2 GEVER-Verordnung sowie Art. 3 Abs. 4 der Weisungen
1545.Vgl. Art. 4 der Weisungen Anbietepflicht.

In diesem Kontext ist zu erwähnen, dass die Vernichtung von Unterlagen zu protokollieren ist und dass die daraus resultierenden Kassationsprotokolle dem BAR zuzustellen sind.[1546] 29

VI. ANONYMISIERUNG VON PERSONENDATEN (ABS. 2 LIT. A)

Zum Begriff der Anonymisierung wird auf die Kommentierung von Art. 2 Abs. 1 lit. a DSG sowie Art. 6 Abs. 4 DSG verwiesen. Abs. 2 lit. a DSG ermöglicht es Bundesbehörden, nicht archivwürdige Unterlagen oder Unterlagen, die nur als teilweise archivwürdig bewertet sind (Sampling oder Selektion), die nicht mehr ständig benötigt werden, aufzubewahren bzw. vollständig aufzubewahren, sofern diese anonymisiert werden. Bei einer solchen Aufbewahrung kann es sich aber seit der Umstellung auf die elektronische Geschäftsverwaltung nur um eine **zeitlich begrenzte** Aufbewahrung und nicht um eine Archivierung im Sinne des BGA handeln, da den Bundesbehörden nur im Rahmen der Ablieferung an das BAR die für eine elektronische Langzeitarchivierung nötige Infrastruktur zur Verfügung steht. 30

VII. AUFBEWAHRUNG ZU BEWEIS- ODER SICHERHEITSZWECKEN, WAHRUNG DER SCHUTZWÜRDIGEN INTERESSEN DER BETROFFENEN PERSON (ABS. 2 LIT. B)

Im Rahmen der administrativ-rechtlichen Bewertung prüft die aktenbildende Stelle, ob Unterlagen dauerhaft aufzubewahren sind. Der Einbezug der Aktenbildner soll sicherstellen, dass den «fachlichen, rechtlichen und politischen Aspekten bei der Bewertung sorgfältig Rechnung getragen wird».[1547] Archivwürdig sind Unterlagen aus rechtlich-administrativer Perspektive insbesondere dann, wenn sie dem Nachweis der Geschäftspraxis dienen, rechtliche Relevanz aufweisen oder der Gewährleistung der Rechtssicherheit dienen.[1548] 31

Wenn Unterlagen, die Personendaten enthalten oder Personendaten darstellen, zu Beweis- oder Sicherheitszwecken oder zur Wahrung der 32

1546.Vgl. Schweizerisches Bundesarchiv, Löschprotokoll.
1547.Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertung, S. 15.

schutzwürdigen Interessen der betroffenen Personen aufbewahrt werden müssen, sind sie in der Regel bei der rechtlich-administrativen Bewertung bereits als archivwürdig bewertet worden. Als Anwendungsfälle von Art. 38 Abs. 2 lit. b DSG sind demnach, wie in den Fällen von Art. 38 Abs. 2 lit. a DSG, nur Personendaten zu erwarten, die in Unterlagen enthalten sind oder Unterlagen darstellen, die im Rahmen der prospektiven Bewertung als nicht archivwürdig bewertet wurden oder bei einer teilweisen Archivwürdigkeit nicht Teil des zu archivierenden Samples resp. Teil der zu archivierenden Selektion sind. Denkbar sind beispielsweise nicht archivwürdige Buchhaltungsbelege, die als Beweismittel in einem laufenden oder sich anbahnenden Verfahren zum Einsatz kommen.

VIII. UMSETZUNG MIT MISSVERSTÄNDNISSEN

33 In der Praxis wird Art. 38 DSG aber noch nicht durchgehend in diesem Sinne verstanden, wie sich in der Literatur[1549] und Rechtsprechung zeigt. Im Entscheid A-4236/2021 des BVGer vom 21. März 2023, der sich auf Art. 21 aDSG bezieht, stellt sich beispielsweise die ESTV, die über ein abgenommenes Ordnungssystem verfügt[1550], im Zusammenhang mit einem Gesuch um Datenvernichtung auf den Standpunkt, dass die ESTV «selber darüber entscheiden» könne, «wann die rechtmässig bearbeiteten Daten dem Bundesarchiv anzubieten seien. Eine Partei könne nicht beantragen, dass die rechtmässig bearbeiteten Personendaten dem Bundesarchiv anzubieten beziehungsweise zu vernichten seien. Deshalb sei sie nicht gehalten, rechtmässig bearbeitete Personendaten aus einem Dossier, dessen letzter Aktenzuwachs im Jahr 2020 erfolgt sei, dem Bundesarchiv auf Antrag des Beschwerdeführers anzubieten beziehungsweise diese zu vernichten.»[1551] Die ESTV beruft sich damit auf die im BGA und der Ausführungsgesetzgebung zum BGA festgelegten Fristen, versäumt es aber gleichzeitig, darauf hinzuweisen, dass die fraglichen Unterlagen bereits von der ESTV und dem BAR bewertet worden sind.

1548 Schweizerisches Bundesarchiv, Arbeitshilfe S. 11.

1549 In BSK-Bühler, Art. 21 N. 10 werden Anbieten zur Ablieferung und Bewerten als ein zweistufiges Verfahren beschrieben.

1550 Vgl. Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertungsentscheid, S. 6, zur Frage der Archivwürdigkeit von Unterlagen der Hauptgruppe 7 (Internationale Zusammenarbeit).

1551 BVGer A-4236/2021 vom 21.3.2023 E. 4.2.

Auch das Bundesverwaltungsgericht orientiert sich im Entscheid vom 21. März 2023 an der Bewertungspraxis vor 2010 und schreibt: «Es ist nicht am Bundesverwaltungsgericht, die Frage der Archivwürdigkeit der von der Vorinstanz im Amtshilfeverfahren erhobenen Daten als erste Instanz im Beschwerdeverfahren abzuklären, zumal die Zuständigkeit für diese Entscheidung nicht bei der Vorinstanz liegt, sondern beim Bundesarchiv, das sich dazu bisher nicht äussern konnte. [...] Die Vorinstanz hat die im Rahmen des Amtshilfeverfahrens erhobenen Daten dem Bundesarchiv anzubieten und, falls dieses die Daten als archivwürdig einstuft, abzuliefern. Sollten die Daten nicht als archivwürdig eingestuft werden, hat die Vorinstanz die Daten zu vernichten.» 34

Dieser neuere Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts zeigt beispielhaft, zu welchen **Missverständnissen** die aktuelle Fassung von Art. 38 Abs. 1 DSG führen kann: Artikel 38 Abs. 1 DSG scheint – jedenfalls nach der Lesart des der ESTV und des BVGER - nahezulegen, dass anbietepflichtige Stellen Personendaten, hier in der Form eines Geschäftsdossiers zu einem Steuerfall, das sich auf eine bestimmte Person bezieht, nur dann vernichten dürfen, wenn sich das BAR zu diesem einzelnen Dossier und dessen Bewertung konkret geäussert hat. Dies ist nicht mit der Archivierungspraxis des BAR vereinbar, und zwar aus den folgenden Gründen: 35

a) Im vorliegenden Fall haben die anbietepflichtige Stelle ESTV und das BAR bereits bei der Erarbeitung des ESTV-Ordnungssystems im Jahr 2015 eine prospektive Bewertung vorgenommen. Ob die Unterlagen, die aus dieser spezifischen Tätigkeit der ESTV (Informationsaustausch in Steuersachen) hervorgehen, archivwürdig sind oder nicht, lässt sich dem ESTV-Ordnungssystem bzw. der Anbindung des fraglichen Geschäftsdossiers zu einer Rubrik des Ordnungssystems entnehmen. Das BAR und die ESTV haben sich also bereits dazu geäussert, ob die Unterlagenserie, zu der das fragliche Dossier bzw. Dokument gehört, archivwürdig ist (teilweise oder vollständig) oder nicht.

b) Die Bewertung, prospektiver wie retrospektiver Art, bezieht sich auf Serien von Unterlagen, die bei der Erfüllung von bestimmten Aufgaben anfallen und gegebenenfalls auf Fachanwendungen - aber nicht auf einzelne Datensätze, einzelne Personendaten, einzelne Dokumente oder Geschäftsdossiers. Mit anderen Worten: Wie diese Unterlagen-Serien erstellt werden und insbesondere in welcher Form die Unterlagen in Dossiers abgelegt werden, fällt gemäss Art. 2 Abs. 2 sowie Artikel 5 Abs. 2 und 3 BGA i.V.m. Art. 3 VBGA

sowie Art. 6 GEVER-Verordnung und Art. 22 RVOV in den Zuständigkeitsbereich der anbietepflichtigen resp. aktenbildenden Stellen. Diese sind gehalten, für die Nachvollziehbarkeit und Nachweisbarkeit ihrer Geschäftstätigkeit in ihren Unterlagen zu sorgen.

36 Falls im oben erwähnten Fall die entsprechende Unterlagen-Serie im ESTV-Ordnungssystem als archivwürdig oder als teilweise archivwürdig (Selektion oder Sampling) bewertet worden wäre, hätte die aktenbildende Stelle in Anwendung des BGA und der Ausführungsbestimmungen zum BGA lediglich zu entscheiden, wann das fragliche Dossier an das BAR abzuliefern sei. Weiter würde in diesem Fall die aktenbildende Stelle entscheiden, ob das fragliche Dokument für die Nachvollziehbarkeit und Nachweisbarkeit der Geschäftstätigkeit in diesem Dossier benötigt werde. Bei einer teilweisen Archivwürdigkeit würde ebenfalls die aktenbildende Stelle die im OS hinterlegten Kriterien zur Selektion bzw. zum Sampling umsetzen. Das BAR käme in dieser Konstellation nach Durchführung der prospektiven Bewertung ebenfalls **keine Entscheidbefugnis** mehr zu.

37 Falls die entsprechende Unterlagen-Serie als nicht archivwürdig bewertet worden wäre, würde ebenfalls die aktenbildende Stelle entscheiden, wie mit dem fraglichen, Personendaten enthaltenden Dokument resp. Geschäftsdossier zu verfahren sei. Ob dieses also gemäss Art. 38 Abs. 2 lit. a DSG in anonymisierter Form oder gemäss Art. 38 Abs. 2 lit. b DSG in nicht-anonymisierter Form zu Beweis- und Sicherheitszwecken oder zur Wahrung der schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person vom Aktenbildner selbst temporär aufbewahrt werden sollte. Auch in dieser Konstellation käme dem BAR nach Durchführung der prospektiven Bewertung keine Entscheidbefugnis mehr zu.

38 Art. 8 Abs. 1 BGA ist vor diesem Hintergrund so zu verstehen, dass nur Unterlagen, die dem BAR nicht zur (prospektiven) Bewertung angeboten worden sind, nicht ohne die Zustimmung des BAR vernichtet werden dürfen. Angesichts der umfassenden Anbietepflicht an das BAR dürften solche Unterlagen Seltensheitswert aufweisen.

IX. WÜRDIGUNG

39 Art. 38 DSG hat seinen Ursprung in den 1980er Jahren und wurde als Instrument konzipiert, das verhindern sollte, dass Aktenbildner unter dem

Vorwand des Datenschutzes archivwürdige Unterlagen, die Personendaten enthalten oder Personendaten darstellen, allein aufgrund dieser Tatsache einer Archivierung durch das BAR entziehen. Art. 38 DSG kommt auch heute noch praktische Relevanz zu, indem die Bestimmung den Grundsatz der verhältnismässigen Datenbearbeitung hinsichtlich Archivierung präzisiert: Nicht nur die Anonymisierung oder Vernichtung von nicht archivwürdigen Unterlagen, die Personendaten enthalten oder Personendaten darstellen, ist demnach nach Abschluss der nötigen Bearbeitung durch die aktenbildenden Stellen **verhältnismässig**, sondern auch die (nicht-anonymisierte) Ablieferung solcher Unterlagen, sofern archivwürdig, an das BAR.

In seiner aktuellen Fassung orientiert sich Art. 38 Abs. 1 DSG an der Praxis der 40
retrospektiven Bewertung, wie sie bis in die 2000er Jahre vom BAR standardmässig praktiziert wurde. Seit dem Wechsel auf die prospektive Bewertung als Standardprozess bewerten alle Bundesstellen ihre Unterlagen gemäss Art. 1 Abs. 1 BGA in rechtlich-administrativer Hinsicht und das BAR in sozialwissenschaftlich-historischer Sicht im Rahmen der Erarbeitung von Ordnungssystemen, also vor der Entstehung der Unterlagen.

Ein **revidierter Artikel 38** könnte sich künftig unter dem Titel «Archivierung 41
von Personendaten» darauf beschränken, festzuhalten, dass Unterlagen gemäss BGA Personendaten enthalten oder darstellen können, und entsprechend der Vorgaben des BGA zu behandeln sind (Absatz 1). Ein neuer Absatz 2 könnte festhalten, dass nicht archivwürdige Unterlagen, die Personendaten enthalten oder darstellen, zu vernichten sind, es sei denn die im bestehenden Abs. 2 lit. a und b erwähnten Bedingungen träfen zu.

Die Autorin dankt MAS ISc Barbara Kräuchi für den anregenden Fachaustausch im Zuge der Recherchen für diesen Beitrag.

LITERATURVERZEICHNIS

Bühler Robert, Kommentar zu Art. 21 DSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor P. (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK-Bühler).

Epiney Astrid, Commentaire de l'art. 38 LPD, in: Meier Philippe/Métille Sylvain (Hrsg.), Commentaire romand, Loi fédérale sur la protection des données, Bâle 2023 (zit. CR-Epiney).

Graf Christoph, Datenschutz als Herausforderung für Historiker und Archivare, in: Schweizerisches Bundesarchiv (Hrsg.), Studien und Quellen 8, Bern 1982, S. 75–115 (zit. Graf).

MATERIALIENVERZEICHNIS

BAR, E3120B#1995/16#374*: Allgemeines [PUK I (EJPD)]. 1990–1991.

BAR, E3120B#1995/16#379*: Allgemeines [PUK II (EMD)]. 1990–1991.

BAR, E3120B#1996/434#391*: Resolution zum Problem der Datenschutzgesetzgebung der Vereinigung Schweizerischer Archivare VSA vom 29.4.1983. 1983–1985.

BAR, E4110B#1992/42#319*: Arbeitsgruppe Datenschutz in der Bundesverwaltung. 1979.

Botschaft über das Bundesgesetz über die Archivierung vom 26.2.1997, BBl 1997 II, S. 941–976, abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1997/2_941_829_753, besucht am 5.2.2024 (zit. Botschaft BGA 1997).

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23.3.1988, BBl 1988 II 413, S. 413–534, abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/1988/2_413_421_353, besucht am 5.2.2024 (zit. Botschaft DSG 1988).

Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertungsentscheid (Auszug), Prospektive Bewertung ESTV (Ordnungssystem 2015), 2015, abrufbar unter https://www.bar.admin.ch/dam/bar/de/dokumente/bewertungsentscheide/ESTV%20Bewertungsentscheid%20OS%202015.pdf.download.pdf, besucht am 5.2.2024 (zit. Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertungsentscheid).

Schweizerisches Bundesarchiv, Gesamtkonzept für die Bewertung im Bundesarchiv, Bern 2010, abrufbar unter https://www.bar.admin.ch/dam/bar/de/dokumente/konzepte_und_weisungen/gesamtkonzept_2010.pdf.download.pdf, besucht am 5.2.2024 (zit. Schweizerisches Bundesarchiv, Bewertung).

Schweizerisches Bundesarchiv, Merkblatt Löschprotokoll, abrufbar unter https://www.bar.admin.ch/dam/bar/de/dokumente/kundeninformation/Merkblatt%20L%C3%B6schprotokoll.pdf.download.pdf, besucht am 5.2.2024 (zit. Schweizerisches Bundesarchiv, Löschprotokoll).

Schweizerisches Bundesarchiv, Schenkungsvertrag, abrufbar unter https://www.bar.admin.ch/dam/bar/de/dokumente/kundeninformation/schenkungsvertrag.pdf.download.pdf, zuletzt konsultiert am 05.2.2024 (zit. Schweizerisches Bundesarchiv, Schenkungsvertrag).

Schweizerisches Bundesarchiv, Staatsschutzfichen und -dossiers: Einsichtsverfahren und praktische Hinweise, in: bar.admin.ch, https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/nachrichtendienste--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-/staatsschutzfichen-und--dossiers--einsichtsverfahren-und-praktis.html, besucht am 5.2.2024 (zit. Schweizerisches Bundesarchiv, Staatsschutzfichen).

Schweizerisches Bundesarchiv, Von der Geschäftsablage ins Bundesarchiv, Angebot und Bewertung von Unterlagen des Bundes, Arbeitshilfe, Bern 2023, abrufbar unter https://www.bar.admin.ch/dam/bar/de/dokumente/publikationen/von_der_geschaeftsablageinsbundesarchivangebotundbewertungvonunt.pdf.download.pdf, besucht am 5.2.2024 (zit. Schweizerisches Bundesarchiv, Arbeitshilfe).

Weisungen über die Aktenführung in der Bundesverwaltung vom 13.7.1999, BBl 1999, S. 5428–5438, abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1999/1_5428_4988_4679/de, besucht am 5.2.2024 (zit. Weisungen Aktenführung).

Weisungen über die Anbietepflicht und die Ablieferung von Unterlagen an das Schweizerische Bundesarchiv vom 28.9.1999, https://www.bar.admin.ch/dam/bar/de/dokumente/gesetzgebung/weisungen_ueber_dieanbietepflichtunddieablieferungvonunterlagena.pdf.download.pdf, besucht am 5.2.2024 (zit. Weisungen Anbietepflicht).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 39 DSG

Eine Kommentierung von Philipp do Canto

ZITIERVORSCHLAG

Philipp do Canto, Kommentierung zu Art. 39 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-do Canto, Art. 39 DSG N. XXX.

Art. 39 Datenbearbeitung für nicht personenbezogene Zwecke

[1] Bundesorgane dürfen Personendaten für nicht personenbezogene Zwecke, insbesondere für Forschung, Planung oder Statistik, bearbeiten, wenn:

a. die Daten anonymisiert werden, sobald der Bearbeitungszweck dies erlaubt;

b. das Bundesorgan privaten Personen besonders schützenswerte Personendaten nur so bekanntgibt, dass die betroffenen Personen nicht bestimmbar sind;

c. die Empfängerin oder der Empfänger Dritten die Daten nur mit der Zustimmung des Bundesorgans weitergibt, das die Daten bekanntgegeben hat; und

d. die Ergebnisse nur so veröffentlicht werden, dass die betroffenen Personen nicht bestimmbar sind.

[2] Die Artikel 6 Absatz 3, 34 Absatz 2 sowie 36 Absatz 1 sind nicht anwendbar.

GLIEDERUNG

In Kürze 563
I. Allgemeines 563
II. Abs. 1, Voraussetzungen im Einzelnen 565
A. Grundtatbestand: nicht personenbezogener Zweck 565
B. Lit. a, Frühestmögliche Anonymisierung 565
C. Lit. b, Besonders schützenswerte Daten 567
D. Lit. c, Zustimmungserfordernis bei Weitergabe 567
E. Lit. d, Veröffentlichung von Ergebnissen 568
III. Abs. 2, Ausnahmen 569
IV. Spezialgesetzgebung 570
A. Bundesstatistikgesetz 570
B. Registerharmonisierungsgesetz 570
C. Polizeiliche Informationssysteme 571
D. Humanforschungsrecht und Forschung der ETH 571
E. Archive des Bundes 572
Literaturverzeichnis 572
Materialienverzeichnis 573

IN KÜRZE

Art. 39 DSG erlaubt Bundesorganen, Daten unter bestimmten Voraussetzungen zu nicht personenbezogenen Zwecken zu bearbeiten. Die Regel gewährt Erleichterungen im Sinne des «Forschungsprivilegs» für die Forschung, Statistik, Planung und weitere Bereiche. Der Sinn dahinter ist das grosse öffentliche Interesse an den betreffenden Tätigkeiten. Das Privileg gilt nur unter Einhaltung der Rahmenbedingungen. Erstens verlangt Art. 39 Abs. 1 DSG die frühestmögliche Anonymisierung im Rahmen der Bearbeitung der Personendaten. Zweitens ist für die Bekanntgabe von Daten von der Empfängerin an Dritte die Zustimmung des Bundesorgans erforderlich. Drittens dürfen, wie bei der privaten Datenbearbeitung nach Art. 31 Abs. 2 lit. e DSG, auch Bundestellen Forschungs- oder sonstige Ergebnisse nur so veröffentlichen, dass betroffene Personen nicht bestimmbar sind.

Da es bei nicht personenbezogener Datenbearbeitung nicht um die Identität der Betroffenen geht, erklärt Art. 39 Abs. 2 DSG wichtige Grundsätze für nicht anwendbar. So entfallen das Gebot der Zweckbindung und das Erfordernis der Gesetzesgrundlage in bestimmten Konstellationen wie z.B. für die Bekanntgabe von Personendaten. Zu beachten sind demgegenüber zahlreiche spezialgesetzliche Vorschriften, namentlich im Bereich der Statistik und der Forschung, die die praktische Bedeutung von Art. 39 DSG relativieren.

I. ALLGEMEINES

Art. 39 DSG über die Bearbeitung von Daten für nicht personenbezogene Zwecke durch Bundesorgane greift weitgehend die Vorgängerbestimmung von Art. 22 aDSG mit dem sog. «**Forschungsprivileg**» auf.[1552] Neu ist eine Präzisierung über besonders schützenswerte Personendaten. Nach Art. 39 DSG sollen Bundesorgane bei Bearbeitungen zu nicht personenbezogenen Zwecken (weiterhin) von Erleichterungen profitieren, wenn sie die Rahmenbedingungen beachten. Die Privilegierung wird mit dem öffentlichen Interesse an den betreffenden Tätigkeiten des Staates begründet.[1553] Forschung und Statistik liefern Grundlagen zu sämtlichen Aspekten des öffentlichen Lebens. 1

1552 Botschaft 2017, S. 7083.
1553 Botschaft 1988, S. 473; Rosenthal/Jöhri (2008), Art. 22 aDSG N. 1.

2 Zu den **Voraussetzungen für die Erleichterungen** gehören zum einen die Pflicht zur Anonymisierung zum frühestmöglichen Zeitpunkt (Abs. 1 lit. a). Zum andern sind Auflagen hinsichtlich der Bekanntgabe besonders schützenswerter Personendaten an Dritte zu beachten (Abs. 1 lit. b). Sodann gelten ein Zustimmungserfordernis bei Weitergabe durch die Empfängerin oder den Empfänger (Abs. 1 lit. c) und schliesslich das Gebot der Nichtbestimmbarkeit bei der Veröffentlichung der Ergebnisse (Abs. 1 lit. d). Art. 39 Abs. 2 erklärt aufgrund der verminderten Risiken bei nicht personenbezogenen Bearbeitungen bestimmte Grundsätze des DSG für nicht anwendbar (Abs. 2).

3 Die Bestimmung bezieht sich nur auf **Datenbearbeitung durch Bundesorgane**. Die Vorschrift nennt die Forschung, Statistik und Planung[1554] als privilegierte Bereiche, wobei die Aufzählung nicht abschliessend ist. Erfasst werden neben der Statistik des Bundes demnach u.a. die Forschung durch Institutionen des Bundes oder in dessen Auftrag, die nationale Raum- und Verkehrsplanung, die Nationalbank[1555], die Migrationsverwaltung oder die öffentliche Gesundheit. Anders als im Privatbereich steht die im Humanforschungsrecht geregelte medizinische Forschung eher im Hintergrund der Bestimmung, da der Bereich hauptsächlich durch die kantonalen Universitätskliniken und die private Pharmaforschung getragen wird. Erfasst wird dagegen die Forschung der ETH-Domain als dezentrale Bundeseinheit.

4 Aufgrund des Erfordernisses der gesetzlichen Grundlage für staatliche Datenbearbeitungen besteht heute eine weit gehende **spezialgesetzliche Regelung** der verschiedenen Tätigkeiten (unten, IV). Art. 39 DSG verliert daher in zahlreichen Konstellationen eine eigenständige Bedeutung bzw. muss im Zusammenhang mit den sachspezifischen Vorschriften gelesen werden.

1554 Die Bereiche werden in Art. 22 aDSG noch in der Marginalie erwähnt; in der Marginalie zur aktuellen Bestimmung sind sie richtigerweise ersetzt durch die funktionale Bezeichnung. Zum Begriff des Bundesorgans vgl. Kommentierung zu Art. 5 lit. i DSG.

1555 Botschaft 2017, S. 7148.

II. ABS. 1, VORAUSSETZUNGEN IM EINZELNEN

A. Grundtatbestand: nicht personenbezogener Zweck

Das zentrale Tatbestandselement der Bestimmung ist die Bearbeitung für nicht personenbezogene Zwecke. Als nicht personenbezogen werden Zwecke bezeichnet, bei denen die **Identität der betroffenen Person irrelevant** ist. M.a.W. wird der Zweck der Tätigkeit auch erfüllt, wenn anonymisierte oder verschlüsselte Daten bearbeitet würden.[1556] Erfasst wird sowohl die Bearbeitung von Daten grosser Bevölkerungsteile als auch einzelner Gruppen, soweit es einzig um die Merkmale und nicht um die Identität der erfassten Personen geht.[1557] Wenn lediglich Sachdaten oder vorab anonymisierte Daten bearbeitet werden, ist die Bestimmung nicht anwendbar.[1558] 5

Die ausdrückliche Erwähnung der Bereiche bedeutet nicht, dass die Datenbearbeitung in den Bereichen Forschung, Statistik und Planung jeweils nicht personenbezogenen Zwecken dient. So kommen insbesondere Bearbeitungen vor, die **gleichzeitig auch personenbezogenen Zwecken** dienen. Für solche Tätigkeiten hält Art. 35 DSV fest, dass die Ausnahmen nach Artikel 39 Absatz 2 DSG nur für die Bearbeitung zu den nicht personenbezogenen Zwecken anwendbar sind.[1559] 6

Der Einleitungssatz zu Abs. 1 enthält die Rechtsfolge, nämlich die erleichterte **Erlaubnis der Datenbearbeitung**, wenn die nachfolgend zu erläuternden Voraussetzungen der Vorschrift eingehalten werden. 7

B. Lit. a, Frühestmögliche Anonymisierung

Bundesorgane müssen die Daten (grundsätzlich) **anonymisieren**, sobald es der Bearbeitungszweck erlaubt. Damit greift die Vorschrift den Grundsatz von Art. 6 Abs. 4 DSG auf.[1560] Eine Frist bis zur Anonymisierung wird nicht 8

1556 Rosenthal/Jöhri (2008), Art. 13 aDSG N. 60.

1557 BSK-Rampini, Art. 13 aDSG N. 42; Rosenthal/Jöhri (2008), Art. 13 aDSG N. 60 mit Bezug auf Bearbeitung durch Private, was ohne weiteres auf die Bearbeitung durch Bundesorgane übertragbar ist.

1558 SHK DSG-Baeriswyl, Art. 22 aDSG N. 11.

1559 Erläuterungsbericht S. 44.

1560 Dazu eingehend die Kommentierung zu Art. 6 Abs. 4.

genannt. Eine generell-abstrakte Regelung würde den jeweiligen Bedürfnissen in Statistik, Forschung und Planung nicht gerecht.

9 Anders als in Art. 31 Abs. 2 lit. e DSG wurde keine Ausnahmeregelung aufgenommen, die anderweitige Massnahmen zur Verhinderung der Bestimmbarkeit der Person erlaubt, falls eine Anonymisierung unmöglich oder unverhältnismässig ist. Es bestehen unterschiedliche Meinungen zur Frage, ob auch die **Pseudonymisierung** oder Verschlüsselung von Personendaten genügt. Liegt ein Code oder Schlüssel vor, mit der (teil-)anonymisierte Personendaten re-identifiziert werden können, spricht man von Pseudonymisierung. Ein Teil der Lehre will die Verschlüsselung nur zulassen, wenn die Bearbeitung letztlich zur Anonymisierung führt.[1561] Die Gegenmeinung stützt sich auf das in der Praxis verbreitete Bedürfnis nach der Möglichkeit, auf die Identität der betroffenen Person zurückzukommen, was einer Anonymisierung entgegensteht, insbesondere der geforderten frühzeitigen Anonymisierung.[1562] Die generelle Anonymisierung deckt sich zudem nicht mit lit. b, wonach es für besonders schützenswerte Personendaten bereits genügt, wenn diese bei Bekanntgabe an Private nicht bestimmbar sind, was auch eine Verschlüsselung erlaubt. Wenn für die Bekanntgabe besonders schützenswerter Daten die Verschlüsselung oder «faktische Anonymisierung»[1563] reicht, müsste dies *a maiore minus* auch für weniger sensitive Daten gelten. Die Botschaft zum aDSG erwähnt einen Bedarf für die Pseudonymisierung.[1564] Ein Entscheid des Bundesgerichts beantwortet sodann die Frage nicht abschliessend, sieht aber die Lösung im Zweck des jeweiligen Verfahrens: «Der Verschleierung sind freilich Grenzen gesetzt. Sie darf nicht dazu führen, dass das Urteil nicht mehr verständlich ist. Es kann deshalb nicht völlig ausgeschlossen werden, dass Personen, die mit den Einzelheiten des Falles vertraut sind, gegebenenfalls trotz Verschleierung erkennen können, um wen es geht.»[1565] Entzieht die Anonymisierung mithin den Zweck der Bearbeitung (der aber stets nicht personenbezogen sein muss),

1561 SHK aDSG-Baeriswyl, Art. 22 aDSG N. 18; BSK-Maurer-Lambrou/Kunz, Art. 22 aDSG N. 24 verlangen einen Anonymisierungsgrad, der auch die Identifikation durch Strafverfolgungsbehörden verhindert.

1562 Rosenthal/Jöhri (2008), Art. 22 aDSG N. 10; relativierend auch Perucchi/Bernasconi/Ceroni, Art. 12 Covid-19-SBüG, N. 18.

1563 Die Botschaft 2017, S. 7083 spricht bei Pseudonymisierung von «faktischer Anonymisierung».

1564 Botschaft 1988, S. 473.

1565 BGer. 1A.228/2003 vom 10.3.2004 E. 4.3; VPB 70.73.

müssten demzufolge auch angemessene anderweitige Massnahmen zur Verhinderung der Bestimmbarkeit der Person zulässig sein.

C. Lit. b, Besonders schützenswerte Daten

Die zweite Voraussetzung betrifft die Bekanntgabe besonders schützenswerter Daten an Private. Die Bestimmung tritt als spezifische Regelung neben die allgemeinen Vorschriften über die Datenbekanntgabe in Art. 36 DSG.[1566] Handelt es sich um besonders schützenswerte Daten, so gilt der Grundsatz, dass diese nur so an Dritte weitergegeben werden dürfen, **dass die betroffene Person nicht bestimmbar ist**. Im Gegensatz zum Wortlaut von lit. a wird hier keine Anonymisierung verlangt, sondern für den verstärkten Schutz der Daten genügt auch die vorgängige Verschlüsselung.[1567] 10

Im Zusammenhang mit Massnahmen zur Verhinderung der Bestimmbarkeit ist auf den umfangreichen Auflagenkatalog **technischer und organisatorischer Massnahmen** in Art. 3 DSV hinzuweisen, namentlich die Regeln betreffend Vertraulichkeit und Integrität. Es liegen zudem verschiedene Richtlinien über die Verschlüsselung vor, etwa die verbindlichen wissenschaftlichen Verknüpfungsrichtlinien des Bundesamts für Statistik oder die Guidelines der europäischen Agentur für Cybersicherheit (Enisa). Die Richtlinien enthalten u.a. Voraussetzungen über die Handhabung der Codes und für die De-Pseudonymisierung. 11

Ins Gewicht fallen zudem **gesetzliche Geheimhaltungsvorschriften**. Wo die Spezialgesetzgebung eine Weitergabe von besonders schützenswerten Daten (an Private) integral nicht gestattet, gehen sie als Spezialregelung vor.[1568] Lit. b kann deshalb nicht als Rechtfertigungsgrund für die Bekanntgabe von Daten herangezogen werden, die unter Geheimnisschutz stehen. 12

D. Lit. c, Zustimmungserfordernis bei Weitergabe

Drittens können Daten für das Bearbeiten zu nicht personenbezogenen Zwecken weitergegeben werden.[1569] Für die Weitergabe der Daten ist laut lit. 13

1566 Laut Art. 39 Abs. 2 ist Art. 36 Abs. 1 nicht anwendbar, s. unten III. Zum Begriff der besonders schützenswerten Personendaten vgl. Kommentierung zu Art. 5 lit. c DSG.

1567 Botschaft 2017, S. 7083.

1568 Botschaft 1988, S. 463 zur Datenbekanntgabe durch private Bearbeitende.

1569 Rosenthal/Jöhri (2008), Art. 22 aDSG N. 13.

c indessen die Zustimmung des Bundesorgans erforderlich. Mit der Zustimmung des Bundesorgans muss die Auflage einhergehen, dass die Verpflichtungen betreffend die Anonymisierung und die Publikation an den Dritten weitergegeben werden.[1570]

14 Für die **Nationalbank** gilt die Sondervorschrift von Art. 16 Abs. 4bis NBG, wonach die Nationalbank befugt ist, Daten für statistische Zwecke in nicht aggregierter Form dem BFS bekannt zu geben. Das BFS darf Daten der Nationalbank ungeachtet von Artikel 39 DSG ohne deren Zustimmung nicht weitergeben.

15 Art. 39 Abs. 1 lit. c lässt die **Form der Zustimmung** offen. Gemäss Botschaft zum aDSG kann bzw. muss die Zustimmung auf dem Vertrags- oder Verfügungswege erfolgen.[1571]

E. Lit. d, Veröffentlichung von Ergebnissen

16 Lit. d nimmt die bisherige Vorschrift auf, wonach betroffene Personen bei Veröffentlichung der Ergebnisse nicht bestimmbar sein dürfen (Art. 22 Abs. 1 lit. c aDSG). Trotz dem gleichen Wortlaut wie Art. 31 Abs. 2 lit. e Ziff. 3 DSG wird hier bei der Publikation eine (vollständige) **Anonymisierung** verlangt.[1572] Eine Teilanonymisierung oder Pseudonymisierung, wie sie etwa in der medizinischen Humanforschung verbreitet ist, reicht demnach nicht aus. Ausnahmen sind indes denkbar, wenn es um Daten von Personen der Zeitgeschichte geht oder überwiegende Interessen an transparenten Verhältnissen eine Akteneinsicht gebieten.[1573]

17 In der Lehre wird vermerkt, dass bei der Publikation von Studien mit wenigen Betroffenen ein **Risiko von Rückschlüssen** auf die Person entstehen kann, denkbar etwa bei Statistiken für geografisch kleinräumige Gebiete. Bei Publikationen von Ergebnissen auf der Datengrundlage zahlreicher Betroffener erscheint dies indes insofern weniger problematisch,[1574] als die Identifizierung der Person durch einen Menschen erschwert ist.

1570. SHK aDSG-Baeriswyl, Art. 22 aDSG N. 22.
1571. Botschaft 1988, S. 474.
1572. BSK-Maurer-Lambrou/Kunz, Art. 22 aDSG N. 29, verweisen auf Art. 18 Abs. 3 BStatG; Rosenthal/Jöhri (2008), Art. 22 aDSG N. 16.
1573. BSK-Maurer-Lambrou/Kunz, Art. 22 aDSG N. 29 m.H. auf die Behördenpraxis.
1574. BSK-Rampini, Art. 13 aDSG N. 43.

Technologische Systeme funktionieren hingegen unabhängig von geografischen oder zahlenmässigen Beschränkungen, so dass letztlich der technische Fortschritt die Anforderungen an die Publikation der Ergebnisse stetig erhöht.[1575]

III. ABS. 2, AUSNAHMEN

Art. 39 Abs. 2 DSG erklärt drei Bestimmungen des DSG für unanwendbar. 18

Zunächst ist das **Gebot der Zweckbindung** oder Zweckänderungsverbot nach Art. 6 Abs. 3 DSG nicht anwendbar. Weil Forschungs-, Planungs- und Statistikarbeiten gemäss Art. 39 DSG keine direkten Auswirkungen auf die Betroffenen haben, dürfen Daten auch in einem anderen Sachzusammenhang verwendet werden als wofür sie erhoben wurden.[1576] Die Grenze der Verwendung wird allerdings durch Art. 39 Abs. 1 gesetzt, wonach es sich stets nur um nicht personenbezogene Zwecke handeln darf. In diesem Rahmen dürfen Daten zu beliebigen rechtmässigen Zwecken bearbeitet werden.[1577] Die Ausnahmebestimmung gestattet m.a.W. nicht die Bearbeitung zu anderen, personenbezogenen Zwecken.[1578] 19

Die zweite Ausnahme bildet Art. 34 Abs. 2 DSG. Demnach entfällt das **Erfordernis der formell-gesetzlichen Grundlage** bei der Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten und Profilen sowie hinsichtlich Tätigkeiten mit dem Risiko eines schwerwiegenden Eingriffs in die Grundrechte. Das Legalitätsprinzip entfällt damit nicht vollständig. Art. 34 Abs. 1 DSG bleibt anwendbar. Erwartet wird für entsprechende Bearbeitungen damit immerhin noch eine Rechtsgrundlage auf der Verordnungsstufe.[1579] 20

Die dritte Ausnahme betrifft Art. 36. Abs. 1 DSG über die Bekanntgabe von Personendaten. Folglich ist für die **Bekanntgabe von Personendaten keine spezifische Gesetzesgrundlage erforderlich**. Abgesehen davon, dass Art. 39 Abs. 1 DSG Voraussetzungen über die Bekanntgabe von Personendaten 21

1575. Zur Problematik der Anonymisierung vgl. BVGer A-7040/2009 vom 30.3.2011, E. 10 (Google Streetview) sowie BGE 138 II 346 E. 14 (Google Streetview); BGer 6B_388/2015 vom 22.6.2015 E. 5.5.

1576. Botschaft 1988, S. 474.

1577. SHK aDSG-Baeriswyl, Art. 22 aDSG N. 32.

1578. BSK-Maurer-Lambrou/Kunz, Art. 22 aDSG N. 32; Rosenthal/Jöhri (2008), Art. 22 aDSG N. 18.

1579. Botschaft 1988, S. 2474; Rosenthal/Jöhri (2008), Art. 22 aDSG N. 19; BSK-Maurer-Lambrou/Kunz, Art. 22 aDSG N. 33; SHK aDSG-Baeriswyl, Art. 22 aDSG N. 35.

enthält, werden auch nach der Spezialgesetzgebung regelmässig Vorgaben einzuhalten sein. Bestehen keine Vorschriften, kann sich ein Bundesorgan auf diese Ausnahme stützen.[1580] Das Legalitätsprinzip wird für die Bekanntgabe durch die Bestimmung indes ebenfalls nicht aufgehoben.[1581]

IV. SPEZIALGESETZGEBUNG

22 Aufgrund des oben erwähnten **Erfordernisses einer gesetzlichen Grundlage** für staatliche Datenbearbeitungen besteht heute eine weit gehende spezialgesetzliche Regelung für Tätigkeiten von Bundesorganen.[1582] Je nach Detaillierungsgrad können diese weitgehend an die Stelle von Art. 39 DSG treten, darauf verweisen oder die Vorschrift ergänzen.

A. Bundesstatistikgesetz

23 Art. 19 Abs. 2 BStatG enthält eine im Wortlaut fast identische Vorschrift an die Adresse von Statistikproduzenten des Bundes über die Bekanntgabe von Daten zu nicht personenbezogenen Zwecken. Die Bestimmung beschränkt sich auf die Bekanntgabe, weil das BStatG massgebliche Vorschriften über die Erhebung und Bearbeitung enthält (Art. 4 ff. BStatG). Über die Voraussetzungen in Art. 39 Abs. 1 DSG hinaus verlangt Art. 19 Abs. 2 lit. d BStatG die Einhaltung des **Statistikgeheimnisses** sowie der übrigen Datenschutzbestimmungen.[1583] Dabei stellt Art. 16 Abs. 1 BStatG klar, dass für Personendaten «ausserdem», d.h. subsidiär, die Vorschriften über Forschung, Statistik und Planung des DSG gelten.

B. Registerharmonisierungsgesetz

24 Im Bereich der **Bevölkerungsstatistik** ist sodann das Registerharmonisierungsgesetz (RHG) massgeblich. Die Registerharmonisierung dient der Vereinheitlichung und Vereinfachung der kommunalen und kantonalen Register, um deren statistischen Nutzen zu erhöhen und den administrativen Aufwand zu verringern.[1584] Daneben bringt

1580 Rosenthal/Jöhri (2008), Art. 22 aDSG N. 22; BSK-Maurer-Lambrou/Kunz, Art. 22 aDSG N. 34.

1581 SHK aDSG-Baeriswyl, Art. 22 aDSG N. 37.

1582 Namentlich die Bearbeitung zu eigenen Zwecken muss im betreffenden Erlass geregelt sein, SHK aDSG-Baeriswyl, Art. 22 aDSG N. 4.

1583 Eingehend zum Statistikgesetz BSK-Maurer-Lambrou/Kunz, Art. 22 aDSG N. 5 ff.

die Registerharmonisierung Erleichterungen für die betroffenen Register. Sie ermöglicht den gesetzlich geregelten elektronischen Datenaustausch zwischen verschiedenen amtlichen Registern (vgl. Art. 1 RHG).

C. Polizeiliche Informationssysteme

Die Polizei- und Justizbehörden betreiben zahlreiche Register und Informationssysteme.[1585] Geregelt werden die Systeme durch das Bundesgesetz über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes (BPI).[1586] Art. 6 Abs. 4 BPI gestattet es den Verantwortlichen, an sich zur Löschung bestimmte Daten anonymisiert aufzubewahren, soweit dies für **Statistik- oder Kriminalanalysezwecke** erforderlich ist. Forschung mit den entsprechend anonymisierten Daten fällt indes nicht mehr unter Art. 39 DSG, da es keine Personendaten mehr sind. 25

D. Humanforschungsrecht und Forschung der ETH

Ins Gewicht fällt sodann das (in Revision stehende)[1587] Humanforschungsrecht mit dem HFG und verwandten Erlassen wie z.B. das Krebsregistrierungsgesetz, die eigene Vorschriften über die Pseudonomysierung sowie Triagebestimmungen betreffend der Anwendung von HFG und DSG enthalten (z.B. Art. 28 KRG).[1588] Von Bedeutung ist im Forschungsbereich insbesondere die Entwicklung der **elektronischen Einwilligung** (sog. E-Consent, Art. 8b E-HFV[1589]), mit der unter bestimmten Voraussetzung auf die Schriftlichkeit verzichtet werden kann. Die elektronische Einwilligung spielt eine besondere Rolle für die künftige Weiterverwendung in der Forschung, wo Projekte oftmals keine personenbezogenen Zwecke (mehr) aufweisen (Art. 17 HFG). 26

Für die **ETH-Domain** hält schliesslich der revidierte Art. 36c Abs. 1 ETHG fest, dass im Rahmen von Forschungsprojekten Personendaten, 27

1584 Rosenthal/Jöhri (2008), Art. 22 aDSG N. 6.

1585 Überblick (teilweise veraltet) bei Belser/Houssein, S. 450.

1586 SR 361.

1587 Eine im Dezember 2019 durch den Bundesrat veranlasste Gesetzesrevision wurde nach offiziellen Angaben durch die Pandemie zu Fall gebracht. Im Mai 2023 lancierte der Bundesrat eine entsprechende Revision des Humanforschungs-Verordnungsrechts, vgl. Aktuelles Rechtsetzungsprojekt: Revision des Verordnungsrechts, besucht am 6.9.2024.

1588 Zur Verwendung von Gesundheitsdaten in der Humanforschung vgl. Reudt-Demont, S. 42; Baeriswyl, S. 65.

einschliesslich besonders schützenswerter Personendaten, bearbeitet werden können, soweit dies für das entsprechende Projekt erforderlich ist. Dabei ist laut Abs. 2 das DSG zu beachten.

E. Archive des Bundes

28 Zu nennen ist schliesslich das Bundesgesetz über die Archivierung (BGA), das den Regelungsrahmen für die Archive des Bundes enthält, namentlich für die Bundesverwaltung, das Parlament und die Gerichte des Bundes. Mit Blick auf besonders schützenswerte Personendaten in nicht anonymisierten Archiven sieht Art. 11 Abs. 1 BGA eine **verlängerte Schutzfrist** von 50 Jahren vor.[1590]

LITERATURVERZEICHNIS

Baeriswyl Bruno, Die Einwilligung hilft (nicht) weiter, digma 2020 S. 62 ff. (zit. Baeriswyl).

Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt (Hrsg.), Datenschutzgesetz (DSG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2015 (zit. SHK aDSG-Bearbeiter/-in).

Kley Andreas/Zihler Florian, Geschichtswissenschaftliches Arbeiten im Rahmen der Kommunikationsgrundrechte, Medialex 2003 S. 85 ff.

Maurer-Lambrou, Urs/Blechta, Gabor-Paul (Hrsg.), Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK-Bearbeiterin).

Perucchi Stefano/Bernasconi Jonathan/Ceroni Davide, in: Kellerhals Carrard/Bürgschaftsgenossenschaften Schweiz (Hrsg.), Corona-Kredite für KMU, Umsetzung des Massnahmenpakets und Kommentierung des Covid-19-Solidarbürgschaftsgesetzes (Covid-19-SBüG), Zürich 2021 (zit. Perucchi/Bernasconi/Ceroni).

Reudt-Demont Janine, Digitalisierung des Gesundheitswesens 2023, LSR 2023 S. 39 ff. (zit. Reudt-Demont).

1589 Vgl. Fn. 36.
1590 Kley/Zihler, S. 86 f.

Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008 (zit. Rosenthal/Jöhri (2008)).

Belser Eva Maria/Noureddine Houssein, Die Datenschutzgesetzgebung des Bundes, Das Zusammenwirken datenschutzrechtlicher Normen, in: Belser Eva Maria/Epiney Astrid/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011, S. 412-460 und S. 461-509 (zit. Belser/Houssein).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 6941 ff., abrufbar https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de (zit. Botschaft 2017).

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23.3.1988, BBl 1988 II 413 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1988/2_413_421_353/ de (zit. Botschaft 1988).

Erläuterungsbericht Totalrevision der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz, BJ, 23.6.2021; Entwürfe zur Revision der Verordnungen in der Humanforschung, abrufbar unter https://www.bag.admin.ch/bag/de/home/medizin-und-forschung/forschung-am-menschen/revision-verordnungen-hfg.html (zit. Erläuterungsbericht).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 40 DSG

Eine Kommentierung von Anna Kuhn

ZITIERVORSCHLAG

Anna Kuhn, Kommentierung zu Art. 40 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Kuhn, N. XXX zu Art. 40 DSG.

Art. 40 Privatrechtliche Tätigkeit von Bundesorganen

Handelt ein Bundesorgan privatrechtlich, so gelten die Bestimmungen für die Datenbearbeitung durch private Personen.

GLIEDERUNG

In Kürze 577
I. Allgemeines 577
A. Vorbemerkungen 577
B. Normzweck und Hintergrund 578
C. Entstehungsgeschichte 578
II. Geltungsbereich 579
III. Hoheitliches und privatrechtliches Handeln des Staates 580
A. Kategorisierung staatlichen Handelns 580
B. Hoheitliches Handeln als Grundsatz 580
C. Privatrechtliches Handeln 581
1. Grundsätzliches 581
2. Abgrenzung gemäss Methodenpluralismus 582
3. Fälle zulässigen privatrechtlichen Handelns 583
IV. Rechtliche Folgen 584
A. Anwendbare Datenschutzbestimmungen 584
B. Prozessuales 584
C. Weitere Geltung des öffentlichen Rechts 585
1. Verfassungsrechtliche Grundsätze 585
2. Grundrechtsbindung 585
3. Zweistufentheorie im Submissionsverfahren 586
V. Kasuistik 586
Literaturverzeichnis 588
Materialienverzeichnis 589

IN KÜRZE

Art. 40 DSG kommt zur Anwendung, wenn Bundesorgane im Sinne von Art. 5 lit. i DSG privatrechtlich handeln. Dies ist dann möglich, wenn ein Bereich nicht abschliessend durch öffentliches Recht geregelt ist und somit Raum für privatrechtliche Handlungen lässt. Um dies im Einzelfall zu eruieren, muss zunächst das Vorhandensein einer spezialgesetzlichen Regelung geprüft und dann eine Abgrenzung von hoheitlichem bzw. privatrechtlichem Handeln vorgenommen werden. Mit der administrativen Hilfstätigkeit, der Verwaltung des Finanzvermögens, der privatwirtschaftlichen Staatstätigkeit und bei Teilen der Leistungsverwaltung haben sich Bereiche herauskristallisiert, in denen privatrechtliches Handeln durch die öffentliche Hand im Normalfall zulässig und einschlägig ist. Liegt privatrechtliches Handeln vor, unterliegen Bundesorgane bei entsprechenden Datenbearbeitungen den Bestimmungen für Private.

Doch auch bei Anwendung von Art. 40 DSG dürfen sich Gemeinwesen, die privatrechtlich handeln, den verfassungsrechtlichen Prinzipien nie vollständig entledigen. So haben bspw. die Grundrechtsbindung oder das Legalitätsprinzip weiterhin Gültigkeit.

I. ALLGEMEINES

A. Vorbemerkungen

Art. 40 DSG bleibt im Vergleich zur Vorgängerversion (Art. 23 Abs. 1 aDSG) **unverändert** und erfuhr lediglich geringfügige redaktionelle Änderungen. 1

Ersatzlos gestrichen wurde der bisherige zweite Absatz, wonach sich die Aufsicht nach den Bestimmungen für Bundesorgane richtet (Art. 23 Abs. 2 aDSG). Grund dafür ist, dass in der vorliegend kommentierten Fassung des DSG ohnehin dasselbe Aufsichtssystem für private Personen und Bundesorgane vorgesehen ist.[1591] 2

1591.Botschaft 2017, S. 7083.

B. Normzweck und Hintergrund

3 Das DSG ist als **Einheitsgesetz** ausgestaltet und regelt Datenbearbeitungen durch Private und durch Bunddesorgane in nur einem Erlass.[1592] Die Bundesorgane unterliegen als Teil des Gemeinwesens generell strengeren rechtlichen Vorgaben, was auch bei der Bearbeitung von Personendaten und den datenschutzrechtlichen Pflichten gilt (s. dazu Art. 5 lit. i DSG).

4 Art. 40 DSG **durchbricht** diese Zweiteilung. Die Bestimmung sieht vor, dass privatrechtlich handelnde Bundesorgane den weniger strikten datenschutzrechtlichen Bestimmungen für Private (insbesondere 5. Kapitel DSG) unterliegen. Die Regelung soll sicherstellen, dass Bundesorgane bei der Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb keine Nachteile gegenüber den privaten Konkurrierenden erfahren. Der Gesetzgeber adressiert damit, dass Bundesorgane als Privatrechtssubjekte keine Hoheitsgewalt ausüben und mitunter kein Subordinationsverhältnis gegenüber Privaten besteht, welches es durch ein strengeres Rechtskleid auszugleichen gäbe.[1593]

5 Art. 40 DSG ist gewissermassen das **Gegenstück** zu Art. 5 lit. i DSG, wonach Private, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, den strengeren Bestimmungen für Bundesorgane unterliegen (vgl. dazu die Kommentierung zu Art. 5 lit. i DSG).

C. Entstehungsgeschichte

6 Bereits der Entwurf des Bundesrats für das erste eidgenössische Datenschutzgesetz von 1988 sah für privatrechtliches Tätigwerden von Bundesorganen eine Unterstellung unter die Bestimmungen für Private vor.[1594] Dieser Grundsatz gilt nach wie vor und **unverändert**.[1595]

7 In den **parlamentarischen Beratungen** des Entwurfs von 1988 plädierte der Ständerat dafür, dass Bundesorgane auch bei privatrechtlicher Tätigkeit den Bestimmungen für Bundeorgane unterstellt bleiben. Dies unter dem Vorbehalt, dass dem Bundesrat die Kompetenz zur Regelung von Ausnahmesituationen eingeräumt werde. Das Anliegen des Ständerates war

1592 Botschaft 1988, S. 431.
1593 Zum Ganzen Botschaft 1988, S. 474; BSK-Kunz, Art. 23 N. 3, Rosenthal/Jöhri, Art. 23 N. 2.
1594 Botschaft 1988, S. 474
1595 Botschaft 2017, S. 7083.

es, privatrechtliches Handeln des Gemeinwesens durch weniger restriktive Datenschutzbestimmungen nicht unnötig attraktiv zu gestalten. Und es sollte sichergestellt sein, dass sich privatrechtliches Handeln von Bundesorganen - sollte es ausnahmsweise doch vorkommen - auf eine gesetzliche Grundlage stützt.[1596] Nach Durchlaufen eines Differenzbereinigungsverfahrens mit dem Nationalrat, welcher den Entwurf des Bundesrates stützte,[1597] erklärte sich schliesslich auch der Ständerat einverstanden. Er stellte aber die Bedingung, dass die Anforderungen an die gesetzliche Grundlage privatrechtlich handelnder Bundesorgane verschärft werden.[1598]

In der Ursprungsfassung des DSG 1988 wurde geregelt, dass die Aufsicht über Bundesorgane auch im Bereich privatrechtlichen Handelns nicht gelockert würde. Es sollten somit die gleichen Aufsichtsmöglichkeiten Bestand halten.[1599] In der hier kommentierten Version wurde diese Bestimmung (Art. 23 Abs. 2 aDSG) jedoch **ersatzlos gestrichen**. Grund ist die Vereinheitlichung des Aufsichtsregimes für Private und Bundesorgane.[1600] 8

II. GELTUNGSBEREICH

Art. 40 DSG knüpft am Begriff des **Bundesorgans** an. Als Bundesorgan gelten nach Art. 5 lit. i DSG die Behörden und Dienststellen des Bundes sowie Private, die mit öffentlichen Aufgaben betraut sind (vgl. für Details die Kommentierung zu Art. 5 lit. i DSG). 9

Im Grundsatz sind auf Bundesorgane die für sie spezifischen Bestimmungen anwendbar (insb. Kapitel 6 DSG). Für den Fall, dass ein Bundesorgan **privatwirtschaftlich handelt,** wird es jedoch nach Art. 40 DSG den Bestimmungen für Private unterstellt (insb. Kapitel 5 DSG). 10

1596 Zum Ganzen AmtlBull StR 1990, S. 150; AmtlBull StR 1992, S. 228; BSK-Kunz, Art. 23 N. 4.
1597 AmtlBull NR 1990, S. 381.
1598 AmtlBull StR 1992, S. 228
1599 Botschaft 1988, S. 475.
1600 Botschaft 2017, S. 7083.

III. HOHEITLICHES UND PRIVATRECHTLICHES HANDELN DES STAATES

A. Kategorisierung staatlichen Handelns

11 So vielfältig wie die Ausprägungen des staatlichen Handels selber sind, sind es auch die Auffassungen darüber, wie staatliches Handeln unterteilt und **kategorisiert** werden soll.[1601] Im Kontext von Art. 40 DSG ist die Unterteilung in «hoheitliches Handeln» und «privatrechtliches Handeln» relevant, denn die Bestimmung bedingt privatrechtliches Handeln.[1602] Das Begriffspaar fungiert als Gegenstück zueinander und beschreibt die *Form* staatlichen Handelns, nicht dessen Gegenstand und Inhalt.[1603]

B. Hoheitliches Handeln als Grundsatz

12 Im Grundsatz tritt der Staat bei der Erfüllung seiner Aufgaben hoheitlich auf.[1604] **Hoheitliches Handeln** umfasst die Befugnis, einseitig Rechte und Pflichten von Privaten festzulegen und geht mit einer Überordnung des Staates gegenüber den Privaten (Subordinationsverhältnis) einher.[1605] Ein Beispiel für hoheitliches Handeln ist der Erlass von Verfügungen im Gegenzug zum Abschluss privatrechtlicher Verträge.[1606]

13 Hoheitlich handelt der Staat bspw. im Bereich der **Eingriffsverwaltung**. Dabei wird in die Rechte und Freiheiten Privater eingegriffen, welche dies dulden müssen. Sie dient unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben.[1607] Beispiele sind die Enteignung oder polizeiliche Einschränkung des Grundeigentums.[1608] Ebenfalls hoheitlich handelt der Staat in Teilen der **Leistungsverwaltung**, das heisst, wenn Privaten staatliche Leistungen wirtschaftlicher und sozialer Natur vermittelt werden (bspw. die Leistung

1601 Vgl. anstatt vieler Häfelin/Müller/Uhlmann, § 1 N. 10 ff.
1602 Botschaft 1988, S. 474.
1603 Häfelin/Müller/Uhlmann, § 1 N. 27 ff.
1604 Häfelin/Müller/Uhlmann, § 1 N. 28; BSK-Kunz, Art. 23 N 10.
1605 Botschaft 1988, S. 474; Häfelin/Müller/Uhlmann, § 1 N. 30, § 19 N. 1378.
1606 Botschaft 1988, S. 474.
1607 Häfelin/Müller/Uhlmann, § 1 N. 33 f.
1608 Häfelin/Müller/Uhlmann, § 1 N. 35.

staatlicher Sozialversicherung).[1609] Sie dient ebenfalls unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben.

C. Privatrechtliches Handeln

1. Grundsätzliches

Es ist unbestritten, dass die öffentliche Hand in gewissen Konstellationen auch privatrechtlich handeln kann.[1610] Ob für privatrechtliches Handeln des Staates Raum besteht, muss aber im Einzelfall eruiert werden. Ausgangslage dazu ist, dass der Staat bei seinem Handeln stets an das **Legalitätsprinzip** gebunden ist (vgl. Art. 5 Abs. 1 BV). Er hat daher grundsätzlich keine Autonomie bei der Gestaltung seiner Rechtsbeziehungen. Ist ein Rechtsgebiet abschliessend durch öffentliches Recht geregelt, besteht somit kein Spielraum für privatrechtliches Handeln. Dieses ist einzig unter folgenden Bedingungen möglich: 14

- Eine abschliessende öffentlich-rechtliche Regelung fehlt.
- Für den jeweiligen Aufgabenbereich ist privatrechtliches Handeln die geeignete Handlungsform.[1611]

Im Kontext von Art. 40 DSG ist privatrechtliches Handeln eines Bundesorgans denn auch massgebend. Privatrechtliches Handeln kennzeichnet sich wie beschrieben dadurch, dass auf eine Tätigkeit keine öffentlich-rechtliche Norm Anwendung findet, im Ergebnis kein Subordinationsverhältnis besteht und Staat und Dritte auf **gleicher Ebene** verkehren (z.B. privatrechtlicher Vertragsabschluss).[1612] Das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses zu Privaten ist nach Art. 40 DSG hingegen nicht notwendig.[1613] 15

Im Bereich des Datenschutzrechts wird für die Abgrenzung zwischen privat- und öffentlich-rechtlichem Handeln auf die Rechtsnatur des **Grundverhältnisses** mit der betroffenen Person abgestellt.[1614] Diese 16

1609 Häfelin/Müller/Uhlmann, § 1 N. 36.
1610 Häfelin/Müller/Uhlmann, §19 N. 1378; BSK-Kunz, Art. 23 N. 10.
1611 Zum Ganzen Häfelin/Müller/Uhlmann, § 19 N. 1380; BSK-Kunz, Art. 23 N. 10.
1612 Botschaft 1988, S. 474; Häfelin/Müller/Uhlmann, §19 N. 1378; Rosenthal/Jöhri, Art. 23, N. 2.
1613 BSK-Kunz, Art. 40 N. 16; Rosenthal/Jöri, Art. 23 N. 3.
1614 Botschaft 1988, S. 440; BGE 122 I 153 E. 2c (zur Abgrenzung von privatrechtlicher und kantonaler öffentlicher Tätigkeit); BVGer A-5921 vom 7.9.2020 E. 4.5; Rosenthal/Jöri, Art. 2 N. 17.

Abgrenzung ist häufig nicht trivial. Als Hilfestellung kann der Methodenpluralismus dienen (s. dazu *infra* N. 18). Zudem haben sich gewisse Fallkonstellationen gebildet, in denen der Staat im Normalfall privatrechtlich handelt (s. dazu *infra* N. 21 ff.).

2. Abgrenzung gemäss Methodenpluralismus

17 Im Sinne des Legalitätsprinzips ist für die Zuordnung des Grundverhältnisses zwischen betroffener Person und öffentlichem Organ zum öffentlichen oder privaten Recht zunächst zu prüfen, ob eine **spezialgesetzliche Lösung** zur Regelung dieser Frage besteht (siehe *supra* N. 14).[1615]

18 Ist dies nicht der Fall oder lässt die Auslegung der Regelung Zweifel bestehen, können die in Lehre und Praxis entwickelten Abgrenzungskriterien beigezogen werden.[1616] Nach diesem **Methodenpluralismus** werden folgende Punkte geprüft:

- Interessentheorie: Dient das Rechtsverhältnis vorwiegend der Verfolgung privater oder öffentlicher Interessen?
- Subordinationstheorie: Tritt die handelnde staatliche Institution gegenüber den Privaten hoheitlich und somit übergeordnet auf?
- Funktionstheorie: Hat das Rechtsverhältnis die Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe zum Gegenstand?
- Modale Theorie: Wird eine Verletzung zivil- oder öffentlich-rechtlich sanktioniert.[1617]

19 Laut Praxis ist für jeden **Einzelfall** gesondert zu prüfen, welche Theorie sich am besten zur Abgrenzung eignet.[1618] Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung wird bspw. die Funktionstheorie zur Beurteilung der Rechtsnatur von Verträgen als am Geeignetsten erachtet.[1619]

1615. Urteil des BGer 2C_386/2014 vom 18.1.2016 E. 2; BVGer A-5921 vom 7.9.2020 E. 4.3; Rütsche, S. 154.

1616. Urteil des BGer 2C_386/2014 vom 18.1.2016 E. 2; BVGer A-5921 vom 7.9.2020 E. 4.5; SHK-Rudin, Art. 2 N. 16 f.

1617. Zum Ganzen: BGE 138 II 134 E. 4.2 ff.; BVGer A-5921 vom 7.9.2020 E.4.3; Häfelin/Müller/Uhlmann 2010, N. 223 ff. mit illustrativen Beispielen; SHK-Rudin, Art. 2 N. 16 f.

1618. BGE 138 I 274 E. 1.2; BGE 138 II 134 E. 4.1.

1619. BGE 138 I 274 E. 1.2; BVGer A-5921 vom 7.9.2020 E.4.4.

3. Fälle zulässigen privatrechtlichen Handelns

Es haben sich in der Praxis sodann gewisse Tätigkeitsbereiche herausgebildet, in denen das Gemeinwesen im Normalfall (zulässigerweise) privatrechtlich handelt. 20

Bei der **administrativen Hilfstätigkeit** (auch Bedarfsverwaltung genannt) beschafft sich das Gemeinwesen die notwendigen Sach- und Personalmittel, die es zur unmittelbaren Erfüllung von öffentlichen Aufgaben braucht. Die administrative Hilfstätigkeit dient nur mittelbar der Erledigung von öffentlichen Aufgaben. Zur Umsetzung schliesst das Gemeinwesen privatrechtliche Verträge ab.[1620] 21

Zum **Finanzvermögen** des Gemeinwesens gehören alle realisierbaren Aktiven. Sie dienen dem Gemeinwesen nur mittelbar zur Verwirklichung der öffentlichen Aufgabe und bei dessen Bewirtschaftung handelt es privatrechtlich. Als Beispiele gelten die Vermietung von Liegenschaften auf dem freien Markt oder der Handel mit Wertpapieren zu Anlagezwecken.[1621] 22

Handelt das Gemeinwesen **privatwirtschaftlich**, so nimmt es am Wirtschaftsleben teil und steht mit der Privatwirtschaft in einem Konkurrenzverhältnis. Im Aussenverhältnis, das heisst in Wechselwirkung mit der Konkurrenz, handelt das Gemeinwesen privatrechtlich. Als Beispiele gelten der Betrieb einer kommunalen Gastwirtschaft oder gewisse Geschäftsbereiche der Kantonalbanken.[1622] 23

Bei der **Leistungsverwaltung** stellt das Gemeinwesen *wirtschaftliche* Leistungen für Private bereit. Es handelt privatrechtlich, wenn die Leistungserbringung nur mittelbar der Verfolgung öffentlicher Interessen dient, wie bei Transportverträgen des öffentlichen Verkehrs oder Verträgen zur Energielieferung. Hoheitlich handelt es hingegen bei der Leistung von IV-Renten.[1623] 24

1620 Zum Ganzen Häfelin/Müller/Uhlmann, § 1 N. 40; § 19 N. 1384; BSK-Kunz, Art. 40 N. 14.

1621 Zum Ganzen Häfelin/Müller/Uhlmann, § 19 N. 1386 f.; BSK-Kunz, Art. 40 N. 15.

1622 Zum Ganzen BGE 120 II 321, E. 2 S. 329; Häfelin/Müller/Uhlmann, § 1 N. 138 f.; BSK-Kunz, Art. 40 N. 16.

1623 Zum Ganzen Häfelin/Müller/Uhlmann, § 1 N. 1390 f.

IV. RECHTLICHE FOLGEN

A. Anwendbare Datenschutzbestimmungen

25 Handelt es sich um einen Bereich zulässigen privatrechtlichen Handelns des Staates, gelten für Bundesorgane die datenschutzrechtlichen Bestimmungen für **Private** (Art. 40 DSG). Konkret bedeutet dies, dass neben den allgemeinen Bestimmungen (2. Kapitel), die besonderen Bestimmungen für Private (5. Kapitel) zur Anwendung gelangen.

26 Privatrechtlich handelnde Bundesorgane sind somit an **weniger strikte** Bestimmungen gebunden. Dies zeichnet sich bspw. durch die fehlende Geltung des Art. 34 DSG aus, der das Bestehen einer gesetzlichen Grundlage für Datenbearbeitung durch Bundesorgane vorschreibt. Weitere Konsequenz ist die Anwendbarkeit des Mechanismus nach Art. 31 f. DSG, wonach gewisse Persönlichkeitsverletzungen durch geeignete Rechtfertigungsgründe (gesetzliche Grundlage, überwiegendes privates oder öffentliches Interesse, Einwilligung) geheilt werden können.[1624]

27 Es findet aber auch im Rahmen des Art. 40 DSG **keine gänzliche Entkoppelung** vom Rechtsregime für Bundesorgane statt. Gewisse verfassungsrechtliche Grundsätze sind auch durch privatrechtlich handelnde Bundesorgane zu beachten (vgl. dazu *infra* N. 31 ff.).

B. Prozessuales

28 Auch für die **Rechtsdurchsetzung** gelten bei Anwendbarkeit des Art. 40 DSG die privatrechtlichen Bestimmungen. Will eine betroffene Person gegenüber einem privatrechtlich handelnden Bundesorgan Betroffenenrechte oder andere Ansprüche klageweise durchsetzen, so gelangen die Vorgaben des 5. Kapitels des DSG zur Anwendung.[1625]

29 Bei gerichtlichen Verfahren sind die **Zivilgerichte** im Klageverfahren zuständig. Das Verfahren richtet sich nach der Zivilprozessordnung.[1626]

1624SHK-Fey, Art. 40 N. 5.
1625BVGer A-420 vom 3.9.2007 E. 1.2; SHK-Fey, Art. 40, N. 8.
1626Zum Ganzen BVGer A-420/2007 vom 3.9.2007 E. 1.2. 1.5; SHK-Fey, Art. 40 N. 8.

C. Weitere Geltung des öffentlichen Rechts

1. Verfassungsrechtliche Grundsätze

Trotz Anwendung des Art. 40 DSG darf von der Bindung an die verfassungsrechtlichen Grundsätze (s. Art. 5 BV) nicht leichthin Abstand genommen werden. Bei privatrechtlichem Handeln der Bundesorgane ist stets zu prüfen, ob es diesen übergeordneten Grundsätzen standhält. 30

Allen voran ist dem **Legalitätsprinzip** (Art. 5 Abs. 1 BV) Beachtung zu schenken. Dieses erfüllt sowohl eine demokratische wie auch eine rechtsstaatliche Funktion.[1627] Unter dem privatrechtlichen Regime des DSG vermag die gesetzestreue Umsetzung des Transparenzgrundsatzes, der Informationspflichten oder das Einholen von Einwilligungen die rechtsstaatliche Funktion in gewissen Fällen zu kompensieren. Die demokratische Funktion hingegen kann durch die erwähnten Pflichten nicht ersetzt werden (vgl. dazu auch Art. 34 des vorliegenden Kommentars, insb. den Exkurs zu Einwilligungen). 31

2. Grundrechtsbindung

Auch im Bereich der **Grundrechte** ist von einer gänzlichen Gleichschaltung mit Privaten abzusehen, wenn der Staat nach Art. 40 DSG privatrechtlich handelt.[1628] Das Gemeinwesen sowie Private, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, sind bei ihrem Handeln stets an die Grundrechte gebunden und müssen zu deren Verwirklichung beitragen. Nachdem dieser Grundsatz zunächst Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung war, wurde er in der Bundesverfassung von 1999 ausdrücklich in Art. 35 Abs. 2 BV festgehalten.[1629] Für die Grundrechtsbindung ist auch nicht privatrechtliches oder hoheitliches Handeln entscheidend, sondern - breiter - ob eine öffentliche 32

1627 BGE 146 II 56 E. 6.2.1; BGE 141 II 169 E. 3.1; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 325 ff.

1628 Häfelin/Müller/Uhlmann, § 19 N. 1404; vgl. BGE 109 Ib 146 E. 4 für die Bindung an das Rechtsgleichheitsgebot und Willkürverbot von Banken bei der Entgegennahme von Vermögen.

1629 Häfelin/Müller/Uhlmann, § 19 N. 1405; vgl. auch BGE 129 III 35, 37 ff., wonach die Post als spezialgesetzliche Aktiengesellschaft laut höchstrichterlicher Rechtsprechung bei Tätigkeiten im Wettbewerb keiner Grundrechtsbindung unterliegt. Der Entscheid wird in der Lehre aber stark kritisiert und das Obergericht Thurgau sprach sich hinsichtlich privatrechtlichen Handelns der Post auch für eine Grundrechtsbindung aus (vgl. ZBl 103 (2002) S. 264-268).

Aufgabe wahrgenommen wird (Art. 35 Abs. 2 BV spricht von «staatliche Aufgabe»).

3. Zweistufentheorie im Submissionsverfahren

33 Zur Abgrenzung von privatrechtlichem und hoheitlichem Handeln wird im **Submissionsverfahren** teilweise auf die Zweistufentheorie zurückgegriffen. Sie besagt, dass der Zuschlag (Willensbildung) mittels Verfügung ergeht und somit öffentlich-rechtlicher Natur, der Vertrag mit der Zuschlagsempfängerin hingegen privatrechtlicher Natur ist.[1630]

34 Die Zweistufentheorie wurde durch die höchstrichterliche Rechtsprechung jedoch nicht anerkannt.[1631] Ohnehin geben sich im Kontext des Datenschutzrechts auch **Abgrenzungsschwierigkeiten**: Die Anwendung der Zweistufentheorie würde im Lichte von Art. 40 DSG bedeuten, dass die Datenbearbeitungen bis zum und nach dem Zuschlag unterschiedlichen Rechtsregimen unterstehen würden. Eine solch strikte Trennung der Datenbearbeitungen birgt in der Praxis aber erhebliche (technische) Schwierigkeiten.[1632]

35 Im Sinne einer nicht nur pragmatischen, aber auch verfassungsrechtlich vertretbaren Lösung ist daher von einer globalen Anwendung der restriktiveren datenschutzrechtlichen **Bestimmungen für Bundesorgane** auf Submissionsverfahren auszugehen.[1633] Auch in diesem Bereich darf der privatrechtlich handelnde Staat Privaten nicht leichtfertig und gänzlich gleichgestellt werden.

V. KASUISTIK

36 Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts **«SwissPass»**[1634] veranschaulicht exemplarisch das hiervor beschriebene Vorgehen, um das Vorliegen privatwirtschaftlichen Handelns unter Art. 40 DSG zu prüfen. Das Gericht hatte darin zu beurteilen, ob die Ausstellung eines SwissPass und die damit

1630 Zum Ganzen Häfelin/Müller/Uhlmann, § 19 N. 1394; BSK-Kunz, Art. 40 N. 18.

1631. BGE 103 Ib 154 E. 3; Häfelin/Müller/Uhlmann, §19 N. 1401.

1632 BSK-Kunz, Art. 40 N. 19.

1633 So auch BSK-Kunz, Art. 40 N. 19.

1634 Beim SwissPass handelt es sich um eine physische Karte bzw. ein digitales Konto, womit man Zugang zum öffentlichen Verkehr sowie weiteren Partnerdiensten der Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) erhält.

zusammenhängenden Datenbearbeitungen der SBB dem öffentlichen oder dem privaten Recht unterliegen.

Dabei ist zunächst die für den Bereich des Personentransports **spezialgesetzliche** Regelung relevant, wonach die Transportunternehmen - unabhängig von ihrer Rechtsform[1635] - für die konzessionierte und bewilligte Tätigkeit den Bestimmungen für Bundesorgane und im Falle von privatrechtlichem Handeln denjenigen für Private (Art. 54 PBG) unterstehen.[1636] Daraus folgt, dass Transportunternehmen auch im konzessionierten Bereich privatrechtlich handeln können und dabei die Datenschutzvorschriften für Private beachten müssen. 37

Gemäss Bundesverwaltungsgericht dient die Ausstellung des SwissPass nicht direkt der konzessionierten Personenbeförderung, da dieser auch ohne Leistung des öffentlichen Verkehrs ausgegeben werden kann. Da der SwissPass aber Hilfsmittel für den Abschluss eines Personentransportvertrags ist, berücksichtigte das Gericht gleichwohl dessen Rechtsnatur.[1637] Unter Anwendung des Methodenpluralismus und insbesondere der Funktionstheorie qualifizierte das Gericht den Personentransportvertrag als **zivilrechtlich** und leitete daraus ab, dass die SBB bei der Ausstellung des SwissPass den Datenschutzvorschriften für Private unterstehe.[1638] 38

Im Ergebnis ist das Urteil richtig und privatrechtliches Handeln der SBB scheint im konkreten Fall erlaubt und einschlägig. Es ist sodann auf zwei Punkte hinzuweisen: 39

- Einerseits zog das Gericht in seinen Erwägungen auch die «Erfüllung einer **öffentlichen Aufgabe**» als Kriterium bei, die bei strenger Auslegung von Art. 40 DSG keinen Platz findet. Die Norm stellt nach dem Wortlaut einzig auf die Rechtsform des Handelns ab. Die beiden Konzepte «öffentliche

1635 Bei der SBB handelt es sich um eine spezialgesetzliche öffentlich-rechtliche Aktiengesellschaft (vgl. Art. 2 Abs. 1 SBBG)

1636 BVGer AS-5921 vom 20.7.2021 E. 4.2; BGE 132 III 470 E. 3.3.

1637 BVGer AS-5921 vom 20.7.2021 E. 5.1.2 f.

1638 Das Urteil wurde an das Bundesgericht weitergezogen und von diesem bestätigt, vgl. Urteil 1C_531/2021 vom 4.2.2022. Das Bundesgericht prüfte jedoch einzig, ob der Beschwerdeführer (betroffene Person) überhaupt ein schutzwürdiges Interesse für die Geltendmachung der Ansprüche nach Art. (Art. 25 Abs. 1 aDSG) habe – was es verneinte – und verzichtete daher auf die Prüfung, ob die Streitigkeit dem Privat- oder öffentlichen Recht zuzuordnen sei.

Aufgabe» und «privatrechtliches bzw. hoheitliches Handeln» müssen grundsätzlich getrennt werden.[1639]

- Trotz dieses Grundsatzes wird vorliegend die Auffassung vertreten, dass ein reines Abstellen auf die Rechtsnatur des Grundverhältnisses zwischen betroffener Person und öffentlichem Organ zu einer **Umgehung** übergeordneter öffentlich-rechtlicher Normen führen kann. Das Handeln und im vorliegenden Kontext die Bearbeitung von Personendaten durch Bundesorgane darf nicht einzig an dessen *Wahl* der Handlungsform gemessen werden. Das Handeln ist in einen grösseren, verfassungsrechtlichen Kontext zu setzen. So ist Art. 40 DSG auch gar nicht anwendbar, wenn es nicht ein Bundesorgan betrifft, u.a. Private, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Die Beurteilung des Transportvertrags anhand des Methodenpluralismus und mitunter der Funktionstheorie durch das Bundesverwaltungsgericht ist nach vorliegender Meinung daher folgerichtig und beugt einer Umgehung öffentlich-rechtlicher Grundsätze vor.

LITERATURVERZEICHNIS

Bühlmann Lukas/Schüepp Michael, Information, Einwilligung und weitere Brennpunkte im (neuen) Schweizer Datenschutzrecht, Jusletter 15.3.2021.

Fey Marco, Kommentierung zu Art. 40 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2022 (zit. SHK DSG-Bearbeiterin).

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich et al. 2020.

Kunz Simon, Kommentierung zu Art. 23 DSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor-Paul (Hrsg.), Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK-Bearbeiterin).

1639 Die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ist für die Qualifikation von privaten Personen als Bundesorgane relevant (Art. 5 lit. i DSG). Hoheitliches bzw. privatrechtliches Handeln ist hingegen dafür entscheidend, ob ein Bundesorgan in Ausnahmefällen den Bestimmungen für Private untersteht. Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ist breiter zu verstehen als hoheitliches Handeln. Bei letzterem geht es zudem um die *Form* und nicht den Inhalt des Handelns.

Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008 (zit. Rosenthal/Jöhri).

Rudin Beat, Kommentierung zu Art. 2 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2022 (zit. SHK DSG-Bearbeiterin).

Rütsche Bernhard, Was sind öffentliche Aufgaben?, recht 2013, S. 153-162.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 S. 6941 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de, besucht am 6.5.2023 (zit. Botschaft 2017).

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23.3.1988, BBl 1988 II S. 413 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1988/2_413_421_353/de, besucht am 6.5.2023 (zit. Botschaft 1988).

Sitzung des Ständerats zum Datenschutzgesetz vom 14.3.1990, Amtl. Bull. NR 1990 S. 149 ff. (zit. Amtl. Bull. SR 1990).

Sitzung des Nationalrats zum Datenschutzgesetz vom 10.3.1992, Amtl. Bull. NR 1992 S. 381 ff. (zit. Amtl. Bull. NR 1922).

Sitzung des Ständerats zum Datenschutzgesetz vom 18.3.1992, Amtl. Bull. SR S. 228 ff. (zit. Amtl. Bull. SR 1922).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 41 DSG

Eine Kommentierung von Sarah Bischof

ZITIERVORSCHLAG

Sarah Bischof, Kommentierung zu Art. 41 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Bischof, Art. 41 DSG N. XXX.

Art. 41 Ansprüche und Verfahren

[1] Wer ein schutzwürdiges Interesse hat, kann vom verantwortlichen Bundesorgan verlangen, dass es:

a. die widerrechtliche Bearbeitung der betreffenden Personendaten unterlässt;

b. die Folgen einer widerrechtlichen Bearbeitung beseitigt;

c. die Widerrechtlichkeit der Bearbeitung feststellt.

[2] Die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller kann insbesondere verlangen, dass das Bundesorgan:

a. die betreffenden Personendaten berichtigt, löscht oder vernichtet;

b. seinen Entscheid, namentlich über die Berichtigung, Löschung oder Vernichtung, den Widerspruch gegen die Bekanntgabe nach Artikel 37 oder den Bestreitungsvermerk nach Absatz 4 Dritten mitteilt oder veröffentlicht.

[3] Statt die Personendaten zu löschen oder zu vernichten, schränkt das Bundesorgan die Bearbeitung ein, wenn:

a. die betroffene Person die Richtigkeit der Personendaten bestreitet und weder die Richtigkeit noch die Unrichtigkeit festgestellt werden kann;

b. überwiegende Interessen Dritter dies erfordern;

c. ein überwiegendes öffentliches Interesse, namentlich die innere oder die äussere Sicherheit der Schweiz, dies erfordert;

d. die Löschung oder Vernichtung der Daten eine Ermittlung, eine Untersuchung oder ein behördliches oder gerichtliches Verfahren gefährden kann.

[4] Kann weder die Richtigkeit noch die Unrichtigkeit der betreffenden Personendaten festgestellt werden, so bringt das Bundesorgan bei den Daten einen Bestreitungsvermerk an.

[5] Die Berichtigung, Löschung oder Vernichtung von Personendaten kann nicht verlangt werden in Bezug auf die Bestände öffentlich zugänglicher Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen, Archive oder anderer öffentlicher Gedächtnisinstitutionen. Macht die Gesuchstellerin oder der Gesuchsteller ein überwiegendes Interesse glaubhaft, so kann sie oder er verlangen, dass die Institution den Zugang zu den umstrittenen Daten beschränkt. Die Absätze 3 und 4 sind nicht anwendbar.

[6] Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG. Die Ausnahmen nach den Artikeln 2 und 3 VwVG sind nicht anwendbar.

GLIEDERUNG

In Kürze 594
I. Allgemeines 594
A. Vorbemerkungen 594
B. Entstehungsgeschichte 595
II. Anspruchs- und Prozessvoraussetzungen 595
III. Die Begehren 597
A. Voraussetzung der Widerrechtlichkeit 597
B. Unterlassungsanspruch (Abs. 1 lit. a und Abs. 2 lit. a) 597
1. Generelles 597
2. Berichtigung und Bestreitungsvermerk (Abs. 4) 598
C. Beseitigungsanspruch (Abs. 1 lit. b) 599
D. Feststellungsanspruch (Abs. 1 lit. c) 600
E. Einschränkung der Bearbeitung (Abs. 3) 601
IV. Ausnahmebestimmung (Abs. 5) 602
V. Verwaltungsverfahrensrecht (Abs. 6) 603
Literaturverzeichnis 603
Materialienverzeichnis 604

IN KÜRZE

Ist eine Person der Auffassung, dass ein Bundesorgan bei der Bearbeitung von Personendaten gegen die anwendbaren Bestimmungen des DSG verstösst, so stellt ihr Art. 41 DSG (gemeinsam mit dem Auskunftsrecht gemäss Art. 25 DSG) die notwendigen Ansprüche zur Verfügung, um eine gesetzmässige Datenbearbeitung gegenüber dem verantwortlichen Bundesorgan durchsetzen zu können. Sie kann insbesondere verlangen, dass das Bundesorgan eine widerrechtliche Datenbearbeitung **unterlässt**, die Folgen einer widerrechtlichen Bearbeitung **beseitigt** oder aber die Widerrechtlichkeit der Bearbeitung **feststellt** (Art. 41 Abs. 1 DSG). Der Artikel sieht Ausnahmen vor, wie insbesondere die Einschränkung der Bearbeitung (Art. 41 Abs. 3 DSG). Der Entscheid des Bundesorgans über Nichteintreten bzw. Gewährung oder Ablehnung dieser Ansprüche ergeht in der Form einer Verfügung, welche wiederum, bei Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen, nach den Regeln der allgemeinen Bundesrechtspflege angefochten werden kann.

I. ALLGEMEINES

A. Vorbemerkungen

1 Bearbeitet ein Bundesorgan Personendaten, so stellt dies einen Eingriff in das Grundrecht der informationellen Selbstbestimmung gemäss Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK der betroffenen Person dar.[1640] Aus diesem Grund dürfen Bundesbehörden auch nur in begrenztem Rahmen unter Einhaltung der Bearbeitungsgrundsätze gemäss Art. 6 DSG sowie insbesondere Art. 34 ff. DSG überhaupt Personendaten bearbeiten. Insbesondere benötigen sie dafür eine gesetzliche Grundlage.

2 Datenbearbeitungen durch ein Bundesorgen stellen in der Regel Realakte dar.[1641] Art. 41 DSG gewährt der betroffenen Person (sowie allenfalls auch Dritten, siehe N. 8) eine Reihe von Ansprüchen, mittels welcher sie verlangen kann, dass die Rechtmässigkeit einer Datenbearbeitung wiederhergestellt bzw. die Widerrechtlichkeit zumindest festgestellt werden kann. Zumindest im Falle

1640BGE 120 Ia 147 E. 2.
1641.Vgl. Burkert, ZBl 108 (2007), S. 378.

eines (teil-) abweisenden Entscheids, erlangt die betroffene Person so eine anfechtbare Verfügung.[1642]

Vom individuellen Rechtsschutz des Art. 41 DSG, der nur im Falle einer aktiven Geltendmachung der betroffenen Person zu Tragen kommt, sind die Kontrollrechte des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (vgl. die Ausführungen zu Art. 49 ff. DSG) zu unterscheiden. Der EDÖB ist im Rahmen seiner aufsichtsrechtlichen Kompetenzen befugt, von Amtes wegen Untersuchungen vorzunehmen und Verfügungen zu erlassen, wodurch auch Personen geschützt werden, die nicht gegen ein fehlbares Bundesorgan gerichtlich vorgehen können (z.B., weil sie keine Kenntnis der Unrechtmässigkeit oder von der Datenbearbeitung an sich haben) oder wollen. 3

B. Entstehungsgeschichte

Gemäss der bundesrätlichen Botschaft zum ursprünglichen DSG von 1992 sollte sich das vorgeschlagene Rechtssystem einerseits an den privatrechtlichen Klagen von Art. 28a ZGB orientieren, sich aber andererseits in das damals geltende Verwaltungsverfahrensrecht einfügen.[1643] Die Räte zogen dieses vom Bundesrat vorgeschlagene Konzept in weiterer Folge grundsätzlich nicht in Zweifel und nahmen nur wenige Änderungen vor. 4

Die Bestimmung erfuhr durch die Revision, die per 1. September 2023 in Kraft getretenen ist, einige Änderungen. So wurde insbesondere ein ausdrückliches Recht auf Löschung sowie die Einschränkung der Bearbeitung aufgenommen. Diese vom Bundesrat vorgeschlagenen Änderungen und Ergänzungen wurden von den Räten ohne Weiteres angenommen. 5

II. ANSPRUCHS- UND PROZESSVORAUSSETZUNGEN

Anspruchsadressat ist das verantwortliche **Bundesorgan**, welches die Daten zur Erfüllung seines gesetzlichen Auftrags bearbeitet oder bearbeiten lässt. Als Bundesorgan gelten nicht nur die Bundesbehörden, sondern auch Private, die öffentlich-rechtliche Aufgaben des Bundes erfüllen (siehe Ausführungen zu Art. 5 lit. i DSG). Damit sind beispielsweise Ansprüche aus 6

1642 BSK-Gautschi, Art. 41 DSG N. 8 ff.
1643 BBl 1988 II 413, S. 476.

einer widerrechtlichen Datenbearbeitung gegenüber einer Pensionskasse, die zwar als privatrechtliche Stiftung organisiert ist, aber die obligatorische berufliche Vorsorge gemäss dem BVG anbietet und somit als Bundesorgan gilt, gemäss Art. 41 DSG (und nicht gemäss Art. 32 DSG) geltend zu machen.[1644]

7 Es ist zu beachten, dass die Durchsetzung eines Anspruchs gegenüber einem Bundesorgan keine bindende Wirkung für andere Bundesorgane hat (siehe N. 21 zur Mitteilung an Dritte oder Veröffentlichung); sie sind somit gegebenenfalls gegenüber jedem verantwortlichen Bundesorgan, welches Daten bearbeitet, einzeln durchzusetzen.

8 **Anspruchsberechtigt** ist jede Person, die über ein **schutzwürdiges Interesse** verfügt. Ob ein solches vorliegt, beurteilt sich nach den allgemeinen Grundsätzen im Verwaltungsverfahren.[1645] Das schutzwürdige Interesse beschränkt sich auch nicht auf persönlichkeitsrechtliche Interessen[1646] und muss zudem nicht mit dem durch die verletzte Norm geschützten Interesse übereinstimmen.[1647] Erforderlich ist allein, dass der Gesuchsteller ein aktuelles rechtliches oder tatsächliches Interesse am Ausgang des von ihm angestrengten Verfahrens hat und dieses ihm einen unmittelbaren, praktischen Nutzen bringen kann.[1648] Er muss in einer besonderen Beziehung zum Streitgegenstand stehen und damit mehr betroffen sein als die Allgemeinheit.[1649]

9 Im Falle der betroffenen Person wird ein schutzwürdiges Interesse in der Regel gegeben sein. Ausnahmen sind allerdings möglich, z.B. wenn das Bundesorgan die Daten gar nicht mehr bearbeitet, womit das Gesuch gegenstandslos wäre. In wenigen Konstellationen ist es auch denkbar, dass Dritte, deren Daten gar nicht bearbeitet werden, ein schutzwürdiges Interesse vorweisen können. Dies aber wohl regelmässig nur dann, wenn ein solcher Dritter ein naher Verwandter oder Freund der (verstorbenen) betroffenen Person ist und sich auf den bundesgerichtlich anerkannten Andenkensschutz berufen kann.[1650]

1644 Vgl. auch OFK-Fanger, Art. 41 DSG N. 2; BSK-Gautschi, Art. 41 DSG N. 2.

1645 Art. 25 Abs. 2 VwVG, Art. 48 lit. a VwVG, Art. 103 lit. a OG; vgl. auch VPB 60.65, E. 3.1.

1646 BSK-Bangert, Art. 25/25bis DSG N. 30.

1647 BGE 141 II 50 E. 2.1; 133 II 249; BSK-Bangert, Art. 25/25bis DSG N. 30; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1150.

1648 BSK-Gautschi, Art. 41 N. 25.

1649 Häner, Praxiskommentar VwVG, Art. 25 N. 18.

III. DIE BEGEHREN

A. Voraussetzung der Widerrechtlichkeit

Gemäss Art. 41 Abs. 1 DSG kann die gesuchstellende Person die **Unterlassung** einer widerrechtlichen Datenbearbeitung, die **Beseitigung der Folgen** einer widerrechtlichen Datenbearbeitung oder die **Feststellung** der Widerrechtlichkeit einer Datenbearbeitung verlangen. 10

Gemeinsam ist diesen Ansprüchen, dass sie die **Widerrechtlichkeit** der Datenbearbeitung voraussetzen. Dies im Gegensatz zum Widerspruch gegen die Bekanntgabe von Personendaten nach Art. 37 DSG; hier ist nur ein schutzwürdiges Interesse der betroffenen Person, nicht jedoch die Widerrechtlichkeit der Bekanntgabe massgebend (vgl. die Kommentierung zu Art. 37 DSG). 11

Die Widerrechtlichkeit kann unter anderem darin bestehen, dass das Bundesorgan über **keine ausreichende gesetzliche Grundlage** für die entsprechende Datenbearbeitung verfügt.[1651] Beispielsweise entschied das Bundesverwaltungsgericht, dass eine Pensionskasse, die die Vorsorgeausweise unverschlossen direkt an den Arbeitgebenden sendet, widerrechtlich handelt, weil eine solche Bekanntgabe für die Durchführung der beruflichen Vorsorge gemäss BVG nicht notwendig ist und auch sonst keine gesetzliche Grundlage (insbesondere Art. 86a BVG welcher die Datenbekanntgaben im Rahmen des BVG regelt) dies legitimieren würde.[1652] Zudem ist auch die **Bearbeitung von unrichtigen Daten** widerrechtlich, sofern das verantwortliche Bundesorgan seiner diesbezüglichen Vergewisserungspflicht (vgl. Kommentierung zu Art. 6 Abs. 5 DSG) nicht nachkommt. 12

B. Unterlassungsanspruch (Abs. 1 lit. a und Abs. 2 lit. a)

1. Generelles

Der Anspruch auf Unterlassung setzt voraus, dass zum Zeitpunkt der Geltendmachung **ernstlich zu befürchten** ist, dass das verantwortliche Bundesorgan eine bestimmte, in naher Zukunft liegende widerrechtliche 13

1650BGE 129 I 302 E. 1.2.2, m.w.H.; 127 I 145 E. 5.c.cc.
1651.BSK-Gautschi, Art. 41 DSG N. 29 f.
1652BVerG A-4467/2011 vom 10.4.2012 E. 8.

Datenbearbeitung vornimmt.[1653] Eine solche ernstliche Befürchtung kann einerseits gegeben sein, wenn das Bundesorgan die Datenbearbeitung bereits vollzieht und diese andauert oder aber konkrete Hinweise darauf schliessen lassen, dass die Daten in naher Zukunft in einer bestimmten Weise widerrechtlich bearbeitet werden. Nur dann kann gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung das aktuelle Rechtsschutzinteresse an der Unterlassung bejaht werden.[1654]

14 Sind diese Voraussetzungen gegeben, kann die betroffene Person aber nicht nur verlangen, dass das Bundesorgan auf eine widerrechtliche Datenbearbeitung verzichtet. Vielmehr kann sie auch die **Wiederherstellung der Rechtmässigkeit** beantragen, insbesondere indem sie gestützt auf Art. 41 Abs. 2 lit. a DSG Berichtigung, Löschung oder Vernichtung der betreffenden Daten verlangt.

2. Berichtigung und Bestreitungsvermerk (Abs. 4)

15 Die Bearbeitung unrichtiger Personendaten ist nur dann widerrechtlich, wenn die Unrichtigkeit auf eine **Verletzung der Vergewisserungspflicht** gemäss Art. 6 Abs. 5 DSG zurückzuführen ist.[1655] Ein datenbearbeitendes Bundesorgan hat somit von Amtes wegen bereits bei der Erhebung der Daten bzw. während der Dauer der Bearbeitung mit angemessenen Massnahmen die Richtigkeit der Daten sicherzustellen (vgl. Kommentierung zu Art. 6 Abs. 5 DSG). Auch wenn es dies tut, wird die Datenbearbeitung zumindest in dem Augenblick widerrechtlich, in dem die betroffene Person mit einem Berichtigungsanspruch an das Bundesorgan herantritt und dieses es unterlässt, die Richtigkeit bzw. Unrichtigkeit erneut genügend abzuklären.[1656]

16 Kann die Richtigkeit bzw. Unrichtigkeit der Daten trotz des substantiierten Berichtigungsgesuchs der betroffenen Person nicht bzw. nicht ohne Weiteres festgestellt werden, so muss das Bundesorgan während der Dauer der notwendigen Abklärungen die Bearbeitung gemäss Art. 41 Abs. 3 DSG einschränken (siehe unten Bst. E). Das bedeutet, dass das Bundesorgan die

1653 BSK-Bangert, Art. 25/25bis DSG N. 41; BSK-Gautschi, Art. 41 DSG N 31.
1654 z.B. BGE 116 II 357 E. 2.a; 109 II 338 E. 3.
1655 VPB 65.51.
1656 Ausführlich BSK-Bangert, Art. 25/25bis DSG N. 45 ff; vgl. auch Jöhri, Handkommentar DSG, Art. 25 N. 13.

Daten während dieser Dauer nur noch bearbeiten darf, um ihre Richtigkeit oder Unrichtigkeit festzustellen.[1657]

Ist es dem Bundesorgan, allenfalls trotz weiterer Abklärungen, nicht möglich die Richtigkeit der bearbeiteten Daten nachzuweisen, kann aber auch die betroffene Person im Gegenzug die Richtigkeit der von ihr verlangten Berichtigungen nicht beweisen, so hat das Bundesorgan einen **Bestreitungsvermerk** anzubringen.[1658] Damit wird einerseits den Interessen der betroffenen Person entsprochen, indem dargetan wird, dass sie mit der Darstellung des Sachverhalts durch das Bundesorgan nicht einverstanden ist. Andererseits wird sichergestellt, dass das Bundesorgan nicht auf Datenbearbeitungen verzichten muss, die es für die Erfüllung seines gesetzlichen Auftrags benötigt. 17

Die Gesetzesmaterialien zur mit der Revision 2023 neu eingeführten Einschränkung äussern sich nicht zum Verhältnis zwischen Art. 41 Abs. 3 und Abs. 4 DSG. Wie erläutert bezweckt der Bestreitungsvermerk jedoch unter anderem, dass das Bundesorgan weiterhin seinen gesetzlichen Aufgaben nachkommen kann. Ist damit eine Abklärung der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Daten erfolglos, so muss es dem Bundesorgan möglich sein, eine im Hinblick auf diesen Zweck vorgenommene Einschränkung der Bearbeitung nach Art. 41 Abs. 3 DSG wieder aufzuheben, einen Bestreitungsvermerk anzubringen und die fraglichen Daten wieder vollumfänglich zu bearbeiten, zumindest sofern ein gänzlicher Verzicht auf die Bearbeitung nicht möglich ist und kein anderer Einschränkungsgrund (vgl. Bst. E) zur Anwendung gelangt. 18

C. Beseitigungsanspruch (Abs. 1 lit. b)

Die betroffene Person hat zudem den Anspruch auf **Beseitigung der Folgen** einer widerrechtlichen Datenbearbeitung mittels geeigneter und verhältnismässiger Massnahmen. Es geht hier um die reale Beseitigung von nachteiligen Folgen, die auf eine widerrechtliche Datenbearbeitung zurückzuführen sind, also beispielsweise die nachträgliche Gewährung 19

1657.BBl 2017 6941, S. 7085.

1658BGer Urteil 1C_114/2012 vom 25.5.2012 E. 5; bzgl. Qualifikation der Bestimmung als Beweislastregel oder Ausnahme zum Grundsatz der Datenrichtigkeit vgl. BSK-Bangert, Art. 25/25bis DSG N. 50 ff.; zum Vorgehen des Bundesverwaltungsgerichts bei der Abklärung, ob ein Bestreitungsvermerk anzubringen ist vgl. BSK-Gautschi, Art. 41 DSG N. 44.

gesetzlicher Leistungen. Würde eine Krankenversicherung im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) mittels Gesundheitsfragebogen den generellen Gesundheitszustand eines Versicherten abklären und ihm basierend darauf bestimmte OKP-Leistungen nicht anbieten, so würde hierfür die gesetzliche Grundlage fehlen (und der Aufnahmepflicht des KVG widersprechen); die Datenerhebung wäre widerrechtlich und die Krankenversicherung müsste dem Versicherten die krankenversicherungsrechtlichen Leistungen gewähren.

20 Der Anspruch ermöglicht es den betroffenen Personen jedoch nicht, formell rechtskräftige Verfügungen zu beseitigen. Dies ist weiterhin nur mit den gesetzlich vorgesehenen Revisionsgründen gemäss Art. 66 VwVG möglich.[1659] Ebenso wenig ist es den Betroffenen möglich, gestützt auf Art. 41 Abs. 1 lit. b DSG Schadenersatz oder Genugtuung zu verlangen, da diese Ansprüche über das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes geltend gemacht werden müssen.

21 In der Praxis wird der Beseitigungsanspruch regelmässig bei einer widerrechtlichen Datenbekanntgabe eine Rolle spielen. In diesem Fall kann die betroffene Person unter anderem die Veröffentlichung des Entscheids über die widerrechtliche Datenbearbeitung (namentlich über die Berichtigung, Löschung oder Vernichtung, den Bestreitungsvermerk aber auch über den Widerspruch gegen die Bekanntgabe nach Art. 37 DSG) oder dessen Mitteilung an allfällige Datenempfänger verlangen (Art. 41 Abs. 2 lit. b DSG). Dies bezweckt, dass ein Datenempfänger den Entscheid freiwillig übernehmen und die Daten löschen oder berichtigen kann; gezwungen werden kann er jedoch nicht. Hier bleibt der betroffenen Person weiterhin nichts anderes übrig, als allfällige Ansprüche gegenüber dem Datenempfänger geltend zu machen.

D. Feststellungsanspruch (Abs. 1 lit. c)

22 Der Gesuchsteller kann ausserdem die **Feststellung der Widerrechtlichkeit** der Datenbearbeitung verlangen. Dieser Anspruch ist gegenüber dem Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch nur **subsidiärer Natur**.[1660] Solange die Unterlassung der widerrechtlichen Bearbeitung oder die Beseitigung der damit verbundenen Folgen verlangt werden kann, fehlt es

1659 BSK-Bangert, Art. 25/25bis DSG N. 41 f.; OFK-Fanger, Art. 41 DSG N. 7.
1660 BGE 126 II 300 E. 2c; 114 V 201 E. 2.

an einem schutzwürdigen Interesse an der Feststellung der Widerrechtlichkeit.

Ein Feststellungsinteresse ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung 23
dann gegeben, wenn sich eine (vergangene) widerrechtliche Datenbearbeitung bzw. die damit zusammenhängende Persönlichkeitsverletzung weiterhin störend auswirkt und die Feststellung der Widerrechtlichkeit geeignet ist, diese andauernde Wirkung zu beseitigen.[1661]

E. Einschränkung der Bearbeitung (Abs. 3)

Mit der Revision von 2023 wurde Art. 41 Abs. 3 DSG neu eingefügt. Gemäss 24
diesem muss das Bundesorgan, anstatt die Daten zu löschen oder zu vernichten, die Bearbeitung einschränken, wenn einer der folgenden Fälle vorliegt:

- Die betroffene Person bestreitet die Richtigkeit der Personendaten, aber weder die Richtigkeit noch die Unrichtigkeit kann festgestellt werden (siehe oben N. 18);
- Überwiegende Interessen Dritter oder überwiegende öffentliche Interessen erfordern, dass die Daten weiterhin bestehen bleiben;
- Die Löschung oder Vernichtung der Daten würde eine Ermittlung, eine Untersuchung oder ein behördliches oder gerichtliches Verfahren gefährden.

Es sei darauf hingewiesen, dass auch Art. 18 DSGVO die "Einschränkung der 25
Verarbeitung" vorsieht. Im Gegensatz zur Bestimmung der DSGVO, wo es sich um einen Anspruch der betroffenen Person gegenüber dem Verantwortlichen handelt, ist Art. 41 Abs. 3 DSG als Ausnahme zur Löschung/Vernichtung bzw. auch Berichtigung ausgestaltet.[1662] Das Bundesorgan muss bei der Bearbeitung eines Begehrens um Löschung/Vernichtung, aber auch um Berichtigung (obschon nicht explizit genannt, macht die Einschränkung der Bearbeitung zur Prüfung der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Daten in gesetzeslogischer Hinsicht Sinn) von Amtes wegen prüfen, ob einer der Gründe für eine Einschränkung vorliegt. Wird dem Begehren stattgegeben und die Einschränkung bejaht, muss das Bundesorgan die Bearbeitung auf jenen

1661.BGE 127 III 482 E. 1c; Häner, Praxiskommentar VwVG, Art. 25 N. 17.
1662OFK-Fanger, Art. 41 DSG N. 12.

Zweck reduzieren, welcher der Löschung/Vernichtung bzw. Berichtigung entgegensteht.[1663]

26 Der Entscheid über die Einschränkung hat als Verfügung bzw. als Zwischenverfügung, sofern damit das Verfahren nicht abgeschlossen wird, zu ergehen.

27 Die Botschaft sieht vor, dass die Einschränkung so umzusetzen ist, dass die bestrittenen Daten klar gekennzeichnet werden müssen, was in der Praxis bedeuten könne, dass sie vorübergehend in ein anderes Bearbeitungssystem verschoben oder die Zugriffsrechte beschränkt werden. Der Gesetzgeber hat bei dieser Argumentation nicht berücksichtigt, dass dies in der Praxis regelmässig zu Umsetzungsproblemen führen wird, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass alle Systeme solche Vorkehrungen für einzelne Daten, also sozusagen "feldbasiert" ermöglichen und auch nicht ohne Weiteres umsetzen können. Fehlen die technischen Umsetzungsmöglichkeiten, muss die Einschränkung zumindest mit organisatorischen Massnahmen sichergestellt werden, z.B. mittels Hinweisen im System, Weisungen oder auch separaten Listen.

IV. AUSNAHMEBESTIMMUNG (ABS. 5)

28 Die Berichtigung, Löschung oder Vernichtung von Personendaten kann nicht verlangt werden in Bezug auf Bestände sogenannter öffentlicher Gedächtnisstätten, wie insbesondere öffentlich zugänglicher Bibliotheken, Bildungseinrichtungen, Museen oder Archive. Auch ein Bestreitungsvermerk ist in diesen Konstellationen nicht möglich. Zweck dieser Institutionen ist es, einen Moment in der Vergangenheit abzubilden, was nur erreicht werden kann, wenn die Bestände originalgetreu und unverändert enthalte sind.

29 Die betroffene Person kann aber immerhin verlangen, dass der Zugang zu umstrittenen Daten beschränkt wird. Grundsätzlich geht das öffentliche Interesse am freien und unverfälschten Zugang zu Dokumenten zwar vor. Allerdings ist ein überwiegendes Interesse der betroffenen Person an der Zugangsbeschränkung anzunehmen, wenn ihr aufgrund eines freien Zugangs erhebliche persönliche Nachteile erwachsen würden, beispielsweise weil sie in ihrem beruflichen Fortkommen eingeschränkt werden würde und der

1663 Vgl. BBl 2017 6941, S. 7085

archivarische Wert der fraglichen Daten demgegenüber als geringer erscheint.[1664] Gemäss der Botschaft ist diese Ausnahme insbesondere im Hinblick auf die zunehmende Veröffentlichung von Archivgut im Internet zu beachten.[1665]

V. VERWALTUNGSVERFAHRENSRECHT (ABS. 6)

Das Verfahren für die Geltendmachung der Ansprüche des Art. 41 Abs. 1-2 DSG richten sich nach dem VwVG. Dies auch dann, wenn das VwVG auf das jeweilige Sachgebiet eigentlich gar keine Anwendung findet (die Ausnahmen des Art. 2 und 3 des VwVG finden keine Anwendung).[1666] 30

Dies bedeutet insbesondere, dass das Bundesorgan den Sachverhalt von Amtes wegen abklären muss (Untersuchungsgrundsatz, Art. 12 VwVG). Der Gesuchsteller unterliegt jedoch einer Mitwirkungspflicht (Art. 13 VwVG); beispielsweise hat er im Rahmen eines Berichtigungsgesuchs Beweismittel vorzulegen, welche die Richtigkeit der von ihm verlangten Änderungen nachweisen.[1667] 31

Das Bundesorgan kann auch Nichteintreten, Gutheissung oder Ablehnen entscheiden.[1668] Der Entscheid ergeht in Form einer Verfügung, welche wiederum beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden kann. 32

LITERATURVERZEICHNIS

Bangert Jan, Kommentierung zu Art. 25/25bis DSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor-Paul (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, 3. Aufl., Basel, 2014.

Burkert Herbert, Datenschutz und Rechtsschutz, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht, ZBl 108 (2007), S. 374-379.

Fanger Reto, Kommentierung zu Art. 41 DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), OFK-Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Zürich 2023.

1664 BBl 2017 6941, S. 7086; SHK-Sturny, Art. 41 N 34.
1665 BBl 2017 6941, S. 7086.
1666 BSK-Gautschi, Art. 41 DSG N. 5 ff.
1667 Vgl. BGer Urteil 1C_240/2012 vom 13.08.2012 E. 3.1; BVGer Urteil A-181/2013 vom 5.11.2013 E. 5.1; BVGer Urteil E-1454/2018 vom 9.5.2018 E. 4.3.
1668 Vgl. auch Häner, Praxiskommentar VwVG, Art. 25a N. 51.

Gautschi Adrian, Kommentierung zu Art. 42 DSG, in: Blechta, Gabor-Paul/Vasella David (Hrsg.), Balser Kommentar, Datenschutzgesetz, 4. Aufl. Basel 2024.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020.

Häner Isabelle, Kommentierung zu Art. 25 und 25a VwVG, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich 2016.

Jöhri Yvonne, Kommentierung zu Art. 25 DSG, in: Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008.

Sturny Monique, Kommentierung zu Art. 41, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika, Stämpflis Handkommentar (SHK) zum Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Zürich 2023.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23.3.1988 (BBl 1988 413).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017 (BBl 2017 6941).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 42 DSG

Eine Kommentierung von Sarah Bischof

ZITIERVORSCHLAG

Sarah Bischof, Kommentierung zu Art. 42 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Bischof, Art. 42 DSG N. XXX.

Art. 42 Verfahren im Falle der Bekanntgabe von amtlichen Dokumenten, die Personendaten enthalten

Ist ein Verfahren betreffend den Zugang zu amtlichen Dokumenten, die Personendaten enthalten, im Sinne des Öffentlichkeitsgesetzes vom 17. Dezember 2004 hängig, so kann die betroffene Person in diesem Verfahren diejenigen Rechte geltend machen, die ihr nach Artikel 41 des vorliegenden Gesetzes bezogen auf diejenigen Dokumente zustehen, die Gegenstand des Zugangsverfahrens sind.

GLIEDERUNG

In Kürze 607
I. Vorbemerkungen 607
II. Geltendmachung der Ansprüche gemäss Art. 41 DSG im Zugangsverfahren 607
Literaturverzeichnis 609
Materialienverzeichnis 610

IN KÜRZE

Gemäss Art. 42 DSG können die Ansprüche aus Art. 41 DSG im Rahmen eines Zugangsverfahrens nach dem Öffentlichkeitsgesetz geltend gemacht werden, sofern die betreffenden Dokumente Personendaten enthalten. Damit trägt die Bestimmung dem Umstand Rechnung, dass die Schutzzwecke des DSG und des BGÖ, namentlich die informationelle Selbstbestimmung als Teil des Schutzes der Privatsphäre auf der einen und der Grundsatz der Transparenz der Verwaltung auf der anderen Seite, in einem Spannungsverhältnis stehen können.

I. VORBEMERKUNGEN

Der frühere Art. 25bis aDSG wurde mit dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) eingeführt. Damit wurden die Grundsätze der Koordination zwischen dem DSG und dem BGÖ festgelegt.[1669] In der revidierten Fassung des DSG von 2023 wurde die Bestimmung inhaltlich nicht verändert; sie findet sich neu im Art. 42 DSG.[1670] 1

Mit der Bestimmung wird sichergestellt, dass eine betroffene Person ihre datenschutzrechtlichen Ansprüche im Rahmen des Zugangsverfahrens nach dem Öffentlichkeitsgesetz geltend machen kann. Das führt dazu, dass das Zugangsverfahren um diese datenschutzrechtlichen Belange erweitert wird.[1671] 2

II. GELTENDMACHUNG DER ANSPRÜCHE GEMÄSS ART. 41 DSG IM ZUGANGSVERFAHREN

Das BGÖ sieht vor, dass jede Person das Recht hat, amtliche Dokumente einzusehen und von den Behörden Auskünfte über den Inhalt amtlicher Dokumente zu erhalten (**Öffentlichkeitsprinzip**, Art. 6 Abs. 1 BGÖ). Der Zugang kann jedoch eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn durch die Gewährung die Privatsphäre Dritter beeinträchtigt werden 3

1669 BBl 2003 1963, S. 2016.
1670 BBl 2017 6941, S. 7087.
1671 Kölz/Häner/Bertschi, N. 1865.

kann; vorausgesetzt, dass das öffentliche Interesse am Zugang nicht überwiegt (Art. 7 Abs. 2 BGÖ).

4 Damit die Privatsphäre Dritter im Zugangsverfahren gewahrt bleibt, sind amtliche Dokumente, die Personendaten enthalten, grundsätzlich zu **anonymisieren** (Art. 9 BGÖ). Ist eine Anonymisierung jedoch nicht möglich, beispielsweise weil dadurch der Inhalt und die Zusammenhänge des amtlichen Dokuments nicht mehr verständlich wären[1672] oder weil sie mit einem unverhältnismässigen Aufwand[1673] verbunden wäre (was eine umfassende Interessenabwägung durch das Bundesorgan bedingt[1674]), ist die Zugangsgewährung nur unter der Voraussetzung des Art. 36 DSG, welcher die Datenbekanntgabe durch Bundesorgane regelt (siehe Kommentierung hierzu), erlaubt. Zieht die Behörde die Zugangsgewährung in Erwägung, muss sie der betroffenen Person, deren Personendaten in den fraglichen Dokumenten enthalten sind und deren Privatsphäre dadurch beeinträchtigt werden kann, vorgängig die **Gelegenheit zur Stellungnahme** innert 10 Tagen geben. Im Rahmen dieser Stellungnahme kann die betroffene Person nicht nur verlangen, dass ihre Daten nicht an den Gesuchsteller herausgegeben werden. Vielmehr ermöglicht es ihr Art. 42 DSG, ihren Anspruch auf **Unterlassung** einer widerrechtlichen Datenbearbeitung, **Beseitigung** der Folgen einer widerrechtlichen Datenbearbeitung oder **Feststellung** der Widerrechtlichkeit einer Datenbearbeitung (siehe Kommentierung zu Art. 41 DSG) geltend zu machen.[1675] Die Ansprüche müssen sich dabei auf jene Dokumente beziehen, die Gegenstand des Zugangsverfahrens sind.

5 Möchte die Behörde entgegen der Stellungnahme der betroffenen Person den Zugang gewähren, so hat sie die betroffene Person darüber zu informieren (Art. 11 Abs. 2 BGÖ). Diese kann in der Folge den EDÖB innert 20 Tagen um **Schlichtung** ersuchen. Scheitert die Schlichtung, gibt der EDÖB eine Empfehlung ab. Die Behörde hat in der Folge eine Verfügung zu erlassen, sofern sie entweder der Empfehlung nicht folgt oder wenn die betroffene Person (oder auch der Gesuchsteller) eine solche verlangt (Art. 15 Abs. 1 und

1672.Vgl. Egli, Forum Europarecht Band/Nr. 35, 2015, S. 139.
1673.BVGer A-3334/2019 vom 3.11.2020 E. 7.1.2
1674.OFK-DSG, Stoffel/Poncet, Art. 41 N. 12 m.w.H.
1675.OFK-DSG, Stoffel/Poncet, Art. 41 N. 15.

Abs. 2 lit. b BGÖ).[1676] Gegen diese Verfügung kann eine Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht eingereicht werden (Art. 16 Abs. 1 BGÖ).

Art. 42 DSG soll damit unter anderem die Verfahrensökonomie sicherstellen, da die betroffene Person allenfalls erst durch die Einladung zur Stellungnahme Kenntnis davon erhält, dass ihre Personendaten in den fraglichen amtlichen Dokumenten enthalten sind. Entsprechend sinnvoll kann es sein, wenn die datenschutzrechtlichen Aspekte im Rahmen des Zugangsverfahrens mitbeurteilt werden.[1677] Kritisiert wird an dieser Lösung, dass das Zugangsverfahren dadurch schwerfällig und langwierig wird.[1678] 6

LITERATURVERZEICHNIS

Egli Patricia, Datenschutz und Öffentlichkeitsprinzip, in: Forum Europarecht Band/Nr. 35, Jahr 2015, S. 133-155.

Gautschi Adrian, Kommentierung zu Art. 42 DSG, in: Blechta, Gabor-Paul/Vasella David (Hrsg.), Balser Kommentar, Datenschutzgesetz, 4. Aufl. Basel 2024.

Jöhri Yvonne, Kommentierung zu Art. 25bis DSG, in: Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008.

Kölz Alfred/Häner Isabell/Bertschi Martin, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013.

Stoffel Martine/Poncet Marie, Kommentierung zu Art. 41 DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), OFK-Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), Zürich 2023.

Sturny Monique, Kommentierung zu Art. 42, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar (SHK) zum Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Zürich 2023.

1676 Zum Ablauf des Zugangsverfahrens siehe SHK-Sturny, Art. 42 N. 6 ff.
1677 Jöhri, Handkommentar DSG, Art. 25bis, N. 4.
1678 BSK-Bangert, Art. 25/25bis DSG N. 98, m.w.H.; BSK-Gautschi, Art. 42 DSG N. 4, m.w.H.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung vom 12.2.2003 (BBl 2003 1963).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017 (BBl 2017 6941).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 43 DSG

Eine Kommentierung von Carl Jauslin / Danielle Schneider

ZITIERVORSCHLAG

Carl Jauslin/Danielle Schneider, Kommentierung zu Art. 43 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Jauslin/Schneider, N. XXX zu Art. 43 DSG.

7. Kapitel:
Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter

1. Abschnitt: Organisation

Art. 43 Wahl und Stellung

[1] Die Vereinigte Bundesversammlung wählt die Leiterin oder den Leiter des EDÖB (die oder der Beauftragte).

[2] Wählbar ist, wer in eidgenössischen Angelegenheiten stimmberechtigt ist.

[3] Das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten richtet sich, soweit dieses Gesetz nichts anderes vorsieht, nach dem Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000[12] (BPG). Die oder der Beauftragte ist bis zum vollendeten 65. Altersjahr bei der Pensionskasse des Bundes PUBLICA gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität und Tod versichert. Wird das Arbeitsverhältnis nach dem vollendeten 65. Altersjahr fortgesetzt, so wird auf Verlangen der oder des Beauftragten die Altersvorsorge bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses, höchstens aber bis zum Ende des Jahres, in dem

sie oder er das 68. Altersjahr vollendet, weitergeführt. Der EDÖB finanziert die Sparbeiträge des Arbeitsgebers.[13]

3bis Die Bundesversammlung erlässt die Ausführungsbestimmungen über das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten in einer Verordnung.[14]

4 Die oder der Beauftragte übt ihre oder seine Funktion unabhängig aus, ohne Weisungen einer Behörde oder eines Dritten einzuholen oder entgegenzunehmen. Sie oder er ist administrativ der Bundeskanzlei zugeordnet.

5 Sie oder er verfügt über ein ständiges Sekretariat und ein eigenes Budget. Sie oder er stellt sein Personal an.

6 Sie oder er untersteht nicht dem Beurteilungssystem nach Artikel 4 Absatz 3 BPG.

GLIEDERUNG

In Kürze 614
I. Allgemeines 614
II. Wahlorgan (Abs. 1) 617
III. Wählbarkeit (Abs. 2) 618
IV. Arbeitsverhältnis (Abs. 3) 619
V. Ausführungsbestimmungen zum Arbeitsverhältnis (Abs. 3bis) 621
VI. Unabhängigkeit und Zuordnung (Abs. 4) 623
VII. Sekretariat, Budget und Personal (Abs. 5) 624
VIII. Beurteilung (Abs. 6) 626
Literaturverzeichnis 627
Materialienverzeichnis 627

IN KÜRZE

Die Wahl und Stellung der Leiterin oder des Leiters des EDÖB (die oder der Beauftragte) ist entscheidend für die Unabhängigkeit und Legitimation der Aufsichtstätigkeit. Die oder der Beauftragte wird von der Vereinigten Bundesversammlung gewählt und übt ihre bzw. seine Funktion unabhängig aus: Die oder der Beauftragte nimmt keine Weisungen an, untersteht dem Beurteilungssystem im BPG nicht und ist lediglich administrativ der Bundeskanzlei zugeordnet. Sie oder er verfügt über ein ständiges Sekretariat und ein eigenes Budget.

Die Wahl und die Amtsenthebung der oder des Beauftragten fallen in die Zuständigkeit der Vereinigten Bundesversammlung. Für die weiteren Arbeitgeberentscheide gegenüber der oder dem Beauftragten ist die Gerichtskommission zuständig. Das Bundespersonalrecht findet auf das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten nur Anwendung, soweit das DSG und dessen Ausführungsbestimmungen nichts anderes vorsehen.

I. ALLGEMEINES

1 Art. 43 regelt die **Wahl und die Stellung** der Leiterin oder des Leiters des EDÖB, welche die Anwendung der bundesrechtlichen Datenschutzvorschriften beaufsichtigt (Art. 4 Abs. 1 DSG).

2 **Terminologisch** ist die oder der Beauftragte *als Person* vom EDÖB *als Behörde* zu unterscheiden: Geht es um die Person der Leiterin bzw. des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten wird von "der oder dem Beauftragten" gesprochen; ist dagegen die Behörde des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten im institutionellen Sinn gemeint, wird die Abkürzung "EDÖB" verwendet.[1679] Die Institution EDÖB umfasst personell neben der oder dem Beauftragten insbesondere auch das Sekretariat.[1680]

3 Während die oder der Beauftragte **nach bisherigem Recht** vom Bundesrat gewählt wurde und die Wahl durch die Vereinigte Bundesversammlung genehmigt werden musste (Art. 26 Abs. 1 aDSG), ist **nach dem geltenden**

1679 Bericht der SPK-N, S. 2.
1680 OFK-Petermann Büttler, Art. 43 DSG, N. 3.

Recht die Vereinigte Bundesversammlung für die Wahl der oder des Beauftragten zuständig (Art. 43 Abs. 1 DSG). Mit der Wahl durch die Vereinigte Bundesversammlung soll die Unabhängigkeit der oder des Beauftragten und ihre bzw. seine demokratische Legitimität gestärkt werden.[1681]

Im Zentrum dieser Bestimmung zur Wahl und Stellung steht die Gewährleistung der **Unabhängigkeit** der oder des Beauftragten als Person und des EDÖB als Behörde. Der Begriff der Unabhängigkeit beinhaltet die institutionelle Unabhängigkeit, die funktionelle Unabhängigkeit und die materielle Unabhängigkeit.[1682] 4

- Die **institutionelle Unabhängigkeit** bedeutet, dass der EDÖB organisatorisch keiner anderen Behörde *unter*stellt ist. Dies schliesst jedoch eine administrative *Zu*ordnung, wie im Falle des EDÖB zur Bundeskanzlei (BK) nicht aus (siehe Art. 43 Abs. 4 zweiter Satz DSG).
- Die **funktionelle Unabhängigkeit** verlangt, dass der EDÖB seine Aufgaben und Befugnisse unabhängig ausübt, ohne von irgendeiner Stelle Weisungen zu erhalten (siehe Art. 43 Abs. 4 Satz 1 DSG) und die oder der Beauftragte keinem Beurteilungssystem gemäss Art. 4 Abs. 3 BPG unterstellt wird (siehe Art. 43 Abs. 6 DSG). Die funktionelle Unabhängigkeit des EDÖB wird zudem dadurch sichergestellt, dass die oder der Beauftragte in einem 100%-Pensum angestellt wird (Art. 8 der Verordnung über das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten), Nebenbeschäftigungen nur sehr beschränkt möglich sind (Art. 46 und 47 DSG) und die oder der Beauftragte nur in sehr restriktiv zu handhabenden Ausnahmefällen des Amtes enthoben werden kann (Art. 44 Abs. 3 DSG).
- Die **materielle Unabhängigkeit** erfordert, dass die Voraussetzungen und Rahmenbedingungen geschaffen werden, damit der EDÖB seine Aufgaben und Befugnisse unabhängig ausüben kann, d.h. nicht nur auf dem Papier, sondern auch *tatsächlich* die Möglichkeit hat, seinen gesetzlichen Auftrag unabhängig zu erfüllen. Diese materielle Unabhängigkeit beinhaltet insbesondere, dass der EDÖB über ein ständiges Sekretariat und Budget verfügt und sein Personal selbständig anstellen darf (siehe Art. 43 Abs. 5 DSG).

1681.Bericht der SPK-N, S. 2.
1682SHK-Baeriswyl, Art. 43 DSG, N. 2.

5 Die **Revision** dieser Bestimmung zur Wahl, zur Stellung und zum Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten erfolgte in drei Schritten:[1683]

- In einem *ersten Schritt* verstärkte das Parlament die Unabhängigkeit des EDÖB, indem es das Bundesgesetz vom 28. September 2018 über die Umsetzung der EU-Richtlinie 2016/680[1684] verabschiedete, die zur **Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands** gehört.
- In einem *zweiten Schritt* stärkte das Parlament im Rahmen der **Totalrevision des Datenschutzgesetzes vom 25. September 2020** die Unabhängigkeit des EDÖB weiter und legte fest, dass die oder der Beauftragte neu von der Vereinigten Bundesversammlung gewählt wird. Die Änderung des Wahlorgans wurde erst in der parlamentarischen Debatte entgegen der Ansicht des Bundesrates eingeführt, der an der bisherigen Lösung festhielt.[1685] Bereits die parlamentarische Initiative Leutenegger Oberholzer 16.409[1686] verlangte, dass die oder der Beauftragte von der Vereinigten Bundesversammlung gewählt wird. In der parlamentarischen Debatte wurde die Stärkung der Unabhängigkeit und Stellung des EDÖB und die erhöhte demokratische Legitimation angeführt, um für eine Änderung des Wahlverfahrens zugunsten der Vereinigten Bundesversammlung zu argumentieren. Der Bundesrat und die Verfechter der bisherigen Lösung befürchteten eine Politisierung der Wahl, die durch verschiedene Interessensgruppen im Parlament beeinflusst werden könnte und betonten, dass auch nach der bisherigen Lösung die Vereinigte Bundesversammlung die Wahl durch den Bundesrat genehmigen muss und damit einbezogen wird.[1687]
- In einem *dritten Schritt* wurden einzelne Aspekte des Arbeitsverhältnisses auf Gesetzesstufe präzisiert und der Bundesversammlung die Kompetenz erteilt, **Ausführungsbestimmungen über das Arbeitsverhältnis der**

1683 OFK Petermann Büttler, Art. 43 DSG, N. 2.

1684 Bundesgesetz über die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung (AS 2019 625).

1685 Botschaft 2017, S. 7087 f. Vgl. auch SHK-Baeriswyl, Art. 43 DSG, N. 3.

1686 Parlamentarische Initiative Leutenegger Oberholzer 16.409 vom 15. März 2016 «Wahlverfahren für den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten oder die -beauftragte».

1687 Amtliches Bulletin 2019 N 1777 (NR Romano) und N 1819 f. (Bundesrätin Keller-Sutter).

oder des Beauftragten zu erlassen (Parlamentarische Initiative SPK-N 21.443[1688]). Die mit der parlamentarischen Initiative SPK-N 21.443 einhergehenden Änderungen des totalrevidierten DSG sowie die neugeschaffenen Ausführungsbestimmungen wurden am 17. Juni 2022 verabschiedet und treten gleichzeitig mit der Totalrevision des DSG in Kraft (1.9.2023). Sie führten dazu, dass sich die Unabhängigkeit der oder des Beauftragten auch im Arbeitsverhältnis niederschlägt.

Art. 43 Abs. 4 und 5 DSG bleiben im Verhältnis zum alten Recht (Art. 26 Abs. 4 und 5 DSG) **unverändert**, wobei Art. 43 Abs. 5 DSG um Art. 45 DSG zum Budgetprozess ergänzt wurde. Art. 43 Abs. 3 erster Satz entspricht Art. 26 Abs. 2 DSG und wurde und um drei Sätze zur Pensionskasse der oder des Beauftragten erweitert. 6

Art. 43 DSG hält sich an die **Vorgaben des europäischen Rechts** in Art. 15 des modernisierten 108+ Übereinkommens des Europarates zum Schutz des Menschen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, Art. 41 ff. der Schengen-relevanten EU-Richtlinie 2016/680 sowie an den in Art. 51 ff. der EU-Datenschutzgrundverordnung 2016/679 vorgesehenen Standard für eine wirksame Datenschutzaufsicht im Zusammenhang mit dem Angemessenheitsbeschluss der EU-Kommission (Art. 45 Abs. 2 lit. b EU-Datenschutzgrundverordnung) 7

II. WAHLORGAN (ABS. 1)

Die **Vereinigte Bundesversammlung** wählt die oder den Beauftragten. Die Gerichtskommission ist für die Stellenausschreibung und die Vorbereitung der Wahl zuständig (Art. 40a Abs. 1 lit. d und Abs. 2 erster Satz ParlG; siehe auch Art. 2 der Verordnung über das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten).[1689] Die Stellvertreterin oder der Stellvertreter der oder des Beauftragten fällt nicht unter die Bestimmung und wird nicht vom Parlament gewählt.[1690] Die allgemeinen Bestimmungen des Bundespersonalrechts finden auf die Stellvertreterin oder den Stellvertreter Anwendung. 8

1688 Parlamentarische Initiative SPK-N 21.443 vom 15. April 2021 «Verordnung über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten».

1689 Bericht der SPK-N, S. 2.

1690 Bericht der SPK-N, S. 11.

9 Art. 43 Abs. 1 DSG stützt sich auf Art. 168 Abs. 2 BV, wonach ein Gesetz die Bundesversammlung ermächtigen kann, weitere Personen als jene nach Art. 168 Abs. 1 BV (die Mitglieder des Bundesrates, die Bundeskanzlerin oder den Bundeskanzler, die Richterinnen und Richter des Bundesgerichts sowie den General) zu wählen. Beispiele hierfür sind die Bundesanwältin oder der Bundesanwalt und die Stellvertretenden Bundesanwältinnen oder Bundesanwälte sowie die Mitglieder der Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft (siehe Art. 20 und 23 StBOG).

10 Das **europäische Recht** schreibt das Verfahren zur Wahl der Mitglieder der Datenschutzbehörde nicht vor (vgl. Art. 43 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2016/680; ebenso Art. 53 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2016/679). Gemäss diesen Rechtsakten ist es Sache der Mitgliedstaaten, dafür zu sorgen, dass die Ernennung in einem transparenten Verfahren erfolgt, und eine Ernennung durch das Parlament, die Regierung, das Staatsoberhaupt oder eine unabhängige Stelle, die nach dem Recht des Mitgliedstaats damit betraut wird, vorzusehen.

III. WÄHLBARKEIT (ABS. 2)

11 Als Beauftragte oder Beauftragter ist gemäss Abs. 2 wählbar, wer in eidgenössischen Angelegenheiten stimmberechtigt ist. Stimmberechtigt in Bundesssachen sind gemäss Art. 136 Abs. 1 BV alle Schweizerinnen und Schweizern, die das 18. Altersjahr zurückgelegt haben und die nicht wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche entmündigt sind. Insbesondere das Schweizer Bürgerrecht wird folglich für das Amt der oder des Beauftragten vorausgesetzt.[1691]

12 Diese Bestimmung zur Wählbarkeit, die auf die Stimmberechtigung abstellt, findet sich analog in anderen Bundesgesetzen.[1692] Sie entspricht beispielsweise Art. 20 Abs. 1bis StBOG für die Wahl des Bundesanwalts oder die Bundesanwältin und der stellvertretenden Bundesanwälte oder Bundesanwältinnen oder Art. 5 Abs. 2 VGG für die Wahl der Richterinnen und Richter des Bundesverwaltungsgerichts.

13 Anforderungen an die sachliche und persönliche Eignung der oder des Beauftragten werden im DSG nicht ausdrücklich festgehalten.[1693] Sie ergeben

1691.OFK-Petermann Büttler, Art. 43 DSG, N. 6.

sich jedoch aus dem Bundespersonalrecht, das gemäss Art. 43 Abs. 3 DSG für die Beauftragte oder den Beauftragten subsidiär anwendbar bleibt, namentlich aus der Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung der Stelle (vgl. Art. 7 BPG i.V.m. Art. 22 BPV).[1694] So muss es sich bei der oder dem Beauftragten um eine ausgewiesene Fachperson im Bereich des DSG wie auch des BGÖ handeln, die über persönliche Integrität verfügt.[1695] Die sachliche und persönliche Eignung stellt jedoch keine Wählbarkeitsvoraussetzung dar, sondern liegt vielmehr im Verantwortungsbereich der Wahlbehörde.[1696] Die für die Vorbereitung der Wahl der oder des Beauftragten verantwortliche Gerichtskommission hat bereits bei der Stellenausschreibung die fachliche und persönliche Eignung zu berücksichtigen. Die Geschäftsprüfungskommissionen und die Finanzdelegation sind verpflichtet, die fachliche und persönliche Eignung der oder des Beauftragten zu prüfen und ihre Feststellungen der Gerichtskommission zur Kenntnis zu bringen (Art. 40a Abs. 6 ParlG).

Die oder der Beauftragte wird **keiner Personensicherheitsprüfung** durch die Bundesverwaltung unterzogen (Art. 29 Abs. 4 lit. e^{bis} ISG), was dazu führt, dass die Prüfung von Sicherheitsaspekten ebenfalls in der Verantwortung des Wahlorgans liegt.[1697] 14

IV. ARBEITSVERHÄLTNIS (ABS. 3)

Das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten richtet sich nach dem BPG, soweit das DSG nichts anderes vorsieht. Das **BPG gilt** folglich **subsidiär,** für den Fall, dass das DSG keine Spezialbestimmungen vorsieht. Im DSG finden sich an folgenden Stellen abweichende oder präzisierende Bestimmungen:[1698] 15

- Art. 43 Abs. 1 und 2 DSG (Wahl)
- Art. 43 Abs. 3 DSG (Pensionskasse)
- Art. 43 Abs. 3bis DSG (Gesetzliche Grundlage für die Ausführungsbestimmungen)

1692 SHK-Baeriswyl, Art. 43, N. 4.
1694 SHK-Baeriswyl, Art. 43, N 6.
1695 SHK-Baeriswyl, Art. 43, N 6.
1696 OFK-Petermann Büttler, Art. 43 DSG, N. 6.
1697 OFK-Petermann Büttler, Art. 43 DSG, N. 6. Vgl. dazu auch den Bericht der SPK-N, S. 10.
1698 SHK-Baeriswyl, Art. 43 DSG, N. 7.

- Art. 43 Abs. 4 erster Satz DSG (Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit)
- Art. 43 Abs. 6 DSG (Beurteilungssystem)
- Art. 44 Abs. 1 und 2 DSG (Amtsdauer und Kündigung)
- Art. 44 Abs. 3 DSG (Amtsenthebung)
- Art. 44a DSG (Verwarnung)
- Art. 46 DSG (Unvereinbarkeit)
- Art. 47 DSG (Nebenbeschäftigung)
- Art. 47a DSG (Ausstand)
- Art. 72 DSG (Übergangsbestimmung)
- Art. 72a DSG (Übergangsbestimmung)

Abweichungen vom Bundespersonalrecht sind insbesondere dann erforderlich, wenn es die Unabhängigkeit der oder des Beauftragten oder das besondere Wahlverfahren (Wahl durch die Vereinigte Bundesversammlung) verlangen.[1699]

16 Art. 43 Abs. 3 enthält sodann in den Sätzen 2-4 eine präzisierende Bestimmung für die Beauftragte oder den Beauftragten in Bezug auf die **berufliche Vorsorge**. Eine solche Regelung ist notwendig, da gemäss dem Bericht der SPK-N das BPG hier nicht direkt zur Anwendung kommt.[1700] Art. 43 Abs. 3 besagt, dass die oder der Beauftragte bis zum vollendeten 65. Altersjahr bei der Pensionskasse des Bundes PUBLICA gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Invalidität und Tod versichert ist. Ausserdem hat der Beauftragte die Möglichkeit, die Altersvorsorge bis zum Ende des Jahres, in dem sie oder er das 68. Altersjahr vollendet, weiterzuführen (vgl. dazu auch Art. 4 Abs. 2 der Verordnung über das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten), sofern das Arbeitsverhältnis fortgesetzt wird.[1701] Diese Bestimmung entspricht inhaltlich Art. 8 Abs. 2 und 3 der Verordnung der Bundesversammlung vom 1. Oktober 2010 über das Arbeitsverhältnis und die Besoldung des Bundesanwalts oder der

1699 Bericht der SPK-N, S. 12.

1700 Bericht der SPK-N, S. 5.

1701 Für das Höchstalter siehe zudem Art. 9 Abs. 2 VGG und Art. 48 Abs. 2 StBOG und allgemein das Bundesgesetz vom 16. März 2012 (Änderung des Höchstalters für Richter und Richterinnen), in Kraft seit 1. Dez. 2012 (AS 2012 5647; BBl 2011 8995 9013).

Bundesanwältin sowie der Stellvertretenden Bundesanwälte oder Bundesanwältinnen (nachfolgend: Verordnung über das Arbeitsverhältnis des Bundesanwalts oder der Bundesanwältin, SR 173.712.23).[1702] Der EDÖB finanziert die Sparbeiträge des Arbeitsgebers.

V. AUSFÜHRUNGSBESTIMMUNGEN ZUM ARBEITSVERHÄLTNIS (ABS. 3BIS)

17 Das Parlament und nicht der Bundesrat ist aufgrund seiner Stellung als Wahlorgan für den Erlass der Ausführungsbestimmungen zum Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten zuständig. Dass die Ausführungsbestimmungen vom Wahlorgan erlassen werden, ist aus Gründen der Kohärenz und der Wahrung der Unabhängigkeit zu begrüssen. Das Parlament hat diese Arbeiten im Rahmen der parlamentarischen Initiative SPK-N 21.443 an die Hand genommen und am 17. Juni 2020 die "Verordnung über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte" verabschiedet.[1703]

18 Die **Verordnung der Bundesversammlung über das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten** stützt sich auf Art. 43 Abs. 3bis DSG. [1704] Sie besagt unter anderem, dass

- die wichtigsten Arbeitgeberentscheide betreffend die Wahl der oder des Beauftragten und die Amtsenthebung in die Zuständigkeit der Vereinigten Bundesversammlung fallen (rein deklaratorischer Verweis in Art. 2 Abs. 1), während die Gerichtskommission für die weiteren Arbeitgeberentscheide (z.B. Stellenausschreibung) gegenüber der oder dem Beauftragten zuständig ist (Art. 2 Abs. 3).
- das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten durch eine zustimmungsbedürftige Wahlverfügung der Bundesversammlung begründet wird (Art. 3 Abs. 1) und anders als andere Magistratspersonen die oder der

1702 Bericht der SPK-N, S. 5.

1703 Zur Entstehungsgeschichte vgl. den Bericht der SPK-N, S. 3.

1704 Verordnung über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten, BBl 2022 348.

Beauftragte weder einen Eid noch ein Gelübde auf gewissenhafte Pflichterfüllung ablegen muss (Art. 3 Abs. 4).[1705]

- die oder der Beauftragte spätestens am Ende des Jahres aus ihrem oder seinem Amt ausscheidet, in dem sie oder er das 68. Altersjahr vollendet (Art. 4 Abs. 2).
- die oder der Beauftragte in der Lohnklasse 34 nach Artikel 36 BPV eingereiht wird (Art. 5 Abs. 1) und weder Leistungsprämien nach Artikel 49 BPV noch Spontanprämien nach Artikel 49a BPV ausgerichtet werden können (Art. 6 Abs. 1).
- die oder der Beauftragte für die berufliche Vorsorge im Rahmen des Vorsorgewerks Bund versichert ist (Art. 7).
- der Beschäftigungsgrad der oder des Beauftragten 100 Prozent beträgt (Art. 8) und sie oder er den Wohnsitz in der Schweiz haben muss (Art. 9).
- die Gerichtskommission gemäss Art. 320 Ziff. 2 StGB für die Entbindung vom Amtsgeheimnis zuständig ist (Art. 10).
- eine vorläufige Einstellung der oder des Beauftragten im Amt nur unter den Voraussetzungen von Art. 14 Abs. 5 VG möglich ist und die Vorschriften des Bundespersonalrechts (Art. 103 und 103*a* BPV) ausgeschlossen sind (Art. 11).).
- die Gerichtskommission der oder dem Beauftragten bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich eine Entschädigung im Umfang von höchstens einem Jahreslohn zusprechen kann, wenn der Einzelfall dies rechtfertigt (Art. 12; zu den Ausnahmen vgl. Art. 12 Abs. 3 und zur Rückerstattungspflicht vgl. Art. 12 Abs. 5).
- sich die Datenbearbeitung von Personendaten der oder des Beauftragten im Rahmen ihres bzw. seines Arbeitsverhältnisses vorbehaltlich der Bestimmungen der Parlamentsverwaltungsverordnung (ParlVV) nach der Verordnung über den Schutz von Personendaten des Bundespersonals (BPDV) richtet (Art. 13).

VI. UNABHÄNGIGKEIT UND ZUORDNUNG (ABS. 4)

19 Die oder der Beauftragte übt gemäss Art. 43 Abs. 4 erster Satz DSG ihre bzw. seine Funktion unabhängig aus, ohne Weisungen einer Behörde oder eines Dritten einzuholen oder entgegenzunehmen. Die **Weisungsfreiheit** beinhaltet zwei Elemente: Die oder der Beauftragte darf weder *aktiv* Weisungen einholen noch *passiv* solche entgegennehmen. Dies betrifft sowohl Weisungen von anderen öffentlichen Behörden wie auch von privaten Drittpersonen.

20 Mit der Weisungsungebundenheit des EDÖB werden insbesondere die **europarechtlichen Anforderungen** an die Unabhängigkeit der datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörde in Art. 12bis Abs. 4 im modernisierten 108+ Übereinkommen des Europarates und Art. 42 Abs. 1 und 2 der Schengen-relevanten Richtlinie (EU) 2016/680 sowie Art. 52 Abs. 1 und 2 der Verordnung (EU) 2016/679 im Zusammenhang mit dem Angemessenheitsbeschluss der EU-Kommission (vgl. Art. 45 Abs. 2 lit. b der EU-Datenschutzgrundverordnung 2016/679) berücksichtigt.[1706]

21 Auch nach der Totalrevision des DSG bilden die oder der Beauftragte und das ständige Sekretariat des EDÖB eine **dezentralisierte Verwaltungseinheit** *ohne* **Rechtspersönlichkeit** (Art. 2 Abs. 3 RVOG i.V.m. Art. 8 Abs. 1 lit. b RVOV i.V.m. Anhang 1 lit.. A Ziff. 2.1.1).[1707] Administrativ bleibt der EDÖB als Behörde der Bundeskanzlei (BK) *zu*geordnet (Art. 43 Abs. 4 zweiter Satz), ist ihr jedoch *nicht* institutionell *unter*geordnet. Die BK soll die Aufgabenerfüllung des EDÖB administrativ erleichtern und unterstützen, ohne dabei seine Unabhängigkeit zu tangieren.[1708] Die BK erbringt aufgrund einer Leistungsvereinbarung für den EDÖB eine Reihe von Dienstleistungen im Bereich der Personaladministration, Finanzen und Büroautomatisation.[1709] Beispiele hierfür sind die Zuweisung von Büroräumlichkeiten, die Sicherstellung von zweckdienlicher IKT-Infrastruktur und die organisatorische Unterstützung des Internetauftritts.[1710] Der EDÖB ist trotz seiner organisatorischen Eingliederung in die Bundesverwaltung nicht als

1705 Bericht der SPK-N, S. 12. Siehe auch OFK-Petermann Büttler, Art. 43 DSG, N. 6.
1706 Botschaft 2017, S. 7088.
1707 Erläuternder Bericht des BJ zur DSV vom 31.8.2022, S. 55.
1708 SHK-Baeriswyl, Art. 43 DSG, N. 16.
1709 EDÖB, 30. Tätigkeitsbericht 2022/2023, S. 21.
1710 OFK-Petermann Büttler, Art. 43 DSG, N. 10.

eigentliche Verwaltungsbehörde, sondern als **Einrichtung** *sui generis* zu betrachten.[1711] Die Stellung *sui generis* wird durch das DSG und weitere Erlasse geformt.[1712] Mit der Sicherstellung der Weisungsfreiheit des EDÖB wird seine institutionelle und funktionelle Unabhängigkeit gewährleistet.[1713]

22 Die institutionelle und funktionelle Unabhängigkeit des EDÖB bei gleichzeitiger administrativer **Zuordnung zur BK** zeigt sich auch am vorgeschriebenen **Kommunikationsweg**. Art. 37 Abs. 1 DSV sieht vor, dass der EDÖB über die Bundeskanzlerin oder den Bundeskanzler mit dem Bundesrat kommuniziert. Die Bundeskanzlerin oder der Bundeskanzler ist dabei verpflichtet, die Vorschläge, Stellungnahmen und Berichte *unverändert* an den Bundesrat weiterzuleiten. Berichte zuhanden der Bundesversammlung reicht der EDÖB jedoch nicht über die BK, sondern direkt über die Parlamentsdienste ein (Art. 37 Abs. 2 DSV).

23 Es stellt sich die Frage, ob es statt der administrativen Zuordnung zur BK **geeignetere verwaltungsorganisationsrechtliche Lösungen** für den EDÖB gäbe. Eine administrative Zuordnung des EDÖB zu den Parlamentsdiensten würde allerdings künstlich wirken, da zwischen den Aufgaben des EDÖB und denjenigen der Parlamentsdienste keinerlei Zusammenhang besteht. Der vollständige Verzicht auf eine administrative Zuordnung wie sie beispielsweise für das Bundesgericht gilt, hätte zur Folge, dass die Zusammenarbeit zwischen dem EDÖB und den Bundesorganen nicht mehr gleich eng wäre, würde die oder der Beauftragte als Person oder der EDÖB als Behörde nicht mehr der Bundesverwaltung angehören.

VII. SEKRETARIAT, BUDGET UND PERSONAL (ABS. 5)

24 Die personellen und finanziellen Ressourcen sind für die **materielle Unabhängigkeit** des EDÖB entscheidend.[1714] Art. 43 Abs. 5 DSG sieht deshalb vor, dass die oder der Beauftragte über ein eigenes Budget und ein ständiges Sekretariat verfügt.[1715] Der Budgetprozess wird in Art. 45 DSG geregelt.

1711. BSK-Huber, Art. 26 DSG, N. 31.
1712. OFK-Petermann Büttler, Art. 43 DSG, N. 7.
1713. SHK-Baeriswyl, Art. 43 DSG, N. 14.
1714. SHK-Baeriswyl, Art. 43 DSG, N. 17.
1715. SHK-Baeriswyl, Art. 43 DSG, N. 17.

Der EDÖB muss über **ausreichend Personal- und Informatikressourcen** verfügen, um seine gesetzlichen Aufgaben zu erfüllen.[1716] Das Sekretariat benötigt hierfür insbesondere juristisches, organisatorisches, (sicherheits-)technisches und kommunikatives Wissen.[1717] Auch was die Beziehungen der Schweiz zur Europäischen Union betrifft, ist die Ausstattung mit ausreichenden Ressourcen von Bedeutung und zwar in doppelter Hinsicht: sie bildet sowohl in Bezug auf den Angemessenheitsbeschluss als auch hinsichtlich der Umsetzung des Schengen-Besitzstands ein wichtiges Element.[1718] So findet sich in den europäischen Erlassen die Pflicht verankert, die Aufsichtsbehörden mit ausreichend personellen, technischen und finanziellen Ressourcen, Räumlichkeiten und Infrastrukturen auszustatten (Art. 12bis Abs. 5 des 108+ des modernisierten Übereinkommen des Europarates, Art. 42 Abs. 4 der EU-Richtlinie 2016/680 und Art. 52 Abs. 4 der EU-Verordnung 2016/679).[1719] 25

Artikel 43 Absatz 5 zweiter Satz DSG sieht wie bisher vor, dass die oder der Beauftragte ihr bzw. sein Personal selbst anstellt und dabei über gewisse Kompetenzen verfügt. Sie oder er unterzeichnet beispielsweise die Arbeitsverträge.[1720] Die oder der Beauftragte gilt aber für die Mitarbeitenden des Sekretariats weiterhin *nicht* als personal- oder vorsorgerechtlicher **Arbeitgeber** im Sinne des BPG.[1721] Arbeitgeber ist gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a BPG der Bundesrat.[1722] Ob der oder dem Beauftragten in Zukunft Arbeitgeberstellung zukommen soll, soll bei nächster Gelegenheit auf formell-gesetzlicher Stufe geklärt werden.[1723] Auf das Arbeitsverhältnis der Angestellten des ständigen Sekretariats des EDÖB ist deshalb gemäss Art. 36 Abs. 2 DSV weiterhin das Bundespersonalrecht anwendbar.[1724] Für die Angestellten des Sekretariats gelten somit weiterhin die BPV, die VBPV und die BPDV.[1725] 26

1716. Botschaft 2017, S. 7170 ff.
1717. SHK-Baeriswyl, Art. 43 DSG, N. 20.
1718. Botschaft 2017, S. 7170 ff.
1719. Botschaft 2017, S. 7170 ff.
1720. Erläuternder Bericht des BJ zur DSV vom 31.8.2022, S. 55f.
1721. SHK-Baeriswyl, Art. 43, N. 20.
1722. Erläuternder Bericht des BJ zur DSV vom 31. 8.2022, S. 55f.
1723. Erläuternder Bericht des BJ zur DSV vom 31.8.2022, S. 56.
1724. Erläuternder Bericht des BJ zur DSV vom 31.8.2022, S. 55 f.
1725. Erläuternder Bericht des BJ zur DSV vom 31.8.2022, S. 55 f.

VIII. BEURTEILUNG (ABS. 6)

27 Die oder der Beauftragte untersteht **nicht** dem **Beurteilungssystem** nach Art. 4 Abs. 3 BPG. Dieses Beurteilungssystem nach dem BPG bildet die Grundlage für eine leistungsgerechte Entlöhnung und zielorientierte Entwicklung der Angestellten. Da der EDÖB seine Funktion unabhängig wahrnimmt und keinen Weisungen unterliegt, muss er vom Beurteilungssystem des BPG ausgenommen sein.[1726] Dass die Leistungen der oder des Beauftragten nicht nach dem Beurteilungssystem des BPG evaluiert werden, ist folglich die logische Konsequenz, die sich aus seiner Weisungsungebundenheit ergibt und entspricht der Kehrseite der Medaille. Wer nicht an Weisungen gebunden ist, kann auch nicht entsprechend beurteilt werden, ohne dass die Unabhängigkeit dadurch beeinträchtigt würde.

28 Anstatt einer leistungsgerechten Entlöhnung mit Prämien wurde für die Leiterin oder den Leiter des EDÖB eine **leistungs*un*abhängige Lohnentwicklung** nach dem Modell der Bundesanwältin bzw. des Bundesanwalts vorgesehen. Gemäss Art. 5 Abs. 3 der Verordnung über das Arbeitsverhältnis erhöht sich der Lohn auf den 1. Januar jedes Jahres um drei Prozent des Höchstbetrags der Lohnklasse, bis er diesen Höchstbetrag erreicht (vgl. Art. 6 Abs. 3 der Verordnung über das Arbeitsverhältnis des Bundesanwalts oder der Bundesanwältin).[1727]

29 Die **Pflicht** des EDÖB, über seine Tätigkeit **Bericht zu erstatten** (Art. 57 DSG), ist vor dem Hintergrund des fehlenden Beurteilungssystems von zentraler Bedeutung. Bei Amtspflichtverletzungen besteht zudem die Möglichkeit der **Verwarnung** (Art. 44a DSG). Handelt es sich um eine schwere Verletzung der Amtspflichten fällt (*ultima ratio*) eine **Amtsenthebung** (Art. 44 Abs. 3 DSG) oder die **Nichtwiederwahl** durch die Bundesversammlung in Betracht.[1728]

30 Die oder der Beauftragte und die Institution des EDÖB sind nicht frei von jeglicher Form der **Aufsicht**. Die Tätigkeit des EDÖB unterliegt der **gerichtlichen Kontrolle**, da seine Verfügungen bis zum Bundesgericht angefochten werden können. Zudem untersteht der EDÖB der

1726.SHK-Baeriswyl, Art. 43 DSG, N. 21.
1727.Bericht der SPK-N, S. 2.
1728.vgl. SHK-Baeriswyl, Art. 43 DSG, N. 22.

Finanzaufsicht durch die Eidgenössische Finanzkontrolle (Art. 8 Abs. 1 lit. a FKG; vgl. zu den Schengen-relevanten Vorgaben: Art. 42 Abs. 6 der EU-Richtlinie 2016/680). Die Art und Weise der Finanzkontrolle hat dabei der Unabhängigkeit des EDÖB Rechnung zu tragen. Schliesslich bleibt der EDÖB auch der Oberaufsicht der Bundesversammlung unterstellt (Art. 169 Abs. 1 BV). Gemäss Art. 8 Abs. 2 FKG unterstehen die eidgenössischen Gerichte, die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht, die Eidgenössische Revisionsaufsichtsbehörde, die Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft und die Bundesanwaltschaft der Finanzaufsicht durch die Eidgenössische Finanzkontrolle nur soweit sie der Ausübung der Oberaufsicht durch die Bundesversammlung dient. Eine entsprechende Ergänzung von Art. 8 Abs. 2 FKG um die oder den Beauftragten ist unseres Erachtens zwecks Stärkung ihrer oder seiner Unabhängigkeit zumindest prüfenswert.

Die vertretene Auffassung widerspiegelt die persönliche Meinung der Autorenschaft und bindet nicht das Bundesamt für Justiz.

LITERATURVERZEICHNIS

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 43 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023.

Huber René, Kommentierung zu Art. 43 DSG, in: Maurer-Lambrou, Urs/Blechta, Gabor-Paul (Hrsg.), Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2014.

Petermann Büttler Judith, Kommentierung zu Art. 43 DSG, in: Bieri Adrian / Powell Julian (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Orell Füssli Kommentar, Zürich 2023.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft des Bundesrates vom 15.9.2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz (BBl 2017 S. 6941).

Bericht des Bundesamtes für Justiz von Oktober 2018 zum Bundesgesetz über die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Verhütung,

Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung; Bericht der SPK-N vom 27.1.2022 zur parlamentarischen Initiative 21.443 «Verordnung über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten» (BBl 2022 S. 345).

Erläuternder Bericht des BJ zur Datenschutzverordnung DSV vom 31.8.2022.

30. Tätigkeitsbericht des EDÖB, 2022/2023.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 44 DSG

Eine Kommentierung von Danielle Schneider / Carl Jauslin

ZITIERVORSCHLAG

Danielle Schneider/Carl Jauslin, Kommentierung zu Art. 44 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Schneider/Jauslin, N. XXX zu Art. 44 DSG.

Art. 44 Amtsdauer, Wiederwahl und Beendigung der Amtsdauer

[1] Die Amtsdauer der oder des Beauftragten beträgt vier Jahre und kann zwei Mal erneuert werden. Sie beginnt am 1. Januar nach Beginn der Legislaturperiode des Nationalrates.

[2] Die oder der Beauftragte kann das Arbeitsverhältnis auf Ende jedes Monats unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten kündigen. Die Gerichtskommission kann der oder dem Beauftragten im Einzelfall eine kürzere Kündigungsfrist zugestehen, wenn keine wesentlichen Interessen entgegenstehen.

[3] Die Vereinigte Bundesversammlung kann die Beauftragte oder den Beauftragten vor Ablauf der Amtsdauer des Amtes entheben, wenn diese oder dieser:

a. vorsätzlich oder grobfahrlässig Amtspflichten schwer verletzt hat; oder

b. die Fähigkeit, das Amt auszuüben, auf Dauer verloren hat.

GLIEDERUNG

In Kürze 631
I. Allgemeines 631
A. Normzweck 631
B. Hintergrund und Entstehungsgeschichte 631
II. Amtsdauer und Wiederwahl (Abs. 1) 633
III. Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch die Beauftragte oder den Beauftragten (Abs. 2) 634
IV. Amtsenthebung (Abs. 3) 635
A. Voraussetzungen 635
1. Schwere Verletzung von Amtspflichten 635
2. Dauerhafte Amtsunfähigkeit 636
B. Verfahren 637
Literaturverzeichnis 638
Materialienverzeichnis 639

IN KÜRZE

Die Bestimmungen zur Amtsdauer, Wiederwahl und Beendigung des Arbeitsverhältnisses sind in verschiedener Hinsicht wichtig für die Unabhängigkeit der oder des Beauftragten. Zu nennen sind insbesondere die Begrenzung der Amtsdauer sowie die restriktiven Möglichkeiten zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Für eine allfällige Amtsenthebung der oder des Beauftragten wird aufgrund ihrer einschneidenden Auswirkungen die Vereinigte Bundesversammlung und nicht die Gerichtskommission für zuständig erklärt.

I. ALLGEMEINES

A. Normzweck

Art. 44 DSG regelt den **Amtsbeginn** und die **Amtsdauer** (Abs. 1; N. 6 ff.) sowie die **Auflösung des Arbeitsverhältnisses** der oder des Beauftragten (Abs. 2 und 3; N. 10 ff.). Für die Unabhängigkeit der oder des Beauftragten sind insbesondere die Gründe und das Verfahren zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses von Bedeutung.[1729] In diesem Sinn trägt Art. 44 DSG mit der begrenzten Amtsdauer der oder des Beauftragten sowie den restriktiven Möglichkeiten der Amtsenthebung[1730] zu einer **unabhängigen Datenschutzaufsicht** bei. 1

B. Hintergrund und Entstehungsgeschichte

Die Beschränkung auf eine zweimalige Wiederwahl (Art. 44 Abs. 1 erster Satz DSG; vgl. N. 6) wurde bereits während der **ersten Etappe der Totalrevision des DSG** (Datenschutzbestimmungen für die Schengener Zusammenarbeit in Strafsachen) in Art. 26*a* Abs. 1 aDSG eingeführt.[1731] Damit wurde Art. 44 Abs. 1 lit. e der Schengen-relevanten Richtlinie (EU) 2016/680 Rechnung getragen. 2

1729. Vgl. Häner, S. 47 f.

1730. OFK-Petermann Büttler, Art. 44 DSG N. 1.

1731. Siehe das Bundesgesetz vom 28.9.2018 über die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung (AS 2019 625).

Nach dieser Bestimmung müssen die Schengen-Staaten regeln, ob und – wenn ja – wie oft die Mitglieder der Datenschutzaufsichtsbehörde wiederernannt werden können.[1732] Die Änderung von Art. 26*a* Abs. 1 aDSG trat am 1. März 2019 in Kraft.

3 In der **zweiten Etappe der Totalrevision des DSG** wurde die Vereinigte Bundesversammlung zum Wahlorgan der oder des Beauftragten bestimmt (vgl. Art. 43 Abs. 1 DSG). In der Folge mussten auch die Regelungen zur Amtsdauer, Wiederwahl und Beendigung der Amtsdauer angepasst werden. So wurde unter anderem präzisiert, dass die Amtsdauer am 1. Januar nach Beginn der Legislaturperiode des Nationalrates anfängt (Art. 44 Abs. 1 zweiter Satz DSG; vgl. N. 8). Ausserdem wurde die Vereinigte Bundesversammlung für die Amtsenthebung der oder des Beauftragten für zuständig erklärt (Art. 44 Abs. 3 DSG; vgl. N. 18). Die Gründe für die Amtsenthebung bleiben dagegen im Vergleich zum bisherigen Recht (Art. 26*a* Abs. 3 aDSG) materiell unverändert (vgl. N. 13 ff.).[1733]

4 Schliesslich wurde im Rahmen der **parlamentarischen Initiative SPK-N 21.443**[1734] in Art. 44 Abs. 2 DSG die Auflösung des Arbeitsverhältnisses auf Initiative der oder des Beauftragten überarbeitet: Statt des bisherigen Ersuchens um Entlassung wurde ein (einseitiges) Kündigungsrecht verankert (vgl. N. 10 f.).

5 Kontrovers diskutiert hat das Parlament, ob die oder der Beauftragte bei der Auflösung ihres bzw. seines Arbeitsverhältnisses eine **Abgangsentschädigung** erhalten soll. Im Entwurf der SPK-N zur Umsetzung der parlamentarischen Initiative 21.443 war ein neuer Art. 44 Abs. 4 DSG vorgesehen, welcher – in Abweichung von den Vorschriften des Bundespersonalrechts – eine Abgangsentschädigung ausdrücklich ausschloss. Begründet wurde diese Bestimmung damit, dass die oder der Beauftragte politisch weniger stark exponiert sei als weitere von der Bundesversammlung gewählte Personen (wie z.B. der Bundesanwalt bzw. die Bundesanwältin) oder andere hochrangige Funktionen der Bundesverwaltung. Ausserdem sei das Konfliktpotenzial bei der Auflösung des Arbeitsverhältnisses nicht derart

1732.Botschaft 2017, S. 7088 f.

1733.OFK-Petermann Büttler, Art. 44 DSG N. 2.

1734.Parlamentarische Initiative SPK-N 21.443 vom 15.4.2021 «Verordnung über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten».

hoch, dass sich eine Abgangsentschädigung rechtfertigen würde.[1735] Nachdem sich der Bundesrat in seiner Stellungnahme zur parlamentarischen Initiative 21.443 mit Blick auf die Rechtsgleichheit und die Unabhängigkeit der oder des Beauftragten *für* eine Abgangsentschädigung ausgesprochen hatte[1736], änderte die SPK-N ihren Erlassentwurf und schlug eine Abgangsentschädigung analog zur Regelung für den Bundesanwalt bzw. die Bundesanwältin sowie die erstinstanzlichen Bundesrichterinnen und -richter vor (heute: Art. 12 der Verordnung der Bundesversammlung vom 17.6.2022 über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten[1737] [nachfolgend «Verordnung über das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten»]). Die Bedenken gegenüber der Abgangsentschädigung sollten dagegen in einem allgemeinen Rahmen (d.h. nicht nur für die Beauftragte oder den Beauftragten) geprüft werden.[1738] National- und Ständerat stimmten dieser Lösung zu.

II. AMTSDAUER UND WIEDERWAHL (ABS. 1)

Gemäss Art. 44 Abs. 1 erster Satz DSG beträgt die **Amtsdauer** der oder des Beauftragten **vier Jahre** und kann **zweimal erneuert** werden. Die oder der Beauftragte kann damit für höchstens zwölf Jahre im Amt bleiben.[1739] Gemäss der Botschaft des Bundesrates soll mit dieser Amtszeitbeschränkung die Unabhängigkeit der oder des Beauftragten gestärkt werden.[1740] 6

Nach dem Ablauf der vierjährigen Amtsdauer muss die oder der Beauftragte von der Vereinigten Bundesversammlung wiedergewählt werden, sofern sie bzw. er das Amt weiterhin ausüben will. Anders als im bisherigen Recht (Art. 26*a* Abs. 1bis aDSG) und abweichend von Art. 14 Abs. 2 lit. c BPG kommt es **nicht mehr zu einer stillschweigenden bzw. automatischen** 7

1735. Bericht der SPK-N, S. 6.

1736. Stellungnahme des Bundesrates zum Bericht der SPK-N, S. 3 f.

1737. SR 235.171.1.

1738. Vgl. dazu das Votum des Kommissionssprechers NR Fluri im Nationalrat am 16.3.2022 (AB 2022 N 471).

1739. Die maximal mögliche Amtsdauer einer oder eines Beauftragten, die oder der für den Rest einer Amtsdauer gewählt wird (vgl. Art. 4 Abs. 3 der Verordnung über das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten), fällt dagegen entsprechend kürzer aus: OFK-Petermann Büttler, Art. 44 DSG N. 3.

1740. Botschaft 2017, S. 7088. Kritisch SHK-Baeriswyl, Art. 44 DSG N. 5 sowie OFK-Petermann Büttler, Art. 44 DSG N. 3.

Verlängerung der Amtsdauer.[1741] Damit wird die demokratische Legitimation der oder des Beauftragten gefördert.

8 Art. 44 Abs. 1 zweiter Satz DSG legt den **Beginn der Amtsdauer** der oder des Beauftragten auf den **1. Januar nach Beginn der Legislaturperiode des Nationalrates** fest. Auf diese Weise wird die Wahl dem jeweils neu zusammengesetzten Parlament übertragen.[1742] Eine (einmalige) Ausnahme sieht Art. 72 Abs. 2 DSG für den Fall vor, dass bei der erstmaligen Wahl der oder des Beauftragten durch die Vereinigte Bundesversammlung die bisherige Amtsinhaberin oder der bisherige Amtsinhaber gewählt wird. In dieser Konstellation beginnt die neue Amtsdauer der oder des Beauftragten bereits am Tag nach der Wahl (vgl. dazu Art. 72 N. 6 f.).

9 Die oder der Beauftragte scheidet spätestens am Ende des Jahres, in dem sie bzw. er das **68. Altersjahr vollendet**, automatisch aus ihrem bzw. seinem Amt (Art. 4 Abs. 2 der Verordnung über das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten). Mit der Anhebung der **Altersgrenze** auf 68 Jahre wird die oder der Beauftragte gleichbehandelt wie die ebenfalls von der Bundesversammlung gewählten eidgenössischen Richterinnen und Richter sowie der Bundesanwalt bzw. die Bundesanwältin.[1743]

III. KÜNDIGUNG DES ARBEITSVERHÄLTNISSES DURCH DIE BEAUFTRAGTE ODER DEN BEAUFTRAGTEN (ABS. 2)

10 Die oder der Beauftragte kann das Arbeitsverhältnis auf Ende jedes Monats unter Einhaltung einer Frist von sechs Monaten **kündigen** (Art. 44 Abs. 2 erster Satz DSG). Während das bisherige Recht ihr bzw. ihm lediglich die Möglichkeit einräumte, um Entlassung zu ersuchen (Art. 26*a* Abs. 2 aDSG), kann die oder der Beauftragte mit der Kündigung das Arbeitsverhältnis nun **einseitig** auflösen. Damit gilt für die Beauftragte oder den Beauftragten eine analoge Regelung zu derjenigen des Bundesanwalts oder der Bundesanwältin[1744].[1745]

11 Die Gerichtskommission kann der oder dem Beauftragten **im Einzelfall** eine **kürzere Kündigungsfrist** zugestehen, wenn keine wesentlichen Interessen

1741. Bericht der SPK-N, S. 16. Vgl. auch OFK-Petermann Büttler, Art. 44 DSG N. 4, welche für eine klare Regelung des Wiederwahlverfahrens auf Gesetzesstufe plädiert.

1742. SHK-Baeriswyl, Art. 44 DSG N. 7, welcher vor dem Risiko einer «Verpolitisierung» der Wahl warnt.

entgegenstehen (Art. 44 Abs. 2 zweiter Satz DSG). Sie berücksichtigt dabei die Umstände des konkreten Einzelfalls, wie zum Beispiel die Übergangszeit bis zum möglichen Amtsantritt einer neuen oder eines neuen Beauftragten.[1746] Eine verkürzte Kündigungsfrist kommt vor allem bei gesundheitlichen Gründen in Betracht.[1747]

IV. AMTSENTHEBUNG (ABS. 3)

Art. 44 Abs. 3 DSG regelt das Amtsenthebungsverfahren. Inhaltlich entspricht die Bestimmung der bisherigen Regelung in Art. 26*a* Abs. 3 aDSG (vgl. N. 13 ff.). Neu ist jedoch nicht mehr der Bundesrat, sondern die Vereinigte Bundesversammlung für die Amtsenthebung der oder des Beauftragten zuständig (vgl. N. 18 ff.) 12

A. Voraussetzungen

Angesichts der hohen Anforderungen an die Unabhängigkeit der oder des Beauftragten ist eine Amtsenthebung nur in **schwerwiegenden Fällen** zulässig. Die Gründe werden in Art. 44 Abs. 3 DSG **abschliessend** aufgelistet: Die oder der Beauftragte kann des Amtes enthoben werden, wenn sie oder er vorsätzlich oder grobfahrlässig Amtspflichten schwer verletzt hat (lit. a; N. 14 ff.) oder die Fähigkeit, das Amt auszuüben, auf Dauer verloren hat (lit. b; N. 17).[1748] 13

1. Schwere Verletzung von Amtspflichten

Die **Hauptpflicht** der oder des Beauftragten besteht in der **rechtmässigen und sorgfältigen Wahrnehmung der gesetzlich zugewiesenen Aufgaben** im Bereich des Datenschutzes und des Öffentlichkeitsprinzips. Dazu gehört insbesondere die Untersuchung von Verstössen gegen Datenschutzvorschriften (Art. 49 ff. DSG), aber auch die Beratung von 14

1744. Vgl. Art. 5 der Verordnung der Bundesversammlung vom 1.10.2010 über das Arbeitsverhältnis und die Besoldung des Bundesanwalts oder der Bundesanwältin sowie der Stellvertretenden Bundesanwälte oder Bundesanwältinnen (SR 173.712.23).
1745. Bericht der SPK-N, S. 1 sowie SHK-Baeriswyl, Art. 44 DSG N. 8 und N. 10.
1743. Bericht der SPK-N, S. 16.
1746. SHK-Baeriswyl, Art. 44 DSG N. 9.
1747. OFK-Petermann Büttler, Art. 44 DSG N. 5.
1748. Vgl. SHK-Baeriswyl, Art. 44 DSG N. 11 f. und OFK-Petermann Büttler, Art. 44 DSG N. 6 f.

privaten Datenbearbeitern bzw. Bundesorganen und betroffenen Personen (Art. 58 Abs. 1 lit. a, c und d DSG) sowie zahlreiche weitere Aufgaben etwa im Zusammenhang mit der Datenbekanntgabe ins Ausland (Art. 16 Abs. 2 DSG), der Datenschutz-Folgenabschätzung (Art. 23 DSG) oder der Meldung von Verletzungen der Datensicherheit (Art. 24 DSG). Zu den **weiteren Amtspflichten** gehören unter anderem die Geheimhaltungspflicht (Art. 320 StGB, vgl. aber auch Art. 20 Abs. 2 BGÖ), die Beschränkung der Nebenbeschäftigungen (Art. 46 und 47 DSG) oder die Wohnsitzpflicht (Art. 9 der Verordnung über das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten).[1749]

15 Eine Amtsenthebung ist nicht bei jeder Amtspflichtverletzung zulässig. Die Verletzung muss **schwer** sein und **vorsätzlich oder grobfahrlässig** erfolgen (Art. 44 Abs. 3 lit. a DSG). Bei einer weniger schwerwiegenden Amtspflichtverletzung kommt eine Verwarnung durch die Gerichtskommission in Frage (vgl. Art. 44*a* DSG).[1750]

16 In der Lehre werden namentlich die offensichtlich unbegründete Nichtwahrnehmung von gesetzlichen Aufgaben[1751] oder (in der Regel) eine Verletzung des Amtsgeheimnisses[1752] als schwerwiegende Amtspflichtverletzungen qualifiziert. Die blosse Kritik an der Art und Weise der Amtsführung kann dagegen keine Amtsenthebung begründen.[1753] Die Amtspflichtverletzung muss so beschaffen sein, dass sie das Vertrauen in die Person unwiderruflich beschädigt und eine Weiterführung des Amtes als untragbar erscheinen lässt.

2. Dauerhafte Amtsunfähigkeit

17 Eine Amtsenthebung ist zulässig, wenn die **Amtsfähigkeit dauerhaft verloren gegangen** ist (Art. 44 Abs. 3 lit. b DSG). Dies dürfte nur in Ausnahmefällen zutreffen.[1754] Zu denken ist insbesondere an medizinische bzw. krankheitsbedingte Gründe.[1755] In Frage kommen aber auch familiäre

1749. Für die Amtspflichten der Richterinnen und Richter der erstinstanzlichen Bundesgerichte vgl. das Gutachten des Bundesamtes für Justiz 2007, S. 2.
1750. SHK-Baeriswyl, Art. 44 DSG N. 14 f.; OFK DSG-Petermann Büttler, Art. 44 N. 6.
1751. SHK-Baeriswyl, Art. 44 DSG N. 16.
1752. SHK-Baeriswyl, Art. 44 DSG N. 15.
1753. OFK-Petermann Büttler, Art. 44 DSG N. 8.
1754. Vgl. OFK-Petermann Büttler, Art. 44 DSG N. 6.
1755. Vgl. SHK-Baeriswyl, Art. 44 DSG N. 17.

Gründe.[1756] Schliesslich kann die Amtsfähigkeit auch dauerhaft fehlen, wenn die oder der Beauftragte vermisst oder verschollen ist.[1757]

B. Verfahren

Die Amtsenthebung der oder des Beauftragten fällt – neben ihrer oder seiner Wahl – als einer der wichtigsten Arbeitgeberentscheide in die **Kompetenz der Vereinigten Bundesversammlung**. Dies wird nicht nur in Art. 44 Abs. 3 DSG, sondern deklaratorisch auch in Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten festgehalten.[1758] 18

Die **Gerichtskommission bereitet** eine allfällige Amtsenthebung **vor** und unterbereitet der Vereinigten Bundesversammlung die erforderlichen **Anträge** (Art. 40*a* Abs. 1 lit. d ParlG sowie Art. 2 Abs. 2 der Verordnung über das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten). In der Regel wird die Gerichtskommission aus Gründen der Verhältnismässigkeit aber zuerst eine Verwarnung aussprechen (Art. 44*a* DSG), bevor sie ein Verfahren zur Amtsenthebung einleitet.[1759] 19

Im Rahmen des Amtsenthebungsverfahrens ist der oder dem Beauftragten das **rechtliche Gehör** einzuräumen.[1760] In ihren Handlungsgrundsätzen zum Verfahren im Hinblick auf eine Amtsenthebung oder eine Nichtwiederwahl[1761] sieht die Gerichtskommission unter anderem vor, dass die vom Amtsenthebungsverfahren betroffene Person nach Abschluss der Ermittlungen und vor der Berichterstattung an die Vereinigte Bundesversammlung das Recht hat, zum Untersuchungsergebnis und zur Entscheidbegründung schriftlich oder mündlich Stellung zu nehmen (Art. 7 20

1756. SHK-Baeriswyl, Art. 44 DSG N. 17.
1757. OFK-Petermann Büttler, Art. 44 DSG N. 6.
1758. Bericht der SPK-N, S. 13.
1759. OFK-Petermann Büttler, Art. 44 DSG N. 6.
1760. OFK-Petermann Büttler, Art. 44 DSG N. 8; SHK-Baeriswyl, Art. 44 DSG N. 13.
1761. Diese Handlungsgrundsätze gelten für die Amtsenthebung und Nichtwiederwahl von Richterinnen und Richtern des Bundesstrafgerichts, des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundespatentgerichts sowie des Bundesanwalts oder der Bundesanwältin, der Stellvertretenden Bundesanwälte oder Bundesanwältinnen und der Mitglieder der Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft. Sie gelten ebenfalls für die Nichtwiederwahl von Richterinnen und Richtern des Bundesgerichts (Art. 1 der Handlungsgrundsätze). Sie dürften für die Beauftragte oder den Beauftragten zumindest analog anwendbar sein.

Abs. 4 der Handlungsgrundsätze). Anschliessend muss der Antrag der Gerichtskommission an die Vereinigte Bundesversammlung eine sinngemässe Wiedergabe der Stellungnahme der betroffenen Person enthalten (Art. 14 Abs. 2 lit. d der Handlungsgrundsätze).

21 Beschliesst die Vereinigte Bundesversammlung, die Beauftragte oder den Beauftragten des Amtes zu entheben, stellt sich die **Frage, ob sich dieser Entscheid gerichtlich anfechten lässt**. Gegen Entscheide der Vereinigten Bundesversammlung steht grundsätzlich kein Rechtsmittel zur Verfügung (Art. 189 Abs. 4 der Bundesverfassung). Die SPK-N verweist in ihrem Bericht zur parlamentarischen Initiative 21.443 jedoch auf die neuere Praxis des EGMR, wonach bei der Abberufung von Richtern die **Rechtsweggarantie** gemäss Art. 6 Abs. 1 EMRK zum Tragen kommt.[1762] Die SPK-N erachtet es – unseres Erachtens zurecht – als denkbar, dass diese Rechtsprechung auf die Beauftragte oder den Beauftragten, welche bzw. welcher ebenfalls über eine starke Unabhängigkeit verfügt, übertragen werden könnte. In diesem Fall müsste die oder der Beauftragte eine Amtsenthebung durch die Vereinigten Bundesversammlung bei einem Gericht (Bundesverwaltungsgericht, Bundesgericht, EGMR) anfechten können.[1763]

Die vertretene Auffassung widerspiegelt die persönliche Meinung der Autorenschaft und bindet nicht das Bundesamt für Justiz.

LITERATURVERZEICHNIS

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 44 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023.

Häner Isabelle, Die Ausgestaltung der Unabhängigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden in Bund und Kantonen, in: Epiney Astrid/Hänni Julia/Brülisauer, Flavia (Hrsg.), Die Unabhängigkeit der

1762. Bericht der SPK-N, S. 14 mit Hinweis auf die Urteile des EGMR (Grosse Kammer), *Baka gegen Ungarn*, Nr. 20261/12, 23.62016, N. 100 ff., insb. N. 105, und EGMR, *Volkov gegen Ukraine*, Nr. 21722/11, 9.1.2013, N. 122 sowie das Urteil des EGMR, *Kövesi gegen Rumänien*, Nr. 3594/19, 5.5. 2020, N. 105 ff. betreffend die Entlassung der Generalstaatsanwältin.

1763. Bericht der SPK-N, S. 14. SHK-Baeriswyl, Art. 44 DSG N. 13 geht – ohne weitere Begründung – davon aus, dass der oder dem Beauftragten bei einer Amtsenthebung die Rechtsmittel des Bundespersonalgesetzes zur Verfügung stehen.

Aufsichtsbehörden. Und weitere aktuelle Fragen des Datenschutzrechts, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 45-69.

Petermann Büttler Judith, Kommentierung zu Art. 44 DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Orell Füssli Kommentar, Zürich 2023.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 23.10.2007 «Amtspflichten der Richterinnen und Richter der erstinstanzlichen Bundesgerichte».

Handlungsgrundsätze der Gerichtskommission vom 3.3.2011 zum Verfahren der Kommission im Hinblick auf eine Amtsenthebung oder eine Nichtwiederwahl (BBl 2012 S. 1271).

Botschaft des Bundesrates vom 15.9.2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz (BBl 2017 S. 6941).

Bericht der SPK-N vom 27.1.2022 zur parlamentarischen Initiative 21.443 «Verordnung über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten» (BBl 2022 S. 345).

Stellungnahme des Bundesrates vom 16.2.2022 zum Bericht der SPK-N vom 27.1.2022 zur parlamentarischen Initiative 21.443 «Verordnung über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten» (BBl 2022 S. 432).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 44a DSG

Eine Kommentierung von Danielle Schneider / Carl Jauslin

ZITIERVORSCHLAG

Danielle Schneider/Carl Jauslin, Kommentierung zu Art. 44a DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Schneider/Jauslin, N. XXX zu Art. 44a DSG.

Art. 44*a* Verwarnung

Die Gerichtskommission kann eine Verwarnung aussprechen, wenn sie feststellt, dass die oder der Beauftragte Amtspflichten verletzt hat.

GLIEDERUNG

In Kürze 643
I. Allgemeines 643
A. Entstehungsgeschichte 643
B. Normzweck 643
II. Disziplinarmassnahme der Verwarnung 644
III. Disziplinarverfahren 645
Literaturverzeichnis 646
Materialienverzeichnis 646

IN KÜRZE

Das Disziplinarrecht ist in Art. 44*a* DSG spezialgesetzlich geregelt. Die Bestimmung schränkt den Kreis der gemäss Bundespersonalrecht möglichen Disziplinarmassnahmen ein und stellt gegenüber der oder dem Beauftragten nur die Massnahme der Verwarnung zur Verfügung. Damit wird die Unabhängigkeit der oder des Beauftragten berücksichtigt. Gleichzeitig erhält die Gerichtskommission mit der Disziplinarmassnahme der Verwarnung ein Instrument, um ein pflichtwidriges Verhalten der oder des Beauftragten zu beanstanden und das Ansehen und die Vertrauenswürdigkeit der Behörde des EDÖB zu schützen.

I. ALLGEMEINES

A. Entstehungsgeschichte

Art. 44*a* DSG wurde im Rahmen der **parlamentarischen Initiative SPK-N 21.443**[1764] in das totalrevidierte DSG eingefügt. Bei diesen Arbeiten zum Ausführungsrecht über das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten hat sich gezeigt, dass einzelne Ergänzungen des totalrevidierten DSG erforderlich sind. Dabei erachtete der Gesetzgeber – nebst anderem – das Disziplinarrecht als **wichtige Bestimmung**, das auf **formell-gesetzlicher Stufe** zu klären ist.[1765] 1

B. Normzweck

Art. 44*a* DSG sieht für das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten im Bereich des Disziplinarrechts eine **Abweichung vom Bundespersonalrecht** vor (vgl. Art. 43 Abs. 3 erster Satz DSG). Die meisten der in Art. 99 Abs. 2 und 3 BPV (i.V.m. Art. 25 Abs. 2 lit. b und c BPG) aufgeführten Disziplinarmassnahmen, welche bei einer Verletzung der arbeitsrechtlichen Pflichten ergriffen werden können, sind mit dem Amt der oder des Beauftragten nämlich nicht vereinbar oder könnten die **Unabhängigkeit der** 2

1764. Parlamentarische Initiative SPK-N 21.443 vom 15.4.2021 «Verordnung über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten».

1765. Bericht der SPK-N, S. 4.

oder des Beauftragten gefährden. Dies betrifft insbesondere Lohnkürzungen und Bussen sowie die Änderung des Aufgabenkreises, der Arbeitszeit oder des Arbeitsortes. Allerdings wollte der Gesetzgeber auch nicht gänzlich auf Disziplinarmassnahmen gegenüber der oder dem Beauftragten verzichten, da solche Massnahmen zur Sicherstellung der gesetzeskonformen Amtsausübung beitragen können.[1766]

3 Art. 44*a* DSG ist vor diesem Spannungsverhältnis zwischen der Wahrung der Unabhängigkeit und dem Interesse an der gesetzeskonformen Amtsausführung zu verstehen. Die Bestimmung schränkt den Kreis der gemäss Bundespersonalrecht möglichen Disziplinarmassnahmen ein und stellt gegenüber der oder dem Beauftragten einzig die Massnahme der Verwarnung zur Verfügung.[1767]

II. DISZIPLINARMASSNAHME DER VERWARNUNG

4 Die Gerichtskommission kann gemäss Art. 44*a* DSG eine Verwarnung aussprechen, wenn sie feststellt, dass die oder der Beauftragte **Amtspflichten verletzt** hat. Sie erhält damit ein Instrument, welches sie zur **Sicherstellung des Ansehens** und der **Vertrauenswürdigkeit des EDÖB** einsetzen soll.[1768] Mit einer Verwarnung «gibt der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zu verstehen dass er das gerügte Verhalten nicht weiterhin hinzunehmen gewillt ist und dass er bei Wiederholung oder Weiterführung des gerügten Verhaltens härtere Massnahmen zu treffen gedenkt»[1769].

5 Anders als bei der Amtsenthebung nach Art. 44 Abs. 3 lit. a DSG muss einer Verwarnung keine schwere Amtspflichtverletzung zu Grunde liegen. Der Gesetzeswortlaut scheint eine Verwarnung bei jeder Art von Amtspflichtverletzung zuzulassen.[1770] Mit Blick auf das **Verhältnismässigkeitsprinzip** muss eine Verwarnung aber geeignet und erforderlich sein, um die ordnungsgemässe Amtsausübung durch die Beauftragte oder den Beauftragten wiederherzustellen. Nach den Erläuterungen der SPK-N zur parlamentarischen Initiative 21.443 könnte eine

1766. Bericht der SPK-N, S. 6 f.
1767. Bericht der SPK-N, S. 6 f.
1768. Bericht der SPK-N, S. 7.
1769. BVGer A-6699/2015 vom 21.3.2016 E. 3.1.
1770. OFK-Petermann Büttler, Art. 44*a* DSG N. 3.

Verwarnung beispielsweise in Frage kommen, wenn die oder der Beauftragte gegen die Vorschriften über die Nebenbeschäftigung (Art. 47 DSG) oder die Annahme von Geschenken oder sonstigen Vorteilen (Art. 1 Abs. 2 der der Verordnung der Bundesversammlung vom 17.6.2022 über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten[1771] [nachfolgend «Verordnung über das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten»] i.V.m. Art. 93 f. BPV) verstösst.[1772] Keine Verwarnung darf die Gerichtskommission dagegen aussprechen, wenn sie der Ansicht ist, dass die oder der Beauftragte bei der Aufgabenerfüllung falsche Prioritäten setzt. Dies wäre eine mit der Unabhängigkeit der oder des Beauftragten nicht vereinbare Einmischung in die Amtsausübung.[1773]

Die Verwarnung setzt als Disziplinarmassnahme immer ein Verschulden voraus. Die oder der Beauftragte muss also **vorsätzlich** oder zumindest **fahrlässig** gehandelt haben.[1774] 6

III. DISZIPLINARVERFAHREN

Für die Verhängung der Verwarnung gegenüber der oder dem Beauftragten ist die **Gerichtskommission** zuständig. Dies entspricht Art. 2 Abs. 3 der Verordnung über das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten, wonach die Gerichtskommission diejenigen Arbeitgeberentscheide trifft, welche nicht der Vereinigten Bundesversammlung zugeordnet werden.[1775] Kommt die Gerichtskommission zum Schluss, dass es sich beim beanstandeten Verhalten um eine schwerwiegende Amtspflichtverletzung gemäss Art. 44 Abs. 3 lit. a DSG handelt, kann sie der Vereinigten Bundesversammlung die Amtsenthebung der oder des Beauftragten beantragen.[1776] 7

Das Disziplinarverfahren gegen die Beauftragte oder den Beauftragten richtet sich nach den (subsidiär anwendbaren) Bestimmungen des **Bundespersonalrechts** (Art. 1 Abs. 2 der Verordnung über das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten). 8

1771. SR 235.171.1.
1772. Bericht der SPK-N, S. 7.
1773. OFK-Petermann Büttler, Art. 44*a* DSG N. 3.
1774. Bericht der SPK-N, S. 7.
1775. Bericht der SPK-N, S. 7.
1776. SHK-Baeriswyl, Art. 44*a* DSG N. 6.

9 Die Verwarnung kann nur nach einer **Disziplinaruntersuchung** ausgesprochen werden (Art. 99 Abs. 1 BPV). Für die Disziplinaruntersuchung gilt Art. 98 BPV: Danach eröffnet die Gerichtskommission die Disziplinaruntersuchung und bezeichnet die Person, die mit der Untersuchung betraut wird. Dabei kann es sich auch um eine externe Person handeln (Art. 98 Abs. 1 BPV).

10 Auf das Disziplinarverfahren ist das **Verwaltungsverfahrensgesetz** anwendbar (Art. 98 Abs. 2 BPV). Das heisst insbesondere, dass sich auch die Sachverhaltsfeststellung durch die Gerichtskommission nach den Vorschriften des VwVG richtet, namentlich betreffend den Ausstand (Art. 10 VwVG), den Untersuchungsgrundsatz und die Beweismittel (Art. 12 und Art. 14 ff. VwVG), die Mitwirkungspflichten der oder des Beauftragten (Art. 13 VwVG) sowie die Verfahrensrechte der oder des Beauftragten (insbesondere das Recht auf Akteneinsicht und rechtliches Gehör; Art. 26 ff. VwVG).

11 Die Verwarnung hat als **Verfügung** im Sinne von Art. 5 VwVG zu ergehen (Art. 34 BPG). Die oder der Beauftragten kann die Verwarnung der Gerichtskommission vor dem Bundesverwaltungsgericht **anfechten** (Art. 36 Abs. 1 BPG).

Die vertretene Auffassung widerspiegelt die persönliche Meinung der Autorenschaft und bindet nicht das Bundesamt für Justiz.

LITERATURVERZEICHNIS

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 44*a* DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023.

Petermann Büttler Judith, Kommentierung zu Art. 44*a* DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Orell Füssli Kommentar, Zürich 2023.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft des Bundesrates vom 15.9.2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz (BBl 2017 S. 6941).

Bericht der SPK-N vom 27.1.2022 zur parlamentarischen Initiative 21.443 «Verordnung über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten» (BBl 2022 S. 345).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 45 DSG

Eine Kommentierung von Carl Jauslin / Danielle Schneider

ZITIERVORSCHLAG

Carl Jauslin/Danielle Schneider, Kommentierung zu Art. 45 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Jauslin/Schneider, N. XXX zu Art. 45 DSG.

Art. 45 Budget

Der EDÖB reicht den Entwurf seines Budgets jährlich über die Bundeskanzlei dem Bundesrat ein. Dieser leitet ihn unverändert an die Bundesversammlung weiter.

GLIEDERUNG

In Kürze 651
I. Allgemeines 651
II. Budgethoheit 652
III. Budgetprozess 652
IV. Budgetbeschluss 654
Literaturverzeichnis 655
Materialienverzeichnis 655

IN KÜRZE

Der EDÖB entwirft sein Budget unabhängig und lässt es über die Bundeskanzlei (BK) dem Bundesrat zukommen. Dieser unterbreitet es der Bundesversammlung unverändert zur Genehmigung. Mit diesem Budgetprozess, in welchem die BK und der Bundesrat das Budget des EDÖB unverändert weiterleiten und nicht abändern dürfen, wird die Unabhängigkeit des EDÖB als Aufsichtsbehörde gestärkt.

I. ALLGEMEINES

Die Budgethoheit, der Budgetprozess und der Budgetbeschluss sind von grundlegender Bedeutung für die Unabhängigkeit des EBÖB als Aufsichtsbehörde (Art. 43 N. 4). Nur wer selbständig über sein Budget bestimmt, ist bei der Aufgabenerfüllung im Rahmen des gesetzlichen Auftrags frei. Die funktionale Unabhängigkeit setzt nämlich eine gewisse **finanzielle oder materielle Unabhängigkeit** voraus. 1

Art. 45 beschreibt den Prozess, den das Budget des EDÖB durchläuft. Das Budget des EDÖB beinhaltet die Personalbezüge, die mit Abstand den grössten Teil des Budgets ausmachen, die Raummiete, den Informatik-Sachaufwand, den Beratungsaufwand sowie den übrigen Betriebsaufwand. Die Bestimmung knüpft an Art. 43 Abs. 5 DSG an, welcher im Zusammenhang mit der Stellung des EDÖB bereits vorsieht, dass die oder der Beauftragte über ein eigenes Budget verfügt. 2

Art. 45 DSG wurde mit der Totalrevision vom 25. September 2020 (Inkrafttreten am 1.9.2023) ins Bundesgesetz über den Datenschutz aufgenommen. Die Bestimmung wurde vom Parlament vorgeschlagen und findet sich noch nicht im Entwurf des Bundesrates. Insbesondere der Beauftragte war der Ansicht, dass die Regelung seines Budgets der Regelung für die Eidgenössische Finanzkontrolle anzugleichen wäre.[1777] Das alte Datenschutzgesetz vom 19. Juni 1992 sah in Art. 26 Abs. 4 aDSG (heute Art. 43 Abs. 5 DSG) lediglich vor, dass die oder der Beauftragte über ein eigenes Budget verfügt. Unter dem alten Recht war der Bundesrat noch nicht verpflichtet, den Budgetentwurf des EDÖB *unverändert* zu übernehmen.[1778] 3

1777. Botschaft 2017, S. 7088.

Der EDÖB hatte zudem noch nicht die Möglichkeit, sein Budget vor der Bundesversammlung selbst zu *vertreten* (siehe hierzu neu Art. 142 Abs. 2 und 3 dritter Satz ParlG).

II. BUDGETHOHEIT

4 Die Budgethoheit besagt, dass **der EDÖB** sein Budget selbständig erstellt.[1779] Die Budgethoheit bildet einen wesentlichen Bestandteil der Unabhängigkeit des EDÖB. Der EDÖB soll eigenständig ermitteln, welche Ressourcen er für die Wahrnehmung seiner gesetzlich statuierten Aufgaben benötigt. Dies betrifft im Bereich des Datenschutzes die Untersuchung von Verstössen gegen Datenschutzvorschriften (Art. 49 ff. DSG), die Amtshilfe (Art. 54 f. DSG), Aufgaben im Zusammenhang mit der Datenbekanntgabe ins Ausland (Art. 16 DSG), der Konsultation bei Datenschutz-Folgenabschätzungen (Art. 23 DSG) sowie der Registerführung, Information, Sensibilisierung und Zusammenarbeit (Art. 56 ff. DSG). Die administrative Zuordnung des EDÖB zur Bundeskanzlei wirkt sich lediglich auf den Budgetprozess aus und lässt die Budgethoheit des EDÖB unberührt (Art. 43 N 19 ff).

III. BUDGETPROZESS

5 Nachdem der EDÖB den Entwurf für sein Budget selbständig erstellt hat, reicht er ihn über die **Bundeskanzlei**, der er administrativ zugeordnet ist (Art. 43 Abs. 4 zweiter Satz DSG), beim Bundesrat ein. Der **Bundesrat** muss gemäss Art. 142 Abs. 2 des Parlamentsgesetzes (ParlG) den Entwurf für den Voranschlag sowie die Rechnung des EDÖB unverändert in seinen Entwurf für den Voranschlag und in die Rechnung des Bundes aufnehmen. Gleiches gilt für die Voranschläge und Rechnungen der Bundesversammlung, der eidgenössischen Gerichte, der Eidgenössischen Finanzkontrolle, der Bundesanwaltschaft sowie der Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft. Die Gemeinsamkeit der erwähnten Institutionen liegt in deren Unabhängigkeit vom Bundesrat. Die genannten Institutionen sind in ihrem Handeln nur an das Recht und nicht an die Weisungen des Bundesrates gebunden. Die Verfassung selbst (bei der Bundesversammlung und dem Bundesgericht) oder ein Bundesgesetz (im Falle der Eidgenössischen

1778.OFK-Petermann Büttler, Art. 45 DSG, N. 2.
1779.SHK-Baeriswyl, Art. 45 DSG, N. 1.

Finanzkontrolle, der Bundesanwaltschaft sowie deren Aufsichtsbehörde) halten die Unabhängigkeit der erwähnten Organisationseinheiten explizit fest.[1780]

Art. 45 DSG orientiert sich bei der Einreichung über das Departement an der für die Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten getroffenen Lösung (vgl. Art. 4 der Verordnung vom 16. August 2017 über die Aufsicht über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten, VAND). Die Eidgenössische Finanzkontrolle EFK reicht ihren jährlichen Voranschlag hingegen direkt beim Bundesrat ein (vgl. Art. 2 Abs. 3 FKG) - ohne über das Eidgenössische Finanzdepartement zu gehen, zu dem die EFK beigeordnet ist (Art. 1 Abs. 3 FKG). 6

Hinzu kommt, dass der EDÖB gemäss Art. 142 Abs. 3 dritter Satz ParlG den Entwurf für seinen Voranschlag und **seine Rechnung vor der Bundesversammlung selbst vertritt**. Dies dürfte grundsätzlich durch die Beauftragte oder den Beauftragten erfolgen. Im Vergleich dazu übernimmt für die EFK die Finanzdelegation der beiden eidgenössischen Räte (Art. 51 ParlG) diese Aufgabe, wohingegen das Bundesgericht und die Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft ihre Voranschläge vor dem Parlament ebenfalls wie der EDÖB selbst vor der Bundesversammlung vertreten (Art. 142 Abs. 3 ParlG). 7

Der **Budgetprozess** lässt sich wie folgt zusammenfassen: 8

- Der EDÖB erstellt einen Budgetentwurf, der alle notwendigen Ressourcen einplant, um seine gesetzlich zugewiesenen Aufgaben als Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter gewissenhaft und pflichtgemäss zu erfüllen
- Der EDÖB reicht seinen Budgetentwurf bei der Bundeskanzlei ein, der er administrativ zugeordnet ist (Art. 43 Abs. 4 zweiter Satz DSG).
- Die Bundeskanzlei übermittelt den Budgetentwurf des EDÖB an den Bundesrat.
- Der Bundesrat leitet den Budgetentwurf des EDÖB unverändert an die Bundesversammlung zur Genehmigung weiter (Art. 45 DSG). Konkret heisst dies, dass der Bundesrat den Voranschlag und die Rechnung des EDÖB unverändert in den Voranschlag und die Rechnung des Bundes

1780 ParlG-Komm.-Koller, Art. 142 ParlG, N. 15.

aufnimmt (Art. 142 Abs. 2 ParlG) und den Entwurf für den Voranschlag des Bundes der Bundesversammlung unterbreitet. Er tut dies in der Form eines einfachen Bundesbeschlusses (Art. 143 Abs. 3 ParlG).

- Die Finanzkommissionen der beiden Räte beraten die Voranschläge vor (Art. 50 Abs. 1 ParlG). Das Eintreten der Räte ist bei Voranschlägen obligatorisch (Art. 73 Abs. 3 ParlG).
- Der EDÖB vertritt seinen Budgetentwurf vor der Bundesversammlung (Art. 142 Abs. 3 dritter Satz).
- Die Bundesversammlung ist für die Genehmigung des Budgetentwurfs des EDÖB zuständig. Wird im Differenzbereinigungsverfahren zwischen den beiden Räten ein Einigungsantrag zum Bundesbeschluss über den Voranschlag des Bundes verworfen, so gilt der Beschluss der dritten Beratung, der den tieferen Betrag vorsieht, als angenommen (Art. 94 ParlG).

IV. BUDGETBESCHLUSS

9 Dem **Parlament** obliegt der Budgetbeschluss.[1781] Damit das Parlament sinnvoll über den Budgetantrag des EDÖB beraten kann, hat dieser sein Budget zu begründen.[1782]

10 Das Parlament darf die Genehmigung des Budgets an **keine Auflagen oder Bedingungen** knüpfen; Vorgaben zur Mittelverwendung oder Prioritätensetzung sind nicht erlaubt. Der EDÖB kann über die gesprochenen Mittel im Rahmen seines gesetzlichen Auftrags frei verfügen.[1783]

11 Art. 15 Abs. 6 des modernisierten 108+ Übereinkommens des Europarates zum Schutz des Menschen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten fordert, dass die Aufsichtsbehörde über die notwendigen Mittel für die effektive Durchführung ihrer Funktionen und die Ausübung ihrer Befugnisse verfügt. Die Schengen-relevante Richtlinie 2016/680 der EU sieht in Art. 42 Abs. 4 ebenfalls vor, dass jede Aufsichtsbehörde mit den Ressourcen ausgestattet werden muss, die sie benötigt, um ihre Aufgaben und Befugnisse auch im Rahmen der Amtshilfe, Zusammenarbeit und Mitwirkung effektiv

1781. SHK-Baeriswyl, Art. 45 DSG, N. 3.
1782. OFK-Petermann Büttler, Art. 45 DSG, N. 3; SHK-Baeriswyl, Art. 45 DSG, N. 3.
1783. OFK-Petermann Büttler, Art. 45 DSG, N. 3.

wahrnehmen zu können. Des Weiteren sind ausreichende Ressourcen der Datenschutzaufsicht ein wesentliches Kriterium bei der Beurteilung der Angemessenheit des Datenschutzniveaus aus Sicht der EU-Datenschutz-Grundverordnung 2016/679 (vgl. hierzu Art. 52 Abs. 4 i.V.m. Art. 45 Abs. 2 lit. b). Schliesslich hängt **die Wirksamkeit der Aufsicht** von den verfügbaren Ressourcen ab.

Ein Budget, das nicht ausreicht, um die gesetzlich verliehenen Aufgaben zu erfüllen, stellt die Unabhängigkeit der Aufsicht in Frage.[1784] Rechtliche Mechanismen zur Überprüfung der **Angemessenheit des Budgets** fehlen.[1785] Gleichzeitig gelten Budgetüberschreitungen, die der Erfüllung von gesetzlichen Aufgaben geschuldet sind, nicht als Amtspflichtverletzung (Art. 44 Abs. 3 lit. a DSG).[1786] 12

Die vertretene Auffassung widerspiegelt die persönliche Meinung der Autorenschaft und bindet nicht das Bundesamt für Justiz.

LITERATURVERZEICHNIS

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 45 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023.

Petermann Büttler Judith, Kommentierung zu Art. 45 DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Orell Füssli Kommentar, Zürich 2023.

Koller Stefan, Kommentierung zu Art. 142 ParlG, in: Graf Martin/Theler Cornelia/Wyss von Moritz (Hrsg.) Kommentar zum Parlamentsgesetz (ParlG), Basel 2014.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft des Bundesrates vom 15.9.2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz (BBl 2017 S. 6941).

1784 SHK-Baeriswyl, Art. 45 DSG, N. 4.
1785 SHK-Baeriswyl, Art. 45 DSG, N. 5.
1786 SHK-Baeriswyl, Art. 45 DSG, N. 5.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 46 DSG

Eine Kommentierung von Carl Jauslin / Danielle Schneider

ZITIERVORSCHLAG

Carl Jauslin/Danielle Schneider, Kommentierung zu Art. 46 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Jauslin/Schneider, N. XXX zu Art. 46 DSG.

Art. 46 Unvereinbarkeit

Die oder der Beauftragte darf weder der Bundesversammlung noch dem Bundesrat angehören und in keinem anderen Arbeitsverhältnis mit dem Bund stehen.

GLIEDERUNG

In Kürze 659
I. Allgemeines 659
II. Kein Mitglied der Bundesversammlung 660
III. Kein Mitglied des Bundesrates 661
IV. Kein anderes Arbeitsverhältnis mit dem Bund 661
Literaturverzeichnis 662

IN KÜRZE

Die oder der Beauftragte darf in keinem anderen Arbeitsverhältnis mit dem Bund stehen. Insbesondere die gleichzeitige Mitgliedschaft in der Bundesversammlung oder im Bundesrat ist mit der Aufsichtsfunktion des oder der Beauftragten nicht vereinbar. Damit sollen Interessenskonflikte vermieden und die Unabhängigkeit des EDÖB gestärkt werden.

I. ALLGEMEINES

Die oder der Beauftragte darf weder der Bundesversammlung noch dem Bundesrat angehören und in keinem anderen Arbeitsverhältnis mit dem Bund stehen. Damit sollen Interessenskonflikte, die sich aus unterschiedlichen und gleichzeitig ausgeübten Funktionen ergeben, ausgeschlossen werden. 1

Art. 144 BV regelt Unvereinbarkeiten zwischen Funktionen von Mitgliedern der Legislative, der Exekutive und der Judikative und ist Ausdruck der **personellen Gewaltenteilung** auf Bundesebene.[1787] Die Mitglieder des Nationalrates, des Ständerates, des Bundesrates sowie die Richterinnen und Richter des Bundesgerichts können nicht gleichzeitig einer anderen dieser Behörden angehören. Unvereinbarkeitsregeln sollen Machtkonzentrationen in einer Person verhindern, Interessenskonflikte vorbeugen, die Unabhängigkeit der Amtsträger sichern und Beeinträchtigungen in der Amtsführung verhindern.[1788] Absatz 3 von Art. 144 BV hält fest, dass das Gesetz weitere Unvereinbarkeiten vorsehen kann. Für die Mitglieder des Parlaments finden sich die Unvereinbarkeitsregelungen in Art. 14 f. ParlG; für die Mitglieder des Bundesrates sowie die Bundeskanzlerin oder den Bundeskanzler sind die beruflichen Unvereinbarkeiten in Art. 60 RVOG spezifiziert. 2

Art. 46 DSG stellt ebenfalls eine gesetzlich vorgesehene Unvereinbarkeit im Sinne von Art. 144 Abs. 3 BV dar. Die Bestimmung zur Unvereinbarkeit der oder des Beauftragten aufgrund der Funktion entspricht jener für die Bundesrichterinnen und Bundesrichter (Art. 6 Abs. 1 BGG, Art. 6 Abs. 1 VGG, Art. 44 Abs. 1 StBOG, ähnlich auch Art. 10 Abs. 1 PatGG) und jener für die 3

1787. BSK-Schaub, Art. 144 BV, N. 9.
1788. BSK-Schaub, Art. 144 BV, N. 5.

Mitglieder der Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft (Art. 24 Abs. 1 StBOG).

4 Art. 46 DSG wurde mit der Totalrevision vom 25. September 2020 (Inkrafttreten am 1.9.2023) ins Bundesgesetz über den Datenschutz aufgenommen. Die Bestimmung wurde vom Parlament vorgeschlagen und findet sich noch nicht im Entwurf des Bundesrates. Unter dem alten Datenschutzgesetz vom 19. Juni 1992 mussten Fragen der Unvereinbarkeit der Funktionen unter dem Aspekt der Nebenbeschäftigung beurteilt werden.[1789]

5 Die funktionale Unvereinbarkeit ist eine unabdingbare Voraussetzung für die Gewährleistung der Unabhängigkeit der oder des Beauftragten und darum Ausfluss der **europarechtlichen Bestimmungen** in Art. 15 Abs. 5 des modernisierten 108+ Übereinkommens des Europarates zum Schutz des Menschen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, Art. 42 Abs. 3 der Schengen-relevanten Richtlinie (EU) 2016/680 und Art. 52 Abs. 3 der Datenschutzgrundverordnung 2016/679 der Europäischen Union.

6 Art. 46 DSG sieht für die Beauftragte oder den Beauftragten **drei Unvereinbarkeiten** vor, die nachfolgend kurz behandelt werden sollen. Die Unvereinbarkeiten gelten jedoch einzig für die Beauftragte oder den Beauftragten, nicht jedoch für ihre oder seine Mitarbeitenden.[1790]

II. KEIN MITGLIED DER BUNDESVERSAMMLUNG

7 Die oder der Beauftragte darf nicht zugleich Mitglied der Bundesversammlung, d.h. des National- oder des Ständerats sein. So muss die gewählte Person bei einer Wahl zur oder zum Beauftragten allfällige bereits bestehenden Funktionen oder Anstellungen noch vor Amtsantritt auflösen.[1791]

8 Mitglieder der Bundesversammlung können zur oder zum Beauftragten gewählt werden, müssen jedoch spätestens zum Amtsantritt aus dem Parlament zurücktreten.[1792] Dies ist in zwei von drei Wahlen durch den Bundesrat bereits geschehen.[1793] Umgekehrt kann die oder der Beauftragte

1789 OFK-Petermann Büttler, Art. 46 BV, N. 2.
1790 OFK-Petermann Büttler, Art. 46 BV, N. 3.
1791 OFK-Petermann Büttler, Art. 46 BV, N. 3.
1792 SHK-Baeriswyl, Art. 46 BV, N. 3.
1793 SHK-Baeriswyl, Art. 46 DSG, N. 4.

gemäss Art. 44 Abs. 2 DSG das Arbeitsverhältnis auf Ende jedes Monats unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten kündigen und anschliessend eine neue Funktion als Mitglied im Parlament (oder Bundesrat; siehe nachfolgend N. 9) wahrnehmen. Die Gerichtskommission kann gemäss Art. 44 Abs. 2 DSG der oder dem Beauftragten in solchen Fällen eine kürzere Kündigungsfrist zugestehen, wenn keine wesentlichen Interessen entgegenstehen.[1794]

III. KEIN MITGLIED DES BUNDESRATES

Die oder der Beauftragte darf nicht zugleich Mitglied des Bundesrates sein. Auch wenn einerseits der Bundesrat gegenüber dem EDÖB keine Weisungsbefugnis hat (Art. 43 Abs. 4 DSG) und andererseits der EDÖB seine Aufsichtsfunktion nicht über den Bundesrat ausüben darf (Art. 4 Abs. 2 lit. b DSG), sind Interessenskonflikte nicht zu vermeiden und die Unabhängigkeit des EDÖB wäre durch eine derartige Personalunion nicht gewährleistet. 9

IV. KEIN ANDERES ARBEITSVERHÄLTNIS MIT DEM BUND

Die Funktion der oder des Beauftragten ist auch nicht mit anderen Arbeitsverhältnissen vereinbar, die zeitgleich mit dem Bund bestehen. Andere Arbeitsverhältnisse mit dem Bund müssen daher bis zum Amtsantritt aufgelöst werden (vgl. N. 8). Diese Unvereinbarkeit stellt im Verhältnis zu den beiden spezifischen Unvereinbarkeiten in Bezug auf das Parlament und den Bundesrat eine Art **subsidiäre Generalklausel** dar. Vor dem Hintergrund der zentralen Bedeutung der Unabhängigkeit der oder des Beauftragten ist eine solche, weit gefasste Unvereinbarkeitsregel zu begrüssen. 10

Art. 46 macht aus verfassungsrechtlichen Kompetenzgründen keine Aussagen zur Unvereinbarkeit mit Funktionen und Anstellungen auf kantonaler oder kommunaler Ebene. Ob solche Ämter und Arbeitsverhältnisse auf kantonaler oder kommunaler Ebene mit der Funktion der Leiterin oder des Leiters des EDÖB kompatibel sind, muss bei den Nebenbeschäftigungen im Sinne von Art. 47 DSG geprüft werden.[1795] Umgekehrt sind **Nebenbeschäftigungen**, die mit einem Arbeitsverhältnis beim Bund verbunden sind, aufgrund der Unvereinbarkeitsbestimmung in Art. 46 DSG bereits unzulässig.[1796] 11

1794.OFK-Petermann Büttler, Art. 46 DSG, N. 3.
1795.OFK-Petermann Büttler, Art. 46 DSG, N. 3.

Die vertretene Auffassung widerspiegelt die persönliche Meinung der Autorenschaft und bindet nicht das Bundesamt für Justiz.

LITERATURVERZEICHNIS

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 46 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023.

Petermann Büttler Judith, Kommentierung zu Art. 46 DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Orell Füssli Kommentar, Zürich 2023.

Schaub Lukas, Kommentierung zu Art. 144 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015.

1796 SHK-Baeriswyl, Art. 46 DSG, N. 7.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 47 DSG

Eine Kommentierung von Danielle Schneider / Carl Jauslin

ZITIERVORSCHLAG

Danielle Schneider/Carl Jauslin, Kommentierung zu Art. 47 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Schneider/Jauslin, N. XXX zu Art. 47 DSG.

Art. 47 Nebenbeschäftigung

[1] Die oder der Beauftragte darf keine Nebenbeschäftigung ausüben.

[2] Die Gerichtskommission kann der oder dem Beauftragten gestatten, eine Nebenbeschäftigung auszuüben, wenn dadurch die Ausübung der Funktion sowie die Unabhängigkeit und das Ansehen des EDÖB nicht beeinträchtigt werden. Der Entscheid wird veröffentlicht.

GLIEDERUNG

In Kürze 665
I. Allgemeines 665
A. Normzweck 665
B. Entstehungsgeschichte 666
II. Grundsatz: Verbot der Nebenbeschäftigung (Abs. 1) 666
III. Ausnahme: Bewilligung der Nebenbeschäftigung (Abs. 2) 667
A. Inhaltliche Voraussetzungen 667
B. Zuständigkeit 669
Literaturverzeichnis 670
Materialienverzeichnis 670

IN KÜRZE

Grundsätzlich darf die oder der Beauftragte keine Nebenbeschäftigung ausüben (Art. 47 Abs. 1 DSG). Dieses Verbot trägt zur Stärkung der Unabhängigkeit bei. Damit eine Tätigkeit als Nebenbeschäftigung gilt, muss sie eine gewisse Qualität und Intensität aufweisen. Keine Rolle spielt dagegen, ob die Tätigkeit vergütet wird oder nicht. Ausnahmsweise kann die Gerichtskommission der oder dem Beauftragten die Ausübung einer Nebenbeschäftigung gestatten, sofern weder die Ausübung der Funktion, noch die Unabhängigkeit, noch das Ansehen des EDÖB beeinträchtigt werden (Art. 47 Abs. 2 DSG). Angesichts der hohen Anforderungen an die Unabhängigkeit der oder des Beauftragten ist ein strenger Massstab angezeigt. Allfällige Nebenbeschäftigungen der oder des Beauftragten müssen veröffentlicht werden, um dem Transparenzbedürfnis Rechnung zu tragen.

I. ALLGEMEINES

A. Normzweck

Art. 47 DSG sieht vor, dass die oder der Beauftragte **grundsätzlich keine Nebenbeschäftigung** ausüben darf (Art. 47 Abs. 1; N. 4 f.). Mit dieser spezialgesetzlichen Regelung, die strenger ist als das allgemeine Bundespersonalrecht (Art. 23 BPG i.V.m. Art. 91 BPV),[1797] wird der **Unabhängigkeit** der oder des Beauftragten Rechnung getragen. Die oder der Beauftragte soll bei der Erfüllung ihrer bzw. seiner Aufgaben in keinen 1

1797. Nach Art. 91 BPV müssen die Angestellten ihren Vorgesetzten sämtliche öffentlichen Ämter oder gegen Entgelt ausgeübten Tätigkeiten, die sie ausserhalb ihres Arbeitsverhältnisses ausüben, melden (Abs. 1). Unentgeltlich ausgeübte Tätigkeiten sind meldepflichtig, sofern Interessenkonflikte nicht ausgeschlossen werden können (Abs. 1bis). Die Ausübung der Ämter und Tätigkeiten bedarf der Bewilligung, wenn sie die Angestellten in einem Umfang beanspruchen, der die Leistungsfähigkeit im Arbeitsverhältnis mit dem Bund vermindern kann oder wenn aufgrund der Art der Tätigkeit die Gefahr eines Konfliktes mit den dienstlichen Interessen besteht (Abs. 2). Wenn nicht im Einzelfall Interessenkonflikte ausgeschlossen werden können, wird die Bewilligung verweigert. Interessenkonflikte können insbesondere bei der Beratung oder Vertretung von Dritten in Angelegenheiten, die zu den Aufgaben der Verwaltungseinheit gehören, bei der die angestellte Person tätig ist, oder bei Tätigkeiten im Zusammenhang mit Aufträgen, die für den Bund ausgeführt werden oder die der Bund in absehbarer Zeit zu vergeben hat, bestehen (Abs. 3).

Interessenkonflikt geraten, der ihre bzw. seine Unabhängigkeit kompromittieren und die Glaubwürdigkeit des Amtes in Zweifel ziehen könnte.[1798]

B. Entstehungsgeschichte

2 Das grundsätzliche Verbot der Nebenbeschäftigung für die Beauftragte oder den Beauftragten wurde bereits im Rahmen der **ersten Etappe der Totalrevision des DSG** in Art. 26*b* aDSG eingeführt (Datenschutzbestimmungen für die Schengener Zusammenarbeit in Strafsachen).[1799] Betreffend die Nebenbeschäftigung waren die Vorgaben von Art. 42 Abs. 3 der Richtlinie (EU) 2016/680 massgebend.[1800] Die Bestimmungen traten am 1. März 2019 in Kraft.

3 Inhaltlich hat sich Art. 47 DSG seither nicht geändert. Allerdings wurde die Zuständigkeit für die Bewilligung einer Nebenbeschäftigung der oder des Beauftragten zwei Mal angepasst: In der Fassung des **totalrevidierten DSG** vom 15. September 2020 wurde die Aufgabe der Vereinigten Bundesversammlung übertragen. In der Folge kam die Befürchtung auf, dass die Aufgabenzuteilung nicht stufengerecht sei und sich das Verfahren in der Praxis als zu schwerfällig erweisen könnte.[1801] Im Rahmen der **parlamentarischen Initiative SPK-N 21.443**[1802] wurde deshalb die Gerichtskommission als zuständig erklärt (Art. 47 Abs. 2; vgl. N. 11 ff.).

II. GRUNDSATZ: VERBOT DER NEBENBESCHÄFTIGUNG (ABS. 1)

4 Art. 47 Abs. 1 DSG verbietet der oder dem Beauftragten die Ausübung einer Nebenbeschäftigung. Dies gilt **unabhängig davon, ob eine solche Tätigkeit**

1798. Vgl. dazu die Voten der Departementsvorsteherin des EJPD im Ständerat am 11.9.2018 (AB 2018 SR S. 621) sowie des Kommissionssprechers NR Addor im Nationalrat am 17.09.2018 (AB 2018 NR S. 1391).

1799. Siehe das Bundesgesetz vom 28.9.2018 über die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung (AS 2019 625).

1800 Botschaft 2017, S. 7089.

1801. Siehe dazu den Bericht der SPK-N, S. 7 f.

vergütet wird oder nicht.[1803] Das grundsätzliche Verbot der Nebenbeschäftigung geht damit weiter als die in Art. 46 DSG verankerte Unvereinbarkeitsregel und umfasst insbesondere auch kantonale und kommunale Ämter oder Anstellungen.[1804]

Das DSG definiert den **Begriff der Nebenbeschäftigung** nicht. Aus den Materialien geht jedoch hervor, dass nicht jede Tätigkeit, welche die oder der Beauftragte neben ihrem bzw. seinem Amt wahrnimmt, als unzulässig betrachtet werden soll. Stattdessen muss die Nebenbeschäftigung eine gewisse Qualität und Intensität aufweisen.[1805] Nicht als Nebenbeschäftigung gelten insbesondere Freizeitaktivitäten bzw. Hobbies.[1806] 5

III. AUSNAHME: BEWILLIGUNG DER NEBENBESCHÄFTIGUNG (ABS. 2)

Ausnahmen vom Verbot der Nebenbeschäftigung sind unter den Voraussetzungen von Art. 47 Abs. 2 DSG möglich: Die Gerichtskommission kann der oder dem Beauftragten die Ausübung einer Nebenbeschäftigung gestatten (vgl. N. 11 ff.), sofern weder die Ausübung der Funktion, noch die Unabhängigkeit, noch das Ansehen des EDÖB beeinträchtigt werden (vgl. N. 7 ff.). Die genannten Voraussetzungen sind *kumulativ* zu verstehen. Die Gerichtskommission berücksichtigt bei der Bewilligung insbesondere den Inhalt der Nebenbeschäftigung, den erforderlichen Zeitaufwand und die Höhe einer allfälligen Entschädigung.[1807] 6

A. Inhaltliche Voraussetzungen

Die Nebenbeschäftigung darf *erstens* die **Ausübung der Funktion der oder des Beauftragten nicht beeinträchtigen**. Die Aufgabenerfüllung soll nicht durch Abwesenheit oder Nicht-Verfügbarkeit der oder des Beauftragten 7

1802 Parlamentarische Initiative SPK-N 21.443 vom 15.4.2021 «Verordnung über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten».

1803 Vgl. den Bericht des Bundesamtes für Justiz, S. 30 (Erläuterungen zu Art. 26*b* DSG).

1804 OFK-Petermann Büttler, Art. 47 DSG N. 3.

1805 Siehe das Votum der Kommissionssprecherin SR Bruderer Wyss im Ständerat am 11.9.2018 (AB 2018 SR S. 620).

1806 BSK-Huber, Art. 26*b* DSG N. 8 und N. 11; OFK-Petermann Büttler, Art. 47 DSG N. 3.

1807 OFK-Petermann Büttler, Art. 47 DSG N. 4.

eingeschränkt werden.[1808] Dabei ist zu beachten, dass das Amt der oder des Beauftragten – anders als nach bisherigem Recht, in welchem kein bestimmter Beschäftigungsgrad vorgeschrieben war – nur noch im Vollpensum ausgeübt werden darf (Art. 8 der Verordnung der Bundesversammlung vom 17. Juni 2022 über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten[1809]). Dies hängt mit den Anforderungen an das Amt, die insbesondere aufgrund der Digitalisierung gestiegen sind, sowie den neuen Aufgaben und Kompetenzen, welche der EDÖB im Rahmen der Totalrevision des DSG erhält (z.B. neue Untersuchungs- und Verfügungskompetenzen nach Art. 49 ff. DSG), zusammen.[1810]

8 *Zweitens* darf die Nebenbeschäftigung die **Unabhängigkeit des EDÖB nicht beeinträchtigen**. Ein Interessenskonflikt bzw. der blosse Anschein eines Interessenkonflikts muss rechtlich und faktisch ausgeschlossen sein.[1811]

9 *Drittens* darf die Nebenbeschäftigung das **Ansehen des EDÖB nicht beeinträchtigen**. Dies gilt umso mehr, als die Funktion des EDÖB stark personifiziert ist und eine negative Wahrnehmung der oder des Beauftragten auch Auswirkungen auf die Autorität des EDÖB haben kann.[1812]

10 **Beispiele**:

- Die Tätigkeit als Geschäftsleitungsmitglied, Verwaltungsrat oder in der Revisionsstelle eines Unternehmens dürfte die Unabhängigkeit der oder des Beauftragten in der Regel beeinträchtigten (und je nach Umfang der Tätigkeit auch die Verfügbarkeit für das Amt einschränken).[1813]

1808 SHK-Baeriswyl, Art. 47 DSG N. 7.
1809 SR 235.171.1.
1810 Siehe dazu den Bericht der SPK-N, S. 18.
1811 SHK-Baeriswyl, Art. 47 DSG N. 8 m.w.H.
1812 SHK-Baeriswyl, Art. 47 DSG N. 9.
1813 Vgl. dazu Art. 41 Abs. 1 zweiter Satz des Entwurfs des Bundesrates vom 15.9.2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz (BBl 2017 7193, S. 7226) sowie OFK-Petermann Büttler, Art. 47 DSG N. 4.

- Unzulässig wären des Weiteren Tätigkeiten für Vereinigungen, deren Zielsetzungen den Datenschutz oder die Aufsicht durch den EDÖB in Frage stellen, da damit das Ansehen des EDÖB gefährdet würde.[1814]
- Ob eine Lehrtätigkeit (z.B. als Lektorin oder Lektor an einer Universität) bewilligt werden könnte, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Auf jeden Fall wäre nur ein kleineres Pensum möglich.[1815]

B. Zuständigkeit

Zuständig für die Bewilligung der Nebenbeschäftigung ist die Gerichtskommission (zur Entstehungsgeschichte von Art. 47 Abs. 2 DSG vgl. N. 2 f.). 11

Die Gerichtskommission prüft aufgrund der von der oder dem Beauftragten eingereichten Informationen im Einzelfall, ob die Kriterien für eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot der Nebenbeschäftigung erfüllt sind.[1816] Angesichts der hohen Anforderungen an die Unabhängigkeit der oder des Beauftragten ist ein strenger Massstab angezeigt.[1817] Sind die Voraussetzungen von Art. 47 Abs. 2 DSG aber offensichtlich gegeben, wäre es willkürlich, wenn die Gerichtkommission der oder dem Beauftragten die Ausnahmebewilligung verweigern würde.[1818] 12

Der Entscheid der Gerichtskommission wird veröffentlicht (Art. 47 Abs. 2 zweiter Satz DSG). Dies trägt zur Transparenz über das Amt der oder des Beauftragten bei.[1819] 13

Die vertretene Auffassung widerspiegelt die persönliche Meinung der Autorenschaft und bindet nicht das Bundesamt für Justiz.

1814. SHK-Baeriswyl, Art. 47 DSG N. 9.
1815. Vgl. OFK-Petermann Büttler, Art. 47 DSG N. 4. SHK-Baeriswyl, Art. 47 DSG N. 11 erachtet die Lehrtätigkeit als Nebenbeschäftigung für die Beauftragte oder den Beauftragten als grundsätzlich möglich.
1816. Vgl. OFK-Petermann Büttler, Art. 47 DSG N. 4 sowie SHK-Baeriswyl, Art. 47 DSG N. 5.
1817. SHK-Baeriswyl, Art. 47 DSG N. 5.
1818. OFK-Petermann Büttler, Art. 47 DSG N. 4.
1819. OFK-Petermann Büttler, Art. 47 DSG N. 4.

LITERATURVERZEICHNIS

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 47 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023.

Huber René, Kommentierung zu Art. 47 DSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor-Paul (Hrsg.), Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2014.

Petermann Büttler Judith, Kommentierung zu Art. 47 DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Orell Füssli Kommentar, Zürich 2023.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft des Bundesrates vom 15.9.2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz (BBl 2017 S. 6941).

Bericht des Bundesamtes für Justiz von Oktober 2018 zum Bundesgesetz über die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung.

Bericht der SPK-N vom 27.1.2022 zur parlamentarischen Initiative 21.443 «Verordnung über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten» (BBl 2022 S. 345).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 47a DSG

Eine Kommentierung von Danielle Schneider / Carl Jauslin

ZITIERVORSCHLAG

Danielle Schneider/Carl Jauslin, Kommentierung zu Art. 47a DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Schneider/Jauslin, N. XXX zu Art. 47a DSG.

Art. 47a Ausstand

Ist der Ausstand der oder des Beauftragten streitig, so entscheidet darüber die Präsidentin oder der Präsident der auf dem Gebiet des Datenschutzes zuständigen Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts.

GLIEDERUNG

In Kürze 673
I. Entstehungsgeschichte 673
II. Ausstandsgründe für die Beauftragte oder den Beauftragten 674
III. Entscheid über den Ausstand 675
Literaturverzeichnis 675
Materialienverzeichnis 676

IN KÜRZE

Art. 47*a* DSG klärt die Frage, wer im Streitfall über den Ausstand der oder des Beauftragten entscheidet. Die Aufgabe wird der Präsidentin oder dem Präsidenten der für den Datenschutz zuständigen Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts übertragen. Mit dieser Lösung wird die Unabhängigkeit bzw. die Weisungsungebundenheit der oder des Beauftragten gewahrt.

I. ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Art. 47*a* DSG wurde im Rahmen der **parlamentarischen Initiative SPK-N 21.443**[1820] in das totalrevidierte DSG eingefügt. Bei der Ausarbeitung der Ausführungsvorschriften zum Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten stellte das Parlament fest, dass es unklar war, wer im Streitfall über den Ausstand der oder des Beauftragten entscheidet. 1

Die üblichen Zuständigkeiten nach dem Bundespersonalrecht (Vorgesetzte gemäss Art. 94*a* Abs. 3 BPV) und dem Verwaltungsverfahrensrecht (Aufsichtsbehörde oder Kollegialbehörde unter Ausschluss des betreffenden Mitgliedes gemäss Art. 10 Abs. 2 VwVG) kamen aufgrund der **besonderen Stellung** der oder des Beauftragten nicht in Frage. Auch die Vereinigte Bundesversammlung oder die Gerichtskommission, die grundsätzlich für die Arbeitgeberentscheide gegenüber der oder dem Beauftragten zuständig sind (vgl. Art. 2 der Verordnung der Bundesversammlung vom 17. Juni 2022 über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten[1821]; nachfolgend «Verordnung über das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten»), fielen aufgrund der **Unabhängigkeit bzw. der Weisungsungebundenheit** der oder des Beauftragten als Entscheidungsinstanzen ausser Betracht.[1822] 2

Das Parlament füllte diese Lücke, indem es **die Präsidentin oder den Präsidenten der auf dem Gebiet des Datenschutzes zuständigen** 3

1820 Parlamentarische Initiative SPK-N 21.443 vom 15.4.2021 «Verordnung über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten».

1821 SR 235.171.1.

1822 Vgl. dazu den Bericht der SPK-N, S. 8.

Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts mit dem Entscheid über einen streitigen Ausstand der oder des Beauftragten betraute. Diese Zuständigkeit ist naheliegend, da die Präsidentin oder der Präsident der Abteilung I des Bundesverwaltungsgerichts bereits unter bisherigem Recht besondere Aufgaben im Bereich des Datenschutzes wahrgenommen hat (vgl. Art. 30 Abs. 2 und Art. 33 Abs. 2 aDSG).[1823]

II. AUSSTANDSGRÜNDE FÜR DIE BEAUFTRAGTE ODER DEN BEAUFTRAGTEN

4 Die Ausstandsgründe für die Beauftragte oder den Beauftragten richten sich grundsätzlich nach dem **Bundespersonalrecht** (Art. 43 Abs. 3 erster Satz DSG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 der Verordnung über das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten). Gemäss Art. 94*a* Abs. 1 BPV tritt die oder der Beauftragte in den Ausstand, wenn sie oder er aus einem persönlichen Interesse in einer Sache oder aus anderen Gründen befangen sein könnte. Dabei genügt der Anschein der Befangenheit (Art. 94*a* Abs. 1 BPV). Art. 94*a* Abs. 2 BPV führt (nicht abschliessend) folgende Befangenheitsgründe an:

- die besondere Beziehungsnähe oder die persönliche Freund- oder Feindschaft zu natürlichen und juristischen Personen, die an einem Geschäft oder Entscheidprozess beteiligt oder davon betroffen sind (lit. a) und
- das Vorliegen eines Stellenangebotes von einer natürlichen oder juristischen Person, die an einem Geschäft oder einem Entscheidprozess beteiligt oder davon betroffen ist (lit. b).

5 Im Rahmen einer Untersuchung von Verstössen gegen Datenschutzvorschriften kommen dagegen die Vorschriften des **Verwaltungsverfahrensrechts** und damit die **Ausstandsgründe nach Art.**

1823 Vgl. dazu den Bericht der SPK-N, S. 8.

10 Abs. 1 VwVG zur Anwendung (Art. 94*a* Abs. 4 BPV und Art. 52 Abs. 1 DSG). Dazu gehören unter anderem:

- ein persönliches Interesse in der Sache (Art. 10 Abs. 1 lit. a VwVG),
- die Ehe, eingetragene Partnerschaft oder faktische Lebensgemeinschaft mit einer Partei (Art. 10 Abs. 1 lit. b VwVG),
- die Verwandtschaft oder Schwägerschaft mit einer Partei (Art. 10 Abs. 1 lit. b^{bis} VwVG) sowie
- die Vertretung einer Partei oder das Tätigsein für eine Partei in der gleichen Sache (Art. 10 Abs. 1 lit. c VwVG).

III. ENTSCHEID ÜBER DEN AUSSTAND

Die Ausstandsgründe sind **zwingender Natur**. Die oder der Beauftragte muss sie also von sich aus berücksichtigen und den involvierten Personen zur Kenntnis bringen.[1824] Tritt die oder der Beauftragte in den Ausstand, übernimmt ihre oder seine Stellvertreterin bzw. ihr oder sein Stellvertreter das Geschäft. 6

Ist der Ausstand der oder des Beauftragten dagegen **streitig**, so entscheidet darüber die Präsidentin oder der Präsident der auf dem Gebiet des Datenschutzes zuständigen Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 47*a* DSG). Dieser Entscheid kann mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht angefochten werden (Art. 82 ff. und Art. 92 BGG).[1825] 7

Die vertretene Auffassung widerspiegelt die persönliche Meinung der Autorenschaft und bindet nicht das Bundesamt für Justiz.

LITERATURVERZEICHNIS

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 47*a* DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023.

1824 SHK-Baeriswyl, Art. 47*a* DSG N. 5. Siehe auch OFK-Petermann Büttler, Art. 47*a* DSG N. 3.
1825 Vgl. dazu den Bericht der SPK-N, S. 8.

Petermann Büttler Judith, Kommentierung zu Art. 47*a* DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Orell Füssli Kommentar, Zürich 2023.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Bericht der SPK-N vom 27.1.2022 zur parlamentarischen Initiative 21.443 «Verordnung über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten» (BBl 2022 S. 345).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 48 DSG

Eine Kommentierung von Carl Jauslin / Danielle Schneider

ZITIERVORSCHLAG

Carl Jauslin/Danielle Schneider, Kommentierung zu Art. 48 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Jauslin/Schneider, N. XXX zu Art. 48 DSG.

Art. 48 Selbstkontrolle des EDÖB

Der EDÖB stellt durch geeignete Kontrollmassnahmen, insbesondere in Bezug auf die Datensicherheit, sicher, dass der rechtskonforme Vollzug der bundesrechtlichen Datenschutzvorschriften innerhalb seiner Behörde gewährleistet ist.

GLIEDERUNG

In Kürze 679
I. Allgemeines 679
II. Kontrollmassnahmen 681
A. Datensicherheit im Besonderen 681
B. Rechtskonformer Vollzug der Datenschutzvorschriften im Allgemeinen 682
Literaturverzeichnis 683
Materialienverzeichnis 683

IN KÜRZE

Die Einhaltung der Datenschutzvorschriften durch den EDÖB ist eine Rechtspflicht, die sich bereits aus der Eigenschaft des EDÖB als Bundesorgan ergibt. Da für den EDÖB keine externe Datenschutzaufsicht vorgesehen ist, verpflichtet der Gesetzgeber den EDÖB zur Selbstkontrolle: Gemäss Art. 48 DSG muss der EDÖB durch geeignete Kontrollmassnahmen sicherstellen, dass ein rechtskonformer Vollzug gewährleistet wird. Art. 40 DSV konkretisiert, dass der EDÖB für sämtliche seiner automatisierten Datenbearbeitungen ein Bearbeitungsreglement erstellen muss - und zwar unabhängig davon, ob er besonders schützenswerte Personendaten bearbeitet oder ein Profiling durchführt. Damit wird sichergestellt, dass die Einhaltung der Datenschutzvorschriften auch innerhalb des EDÖB kontrolliert wird, was die Glaubwürdigkeit des EDÖB als Aufsichtsbehörde gegenüber Dritten stärkt.

I. ALLGEMEINES

Art. 48 DSG richtet sich an den EDÖB - jedoch nicht in seiner Funktion als Aufsichtsbehörde, sondern als Bundesorgan, das Personendaten bearbeitet. Es verpflichtet den EDÖB geeignete Kontrollmassnahmen sicherzustellen, um die Datensicherheit *im Besonderen* und den rechtskonformen Vollzug der bundesrechtlichen Datenschutzvorschriften *im Allgemeinen* auch innerhalb seiner Institution zu gewährleisten. Da für den EDÖB als Aufsichtsbehörde keine *externe* Datenschutzaufsicht vorgesehen ist, verpflichtet der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung den EDÖB zur *Selbst*kontrolle bei der Bearbeitung von Personendaten. 1

Der EDÖB bearbeitet Personendaten, inklusive besonders schützenswerte Personendaten, zu folgenden Zwecken (Art. 39 DSV): 2

- zur Ausübung seiner Aufsichtstätigkeiten (lit. a),
- zur Ausübung seiner Beratungstätigkeiten (lit. b),
- zur Zusammenarbeit mit anderen Behörden (lit. c),
- zur Aufgabenerfüllung im Rahmen der Strafbestimmungen des DSG (lit. d),
- zur Erfüllung seiner Aufgaben gemäss dem Öffentlichkeitsgesetz (lit. e-g),

- zur Information der parlamentarischen Aufsicht (lit. h), zur Information der Öffentlichkeit (lit. i) und zur Ausübung seiner Schulungstätigkeiten (lit. j).

Der EDÖB bearbeitet Personendaten sowohl in seiner Funktion als Datenschutzbeauftragter wie auch als Öffentlichkeitsbeauftragter. Konkret führt er insbesondere eine Geschäftsverwaltung (Art. 57h RVOG), ein Personaladministrationssystem, eine Liste der Datenschutzberater (Art. 10 Abs. 3 lit. d DSG; Art. 10 Abs. 4 DSG i.V.m. Art. 27 Abs. 2 DSV), das Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten der Bundesorgane (Art. 12 Abs. 4 DSG) sowie ein Meldeportal für Verletzungen der Datensicherheit (Art. 24 DSG).[1826] Der EDÖB dürfte namentlich im Rahmen seiner gesetzlichen Aufgaben insbesondere Personendaten seiner Mitarbeitenden, Personendaten von anderen Bundesangestellten, sowie Daten von Dritten, inklusive Daten juristischer Personen (Art. 57*r* RVOG) bearbeiten.

3 Der EDÖB selbst untersteht keiner externen Datenschutzaufsicht, darum wird er zur Selbstkontrolle verpflichtet.[1827] Die Bestimmung in Art. 48 DSG verdeutlicht, dass auch der EDÖB als Aufsichtsbehörde im Bereich des Datenschutzes nicht über dem Datenschutzrecht steht und die Einhaltung der Vorschriften auch innerhalb seiner eigenen Behörde sicherstellen muss. Eine externe Kontrolle des EDÖB würde seine Unabhängigkeit gemessen am eher geringen Risiko des Datenmissbrauchs auf unverhältnismässige Weise beschränken.

4 Als Bundesorgan ist der EDÖB neben den allgemeinen Bestimmungen in Art. 5-13 und 16-29 an die besonderen Bestimmungen zur Datenbearbeitung durch Bundesorgane gemäss Art. 33 ff. DSG gebunden.[1828] Art. 48 DSG sieht vor, dass der EDÖB für die Einhaltung dieser Verpflichtungen geeignete Kontrollmassnahmen vorsehen muss. Diese Verpflichtung zur Selbstkontrolle ist dem Umstand geschuldet, dass eine entsprechende externe Datenschutzaufsicht für den EDÖB fehlt. Die primären Verpflichtungen unterscheiden sich somit nicht von denjenigen anderer Bundesorgane; Art. 48 DSG betrifft lediglich die Verpflichtungen des EDÖB zur Kontrolle hinsichtlich der Einhaltung dieser primären Verpflichtungen. Der EDÖB hat insbesondere all diejenigen Kontrollmassnahmen zu ergreifen, die er

1826 SHK-Baeriswyl, Art. 48 DSG, N. 8.
1827 OFK-Petermann Büttler, Art. 48 DSG, N. 1.
1828 SHK-Baeriswyl, Art. 48 DSG, N. 2.

üblicherweise im Rahmen seiner Aufsichtstätigkeit gegenüber anderen Bundesorganen durchführt, soweit diese sich auch bei der Selbstkontrolle als geeignet erweisen. Damit wird die Glaubwürdigkeit des EDÖB in seiner Aufsichtstätigkeit gegenüber Bundesorganen und Privaten gestärkt.

Die Bestimmung in Art. 48 DSG zur Selbstkontrolle des EDÖB wurde mit der Totalrevision vom 25. September 2020 (Inkrafttreten am 1. September 2023) ins Bundesgesetz über den Datenschutz aufgenommen. 5

II. KONTROLLMASSNAHMEN

A. Datensicherheit im Besonderen

Art. 48 DSG verpflichtet den EDÖB dazu, geeignete Kontrollmassnahmen einzurichten, um die Datensicherheit innerhalb seiner eigenen Institution zu garantieren. Als Verletzung der Datensicherheit gilt gemäss Art. 5 lit. h DSG «eine Verletzung der Sicherheit, die dazu führt, dass Personendaten unbeabsichtigt oder widerrechtlich verlorengehen, gelöscht, vernichtet oder verändert werden oder Unbefugten offengelegt oder zugänglich gemacht werden». 6

Die Verpflichtung zur Gewährleistung der Datensicherheit für den EDÖB ergibt sich in allgemeiner Weise bereits aus Art. 8 DSG.[1829] Verantwortliche und Auftragsbearbeiter müssen entsprechend dieser Bestimmung durch geeignete technische und organisatorische Massnahmen eine dem Risiko angemessene Datensicherheit gewährleisten. Die eingerichteten Massnahmen müssen es ermöglichen, Verletzungen der Datensicherheit nicht nur nachträglich festzustellen, sondern präventiv zu vermeiden. Die Datensicherheit wird in der DSV konkretisiert. Insbesondere Art. 3 DSV nennt eine Reihe von technischen und organisatorischen Massnahmen, um die Ziele der Datensicherheit nach Art. 2 DSV zu erreichen, wie beispielsweise die Zugriffs-, Zugangs-, Benutzer-, Eingabe- und Bekanntgabe-Kontrolle. Das Bearbeitungsreglement für Bundesorgane gemäss Art. 6 DSV dient ebenfalls als ein Mittel zur Sicherstellung der Datensicherheit. 7

Der Bundesrat hat vor diesem Hintergrund in Art. 40 DSV die Verpflichtung des EDÖB zur Selbstkontrolle konkretisiert.[1830] Der EDÖB muss für sämtliche 8

1829 SHK-Baeriswyl, Art. 48 DSG, N. 7.

automatisierten Bearbeitungen ein **Bearbeitungsreglement** erstellen - und zwar unabhängig davon, ob etwa besonders schützenswerte Personendaten bearbeitet werden, ein Profiling durchgeführt wird oder der Bearbeitungszweck oder die Art und Weise der Datenbearbeitung zu einem schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Person führen können. Art. 40 DSV erklärt nämlich Art. 6 Abs. 1 DSV und die darin enthaltenen Voraussetzungen für die Erstellung eines Bearbeitungsreglements im Fall des EDÖB für nicht anwendbar.

9 Art. 40 DSV nennt neben der Verpflichtung zur Erstellung eines Bearbeitungsreglements keine weiteren Massnahmen im Rahmen der Selbstkontrolle des EDÖB.[1831] In den Erläuterungen zu Art. 40 DSV hält das Bundesamt für Justiz fest, dass der EDÖB wie die anderen Bundesorgane auch entsprechende interne Prozesse vorsehen muss, die das Bearbeitungsreglement *umsetzen* und die Einhaltung überprüfen.[1832] Die gesetzliche Bestimmung in Art. 48 DSG spricht jedoch in allgemeinerer Weise von «geeigneten Kontrollmassnahmen, insbesondere in Bezug auf die Datensicherheit» Die Erstellung, Umsetzung, Überprüfung sowie regelmässige Anpassung des Bearbeitungsreglements gemäss Art. 40 DSV entbindet den EDÖB folglich nicht von seiner generelleren Verpflichtung gemäss Art. 48 DSG weitergehende Kontrollmassnahmen vorzusehen, sofern diese als geeignet und angemessen beurteilt werden.

B. Rechtskonformer Vollzug der Datenschutzvorschriften im Allgemeinen

10 Art. 48 DSG verpflichtet den EDÖB Kontrollmassnahmen einzurichten, die den rechtskonformen Vollzug der bundesrechtlichen Datenschutzvorschriften sicherstellen. Diese Verpflichtung geht über die Erstellung und Umsetzung eines Bearbeitungsreglements im Sinne von Art. 40 DSV hinaus. Sie verlangt insbesondere, dass die geplanten Datenbearbeitungen regelmässig auf ihre Konformität mit den bundesrechtlichen Datenschutzvorschriften geprüft werden.[1833] Gerade im Rahmen des internen Kontrollsystems (IKS) sollte der

1830 Botschaft 2017, S. 7089.
1831 OFK-Petermann Büttler, Art. 48 DSG, N. 3.
1832 Erläuternder Bericht des BJ zur DSV vom 31.8.22, S. 57.
1833 SHK-Baeriswyl, Art. 48 DSG, N. 11.

EDÖB weitere Massnahmen vorsehen, um die Einhaltung der DSG-Vorgaben sicherzustellen.[1834]

Im Gegensatz zur Pflicht, ein Bearbeitungsreglement zu erstellen, sind jedoch darüber hinaus gehende Kontrollmassnahmen nur verlangt, sofern diese einerseits geeignet sind, die Einhaltung der Datenschutzvorschriften sicherzustellen und anderseits zum Datenmissbrauchsrisiko und der Gefährdung der Grundrechte der betroffenen Person in einem angemessenen Verhältnis stehen. Konkret darf die Verpflichtung des EDÖB nicht dazu führen, dass seine gesetzlichen Aufgaben im Rahmen der Aufsicht und Beratung verunmöglicht oder unverhältnismässig erschwert werden. Dies gesagt, kann der EDÖB die notwendigen personellen Ressourcen, die im Rahmen der Selbstkontrolle anfallen, im Rahmen seines Budgetantrags berücksichtigen. 11

Die vertretene Auffassung widerspiegelt die persönliche Meinung der Autorenschaft und bindet nicht das Bundesamt für Justiz.

LITERATURVERZEICHNIS

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 48 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023.

Petermann Büttler Judith, Kommentierung zu Art. 48 DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Orell Füssli Kommentar, Zürich 2023.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft des Bundesrates vom 15.9.2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz (BBl 2017 S. 6941).

Erläuternder Bericht des BJ zur Datenschutzverordnung DSV vom 31. 8.2022.

1834 OFK-Petermann Büttler, Art. 48 DSG, N. 3.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 49 DSG

Eine Kommentierung von Michael Reinle

ZITIERVORSCHLAG

Michael Reinle, Kommentierung zu Art. 49 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Reinle, N. XXX zu Art. 49 DSG.

2. Abschnitt:
Untersuchung von Verstössen gegen Datenschutzvorschriften

Art. 49 Untersuchung

[1] Der EDÖB eröffnet von Amtes wegen oder auf Anzeige hin eine Untersuchung gegen ein Bundesorgan oder eine private Person, wenn genügend Anzeichen bestehen, dass eine Datenbearbeitung gegen die Datenschutzvorschriften verstossen könnte.

[2] Er kann von der Eröffnung einer Untersuchung absehen, wenn die Verletzung der Datenschutzvorschriften von geringfügiger Bedeutung ist.

[3] Das Bundesorgan oder die private Person erteilt dem EDÖB alle Auskünfte und stellt ihm alle Unterlagen zur Verfügung, die für die Untersuchung notwendig sind. Das Auskunftsverweigerungsrecht richtet sich nach den Artikeln 16 und 17 des VwVG, sofern Artikel 50 Absatz 2 des vorliegenden Gesetzes nichts anderes bestimmt.

[4] Hat die betroffene Person Anzeige erstattet, so informiert der EDÖB sie über die gestützt darauf unternommenen Schritte und das Ergebnis einer allfälligen Untersuchung.

GLIEDERUNG

In Kürze 688
I. Allgemeines 688
A. Normzweck und Hintergrund 688
B. Entstehungsgeschichte 689
II. Untersuchung 691
A. Unterschied zum bisherigen Recht 691
B. Eröffnung der Untersuchung (Abs. 1) 692
C. Verzicht auf Untersuchung (Abs. 2) 693
D. Mitwirkungspflichten (Abs. 3) 695
E. Information der betroffenen Person (Abs. 4) 697
Literatur 698
Materialien 699

IN KÜRZE

Diese Bestimmung ist im Hinblick auf die Stärkung der Kompetenzen des EDÖB von entscheidender Bedeutung. Wichtig sind insbesondere die Mitwirkungspflichten der Bundesorgane und privaten Personen im Rahmen der Untersuchung. Neu und ebenfalls bedeutsam ist, dass der EDÖB gegenüber privaten Personen eine Untersuchung eröffnen kann, wenn genügend Anzeichen für einen Verstoss gegen Datenschutzvorschriften bestehen. Unter dem früheren DSG war die Untersuchungskompetenz gegenüber privaten Personen eingeschränkter.

I. ALLGEMEINES

A. Normzweck und Hintergrund

1 Während Art. 4 DSG in allgemeiner Form festhält, dass dem EDÖB die Aufsicht über die Anwendung der bundesrechtlichen Datenschutzvorschriften obliegt, regelt Art. 49 DSG eine der wichtigsten Kompetenzen des EDÖB im Zusammenhang mit dieser Aufsicht, nämlich die Untersuchung von möglichen Datenschutzverletzungen durch Bundesorgane und private Personen.

2 Eines der wichtigsten Ziele der Revision des DSG war es, die Kontrollkompetenzen des EDÖB zu verstärken.[1835] Dies auch deshalb, weil das bisherige DSG hinsichtlich der Kontrolle der Datenbearbeitungen durch private Personen (Art. 29 aDSG) als zahnlos betrachtet wurde.

3 Zudem lagen die bisherigen Untersuchungsbefugnisse des EDÖB unter den internationalen Vorgaben, weshalb befürchtet wurde, dass ohne eine Verstärkung der Untersuchungskompetenzen des EDÖB ein positiver Angemessenheitsbeschluss der EU in Gefahr stehen könnte.[1836]

1835 BJ, Normkonzept zur Revision des Datenschutzgesetzes, Bericht der Begleitgruppe Revision DSG vom 29.10.2014, S. 9 f.

1836 BJ, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, S. 77 f.

B. Entstehungsgeschichte

Im Normkonzept zur Revision des Datenschutzgesetzes wurde die Stärkung der Kompetenzen des EDÖB als eine der Kernforderungen bei der Revision des DSG statuiert und u.a. die Einführung eines Vorabklärungsverfahrens sowie die Verstärkung der Untersuchungsbefugnisse diskutiert.[1837] 4

In Art. 41 VE-DSG wurden verschiedene Massnahmen aus dem Normkonzept umgesetzt: So wurden die Untersuchungskompetenzen gegenüber Bundesorganen und privaten Personen, welche bis dahin in Art. 27 und Art. 29 aDSG enthalten waren, in einer Bestimmung zusammengefasst, und das informelle Vorabklärungsverfahren geregelt. Während Art. 29 aDSG gegenüber privaten Personen die Eröffnung von Untersuchungen nur unter eingeschränkten Voraussetzungen erlaubte, sollten diese Einschränkungen künftig gestrichen werden. Dies wurde auch damit begründet, dass die bisherigen Einschränkungen in Art. 29 aDSG die Anforderungen des E-SEV 108 nicht erfüllen würden.[1838] Die neuen Ermittlungsbefugnisse des EDÖB seien zudem ein entscheidendes Element im Hinblick auf Art. 45 der Verordnung (EU) 2016/679, um sicherzustellen, dass die Europäische Kommission den Angemessenheitsbeschluss gegenüber der Schweiz erneuert bzw. aufrechterhält.[1839] Art. 41 VE-DSG wurde in der Vernehmlassung rege diskutiert. Während gewisse Vernehmlassungsteilnehmer/-innen die Stärkung der Untersuchungskompetenzen begrüssten, ging dies anderen viel zu weit.[1840] 5

Art. 43 E-DSG orientierte sich inhaltlich an Art. 41 VE-DSG. Allerdings wurde auf die Nennung des Vorabklärungsverfahrens verzichtet. Auch wurden die in Art. 41 Abs. 3 VE-DSG explizit genannten Untersuchungsmassnahmen weggelassen bzw. in eine andere Bestimmung kopiert. In der Botschaft zur 6

1837 BJ, Normkonzept zur Revision des Datenschutzgesetzes, Bericht der Begleitgruppe Revision DSG vom 29.10.2014, S. 41 ff.

1838 BJ, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, S. 77.

1839 BJ, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, S. 78.

1840 BJ, Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz – Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 10.8.2017, S. 45 ff.

DSG-Revision wurde wiederum betont, dass die Neuregelung der Untersuchungskompetenzen des EDÖB wichtig sei, weil dessen Überwachungskompetenzen gegenüber dem Privatsektor die Anforderungen des E-SEV 108 aktuell nicht erfüllen würden.[1841]

7 Art. 43 E-DSG war Gegenstand der parlamentarischen Beratungen. Im Nationalrat konzentrierte sich die Diskussion vor allem auf die Voraussetzungen für die Eröffnung einer Untersuchung. Die Minderheit «Romano» wollte die Mindestanforderungen zur Eröffnung einer Untersuchung anheben.[1842] Begründet wurde dies damit, dass blosse Anzeichen für eine Verletzung von Datenschutzvorschriften den Anforderungen an ein rechtsstaatliches Verfahren nicht genügen würden. Es wurde auch befürchtet, dass der EDÖB bei zu tiefen Anforderungen überlastet werden könnte. Die Mehrheit wollte dagegen dem EDÖB keine «Handschellen» anlegen.[1843] Die zuständige Bundesrätin Keller-Sutter wies darauf hin, dass der Vorschlag der Mehrheit – es müssen genügend Anzeichen und nicht bloss Anzeichen für einen Datenschutzverstoss vorliegen – keine materielle Änderung gegenüber Art. 43 E-DSG darstellen würde.[1844] Sie äussert sich jedoch kritisch gegenüber einer weiteren Erhöhung der Anforderungen.[1845] Der Minderheitsantrag «Romano» würde zu einer gewissen Rechtsunsicherheit in den Verfahren des EDÖB führen. Zudem würden die erhöhten Anforderungen an die Verfahrenseröffnung die Angemessenheit des schweizerischen Datenschutzniveaus in einem für die EU besonders wichtigen Bereich gefährden. Weder die Konvention 108+ noch die EU-Rechtsakte würden eine solche Begrenzung der Ermittlungsbefugnisse der Datenschutz-Aufsichtsbehörden vorsehen. Der Nationalrat folgte der Mehrheitsmeinung.[1846]

8 Der Ständerat schloss sich betreffend Art. 43 Abs. 1 E-DSG dem Entscheid des Nationalrates an. Diskutiert wurde im Ständerat primär Art. 43 Abs. 3 E-DSG. Es ging bei der Debatte um den Schutz des Berufsgeheimnisses. Obwohl Art. 43 Abs. 3 E-DSG das Berufsgeheimnis z. B. von Anwälten und Ärzten bereits

1841.Botschaft 2017, S. 7090.
1842.Votum Romano, AB 2019 NR S. 1821.
1843.Votum Wermuth, AB 2019 NR S. 1820; Votum Flach, AB 2019 NR S. 1821.
1844.Votum Keller-Sutter, AB 2019 BR S. 1823.
1845.Votum Keller-Sutter, AB 2019 BR S. 1824.
1846AB 2019 NR S. 1828.

schützen würde, beantragte die Kommission des Ständerates den Vorbehalt des Berufsgeheimnisses nochmals explizit zu erwähnen.[1847] BR Keller-Sutter verteidigte den Vorschlag des Bundesrates.[1848] Sie betonte, dass das Berufsgeheimnis in den anwendbaren Verfahrensgesetzen bereits genügend geschützt sei. Die nochmalige Betonung des Berufsgeheimnisses würde aus Sicht des Bundesrates eher zu Rechtsunsicherheiten führen. Es würde sich die Frage stellen, weshalb andere wichtige Verweigerungsgründe des allgemeinen Verfahrensrechts nicht ebenfalls nochmals ausdrücklich erwähnt werden. Der Ständerat folgte jedoch seiner Kommission.[1849] Der Nationalrat hat sich diesem Beschluss des Ständerates angeschlossen.[1850]

II. UNTERSUCHUNG

A. Unterschied zum bisherigen Recht

Bis anhin wurden Untersuchungen gegen Bundesorgane sowie private Personen in unterschiedlichen Bestimmungen geregelt (Art. 27 und 29 aDSG). Unterschiedlich waren auch die Anforderungen für die Eröffnung einer Untersuchung. Art. 27 Abs. 2 aDSG sah für die Eröffnung von Untersuchungen gegen Bundesorgane keine besondere Schwelle vor. Nach Art. 29 Abs. 1 aDSG durfte der EDÖB dagegen gegen private Personen nur Untersuchungen eröffnen, wenn die Bearbeitungsmethoden geeignet waren, die Persönlichkeit einer grösseren Anzahl von Personen zu verletzen (Systemfehler), Datensammlungen registriert werden mussten oder eine Informationspflicht nach Art. 6 Abs. 3 aDSG bestand. Diese Anforderungen in Art. 29 Abs. 1 aDSG erfüllten die internationalen Standards jedoch nicht.[1851] 9

Neu werden die früheren Anforderungen an die Eröffnung einer Untersuchung gegenüber privaten Personen gestrichen. Zudem gelten einheitliche Regeln für die Eröffnung von Untersuchungen gegen Bundesorgane und private Personen. Dies führt zu einer Stärkung des EDÖB.[1852] 10

1847.Votum Fässler, AB 2019 SR S. 1247.
1848.Votum Keller-Sutter, AB 2019 BR S. 1247.
1849AB 2019 SR S. 1247.
1850AB 2020 NR S. 154.
1851.Botschaft 2017, S. 7090.

B. Eröffnung der Untersuchung (Abs. 1)

11 Nach Art. 49 Abs. 1 DSG eröffnet der EDÖB von Amtes wegen oder auf Anzeige hin eine Untersuchung, wenn *genügend* Anzeichen bestehen, dass eine Datenbearbeitung gegen die Datenschutzvorschriften verstossen könnte.

12 Die Anzeige kann durch einen Dritten oder durch die betroffene Person erfolgen, d.h. grundsätzlich durch jedermann.[1853] Die Person, die Anzeige erstattet, hat im Verfahren jedoch keine Parteistellung (Art. 52 Abs. 2 DSG e contrario). Die Anzeige kann auch anonym erfolgen.[1854] Da der EDÖB neu nur bei genügenden Anzeichen für eine Datenschutzverletzung eine Untersuchung einleiten muss, kann sich eine anonyme Anzeige negativ auf diesen Entscheid auswirken. Ob eine Anzeige z.B. durch eine Person mit einem engen Bezug zur angezeigten Datenbearbeitung erfolgt oder nicht, ist bei dieser Beurteilung somit durchaus relevant.

13 Der EDÖB kann auch aktiv werden, wenn in Pressemitteilungen über mögliche Datenschutzverletzungen berichtet wird,[1855] was bereits heutiger Praxis entspricht.[1856]

14 Mit Datenschutzvorschriften im Sinne von Art. 4 Abs. 1 DSG sind nicht nur die Vorschriften des DSG gemeint, sondern auch die bereichsspezifischen Datenschutzvorschriften des Bundes.[1857] Erfasst sind damit datenschutzrelevante Bestimmungen in anderen Bundeserlassen[1858] sowie auch datenschutzrechtsspezifische völkerrechtliche Verträge. Diese Erweiterung über das DSG hinaus ist primär für Bundesorgane relevant.

15 Eine Untersuchung darf nur eröffnet werden, wenn genügend Anzeichen für einen Verstoss gegen Datenschutzvorschriften bestehen. Diese Anforderung wurde vom Parlament eingebracht (siehe N. 7 vorangehend). Aufgrund der parlamentarischen Beratung lassen sich keine allzu klaren Vorgaben dafür

---

1852 Bieri/Powell, Jusletter 16.11.2020, Rz. 27; Reudt-Demont/Gordon/Egli, S. 268 f.; siehe auch EDÖB, Das neue Datenschutzgesetz aus Sicht des EDÖB, 9.2.2021, S. 7.

1853 Jöhri, Art. 27 DSG N. 6.

1854 BSK-Huber, Art. 27 DSG N. 6; Jöhri, Art. 27 DSG N.6.

1855 Rosenthal, Jusletter 16.11.2020, Rz. 182.

1856 Siehe z.B. die Vorabklärungen in Sachen Mitto AG, welche durch Pressemitteilungen ausgelöst wurden, EDÖB, Pressemitteilung vom 20.3.2023.

1857 BSK-Huber, Art. 27 DSG N. 5; Jöhri, Art. 27 DSG N.5; SHK-Baeriswyl, Art. 27 DSG N. 15.

1858 Siehe hierzu SHK-Rudin, Art. 2 DSG N. 6.

finden, was als genügendes Anzeichen zu gelten hat. Eine Minderheit des Nationalrates wollte Art. 43 E-DSG folgendermassen ausgestalten: «Bei begründetem Verdacht eröffnet der Beauftragte von Amtes wegen oder auf begründete Anzeige hin eine Untersuchung gegen ein Bundesorgan oder eine private Person, wenn eindeutige Hinweise bestehen, dass eine Datenbearbeitung gegen die Datenschutzvorschriften verstossen könnte.»[1859] Diese verschärften Anforderungen – insbesondere die Anforderung, dass eindeutige Hinweise vorliegen müssen – wurden aber abgelehnt.[1860] Bei genügenden Anzeichen muss es sich damit weder um eindeutige Hinweise noch um einen begründeten Verdacht im Sinne des Strafprozessrechts handeln. Gemäss BR Keller-Sutter soll es sich bei genügenden Anzeichen im Vergleich zum Vorschlag des Bundesrates, welcher einfach von Anzeichen sprach, nicht um eine materielle Änderung handeln.[1861] Auch der Bundesrat wollte letztlich nicht, dass der EDÖB seine Ressourcen mit pauschalen Untersuchungen erschöpft.[1862] Es muss sich um Anzeichen handeln, welche den Einsatz der Ressourcen des EDÖB rechtfertigen. Die parlamentarische Beratung und insbesondere die Voten der Mehrheit zeigen, dass man dem EDÖB hierbei einen Ermessensspielraum gewähren wollte.[1863]

C. Verzicht auf Untersuchung (Abs. 2)

Nach Art. 49 Abs. 2 DSG kann der EDÖB auf eine formelle Untersuchung verzichten, wenn die Verletzung der Datenschutzvorschriften von geringfügiger Bedeutung ist. Gemäss Botschaft wäre dies z.B. der Fall, wenn ein Sport- oder Kulturverein sämtlichen Mitgliedern eine E-Mail-Nachricht sendet, ohne die Identität der Empfängerinnen und Empfänger zu verbergen.[1864] Absatz 2 kann gemäss Botschaft auch zur Anwendung gelangen, wenn der EDÖB der Auffassung ist, dass die Beratung des Verantwortlichen ausreicht, um eine an sich kaum problematische Situation zu beseitigen.[1865] 16

1859 AB 2019 NR S. 1828.
1860 AB 2019 NR S. 1828.
1861 Votum Keller-Sutter, AB 2019 BR S. 1823.
1862 Votum Keller-Sutter, AB 2019 BR S. 1824.
1863 Votum Wermuth, AB 2019 NR S. 1820; Votum Flach, AB 2019 NR S. 1821.
1864 Botschaft 2017, S. 7090.
1865 Botschaft 2017, S. 7090.

17 Gemäss Rosenthal soll ein Verzicht auch möglich sein, wenn bei Data-Breach-Meldungen klar ist, dass die Verletzung nicht gravierend ist oder der Verantwortliche die Sache im Griff hat.[1866]

18 Gegen einen Verzicht spricht dagegen, falls die fraglichen Datenbearbeitungen eine grössere Anzahl von Personen betreffen und demnach ein allgemeines Interesse der Öffentlichkeit besteht.[1867]

19 Der EDÖB soll handeln, wenn in seinen Augen ein ausreichendes öffentliches Interesse für eine Untersuchung vorliegt. Er soll dagegen auf eine Untersuchung verzichten, wenn nur die Privatsphäre einer Einzelperson betroffen ist.[1868] In letzterem Fall hat die betroffene Person die Möglichkeit, bei einem Zivilgericht gegen die private Person Klage zu erheben oder den Beschluss des Bundesorgans bei der zuständigen Beschwerdestelle anzufechten.[1869]

20 Art. 49 Abs. 1 i.V.m. Abs. 2 DSG ist eine «Kann-Bestimmung», welche dem EDÖB einen gewissen Handlungsspielraum bei der Entscheidung offen lässt, ob er eine Untersuchung eröffnet oder darauf verzichtet.[1870] Diesen Spielraum hat das Parlament dem EDÖB belassen (siehe N. 7 vorangehend). Es obliegt dem EDÖB, über die Zweckmässigkeit einer solchen Untersuchung zu befinden.[1871] Es besteht somit weiterhin kein Anspruch des Anzeigers auf Durchführung einer formellen Untersuchung.[1872]

1866 Rosenthal, Jusletter 16.11.2020, Rz. 182.

1867 BJ, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, S. 78.

1868 BJ, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, S. 78; siehe bereits unter 27a DSG; Waldmann/Oeschger, § 15 N. 14; SHK-Baeriswyl, Art. 27 DSG N. 21; Jöhri, Art. 27 DSG N. 6.

1869 BJ, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, S. 78.

1870 BJ, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, S. 78.

1871 BJ, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, S. 78.

1872 Zum bisherigen Recht Waldmann/Oeschger, § 15 N. 14; BSK-Huber, Art. 27 DSG N. 6a; Rosenthal, Art. 29 DSG N. 10.

Der EDÖB hat bereits klargestellt, dass er wie bis anhin informelle Kontaktnahmen, d.h. Vorabklärungen, durchführen werde.[1873] Sollte sich bei diesen informellen Kontaktnahmen zeigen, dass der Verantwortliche Mängel, auf welche er aufmerksam gemacht wurde, anerkennt und innert nützlicher Frist behebt, werde der EDÖB auf die Eröffnung einer formellen Untersuchung verzichten. Aufgrund der beschränkten Ressourcen des EDÖB sei generell davon auszugehen, dass er bei der Behandlung von Anzeigen auch nach Inkrafttreten des neuen DSG nach Massgabe des Opportunitätsprinzips Prioritäten setzen werde.[1874] 21

D. Mitwirkungspflichten (Abs. 3)

Art. 49 Abs. 3 DSG regelt die Mitwirkungspflichten der privaten Person und des Bundesorgans bei einer formellen Untersuchung des EDÖB, wobei mehrheitlich die Regelungen nach den Art. 27 Abs. 3 und 29 Abs. 2 aDSG übernommen wurden.[1875] 22

Die Verfahrenspartei hat dem EDÖB sämtliche Auskünfte zu erteilen und alle Unterlagen zur Verfügung zu stellen, welche dieser für die Untersuchung benötigt.[1876] Zu mehr, als zu Auskünften und der Herausgabe von Unterlagen, ist eine Partei nach Art. 49 Abs. 3 DSG nicht verpflichtet.[1877] Die Mitwirkung kann formlos verlangt werden. Weitere Massnahmen in der Untersuchung sind in Art. 50 und 52 DSG geregelt. 23

Nach Art. 49 Abs. 3 DSG müssen die Bundesorgane und die private Person mitwirken. Wie nach bisherigem Recht kann der EDÖB auch die hauptverantwortlichen Datenbearbeiter/-innen beim betreffenden Bundesorgan oder der betreffenden privaten Person sowie andere Mitarbeitende, Auftragsbearbeiter, Hilfspersonen sowie Dritte, welche an der zu untersuchenden Datenbearbeitung beteiligt sind oder darüber sachdienliche Auskünfte erteilen können, zur Mitwirkung verpflichten.[1878] 24

Die Mitwirkungspflichten nach Art. 49 Abs. 3 DSG können sich auf Informationen zu einem konkreten Fall beziehen, aber auch grundsätzlicher 25

1873. EDÖB, Das neue Datenschutzgesetz aus Sicht des EDÖB, 9.2.2021, S. 7.
1874. Siehe auch EDÖB, 28. Tätigkeitsbericht 2020/21, S. 25 f.
1875. Botschaft 2017, S. 7090.
1876. Botschaft 2017, S. 7090.
1877. Rosenthal, Jusletter 16.11.2020, Rz. 184.

Natur sein.[1879] Sie beziehen sich auf alle Unterlagen, welche für die Beurteilung durch den EDÖB relevant sein können.[1880]

26 Damit sich die zur Mitwirkung verpflichteten Personen nicht selbst belasten müssen, bestehen auch bei der Untersuchung durch den EDÖB Auskunftsverweigerungsrechte.[1881] Die Auskunftsverweigerungsrechte richten sich nach Art. 16 und 17 VwVG.

27 Art. 16 Abs. 1 VwVG verweist betreffend Zeugnisverweigerungsrecht auf Art. 42 Abs. 1 und 3 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess. Nach Art. 42 Abs. 1 und 3 Bundeszivilprozessgesetz können die befragten Personen das Zeugnis verweigern, wenn die Beantwortung der Frage sie der Gefahr der strafgerichtlichen Verfolgung aussetzen kann. Dabei geht es um Personen, die einer gesetzlichen Geheimhaltungspflicht nach Art. 321, 321bis und 321ter StGB unterliegen. Dies führt dazu, dass Ärztinnen und Ärzte sich weigern können, dem EDÖB Personendaten über ihre Patientinnen und Patienten zu liefern, falls die Patientinnen und Patienten dieser Herausgabe nicht zustimmen.[1882] Dasselbe gilt für die Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte und ihre Kundschaft. Art. 90 DSGVO sieht ebenfalls die Möglichkeit vor, solche Verweigerungsrechte im nationalen Recht zu etablieren.[1883]

28 Vorbehalten bleibt eine abweichende Regelung in Art. 50 Abs. 2 DSG. Dieser hält einzig fest, dass das Berufsgeheimnis vorbehalten bleibt. Dieser Vorbehalt wurde in der parlamentarischen Beratung eingefügt (siehe N. 8 vorangehend). Es handelt sich dabei um eine Betonung, welche an sich nicht erforderlich gewesen wäre, da gesetzliche Berufsgeheimnisse bereits über das VwVG berücksichtigt werden.[1884] Der Vorbehalt der Berufsgeheimnisse galt bereits unter bisherigem Recht.[1885] Das Berufsgeheimnis kann dem EDÖB allerdings nur entgegengehalten werden, wenn die durch das Berufsgeheimnis

1878 BSK-Huber, Art. 27 DSG N. 9; Jöhri, Art. 27 DSG N. 8; Rosenthal, Art. 29 DSG N. 14.
1879 BSK-Huber, Art. 27 DSG N. 9; Jöhri, Art. 27 DSG N. 9.
1880 z.B. Datenflussschemata, organisatorische und technische Massnahmen zur Datensicherheit, Prozessdokumen-, Art. 29 DSG N. 16 m.w.Bsp.; siehe auch BSK-Huber,, Art. 29 DSG N. 21; SHK-Baeriswyl, Art. 27 DSG N. 26.
1881 Jöhri, Art. 27 DSG N. 10.
1882 Botschaft 2017, S. 7091.
1883 Botschaft 2017, S. 7091.
1884 Siehe auch Votum Keller-Sutter, AB 2019 BR S. 1247.
1885 SHK-Baeriswyl, Art. 27 DSG N. 33; Jöhri, Art. 27 DSG N. 11.

geschützte Person die mitwirkungspflichtige Person nicht von der Geheimhaltungspflicht entbindet.[1886]

Amtsgeheimnisse können dem EDÖB nicht entgegen gehalten werden.[1887] 29

Die zur Mitwirkung verpflichteten Personen können sich auch nicht auf Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse oder vertragliche Geheimhaltungspflichten berufen.[1888] 30

Bei informellen Vorabklärungen vor Eröffnung einer formellen Untersuchung müssen private Personen dem EDÖB keine Auskunft erteilen.[1889] Art. 49 Abs. 3 DSG gilt erst nach Eröffnung eines formellen Verfahrens. Es kann jedoch für die Verantwortlichen sinnvoll sein, mit dem EDÖB freiwillig zu kooperieren, falls die Möglichkeit besteht, die Angelegenheit dadurch ohne ein formelles Verfahren zu klären. 31

Dabei gilt es zu beachten, dass Unterlagen, welche dem EDÖB im Zusammenhang mit einer informellen Vorabklärung geliefert werden, dem Öffentlichkeitsgesetz unterliegen. Die informelle Vorabklärung fällt nicht unter Art. 3 BGÖ. Der EDÖB kann nach eigener Aussage auch keine Einschränkung oder Verweigerung der Einsicht durch Dritte nach Art. 7 BGÖ zusichern. Besonders vertrauliche Informationen sowie z.B. auch Personendaten von Dritten sind daher vor der Herausgabe zu bearbeiten. Zudem kann es sich empfehlen, bei besonders vertraulichen Informationen, z.B. Informationen über Datensicherheitsmassnahmen, die Informationen nicht schriftlich an den EDÖB zu liefern, sondern ihm die Informationen vor Ort bei einem Augenschein mündlich vorzutragen oder ihm z.B. anlässlich einer Videokonferenz mit geteiltem Bildschirm zu zeigen. 32

E. Information der betroffenen Person (Abs. 4)

Die betroffene Person ist nicht Verfahrenspartei (Art. 52 Abs. 2 DSG e contrario). Dies gilt auch dann, wenn die betroffene Person Anzeige erstattet hat. Die betroffene Person hat daher keinen Anspruch auf Akteneinsicht. 33

1886 Jöhri, Art. 27 DSG N. 11.

1887 Waldmann/Oeschger, § 15 N. 26; BSK-Huber, Art. 27 DSG N. 11; SHK-Baeriswyl, Art. 27 DSG N. 30; Jöhri, Art. 27 DSG N. 11.

1888 SHK-Baeriswyl, Art. 29 DSG N. 36; Rosenthal, Art. 29 DSG N. 17.

1889 Rosenthal, Jusletter 16.11.2020, Rz. 184; zur Praxis des EDÖB unter bisherigem Recht BSK-Huber, Art. 29, Art. 29 DSG N. 13.

34 Nach Art. 49 Abs. 4 DSG muss der EDÖB die betroffene Person, sofern sie Anzeige erstattet hat, immerhin über sein weiteres Vorgehen und das Ergebnis einer allfälligen Untersuchung informieren.

35 Die betroffene Person kann sodann ihre Rechte mit den anwendbaren Rechtsmitteln geltend machen, d. h. sie kann bei einem Zivilgericht Klage erheben, wenn der Verantwortliche eine private Person ist, oder sie kann gegen den Entscheid des verantwortlichen Bundesorgans Beschwerde erheben.[1890]

LITERATUR

Rudin Beat, Kommentierung zu Art. 2 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2022.

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 27 und Art. 29 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2022.

Waldmann Bernhard/Oeschger Magnus, in: Belser Eva Maria/Epiney Astrid/Waldmann Bernhard, Datenschutzrecht – Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011.

Bieri Adrian/Powell Julian, Die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz - Übersicht der wichtigsten Neuerungen für Unternehmen, Jusletter vom 16.11.2020.

Huber René, Kommentierung zu Art. 27 und Art. 29 DSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor-Paul (Hrsg.), Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2014.

Reudt-Demont Janine/Gordon Clara-Ann/Egli Luisa, Das revidierte Datenschutzgesetz, LSR 2021, S. 264–269.

Jöhri Yvonne, Kommentierung zu Art. 27 DSG, in: Rosenthal David/Jöhri Yvonne (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008.

1890Botschaft 2017, S. 7090.

Rosenthal David, Kommentierung zu Art. 29 DSG, in: Rosenthal David/Jöhri Yvonne (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008.

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter vom 16.11.2020.

MATERIALIEN

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBI 2017 S. 6941 ff., abrufbar unter https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de/pdf-x/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2017-2057-de-pdf-x.pdf, besucht am 30.3.2023.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 50 DSG

Eine Kommentierung von Reto Fanger / Isabelle Oehri

ZITIERVORSCHLAG

Reto Fanger/Isabelle Oehri, Kommentierung zu Art. 50 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Fanger/Oehri, N. XXX zu Art. 50 DSG.

Art. 50 Befugnisse

[1] Kommt das Bundesorgan oder die private Person den Mitwirkungspflichten nicht nach, so kann der EDÖB im Rahmen der Untersuchung insbesondere Folgendes anordnen:

a. Zugang zu allen Auskünften, Unterlagen, Verzeichnissen der Bearbeitungstätigkeiten und Personendaten, die für die Untersuchung erforderlich sind;

b. Zugang zu Räumlichkeiten und Anlagen;

c. Zeugeneinvernahmen;

d. Begutachtungen durch Sachverständige.

[2] Das Berufsgeheimnis bleibt vorbehalten.

[3] Zum Vollzug der Massnahmen nach Absatz 1 kann der EDÖB andere Bundesbehörden sowie die kantonalen oder kommunalen Polizeiorgane beiziehen.

GLIEDERUNG

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte 703
II. Informationsanspruch des EDÖB 705
A. Anordnung von Untersuchungsmassnahmen 705
B. Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich 707
C. Grenzen, insbesondere Vorbehalt des Berufsgeheimnisses 708
III. Verfahrensrechtliches 710
A. Überblick 710
B. Begriff «anordnen» 711
C. Rechtsmittel 714
D. Vollzug 715
E. Keine Gebühr 716
Literaturverzeichnis 717
Materialienverzeichnis 719

I. NORMZWECK UND ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

Führt der EDÖB eine Untersuchung wegen mutmasslicher Datenschutzverstösse durch ein Bundesorgan oder eine private Person, sind ihm gemäss Art. 49 Abs. 3 DSG grundsätzlich alle Auskünfte zu erteilen und alle Unterlagen zur Verfügung zu stellen, die für die Untersuchung notwendig sind. Damit die Aufsichtstätigkeit auch dann wirksam wahrgenommen werden kann, wenn Verantwortliche ihren Mitwirkungspflichten nicht nachkommen, räumt Art. 50 DSG dem EDÖB gewisse **Ermittlungs- und Eingriffsbefugnisse** ein, um Sachverhalte umfassend, rasch und exakt abzuklären. 1

Mit Art. 50 DSG sollen die aktuellen und zukünftig erwarteten **völkerrechtlichen Vorgaben** erfüllt werden, welchen die Schweiz als Mitgliedstaat des Übereinkommens SEV 108 des Europarats zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten sowie als Schengen-Staat zu genügen hat. Art. 15 Abs. 2 lit. a des Änderungsprotokolls vom 18. Mai 2018 zum SEV 108-Übereinkommen[1891] verlangt, dass die Mitgliedstaaten ihre Datenschutzaufsichtsbehörden mit Ermittlungs- und Eingriffsbefugnissen ausstatten. Ebenso bestimmt Art. 47 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2016/680, dass die EU- und Schengen-Staaten wirksame Untersuchungsbefugnisse für ihre Aufsichtsbehörden vorzusehen haben, namentlich die Befugnis, Zugang zu allen personenbezogenen Daten, die verarbeitet werden, und zu allen für die Erfüllung ihrer Aufgaben nötigen Informationen zu erhalten. 2

Mit Blick auf Art. 45 der Verordnung (EU) 2016/679 (Datenschutz-Grundverordnung, DSGVO), wonach eine Übermittlung personenbezogener Daten aus der EU in Drittstaaten nur vorgenommen werden darf, wenn der betreffende Drittstaat gemäss Beschluss der Europäischen Kommission ein angemessenes Schutzniveau bietet, erachtet der schweizerische Gesetzgeber die neuen Untersuchungsbefugnisse des EDÖB als entscheidendes Element, 3

1891. Das mit dem Änderungsprotokoll vom 18.5.2018 revidierte SEV 108-Übereinkommen (auch SEV-Konvention 108+ genannt) wird von der Schweiz ratifiziert werden. Der Bundesrat hat am 6.12.2019 die entsprechende Botschaft verabschiedet (Botschaft 2020, S. 565) und das Parlament hat in der Folge am 19.6.2020 den Ratifizierungsbeschluss gefällt. Die SEV-Konvention 108+ wird voraussichtlich im Verlauf des Jahres 2023 verbindlich, sofern mindestens 38 Vertragsparteien sie ratifiziert haben.

um sicherzustellen, dass die **EU** ihren **Angemessenheitsbeschluss** gegenüber der Schweiz aufrechterhält.[1892]

4 Gegenüber dem Datenschutzgesetz von 1992 (aDSG) bedeutet Art. 50 DSG eine **Klarstellung und Stärkung der Position des EDÖB**. So sahen Art. 27 Abs. 3 aDSG (im Bereich der Aufsicht über Bundesorgane) und Art. 29 Abs. 3 aDSG (im Privatbereich) zwar bereits die Möglichkeit vor, im Rahmen von Sachverhaltsabklärungen Akten herauszuverlangen, Auskünfte einzuholen und sich Datenbearbeitungen vorführen zu lassen. Die Verantwortlichen waren dabei unter Vorbehalt des nach Art. 16 VwVG sinngemäss geltenden Zeugnisverweigerungsrechts zur Mitwirkung verpflichtet (vgl. Art. 27 Abs. 3 aDSG und Art. 34 Abs. 2 lit. b aDSG). Sollten die Verantwortlichen nicht von sich aus kooperieren, standen dem EDÖB allerdings keine direkten Zwangsmassnahmen zur Informationsbeschaffung (z.B. die Möglichkeit, Informationen zu beschlagnahmen oder sich auch gegen den Willen des Berechtigten Zugang zu Lokalitäten, Installationen oder Systemen zu verschaffen) zur Verfügung.[1893] Im Falle einer Mitwirkungsverweigerung durch ein Bundesorgan konnte sich der EDÖB lediglich an eine übergeordnete Einheit mit Weisungsrecht gegenüber demselben wenden[1894]; im Privatbereich stand ihm faktisch nur die Möglichkeit einer Strafanzeige wegen Verletzung der Mitwirkungspflichten (Art. 34 Abs. 2 lit. b aDSG) offen.[1895] In gravierenden Fällen der Mitwirkungsverweigerung durch ein Bundesorgan oder eine private Person konnte er zudem gemäss Art. 30 Abs. 2 aDSG die Öffentlichkeit informieren.[1896]

5 Die limitierten Untersuchungskompetenzen des EDÖB unter dem **aDSG** stiessen in der Lehre und Datenschutzpraxis bisweilen auf **Kritik**.[1897] Anregungen zur Erweiterung der Informationsbeschaffungsbefugnisse des EDÖB erfolgten beispielsweise auch 2014 durch die Begleitgruppe Revision DSG.[1898] Entsprechend präsentiert sich die Stärkung der Position des EDÖB in seiner Untersuchungstätigkeit als Antwort auf die internationalen

1892 Botschaft 2017, S. 7092.
1893 Jöhri, N. 8.41 ff.; Rosenthal Sanktionierung, N. 7.42 und N. 7.76.
1894 SHK-Baeriswyl, Art. 27 aDSG N. 28 f.
1895 SHK-Baeriswyl, Art. 29 aDSG N. 29 ff.
1896 SHK-Baeriswyl, Art. 29 aDSG N. 29 ff.; BSK-Huber, Art. 27 aDSG N. 12.
1897 Vgl. etwa Rudin, S. 184 f.; Walter, N. 33.
1898 Vgl. Normkonzept zur Revision des Datenschutzgesetzes – Bericht der Begleitgruppe Revision DSG vom 29.10.2014, S. 42 und S. 45.

Anforderungen (vgl. vorgängig N. 2 f.) sowie die von Lehre und Praxis identifizierten Schwachpunkte.

Ob das neu gestaltete Regime der Untersuchungskompetenzen des EDÖB zusammen mit seinen zurückhaltend ausgebauten Abhilfebefugnissen (vgl. dazu OK-Fanger/Oehri zu Art. 51 DSG) eine wirksame Aufsichtstätigkeit sicherstellt, wird die Praxis weisen.[1899] Neben der entsprechenden Kompetenzordnung erfordert eine effektive Beaufsichtigung faktisch auch eine **angemessene Ressourcenausstattung** des EDÖB. Diesbezüglich wird in der Literatur verschiedentlich Kritik an den als zu knapp eingestuften Mitteln laut, welche den EDÖB trotz einer bereits erfolgten Aufstockung auch in Zukunft nach wie vor zwingen dürften, bei seiner Aufsichtstätigkeit nach dem Opportunitätsprinzip vorzugehen.[1900] In dieser Hinsicht ebenfalls kritisch äusserten sich die Schengen-Evaluatoren 2018 und empfahlen, dem EDÖB ausreichend finanzielle und personelle Ressourcen zuzuweisen, damit er alle seine Aufgaben im Schengener Kontext erfüllen könne.[1901] 6

II. INFORMATIONSANSPRUCH DES EDÖB

A. Anordnung von Untersuchungsmassnahmen

Eröffnet der EDÖB gegen ein Bundesorgan oder eine private Person gemäss Art. 49 Abs. 1 DSG eine Untersuchung wegen eines mutmasslichen Datenschutzverstosses, ist es grundsätzlich am betreffenden Bundesorgan oder der privaten Person, dem EDÖB alle Auskünfte zu erteilen und ihm alle Unterlagen zur Verfügung zu stellen, die für die Untersuchung notwendig sind (Art. 49 Abs. 3 DSG). Kommt der Verantwortliche den **Mitwirkungspflichten gemäss Art. 49 Abs. 3 DSG** nicht nach, räumt Art. 50 Abs. 1 DSG dem EDÖB die Kompetenz ein, Massnahmen zur Informationsbeschaffung anzuordnen. Die Anordnung solcher Massnahmen ist subsidiär zur Mitwirkung des Verantwortlichen und setzt somit voraus, dass 7

1899 Diesbezüglich kritisch etwa Baeriswyl, der den EDÖB gemäss neuem DSG als «schwache starke Aufsichtsbehörde» (Baeriswyl 2017, S. 42) bezeichnet.

1900 Vgl. etwa Baeriswyl, 2017, S. 32; Brunner, N. 53; BSK-Huber, Art. 27 aDSG N. 26 ff.; Reudt-Demont/Gordon/Egli, S. 269; Rudin, S. 183 und 185; Thür, S. 80.

1901 Vgl. Durchführungsbeschluss 7281/19 des Rates der Europäischen Union zur Festlegung einer Empfehlung zur Beseitigung der 2018 bei der Evaluierung der Anwendung des Schengen-Besitzstands im Bereich des Datenschutzes durch die Schweiz festgestellten Mängel vom 8.3.2019.

der EDÖB eine Untersuchung eröffnet und in deren Rahmen vergeblich versucht hat, die nötigen Auskünfte und Unterlagen erhältlich zu machen.[1902]

8 Der **Katalog möglicher Massnahmen** zur Informationsbeschaffung in Art. 50 Abs. 1 DSG lehnt sich an jenen von Art. 12 VwVG an und ist nicht abschliessend.[1903] Namentlich kann der EDÖB Zugang zu allen für die Untersuchung erforderlichen Auskünften, Unterlagen, Verzeichnissen der Bearbeitungstätigkeiten und Personendaten (lit. a) sowie zu Räumlichkeiten und Anlagen (lit. b) verlangen und Zeugeneinvernahmen (lit. c) sowie Begutachtungen durch Sachverständige (lit. d) anordnen.

9 Um eine zielführende **Untersuchung** zu ermöglichen, ist der Begriff des Zugangs (Art. 50 Abs. 1 lit. a und lit. b DSG) breit zu verstehen. So umfasst der Zugang zu Unterlagen nicht nur deren Sichtung, sondern gegebenenfalls auch deren Beschlagnahme.[1904] Hinsichtlich der Zugangsmassnahmen in Art. 50 Abs. 1 lit. a und lit. b DSG orientiert sich die Regelung im Wesentlichen an den betreffenden Bestimmungen der DSGVO (Art. 58 Abs. 1 lit. e und lit. f DSGVO). Dabei werden die Auskünfte in der Regel mittels Fragekatalog erhoben und mit den Unterlagen alle für die Untersuchung sachdienlichen Dokumente erfasst. Das Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten ist nach Art. 12 Abs. 1 DSG – ausser in den Ausnahmefällen von Art. 12 Abs. 5 DSG, die aber im KMU-Land Schweiz sehr umfangreich sein und mithin faktisch wohl den Regelfall darstellen werden – durch den Verantwortlichen und den Auftragsbearbeiter unabhängig von einer allfälligen Datenschutzuntersuchung zu erstellen und zu führen. Auch hier bezieht sich die Anordnung nach Art. 50 Abs. 1 DSG somit auf die Sichtung und gegebenenfalls Beschlagnahme, nicht jedoch auf die ordnungsgemässe Führung. Letztere kann gegebenenfalls Gegenstand einer basierend auf den Untersuchungsergebnissen erfolgenden Verfügung nach Art. 51 DSG sein. Im Bedarfsfall kann unter Art. 50 Abs. 1 lit. a DSG überdies auch die Bekanntgabe der für die Untersuchung erforderlichen Personendaten angeordnet werden.[1905] Der Zugang zu Räumlichkeiten und Anlagen kann dann notwendig sein, wenn technische und organisatorische Massnahmen (TOM) Untersuchungsgegenstand sind.[1906] Mit der Erwähnung

1902 Botschaft 2017, S. 7091.
1903 Botschaft 2017, S. 7091.
1904 Vgl. dazu etwa Rosenthal E-DSG, N. 126.
1905 Vgl. zum Ganzen SHK-Baeriswyl, Art. 50 DSG N. 6 ff.
1906 SHK-Baeriswyl, Art. 50 DSG N. 10.

von Zeugeneinvernahmen und Sachverständigengutachten geht Art. 50 Abs. 1 DSG weiter als die DSGVO, welche diesbezüglich keine expliziten Regeln enthält.

Gegenüber dem aDSG bedeutet die exemplarische Aufzählung von möglichen Untersuchungsmassnahmen in Art. 50 Abs. 1 DSG eine **punktuelle Erweiterung der Informationsbefugnisse** (vgl. vorgängig N. 4). Der wesentliche Ausbau der Position des EDÖB mit Blick auf die Informationsbeschaffung liegt jedoch primär in der Stärkung der Durchsetzungsmechanismen (vgl. nachfolgend N. 18 ff.). 10

B. Persönlicher und sachlicher Geltungsbereich

Damit der EDÖB seine gesetzlichen Aufsichtsaufgaben erfüllen kann, müssen die ihm zustehenden Informationsbeschaffungsrechte **umfassend** ausgestaltet sein. 11

In **persönlicher Hinsicht** erfolgt die Informationsbeschaffung primär beim betreffenden Bundesorgan bzw. der betreffenden privaten Person, kann aber auch weitere Stellen oder Personen, welche bei der fraglichen Datenbearbeitung involviert sind (z.B. Mitarbeitende, Hilfspersonen, Beauftragte, Outsourcing-Partner), oder Dritte, die sachdienliche Auskünfte geben können (z.B. betroffene Personen, Behörden, ehemalige Mitarbeitende, Geschäftspartner), einschliessen. Bereits unter dem aDSG wurde der Personenkreis, bei dem der EDÖB im Rahmen seiner Untersuchungen Informationen beschaffen kann, weit definiert.[1907] Durch die explizite Aufnahme von Zeugeneinvernahmen und Sachverständigengutachten in Art. 50 Abs. 1 DSG wird die mögliche Involvierung Dritter nun auch im Gesetzestext deutlich. Während sich die Mitwirkungspflicht des Verantwortlichen als Partei aus Art. 49 Abs. 3 DSG sowie Art. 13 Abs. 1 lit. c VwVG ergibt, basiert jene von Dritten auf Art. 15 und Art. 17 VwVG.[1908] Vorbehalten bleiben im Einzelfall anwendbare Verweigerungsrechte (vgl. dazu nachfolgend N. 14 ff.). 12

Auch in **sachlicher Hinsicht** ist der Informationsanspruch des EDÖB weit auszulegen. Art. 50 Abs. 1 lit. a DSG erwähnt namentlich alle Auskünfte, 13

1907 Vgl. BSK-Huber, Art. 27 aDSG N. 9; BSK-Huber, Art. 29 aDSG N. 20b; HaKo-Jöhri, Art. 27 aDSG N. 8; HaKo-Rosenthal, Art. 29 aDSG N. 14.

1908 Vgl. Rosenthal nDSG, N. 183.

Unterlagen, Verzeichnisse der Bearbeitungstätigkeiten und Personendaten, die für die Untersuchung erforderlich sind. Mithin erstreckt sich der Informationsanspruch auf alle Informationen im Zusammenhang mit einem konkreten Fall oder allgemeiner Art, die sachrelevant und für eine rechtliche Beurteilung des mutmasslichen Datenschutzverstosses notwendig sind.[1909] Dazu gehören sämtliche Unterlagen und Auskünfte, die möglicherweise etwas darüber aussagen, ob, wann und wie die verantwortlichen Stellen den datenschutzrechtlichen Anforderungen nachkommen, insbesondere solche, mit deren Hilfe sich die Richtigkeit der Daten, die Zulässigkeit ihrer Bearbeitung und die Beachtung der Betroffenenrechte beurteilen lassen. Ebenfalls erfasst sind etwa Unterlagen und Auskünfte über personelle, technische und organisatorische Vorkehren, Verfahrens-, Programm- und Systemdokumentationen sowie sämtliche Rechtsgrundlagen (z.B. Weisungen, Richtlinien, Merkblätter, Verträge), die mit dem Vollzug der Datenschutzbestimmungen zu tun haben.[1910]

C. Grenzen, insbesondere Vorbehalt des Berufsgeheimnisses

14 Der Informationsanspruch des EDÖB und die damit korrespondierenden Mitwirkungspflichten von Bundesorganen und privaten Personen, gegen die sich eine Untersuchung richtet, sowie gegebenenfalls von Dritten, sind selbstredend nicht unbegrenzt. Sie finden ihre Schranken in den einschlägigen **Verweigerungsrechten**. Diesbezüglich sieht Art. 49 Abs. 3 DSG vor, dass sich das Auskunftsverweigerungsrecht der Bundesorgane und privaten Personen nach Art. 16 und Art. 17 VwVG richtet, sofern Art. 50 Abs. 2 DSG nichts anderes bestimmt. Auch für Dritte gelten Art. 16 und Art. 17 VwVG.

15 Gemäss der somit anwendbaren Ordnung, welche sich aus dem Zusammenspiel von DSG und **VwVG** und der darin erfolgenden partiellen Weiterverweisung auf **BZP** und **StGB** ergibt, kann die Auskunft und auch eine sonstige Mitwirkung, etwa in Form der Herausgabe von Unterlagen, jedenfalls dann verweigert werden:

- wenn der Mitwirkende sich selbst oder eine nahestehende Person der Gefahr einer strafrechtlichen Verfolgung oder einer schweren

1909 Vgl. zur diesbezüglich unveränderten Rechtslage unter dem aDSG SHK-Baeriswyl, Art. 27 aDSG N. 25 ff.; SHK-Baeriswyl, Art. 29 aDSG N. 24 ff.; HaKo-Jöhri, Art. 27 aDSG N. 9; HaKo-Rosenthal, Art. 29 aDSG N. 16.

Benachteiligung der Ehre aussetzen oder für sich selbst oder für diese einen unmittelbaren vermögensrechtlichen Schaden verursachen würde (Art. 16 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 42 Abs. 1 lit. a BZP);

- wenn sich der Mitwirkende auf den Quellenschutz für Medienschaffende berufen kann (Art. 16 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 42 Abs. 1 lit. a^{bis} BZP i.V.m. Art. 28a StGB);
- wenn sich der Mitwirkende auf ein Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 Ziff. 1 StGB berufen kann und der Geheimnisberechtigte nicht in die Offenbarung des Geheimnisses eingewilligt hat (Art. 16 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 42 Abs. 1 lit. b BZP i.V.m. Art. 321 Ziff. 1 StGB);
- wenn es sich um Anwaltskorrespondenz handelt (Art. 17 VwVG i.V.m. Art. 51a BZP).

Demgegenüber entbindet die Berufung auf **Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisse**, **vertragliche Geheimhaltungspflichten** oder das **Amtsgeheimnis** nicht von der Mitwirkung in einer Untersuchung des EDÖB.[1911] Der EDÖB ist seinerseits an die geltenden Rechtsvorschriften – namentlich zum Datenschutz und zur Wahrung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen – gebunden und untersteht dem Amtsgeheimnis nach Art. 22 BPG, womit gemäss Ansicht des Gesetzgebers die vertrauliche Behandlung der im Rahmen seiner Untersuchungen gewonnenen Informationen gewährleistet ist.[1912] 16

Gemäss der Praxis unter dem aDSG konnten sich auch Träger anderer Berufsgeheimnisse, d.h. beispielsweise Personen, die dem Bankgeheimnis (Art. 47 BankG), dem Berufsgeheimnis in der medizinischen Forschung (Art. 321bis StGB) oder dem Post- und Fernmeldegeheimnis (Art. 321ter StGB) unterliegen[1913], in datenschutzrechtlichen Untersuchungen nicht auf ein Mitwirkungsverweigerungsrecht nach Art. 16 Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 42 Abs. 2 17

1910. Vgl. dazu auch die nach wie vor einschlägigen Kommentierungen in BSK-Huber, Art. 27 aDSG N. 8; BSK-Huber, Art. 29 aDSG N. 21.

1911. Vgl. dazu SHK-Baeriswyl, Art. 50 DSG N. 15 f. sowie – freilich noch unter Bezugnahme auf das aDSG – SHK-Baeriswyl, Art. 27 aDSG N. 30 ff.; SHK-Baeriswyl, Art. 29 aDSG N. 33 ff.; BSK-Huber, Art. 27 aDSG N. 11; BSK-Huber, Art. 29 aDSG N. 24 ff; HaKo-Jöhri, Art. 27 aDSG N. 11; HaKo-Rosenthal, Art. 29 aDSG N. 17.

1912. Botschaft 2017, S. 7091.

1913. Vgl. für weitere Beispiele etwa SK-Güngerich/Bickel, Art. 16 VwVG N 39.

BZP berufen.[1914] Es fragt sich, ob der **explizite Vorbehalt des Berufsgeheimnisses** im neuen **Art. 50 Abs. 2 DSG** hieran etwas ändert. Dieser wurde erst in der parlamentarischen Beratung eingefügt. Die betreffende Parlamentsdebatte[1915] legt nach der hier vertretenen Auffassung indes nahe, dass die ausdrückliche Erwähnung des Berufsgeheimnisses lediglich eine Klarstellung ist und keine Änderung der Rechtslage und Praxis bedeutet.

III. VERFAHRENSRECHTLICHES

A. Überblick

18 Während der Informationsanspruch des EDÖB gemäss Art. 50 Abs. 1 DSG inhaltlich im Ergebnis lediglich punktuell Erweiterungen gegenüber altem Recht erfahren haben dürfte (vgl. vorgängig N. 7 ff.), wurde die Stellung des EDÖB bezüglich dessen **Durchsetzung** deutlich gestärkt. Unter dem aDSG konnte der EDÖB zwar Untersuchungsmassnahmen vorsehen, diese aber im Falle eines nicht kooperativen Gegenübers nicht zwangsweise durchsetzen (vgl. vorgängig N. 4). Neu ist die Informationsbeschaffung des EDÖB **dreistufig** geregelt:

- Primär erfolgt sie durch formlose Anfrage des EDÖB an das Bundesorgan oder die private Person, gegen das bzw. die eine Untersuchung eröffnet wurde. Der Verantwortliche ist nach Art. 49 Abs. 3 DSG, soweit für die Untersuchung notwendig, zur Auskunftserteilung und zur Herausgabe von Unterlagen verpflichtet, wenn er kein Mitwirkungsverweigerungsrecht geltend machen kann.
- Subsidiär, d.h. wenn die Informationsbeschaffung allein mittels Auskunftserteilung und Herausgabe von Unterlagen durch das betreffende Bundesorgan oder die betreffende private Person entweder nicht gelingt oder nicht genügt, kann der EDÖB Untersuchungsmassnahmen nach Art. 50 Abs. 1 DSG «anordnen» (vgl. hierzu sogleich N. 19 ff.).
- Und schliesslich kann der EDÖB zum Vollzug der nach Art. 50 Abs. 1 DSG angeordneten Massnahmen gemäss Art. 50 Abs. 3 DSG andere

1914. Vgl. SHK-Baeriswyl, Art. 27 aDSG N. 30 ff.; SHK-Baeriswyl, Art. 29 aDSG N. 33 ff.; BSK-Huber, Art. 27 aDSG N. 11; BSK-Huber, Art. 29 aDSG N. 24 ff.; HaKo-Jöhri, Art. 27 aDSG N. 11; HaKo-Rosenthal, Art. 29 aDSG N. 17.

Bundesbehörden sowie die kantonalen oder kommunalen Polizeiorgane beiziehen.

B. Begriff «anordnen»

Das Gesetz und auch die Materialien äussern sich nicht explizit dazu, was unter dem Begriff **«anordnen»** zu verstehen ist bzw. in welcher Form diese Anordnung zu erfolgen hat. Während im Kontext der Verwaltungsmassnahmen, die der EDÖB gestützt auf Art. 51 DSG nach Abschluss einer Untersuchung erlassen kann, sowohl in der Botschaft als auch in der Rezeption der neuen Bestimmung in der Literatur die Verfügungskompetenz des EDÖB prominent thematisiert wird (vgl. OK-Fanger/Oehri zu Art. 51 DSG, N. 1 ff.), fehlt bezüglich der Untersuchungsmassnahmen nach Art. 50 DSG jegliche Auseinandersetzung mit der Frage, ob deren Anordnung ebenfalls Verfügungscharakter zukommt, oder ob sie als behördlicher Realakt zu qualifizieren ist. 19

Auch die aufgrund des Verweises in Art. 52 Abs. 1 DSG auf das Untersuchungsverfahren nach Art. 50 DSG anwendbaren Bestimmungen des **VwVG**, insbesondere Art. 12-19 VwVG, sowie die zufolge Weiterverweisung in Art. 19 VwVG überdies anwendbaren Art. 37, 39 –41 und 43 –61 BZP, welche allesamt für die Feststellung des Sachverhalts in Verwaltungsverfahren einschlägig sind, bestimmen nicht ausdrücklich, in welcher Form Untersuchungsmassnahmen anzuordnen sind. 20

Nach der hier vertretenen, nachfolgend im Einzelnen dargelegten Ansicht hat die Anordnung von Untersuchungsmassnahmen in Form einer **verfahrensleitenden (Zwischen-)Verfügung** zu erfolgen. 21

Anders als im zivilprozessualen Bereich sind in Verwaltungsverfahren, in welchen die Untersuchungsmaxime herrscht, eigentliche Beweisverfügungen nicht üblich.[1916] Allerdings werden Beweis- oder Untersuchungsmassnahmen in vielen Verwaltungsbereichen allgemein in Verfügungsform angeordnet.[1917] Die **Rechtsprechung** setzt sich zwar kaum ausführlich mit der Rechtsnatur der betreffenden Anordnungen auseinander, in den meisten dieser Entscheide geht das urteilende Gericht bei den Erwägungen zum Anfechtungsobjekt jeweils ohne Weiteres von einer Verfügung aus. 22

1915.Vgl. Voten Fässler und Keller-Sutter, AB 2019 SR S. 1247.
1916.Vgl. etwa DK-Auer/Binder, Art. 12 VwVG N. 24 m.w.H.

23 In Entscheiden, in welchen sich das Bundesgericht spezifisch mit der Frage zu befassen hatte, ob sich die Anordnung einer Untersuchungsmassnahme in einem spezifischen Fall als (anfechtbare) Verfügung qualifiziert oder nicht, zeigt sich ein nicht einheitliches Bild: bisweilen wird eine entsprechende Anordnung als verfahrensleitende Zwischenverfügung[1918], bisweilen als behördlicher Realakt klassifiziert[1919]. In seiner neueren Rechtsprechung scheint das Bundesgericht vermehrt Verfügungscharakter anzunehmen.[1920] Allerdings dürften sich hieraus wohl keine pauschalen Aussagen für sämtliche Verwaltungsbereiche ableiten lassen.

24 Die **Lehre** plädiert unter Hinweis darauf, dass mit der Anordnung von Beweismassnahmen unter Mitwirkungspflicht immer eine Rechtspflicht begründet werde, – nach der hier vertretenen Ansicht zu Recht – für eine Qualifikation als Verfügung.[1921] Teilweise wird danach differenziert, ob die Erfüllung der Mitwirkungspflicht durch Sanktionen (unmittelbarer Zwang, Busse etc.) erzwungen werden kann. Soweit dies gesetzlich vorgesehen und damit von einer echten Rechtspflicht auszugehen ist, sei eine diesbezügliche Mitwirkungsanordnung als Zwischenverfügung zu gestalten, wenn die Androhung für den Unterlassungsfall derart konkret erfolge, dass sie vollstreckt werden könne.[1922]

1917. Vgl. etwa BGE 139 V 349 E. 4 f.; BGE 137 V 210 E. 3.4.2.6 f.; BVGer C-5226/2019 vom 17.3.2021 B.e und E. 1.3; BVGer C-5451/2016 vom 15.8.2017 C.c und E. 1.3 (alle betreffend Anordnung einer Expertise bei fehlendem Konsens im IV-Bereich); BGE 99 Ib 413 E. 1; BVGer B-6595/2017 vom 24.5.2018 B.; BVGer A-4580/2007 vom 17.1.2008 A und E. 2 (alle betreffend Anordnungen von Akteneditionen in einer Untersuchung der Eidgenössischen Bankenkommission basierend auf dem ehemaligen Anlagefondsgesetz, in einer kartellrechtlichen Untersuchung durch die Wettbewerbskommission bzw. in einer Untersuchung des Kesselinspektorats des Schweizerischen Vereins für technische Inspektionen); BVGer B-5436/2011 vom 5.3.2012 A. und E. 1 (betreffend die Anordnung zur Auskunftserteilung durch den Preisüberwacher); BGer 2C_88/2020 vom 8.3.2021 B.a und E. 3.2.1; BVGer B-7017/2018 vom 13.3.2020 A. und E. 2.1; BVGer B-6863/2018 vom 6.3.2020 A. und E. 2.1 (alle betreffend Anordnungen von Zeugeneinvernahmen); BVGer B-581/2012 vom 16.9.2016 E. 5.3.3 (betreffend Anordnung einer Hausdurchsuchung und der Beschlagnahme von Unterlagen durch die Wettbewerbskommission).

1918. Vgl. BGE 139 V 349 E. 4 f.; BGE 137 V 210 E. 3.4.2.6 f.

1919. Vgl. BGE 132 V 376 E. 2.5; BGE 132 V 93 E. 5; BGer 2C_516/2017 vom 14.09.2017 E. 3.

1920. Vgl. die Praxisänderung in BGE 141 V 330 E. 3.1 f.

1921. Vgl. ausführlich etwa DK-Auer/Binder, Art. 12 VwVG N. 24 f. und Art. 13 N. 8 ff.; spezifisch bezüglich der Anordnung von Zeugeneinvernahmen: DK-Auer/Binder, Art. 15 VwVG N. 11; SK-Güngerich/Bickel, Art. 15 VwVG N. 9; OFK-Wiederkehr/Meyer/Böhme, Art. 15 VwVG N. 11; vgl. auch SHK-Baeriswyl, Art. 50 DSG N. 4.

Greift ein Verwaltungsakt stark in die Rechtsposition des Adressaten ein, ist eine verfügungsweise Anordnung angezeigt, damit dieser bei Bedarf eine Überprüfung durch eine Rechtsmittelinstanz veranlassen kann. Das Bundesorgan oder die private Person als Partei einer datenschutzrechtlichen Untersuchung dürfte mit der Anordnung von Untersuchungsmassnahmen regelmässig nicht einverstanden sein: Nachdem der Verantwortliche im Rahmen der formlosen Anfrage des EDÖB nicht willens oder nicht fähig war, ihm die notwendige Informationsbasis für die Beurteilung einer allfälligen Datenschutzverletzung zu liefern, ist davon auszugehen, dass er auch auf eine Anordnung nach Art. 50 Abs. 1 DSG hin nicht plötzlich von sich aus hinreichend mitwirken kann bzw. will. Umso wichtiger ist für ihn mit Blick auf den **Anspruch auf rechtliches Gehör** eine Möglichkeit, die umstrittene Anordnung unter den Voraussetzungen von Art. 52 Abs. 1 DSG i.V.m. 46 VwVG gerichtlich überprüfen zu lassen. Zudem kann der EDÖB die angeordneten Untersuchungsmassnahmen, soweit einer zwangsweisen Vollstreckung zugänglich, gemäss Art. 50 Abs. 3 DSG mithilfe anderer Bundesbehörden sowie der kantonalen und kommunalen Polizeibehörden vollziehen. Die Nichtmitwirkung ist gemäss Art. 60 DSG strafbewehrt. Aus Untersuchungsmassnahmen nach Art. 50 Abs. 1 DSG erwachsen mit anderen Worten regelmässig echte Rechtspflichten für die Verfahrenspartei, weshalb sie verfügungsweise anzuordnen sind.[1922] 25

Analoges gilt auch für die **Mitwirkungspflicht Dritter**, die zwangsweise durchgesetzt werden kann (Art. 50 Abs. 3 DSG) und deren Nichtbeachtung gegebenenfalls ebenso Straffolgen zeitigt (Art. 52 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 60 VwVG). Werden sie als Zeugen vorgeladen oder aufgefordert, Unterlagen zu edieren oder Zugang zu Räumlichkeiten und Anlagen zu gewähren, stellt dies einen wesentlichen Eingriff dar, gegen den vor einer zwangsweisen Durchsetzung oder der Ahndung einer Nichtmitwirkung ein Rechtsmittel zur Verfügung stehen muss. 26

Aus **prozessökonomischer Perspektive** lässt sich freilich einwenden, dass die verfügungsweise Anordnung von Untersuchungsmassnahmen je nach Umständen des Einzelfalls zu sehr langwierigen und aufwändigen Untersuchungsverfahren führen kann. Dies ist aus rechtsstaatlichen Gründen jedoch hinzunehmen. An die Begründung von Untersuchungsmassnahmen 27

1922 Vgl. OFK-Wiederkehr/Meyer/Böhme, Art. 13 VwVG N. 1 und N. 47 ff.
1923 Vgl. OFK-Wiederkehr/Meyer/Böhme, Art. 13 VwVG N. 1 und N. 47 ff.

durch den EDÖB sind keine überhöhten Anforderungen zu stellen, sodass eine Anordnung in Verfügungsform gegenüber einem reinen Realakt nicht zu einem wesentlichen Mehraufwand führt. Eine Verzögerung des Verfahrens droht dann, wenn eine selbständige Beschwerde möglich ist (Art. 52 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 46 Abs. 1 VwVG), was im vorliegenden Kontext nur ausnahmsweise der Fall sein wird (vgl. dazu im Einzelnen nachfolgend N. 28). Zudem kann der EDÖB einer Beschwerde gegebenenfalls die aufschiebende Wirkung entziehen (Art. 52 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 55 Abs. 2 VwVG).[1924] Und schliesslich dürfte sich gerade bei komplexen Untersuchungen mit langer Verfahrensdauer bisweilen die vorsorgliche Anordnung von Verwaltungsmassnahmen gemäss Art. 51 DSG aufdrängen (vgl. OK-Fanger/Oehri zu Art. 51 DSG, N. 22 ff.).

C. Rechtsmittel

28 Räumt man der Anordnung von Untersuchungsmassnahmen Verfügungscharakter ein, kann sie unter den Voraussetzungen von Art. 52 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 46 Abs. 1 VwVG selbständig mit Beschwerde beim **Bundesverwaltungsgericht** angefochten werden.

29 Primär dürfte eine Anfechtbarkeit dann gegeben sein, wenn die Anordnung einen **nicht wiedergutzumachenden Nachteil** im Sinne von Art. 46 Abs. 1 lit. a VwVG[1925] bewirken kann. Dies ist dann der Fall, wenn Rügen gegen die angeordneten Beweismassnahmen geltend gemacht werden, die nicht ohne Nachteil noch mit einer Anfechtung des Endentscheids vorgebracht werden können. Art. 46 Abs. 1 lit. b VwVG, wonach die Beschwerde auch dann zulässig ist, wenn deren Gutheissung sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beweisverfahren ersparen würde, wird bezüglich datenschutzrechtlicher Untersuchungsmassnahmen kaum relevant sein.

30 Wo eine Beschwerde zulässig ist, kann der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts in der Folge mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das **Bundesgericht** weitergezogen werden (Art. 82 lit. a i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG). Hier kommt neben dem

1924 Vgl. OFK-Wiederkehr/Meyer/Böhme, Art. 55 VwVG N. 13 ff. m.w.H.
1925 Vgl. dazu etwa BVGer B-1286/2016 vom 15.8.2017 E. 2.2 m.w.H.

Verfügungsadressaten auch dem EDÖB eine Beschwerdebefugnis zu (Art. 52 Abs. 3 DSG).

D. Vollzug

Art. 50 Abs. 3 DSG sieht vor, dass der EDÖB zum **Vollzug** der Massnahmen nach Art. 50 Abs. 1 DSG andere Bundesbehörden sowie die kantonalen oder kommunalen Polizeiorgane beiziehen kann. Art. 54 Abs. 2 lit. c DSG hält hierzu zudem fest, dass der EDÖB den beigezogenen Behörden die für die Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben erforderlichen Informationen und Personendaten bekanntgeben darf. 31

Art. 50 Abs. 3 DSG erfuhr im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens Anpassungen. Noch im E-DSG von 2017 wurde dem EDÖB durch die betreffende Bestimmung ausdrücklich die Befugnis eingeräumt, für die Dauer der Untersuchung **vorsorgliche Massnahmen** anzuordnen und diese durch eine Bundesbehörde oder die kantonalen oder kommunalen Polizeiorgane vollstrecken zu lassen (Art. 44 Abs. 2 E-DSG [2017]).[1926] Die endgültige Fassung der Bestimmung enthält keine direkte Erwähnung vorsorglicher Massnahmen mehr (vgl. zur Möglichkeit, während der Dauer einer datenschutzrechtlichen Untersuchung vorsorgliche Massnahmen anzuordnen, OK-Fanger/Oehri zu Art. 51 DSG, N. 22 ff.). 32

Auch hinsichtlich des Vollzugs gelten zufolge des Verweises in Art. 52 Abs. 1 DSG die Regeln des **VwVG**, insbesondere Art. 39 –43 VwVG, ergänzend, soweit Art. 50 DSG nichts Abweichendes bestimmt. Mithin ist für den Vollzug vorausgesetzt, dass gegen die Anordnung kein Rechtsmittel mit aufschiebender Wirkung mehr zur Verfügung steht (Art. 52 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 39 VwVG). Mit Blick auf die möglichen Zwangsmittel (vgl. Art. 52 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 41 VwVG) werden in der Praxis primär die zwangsweise Zugangsbeschaffung und Durchsuchung von Räumlichkeiten und Anlagen sowie die Beschlagnahme von Anlagen, Unterlagen, Verzeichnissen der Bearbeitungstätigkeiten und Personendaten eine Rolle spielen. Ebenfalls in Betracht kommen kann eine Strafandrohung (vgl. Art. 60 DSG und Art. 52 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 60 VwVG). Eine zwangsweise Vorführung von Parteien zur Auskunftserteilung oder von Zeugen dürfte demgegenüber kaum je in Erwägung zu ziehen sein[1927], zumal hinsichtlich der angewendeten 33

1926 Vgl. Botschaft 2017, S. 7092.

Zwangsmittel stets das Verhältnismässigkeitsprinzip gilt (Art. 52 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 42 VwVG).

E. Keine Gebühr

34 Art. 59 Abs. 1 lit. d DSG bestimmt, dass der EDÖB von privaten Personen für den Erlass vorsorglicher Massnahmen und (Verwaltungs-)Massnahmen nach Art. 51 DSG eine Gebühr erhebt. Mit Blick auf das Untersuchungsverfahren bedeutet dies *e contrario*, dass einem Bundesorgan mangels entsprechender gesetzlicher Grundlage jedenfalls **keine Gebühren** aufzuerlegen sind. Zudem dürfte daraus gemäss der Botschaft zum E-DSG (2017) zu schliessen sein, dass für Untersuchungen gegen private Personen, die ohne Anordnung von vorsorglichen Massnahmen oder Verwaltungsmassnahmen abgeschlossen werden, keine Gebühren anfallen.[1928]

35 Die vorgesehene Gebührenfreiheit überzeugt für Untersuchungsverfahren, bei denen die Sachverhaltsabklärung einerseits formal einfach ist, d.h. ohne förmliche Anordnung von Untersuchungsmassnahmen allein durch die Mitwirkung eines vollumfänglich kooperierenden Verantwortlichen erfolgen kann, und andererseits im Ergebnis entlastend wirkt, d.h. nicht zu Verwaltungsmassnahmen führt. Ebenso lässt sich vertreten, dass die Anordnung von Untersuchungsmassnahmen bei Dritten, soweit diese nicht erst durch mangelnde Mitwirkung seitens des Verantwortlichen notwendig gemacht wurden, keine finanziellen Folgen für letzteren nach sich ziehen soll. Allerdings ist Art. 50 DSG nicht nur auf solche Fallkonstellationen zugeschnitten, sondern greift vor allem auch dann, wenn der Verantwortliche im Untersuchungsverfahren nicht hinreichend mitwirkt (vgl. Art. 50 Abs. 1 DSG). Nach der hier vertretenen Auffassung sollte die Anordnung von Untersuchungsmassnahmen, die allein dadurch notwendig wurde, dass der Verantwortliche seinen Mitwirkungspflichten unberechtigterweise nicht nachgekommen ist, im Privatbereich jedenfalls **Kostenfolgen** zeitigen, und zwar selbst dann, wenn sich nach der vollständigen Durchführung der Untersuchung, die auf genügende Anzeichen gemäss Art. 49 Abs. 1 DSG hin eröffnet wurde, ergibt, dass keine Verletzung von Datenschutzvorschriften vorliegt und somit keine Verwaltungsmassnahmen nach Art. 51 DSG anzuordnen sind.

1927 A.M. SHK-Baeriswyl, Art. 50 DSG N. 17.
1928 Botschaft 2017, S. 7097 f.

LITERATURVERZEICHNIS

Auer Christoph/Binder Anja Martina, Kommentierung zu Art. 12 VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), VwVG – Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren: Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2019.

Auer Christoph/Binder Anja Martina, Kommentierung zu Art. 13 VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), VwVG – Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren: Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2019.

Auer Christoph/Binder Anja Martina, Kommentierung zu Art. 15 VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), VwVG – Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren: Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2019.

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 50 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023.

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 27 aDSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, Bern 2015.

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 29 aDSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, Bern 2015.

Güngerich Andreas/Bickel Jürg, Kommentierung zu Art. 15 VwVG, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), VwVG – Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich 2016.

Güngerich Andreas/Bickel Jürg, Kommentierung zu Art. 16 VwVG, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), VwVG – Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich 2016.

Huber René, Kommentierung zu Art. 27 aDSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor-Paul (Hrsg.), Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2014.

Huber René, Kommentierung zu Art. 29 aDSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor-Paul (Hrsg.), Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2014.

Jöhri Yvonne, § 8 Aufgabe und Bedeutung der öffentlichen Datenschutzbeauftragten, in: Passadelis Nicolas/Rosenthal David/Thür Hanspeter (Hrsg.), Datenschutzrecht, Basel 2015, S. 245–278.

Jöhri Yvonne, Kommentierung zu Art. 27 aDSG, in: Rosenthal David/Jöhri Yvonne (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008.

Reudt-Demont Janine/Gordon Clara-Ann/Egli Luisa, Das revidierte Datenschutzgesetz: Wichtigste Neuigkeiten mit Fokus auf Gesundheitsdaten, LSR 2021, S. 264–269.

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter 16.11.2020 (zit. Rosenthal nDSG).

Rosenthal David, Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz: Was uns erwartet und was noch zu korrigieren ist, Jusletter 27.11.2017 (zit. Rosenthal E-DSG).

Rosenthal David, § 7 Sanktionierung von Datenschutzverstössen, in: Passadelis Nicolas/Rosenthal David/Thür Hanspeter (Hrsg.), Datenschutzrecht, Basel 2015, S. 203–244 (zit. Rosenthal Sanktionierung).

Rosenthal David, Kommentierung zu Art. 29 aDSG, in: Rosenthal David/Jöhri Yvonne (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008.

Rudin Beat, Verpasste Chance und Handlungsbedarf: Ein Blick auf die Datenschutzrechts-Reform(en) und die Wirksamkeit der Datenschutzaufsicht, digma 2020, S. 180–187.

Walter Jean-Philippe, «Vingt ans de législation sur la protection des données, rétrospectives et perspectives» – L'évolution du droit de la protection des données: perspectives, Jusletter 25.6.2012.

Wiederkehr René/Meyer Christian/Böhme Anna, Kommentierung zu Art. 13 VwVG, in: Wiederkehr René/Meyer Christian/Böhme Anna (Hrsg.), VwVG Kommentar, Zürich 2022.

Wiederkehr René/Meyer Christian/Böhme Anna, Kommentierung zu Art. 15 VwVG, in: Wiederkehr René/Meyer Christian/Böhme Anna (Hrsg.), VwVG Kommentar, Zürich 2022.

Wiederkehr René/Meyer Christian/Böhme Anna, Kommentierung zu Art. 55 VwVG, in: Wiederkehr René/Meyer Christian/Böhme Anna (Hrsg.), VwVG Kommentar, Zürich 2022.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zur Genehmigung des Protokolls vom 10.10.2018 zur Änderung des Übereinkommens zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 6.12.2019, BBl 2020 S. 565 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2020/60/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2020-60-de-pdf-a.pdf, besucht am 28.6.2023.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 S. 641 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2017-2057-de-pdf-a.pdf, besucht am 28.6.2023.

Durchführungsbeschluss 7281/19 des Rates der Europäischen Union zur Festlegung einer Empfehlung zur Beseitigung der 2018 bei der Evaluierung der Anwendung des Schengen-Besitzstands im Bereich des Datenschutzes durch die Schweiz festgestellten Mängel vom 8.3.2019, abrufbar unter https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7281-2019-INIT/de/pdf, besucht am 28.6.2023.

Normkonzept zur Revision des Datenschutzgesetzes – Bericht der Begleitgruppe Revision DSG vom 29.10.2014, abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/75506.pdf, besucht am 28.6.2023.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 51 DSG

Eine Kommentierung von Reto Fanger / Isabelle Oehri

ZITIERVORSCHLAG

Reto Fanger/Isabelle Oehri, Kommentierung zu Art. 51 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Fanger/Oehri, N. XXX zu Art. 51 DSG.

Art. 51 Verwaltungsmassnahmen

[1] Liegt eine Verletzung von Datenschutzvorschriften vor, so kann der EDÖB verfügen, dass die Bearbeitung ganz oder teilweise angepasst, unterbrochen oder abgebrochen wird und die Personendaten ganz oder teilweise gelöscht oder vernichtet werden.

[2] Er kann die Bekanntgabe ins Ausland aufschieben oder untersagen, wenn sie gegen die Voraussetzungen nach Artikel 16 oder 17 oder gegen Bestimmungen betreffend die Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland in anderen Bundesgesetzen verstösst.

[3] Er kann namentlich anordnen, dass das Bundesorgan oder die private Person:

a. ihn nach den Artikeln 16 Absatz 2 Buchstaben b und c sowie 17 Absatz 2 informiert;

b. die Vorkehren nach den Artikeln 7 und 8 trifft;

c. nach den Artikeln 19 und 21 die betroffenen Personen informiert;

d. eine Datenschutz-Folgenabschätzung nach Artikel 22 vornimmt;

e. ihn nach Artikel 23 konsultiert;

f. ihn oder gegebenenfalls die betroffenen Personen nach Artikel 24 informiert;

g. der betroffenen Person die Auskünfte nach Artikel 25 erteilt.

[4] Er kann auch anordnen, dass der private Verantwortliche mit Sitz oder Wohnsitz im Ausland eine Vertretung nach Artikel 14 bezeichnet.

[5] Hat das Bundesorgan oder die private Person während der Untersuchung die erforderlichen Massnahmen getroffen, um die Einhaltung der Datenschutzvorschriften wiederherzustellen, so kann der EDÖB sich darauf beschränken, eine Verwarnung auszusprechen.

GLIEDERUNG

I. Normzweck und Entstehungsgeschichte 724
II. Verwaltungsmassnahmen 727
A. Massnahmen gegen Datenschutzvorschriften verletzende Datenbearbeitungen (Art. 51 Abs. 1, 2 und 4 DSG) 729
B. Flankierende Massnahmen bei Verletzungen von Ordnungsvorschriften oder Pflichten gegenüber betroffenen Personen (Art. 51 Abs. 3 DSG) 730
III. Verfahrensrechtliches 731
A. Allgemeines 731
B. Vorsorgliche Massnahmen 733
Literaturverzeichnis 735
Materialienverzeichnis 737

I. NORMZWECK UND ENTSTEHUNGSGESCHICHTE

1 Art. 51 DSG umschreibt die Verwaltungsmassnahmen, welche der EDÖB im Falle einer Verletzung von Datenschutzvorschriften erlassen kann. Die **Verfügungskompetenz**, die dem EDÖB in Art. 51 DSG eingeräumt wird, stellt ein Novum des neuen Datenschutzgesetzes dar. Mit diesem Ausbau der Befugnisse des EDÖB kommt der Gesetzgeber den Anregungen der Schengen-Evaluatoren von 2014 nach, welche bemängelt hatten, dass der EDÖB unter dem alten Datenschutzgesetz von 1992 (aDSG) lediglich Empfehlungen abgeben konnte.[1929] Auch in der Schengen-Evaluation von 2018 wurde empfohlen, die Durchsetzungsbefugnisse des EDÖB zu stärken, sodass dieser direkt rechtsverbindliche Entscheidungen treffen kann.[1930] Mit Art. 51 DSG wird Art. 47 Abs. 2 der Richtlinie (EU) 2016/680, spezifiziert in Art. 58 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2016/679 (Datenschutz-Grundverordnung, DSGVO), grösstenteils umgesetzt. Ebenfalls werden damit die Anforderungen von Art. 15 Abs. 2 lit. c des Änderungsprotokolls vom 18. Mai 2018 zum Übereinkommen SEV 108 des Europarats zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten[1931] weitgehend erfüllt.[1932]

2 Von einem über die Verfügungskompetenz hinausgehenden Ausbau der Sanktionsbefugnisse des EDÖB wurde hingegen in der DSG-Revision trotz diesbezüglicher Empfehlung seitens der Europäischen Union und trotz entsprechender Erwähnung in Art. 15 Abs. 2 lit. c des Änderungsprotokolls vom 18. Mai 2018 zum SEV 108-Übereinkommen abgesehen. Im Gegensatz zu den Datenschutzbehörden verschiedener anderer Länder – so beispielsweise

---

1929 Botschaft 2017, S. 6965 f.; vgl. zur Rechtslage unter dem aDSG nachfolgend N. 3 f.

1930 Vgl. Durchführungsbeschluss 7281/19 des Rates der Europäischen Union zur Festlegung einer Empfehlung zur Beseitigung der 2018 bei der Evaluierung der Anwendung des Schengen-Besitzstands im Bereich des Datenschutzes durch die Schweiz festgestellten Mängel vom 8.3.2019.

1931 Das mit dem Änderungsprotokoll vom 18.5.2018 revidierte SEV 108-Übereinkommen (auch SEV-Konvention 108+ genannt) wird von der Schweiz ratifiziert werden. Der Bundesrat hat am 6.12.2019 die entsprechende Botschaft verabschiedet (Botschaft 2020, S. 565) und das Parlament hat in der Folge am 19.6.2020 den Ratifizierungsbeschluss gefällt. Die SEV-Konvention 108+ wird voraussichtlich im Verlauf des Jahrs 2023 verbindlich, sofern mindestens 38 Vertragsparteien sie ratifiziert haben.

1932 Botschaft 2017, S. 7092.

den Aufsichtsbehörden im territorialen Anwendungsbereich der DSGVO[1933] – kann der EDÖB damit insbesondere weiterhin keine Verwaltungssanktionen gegen Bundesorgane verhängen.[1934] Bei privaten Personen besteht ebenfalls **keine direkte Sanktionsbefugnis** des EDÖB, aber immerhin werden hier diverse Pflichtverletzungen im 8. Kapitel des DSG unter Strafe gestellt. Namentlich kann der EDÖB seine Verfügungen von Verwaltungsmassnahmen nach Art. 51 DSG gegen private Personen mit einer Strafandrohung nach Art. 63 DSG versehen. Nach Auffassung des Gesetzgebers entspricht diese zweistufige Ordnung der schweizerischen Rechtstradition besser als eine direkte Sanktionskompetenz des EDÖB und ist wirksam genug.[1935]

Anders als unter dem neuen Regime hatte der EDÖB nach dem **aDSG** keine Kompetenz zum Erlass rechtsverbindlicher Massnahmen. Stellte er im Rahmen einer Untersuchung gegen ein Bundesorgan oder eine private Person eine Verletzung von Datenschutzvorschriften fest, konnte er lediglich eine Empfehlung an den Verantwortlichen abgeben, die Datenbearbeitung zu ändern oder zu unterlassen (Art. 27 Abs. 4 aDSG [für Bundesorgane] bzw. Art. 29 Abs. 3 aDSG [für private Personen]). Widersetzte sich der Verantwortliche der Empfehlung des EDÖB, indem er sie formell ablehnte oder faktisch schlicht nicht befolgte, musste der EDÖB seine Empfehlung dem Departement oder der Bundeskanzlei (im öffentlichen Sektor) bzw. direkt dem Bundesverwaltungsgericht (im privaten Sektor) vorlegen, um eine rechtsverbindliche Beurteilung zu erreichen. Die vom Departement oder der Bundeskanzlei in der Folge erlassene Verfügung konnten das betreffende Bundesorgan und – seit der Einführung eines entsprechenden Beschwerderechts mit der DSG-Revision von 2006[1936] – auch der EDÖB alsdann ebenfalls beim Bundesverwaltungsgericht anfechten. Letztinstanzlich 3

1933 Mit der DSGVO geht die Auflösung der Trennung zwischen der Datenschutzaufsicht öffentlicher und privater Verantwortlicher einher, weshalb die Aufsichtsbefugnisse gemäss Art. 58 DSGVO gegenüber öffentlichen und nichtöffentlichen Verantwortlichen gleichermassen ausgeübt werden können (HBK-Kugelmann/Buchmann, Art. 58 DSGVO N. 27) und mithin die entsprechenden Untersuchungs-, Abhilfe- und Genehmigungsbefugnisse auch gegenüber Behörden oder öffentlichen Stellen zur Anwendung kommen (ES-Selmayr, Art. 58 DSGVO N. 4 m.w.H.).

1934 Vgl. für eine kurze diesbezügliche Gegenüberstellung von DSG und DSGVO auch Baeriswyl DSGVO-Vergleich, S. 18.

1935 Botschaft 2017, S. 6966 und 7092.

1936 Bundesgesetz über den Datenschutz, Änderung vom 24.3.2006, BBl 2006 S. 3554; vgl. dazu auch Huber, S. 217 f.

konnten die Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts sowohl im öffentlichen wie im privaten Bereich mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 82 lit. a i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG). Neben diesem mehrstufigen förmlichen Weg über die Empfehlung und deren allfälligen Weiterzug konnte der EDÖB seinen unverbindlichen Anordnungen durch die Information von Bundesversammlung und Bundesrat sowie durch Veröffentlichung mit entsprechender Reputationswirkung faktischen Nachdruck verleihen (Art. 30 aDSG).

4 In der **Praxis unter dem aDSG** erliess der EDÖB sowohl im privaten wie insbesondere im öffentlichen Bereich nur wenige Empfehlungen; eine Durchsetzung auf dem Beschwerdeweg erfolgte noch seltener.[1937] Häufig ergriffen die Verantwortlichen bereits im Zuge des Untersuchungsverfahrens mit Hilfe der Beratung des EDÖB (Art. 28 und Art. 31 Abs. 1 lit. a aDSG) die erforderlichen Massnahmen, um die offenbarten Missstände zu beheben. Gab der EDÖB gleichwohl einmal eine Empfehlung ab, wurde diese in der Regel ohne Weiteres befolgt.[1938]

5 Nichtsdestotrotz wurde und wird die fehlende Befugnis des EDÖB, selbst griffige Massnahmen und allenfalls auch Sanktionen zu verfügen, in der Lehre und Datenschutzpraxis immer wieder beanstandet.[1939] Auch in der politischen und gesetzgeberischen Auseinandersetzung mit dem aDSG wurden entsprechende **Schwachstellen** identifiziert und eine mögliche Stärkung der Position des EDÖB diskutiert.[1940] Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung dieser stärkeren Position und insbesondere bei der Frage, ob dem EDÖB Sanktionsbefugnisse zukommen sollten, gingen die Ansichten jedoch auseinander.[1941] So wurde beispielsweise im Jahr 2014 einer parlamentarischen Initiative, welche die Einführung von

1937. Vgl. etwa SHK-Baeriswyl, Art. 27 aDSG N. 38; BSK-Huber, Art. 27 aDSG N. 28a; BSK-Huber, Art. 29 aDSG N. 39 f.

1938. Vgl. auch Bericht des Bundesrates über die Evaluation des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 9.12.2011, BBl 2012 S. 344.

1939. Vgl. etwa Baeriswyl Souveräner Datenschutz, S. 42; Brunner, N. 53 f.; Rudin, S. 183 ff.; Thür, S. 82; Walter, N. 33.

1940. Vgl. Bericht des Bundesrates über die Evaluation des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 9.12.2011, BBl 2012 S. 346 und S. 350.

1941. Vgl. etwa Normkonzept zur Revision des Datenschutzgesetzes – Bericht der Begleitgruppe Revision DSG vom 29.10.2014, S. 9 f. und S. 42 ff.

Verwaltungssanktionsbefugnissen des EDÖB forderte, keine Folge gegeben.[1942] Der mit der DSG-Revision vorgenommene, massvoll zurückhaltende Ausbau der Stellung des EDÖB widerspiegelt das Meinungsbild in Politik, Lehre und Praxis sowie den dargelegten Druck aufgrund internationaler Anforderungen (vgl. vorgängig N. 1 f.).

Ob das neu gestaltete Regime mit Verfügungs-, aber ohne direkte Sanktionsbefugnisse des EDÖB eine wirksame Aufsichtstätigkeit sicherstellt, wird die Praxis weisen.[1943] Neben der entsprechenden Kompetenzordnung erfordert eine effektive Beaufsichtigung faktisch auch eine **angemessene Ressourcenausstattung** des EDÖB. Diesbezüglich wird in der Literatur verschiedentlich Kritik an den als zu knapp eingestuften Mitteln laut, welche den EDÖB trotz einer bereits erfolgten Aufstockung auch in Zukunft zwingen dürften, bei seiner Aufsichtstätigkeit nach dem Opportunitätsprinzip vorzugehen.[1944] In dieser Hinsicht ebenfalls kritisch äusserten sich die Schengen-Evaluatoren 2018 und empfahlen, dem EDÖB ausreichende finanzielle und personelle Ressourcen zuzuweisen, damit er alle seine Aufgaben im Schengener Kontext erfüllen könne.[1945] 6

II. VERWALTUNGSMASSNAHMEN

Art. 51 DSG lässt dem EDÖB grossen **Handlungsspielraum**: Liegt eine Verletzung von Datenschutzvorschriften vor, *kann* er auf Beseitigung des rechtswidrigen Zustands abzielende Massnahmen verfügen, ist jedoch nicht dazu verpflichtet. Die Aufzählung der Massnahmen ist nicht abschliessend.[1946] Beim Entscheid, ob eine Verfügung zu erlassen ist und, wenn ja, welche, gilt der Grundsatz der Verhältnismässigkeit[1947]: Es sind jene Massnahmen 7

1942 Vgl. Parlamentarische Initiative 14.404, NR Schwaab – «Für wirklich abschreckende Sanktionen bei Datenschutzverletzungen».

1943 Diesbezüglich kritisch etwa Baeriswyl, der den EDÖB gemäss neuem DSG als «schwache starke Aufsichtsbehörde» (Baeriswyl Souveräner Datenschutz, S. 42) bezeichnet.

1944 Vgl. etwa Baeriswyl Souveräner Datenschutz, S. 32; Brunner, N. 53; BSK-Huber, Art. 27 aDSG N. 26 ff.; Reudt-Demont/Gordon/Egli, S. 269; Rudin, S. 183 und 185; Thür, S. 80.

1945 Vgl. Durchführungsbeschluss 7281/19 des Rates der Europäischen Union zur Festlegung einer Empfehlung zur Beseitigung der 2018 bei der Evaluierung der Anwendung des Schengen-Besitzstands im Bereich des Datenschutzes durch die Schweiz festgestellten Mängel vom 8.3.2019.

1946 SHK-Baeriswyl, Art. 51 DSG N. 1.

1947 Botschaft 2017, S. 7092 f.

anzuordnen, welche erforderlich sind, um die Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung im konkreten Einzelfall (wieder) zu gewährleisten.[1948] Ausdrückliche Verankerung findet das Verhältnismässigkeitsprinzip auch in Art. 51 Abs. 5 DSG: Wenn das Bundesorgan oder die private Person bereits während der Untersuchung die erforderlichen Massnahmen getroffen hat, um die Einhaltung der Datenschutzvorschriften wiederherzustellen, sieht Art. 51 Abs. 5 DSG vor, dass sich der EDÖB darauf beschränken kann, eine Verwarnung auszusprechen.[1949] Ferner sollte es angesichts der Ausgestaltung von Art. 51 DSG als Kann-Bestimmung im Interesse einer einzelfalladäquaten, zielführenden Praxis nach der hier vertretenen Auffassung auch möglich sein, dass sich der EDÖB bei untergeordneten Mängeln darauf beschränkt, den Verantwortlichen im Rahmen seiner Beratungstätigkeit (Art. 58 Abs. 1 lit. a DSG) Hinweise zur Mängelbehebung zu geben, anstatt eine Massnahmenverfügung zu erlassen.[1950] Es ist damit zu rechnen, dass der EDÖB schon aus Gründen der Effizienz darauf hinwirken wird, dass Verantwortliche die zur Wiederherstellung der Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung erforderlichen Massnahmen ergreifen, ohne dass er zum Erlass einer Verfügung gezwungen ist.[1951]

8 Die Verfügungskompetenz des EDÖB gemäss Art. 51 DSG ist **inhaltlich sehr breit**. Eingeschränkt ist sie nur, aber immerhin dadurch, dass sie von der Verletzung von Datenschutzvorschriften abhängig ist: Der EDÖB kann verfügungsweise selbstredend nichts Anderes oder Weitergehendes anordnen, als die gesetzlichen Datenschutzbestimmungen ohnehin verlangen würden.[1952]

9 Die in Art. 51 DSG aufgeführten Massnahmen lassen sich in **zwei Kategorien** unterteilen[1953]: Abs. 1, 2 und 4 sehen Massnahmen gegen Datenbearbeitungen vor, die Datenschutzvorschriften verletzen. Abs. 3 enthält flankierende Massnahmen bei Verletzungen von Ordnungsvorschriften oder Pflichten gegenüber der betroffenen Person. Der EDÖB kann verfügte

1948 Vgl. – zwar noch zur früheren, aber diesbezüglich unveränderten Rechtslage – HaKo-Rosenthal, Art. 29 aDSG N. 23.

1949 Vgl. SHK-Baeriswyl, Art. 51 DSG N. 25.

1950 Vgl. dazu – freilich noch unter dem aDSG – SHK-Baeriswyl, Art. 27 aDSG N. 36; SHK-Baeriswyl, Art. 29 aDSG N. 41.

1951 Rosenthal nDSG, N. 182; Rosenthal E-DSG, N. 127.

1952 Vgl. Rosenthal nDSG, N. 186.

1953 Botschaft 2017, S. 2092 f.

Verwaltungsmassnahmen gegen private Personen gegebenenfalls mit einer Strafandrohung gemäss Art. 63 DSG versehen (vgl. vorgängig N. 2).

A. Massnahmen gegen Datenschutzvorschriften verletzende Datenbearbeitungen (Art. 51 Abs. 1, 2 und 4 DSG)

Die erste Massnahmenkategorie erfasst **datenschutzwidrige Datenbearbeitungen** und zielt auf die Wiederherstellung der Einhaltung der verletzten Vorschriften ab. Der EDÖB kann je nach Konstellation die nötigen Anordnungen gemäss Art. 51 Abs. 1, 2 oder 4 DSG verfügen. 10

Im Sinne einer **Generalklausel** räumt **Art. 51 Abs. 1 DSG** dem EDÖB bezüglich Datenbearbeitungen, die Datenschutzvorschriften verletzen, die Befugnis ein, eine teilweise oder vollständige Anpassung, Unterbrechung oder Abbrechung sowie die teilweise oder vollständige Löschung oder Vernichtung der betreffenden Personendaten zu verfügen. 11

In **Art. 51 Abs. 2 und Abs. 4 DSG** werden mit der vorschriftswidrigen Datenbekanntgabe ins Ausland und der unterlassenen Bezeichnung einer schweizerischen Vertretung für ausländische Datenbearbeiter nach Art. 14 DSG überdies zwei spezifische Fälle von datenschutzwidrigen Datenbearbeitungen separat geregelt. 12

Bei einer **vorschriftswidrigen Datenbekanntgabe ins Ausland** kann der EDÖB deren Aufschub oder Verbot verfügen (Art. 51 Abs. 2 DSG). Hiervon erfasst sind einerseits Verletzungen von Art. 16 und Art. 17 DSG, welche den Datenexport aus der Schweiz regeln, und andererseits Verstösse gegen Bestimmungen betreffend die Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland in anderen Bundesgesetzen. Der Einbezug von Verletzungen anderer Bundesgesetze wurde trotz entsprechender Kritik in der Vernehmlassung unverändert belassen. Ihm dürfte praktisch indessen wenig eigenständige Bedeutung zukommen, da solche Datenexporte regelmässig den Grundsatz der Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung (Art. 6 Abs. 1 DSG) verletzen und damit auch unter die Generalklausel von Art. 51 Abs. 1 DSG subsumiert werden könnten.[1954] 13

Im Falle einer Verletzung von Art. 14 DSG kann der EDÖB die **Bezeichnung einer schweizerischen Vertretung** durch private Verantwortliche mit 14

1954 Vgl. mit Beispielen Rosenthal E-DSG, N. 128.

Wohnsitz oder Sitz im Ausland verfügungsweise anordnen (Art. 51 Abs. 4 DSG).

B. Flankierende Massnahmen bei Verletzungen von Ordnungsvorschriften oder Pflichten gegenüber betroffenen Personen (Art. 51 Abs. 3 DSG)

15 Die zweite Massnahmenkategorie richtet sich gegen Fälle, in denen **Ordnungsvorschriften oder Pflichten gegenüber betroffenen Personen nicht beachtet** werden.[1955] Dabei muss es nicht zu einer Datenschutzverletzung gekommen sein.[1956] Hierzu enthält Art. 51 Abs. 3 DSG eine nicht abschliessende Liste möglicher Anordnungen.[1957] Diese sind jeweils im Zusammenspiel mit Verpflichtungen zu lesen, welche das DSG im zweiten und dritten Kapitel für Bundesorgane und private Personen aufstellt.

16 Bei der Mehrzahl der in Art. 51 Abs. 3 DSG aufgeführten Massnahmen handelt es sich um **Informations- und Konsultationsanordnungen**, mit denen der Verantwortliche aufgefordert wird, den EDÖB und/oder die von einer Datenbearbeitung betroffenen Personen bezüglich bestimmter Vorgänge zu informieren oder zu konsultieren (Art. 51 Abs. 3 lit. a, c, e, f und g DSG). Im Einzelnen kann der EDÖB Verantwortliche mittels Verfügung dazu auffordern,

- ihm die entsprechenden Klauseln bzw. Garantien vorgängig mitzuteilen, sofern eine Datenbekanntgabe ins Ausland ohne angemessenen Schutz im Sinne von Art. 16 Abs. 1 DSG geplant ist und der Datenschutz mittels vertraglicher Datenschutzklauseln nach Art. 16 Abs. 2 lit. b DSG oder mittels spezifischer Garantien, die das zuständige Bundesorgan erarbeitet hat (Art. 16 Abs. 2 lit. c DSG), gewährleistet werden soll (Art. 51 Abs. 3 lit. a DSG);
- ihn gemäss Art. 17 Abs. 2 DSG über Fälle von Datenbekanntgaben ins Ausland zu informieren, welche unter die Ausnahmeregeln von Art. 17 Abs. 1 lit. b Ziff. 2, lit. c und lit. d DSG fallen (Art. 51 Abs. 3 lit. a DSG);
- ihren Informationspflichten gegenüber den betroffenen Personen bei der Beschaffung von Personendaten (Art. 19 DSG) und bei automatisierten

1955.Vgl. Rosenthal E-DSG, N. 128.
1956SHK-Baeriswyl, Art. 51 DSG N. 12.
1957.Botschaft 2017, S. 7093.

Einzelentscheidungen (Art. 21 DSG) nachzukommen (Art. 51 Abs. 3 lit. c DSG);

- ihn gemäss Art. 23 DSG in Fällen zu konsultieren, in denen eine vorgenommene Datenschutz-Folgenabschätzung trotz vorgesehener Schutzmassnahmen nach wie vor ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Personen ergibt (Art. 51 Abs. 3 lit. e DSG);
- ihm gemäss Art. 24 DSG Verletzungen der Datensicherheit zu melden sowie unter den Voraussetzungen von Art. 24 Abs. 4 und 5 DSG die betroffenen Personen darüber zu informieren (Art. 51 Abs. 3 lit. f DSG);
- ihrer Auskunftspflicht gegenüber den betroffenen Personen gemäss Art. 25 DSG nachzukommen (Art. 51 Abs. 3 lit. g DSG).

Die weiteren in lit. b und d von Art. 51 Abs. 3 DSG aufgelisteten Massnahmen sind **Handlungsanordnungen**. Mithin kann der EDÖB Verantwortliche mittels Verfügung dazu auffordern, 17

- die erforderlichen technischen und organisatorischen Massnahmen (TOM) für eine Datenbearbeitung zu treffen, unter Einhaltung der Datenschutzvorschriften (Art. 7 Abs. 1 und 2 DSG) sowie unter Gewährleistung einer angemessenen Datensicherheit nach Art. 8 DSG und den Art. 1 ff. DSV (Art. 51 Abs. 3 lit. b DSG);
- datenschutzfreundliche Voreinstellungen gemäss Art. 7 Abs. 3 DSG zu verwenden (Art. 51 Abs. 3 lit. b DSG);
- eine Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 22 DSG vorzunehmen (Art. 51 Abs. 3 lit. d DSG).

III. VERFAHRENSRECHTLICHES

A. Allgemeines

Die Massnahmen werden durch den EDÖB als **Verfügung** erlassen[1958]: In verfahrensrechtlicher Hinsicht gelangen bezüglich der Verwaltungsmassnahmen nach Art. 51 DSG grundsätzlich die Bestimmungen 18

1958SHK-Baeriswyl, Art. 51 DSG N. 6.

des VwVG zur Anwendung (Art. 52 Abs. 1 DSG). Parteistellung kommt dabei gemäss Art. 52 Abs. 2 DSG nur dem Bundesorgan oder der privaten Person zu, gegen das bzw. die eine Untersuchung eröffnet wurde. Nicht Partei sind mithin etwa die von einer Datenbearbeitung betroffenen Personen, selbst wenn die Untersuchung durch ihre Anzeige nach Art. 49 Abs. 1 DSG veranlasst wurde. Der EDÖB eröffnet seine Verfügungen grundsätzlich ausschliesslich den Adressaten. Nur in Fällen von allgemeinem Interesse informiert er die Öffentlichkeit (Art. 57 Abs. 2 DSG). Der EDÖB muss seine Verfügungen ausreichend begründen, damit die Verantwortlichen in der Lage sind, die angeordneten Massnahmen zu evaluieren und umzusetzen oder auch dagegen Beschwerde zu führen.[1959] Mit anderen Worten muss Inhalt der Verfügung jeweils eine konkrete Handlungsanweisung sein, welche als solche vollstreckt werden kann.[1960] Pauschale Anordnungen, wonach der Verfügungsadressat seine Datenbearbeitung derart anzupassen hat, dass sie die datenschutzrechtlichen Anforderungen des DSG erfüllt, wären mithin nicht präzis genug. Werden nach einer Untersuchung keine Massnahmen angeordnet oder wird lediglich eine Verwarnung im Sinne von Art. 51 Abs. 5 DSG ausgesprochen, ist das Untersuchungsverfahren dennoch durch den EDÖB formell abzuschliessen.[1961]

19 Massnahmenverfügungen des EDÖB gemäss Art. 51 DSG können vom Bundesorgan oder der privaten Person, gegen das bzw. die sie sich richten, nach den allgemeinen Regeln der Bundesrechtspflege mit **Beschwerde** beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden (vgl. Art. 52 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 44 ff. VwVG). Beschwerdeentscheide des Bundesverwaltungsgerichts unterliegen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht (Art. 82 lit. a i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG). Hier kommt neben dem Verfügungsadressaten auch dem EDÖB eine Beschwerdebefugnis zu (Art. 52 Abs. 3 DSG). Mangels Parteistellung (vgl. Art. 52 Abs. 2 DSG und vorgängig N. 18) sind die betroffenen Personen demgegenüber nicht zur Erhebung von Rechtsmitteln gegen Verfügungen des EDÖB und gegen Beschwerdeentscheide legitimiert.

1959 Botschaft 2017, S. 7093.
1960 Vgl. – noch unter dem aDSG – HaKo-Rosenthal, Art. 29 DSG N. 24.
1961 SHK-Baeriswyl, Art. 51 DSG N. 6.

Hinsichtlich des **Vollzugs** der angeordneten Verwaltungsmassnahmen kommen zufolge der Verweisung in Art. 52 Abs. 1 DSG ergänzend die Art. 39–43 VwVG zur Anwendung. 20

Anders als noch unter dem aDSG, nach welchem dem Verantwortlichen für den Erlass einer Empfehlung keine Gebühren auferlegt werden durften (vgl. Art. 33 aVDSG), sieht Art. 59 Abs. 1 lit. d DSG nunmehr vor, dass von privaten Personen für die Anordnung von Massnahmen nach Art. 51 DSG eine **Gebühr** erhoben wird (vgl. auch Art. 44 DSV). Weiterhin keine Gebühr fällt mangels entsprechender gesetzlicher Grundlage für Verfügungen gegen Bundesorgane an (Art. 59 Abs. 1 lit. d DSG *e contrario*; vgl. Botschaft 2017, S. 7098). 21

B. Vorsorgliche Massnahmen

Im E-DSG von 2017 war vorgesehen, den EDÖB durch einen Absatz im Artikel betreffend das Untersuchungsverfahren ausdrücklich zu ermächtigen, für die Dauer der Untersuchung **vorsorgliche Massnahmen** anzuordnen und diese durch eine Bundesbehörde oder die kantonalen oder kommunalen Polizeiorgane vollstrecken zu lassen (Art. 44 Abs. 2 E-DSG [2017]).[1962] Nachdem das Parlament diesen Absatz jedoch aus Art. 50 DSG, der finalen Fassung von Art. 44 E-DSG, gestrichen hat, räumt das DSG dem EDÖB nicht mehr direkt die Befugnis ein, für die Dauer seiner Untersuchungen vorsorgliche Anordnung zu treffen. Nunmehr ergibt sich die Kompetenz des EDÖB zum Erlass vorsorglicher Massnahmen nur noch indirekt aus dem Gebührenartikel, der in Art. 59 Abs. 1 lit. d DSG den Erlass vorsorglicher Massnahmen des EDÖB gegenüber privaten Personen für gebührenpflichtig erklärt. Wie bereits unter dem aDSG muss die Anordnung provisorischer oder gar superprovisorischer Massnahmen im Rahmen von datenschutzrechtlichen Untersuchungen aber jedenfalls möglich sein; die Streichung der betreffenden Bestimmung ist als gesetzgeberisches Versehen und nicht als qualifiziertes Schweigen zu deuten.[1963] 22

Während der EDÖB unter altem Recht mangels eigener **Verfügungskompetenz** für den Erlass vorsorglicher Massnahmen an das Bundesverwaltungsgericht gelangen musste (Art. 33 Abs. 2 aDSG), kann er sie neu selbst erlassen.[1964] 23

1962 Vgl. Botschaft 2017, S. 7092.
1963 Rosenthal nDSG, N. 185.

24 Der unter neuem Recht nicht mehr geltende Art. 33 Abs. 2 aDSG wies indessen genau besehen nicht nur die Zuständigkeit für den Erlass vorsorglicher Massnahmen im Rahmen von datenschutzrechtlichen Untersuchungen dem Bundesverwaltungsgericht zu, sondern regelte darüber hinaus auch Voraussetzungen und Verfahren. In ersterem Kontext verlangte **Art. 33 Abs. 2 aDSG**, dass den betroffenen Personen ein nicht leicht wiedergutzumachender Schaden droht. Verfahrensrechtlich erklärte die Bestimmung Art. 79-84 BZP für sinngemäss anwendbar.

25 Nach dem Wegfall von Art. 33 Abs. 2 aDSG fehlen nun explizite **Voraussetzungs- und Verfahrensregeln** für den einstweiligen Rechtsschutz. Im Ergebnis dürfte sich freilich wenig an der inhaltlichen Beurteilung von vorsorglichen Massnahmen in datenschutzrechtlichen Untersuchungen ändern. Das gemäss Art. 52 Abs. 1 DSG auf das Untersuchungsverfahren anwendbare VwVG enthält lediglich Bestimmungen zum Erlass vorsorglicher Massnahmen im Beschwerdeverfahren (vgl. insbesondere Art. 55 und Art. 56 VwVG), nicht aber im vorgelagerten Verwaltungsverfahren. Jedoch ist die Zulässigkeit vorsorglicher Massnahmen im Verwaltungsverfahren anerkannt, ergibt sie sich doch direkt aus dem Gebot der Durchsetzung des materiellen Rechts.[1965] Für den Erlass vorsorglicher Massnahmen durch den EDÖB im Untersuchungsverfahren ist vorab vorausgesetzt, dass ein nicht leicht wiedergutzumachender Nachteil zu erwarten ist. Anders als noch unter dem aDSG muss dieser nach der hier vertretenen Auffassung nicht zwingend den von der Datenbearbeitung betroffenen Personen drohen, auch wenn er in der Praxis wohl regelmässig bei ihnen anzusiedeln sein wird. Weiter muss eine entsprechende Dringlichkeit für den sofortigen Erlass bestehen und dieser muss zur Wahrung überwiegender öffentlicher oder privater Interessen geeignet, erforderlich und aufgrund der gesamten Umstände verhältnismässig erscheinen. Als einstweilige Anordnungen dürfen vorsorgliche Massnahmen den schlussendlich zu regelnden Zustand weder präjudizieren noch verunmöglichen. Im Zeitpunkt, zu dem provisorische Anordnungen zur Diskussion stehen, ist der Ausgang der datenschutzrechtlichen Untersuchung meist noch ungewiss und es kann lediglich eine summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage erfolgen. Entsprechend ist zwar im Zuge der Prüfung

1964 Vgl. Botschaft 2017, S. 7097.
1965 Vgl. etwa BGer 2A.438/2004 und BGer 2A.442/2004 vom 1.12.2004 E. 2.3 m.w.H.

von vorsorglichen Massnahmen eine Hauptsachenprognose anzustellen, aber diese steht einer provisorischen Anordnung nur dann im Wege, wenn sie eindeutig negativ ausfällt.[1966]

Inhaltlich dürften sich die Anordnungen am Katalog der Verwaltungsmassnahmen nach Art. 51 DSG orientieren. Häufig wird es darum gehen, mittels provisorischer Anordnungen potentiell datenschutzwidrige Datenbearbeitung für die Dauer des Verfahrens zu untersagen, um zusätzlichen Schaden zu vermeiden, der aus der unveränderten Fortführung der betreffenden Bearbeitung während einer mitunter komplexen und langwierigen Untersuchung resultieren könnte. 26

LITERATURVERZEICHNIS

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 51 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023.

Baeriswyl Bruno, Der «grosse Bruder» DSGVO und das revDSG: Ein vergleichender Überblick, SZW 2021, S. 8–15 (zit. Baeriswyl DSGVO-Vergleich).

Baeriswyl Bruno, Souveräner Rechtsschutz ist notwendig, digma 2017, S. 38–42 (zit. Baeriswyl Souveräner Datenschutz).

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 27 aDSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, Bern 2015.

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 29 aDSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, Bern 2015.

1966 Vgl. zum Ganzen aus der unter den vorstehenden Vorbehalten nach wie vor illustrativen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts etwa BVGer A-3831/2012 vom 6.8.2012 oder BVGer A-8028/2008 vom 14.1.2009; aus der allgemeinen verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichts etwa BGer 2A.438/2004 und BGer 2A.442/2004 vom 1.12.2004 E. 2.3 m.w.H.

Brunner Stephan C., Mit rostiger Flinte unterwegs in virtuellen Welten? Leitgedanken zur künftigen Entwicklung des schweizerischen Datenschutzrechts, Jusletter 4.4.2011.

Huber René, Kommentierung zu Art. 27 aDSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor-Paul (Hrsg.), Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2014.

Huber René, Kommentierung zu Art. 29 aDSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor-Paul (Hrsg.), Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2014.

Huber René, Die Teilrevision des Eidg. Datenschutzgesetzes – ungenügende Pinselrenovation, recht 2006, S. 205–221.

Kugelmann Dieter/Buchmann Antonia, Kommentierung zu Art. 58 DSGVO, in: Schwartmann Rolf/Jaspers Andreas/Thüsing Gregor/Kugelmann Dieter (Hrsg.), Heidelberger Kommentar DS-GVO/BDSG, Heidelberg 2018.

Reudt-Demont Janine/Gordon Clara-Ann/Egli Luisa, Das revidierte Datenschutzgesetz: Wichtigste Neuigkeiten mit Fokus auf Gesundheitsdaten, LSR 2021, S. 264–269.

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter 16.11.2020 (zit. Rosenthal nDSG).

Rosenthal David, Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz: Was uns erwartet und was noch zu korrigieren ist, Jusletter 27.11.2017 (zit. Rosenthal E-DSG).

Rosenthal David, Kommentierung zu Art. 29 aDSG, in: Rosenthal David/Jöhri Yvonne (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008.

Rudin Beat, Verpasste Chance und Handlungsbedarf: Ein Blick auf die Datenschutzrechts-Reform(en) und die Wirksamkeit der Datenschutzaufsicht, digma 2020, S. 180–187.

Selmayr Martin, Kommentierung zu Art. 58 DSGVO, in: Ehmann Eugen/Selmayr Martin (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, München 2017.

Thür Hanspeter, Rolle der Datenschutzbeauftragten: Aufgabe und Instrumente der Datenschutzbehörde im Wandel, digma 2003, S. 80–82.

Walter Jean-Philippe, «Vingt ans de législation sur la protection des données, rétrospectives et perspectives» – L'évolution du droit de la protection des données: perspectives, Jusletter 25.6.2012.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Bericht des Bundesrates über die Evaluation des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 9.12.2011, BBl 2012 S. 335 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2012/86/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2012-86-de-pdf-a.pdf, besucht am 28.6.2023.

Botschaft zur Genehmigung des Protokolls vom 10.10.2018 zur Änderung des Übereinkommens zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 6.12.2019, BBl 2020 S. 565 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2020/60/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2020-60-de-pdf-a.pdf, besucht am 28.6.2023.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 S. 641 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2017-2057-de-pdf-a.pdf, besucht am 28.6.2023.

Bundesgesetz über den Datenschutz, Änderung vom 24.3.2006, BBl 2006 S. 3547 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2006/373/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2006-373-de-pdf-a.pdf, besucht am 28.6.2023.

Durchführungsbeschluss 7281/19 des Rates der Europäischen Union zur Festlegung einer Empfehlung zur Beseitigung der 2018 bei der Evaluierung der Anwendung des Schengen-Besitzstands im Bereich des Datenschutzes durch die Schweiz festgestellten Mängel vom 8.3.2019, abrufbar unter https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7281-2019-INIT/de/pdf, besucht am 28.6.2023.

Normkonzept zur Revision des Datenschutzgesetzes – Bericht der Begleitgruppe Revision DSG vom 29.10.2014, abrufbar unter https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/75506.pdf, besucht am 28.6.2023.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 52 DSG

Eine Kommentierung von Nicolas Winkelmann

ZITIERVORSCHLAG

Nicolas Winkelmann, Kommentierung zu Art. 52 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Winkelmann, Art. 52 DSG N. XXX.

Art. 52 Verfahren

[1] Das Untersuchungsverfahren sowie Verfügungen nach den Artikeln 50 und 51 richten sich nach dem VwVG.

[2] Partei ist nur das Bundesorgan oder die private Person, gegen das oder die eine Untersuchung eröffnet wurde.

[3] Der EDÖB kann Beschwerdeentscheide des Bundesverwaltungsgerichts anfechten.

GLIEDERUNG

In Kürze 741
I. Allgemeine Hinweise zum Verfahren 741
II. Verweis auf das VwVG (Abs. 1) 744
A. Verfahren nach VwVG gegen Privatpersonen 744
B. Verfahren nach VwVG gegen Bundesorgane 744
C. Abgrenzungen 748
1. Zur «informellen Vorabklärung» 748
2. Zur «niederschwelligen Intervention» 749
3. Zur Kampagne 750
4. Zur Information der Öffentlichkeit über Feststellungen und Verfügungen 751
5. Zur Beratung 752
D. Spezialbestimmungen gegenüber dem VwVG 753
III. Parteien des Verfahrens (Abs. 2) 753
A. Überblick 753
B. Private als Partei 754
C. Bundesorgane als Partei 756
IV. Beschwerdelegitimation des EDÖB (Abs. 3) 757
Literaturverzeichnis 757
Materialienverzeichnis 758

IN KÜRZE

Art. 52 Abs. 1 DSG bestimmt, nach welchen Regeln der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) formelle Verfahren führt. Die Bestimmung ist eine Verweisnorm und hält fest, dass sich Untersuchungen gemäss Art. 49 DSG sowie Verfügungen nach Art. 50 und 51 DSG nach den Regeln des VwVG richten.[1967] E contrario unterliegen andere Handlungen des EDÖB nicht dem VwVG, namentlich informelle Vorabklärungen, niederschwellige Interventionen oder Beratungs- und Aufsichtstätigkeiten. Bemerkenswert ist, dass auch für Verfahren gegen Bundesorgane auf das VwVG verwiesen wird und der EDÖB gegen Bundesorgane nach den Regeln des VwVG «verfügen» kann. 1

Absatz 2 bestimmt, dass Parteistellung nur das Bundesorgan oder die private Person hat, gegen das oder die eine Untersuchung eröffnet wurde. Damit wird der Kreis der möglichen Parteien in formellen Verfahren des EDÖB gegenüber den Bestimmungen des VwVG eingeschränkt. 2

Absatz 3 stellt die gesetzliche Grundlage dar, die dem EDÖB gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts ein Beschwerderecht beim Bundesgericht einräumt. 3

I. ALLGEMEINE HINWEISE ZUM VERFAHREN

Gestützt auf das aDSG führte der EDÖB von 1993 bis 2023 sogenannte Sachverhaltsabklärungen durch, die er mit einem Schlussbericht und Empfehlungen abschloss. Aufgrund der fehlenden Verfügungskompetenz des EDÖB war für diese Verfahren das VwVG nicht anwendbar.[1968] Wurde eine solche **Empfehlung des Beauftragten** nicht befolgt oder abgelehnt, konnte der EDÖB die Angelegenheit dem Bundesverwaltungsgericht zum Entscheid vorlegen.[1969] 4

1967 BSK-DSG Zobl/Roth/Mazidi, Art. 52 N. 11.

1968 Art. 1 Abs. 1 VwVG e contrario.

1969 Art. 27 aDSG für Verfahren gegen Bundesorgane; Art. 29 aDSG für Verfahren gegen Privatpersonen; Schlussberichte und Weiterzüge sind auf der Webseite des EDÖB publiziert, Schlussberichte: https://www.edoeb.admin.ch/de/schlussberichte-empfehlungen-bis-31082023, zuletzt besucht am 25.5.2025, Weiterzüge: https://www.edoeb.admin.ch/de/weiterzuege-bis-31082023, zuletzt besucht am 25.5.2025.

5 Mit der Totalrevision des DSG, die am 1. September 2023 in Kraft getreten ist, erhielt der EDÖB neu eine Verfügungskompetenz, weshalb er seit dem Inkrafttreten des revidierten DSG ein formelles Verfahren mit einer Verfügung abschliesst. Anlässlich des internationalen Datenschutztags publizierte der EDÖB im Januar 2025 erstmals eine Zwischenbilanz in Zahlen.[1970] Demnach sind beim EDÖB vom 01. September 2024 bis am 21. Januar 2025 insgesamt 1'406 Anzeigen wegen Verletzungen des DSG eingegangen, wovon 479 zum Zeitpunkt der Publikation in Bearbeitung waren. Die **Aufsichtshandlungen** verteilten sich wie folgt:

- Niederschwellige Interventionen: 116
- Davon von den Verantwortlichen freiwillig befolgt: ca. 90%
- Vorabklärungen: 16
- Offene Untersuchungen / vor BVGer hängig: 8 / 2
- Kampagnen 2

6 Die publizierten Zahlen zeigen auf, dass Aufsichtshandlungen des EDÖB nur in Einzelfällen zu einer Eröffnung einer formellen Untersuchung führen und die **niederschwellige Intervention**[1971] **als Hauptinstrument der Aufsicht** dient. In der Praxis wird der EDÖB folglich nach Erhalt einer Anzeige in der Regel tätig, ohne eine formelle Untersuchung zu eröffnen.[1972]

7 Die Voraussetzung für eine **Untersuchungseröffnung** wird in Art. 49 Abs. 1 DSG festgehalten. Demnach eröffnet der EDÖB von Amtes wegen oder auf Anzeige hin eine Untersuchung, wenn genügen Anzeichen bestehen, dass eine Datenbearbeitung gegen die Datenschutzvorschriften verstossen könnte.[1973] Sobald der EDÖB eine Untersuchung nach Art. 49 DSG eröffnet, ist ab diesem Zeitpunkt das VwVG anwendbar. Dies ist der Fall, sobald er intern entschieden hat, ein Verfahren zu eröffnen. Dies kann bereits vor einem informellen Tätigwerden des EDÖB, während oder danach eintreffen.

8 Praxisgemäss wird die Verfahrenseröffnung mittels **Eröffnungsschreiben** der Partei mitgeteilt. Die Verfahrenseröffnung stellt keine anfechtbare Verfügung

1970 EDÖB, Mitteilung vom 28.1.2025, Datenschutztag 2025, https://www.edoeb.admin.ch/de/datenschutztag-2025, zuletzt besucht am 25.5.2025.

1971 Zum Begriff niederschwellige Intervention siehe N. 26 ff.

1972 Vgl. Lobsiger, Hohes Risiko – kein Killerargument, S. 313.

dar.[1974] Schliesslich wird das Verfahren mit einer Verfügung nach Art. 51 DSG abgeschlossen oder eingestellt.

Aus Sicht der oder des Verantwortlichen ist wichtig zu wissen, ob ein Verfahren eröffnet wurde oder nicht. Nach der Verfahrenseröffnung unterliegen die Parteien etwa der strafbewährten **Mitwirkungspflicht** (Art. 60 Abs. 2 DSG). E contrario ist die Zusammenarbeit vor Eröffnung einer Untersuchung nicht zwingend. Bei Verweigerung oder unzureichender Zusammenarbeit der Verantwortlichen im Rahmen einer Vorabklärung oder niederschwelligen Intervention werden aber regelmässig die Voraussetzungen von Art. 49 Abs. 1 DSG erfüllt, sodass der Sachverhalt aufgrund der Mitwirkungspflicht (Art. 49 Abs. 3 DSG) oder mithilfe von Zwangsmitteln (Art. 50 Abs. 1 DSG) erstellt werden kann.[1975] Für solche Handlungen kann der EDÖB Gebühren erheben (Art. 59 Abs. 1 lit. d DSG), weshalb es regelmässig im Interesse des Verantwortlichen liegt, freiwillig vor Eröffnung einer Untersuchung mit dem EDÖB zu kooperieren. 9

Der in Art. 29 Abs. 2 BV verankerte und in Art. 29 ff. VwVG konkretisierte Grundsatz des **rechtlichen Gehörs** garantiert den Parteien ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht im Verfahren. Sie sollen sich vor Erlass des Entscheides zur Sache äussern, erhebliche Beweise beibringen, an der Erhebung von Beweismitteln mitwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis äussern können.[1976] Mit anderen Worten muss die betroffene Partei die Möglichkeit erhalten, zu den wesentlichen Punkten Stellung zu nehmen, bevor ein Entscheid gefällt wird. Dies beinhaltet in erster Linie der vorgesehene rechtserhebliche Sachverhalt. Dementsprechend können sich Parteien vor Erlass einer Verfügung nur zum vorgesehenen Sachverhalt äussern; nicht vom Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst ist hingegen die vorgesehene rechtliche Würdigung.[1977] Nur in Ausnahmefällen – etwa, wenn der EDÖB vorsieht, unerwartete Spezialbestimmungen anzuwenden – kann vom rechtlichen Gehör auch die vorgesehenen anwendbaren Bestimmungen und die vorgesehene rechtliche Begründung erfasst werden.[1978] Die rechtliche 10

1973. Für die Beantwortung der Frage, wann genügend Anzeichen bestehen, wird auf die einschlägige Literatur von Art. 49 Abs. 1 DSG verwiesen.
1974. EDÖB, Untersuchungen, Art. 52 N. 7 f. m.w.H.
1975. EDÖB, Untersuchung, Art. 49 N. 16; BSK-DSG, Zobl/Roth/Weber, Art. 49 N. 67.
1976. BGE 137 II 266, E. 3.2 m.w.H.
1977. OFK-DSG, Häner, Art. 52 N. 7.
1978. Vgl. BGE 132 II 485, E. 3.2 m.H.

Würdigung des EDÖB wird den Parteien in der begründeten Verfügung eröffnet. Ist eine Partei mit der rechtlichen Begründung des EDÖB nicht einverstanden, steht ihr der Beschwerdeweg offen.

II. VERWEIS AUF DAS VWVG (ABS. 1)

A. Verfahren nach VwVG gegen Privatpersonen

11 Das VwVG ist gestützt auf Art. 1 Abs. 1 und Abs. 2 lit. c VwVG auf Verfahren des EDÖB anwendbar, in denen er in erster Instanz eine Verfügung erlässt. Eine Ausnahme nach Art. 2 ff. VwVG liegt nicht vor. Somit stellt Art. 52 Abs. 1 DSG gegenüber Privatpersonen eine **deklaratorische Verweisnorm** dar und dient der Klarstellung.[1979]

B. Verfahren nach VwVG gegen Bundesorgane

12 Vor der Totalrevision des DSG wurde die Aufsicht gegenüber Bundesorganen und Privaten in zwei separaten Bestimmungen geregelt, wobei sich insbesondere die Voraussetzungen für eine Untersuchungseröffnung unterschieden.[1980] Im revidierten DSG wird die Untersuchung von Verstössen gegen Datenschutzvorschriften neu in einem Abschnitt (Art. 49 ff.) für Bundesorgane und Private zusammen geregelt. Dabei ist bemerkenswert, dass – kleine Ausnahmen vorbehalten[1981] – **keine unterschiedlichen Regeln im Verfahren gegen Bundesorgane oder Private** legiferiert wurden.

13 Gemäss ständiger Rechtsprechung und Lehre gelten als Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen einer Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergehen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind.[1982] Das Verfahren zum Erlass einer Verfügung setzt ein hoheitliches Verhältnis zwischen einer Behörde und einer Privatperson voraus.[1983] Anordnungen des EDÖB gegenüber anderen Bundesorganen erfüllen daher – aufgrund des

1979 BSK-DSG, Zobl/Roth/Mazidi, Art. 52 N. 5; vgl. PK-VwVG, Mayhall, Art. 1 N. 23.

1980 Gem. Art. 27 aDSG (Stand 1.3.2019) klärt der EDÖB von sich aus oder Meldung Dritter einen Sachverhalt gegen Bundesorgane näher ab; Art. 29 aDSG (Stand 1.3.2019) setzte für Private einen Systemfehler voraus.

1981 Siehe nachfolgende N. 15 f.

1982 Siehe etwa BGE 141 II 233, E. 3.1.

1983 Vgl. BGE 136 I 323, E. 4.4.

fehlenden Verhältnisses zwischen Behörde und Privatperson – nicht alle Strukturmerkmale des Verfügungsbegriffs.[1984] Soweit also der EDÖB ein Verfahren gegen ein Bundesorgan führt, «richtet sich» das Verfahren gemäss Art. 49 DSG nach dem VwVG, womit in diesem Bereich Art. 52. Abs. 1 DSG einer **konstitutiven Verweisnorm** entspricht und die Bestimmungen des VwVG *sinngemäss* zur Anwendung kommen.[1985]

14 Die **Verfügungskompetenz des EDÖB gegen Bundesorgane** ergibt sich einerseits aus dem Wortlaut zahlreicher Gesetzesbestimmungen, wonach jeweils ausdrücklich Bundesorgane und private Personen angesprochen werden,[1986] und auch sinnvoll zwischen Bundesorganen und privaten Personen differenziert wird.[1987] Andererseits hat der Gesetzgeber bewusst die Verfahren gegen Private und Bundesorgane, die sich nach altem Recht noch unterschieden,[1988] vereinheitlicht.[1989] Schliesslich hat die Gesetzgeberin die Untersuchungsbefugnisse und die Verwaltungsmassnahmen den europäischen Vorgaben angeglichen, um sicherzustellen, dass die Europäische Kommission den Angemessenheitsbeschluss gegenüber der Schweiz erneuert bzw. aufrechterhält, was insbesondere für die Schweizer Wirtschaft von zentraler Bedeutung sei.[1990]

15 Neben dem EDÖB ist keine andere Verwaltungseinheit ersichtlich, die gegenüber anderen Verwaltungseinheiten nach den Regeln des VwVG verfügen kann. Die **Eidgenössische Finanzkontrolle** als vergleichbare Aufsichtsbehörde kann zwar auch Massnahmen gegenüber anderen Bundesbehörden, die ihr hierarchisch nicht untergeordnet sind, beantragen und durchsetzen, jedoch nicht nach den Regeln des VwVG.[1991]

1984 BSK-DSG, Zobl/Roth/Mazidi, Art. 52 N. 9; vgl. VwVG-Kommentar, Müller, Art. 5 N. 15 und BGE 141 II 233, E. 3.2.

1985 Vgl. VwVG-Kommentar, Müller, Art. 5 N. 16: Ein Spezialgesetz kann einen Akt nicht zu einer Verfügung machen. Die Gesetzgeberin kann jedoch die Anfechtbarkeit eines Akts, unabhängig von dessen Rechtsnatur, ermöglichen.

1986 Art. 49 Abs. 1 und 3; Art. 50 Abs. 1; Art. 51 Abs. 3 und 5 DSG.

1987 In Art. 50 Abs. 1 DSG und sowie in den Strafbestimmungen nach Art. 60 ff. DSG ist nur von «privaten Personen» die Rede.

1988 Siehe Art. 27 und 29 aDSG.

1989 Vgl. Botschaft DSG 2017, S. 7090.

1990 Botschaft DSG 2017, S. 7092 vgl. auch S. 6943 f. und Art. 58 der Richtlinie 2016/679, die auf Private und Behörden anwendbar ist.

1991 Vgl. Art. 12 FKG.

16 Nach hier vertretener Auffassung entspricht eine Anordnung des EDÖB gemäss Art. 51 DSG gegenüber Bundesorganen einer **«unechten Verfügung»**,[1992] weil zwar einerseits die materiellen Voraussetzungen einer Verfügung gemäss Art. 5 VwVG nicht erfüllt, andererseits aber für Bundesorgane *sinngemäss* die gleichen Rechte und Pflichten wie privaten Verfügungsadressaten auferlegt werden. Mit der konstitutiven Verweisnorm hat die Gesetzgeberin auf pragmatische Art geregelt, mit welchen Verfahrensregeln der EDÖB als Aufsichtsbehörde gegenüber Bundesorganen eine Untersuchung führen sowie verbindliche Anordnungen treffen und durchsetzen kann.

17 Bemerkenswert ist, dass im **Normkonzept zur Revision des Datenschutzgesetzes** von 2014 zwischen Untersuchungen gegen Private und Bundesorgane noch differenziert wurde. Darin wird ein Modell vorgeschlagen, wonach der EDÖB gegenüber Bundesorganen zuerst eine Empfehlung aussprechen und erst nach deren Ablehnung oder Nichtbefolgung verfügen können soll.[1993] Diese Variante verzögert durch unnötige Zwischenschritte das Verfahren. Bereits im erläuternden Bericht zum Vorentwurf über die Totalrevision des DSG von 2016 wird nicht mehr zwischen Verfahren gegen Private oder Bundesorgane unterschieden.[1994]

18 Abzugrenzen sind Verfahren des EDÖB nach Art. 49 DSG gegen Bundesorgane von der **Amtshilfe**. Bundesbehörden, die im Rahmen der Amtshilfe zusammenwirken sind einander organisatorisch gleichgestellt, weshalb zwischen ihnen kein Subordinationsverhältnis besteht und die Zusammenarbeit partnerschaftlich erfolgt.[1995] Eröffnet der EDÖB gegen ein Bundesorgan ein Verfahren gestützt auf Art. 49 DSG und fordert er beim untersuchten Bundesorgan Dokumente ein, fällt dies nicht unter die Amtshilfe, weshalb Art. 36a VGG nicht anwendbar ist. Im Rahmen eines Verfahrens unterliegen Bundesbehörden, die untersucht werden, der Mitwirkungspflicht, wodurch in solchen Fällen ein Subordinationsverhältnis

1992 Nach Zobl/Roth/Mazidi handelt es sich bei «Verfügungen» gemäss Art. 50 und 51 DSG gegenüber Bundesorganen um verwaltungsinterne Weisungen, «die zur Verstärkung der Stellung des EDÖB von diesem direkt verbindlich angeordnet und vom adressierten Bundesorgan beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden können», BSK-DSG, Zobl/Roth/Mazidi, Art. 52 N. 9 m.w.H.

1993 Normkonzept DSG, S. 45 m.w.H.

1994 Erläuternder Bericht Totalrevision DSG, S. 77 f.

1995 OK-DSG, Roth/Mazidi, Art. 54 N. 28.

entsteht, weil nur so der EDÖB wirksam die Einhaltung der Datenschutzvorschriften von Bundesbehörden kontrollieren und durchsetzen kann.[1996]

Die sinngemässe Anwendung der Bestimmungen des VwVG für Verfahren gegen Bundesorganen führt insbesondere zu nachfolgenden Unterschieden im Vergleich zu Verfahren gegenüber Privaten: 19

Die **Verletzung der Mitwirkungspflicht** ist gemäss dem Wortlaut von Art. 60 Abs. 2 DSG - der sich ausdrücklich nur an Private richtet - für Bundesorgane nicht strafbewehrt. Dieser Ausschluss ist sinnvoll, da eine Anwendung auf Bundesorgane völlig systemwidrig wäre. 20

Der EDÖB kann gegenüber Bundesorganen keine **Gebühren** erheben, insbesondere nicht für die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen und Massnahmen nach Art. 51 DSG. Gemäss dem Wortlaut von Art. 59 Abs. 1 DSG richtet sich die Erhebung von Gebühren ausschliesslich an Private. Auch dieser Ausschluss ist konsequent, weil eine Erhebung von Gebühren gegen Bundesorgane wiederum systemwidrig wäre.[1997] 21

Gemäss dem Gesetzeswortlaut kann der EDÖB auch andere Bundesbehörden sowie kantonale oder kommunale Polizeiorgane beiziehen, um Anordnungen nach Art. 50 Abs. 1 DSG vollziehen bzw. vollstrecken zu können. Weil Bundesbehörden die Rechte nach DSG und VwVG offenstehen und der EDÖB die Öffentlichkeit über die Feststellung der Nichtbefolgung eines Bundesorgans nach Art. 57 Abs. 2 DSG informieren kann, wird diese Möglichkeit wohl nur in Ausnahmesituationen Anwendung finden. Betreffend die **Verwendung von Zwangsmitteln** gemäss Art. 50 Abs. 3 DSG besteht daher kein Unterschied zu Privaten, womit nach hier vertretener Auffassung der EDÖB auch gegen Bundesorgane Zwangsmittel einsetzten kann.[1998] 22

Zur **Parteistellung** von Bundesorganen siehe die Ausführungen zu Absatz 2. 23

1996 Im gleichen Sinne OK-DSG, Roth/Mazidi, Art. 54 N. 28.

1997 Vgl. Art. 3 Abs. 3 AllgGebV.

1998 Vgl. dazu den «Fall Tinner» bzw. die vom Untersuchungsrichteramt mithilfe der Kantonspolizei Bern beim fedpol durchgeführte Hausdurchsuchung, siehe etwa Urteil vom 25. Januar 2010, 1B-265/2009, lit. F oder die Zusammenfassung in strafprozess.ch, Hausdurchsuchung bei der Bundeskriminalpolizei, veröffentlicht am 10.7.2009, https://www.strafprozess.ch/hausdurchsuchung-bei-der-bundeskriminalpolizei/, zuletzt besucht am 25.5.2025; a.M. BSK-DSG, Zobl/Roth/Mazidi, Art. 52 N. 9.

C. Abgrenzungen

1. Zur «informellen Vorabklärung»

24 Bevor der EDÖB eine Untersuchung nach Art. 49 DSG eröffnet und die Bestimmungen des VwVG Anwendung finden, wird er in einem ersten Schritt oftmals auf informelle Art und Weise tätig.[1999] Ausgangspunkt bildet in der Regel eine Anzeige[2000] oder auch Medienberichte, welche aber regelmässig **nicht genügend Anzeichen** für die direkte Eröffnung einer Untersuchung beinhalten. Deshalb kann der EDÖB in einem ersten Schritt prüfen, ob genügend Anzeichen für die Eröffnung einer Untersuchung vorliegen. Dabei kann er sich an allen möglichen Informationsquellen bedienen und etwa öffentliche Quellen prüfen oder die oder den Verantwortlichen, Betroffene oder Dritte zum Sachverhalt befragen. Das Stadium der Vorabklärung wird dem «informellen Verwaltungshandeln» zugeordnet, wobei der EDÖB sich an die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns (vgl. Art. 5 BV) zu halten hat und weder willkürlich noch rechtsungleich handeln darf. Während der formlosen Vorabklärung unterliegt die oder der Verantwortliche keinen zwingenden Mitwirkungspflichten und die Strafnorm von Art. 60 Abs. 2 DSG greift nicht – diese Bestimmungen ist erst nach Eröffnung einer formellen Untersuchung gemäss Art. 49 DSG anwendbar.[2001]

25 Die formlose Vorabklärung kann dazu führen, dass die Anzeichen einer mutmasslichen Datenschutzverletzung widerlegt werden, sodass kein weiteres Tätigwerden des EDÖB erforderlich ist. Dies ist regelmässig der Fall, weil beispielsweise in einer Anzeige der Sachverhalt ungenau wiedergegeben wurde. Alternativ kann eine niederschwellige Intervention gestartet werden oder es wird eine Untersuchung eröffnet.[2002]

1999 EDÖB, Untersuchung, Art. 49 N. 12 ff.; BSK-DSG, Zobl/Roth/Weber, Art. 49 N. 27 ff. m.W.H.; vgl. auch BGE 136 II 304, E. 6.3.

2000 Der EDÖB stellt auf seiner Webseite ein Anzeigeformular für Betroffene und für Dritte zur Verfügung; Betroffene können über das Anzeigeformular für Dritte anonym die Meldung einreichen: https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/deredoeb/kontakt.html, zuletzt besucht am 25.5.2025.

2001 Zum Ganzen: EDÖB, Untersuchung, Art. 52 N. 3 ff. m.w.H.

2002 Lobsiger, Hohes Risiko – kein Killerargument, S. 313.

2. Zur «niederschwelligen Intervention»

Von der formlosen Vorabklärung ist das Instrument der «niederschwelligen Intervention» zu differenzieren. Der Begriff «niederschwellige Intervention» findet sich nicht im Gesetz, sondern wurde vom EDÖB entwickelt.[2003] Während die formlose Abklärung auf die Erstellung des Sachverhalts abzielt, um zu beurteilen, ob genügend Anzeichen für die Eröffnung einer Untersuchung gemäss Art. 49 DSG vorliegen, verfolgt die niederschwellige Intervention einen anderen Zweck. Mit der niederschwelligen Intervention wird versucht, den **rechtmässigen Zustand mittels verwaltungsökonomischer Massnahmen** wie einem einfachen Schreiben herzustellen, indem die oder der Verantwortliche freiwillig die notwendigen Massnahmen trifft. Jedoch wird – wie bei der formlosen Vorabklärung – keine Untersuchung gemäss Art. 49 DSG eröffnet, womit auch eine niederschwellige Intervention als informelles Verwaltungshandeln zu qualifizieren ist und die Bestimmungen des VwVG keine Anwendung finden. Gemäss den Erfahrungen des EDÖB würden so in vielen Fällen die notwendigen Anpassungen zeitgerecht umgesetzt werden. Damit soll im Grundsatz ein lösungsorientiertes und ressourcenschonendes Vorgehen angestrebt werden.[2004] 26

Beispielsweise kann der EDÖB durch eine Anzeige darauf hingewiesen werden, dass eine Verantwortliche ein gestelltes Auskunftsgesuch der anzeigenden Person nicht beantwortet hat. Der EDÖB kann gestützt auf einer oder mehrerer solcher Anzeigen die Verantwortliche kontaktieren und auffordern, das konkrete Auskunftsgesuch der anzeigenden Person zu behandeln sowie eine Stellungnahme zum allgemeinen Ablauf der Bearbeitung von Auskunftsgesuchen abzugeben. Lässt sich aus der Rückmeldung der Verantwortlichen schliessen, dass in Zukunft Auskunftsgesuche korrekt und innerhalb der gesetzlichen Frist umgesetzt werden, erübrigt sich in einem solchen Fall die Eröffnung einer Untersuchung. 27

Führt die niederschwellige Intervention nicht zum datenschutzkonformen Zustand, liegen in der Regel genügend Anzeichen vor, um eine formelle 28

2003 Das Instrument wurde erstmals wohl in Lobsiger, Hohes Risiko – kein Killerargument, S. 313 beschrieben und anschliessend als «niederschwellige Intervention» benannt. Siehe auch EDÖB, Untersuchungen, Art. 49 N. 13 und 16 sowie Art. 52 N. 5.

Untersuchung zu eröffnen. Dies trifft etwa zu, wenn nach erfolgter niederschwelliger Intervention zum gleichen Sachverhalt erneut Anzeigen beim EDÖB eingehen. Unabhängig von einem allfälligen Tätigwerden ausserhalb einer Untersuchung kann der EDÖB, sobald genügend Anzeichen vorliegen, eine Untersuchung eröffnen.[2005]

3. Zur Kampagne

29 Neben der Durchführung von Untersuchungen gemäss Art. 49 DSG übt der EDÖB auch Aufsichtstätigkeiten gestützt auf Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 57 Abs. 1 lit. a, c und g DSG aus. Solche Tätigkeiten nennt der EDÖB Kampagnen.[2006] Aus Sicht von Verantwortlichen erfolgen **Untersuchungen anlassbezogen**, während Kontaktaufnahmen durch die Datenschutzbehörde im Rahmen von **Kampagnen anlasslos** erfolgen können. Der EDÖB wird also im Rahmen von Kampagnen nicht aufgrund von Hinweisen tätig, die eine konkrete Datenschutzverletzung bei einer oder einem konkreten Verantwortlichen betreffen, sondern weil in einem datenschutzrechtlichen Bereich immer wieder die gleichen oder ähnlichen Datenschutzprobleme festgestellt wurden. Um eine effektive Kontrolle und Durchsetzung der Datenschutzvorschriften zu erreichen, kann der EDÖB mehrere Verantwortliche gleichzeitig ansprechen und auf die generell festgestellten Datenschutzprobleme in einem bestimmten Bereich hinweisen und die diesbezüglichen Anforderungen in Erinnerung rufen. Möglich ist auch die Ankündigung seiner zukünftigen Aufsichtshandlung in einem bestimmten Bereich.

30 Vom EDÖB sind noch keine Kampagnen bekannt. Ein Blick nach Deutschland zeigt, wie eine solche Kampagne aussehen könnte: Das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht (BayLDA) führt im Rahmen seiner Überwachungstätigkeit verschiedene sogenannte fokussierte Datenschutzprüfungen durch, d.h. anlasslose Prüfungen, die einen bestimmten Schwerpunkt haben.[2007] Beispielsweise wurden so die datenschutzrechtlichen Vorgaben bei der Bewerbung von

2004 31. Tätigkeitsbericht des EDÖB, S. 32.

2005 31. Tätigkeitsbericht des EDÖB, S. 32.

2006 Der Begriff «Kampagne» verwendet der EDÖB in seiner Mitteilung vom 28.1.2025, Datenschutztag 2025, https://www.edoeb.admin.ch/de/datenschutztag-2025, zuletzt besucht am 25.5.2025, jedoch ohne den Begriff zu erklären.

2007 Die verschiedenen anlasslosen Datenschutzprüfungen werden auf der Webseite publiziert: https://www.lda.bayern.de/de/kontrollen.html, m.w.H., zuletzt besucht am 25.5.2025.

Mietinteressentinnen und Mietinteressenten geprüft.[2008] Dazu wurden **Verantwortliche zufällig ausgewählt** und gezielt hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Voraussetzung bei der Suche nach Mieterinnen oder Mieter kontrolliert, indem sie einen Prüfbogen innerhalb einer gesetzlichen Frist beantworten mussten. Abgestützt wird das Tätigwerden insbesondere auf Art. 58 Abs. 1 lit. a DS-GVO, wonach alle Informationen bereitzustellen sind, die für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben erforderlich sind.

Die in vorangehender Ziffer beschriebene Aufsichtstätigkeit des BayLDA kann je nach konkreter Ausgestaltung als **formlose Vorabklärung oder niederschwellige** Intervention qualifiziert werden, die sich aber **gleichzeitig an mehrere Verantwortliche** in einem bestimmten Bereich wendet. 31

Im Unterschied zu den europäischen Datenschutzbehörden, die gestützt auf Art. 58 Abs. 1 lit. a DS-GVO alle Informationen einverlangen können, die in Erfüllung der *gesetzlichen Aufgaben* erforderlich sind, kann der EDÖB gestützt auf Art. 50 Abs. 1 lit. a DSG nur anordnen, Zugang zu allen Auskünften, Unterlagen, Verzeichnissen der Bearbeitungstätigkeiten und Personendaten, soweit diese für die *Untersuchung* erforderlich sind. Obwohl Art. 50 DSG die europäischen Anforderungen erfüllen soll,[2009] wurde die erwähnte **Bestimmung im DSG gegenüber den europäischen Bestimmungen**[2010] **eingeschränkt**. Verantwortliche unterstehen im Rahmen von Aufsichtstätigkeiten des EDÖB nicht der strafbewehrten Mitwirkungspflicht gemäss Art. 60 Abs. 2 i.V.m. Art. 49 Abs. 3 DSG und es fallen auch keine Gebühren an (Art. 59 Abs. 1 DSG e contrario). 32

4. Zur Information der Öffentlichkeit über Feststellungen und Verfügungen

Gemäss Art. 57 Abs. 2 DSG informiert der EDÖB in Fällen von allgemeinem Interesse die Öffentlichkeit über seine Feststellungen und Verfügungen. Weil das Verwaltungsverfahren mit Zustellung der Verfügung abgeschlossen wird, 33

2008 Als Prüfunterlagen wurden ein Anschreiben, ein Antwortbogen und ein Infoblatt auf der Webseite publiziert: https://www.lda.bayern.de/de/kontrollen_stabsstelle.html, zuletzt besucht am 25.5.2025, m.w.H.

2009 Botschaft DSG 2017, S. 7091.

2010 Art. 12[bis] Abs. 2 lit. a E-SEV 108; Art. 47 abs. 1 Richtlinie (EU) 2016/680; Art. 58 Abs. 1 lit. e und f Verordnung (EU) 2016/679.

sind die Bestimmungen des VwVG nicht mehr gestützt auf Art. 52 Abs. 1 DSG anwendbar. Die amtliche **Publikation** einer **Verfügung** zählt zum tatsächlichen Verwaltungshandeln und ist daher als sogenannter **Realakt** nicht als solcher anfechtbar.[2011] Sind sich der EDÖB und die Partei über die Form oder Art der Publikation nicht einig und ist die Partei in ihrem schutzwürdigen Interesse berührt, muss in Anwendung von Art. 25a VwVG eine anfechtbare Verfügung ergehen. Diese Publikationsverfügung stellt sodann eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. c VwVG dar, welche die Partei zur Duldung der Publikation im verfügten Umfang verpflichtet.[2012]

34 Eine Partei ist in ihren **schutzwürdigen Interessen** berührt, wenn sie **Geschäftsgeheimnisse** oder **Amtsgeheimnisse** geltend macht, die nach Beurteilung des EDÖB keine darstellen und daher aus seiner Sicht nicht zu anonymisieren bzw. zu publizieren sind. Dabei ist auf die Definition gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. g BGÖ abzustellen.

35 Für die **Bekanntgabe von Personendaten oder Daten juristischer Personen** sind die entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen zu erfüllen.[2013]

5. Zur Beratung

36 In der Praxis kann die Abgrenzung einer gebührenpflichtigen Beratung gemäss Art. 59 Abs. 1 lit. e DSG und der formlosen Vorabklärung oder der niederschwelligen Intervention zu Unklarheiten führen. Gibt der EDÖB etwa in einer formlosen Vorabklärung oder im Rahmen einer niederschwelligen Intervention der oder dem Verantwortlichen zu verstehen, welche Massnahmen zu treffen sind, damit eine Datenschutzverletzung verneint bzw. von der Eröffnung einer Untersuchung abgesehen werden kann, können solche Hinweise als unentgeltliche Beratungstätigkeiten qualifiziert werden. Aus rechtspolitischer Sicht wird ein solches Vorgehen spätestens dann fragwürdig, wenn Verantwortliche nach bekannt gewordenen Datenschutzverletzungen vom EDÖB kontaktiert und dahingehend beraten werden, wie der datenschutzkonforme Zustand korrigiert werden soll; und der datenschutzkonforme Zustand anschliessend freiwillig zeitgerecht umgesetzt

2011 Urteil BGer vom 26.5.2016, 2C_1065/2014, E. 1.1, nicht publ. in BGE 142 II 268; Urteile des BVGer B-3588/2012 vom 15.10.2014, E. 1.1 und B-4221/2008 vom 28.9.2009, E. 6.2.

2012 BVGer B-5108/2016 vom 22.5.2018, E.1.1.

2013 Art. 36 DSG für Personendaten und Art. 57s RVOG für Daten juristischer Personen.

wird, sodass der EDÖB auf die Eröffnung einer Untersuchung verzichtet. Anstatt einer Sanktion – etwa in Form einer Busse – erhielten Verantwortliche nach einer bekanntgewordenen Datenschutzverletzung dadurch eine unentgeltliche Rechtsberatung. Andererseits entspricht dies genau dem Sinn einer niederschwelligen Intervention,[2014] weshalb dieses Vorgehen auf Verletzungen von geringfügiger Bedeutung gemäss Art. 49 Abs. 2 DSG zu beschränken ist.

D. Spezialbestimmungen gegenüber dem VwVG

Das DSG verfügt gegenüber dem VwVG über **Spezialbestimmungen**, die als Lex specialis dem VwVG vorgehen.[2015] Die wichtigsten Bestimmungen sind: 37

- Einschränkung der Parteien (Art. 52 Abs. 2 DSG)
- Information an die Person, die Anzeige erstattet hat (Art. 49 Abs. 4 DSG)
- Mitwirkungspflichten (Art. 49 Abs. 3 DSG)
- Beweiserhebung (Art. 50 Abs. 1 DSG)
- Zwangsweise Beweiserhebung (Art. 50 Abs. 3 DSG)
- Information an die Öffentlichkeit (Art. 57 Abs. 2 DSG)

Die Spezialbestimmungen im DSG berücksichtigen die **besondere Stellung des EDÖB** als Aufsichtsbehörde, weshalb etwa die Mitwirkungspflichten und Möglichkeiten der Beweiserhebung weiter gehen als im VwVG. Davon abzugrenzen sind die Mitwirkungsrechte, welche sich nach den allgemeinen Bestimmungen des VwVG richten.[2016]

III. PARTEIEN DES VERFAHRENS (ABS. 2)

A. Überblick

Gemäss Art. 52 Abs. 2 DSG ist nur das Bundesorgan oder die private Person, gegen das oder die eine Untersuchung eröffnet wurde, Partei. Damit wird die Parteistellung in Art. 52 Abs. 2 DSG anders geregelt als in Art. 6 VwVG. Während gemäss der Regelung im VwVG neben der Verfügungsadressatin oder 38

2014 Siehe vorangehende N. 22 f.
2015 CR-LPD, Raedler, Art. 52 N. 26 ff. m.w.H.
2016 OFK-DSG, Häner, Art. 52 N. 3.

dem -adressaten auch private Organisationen, Verbände und Behörden oder vom Verwaltungsakt berührte Dritte infrage kommen, ist die **Parteistellung** im Untersuchungsverfahren des EDÖB auf das Bundesorgane oder die private Person **beschränkt**, gegen das oder die eine Untersuchung eröffnet wurde.

39 Ein Verfahren kann gegen **mehrere Parteien** geführt werden,[2017] insbesondere wenn der zu untersuchende Sachverhalt mehrere Parteien betrifft. Sind mehrere Parteien an einer Bearbeitung beteiligt, kann eine Information einer Partei im Rahmen des Verfahrens den Sachverhalt der anderen Partei negativ beeinflussen. Damit das rechtliche Gehör in solchen Konstellationen gewahrt wird, drängt sich eine Verfahrensvereinigung auf. Solche Konstellationen treten beispielsweise auf, wenn Bearbeitungen im Auftrag eines Verantwortlichen durch einen Auftragsbearbeiter erfolgen.[2018]

B. Private als Partei

40 Partei ist nur die private Person, gegen die eine Untersuchung eröffnet wurde. Damit wird die Parteistellung auf die materielle Verfügungsadressatin oder den materiellen Verfügungsadressaten beschränkt. Die **betroffene Person**, auch wenn der EDÖB die Untersuchung auf deren Anzeige hin eröffnet hat, ist nicht Partei vom Verfahren.[2019] Als private Personen gelten sowohl natürliche Personen als auch juristische Personen des Privatrechts.[2020]

41 Partei eines Verfahrens kann jede private Person sein, bei welchem genügenden Anzeichen einer Verletzung von Datenschutzvorschriften vorliegen. Sobald der EDÖB nämlich ein Verfahren eröffnet, kann er Verwaltungsmassnahmen gestützt auf Art. 51 DSG anordnen, damit werden die Rechte und Pflichten der Partei berührt und die Voraussetzungen nach Art. 49 DSG und Art. 6 VwVG erfüllt. Um ein Verfahren gegen eine private Person zu eröffnen, ist von dieser **keine Datenbearbeitung notwendig**. Dies ergibt sich aus den beispielhaften Verwaltungsmassnahmen in Art. 51 DSG, wonach etwa auch die Vorkehren nach Art. 7 DSG oder eine Datenschutzfolgenabschätzung angeordnet werden kann, bevor eine Datenbearbeitung stattfindet.[2021] Dies ist beispielsweise aufgrund von

2017 Datenschutz im Unternehmen, Brunner/Wesiak-Schmidt, S. 334 N. 95.
2018 CR LPD-Raedler, Art. 52 N. 33 f. m.w.H.
2019 Botschaft DSG 2017, S. 7093.
2020 Botschaft DSG 2017, S. 7023 i.V.m. Botschaft DSG 1988, S. 448.
2021 Rosenthal, nDSG, N.182; EDÖB, Untersuchung, Art. 49 N. 7.

Anzeigen oder im Rahmen von Gesetzgebungsprojekten möglich, oder wenn der EDÖB von grossen Projekten aus Medienberichten erfährt.

Neben der oder dem Verantwortlichen gemäss Art. 5 lit. j DSG kommen somit auch **Auftragsbearbeitende** nach Art. 5 lit. k DSG, eine **Datenschutzberaterin oder ein Datenschutzberater** nach Art. 10 DSG sowie die **Vertretung** gemäss Art. 14 DSG als Parteien von Verfahren in Frage, sofern der Inhalt der Untersuchung eine Verletzung der Datenschutzvorschriften durch die private Person, die untersucht wird, beinhaltet.[2022] 42

Die Frage der **Passivlegitimation** einer Partei stellt sich insbesondere bei **internationalen Konzernen**, weil als Verantwortlicher regelmässig eine juristische Person mit Sitz in Irland aufgeführt wird. Beispielsweise wird in den Datenschutzrichtlinien von Instagram, Facebook und Threads die Meta Platforms Ireland Ltd (MPIL) als Verantwortliche bezeichnet. MPIL hat auch eine Vertretung in der Schweiz bezeichnet[2023] und verfügt zudem über eine Niederlassung in der Schweiz (Facebook Switzerland GmbH)[2024]. Als Partei kommen grundsätzlich alle drei erwähnten Körperschaften in Frage. Nach hier vertretener Auffassung können auch alle drei erwähnten Körperschaften Partei eines Verfahrens sein, sofern sich der Untersuchungsgegenstand im Rahmen der jeweiligen Verantwortlichkeiten bezieht. 43

Beispielsweise ist ein Verfahren gegen die Meta Niederlassung in der Schweiz möglich. Auch wenn vorgebracht wird, die Schweizer Niederlassung habe nichts mit der fraglichen Bearbeitung zu tun, weil sie lediglich als Forschungslabor für den gesamten Konzern tätig sei, Inhaberin der Immaterialgüterrechte eine andere Körperschaft sei und Löschgesuche auch von dieser beantwortet würden, ist ein Verfahren gegen die Niederlassung in der Schweiz möglich.[2025] Nach hier vertretener Auffassung ist ein Standort in der Schweiz immer auch ein Bindeglied zum Rest des internationalen Konzerns und für die Einhaltung der schweizerischen Vorschriften, folglich auch dem DSG, zuständig. Auch wenn der Schweizer Standort organisatorisch 44

2022 CR-LPD, Raedler, Art. 49 N. 56 f.; vgl. Rosenthal, nDSG, N. 183; BSK-DSG, Zobl/Roth/Weber, Art. 49 N. 52.

2023 Online publiziert unter https://www.meta.com/de-de/help/policies/meta-policies/meta-users-Switzerland/, zuletzt besucht am 25.5.2025.

2024 CHE-143.391.850.

2025 Vgl. BVGer A-7040/2009, «google street view», E. 4.3.4.

nicht berechtigt sein sollte, die fragliche Datenbearbeitung anzupassen, so kann mindestens die Verletzung durch den EDÖB festgestellt und die Niederlassung durch Verfügung verpflichtet werden, über die zuständige Stelle im Konzern die fragliche Bearbeitung für Betroffene in der Schweiz datenschutzkonform anpassen zu lassen.[2026] Internationale Konzerne sollen sich nicht durch interne Organisation von den Schweizer Datenschutzpflichten entziehen können.[2027]

C. Bundesorgane als Partei

45 Ein Bundesorgan kann ebenfalls Partei in einem datenschutzrechtlichen Verfahren sein. Gemäss Art. 5 lit. i DSG ist ein Bundesorgan eine Behörde oder Dienstelle des Bundes oder Personen, die mit öffentlichen Aufgaben betraut ist. Der **Begriff Bundesorgan** entspricht der Definition gemäss Art. 3 lit. h aDSG.[2028] Als Bundesorgan gelten die Departemente und Bundesämter sowie deren Abteilungen und Sektionen. Zudem zählen die eidgenössischen Anstalten und Betriebe sowie die militärischen Kommandos dazu. Als Bundesorgan gelten aber auch alle natürlichen und juristischen Personen, die bei der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben für den Bund Daten bearbeiten. Organe der Kantone und Gemeinden gelten jedoch nicht als Bundesorgan, auch wenn sie Bundesaufgaben wahrnehmen.[2029]

46 In Verfahren die nicht nach Art. 49 DSG ergehen, haben Behörden bzw. Bundesorgane in Verfahren gegen Privatpersonen gemäss den allgemeinen Verfahrensregeln wegen des hoheitlichen Verhältnisses gegenüber Privatpersonen nicht Parteistellung i.S.v. Art. 6 VwVG, haben aber ähnliche Befugnisse und werden im Beschwerdeverfahren als «Vorinstanz» bezeichnet.[2030] Eröffnet der EDÖB ein Verfahren gestützt auf Art. 49 DSG gegen ein Bundesorgan, hat das Bundesorgan aufgrund der konstitutiven Verweisnorm die gleiche Stellung und Befugnisse wie Private als materielle Verfügungsadressatin- oder Adressaten.[2031] Folglich ist das Bundesorgan,

---

2026 Vgl. BSK-DSG, Zobl/Roth/Mazidi, Art. 49 N 52.

2027 Vgl. BVGer A-7040/2009, E.5.5.1, wonach Art. 139 IPRG bezweckt, «dem Bearbeiter weitgehend die Möglichkeit zu nehmen, sich durch die Wahl seines Domizils zu Lasten der betroffenen Person datenschutzrechtliche Vorteile zu verschaffen (Verhinderung von sog. Datenoasen)».

2028 Botschaft DSG 2017, S. 7023.

2029 Botschaft DSG 1988, S. 445.

2030 PK-VwVG, Marantelli/Huber, Art. 6 N. 53 ff. m.w.H.; VwVG-Kommentar, Häner, Art. 6 N. 9.

gegen das ein Verfahren eröffnet wurde im **Beschwerdeverfahren** Partei und der EDÖB Vorinstanz.

IV. BESCHWERDELEGITIMATION DES EDÖB (ABS. 3)

Verfügungen des EDÖB unterliegen gemäss Art. 44 VwVG der Beschwerde. 47
Beschwerdeinstanz ist das Bundesverwaltungsgericht (Art. 47 Abs. 1 lit. b VwVG i.V.m. Art. 31 und 33 lit. d VGG). Gestützt auf Art. 52 Abs. 3 DSG verfügt der EDÖB über eine Beschwerdebefugnis gegen Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts. Damit liegt eine spezialgesetzliche Grundlage gemäss Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG vor.[2032] Für weitergehende Informationen wird auf die einschlägigen Bestimmungen verwiesen.

Die vertretene Auffassung widerspiegelt die persönliche Meinung des Autors und bindet nicht den EDÖB.

LITERATURVERZEICHNIS

Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), VwVG Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2019 (zit.: VwVG-Kommentar, Bearbeiter/-in).

Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2022 (zit. SHK-DSG, Bearbeiter/-in).

Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz mit weiteren Erlassen, Zürich 2023 (zit. OFK-DSG, Bearbeiter/-in).

Blechta Gabor-Paul/Vasella David (Hrsg.), Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, DSG/BGÖ. Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2024 (zit. BSK-DSG, Bearbeiter/-in).

Da Molin Luca/Wesiak-Schmidt Kirsten (Hrsg.), Datenschutz im Unternehmen, Praxishandbuch mit Beispielen und Checklisten, Zürich 2023 (zit.: Datenschutz im Unternehmen, Bearbeiter/-in).

2031 Siehe N. 11 ff. hiervor.
2032 BSK-DSG, Zobl/Roth/Mazidi, Art. 52 N. 27 ff. m.w.H.

Lobsiger Adrian, Hohes Risiko – kein Killerargument gegen Vorhaben der digitalen Transformation, SJZ, 2023, S. 311-319 (zit. Lobsiger, hohes Risiko – kein Killerargument).

Métille Sylvain/Meier Philippe (Hrsg.), Commentaire Romand Loi sur la protection des données (LPD), Basel 2023 (zit. CR-LPD, Bearbeiter/-in).

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter, 16.11.2020 (zit. Rosenthal, nDSG).

Waldmann Bernhard/Krauskopf Patrick (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 3. Aufl., Freiburg und Zürich 2022 (zit. PK VwVG, Bearbeiter/-in).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 6941 ff., abrufbar https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de (zit.: Botschaft DSG 2017).

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23.3.1988, BBl 1988 II 413 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1988/2_413_421_353/de,
(zit.: Botschaft DSG 1988).

Bundesamt für Justiz BJ, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderungen weiterer Erlasse zum Datenschutzgesetz, 21.12.2016, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/datenschutzstaerkung.html, (zit.: Erläuternder Bericht Totalrevision DSG).

Bundesamt für Justiz BJ, Normkonzept zur Revision des Datenschutzgesetztes, Bericht der Begleitgruppe Revision DSG, 29.10.2014, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/archiv/datenschutzstaerkung/berichte.html, (zit.: Normkonzept DSG).

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB), 31. Tätigkeitsbericht 2023/2024, abrufbar unter https://www.edoeb.admin.ch/de/taetigkeitsbericht-des-edob, (zit.: EDÖB, 31. Tätigkeitsbericht 2023/2024).

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (EDÖB), Untersuchungen von Verstössen gegen Datenschutzvorschriften durch den EDÖB, Anwendung von Art. 49-53 des revidierten Datenschutzgesetztes, Stand: Oktober 2024, https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/grundlagen/verstoesse.html,
(zit.: EDÖB Untersuchungen).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 54 DSG

Eine Kommentierung von Florian Roth / Simon Mazidi

ZITIERVORSCHLAG

Florian Roth/Simon Mazidi, Kommentierung zu Art. 54 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Roth/Mazidi, Art. 54 DSG N. XXX.

3. Abschnitt: Amtshilfe

Art. 54 Amtshilfe zwischen schweizerischen Behörden

[1] Bundesbehörden und kantonale Behörden geben dem EDÖB die Informationen und Personendaten bekannt, die für die Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben erforderlich sind.

[2] Der EDÖB gibt den folgenden Behörden die Informationen und Personendaten bekannt, die für die Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben erforderlich sind:

a. den Behörden, die in der Schweiz für den Datenschutz zuständig sind;

b. den zuständigen Strafverfolgungsbehörden, falls es um die Anzeige einer Straftat nach Artikel 65 Absatz 2 geht;

c. den Bundesbehörden sowie den kantonalen und kommunalen Polizeiorganen für den Vollzug der Massnahmen nach den Artikeln 50 Absatz 3 und 51.

GLIEDERUNG

In Kürze 763
I. Allgemeines 763
A. Regelungsgegenstand 763
B. Entstehungsgeschichte 765
C. Normzweck 767
D. Zusammenarbeitsformen und Bedeutung 768
E. Abgrenzungen 770
F. Schranken 773
1. Amtsgeheimnis 773
2. Grundrechtliche Anforderungen 775
3. Grundsatz der Zweckbindung 776
4. Spezialitätsprinzip 776
G. Durchsetzung und Rechtsschutz 777
II. Amtshilfe zugunsten des EDÖB (Abs. 1) 781
III. Amtshilfe zugunsten anderer Behörden (Abs. 2) 786
A. Amtshilfe an Datenschutzbehörden (lit. a) 787
B. Amtshilfe an Strafverfolgungsbehörden (lit. b) 789
C. Amtshilfe an Bundesbehörden und kantonale und kommunale Polizeiorgane (lit. c) 790
Literaturverzeichnis 792
Materialienverzeichnis 796

IN KÜRZE

Art. 54 DSG regelt die Amtshilfe zwischen dem EDÖB und anderen Behörden des Bundes und der Kantone. Die Amtshilfe ist für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben des EDÖB von erheblicher Bedeutung. Sie ermöglicht erst die Zusammenarbeit zwischen dem EDÖB und den anderen Behörden des Bundes und der Kantone und trägt damit wesentlich zur Durchsetzung des Datenschutzrechts bei. Abs. 1 regelt die Amtshilfe zugunsten des EDÖB, die für den Vollzug des DSG erforderlich ist. Abs. 2 verpflichtet den EDÖB zur Amtshilfe gegenüber anderen Behörden. Die Behörden, denen gegenüber der EDÖB zur Amtshilfe verpflichtet ist, werden in Abs. 2 abschliessend aufgezählt.

I. ALLGEMEINES

A. Regelungsgegenstand

Art. 54 DSG regelt die **Amtshilfe zwischen dem EDÖB und anderen Behörden des Bundes und der Kantone**. Die Bestimmung ist Teil der verwaltungsrechtlichen Kompetenzen des EDÖB, die der Durchsetzung des Datenschutzes dienen.[2033] Sie stellt zudem eine Konkretisierung von Art. 58 Abs. 1 lit. b DSG dar.[2034] Sie regelt in Abs. 1 die Amtshilfe zugunsten des EDÖB, welche für den Vollzug des DSG erforderlich ist. Abs. 2 verpflichtet den EDÖB zur Amtshilfe gegenüber anderen Behörden, was diesen Behörden die Erfüllung ihrer jeweiligen gesetzlichen Aufgaben im Anwendungsbereich des DSG ermöglichen soll. 1

Art. 44 Abs. 2 Satz 2 BV verpflichtet Bund und Kantone, einander Amtshilfe zu leisten. Die Pflicht zur Amtshilfe ist einerseits eine Ausprägung des in Art. 44 Abs. 1 BV verankerten Gebots des partnerschaftlichen Zusammenwirkens der Behörden im Bundesstaat; die Verfassungsbestimmung verpflichtet Bund und Kantone, sich gegenseitig bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu unterstützen und zusammenzuarbeiten. Sie ist andererseits ein Anwendungsfall der wechselseitigen Beistandspflicht von Art. 44 Abs. 2 Satz 1 BV.[2035] Bereits vor dem Inkrafttreten der totalrevidierten Bundesverfassung von 1999 2

2033 Rosenthal, Rz. 124.
2034 OFK-Gerschwiler, Art. 54 DSG N. 1.

bezeichnete die Eidgenössische Datenschutzkommission die grundsätzliche Pflicht aller Behörden zur informationellen Zusammenarbeit als ungeschriebenen Verfassungsgrundsatz des schweizerischen Rechts.[2036] Dieser **Verfassungsgrundsatz** findet nun in Art. 44 Abs. 2 BV seine positivrechtliche Verankerung.

3 Die Verfassungsbestimmung muss auf Gesetzesstufe konkretisiert werden.[2037] Art. 54 DSG stellt eine solche **Konkretisierung** dar, soweit die Amtshilfe zwischen dem EDÖB und kantonalen Behörden angesprochen ist. Zu beachten ist, dass Art. 44 BV nur die Amtshilfe unter Behörden verschiedener Gemeinwesen betrifft und nicht auch jene zwischen den Behörden des gleichen Gemeinwesens.[2038] Art. 54 DSG stellt in Bezug auf die Amtshilfe zwischen dem EDÖB und anderen Bundesbehörden daher eine eigenständige Rechtsgrundlage dar.

4 Der Begriff der Amtshilfe ist gesetzlich nicht eindeutig definiert. Amtshilfe wird gemeinhin verstanden als die **gegenseitige Unterstützung von Verwaltungseinheiten** (die in keinem Subordinationsverhältnis zueinanderstehen) bei deren gesetzlicher Aufgabenerfüllung **durch Hilfeleistungen**, die **nicht prozessrechtlich** (zivil-, straf- oder verwaltungsprozessual) **geregelt** sind (s. N. 15 ff.).[2039] Sie können mit einem erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren im Zusammenhang stehen, müssen aber nicht. Auch Hilfeleistungen ausserhalb bzw. im Vorfeld eines Verwaltungsverfahrens sind Teil der Amtshilfe.[2040]

2035 BSK-Waldmann/Kraemer, Art. 44 BV N. 13 und 24 m.w.H.; vgl. ferner auch Botschaft BV, S. 208; CR-Bigler-de-Mooij, Art. 44 Cst. N. 28; SGK-Egli, Art. 44 BV N. 24; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1784.

2036 VPB 62 (1998) Nr. 40 E. 3b(aa); siehe zur Rechtshilfe VPB 62 (1998) Nr. 39 E. 2.

2037 Bellanger, S. 9; BSK-Waldmann/Kraemer, Art. 44 BV N. 28; CR-Bigler-de-Mooij, Art. 44 Cst. N. 28; SGK-Egli, Art. 44 BV N. 27.

2038 BSK-Waldmann/Kraemer, Art. 44 BV N. 25; Gächter/Egli, Rz. 134; siehe zur Amtshilfe als Mittel zur Überwindung der vertikalen Zuständigkeitsbeschränkung die Ausführungen unter N. 10.

2039 Vgl. SGK-Schweizer, 3. Aufl., Art. 44 BV N. 26; Wermelinger, S. 172 m.w.H., wobei dessen Definition Hilfeleistungen ausnimmt, die nicht «verfahrensrechtlich» geregelt sind. Nach hier vertretener Auffassung kann Amtshilfe durchaus verfahrensrechtlich geregelt werden, so etwa in Art. 54 DSG, der die Modalitäten der Amtshilfe zumindest in den Grundzügen regelt. Die Amtshilfe erfolgt jedoch ausserhalb zivil-, straf- oder verwaltungsprozessrechtlicher Verfahren.

2040 Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1147.

Von der Amtshilfe erfasst sind generell alle **Hilfeleistungen**, mit denen eine Verwaltungsbehörde des Bundes oder der Kantone eine andere Verwaltungsbehörde des Bundes oder der Kantone in der Wahrnehmung der gesetzlichen Aufgaben unterstützt.[2041] Dazu zählen neben der Lieferung von Informationen und Daten (informationelle Amtshilfe) auch das Zurverfügungstellen von räumlichen oder technischen Ressourcen (Fahrzeuge, Räumlichkeiten, technische Mittel etc.). Der Begriff der Verwaltungsbehörde ist dabei funktionell zu verstehen und umfasst alle juristischen und natürlichen Personen, die unmittelbar mit der Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes, der Kantone oder der Gemeinden beauftragt sind.[2042] Im Rahmen von Art. 54 DSG steht die informationelle Amtshilfe im Vordergrund (s. N. 13). 5

B. Entstehungsgeschichte

Art. 54 DSG bot im Rechtssetzungsprozess keinen Anlass zu Diskussionen. Die Amtshilfe als notwendige Voraussetzung zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben des EDÖB war unbestritten. So war bereits im **Vorentwurf** (Art. 46 VE-DSG) eine materiell gleichlautende Bestimmung enthalten. Unter dem alten DSG verpflichtete der Amtshilfeartikel den EDÖB lediglich zur Zusammenarbeit mit den in- und ausländischen Datenschutzbehörden (Art. 31 Abs. 1 lit. c aDSG).[2043] Die Ausweitung der Amtshilfe auf sämtliche Behörden infolge der Revision des DSG steht im Zeichen der mannigfaltigen Kompetenzerweiterung des EDÖB unter dem revidierten DSG.[2044] 6

Im **Vernehmlassungsverfahren** monierten einzelne Kantone, dass der sich für die kantonalen und kommunalen Behörden ergebende Mehraufwand 7

2041 BSK-Waldmann/Kraemer, Art. 44 BV N. 26; vgl. auch Bellanger, S. 9; CR-Bigler-de-Mooij, Art. 44 Cst. N. 33; SGK-Egli, Art. 44 BV N. 25.

2042 Vgl. Simon, S. 40; siehe zum Begriff der Behörde auch BGE 114 IV 34 E. 2: «Im Bundesstaats- und Bundesverwaltungsrecht wird der Begriff der Behörde weit gefasst. Er trifft auf alle Bundesorgane zu, die kraft Bundesrecht mit hoheitlicher Zuständigkeit staatliche Funktionen ausüben, stellt also einen Sammelbegriff für alle Arten dieser Organe dar [...].».

2043 Ausführlich dazu CR-Kerboas/Lennman, Art. 54 Cst. N. 3 ff.

2044 Die Erweiterung der Kompetenzen des EDÖB im Rahmen der Revision des DSG stand im Zeichen einer Angleichung an das europäische Recht. Sowohl die Konvention 108+ als auch die DSGVO sehen Entscheidungs- bzw. Durchsetzungsbefugnissen der Aufsichtsbehörde vor. Im Zentrum stand insbesondere die Übertragung von Verfügungskompetenzen an den EDÖB. Mit dieser Kompetenzerweiterung sollte die Durchsetzung des DSG verbessert werden. [vgl. OK-Reinle, Art. 51 DSG N. 1.]

nicht klar sei und dass die abzugebenden Informationen in der Verordnung genauer ausgeführt werden sollten.[2045] Mehrere Teilnehmende aus der Wirtschaft brachten vor, dass Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse nicht im Rahmen eines Amtshilfeverfahrens bekanntgegeben werden dürften.[2046]

8 Die Bestimmung zur nationalen Amtshilfe (Art. 48 E-DSG) wies im **Erlassentwurf** gegenüber dem Vorentwurf lediglich wenige redaktionelle Änderungen auf. So wurde der Wortlaut in Abs. 1 dahingehend angepasst, dass neu Bundesbehörden und kantonale Behörden dem EDÖB die Informationen und Personendaten bekanntgeben, die für die Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben erforderlich sind. Im Vorentwurf hielt die Bestimmung die Behörden noch dazu an, die Informationen und Personendaten bekanntzugegeben, welche für den Vollzug dieses Gesetzes erforderlich sind. Abs. 2 lit. a erfuhr ebenfalls eine geringfügige redaktionelle Änderung, wobei der EDÖB neu den Behörden, die in der Schweiz für den Datenschutz zuständig sind, Informationen und Personendaten bekanntgibt, sofern diese für die Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben erforderlich sind. Der Vorentwurf beschränkte den Wortlaut noch auf die für den Datenschutz zuständigen kantonalen Behörden. In den anschliessenden **Beratungen** in den eidgenössischen Räten gab die nationale Amtshilfe keinen Anlass mehr zu Diskussionen; die Bestimmung wurde in der Fassung des Erlassentwurfes ohne materielle oder redaktionelle Veränderung verabschiedet.

9 Die Tatsache, dass die nationale Amtshilfe nicht Gegenstand von einlässlichen Kontroversen war, kann auf mehrere Faktoren zurückgeführt werden. Zum einen ist der **behördliche Nutzen** der nationalen Amtshilfe zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben unbestritten. Entsprechend schlicht und treffend formuliert Poltier: «[...] l'entraide relève de l'évidence [...].»[2047] Durch die Zusammenarbeits- und Mitwirkungsformen, welche durch die Amtshilfe ermöglicht werden, kann der Datenschutz effektiver durchgesetzt werden.[2048] Zum anderen stellt die Bestimmung über die nationale Amtshilfe aber auch eine Bestimmung dar, die sich in **vielen anderen Bundesgesetzen** findet

2045 Ergebnisse Vernehmlassungsverfahren DSG, S. 48.

2046 Ergebnisse Vernehmlassungsverfahren DSG, S. 49.

2047 Poltier, S. 61; kritisch hierzu Gächter/Egli, Rz. 103, wonach es «[b]ei richtiger Betrachtung [...] alles andere als ‹selbstverständlich› [ist], dass eine Behörde ermächtigt und verpflichtet ist, (gesetzlich fixierte) Kompetenz- und/oder Zuständigkeitsgrenzen zu überwinden, um eine andere Behörde zu unterstützen.».

und dort ebenfalls die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben der jeweiligen Behörden bezweckt.[2049] Dass der Bundesrat in der Botschaft von einer Standardbestimmung spricht, die sich auch in vielen anderen Bundesgesetzen finde,[2050] kann höchstens so verstanden werden, dass die Amtshilfe als Instrument im Bundesstaat weithin anerkannt ist. Eine einheitliche Formulierung über die einzelnen Sachgesetze hinweg besteht jedenfalls nicht (s. N. 14). Dazu regeln die einzelnen Bestimmungen die Tragweite der Amtshilfe zu unterschiedlich.

C. Normzweck

Der föderalistische Aufbau des Staatswesens und die aufgabenteilige Organisation der Verwaltung resultieren in einer **hohen fachlichen Spezialisierung** der einzelnen Behörden. Damit ist eine sachliche und örtliche Beschränkung der Zuständigkeit verbunden, welche die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben ständig zu behindern droht.[2051] Durch die Amtshilfe werden solche Zuständigkeitsbeschränkungen mittels Hilfeleistungen überwunden.[2052] So beaufsichtigt der EDÖB die Anwendung der bundesrechtlichen Datenschutzvorschriften umfassend. Datenschutzrechtliche Fragen stellen sich aber auch im Zusammenhang mit besonderen Sach- und Rechtsgebieten, in denen bspw. eine andere Bundesbehörde (FINMA, WEKO etc.) mit der Aufsicht und dem Vollzug betraut ist. Auch aufgrund der vertikalen Kompetenzverteilung Bund–Kantone ist Amtshilfe unabdingbar: So werden zur Durchsetzung der Verfügungen des EDÖB gemäss Art. 50 f. DSG in der Regel die kantonalen Vollstreckungsbehörden beigezogen (s. Art. 50 Abs. 3 DSG). Die Amtshilfe ermöglicht den notwendigen Informationsaustausch und die Zusammenarbeit 10

2048 Gleichzeitig steht die Amtshilfe wiederum in einem Spannungsverhältnis gegenüber dem Transparenz- und Zweckbindungsgrundsatz (Art. 6 Abs. 2 und 3 DSG): Die Behörde, welcher Amtshilfe geleistet wird, kann von der gewährenden Behörde allenfalls Informationen und Daten zu anderen Zwecken bearbeiten, als dies ursprünglich vorgesehen oder erkennbar war. Siehe hierzu auch die Ausführungen unter N. 26.

2049 Botschaft DSG, S. 7094; s. Art. 43 VwVG; Art. 32 ATSG, Art. 8*a* BGBM, Art. 45 BüG, Art. 87 BVG, Art. 111–112*a* DBG, Art. 6 EmbG, Art. 10 EpG, Art. 38 f. FINMAG, Art. 19 GKG, Art. 29 ff. GwG, Art. 102 KEG, Art. 41 KG, Art. 41 KMG, Art. 82 KVG, Art. 75 MWSTG, Art. 32 StG und Art. 71 Abs. 2 StHG.

2050 Botschaft DSG, S. 7094.

2051 Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1146; siehe auch Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1774.

2052 Gächter/Egli, Rz. 115; vgl. auch OFK-Gerschwiler, Art. 54 DSG N. 9.

zwischen den Behörden, wodurch trotz sachlicher und örtlicher Ausdifferenzierung der behördlichen Tätigkeit die Erfüllung der gesetzlichen Aufträge gewährleistet werden kann.

11 Die Amtshilfe bezweckt eine möglichst optimale und effiziente Erfüllung der öffentlichen Aufgaben und zielt damit auf die Ermöglichung und Begünstigung eines wirksamen staatlichen Handelns ab.[2053] Auf der Grundlage von Art. 54 DSG kann der EDÖB bei der Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben auf das Fachwissen und die Erfahrung anderer Behörden zurückgreifen. Da der EDÖB mit einer Vielzahl von bereichspezifischen Fragestellungen konfrontiert sein kann, ist er bei der korrekten und effizienten Durchführung von Untersuchungen oftmals auf Informationen und die Unterstützung anderer Behörden angewiesen.[2054] Art. 54 DSG stellt diese **Zusammenarbeit** zugunsten des EDÖB sicher und trägt damit zur Durchsetzung des Datenschutzrechts bei.

12 Eine weitere wichtige Funktion der Amtshilfe besteht in der **Beweiserhebung**. Im Rahmen des erstinstanzlichen Verwaltungsverfahrens durch den EDÖB können die Informationen und Dokumente, die der EDÖB infolge der Amtshilfe von anderen Behörden für die Erstellung des relevanten Sachverhalts erhalten hat, als Beweismittel verwendet werden.[2055]

D. Zusammenarbeitsformen und Bedeutung

13 Die Zusammenarbeitsformen im Rahmen der Amtshilfe sind in der Praxis vielfältig. Im Rahmen des DSG steht die **informationelle Amtshilfe** im Vordergrund. Diese umfasst die Bekanntgabe von Sach- und Personendaten zum Zwecke der Unterstützung des EDÖB und umgekehrt durch den EDÖB an andere Behörden und ist in Art. 54 Abs. 1 und 2 DSG jeweils ausdrücklich angesprochen.[2056] Als Massnahmen der Amtshilfe kommen grundsätzlich alle Verfahrenshandlungen in Betracht, die der Sachverhaltsabklärung (inkl. Beweismassnahmen) oder der Vollstreckungshandlungen dienen.[2057] Im Rahmen der Sachverhaltsabklärung stehen verwaltungsinterne Hilfeleistungen wie etwa die Erteilung von Auskünften, die Einsicht in amtliche Akten, die

2053 CR-Bigler-de-Mooij, Art. 44 Cst. N. 33; siehe ferner auch Poltier, S. 61.
2054 Vgl. Bickel/Wyssling, Art. 41 KG N. 6.
2055 Vgl. Bickel/Wyssling, Art. 41 KG N. 7.
2056 Vgl. Wermelinger, S. 175.
2057 Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1782; Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1146.

Vorlage oder Beschaffung von amtlichen Dokumenten oder weiteren erforderlichen Unterlagen, die Mitwirkung bei der Abklärung relevanter Sachverhalte oder der Zugang zu einer Datenbank im Vordergrund.[2058] Als Beweismassnahmen können auch Befragungen oder ein Augenschein erfolgen.[2059] Die Amtshilfe im Rahmen der Vollstreckungshandlungen betrifft Massnahmen, die der Durchsetzung einer behördlichen Anordnung dienen.[2060] Art. 50 Abs. 3 DSG spricht die amtshilfeweisen Beweis- und Vollstreckungsmassnahmen des EDÖB ausdrücklich an.

Zusammen mit der Rechtshilfe (s. N. 15 ff.) stellt die Amtshilfe eine unerlässliche Voraussetzung zur Sicherstellung des einheitlichen Rechtsraums in der Schweiz dar.[2061] Die Amtshilfe ist für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben des EDÖB von erheblicher Bedeutung. Gleichwohl hat Bellangers Feststellung, wonach die nationale Amtshilfe «[...] comme un parent pauvre du droit [...]»[2062] erscheine, auch heute noch nichts an ihrer Gültigkeit verloren. Dies liegt namentlich daran, dass die nationale Amtshilfe auf Bundesebene nicht einheitlich geregelt ist. Das VwVG spricht die Amtshilfe in Art. 43 zwar an. Dabei geht es jedoch allein um die Unterstützung bei der Vollstreckung von Verfügen der Bundesbehörden, die nicht auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung gerichtet sind.[2063] Nicht unter Art. 43 VwVG fällt hingegen die Amtshilfe im Bereich der Sachverhaltsaufklärung.[2064] Eine übergreifende Ordnung, die sowohl das Verfahren als auch die Rechte und Pflichten der Beteiligten regelt, fehlt. Folglich wird die Amtshilfe jeweils auf Stufe der **einzelnen Spezialgesetze** geregelt. Der Umfang der Verpflichtung zur Amtshilfe unterscheidet sich im Einzelfall, je nachdem, welches Spezialgesetz sachlich Anwendung findet.[2065] Vorliegend bestimmt sich der Umfang der

14

2058 Bellanger, S. 9.

2059 Kölz/Häner/Bertschi, N. 2049.

2060 Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1150. Neben Sachverhaltsabklärungen und Vollstreckungshandlungen fallen beispielsweise auch die Inanspruchnahme oder Bereitstellung von verwaltungsinternen Sach- und Dienstleistungen, die eine Behörde zur Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben benötigt, unter die Amtshilfe. Siehe hierzu etwa Gächter/Egli, Rz. 125 und 128; Simon, S. 46.

2061 Jaag, N. 31; siehe auch PK-Jaag/Häggi Furrer, Art. 43 VwVG N. 4.

2062 Bellanger, S. 9.

2063 Gächter/Egli, Art. 43 VwVG N. 2; OFK-Wiederkehr/Meyer/Böhme, Art. 43 VwVG N. 1. Umfassender aber PK-Jaag/Häggi Furrer, Art. 43 VwVG N. 10, wonach das VwVG die grundsätzliche Pflicht zur Leistung von Amtshilfe statuiere.

2064 OFK-Wiederkehr/Meyer/Böhme, Art. 43 VwVG N. 1.

2065 Vgl. Bellanger, S. 10.

Verpflichtung zur Amtshilfe in erster Linie nach dem DSG, insbesondere Art. 54 Abs. 1 und 2 sowie Art. 50 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 DSG. Der Anwendungsbereich und die Modalitäten der Amtshilfe bleiben im Einzelnen konkretisierungsbedürftig.

E. Abgrenzungen

15 Die Amtshilfe zwischen schweizerischen Behörden (im Folgenden: Amtshilfe) ist zum einen von der Rechtshilfe und zum anderen von der internationalen Amtshilfe abzugrenzen. Die Amtshilfe lässt sich kaum scharf von der **Rechtshilfe** abgrenzen.[2066] Dennoch ist die Abgrenzung aufgrund der damit verbundenen Rechtswirkungen wesentlich. Sowohl die Wahl des anwendbaren Rechts – und somit des Verfahrens –[2067] als auch die Schranken der Massnahmen und die konkrete Ausgestaltung des Rechtsschutzes kann von der Einordnung abhängen.[2068] Auf der Ebene der internationalen Amts- und Rechtshilfe sind die Unterschiede und deren Folgen ausgeprägt: So kann die internationale Rechtshilfe in Strafsachen unter besonderen Umständen in den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK fallen.[2069] Eine Beschwerde ans Bundesgericht ist nur bei der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen und bei der Amtshilfe in Steuersachen, die i.d.R. einen Strafverfolgungszweck aufweist, zulässig.[2070] Mit Ausnahme der Amtshilfe in Steuersachen ist gegen Entscheide auf dem Gebiet der Amtshilfe auf dem Gebiet der internationalen Amtshilfe die Beschwerde an das Bundesgericht unzulässig.[2071]

16 Zur Abgrenzung zwischen Amts- und Rechtshilfe stellen Lehre und Rechtsprechung auf **unterschiedliche Kriterien** ab, wobei mitunter eine

2066 BSK-Waldmann/Kraemer, Art. 44 BV N. 26; PK-Jaag/Häggi Furrer, Art. 43 VwVG N. 6; vgl. BGE 137 II 128 E. 2.3.1.

2067 Siehe auch BGE 126 II 126 E. 5a/bb.

2068 BGE 126 II 409 E. 6b/aa; BSK-Waldmann/Kraemer, Art. 44 BV N. 26; SGK-Egli, Art. 44 BV N. 25.

2069 HK-Harrendorf/König/Voigt, Art. 6 EMRK N. 29; siehe im Allgemeinen auch BGE 139 II 404 E. 6; SGK-Vest, Art. 32 BV N. 3; kritisch Schweizer, S. 1004 f.

2070 Art. 84 und Art. 84a BGG; SGK-Schweizer, 3. Aufl., Art. 44 BV N. 27.

2071 Art. 83 lit. h BGG.

Kombination der Kriterien zur Qualifikation herangezogen wird.[2072] Im Einzelnen können insbesondere folgende Kriterien genannt werden:

- **Art bzw. Funktion der involvierten Behörden**: Sind Gerichtsbehörden involviert, spricht man von Rechtshilfe. Die Amtshilfe bezieht sich demgegenüber auf Verwaltungsbehörden.[2073]
- **Natur des unterstützten Verfahrens** (nichtstreitiges oder streitiges Verfahren bzw. Verfahren auf Erlass einer Verfügung oder Rechtsmittelverfahren):[2074] Die Rechtshilfe beschlägt Zusammenarbeitsformen, die sich auf verwaltungsexterne Verfahren beziehen.[2075] Letztere finden vor einer Behörde statt, die ausserhalb der Verwaltung steht und institutionell von dieser unabhängig ist.[2076] Die Rechtshilfe betrifft deshalb vorwiegend (zivil-, straf-, oder verwaltungs-)prozessrechtliche Hilfeleistungen im Rahmen von gerichtlichen Verfahren.[2077] Klassisches Beispiel ist die Vollstreckung von Urteilen.[2078] Die Amtshilfe umfasst demgegenüber Hilfeleistungen zwischen Verwaltungsbehörden des Bundes und der Kantone, die ausserhalb prozessrechtlich festgelegter Verfahren geleistet werden.[2079] Sie erfolgt daher im Rahmen von verwaltungsinternen Verfahren oder ausserhalb eines Verwaltungsverfahrens und wird auf Ersuchen einer Verwaltungsbehörde oder spontan vorgenommen.[2080]

Folgt man diesen Kriterien, so kann von Amtshilfe gesprochen werden, wenn Hilfeleistungen zwischen Verwaltungsbehörden im Rahmen eines verwaltungsinternen Verfahrens oder eines Verfahrens ausserhalb eines Verwaltungsverfahrens erbracht werden. Demgegenüber besteht Rechtshilfe 17

2072 BVGer A-1735/2011 vom 21.12.2011 E. 1.1.5; siehe ferner zu weiteren Kriterien Kölz/Häner/Bertschi, N. 2039; Simon, S. 35 ff.

2073 Gächter/Egli, Rz. 107; kritisch dazu äussern sich Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1147; Simon, S. 37.

2074 BVGer A-1735/2011 vom 21. Dezember 2011 E. 1.1.5; siehe auch PK-Jaag/Häggi Furrer, Art. 43 VwVG N. 6; m.w.H. auch SGK-Egli, Art. 44 BV N. 25, oder Kölz/Häner/Bertschi, N. 2039.

2075 Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1147; ferner auch Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1783.

2076 Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 12.

2077 Gächter/Egli, Art. 43 VwVG N. 2; vgl. auch; PK-Jaag/Häggi Furrer, Art. 43 VwVG N. 7; Wermelinger, N. 11.

2078 Vgl. Bickel/Wyssling, Art. 41 KG N. 5; PK-Jaag/Häggi Furrer, Art. 43 VwVG N. 7.

2079 Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1782; vgl. auch statt vieler Wermelinger, N. 6.

2080 BSK-Waldmann/Kraemer, Art. 44 BV N. 26; vgl. auch Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1147; kritisch Wermelinger, S. 176 Fn. 17 m.w.H., wonach die Amtshilfe grundsätzlich einen entsprechenden Antrag erfordere.

bei Hilfeleistungen im Rahmen von bzw. zur Unterstützung von prozessrechtlich geregelten – oftmals gerichtlichen – Verfahren.[2081]

18 Da das Verfahren vor dem EDÖB gemäss Art. 49 ff. DSG ein erstinstanzliches, nichtstreitiges Verwaltungsverfahren – und nicht ein prozessrechtlich geregeltes (Gerichts-)Verfahren – ist, erfolgt die behördliche Zusammenarbeit in **Form der Amtshilfe**. Daher wird die Rechtshilfe in Art. 54 DSG auch nicht angesprochen. Unter die Amtshilfe fällt auch die Vollstreckung der (vorsorglichen) Massnahmen, die der EDÖB im Rahmen einer Untersuchung anordnen kann.[2082]

19 Von Art. 54 DSG ist nur die Amtshilfe zwischen schweizerischen Behörden erfasst. Grenzüberschreitende **Hilfeleistungen** fallen unter die Regelung über die **internationale Amtshilfe** (Art. 55 DSG).

20 Ferner sind nicht alle Hilfeleistungen innerhalb eines verwaltungsinternen Verfahrens oder ausserhalb eines Verwaltungsverfahrens von der Amtshilfe erfasst. Die Hilfeleistungen im Rahmen der Amtshilfe dient der gesetzlichen Aufgabenerfüllung der ersuchenden Behörde. Allgemeine Zusammenarbeitsformen oder bestimmte **Kooperationsregelungen** zwischen den Behörden stellt keine Amtshilfe dar.[2083] Solche Kooperationen bestehen, wenn verschiedene Behörden zur Behandlung einer bestimmten Angelegenheit sachlich zuständig sind.[2084] Die Kooperation richtet sich im Anwendungsbereich des DSG nach Art. 53 DSG.

21 Schliesslich richtet sich die Amtshilfe stets an andere Behörden. Sie ist **nicht personenbezogen**. Ersucht der EDÖB im Rahmen einer Abklärung nach Unterstützung durch eine Beamtin oder einen Beamten mit einem spezifischen Fachwissen, kommen die Bestimmungen über das Sachverständigengutachten zur Anwendung. Gestützt auf Art. 52 Abs. 1 DSG kommen in diesem Fall Art. 12 lit. e VwVG i.V.m. Art. 57 ff. BZP zur Anwendung.[2085]

2081 Vgl. SGK-Egli, Art. 44 BV N. 26; BSK-Waldmann/Kraemer, Art. 44 BV N. 26; Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1147; eher kritisch Kölz/Häner/Bertschi, N. 2040.

2082 Vgl. SHK-Baeriswyl, Art. 52 DSG N. 5.

2083 PK-Jaag/Häggi Furrer, Art. 43 VwVG N. 9; siehe zum Ganzen Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1776 ff.

2084 BSK-Waldmann/Kraemer, Art. 44 BV N. 26; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1783; Kölz/Häner/Bertschi, N. 2042; Simon, S. 42.

2085 Vgl. Bickel/Wyssling, Art. 41 KG N. 5.

F. Schranken

Art. 54 DSG verankert eine Rechtspflicht der betreffenden Behörden zur Amtshilfe. Informationen und Personendaten dürfen jedoch nur ausgetauscht werden, soweit das Amtsgeheimnis dies zulässt und die Anforderungen des Grundrechtsschutzes, des Datenschutzes und der Amtshilfe eingehalten werden, die sich teilweise überschneiden.[2086] 22

1. Amtsgeheimnis

Als Schranke der Amtshilfe kommt zunächst das Amtsgeheimnis zum Tragen.[2087] Das Amtsgeheimnis hat durch das Öffentlichkeitsprinzip eine starke Relativierung erfahren: Informationen müssen unter dem BGÖ entweder explizit als geheim bezeichnet werden oder es müssen gewichtige Interessen dem Öffentlichkeitsprinzip gegenüberstehen.[2088] Die Behörden dürfen nun alle Informationen an andere Behörden weitergeben, die sie auch Privaten gestützt auf das Öffentlichkeitsprinzip hätten zur Verfügung stellen müssen.[2089] Gleichwohl können gesetzliche Geheimhaltungspflichten ein Hindernis für die Bekanntgabe von Informationen zugunsten anderer Behörden sein (Art. 36 Abs. 6 lit. b DSG). Solche Geheimhaltungspflichten resultieren zum einen aus dem strafrechtlich geschützten Amtsgeheimnis (Art. 320 StGB), dem Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB), dem Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis (Art. 162 StGB) oder auch dem Steuergeheimnis (Art. 110 DBG). Zum anderen ist es nach dem Personalrecht den Angestellten des öffentlichen Dienstes untersagt, berufliche und geschäftliche Angelegenheiten offenzulegen, die ihrer Natur nach oder aufgrund von Rechtsvorschriften oder Weisungen geheim zu halten sind (Art. 22 BPG i.V.m. Art. 94 BPV).[2090] Das Amtsgeheimnis besteht auch gegenüber den zur Verschwiegenheit verpflichteten Beamtinnen und Beamten anderer Amtsstellen:[2091] Eine 23

2086 Vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1787; Kölz/Häner/Bertschi, N. 2050; s. illustrativ auch § 7 Abs. 3 letzter Satz VRG/ZH.

2087 Siehe zum Begriff des Amtsgeheimnis BGE 127 IV 122 E. 1; BGE 116 IV 56 E. 1a; BGE 114 IV 44 E. 2; ferner auch BSK-Oberholzer, Art. 320 StGB N. 8.

2088 Art. 4 lit. a oder Art. 7 BGÖ; siehe dazu Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1787; PK-Jaag/Häggi Furrer, Art. 43 VwVG N. 20.

2089 Gächter/Egli, Art. 43 VwVG N. 10; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1787; SGK-Egli, Art. 44 BV N. 32.

2090 Siehe zum Ganzen PK-Jaag/Häggi Furrer, Art. 43 VwVG N. 19; Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1160.

2091 Raselli, S. 32 f.; Reinhardt, S. 541 f.

Verletzung des Amtsgeheimnisses liegt daher vor, wenn die Beamtin oder der Beamte ein Geheimnis einem anderen Amt innerhalb oder ausserhalb ihres oder seines Departements oder einem Vorgesetzten, dem sie oder er nicht unmittelbar unterstellt ist, offenbart.[2092] Keine Verletzung des Amtsgeheimnisses besteht beim Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes. Dies ist dann der Fall, wenn die Bekanntgabe der Informationen in einem Sachgesetz ausdrücklich erlaubt oder durch die schriftliche Einwilligung der vorgesetzten Behörden die Offenbarung des Geheimnisses gestattet ist.[2093]

24 Art. 54 DSG äussert sich nicht ausdrücklich zu der Frage, ob die Bestimmung eine Durchbrechung der gesetzlichen Geheimhaltungspflicht zulässt.[2094] Die Bestimmung kann u.E. nicht als Blankettermächtigung zur Bekanntgabe gesetzlicher Geheimhaltungspflichten im Wege der Amtshilfe verstanden werden, ansonsten die Geheimhaltungspflicht allein durch Anfrage einer anderen Behörde aufgehoben werden könnte. In Ermangelung einer konkretisierenden gesetzlichen Regelung kann nach hier vertretener Auffassung Art. 36 DSG – in Bezug auf andere Informationen als Personendaten analog – herangezogen werden. Gemäss Abs. 6 lit. b lehnen Bundesorgane die Bekanntgabe ab, schränken sie ein oder verbinden sie mit Auflagen, wenn gesetzliche Geheimhaltungspflichten dies verlangen. Auch im Zusammenhang mit der Gewährung von Amtshilfe hat die ersuchte Behörde u.E. daher eine Interessenabwägung vorzunehmen. Stellt Art. 54 DSG, wie gesehen, für sich allein keine genügende gesetzliche Grundlage für die Bekanntgabe von Informationen und Personendaten dar, so ist entsprechend Art. 36 Abs. 2 die Bekanntgabe nur zulässig, wenn sie zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben **unentbehrlich** ist (lit. a) oder andere Gründe wie etwa die Einwilligung der betroffenen Person[2095] (lit. b) vorliegen.[2096] Es ist stets eine Abwägung zwischen dem Interesse an der Amtshilfe und den entgegenstehenden Geheimhaltungsinteressen vorzunehmen (s. auch Art. 36

2092 Bellanger, S. 10; Blöchlinger, S. 19.

2093 Art. 14 StGB und Art. 320 Abs. 2 StGB; siehe zum Ganzen Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1160.

2094 A.M. CR-Kerboas/Lennman, Art. 54 Cst. N. 39, wonach Art. 54 DSG zweifellos als ausreichende gesetzliche Grundlage für die Amtshilfe in Bezug auf Informationen anzusehen ist, die unter das Amtsgeheimnis fallen.

2095 Entsprechend der Praxis zu Art. 320 StGB kann eine Einwilligung der betroffenen Person jedoch nur dann rechtfertigend wirken, wenn sich die Geheimhaltungsinteressen auf die Interessen der betroffenen Person beschränken, vgl. BSK-Oberholzer Art. 320 StGB N. 13 m.H.

2096 Siehe zu den weiteren Rechtfertigungsgründen Art. 36 Abs. 2 lit. c–e.

Abs. 6 lit. a DSG). Im Zusammenhang mit dieser Interessenabwägung oder zum Schutz gesetzlicher Geheimhaltungspflichten (Art. 36 Abs. 6 lit. b DSG) kann es auch angezeigt sein, die Bekanntgabe von Personendaten an **Auflagen** zu knüpfen oder die Personendaten zu **anonymisieren**. Zulässig muss die Leistung der Amtshilfe zudem sein, wenn ein anderer Rechtfertigungsgrund gemäss Art. 320 StGB vorliegt, etwa die Ermächtigung der vorgesetzten Behörde (Art. 320 Ziff. 2 StGB).

2. Grundrechtliche Anforderungen

Eine weitere Schranke der Amtshilfe stellt der Schutz der **Grundrechte** dar. 25
So schützt Art. 13 Abs. 2 BV persönliche und personenbezogene Daten, wobei der sachliche Schutzbereich auch die Bekanntgabe solcher Daten an Dritte umfasst.[2097] Ein Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Personen liegt daher in der Regel bei der Bekanntgabe von Personendaten an andere Behörden vor.[2098] Hilfeleistungen, die im Rahmen der Amtshilfe in Grundrechte von Privaten eingreifen, müssen den Voraussetzungen von Art. 36 BV genügen. Aus Art. 36 Abs. 1 BV folgt in diesen Fällen für die Amtshilfe das Erfordernis einer genügenden gesetzlichen Grundlage. Während Bundesbehörden – wie auch der EDÖB – bei der Amtshilfe das DSG zu beachten haben, unterstehen die kantonalen Behörden, die Amtshilfe an den EDÖB leisten, den jeweiligen kantonalen Datenschutzgesetzen. Auch die weiteren Eingriffsvoraussetzungen in Form des überwiegenden öffentlichen Interesses und der Wahrung der Verhältnismässigkeit sind bei der Bekanntgabe von Personendaten an andere Behörden stets zu beachten.[2099] Schliesslich sind auch bei Amtshilfehandlungen, die nicht in grundrechtliche Positionen eingreifen, die Behörden an die Grundsätze des rechtsstaatlichen Handelns gebunden (Art. 5 BV). Dazu zählen etwa das Legalitätsprinzip, das Erfordernis des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeitsgrundsatz.[2100] Der Bundesgesetzgeber hat die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die Bekanntgabe von Personendaten in das Datenschutzgesetz übernommen und weiter konkretisiert.[2101]

2097 Vgl. statt vieler BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 33.

2098 Blöchlinger, S. 41; Poltier, S. 76 f.; vgl. auch Biaggini, Art. 44 BV N. 9; SGK-Egli, Art. 44 BV N. 30; Gächter/Egli, Art. 43 VwVG N. 10.

2099 Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1788; Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1152.

2100 Art. 5 Abs. 2 BV.

3. Grundsatz der Zweckbindung

26 Neben dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage bei Bekanntgabe von Personendaten sieht das DSG eine Zweckbindung vor (Art. 6 Abs. 3 DSG). Die Weiterverwendung von Personendaten infolge der Amtshilfe dürfte häufig nicht im Einklang mit der **datenschutzrechtlichen Zweckbindung** der ursprünglichen Datenbeschaffung und -bearbeitung stehen. Dies schliesst jedoch nicht aus, dass Personendaten zu einem späteren Zeitpunkt für andere Zwecke verwendet werden, sofern hierfür eine Rechtsgrundlage oder ein Rechtfertigungsgrund besteht.[2102] Art. 54 DSG stellt in Verbindung mit Art. 36 DSG eine solche gesetzliche Grundlage dar, die den Behörden erlaubt, bei der Bekanntgabe der Personendaten von der ursprünglichen Zweckbindung abzuweichen.

4. Spezialitätsprinzip

27 Eine weitere Ausprägung des Grundsatzes der Zweckbindung hat sich im Rahmen der internationalen Rechts- und Amtshilfe herausgebildet. Wie auch die datenschutzrechtliche Zweckbindung dient er der verhältnismässigen Handhabe von Informationen und Personendaten. Dieses als Spezialitätsprinzip bekannte Erfordernis verlangt, dass die Informationen und Personendaten von der ersuchenden Behörde nur für die Zwecke verwendet werden dürfen, für die sie von der ersuchten Behörde übermittelt wurden.[2103] Hierzu hat die ersuchende Behörde den Zweck anzugeben, zu dem die erbetenen Informationen oder Personendaten benötigt werden.[2104] Auch wenn das Spezialitätsprinzip oftmals nur im Zusammenhang mit der internationalen Amtshilfe thematisiert wird, ist es für die nationale Amtshilfe ebenso einschlägig.[2105] Für die Weitergabe von Informationen und Personendaten entfaltet die **amtshilferechtliche Zweckbindung** somit eine beschränkende Wirkung.

2101 Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1152; SGK-Egli, Art. 44 BV N. 30.
2102 SHK-Baeriswyl, Art. 6 DSG N. 40.
2103 Vgl. Kölz/Häner/Bertschi, N. 2052.
2104 Poltier, S. 82.
2105 Bellanger, S. 23; CR-Kerboas/Lennman, Art. 54 Cst. N. 35; Gächter/Egli, Art. 43 VwVG N. 10; Poltier, S. 82.

G. Durchsetzung und Rechtsschutz

Aus der Natur der Amtshilfe als partnerschaftliches Zusammenwirken von Behörden ergibt sich, dass die Behörden einander organisatorisch **gleichgestellt** sind und somit kein Subordinationsverhältnis zwischen ihnen besteht.[2106] Der EDÖB kann sein Amtshilfebegehren gegenüber den Bundesbehörden oder den kantonalen Behörden nicht mit einer verwaltungsinternen Weisung oder Anordnung durchsetzen. Auch kann er nicht erwirken, wie, bis wann und in welchem Umfang Amtshilfe geleistet werden muss; dasselbe gilt im Umkehrschluss auch bei der Amtshilfe des EDÖB zugunsten anderer Behörden. Die Modalitäten der Amtshilfe sind zwischen den involvierten Behörden einvernehmlich festzulegen.[2107] Anders ist die Situation, wenn der EDÖB gegenüber Bundesorganen gemäss Art. 50 Abs. 3 DSG Untersuchungsmassnahmen anordnet, wobei diese Massnahmen dann nicht unter die Amtshilfe fallen. Das Bundesorgan erbringt in diesem Fall nicht Hilfsleistungen für den EDÖB, sondern ist als Untersuchungsadressat zur Mitwirkung verpflichtet. 28

Amtshilfe erfolgt zwischen den Behörden.[2108] Weigert sich die ersuchte Behörde nach Prüfung eines Gesuchs die Informationen oder Personendaten bekanntzugeben, so kann die ersuchende Behörde den Entscheid nicht anfechten.[2109] Das DSG räumt dem EDÖB oder den anderen in Abs. 2 genannten Behörden **kein besonderes Beschwerderecht** im Sinne von Art. 48 Abs. 2 VwVG ein. Denkbar ist immerhin, dass sich die ersuchende Behörde im Falle einer beharrlichen Weigerung der ersuchten Behörde an deren vorgesetzte Stelle bzw. übergeordneten Aufsichtsbehörde mittels Aufsichtsbeschwerde wendet.[2110] Es ist dann Sache der Aufsichtsbehörde, die Einhaltung der Amtshilfepflicht bei unbegründetem Widerstand durchzusetzen und der ersuchten Behörde gegebenenfalls die erforderlichen Weisungen zu erteilen.[2111] Für Behörden, die nicht dem gleichen Gemeinwesen angehören, steht gestützt auf Art. 120 Abs. 1 lit. b BGG die 29

2106 Vgl. Breitenmoser/Weyeneth, S. 1064; Kölz/Häner/Bertschi, N. 2039; Wermelinger, S. 172.
2107 Vgl. Bickel/Wyssling, Art. 41 KG N. 4.
2108 Bellanger, S. 25.
2109 Vgl. auch SHK-Baeriswyl, Art. 54 DSG N. 10, für den Fall von Art. 54 Abs. 2 lit. a DSG.
2110 Vgl. BGE 127 II 32 E. 2f; Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1174; zur Aufsichtsanzeige allgemein Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 2041 ff.
2111 Vgl. Plüss, § 7 VRG N. 133.

Klage an das Bundesgericht offen.[2112] Besteht zwischen dem EDÖB und einer kantonalen Vollzugsbehörde eine Streitigkeit über Bestand und Umfang der Amtshilfepflicht nach Art. 54 DSG, kann der Klageweg beschritten werden.

30 Auch wenn die Amtshilfe zwischen Behörden stattfindet und somit als «[...] behördeninterne Handlung [...]» bezeichnet werden kann, kann sie eine Reflexwirkung auf Private entfalten.[2113] Die im Rahmen der Amtshilfe vorgenommenen behördlichen Handlungen können Rechtspositionen oder schutzwürdige Interessen der Verfahrensbeteiligten oder Dritter berühren. Zu denken ist etwa an die Übermittlung von Personendaten bei der informationellen Amtshilfe oder an die Anwendung von Zwangsmassnahmen im Rahmen des Vollzugs.[2114] Art. 54 DSG äussert sich nicht dazu, ob die Behörden bei der Amtshilfe zur **Durchführung eines Verwaltungsverfahrens** verpflichtet sind. Gemäss Art. 52 Abs. 1 DSG richtet sich das Untersuchungsverfahren nach dem VwVG. Daraus folgt, dass – wenn der EDÖB im Rahmen des Untersuchungsverfahrens um Amtshilfe ersucht – und dies Auswirkungen auf die Rechte und Pflichten der betroffenen Personen hat, die im VwVG garantierten Verfahrensrechte zum Tragen kommen. Der Entscheid der ersuchten Behörde, Amtshilfe zu leisten, ist als Verfügung zu betrachten, wenn schutzwürdige Interessen von privaten Personen betroffen sind.[2115] Die privaten Personen müssen in diesem Fall die Möglichkeit haben, sich in das Verfahren einzubringen. Zu diesem Zweck kommt der privaten Person Parteistellung zu und sie ist nach Massgabe von Art. 30 VwVG anzuhören. Der Entscheid zur Gewährung der Amtshilfe stellt sodann eine Verfügung nach Art. 5 VwVG dar, die zu begründen ist und eine Rechtsmittelbelehrung enthalten muss (Art. 35 VwVG).[2116]

31 Hinsichtlich des **Zeitpunkts** der Ausübung der Verfahrensrechte können nach Lehre und Rechtsprechung verschiedene Differenzierungen vorgenommen werden:

- Die **ersuchende Behörde** muss die Verfahrensparteien oder Dritte nicht anhören, wenn sie andere Behörden um Amtshilfe ersucht. Der Verzicht auf ein Verwaltungsverfahren lässt sich durch den nachträglich gewährten

2112.Vgl. Bickel/Wyssling, Art. 41 KG N. 39; Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1174; Plüss, § 7 VRG N. 133.
2113.Thurnherr, N. 842
2114.PK-Jaag/Häggi Furrer, Art. 43 VwVG N. 25.
2115.Kölz/Häner/Bertschi, N. 2088.
2116.Bellanger, S. 25 f.

Rechtsschutz im Hauptverfahren rechtfertigen.[2117] So kann die Verfahrenspartei ihre Rechte vor dem EDÖB als ersuchende Behörde zu einem späteren Zeitpunkt geltend machen. Stützt der EDÖB im Rahmen des Untersuchungsverfahrens seinen Entscheid auf die amtshilfeweisen erlangten Informationen, hat er die Verfahrenspartei davon zu unterrichten und ihr Akteneinsicht zu gewähren.[2118] Die Verfahrenspartei kann auf dieser Grundlage die Richtigkeit der Informationen oder die Zulässigkeit der Beschaffung und Bekanntgabe der Informationen bestreiten.[2119]

- Der Entscheid der **ersuchten Behörde**, Amtshilfe zu leisten, erfolgt in der Regel in der Form einer Verfügung, sofern schutzwürdige Interessen von privaten Personen betroffen sind. Sie muss jedoch nicht verfügen, wenn sie zur Amtshilfe verpflichtet ist und keinen Beurteilungsspielraum hat.[2120] Die Durchführung eines Verwaltungsverfahrens ist aber oftmals angezeigt. Dies trifft insbesondere dann zu, wenn die gesetzliche Amtshilfevorschrift einen Beurteilungsspielraum eröffnet, was in einer Vielzahl von Konstellationen denkbar ist: Ein solcher Beurteilungsspielraum kann sich ergeben, wenn die ersuchte Behörde darüber befinden muss, ob die Bekanntgabe der Informationen und Personendaten tatsächlich für die Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe der ersuchenden Behörden erforderlich ist. Bei der Bekanntgabe von Personendaten ist wegen des Eingriffs in Art. 13 Abs. 2 BV ferner stets die Verhältnismässigkeit der Weitergabe zu prüfen und es sind gegebenenfalls Auflagen oder andere Beschränkungen (z.B. Schwärzungen) zu verfügen. Da sich Art. 54 DSG schliesslich nicht zu gesetzlichen Geheimhaltungspflichten äussert, kann im Einzelfall eine Interessensabwägung zwischen der Unentbehrlichkeit der Hilfeleistung

2117. Vgl. BGer 2C_806/2011 vom 20.3.2012 E. 1.3.

2118. Vgl. auch Art. 52 Abs. 1 DSG, wonach sich das Untersuchungsverfahren und die Verfügungen nach Art. 50 und 51 DSG nach dem VwVG richten.

2119. Vgl. Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1166.

2120 Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1166, mit Verweis auf BGE 124 I 176 E. 6b: «Hingegen kann von vornherein kein schutzwürdiges Interesse an der Durchführung eines Verfahrens bestehen, wenn der gesetzliche Informationsanspruch unbedingt gegeben ist und auch gegen den Willen des Betroffenen geltend gemacht werden kann. Die Auskunft kann so oder so nicht verweigert werden, auch wenn der Betroffene sich dagegen stellt. Es handelt sich in solchen Fällen um einen unmittelbar gesetzlichen Anspruch, der nicht erst im Einzelfall durch Verfügung begründet wird. Deshalb kann auch kein verfassungsrechtlicher Anspruch darauf bestehen, ein besonderes Verfahren durchzuführen, in dessen Verlauf erst über die Auskunftserteilung entschieden würde [...].».

nach Art. 36 Abs. 2 lit. a DSG und einem allfälligen entgegenstehenden Geheimhaltungsinteresse erforderlich sein. Da bei Verfahrensbeteiligten jedoch auch in diesen Fällen ein nachträglicher Rechtsschutz besteht, wird in der Lehre geltend gemacht, dass die Durchführung eines Verwaltungsverfahrens nur dann erforderlich ist, wenn über den Beurteilungsspielraum hinaus ein nicht wiedergutzumachender Nachteil droht. Sind beide Voraussetzungen erfüllt, sollte der Verfahrenspartei bereits vor dem Entscheid der ersuchten Behörde über die Gewährung der Amtshilfe rechtliches Gehör und damit Rechtsschutz geboten werden.[2121]

- Die ersuchte Behörde muss schliesslich auch die Rechtsposition von **Dritten** berücksichtigen. Soweit im Rahmen der Amtshilfe Personendaten übermittelt werden, die sich auf die Rechte und Pflichten von am Hauptverfahren nicht beteiligten Personen auswirken, ist diesen Parteistellung einzuräumen. Da es für Dritte keine Möglichkeit des nachträglichen Rechtsschutzes gibt, müssen bereits im Zeitpunkt der Bekanntgabe der Personendaten die Verfahrensrechte beachtet werden. Dies ist nur möglich, wenn sie vorgängig angehört werden und ein begründeter und anfechtbarer Entscheid erlassen wird.[2122]

32 Das **Rechtsmittelverfahren** richtet sich nach dem VwVG. Die Verfügungen unterliegen gemäss Art. 44 VwVG der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.[2123] Letztinstanzlich kann eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht gemäss Art. 82 ff. BGG erhoben werden; Entscheide betreffend die innerstaatliche Amtshilfe sind unbeschränkt anfechtbar.[2124] Ausgeschlossen von der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten sind einzig Entscheide auf dem Gebiet der internationalen Amtshilfe, mit Ausnahme der Amtshilfe in Steuersachen.[2125] Ferner betrifft die Ausnahme von Art. 83 lit. v BGG nur Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts über Meinungsverschiedenheiten zwischen Behörden im Rahmen der innerstaatlichen Amtshilfe.[2126] Beschwerden privater Verfahrensbeteiligter sind davon nicht betroffen.[2127]

2121.Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1169; Kölz/Häner/Bertschi, N. 2089.

2122Plüss, § 7 VRG N. 133.

2123Art. 47 Abs. 1 lit. b VwVG i.V.m. Art. 31 VGG und Art. 33 lit. d VGG; siehe zum Ganzen Bellanger, S. 25 f.; PK-Jaag/Häggi Furrer, Art. 43 VwVG N. 25.

2124Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1171.

2125Art. 83 lit. h BGG; BSK-Häberli, Art. 83 BGG N. 178.

Die **Vollstreckungshandlungen** selbst stellen Realakte dar, weshalb sie grundsätzlich nicht anfechtbar sind. In diesem Zusammenhang ist einzig eine Aufsichtsbeschwerde möglich. Diese kann entweder bei der zuständigen kantonalen Aufsichtsbehörde oder beim EDÖB anhängig gemacht werden. Letzterer bleibt als ersuchende Bundesbehörde für die Vollstreckung zuständig, weshalb er die ordnungsmässige Erledigung der Vollstreckungshilfe durch die Kantone auch zu überwachen hat.[2128] 33

II. AMTSHILFE ZUGUNSTEN DES EDÖB (ABS. 1)

Abs. 1 legt den **Grundsatz** fest, dass die Behörden des Bundes und der Kantone dem EDÖB die Informationen und Personendaten bekanntgeben, die für die Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben erforderlich sind. Abs. 1 hat eine Doppelnatur, indem er einerseits den EDÖB ermächtigt, Amtshilfe bei anderen Behörden einzuholen. Er verpflichtet andererseits die ersuchten Behörden dazu, Amtshilfe zu leisten.[2129] 34

Bei den **ersuchten Behörden** handelt es sich um Bundesbehörden und kantonale Behörden. Die kommunalen Behörden werden in Art. 54 Abs. 1 DSG nicht ausdrücklich erwähnt. Baeriswyl leitet daraus ab, dass die kommunalen Behörden gegenüber dem EDÖB nicht zur Amtshilfe verpflichtet seien.[2130] Für diese Ansicht spricht eine systematische Auslegung: Die kommunalen Behörden finden in Abs. 3 ausdrückliche Erwähnung, nicht jedoch in Abs. 1. Ausserdem sind nach verbreiteter Auffassung die Gemeinden nicht Adressaten von Art. 44 BV, der die Grundsätze der Amtshilfe im Bundesstaat regelt.[2131] Allerdings bestehen gute Gründe für eine gegenteilige Auffassung: Zum einen gibt es in den Materialien keinen Hinweis darauf, dass die nationale Amtshilfe in Art. 54 DSG so zu verstehen ist, dass kommunale Behörden vom Begriff «kantonale Behörden» ausgenommen wären. Zum anderen erscheint es fraglich, ob der Ausschluss kommunaler Behörden im 35

2126 Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Beurteilung solcher Meinungsverschiedenheiten zwischen Bundesbehörden und Behörden des Bundes und der Kantone muss gemäss Art. 36a Abs. 1 VGG in einem Bundesgesetz vorgesehen sein. Soweit ersichtlich ist dies gegenwärtig nur in Art. 41 FINMAG der Fall. Siehe hierzu BSK-Häberli, Art. 83 BGG N. 308 ff.; Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1175.

2127 Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1171.

2128 Vgl. Gächter/Egli, Art. 43 VwVG N. 12; OFK-Wiederkehr/Meyer/Böhme, Art. 43 VwVG N. 10.

2129 Vgl. Bickel/Wyssling, Art. 41 KG N. 6.

2130 SHK-Baeriswyl, Art. 54 DSG N. 3; gl. M. CR-Kerboas/Lennman, Art. 54 Cst. N. 34.

Hinblick auf die Funktion der Amtshilfe – nämlich dem EDÖB die Erfüllung seiner Aufgaben im Rahmen einer konsequenten Durchsetzung des Datenschutzes zu ermöglichen – zielführend ist, zumal der Umfang der Übertragung öffentlicher Aufgaben an die Gemeinden den Kantonen überlassen ist und somit Behörden mit weitreichenden Aufgabenbereichen von der Amtshilfepflicht ausgenommen wären. Gerade in Anbetracht des Zwecks ist es naheliegend anzunehmen, dass die Gemeinden dem EDÖB auch Amtshilfe erbringen sollen.[2132]

36 **Inhalt und Umfang** der zu liefernden Angaben werden in Abs. 1 nicht näher umschrieben.[2133] Die Bestimmung spricht von Informationen und Personendaten, die zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben des EDÖB erforderlich sind. Mit der ausdrücklichen Erwähnung der Personendaten wird in Abs. 1 zumindest klargestellt, dass dem EDÖB im Rahmen der Amtshilfe alle Angaben bekanntgegeben werden dürfen, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person beziehen.[2134] Ergänzt wird diese Bestimmung durch Art. 39 lit. c DSV, wonach der EDÖB Personendaten, einschliesslich besonders schützenswerter Personendaten, im Rahmen der Zusammenarbeit mit Behörden des Bundes, der Kantone und des Auslandes bearbeiten darf. Die Bezugnahme auf Informationen macht deutlich, dass sich Art. 54 DSG auf die informationelle Amtshilfe bezieht. Neben der ausdrücklich erwähnten Bekanntgabe von Personendaten ist damit die Weitergabe von Sachdaten gemeint (s. N. 13). Die Amtshilfe im Rahmen der Vollstreckungshandlungen wird in Art. 50 Abs. 3 DSG genannt. Aufgrund der weit gefassten Formulierung von Abs. 1 ergibt sich eine inhaltliche

2131 BSK-Waldmann/Kraemer, Art. 44 BV N. 25; gl. M. Biaggini, Art. 44 BV N. 9; CR-Bigler-de-Mooij, Art. 44 Cst. N. 34; SGK-Egli, Art. 44 BV N. 7. Nach hier vertretener Auffassung wäre es aber denkbar, aus Art. 44 BV eine Verpflichtung der Kantone abzuleiten, die Amtshilfe gegenüber den Bundesbehörden sicherzustellen, auch wenn die Sachaufgabe nach Massgabe des kantonalen Rechts den Gemeinden übertragen wurde. Wie dies im Innenverhältnis zwischen den kantonalen und kommunalen Behörden genau geregelt wird, ist Sache des kantonalen Rechts und nicht von Art. 44 BV. Aus dem Grundsatz der Einheit der Verwaltung wird jedoch die Pflicht zur Amtshilfe zwischen den Behörden desselben Gemeinwesens abgeleitet (vgl. etwa Art. 10 VRPG/AG, Art. 50 VRG/FR, Art. 24 Verwaltungsrechtspflegegesetz/GL oder § 12a VRG/TG); vgl. Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1151; Simon, S. 66 f.

2132 Vgl. auch OFK-Gerschwiler, Art. 54 DSG N. 4.

2133 CR-Kerboas/Lennman, Art. 54 Cst. N. 36; OFK-Gerschwiler, Art. 54 DSG N. 5.

2134 Art. 5 lit. a DSG; OFK-Gerschwiler, Art. 54 DSG N. 5.

Konkretisierung der Art der Informationen und Personendaten in erster Linie durch eine Auslegung anhand der gesetzlichen Aufgaben des EDÖB.

Die **gesetzlichen Aufgaben** des EDÖB sind vielfältig und im 7. Kapitel des DSG aufgezählt. Zu denken ist zunächst an die Untersuchung von Verstössen gegen Datenschutzvorschriften nach Art. 49 ff. DSG. Weitere Aufgaben des EDÖB bestehen in der Führung eines Registers der Bearbeitungstätigkeiten der Bundesorgane (Art. 56 DSG) und der jährlichen Berichterstattung an die Bundesversammlung (Art. 57 DSG). Art. 58 DSG zählt sodann in nicht abschliessender Weise zusätzliche Aufgaben auf.[2135] Es ist nicht von vornherein klar, für welche Aufgaben und in welchem Umfang der EDÖB Informationen und Personendaten von anderen Behörden benötigt.[2136] Es wird sich daher in der Praxis zeigen, in welchen Situationen und bei welchen Handlungen zur Erfüllung einer gesetzlichen Aufgabe der EDÖB auf solche Informationen oder Personendaten angewiesen ist. Es liegt indes nahe, dass der EDÖB bei Untersuchung von Verstössen gegen Datenschutzvorschriften die Amtshilfe der Behörden des Bundes oder der Kantone anfordern wird.[2137] Sowohl für die Sachverhaltsabklärung als auch die Vollstreckung der Verwaltungsmassnahmen nach Art. 51 DSG ist die Amtshilfe ein zentrales Instrument. Der EDÖB kann etwa die kantonalen Polizeiorgane um Unterstützung bei der Durchführung der Untersuchungsmassnahmen ersuchen.[2138] 37

Die in Abs. 1 genannte Bekanntgabe von Informationen oder Personendaten kann spontan oder auf Anfrage erfolgen.[2139] Die Bestimmung ist in ihrem Wortlaut aber weit weniger eindeutig als etwa Art. 112 Abs. 1 DBG, der auf beide Formen der Amtshilfe ausdrücklich Bezug nimmt.[2140] **Spontane Amtshilfe** liegt vor, wenn eine Behörde gesetzlich verpflichtet ist, eine andere Behörde von Amtes wegen über Tatsachen zu informieren, von denen sie Kenntnis hat.[2141] Andere Behörden können den EDÖB beispielsweise von 38

2135 Ausführlich hierzu auch CR-Kerboas/Lennman, Art. 54 Cst. N. 35.

2136 SHK-Baeriswyl, Art. 54 DSG N. 3.

2137 Erl. Bericht VE, S. 79; vgl. auch OFK-Gerschwiler, Art. 54 DSG N. 6.

2138 Erl. Bericht VE, S. 109.

2139 Siehe Botschaft DSG, S. 7094; Erl. Bericht VE, S. 81; OFK-Gerschwiler, Art. 54 DSG N. 3; ausführlich hierzu CR-Kerboas/Lennman, Art. 54 Cst. N. 42 ff.; vgl. aber die Ausführungen und Verweise in Fn. 48.

2140 Bellanger, S. 19 f.; Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1149.

2141 Bellanger, S. 19; siehe ferner Kölz/Häner/Bertschi, N. 2048.

sich aus darauf aufmerksam machen, dass eine Datenbearbeitung durch ein Bundesorgan oder eine Privatperson gegen Datenschutzvorschriften verstossen könnte. Amtshilfe kann demgegenüber auch **auf Ersuchen** des EDÖB hin erfolgen. Die Amtshilfe auf Ersuchen stellt die klassische Konzeption der Amtshilfe dar.[2142]

39 Da die anderen Behörden zur Bekanntgabe der Informationen oder Personendaten verpflichtet sind, handelt es sich in diesem Fall um obligatorische Hilfeleistungen, die grundsätzlich nicht im Ermessen der ersuchten Behörde liegen.[2143] Vom Wortlaut («geben bekannt») her ist die Bestimmung mit Art. 32 Abs. 1 ATSG und Art. 87 Abs. 1 BVG vergleichbar, die ebenfalls eine obligatorische Hilfeleistung vorschreiben.[2144] Es ist jedoch zu beachten, dass eine Verpflichtung zur Amtshilfe nur besteht, soweit die **Erforderlichkeit der Bekanntgabe** der Informationen und Personendaten gegeben ist. Dies setzt voraus, dass die ersuchte Behörde befugt ist, die Erforderlichkeit der Bekanntgabe zu prüfen. Amtshilfe darf nur geleistet werden, wenn und soweit der EDÖB ohne die Informationen oder Personendaten seinen jeweiligen gesetzlichen Auftrag nicht oder nur mit erheblichem Mehraufwand erfüllen könnte.[2145] Entsprechend halten Kerboas/Lennman auch fest, dass eine blosse Verbesserung oder bessere Effizienz bei der Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe nicht als Rechtfertigung für die Bekanntgabe dienen kann.[2146] Ist die Erforderlichkeit nicht gegeben, so besteht auch keine Verpflichtung zur Bekanntgabe der Informationen oder Personendaten. Sowohl für die Bekanntgabe von Personendaten (Art. 36 Abs. 3 BV) als auch von Informationen (Art. 5 Abs. 2 BV) ergibt sich dies bereits aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip (s. N. 25).[2147] Darüber hinaus kann sich eine Verweigerung der Amtshilfe oder allenfalls eine an Auflagen geknüpfte oder mit Beschränkungen (z.B. Schwärzungen) verbundene Bekanntgabe rechtfertigen (s. N. 24).

40 Im Gegensatz zu den Bestimmungen zur Amtshilfe in anderen Sachgesetzen (Art. 32 Abs. 1 ATSG, Art. 45 Abs. 1 BüG oder Art. 87 Abs. 1 BVG) sieht Art. 54

2142 Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1149.
2143 CR-Kerboas/Lennman, Art. 54 Cst. N. 41; vgl. auch Bellanger, S. 20 f.; Kölz/Häner/Bertschi, N. 2048.
2144 Vgl. Bellanger, S. 20 f.
2145 Kieser, Art. 32 ATSG N. 41.
2146 CR-Kerboas/Lennman, Art. 54 Cst. N. 35.

DSG nicht ausdrücklich vor, dass die ersuchende Behörde der ersuchten Behörde eine schriftliche und begründete Anfrage stellen muss. Eine schriftliche und begründete Anfrage drängt sich etwa dort auf, wo ein erhöhtes Legitimationsbedürfnis für die Bekanntgabe der betreffenden Informationen besteht. Dies ist z.B. im Sozialversicherungsrecht der Fall, da die Bekanntgabe von Daten eine Abweichung vom Grundsatz der Schweigepflicht darstellt;[2148] im Einbürgerungsverfahren handelt es sich bei den für die Beurteilung des Erwerbs oder Verlusts des Schweizer Bürgerrechts erforderlichen Daten häufig um besonders schützenswerte Personendaten im Sinne von Art. 5 lit. c DSG.[2149] Nicht bei allen Informationsbeschaffungen des EDÖB besteht ein solches Legitimationsbedürfnis. Im Verzicht auf das Erfordernis einer **schriftlichen Anfrage** in Abs. 1 kommt zum Ausdruck, dass die Handlungsmöglichkeiten des EDÖB nicht übermässig eingeschränkt werden sollen und ein Interesse an einer möglichst einfachen und effizienten Durchsetzung des Datenschutzes besteht.[2150] Gerade wenn der EDÖB bei anderen Amtsstellen um einfache Auskünfte ersucht, ist eine schriftliche Anfrage nicht zwingend. Sofern der EDÖB um die Herausgabe von Personendaten ersucht oder die Angaben im Rahmen einer Untersuchung von Verstössen gegen Datenschutzvorschriften verwendet werden sollen, sollte nach der hier vertretenen Auffassung – auch mit Blick auf Rechtsschutzansprüche betroffener Personen (s. N. 30 f.) – die Anfrage schriftlich gestellt werden.

41 Art. 54 DSG bietet keine Grundlage für **Massenauskünfte** über eine Vielzahl von Personen.[2151] So hielt der EDÖB noch unter dem alten DSG in einer Stellungnahme fest: «Umfassendere Datenbekanntgaben beispielsweise mittels (elektronischer) Listen und die Übernahme in andere Datensammlungen verlangen eine ausdrückliche Rechtsgrundlage, in welcher auch die erforderlichen Grenzen der Datenbearbeitungen und die Sicherheit zu regeln sind.»[2152] Mangels ausdrücklicher Ermächtigung in Art. 54 DSG ist

2147 Vgl. OFK-Gerschwiler, Art. 54 DSG N. 7, der dies allerdings nur für die Bekanntgabe von Personendaten annimmt.

2148 Botschaft über die Anpassung und Harmonisierung der gesetzlichen Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten in den Sozialversicherungen, S. 262.

2149 Botschaft Teilrevision BüG, S. 2839.

2150 Vgl. Kieser, Art. 32 ATSG N. 34.

2151 Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1788.

2152 VPB 62 (1998) Nr. 43 E. 2.2; so auch Bellanger, S. 16 f.; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1788.

davon auszugehen, dass der EDÖB keine Massenauskünfte im Zusammenhang mit Personendaten einholen oder bekanntgeben darf. Ebenso ist davon auszugehen, dass Anfragen ohne präzisen Anlass oder konkrete Fragestellung (sog. «**fishing expeditions**») bei Amtshilfe auf Ersuchen hin nicht zulässig sind.[2153] Mit Bezug auf Art. 19 Abs. 1 lit. a aDSG (der heute Art. 36 Abs. 2 lit. a DSG entspricht) hat etwa das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, dass «[d]ie ersuchende Behörde [...] gegenüber der angefragten Stelle den relevanten Sachverhalt darstellen, die gewünschten Auskünfte und Unterlagen konkret bezeichnen und den Grund des Gesuchs nennen [muss] [...].»[2154] Dies gilt unseres Erachtens auch im Zusammenhang mit Art. 54 DSG.

42 Eine **Begründung** ist stets anzugeben, auch wenn sich dieses Erfordernis nicht ausdrücklich aus Abs. 1 ergibt: Zum einen muss die ersuchte Behörde die Erforderlichkeit der Bekanntgabe der Informationen und Personendaten beurteilen können. Zum anderen verlangt der Grundsatz der amtshilferechtlichen Zweckbindung (Spezialitätsprinzip) eine Angabe des Zwecks, zu dem die ersuchten Informationen oder Personendaten benötigt werden (s. N. 27). Erfolgt die Amtshilfe auf Ersuchen des EDÖB, so hat dieser somit stets zu begründen, inwiefern er die Informationen oder Personendaten zur Erfüllung seiner gesetzlichen Aufgaben im konkreten Einzelfall benötigt.

III. AMTSHILFE ZUGUNSTEN ANDERER BEHÖRDEN (ABS. 2)

43 Der EDÖB gibt bestimmten Behörden Informationen und Personendaten bekannt, soweit dies zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben erforderlich ist. Dabei zählt Abs. 2 **abschliessend** auf, bei Gesuchen welcher Behörden der EDÖB zur Leistung von Amtshilfe verpflichtet ist.[2155]

44 Art. 54 DSG dient als gesetzliche Grundlage zur gegenseitigen Leistung von Amtshilfe. Daher kann in Bezug auf Inhalt und Umfang der Angaben («Informationen und Personendaten»), die Erforderlichkeit der Bekanntgabe

2153 CR-Kerboas/Lennman, Art. 54 Cst. N. 37; vgl. auch Gächter/Egli, Art. 43 VwVG N. 10; Kölz/Häner/Bertschi, N. 2052; siehe auch BGE 134 II 318 E. 6.1: «L'obbligo di collaborazione non permette infatti al fisco di consultare indistintamente e senza obiettivo concreto tutti i documenti di un'altra autorità [...].».

2154 BVGer A-6320/2014 vom 23.8.2016 E. 7.1.

2155 CR-Kerboas/Lennman, Art. 54 Cst. N. 47.

sowie die weiteren Modalitäten auf die Ausführungen zu Abs. 1 verwiesen werden. Wie auch bei Abs. 1 kann die Amtshilfe sowohl spontan als auch auf Ersuchen der in Abs. 2 genannten Behörden erfolgen.[2156] Im Rahmen eines Ersuchens handelt es sich um eine obligatorische Hilfeleistung durch den EDÖB. Die Bekanntgabe von Informationen und Personendaten steht mit anderen Worten nicht in seinem Ermessen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Bekanntgabe erforderlich ist und ihr keine anderen Schranken entgegenstehen. So untersteht auch der EDÖB etwa dem Amtsgeheimnis nach Art. 22 BPG.[2157]

A. Amtshilfe an Datenschutzbehörden (lit. a)

Abs. 2 lit. a stellt im Verhältnis zu anderen Datenschutzbehörden eine Reziprozität für die Übermittlung von Informationen und Personendaten her: So wie der EDÖB diese Behörden nach Abs. 1 für Informationen und Personendaten anfragen kann, können die anderen Datenschutzbehörden den EDÖB um Auskunft ersuchen. Mit den Behörden, die in der Schweiz für den Datenschutz zuständig sind, sind Behörden gemeint, deren gesetzlicher Auftrag ebenfalls in der **Aufsicht und der Durchsetzung des Datenschutzes** liegt. Dies ergibt sich jeweils aus den entsprechenden Rechtsgrundlagen auf Bundes-, Kantons- oder Gemeindeebene.[2158] 45

Zur Konkretisierung des Begriffs der Datenschutzbehörden können die Anforderungen aus Art. 15 Konvention 108+ herangezogen werden. Art. 15 Abs. 5 Konvention 108+ sieht u.a. vor, dass die Aufsichtsbehörde bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben und Befugnisse in völliger Unabhängigkeit und Unparteilichkeit sowie weisungsungebunden agiert. Vor diesem Hintergrund kommen als unabhängige Datenschutzbehörden im Sinn von Art. 15 Abs. 5 Konvention 108+ unabhängige **kantonale und kommunale Datenschutzbehörden** sowie andere öffentlich-rechtliche Organisationen in Frage.[2159] 46

Datenschutzberaterinnen und -berater der Bundesorgane (Art. 10 Abs. 4 DSG) üben gemäss Art. 26 Abs. 1 lit. b DSV ihre Funktion gegenüber dem 47

2156 Botschaft DSG, S. 7094; Erl. Bericht VE, S. 81; OFK-Gerschwiler, Art. 54 DSG N. 11; vgl. aber Fn. 48.

2157 Botschaft DSG, S. 7091; CR-Kerboas/Lennman, Art. 54 Cst. N. 48.

2158 OFK-Gerschwiler, Art. 54 DSG N. 11; vgl. CR-Kerboas/Lennman, Art. 54 Cst. N. 17 ff.

2159 Vgl. CR-Kerboas/Lennman, Art. 54 Cst. N. 49; OFK-Gerschwiler, Art. 54 DSG N. 9.

Bundesorgan zwar fachlich unabhängig und weisungsgebunden aus. Ihnen kommt indes keine Behördenstellung zu.[2160]

48 Neben der Bekanntgabe von Informationen und Personendaten auf Ersuchen einer anderen Behörde im Einzelfall findet ein Informationsaustausch über die folgenden **institutionalisierten Mechanismen und Foren** statt. Diese stellen einen gegenseitigen Informationsfluss zwischen dem EDÖB und den kantonalen und kommunalen Datenschutzbehörden sicher und ermöglichen, dass die Behörden ihre Anliegen und ihr Fachwissen einbringen können.

- Im Verein privatim schliessen sich die unabhängigen Datenschutzbehörden der öffentlich-rechtlichen Körperschaften der Schweiz zur Konferenz der schweizerischen Datenschutzbeauftragen zusammen. Diese fördert die Zusammenarbeit zwischen den Kantonen, den Gemeinden und dem Bund im Bereich des Datenschutzes durch einen ständigen Informationsaustausch. Der Verein äussert sich zu datenschutzrechtlichen Themen im Rahmen von Stellungnahmen, Vernehmlassungsantworten, Leitfäden oder Merkblättern.[2161] So hat privatim etwa ein Merkblatt zu Cloud-spezifischen Risiken und Massnahmen publiziert und sich zum Entscheid verschiedener kantonalen Regierungen zur Nutzung von «Microsoft 365» in der Verwaltung geäussert.[2162] Ebenso hat der Verein zusammen mit dem EDÖB seinen Leitfaden zur Anwendung des Datenschutzrechts auf die digitale Bearbeitung von Personendaten im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen in der Schweiz aktualisiert.[2163] Hierbei handelt es sich um eine allgemeine Zusammenarbeitsform zwischen den Behörden.

- Gestützt auf Art. 111g AIG, Art. 102d AsylG und Art. 8b BPI arbeiten die kantonalen Datenschutzbehörden und der EDÖB im Rahmen ihrer

2160 SHK-Baeriswyl, Art. 54 DSG N. 7.

2161 OFK-Gerschwiler, Art. 54 DSG N. 10.

2162 privatim, Merkblatt Cloud-spezifische Risiken und Massnahmen, https://www.privatim.ch/wp-content/uploads/2023/10/privatim_Cloud-Merkblatt_v3_01_20220203_def._DE.pdf, besucht am 29.9.2023; privatim, Kein Freipass für «Microsoft 365», 30. September 2022, https://www.privatim.ch/de/kein-freipass-fur-microsoft-365/, besucht am 29.9.2023.

2163 privatim, Leitfaden der Datenschutzbehörden von Bund und Kantonen zur Anwendung des Datenschutzrechts auf die digitale Bearbeitung von Personendaten im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen in der Schweiz, 15.12.2022, https://www.privatim.ch/wp-content/uploads/2022/12/Leitfaden-Wahlen-und-Abstimmungen_Version-2022_DE.pdf, besucht am 29.9.2023; vgl. auch CR-Kerboas/Lennman, Art. 54 Cst. Fn. 44.

jeweiligen Zuständigkeiten im Hinblick auf eine koordinierte Aufsicht über die Bearbeitung von Personendaten im Rahmen der Zusammenarbeit von Schengen/Dublin zusammen.[2164] Zu diesem Zweck hat der EDÖB eine Koordinationsgruppe der Schweizerischen Datenschutzbehörden im Rahmen der Umsetzung der Assoziierungsabkommen gebildet. Die Koordinierungsgruppe widmet sich dem Austausch von Informationen, die für eine wirksame Beaufsichtigung über die Datenbearbeitung erforderlich sind, erörtert Schwierigkeiten bei der Auslegung und Anwendung der Rechtsvorschriften, analysiert Probleme, die bei der Ausübung der Beaufsichtigung oder im Zusammenhang mit den Rechten der betroffenen Personen auftreten können, und erarbeitet harmonisierte Vorschläge und Stellungnahmen im Hinblick auf gemeinsame Lösungen.[2165]

B. Amtshilfe an Strafverfolgungsbehörden (lit. b)

Nach Art. 65 Abs. 2 DSG hat der EDÖB ein **Anzeigerecht** bei mutmasslichen Widerhandlungen gegen die Strafbestimmungen des 8. Kapitels des DSG.[2166] Meldungen über Verletzungen der Datensicherheit nach Art. 24 DSG dürfen demgegenüber in einem Strafverfahren gegen die meldepflichtige Person nur mit deren Einverständnis verwendet werden.[2167] 49

Im Interesse einer wirksamen Durchsetzung des Datenschutzes kann der EDÖB mit diesem Anzeigerecht auf eine einheitliche Anwendung des DSG hinwirken. Er kann sich im Rahmen eines kantonalen Strafverfahrens als Privatkläger konstituieren.[2168] Darüber hinaus kann er auch Einstellungsverfügungen anfechten und Rechtsmittel gegen kantonale Entscheide ergreifen.[2169] 50

2164 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (SR 0.362.31); Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die Kriterien und Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Staates für die Prüfung eines in einem Mitgliedstaat oder in der Schweiz gestellten Asylantrags (SR 0.142.392.68).

2165 Siehe hierzu Art. 1 Abs. 2 der Geschäftsordnung der Koordinationsgruppe der schweizerischen Datenschutzbehörden im Rahmen der Umsetzung des Schengen-Assoziierungsabkommens, besucht am 29.9.2023. Siehe zum Ganzen auch CR-Kerboas/Lennman, Art. 54 Cst. N. 54; OFK-Gerschwiler, Art. 54 DSG N. 10.

2166 Art. 60 ff. DSG; OFK-Gerschwiler, Art. 54 DSG N. 12.

2167 Art. 24 Abs. 6 DSG; CR-Kerboas/Lennman, Art. 54 Cst. N. 56.

2168 Vgl. Art. 118 ff. StPO; CR-Kerboas/Lennman, Art. 54 Cst. N. 55.

51 Die Anzeige der mutmasslichen Widerhandlung bei der zuständigen kantonalen Strafverfolgungsbehörde geht in der Regel mit einer Bekanntgabe von Personendaten einher. Dabei handelt es sich um besonders schützenswerte Personendaten nach Art. 5 lit. c Ziff. 5 DSG.[2170] Für die Bekanntgabe von Personendaten stellt Art. 54 Abs. 2 lit. b DSG die **erforderliche Rechtsgrundlage** dar.[2171]

C. Amtshilfe an Bundesbehörden und kantonale und kommunale Polizeiorgane (lit. c)

52 Nach Art. 50 Abs. 3 DSG kann der EDÖB zum **Vollzug der Massnahmen nach Art. 50 Abs. 1 DSG** andere Bundesbehörden sowie die kantonalen oder kommunalen Polizeiorgane beiziehen. Die Massnahmen bestehen darin, dass der EDÖB Zugang zu allen Auskünften, Unterlagen, Verzeichnissen der Bearbeitungstätigkeiten und Personendaten, die für die Untersuchung erforderlich sind (lit. a), Zugang zu Räumlichkeiten und Anlagen (lit. b), Zeugeneinvernahmen (lit. c) oder Begutachtungen durch Sachverständige (lit. d) anordnen kann. Dies ist jedoch nur möglich, wenn er eine Untersuchung eröffnet hat und die private Person oder das Bundesorgan ihrer oder seiner Mitwirkungspflicht nicht nachkommt.[2172] Die Amtshilfe durch die kantonalen oder kommunalen Polizeiorgane erfolgt in Form von Vollstreckungshandlungen, die der Durchsetzung der behördlichen Anordnung des EDÖB dienen. Diese Amtshilfe erfolgt zu Gunsten des EDÖB und fällt somit unter Art. 54 Abs. 1 DSG. Art. 54 Abs. 2 lit. c DSG bietet die erforderliche Rechtsgrundlage, damit der EDÖB den genannten Behörden die erforderlichen Informationen und Personendaten für einen wirksamen Vollzug seiner Anordnungen übermitteln kann.[2173]

53 Für den **Vollzug der Massnahmen nach Art. 51 DSG** kann der EDÖB den Bundesbehörden sowie den kantonalen und kommunalen Polizeiorganen

2169 Botschaft DSG, S. 7104.

2170 OFK-Gerschwiler, Art. 54 DSG N. 12.

2171 Vgl. Art. 36 Abs. 1 i.V.m. Art. 34 Abs. 2 lit. a und c DSG; siehe ferner SHK-Baeriswyl, Art. 54 DSG N. 11, der Art. 65 Abs. 2 DSG bereits als hinreichende Rechtsgrundlage zur Bekanntgabe solcher Personendaten qualifiziert und Art. 54 Abs. 2 lit. b DSG daher nur deklaratorischen Charakter beimisst.

2172 Botschaft DSG, S. 7091.

ebenfalls Informationen und Personendaten bekanntgeben, die zur Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben erforderlich sind. Art. 51 sieht Verwaltungsmassnahmen vor und überträgt dem EDÖB Verfügungskompetenzen. So kann er nach Abs. 1 bei einer Verletzung von Datenschutzvorschriften verfügen, dass die Bearbeitung ganz oder teilweise angepasst, unterbrochen oder abgebrochen wird und die Personendaten ganz oder teilweise gelöscht oder vernichtet werden.

Anders als bei der Vollstreckung der nach Art. 50 DSG angeordneten Massnahmen ist die Vollstreckung der Verfügungen des EDÖB nach Art. 51 DSG nicht ausdrücklich im DSG geregelt. Hierfür gilt das **VwVG**. Zumindest gegenüber privaten Personen ergibt sich dies bereits aus der Tatsache, dass der EDÖB Verfügungskompetenzen hat, womit er gemäss Art. 1 Abs. 2 lit. c VwVG dem VwVG unterstellt ist.[2174] Das VwVG ist bereits mangels anwendbarer Ausnahmebestimmungen gemäss Art. 2 f. VwVG auf Verwaltungsverfahren des EDÖB anwendbar. Art. 52 Abs. 1 DSG bestätigt nochmals ausdrücklich die Anwendbarkeit des VwVG auf das Verwaltungsverfahren des EDÖB. Die Bestimmung dient vor allem der Klarstellung. 54

Für die **Vollstreckung von Verfügungen** stellt Art. 41 VwVG die erforderliche gesetzliche Grundlage dar. Der EDÖB kann auf den – freilich nicht abschliessenden –[2175] Katalog von Vollstreckungsmassnahmen zurückgreifen, der in der Bestimmung enthalten ist. Der EDÖB muss sich an das in Art. 41 VwVG vorgesehene Verfahren halten, das die Androhung des Vollzugs unter (Nach-)Fristansetzung,[2176] die Festsetzung und den Vollzug der Zwangsmassnahmen umfasst.[2177] Bei Gefahr im Verzug kann er auf die Androhung des Zwangsmittels und die Einräumung einer Erfüllungsfrist verzichten.[2178] 55

Falls der EDÖB die teilweise oder vollständige Löschung oder gar Vernichtung verfügt und sich die private Person oder das Bundesorgan weigert, kann er 56

2173. OFK-Gerschwiler, Art. 54 DSG N. 13; SHK-Baeriswyl, Art. 54 DSG N. 11, der Art. 50 Abs. 3 DSG bereits als hinreichende Rechtsgrundlage zur Bekanntgabe solcher Personendaten qualifiziert und Art. 54 Abs. 2 lit. b DSG daher nur deklaratorischen Charakter beimisst.

2174. Vgl. PK-Mayhall, Art. 1 VwVG N 23; siehe zur «Verfügungskompetenz» des EDÖB gegenüber Bundesbehörden kritisch BSK-Zobl/Roth/Mazidi, Art. 52 DSG N. 6 ff.

2175. Gächter/Egli, Art. 41 VwVG N. 1.

2176. Art. 41 Abs. 2 VwVG; siehe auch PK-Jaag/Häggi Furrer, Art. 41 VwVG N. 47 ff.

nach Art. 41 Abs. 1 lit. a und lit. b VwVG die **Löschung oder Vernichtung** selbst veranlassen.[2179]

57 Für die Vollstreckung kann der EDÖB Bundesbehörden sowie **kantonale und kommunale Polizeiorgane** beiziehen.[2180] Gestützt auf Art. 54 Abs. 2 lit. c DSG kann der EDÖB den genannten Behörden die erforderlichen Informationen und Personendaten übermitteln, damit diese die Vollstreckungshandlung vornehmen können.

LITERATURVERZEICHNIS

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 52 DSG: in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Bern 2022.

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 54 DSG: in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Bern 2022.

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 6 DSG: in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Bern 2022.

Bellanger François, L'entraide administrative en Suisse, in: Bellanger François/Tanquerel Thierry (Hrsg.), L'entraide administrative, Zürich/Basel 2005, S. 9–28.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Bickel Jürg/Wyssling Markus, Kommentierung zu Art. 41 KG, in: Zäch Roger/Arnet Ruth/Baldi Marino/Kiener Regina/Schaller Olivier/Schraner Felix/Spühler Adrian (Hrsg.), Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (KG), Zürich 2018.

2177. Vgl. Gächter/Egli, Art. 41 VwVG N. 1; ferner auch Tschannen/Müller/Kern, N. 897.
2178. Art. 41 Abs. 3 VwVG.
2179. SHK-Baeriswyl, Art. 54 DSG N. 13.
2180. Vgl. auch Art. 43 VwVG, der in der deutschen Fassung nur von «Rechtshilfe» spricht und damit zu eng gefasst ist. S. dazu PK-Jaag/Häggi Furrer, Art. 43 VwVG N. 3.

Bigler-De Mooij Olivier, Kommentierung zu Art. 44 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire Romand, Constitution fédérale, Basel 2021.

Blöchlinger Karin, Amtsgeheimnis und Behördenkooperation, Zum Spannungsfeld von Geheimnisschutz und Verwaltungstätigkeit, Zürich 2015.

Breitenmoser Stephan/Weyeneth Robert, Amts- und Rechtshilfe ist nicht gleich Amts- und Rechtshilfe, in: Fankhauser Roland/Widmer Lüchinger Corinne/Klingler Rafael/Seiler Benedikt (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 1063–1084.

Diggelmann Oliver, Kommentierung zu Art. 13 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Egli Patricia, Kommentierung zu Art. 44 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Gächter Thomas/Egli Philipp, Informationsaustausch im Umfeld der Sozialhilfe, in: Jusletter 6.9.2010.

Gächter Thomas/Egli Philipp, Kommentierung zu Art. 41 VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2. Aufl., Zürich 2019.

Gächter Thomas/Egli Philipp, Kommentierung zu Art. 43 VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2. Aufl., Zürich 2019.

Gerschwiler Stefan, Kommentierung zu Art. 54 DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, DSG, Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz mit weiteren Erlassen, Zürich 2023.

Häberli Thomas, Kommentierung zu Art. 83 BGG, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020.

Harrendorf Stefan/König Stefan/Voigt Lea, Kommentierung zu Art. 6 EMRK, in: Meyer-Ladewig Jens/Nettesheim Martin/von Raumer Stefan (Hrsg.), Handkommentar, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., Baden-Baden 2023.

Jaag Tobias, Die Rechtsstellung der Kantone in der Bundesverfassung, in: Thürer Daniel/Aubert Jean-François/Müller Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, S. 473–489.

Jaag Tobias/Häggi Furrer Reto, Kommentierung zu Art. 41 VwVG, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), Praxiskommentar, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich 2016.

Jaag Tobias/Häggi Furrer Reto, Kommentierung zu Art. 43 VwVG, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), Praxiskommentar, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich 2016.

Kerboas Cécile/Lennman Catherine, Kommentierung zu Art. 54, in: Meier Philippe/Métille Sylvain (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi fédérale sur la protection des données, Basel 2023.

Kiener Regina/Rütsche Bernhard/Kuhn Mathias, Öffentliches Verfahrensrecht, 2. Aufl., Zürich 2015.

Kieser Ueli, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG, 4. Aufl., Zürich 2020.

Kölz Alfred/Häner Isabelle/Bertschi Martin, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl., Zürich 2013.

Mayhall Nadine, Kommentierung zu Art. 1 VwVG, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), Praxiskommentar, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich 2016.

Mund Claudia, Kommentierung zu Art. 36 DSG: in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Bern 2022.

Oberholzer Niklaus, Kommentierung zu Art. 320 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019.

Plüss Kaspar, Kommentierung zu § 7 VRG, in: Griffel Alain (Hrsg.), Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich (VRG), 3. Aufl., Zürich 2014.

Poltier Etienne, L'entraide administrative interne, in: Poltier Etienne/Favre Anne-Christine/Martenet Vincent (Hrsg.), L'entraide administrative, Évolution ou révolution?, Zürich 2019, S. 61–102.

Raselli Niccolò, Amts- und Rechtshilfe durch Informationsaustausch zwischen schweizerischen Straf- und Steuerbehörden, ZStrR 1993, S. 26–55.

Reinhardt Klaus, Über Amtsgeheimnis und Amtshilfe in kantonalen Verwaltungssachen, in: Regierungsrat des Kantons Solothurn (Hrsg.), Festgabe Alfred Rötheli zum fünfundsechzigsten Geburtstag, Solothurn 1990, S. 527–558.

Rosenthal David, Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz, Jusletter 27.11.2017.

Schweizer Rainer J., Anforderungen der EGMR-Rechtsprechung an die internationale Amts- und Rechtshilfe, in: Lorandi Franco/Staehelin Daniel, Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich 2011, S. 985–1010.

Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 44 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich 2014.

Simon Jürg Walter, Amtshilfe, Allgemeine Verpflichtungen, Schranken und Grundsätze, Chur/Zürich 1991.

Thurnherr Daniela, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Zürich/St. Gallen 2013.

Tschannen Pierre/Müller Markus/Kern Markus, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Bern 2022.

Vest Hans, Kommentierung zu Art. 32 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Egli Patricia/Hettich Peter/Hongler Peter/Schindler Benjamin/Schmid Stefan G./

Schweizer Rainer J. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Waldmann Bernhard/Kraemer Raphael, Kommentierung zu Art. 44 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Wermelinger Amédéo, Informationelle Amtshilfe: Verunmöglicht Datenschutz eine effiziente Leistungserbringung durch den Staat? Analyse des eidgenössischen und des luzernischen Rechts, ZBl 105 (2004) S. 173–205.

Wiederkehr René/Meyer Christian/Böhme Anna, Orell Füssli Kommentar, VwVG Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren und weiteren Erlassen, Zürich 2022.

Zobl Martin/Roth Florian/Mazidi Simon, Kommentierung zu Art. 52 DSG, in: Blechta Gabor/Vasella David (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz (im Erscheinen).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft über die Anpassung und Harmonisierung der gesetzlichen Grundlagen für die Bearbeitung von Personendaten in den Sozialversicherungen, BBl 2000 255 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2000/99/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2000-99-de-pdf-a.pdf, besucht am 29.9.2023.

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20.11.1996, BBl 1997 I 1 ff., abrufbar unter https://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc/10054111.pdf?id=10054111&action=open, besucht am 28.9.2023.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2017-2057-de-pdf-a.pdf, besucht am 28.9.2023.

Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das Schweizer Bürgerrecht (Bürgerrechtsgesetz, BüG), BBl 2011 2825 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2011/422/

de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-fga-2011-422-de-pdf-a.pdf, besucht am 29.9.2023.

Bundesamt für Justiz, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf, besucht am 1.8.2023 (zit. als Erl. Bericht VE).

Bundesamt für Justiz, Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 10.8.2017, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/ve-ber-d.pdf.download.pdf/ve-ber-d.pdf, besucht am 9.7.2023 (zit. als Ergebnisse Vernehmlassungsverfahren DSG).

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, 28.1.1998, in: VPB 62 (1998) Nr. 43, S. 376 ff.

Urteil der Eidgenössischen Datenschutzkommission vom 10.1.1997, in: VPB 62 (1998) Nr. 40, S. 328 ff.

Urteil der Eidgenössischen Datenschutzkommission vom 9.5.1996, in: VPB 62 (1998) Nr. 39, S. 318 ff.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 55 DSG

Eine Kommentierung von Florian Roth / Simon Mazidi

ZITIERVORSCHLAG

Florian Roth/Simon Mazidi, Kommentierung zu Art. 55 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Roth/Mazidi, Art. 55 DSG N. XXX.

Art. 55 Amtshilfe gegenüber ausländischen Behörden

[1] Der EDÖB kann mit ausländischen Behörden, die für den Datenschutz zuständig sind, für die Erfüllung ihrer jeweiligen gesetzlich vorgesehenen Aufgaben im Bereich des Datenschutzes Informationen oder Personendaten austauschen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

a. Die Gegenseitigkeit der Amtshilfe ist sichergestellt.

b. Die Informationen und Personendaten werden nur für das den Datenschutz betreffende Verfahren verwendet, das dem Amtshilfeersuchen zugrunde liegt.

c. Die empfangende Behörde verpflichtet sich, das Berufsgeheimnis sowie Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse zu wahren.

d. Die Informationen und Personendaten werden Dritten nur bekanntgegeben, wenn die Behörde, die sie übermittelt hat, dies vorgängig genehmigt.

e. Die empfangende Behörde verpflichtet sich, die Auflagen und Einschränkungen der Behörde einzuhalten, die ihr die Informationen und Personendaten übermittelt hat.

[2] Um sein Amtshilfegesuch zu begründen oder um dem Ersuchen einer Behörde Folge zu leisten, kann der EDÖB insbesondere folgende Angaben machen:

a. Identität des Verantwortlichen, des Auftragsbearbeiters oder anderer beteiligter Dritter;

b. Kategorien der betroffenen Personen;

c. Identität der betroffenen Personen, falls:

die betroffenen Personen eingewilligt haben, oder
die Mitteilung der Identität der betroffenen Personen unentbehrlich ist zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben durch den EDÖB oder die ausländische Behörde;

d. bearbeitete Personendaten oder Kategorien bearbeiteter Personendaten;

e. Bearbeitungszweck;

f. Empfängerinnen und Empfänger oder die Kategorien der Empfängerinnen und Empfänger;

g. technische und organisatorische Massnahmen.

[3] Bevor der EDÖB einer ausländischen Behörde Informationen bekanntgibt, die ein Berufsgeheimnis, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse enthalten können, informiert er die betroffenen natürlichen oder juristischen Personen, die Trägerinnen dieser Geheimnisse sind, und lädt sie zur Stellungnahme ein, es sei denn, dies ist nicht möglich oder erfordert einen unverhältnismässigen Aufwand.

GLIEDERUNG

In Kürze ... 802
I. Allgemeines ... 802
A. Regelungsgegenstand ... 802
1. Grundlage ... 802
2. Internationaler Kontext ... 803
B. Entstehungsgeschichte ... 806
C. Normzweck ... 807
D. Abgrenzungen ... 809
1. Nationale Amtshilfe ... 809
2. Abgrenzung zur Rechtshilfe ... 809
3. Schlichte Verwaltungskooperation ... 811
E. Zusammenarbeitsformen ... 812
1. Formen der Zusammenarbeit ... 813
2. Multilaterale Zusammenarbeit ... 814
3. Völkerrechtliche Verträge ... 815
F. Schranken ... 816
G. Rechtsschutz ... 819
II. Voraussetzungen (Abs. 1) ... 823
A. Allgemeines ... 823
1. Zuständige Behörden ... 823
2. Umfang und Inhalt ... 824
3. Rechtsnatur ... 825
B. Zulässigkeitsvoraussetzungen ... 825
1. Gegenrecht (lit. a) ... 825
2. Spezialitätsprinzip (lit. b) ... 826
3. Vertraulichkeitsprinzip (lit. c) ... 829
4. Prinzip der langen Hand (lit. d) ... 831
5. Einhaltung von Auflagen und Einschränkungen (lit. e) ... 831
III. Bekanntgabe von Personendaten (Abs. 2) ... 832
IV. Informationspflicht und Stellungnahme (Abs. 3) ... 834
Literaturverzeichnis ... 836
Materialienverzeichnis ... 841

IN KÜRZE

Art. 55 DSG regelt die internationale Amtshilfe zwischen dem EDÖB und ausländischen Behörden, die für den Datenschutz zuständig sind. Die Bestimmung ermöglicht die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Datenschutzbehörden und trägt damit wesentlich zur Durchsetzung des Datenschutzrechts bei. Abs. 1 regelt die Voraussetzungen, unter denen der EDÖB Informationen oder Personendaten mit ausländischen Behörden austauschen darf. Abs. 2 bestimmt, welche Angaben der EDÖB im Hinblick auf einen solchen Austausch bekanntgeben darf. Abs. 3 legt die Rechte gewisser Personen fest, die von einer Amtshilfehandlung betroffen sein können.

I. ALLGEMEINES

A. Regelungsgegenstand

1. Grundlage

1 Die internationale Amtshilfe bezweckt die **gegenseitige und grenzüberschreitende Unterstützung der für den Datenschutz zuständigen Behörden** (nachfolgend: Datenschutzbehörden) bei der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben durch Hilfeleistungen, die ausserhalb eines prozessrechtlich geregelten Verfahrens erfolgen.[2181] Art. 55 DSG regelt die internationale Amtshilfe zwischen dem EDÖB und ausländischen Datenschutzbehörden.

2 Art. 55 ist eine inhaltlich **neue Bestimmung** im DSG. Die Vorgängerbestimmung (Art. 31 Abs. 1 lit. c aDSG) verpflichtete den EDÖB nur dazu, mit den ausländischen Datenschutzbehörden zusammenzuarbeiten.[2182] Darunter war ein fachlicher Austausch zu einzelnen Themen oder eine regelmässige Zusammenarbeit in Gremien, Arbeitsgruppen oder Konferenzen zu verstehen. Die Bestimmung bot jedoch keine ausreichende gesetzliche Grundlage für den EDÖB, im Rahmen der Aufsicht und Kontrolle des Datenschutzrechts des Bundes mit ausländischen Behörden

2181.Siehe Breitenmoser/Weyeneth, S. 1065.
2182Erl. Bericht VE, S. 81.

zusammenzuarbeiten und Informationen auszutauschen.[2183] Gleichwohl hat der EDÖB bereits im Rahmen des aDSG vollumfänglich mit ausländischen Datenschutzbehörden zusammengearbeitet. Der grenzüberschreitende Datenaustausch richtete sich damals weitgehend nach den allgemeinen Regeln der Amtshilfe, wobei in erster Linie auf die völkerrechtlichen Verpflichtungen abgestellt wurde (Art. 13 ff. Konvention 108).[2184]

Art. 55 DSG stellt nun **eigentliche Verfahrensvorschriften** auf, indem er 3
die Voraussetzungen zum Austausch von Informationen oder Personendaten mit ausländischen Behörden (Abs. 1) sowie die übermittelbaren Angaben (Abs. 2) regelt. Abs. 3 gibt sodann Trägern eines Berufs-, Geschäfts-, oder Fabrikationsgeheimnisses das Recht auf Information und die Möglichkeit zur Stellungnahme, wenn der EDÖB einer ausländischen Behörde Informationen bekanntgibt, die solche Geheimnisse enthalten können.

Art. 55 DSG steht im Zeichen der **Angleichung an das europäische Recht**. 4
Art. 50 der Richtlinie (EU) 2016/680 verlangt, dass sich die Aufsichtsbehörden einander gegenseitig Amtshilfe leisten. Gleichzeitig erfüllt die Bestimmung die Anforderungen von Art. 61 DSGVO und Art. 16–21 Konvention 108+.[2185]

2. Internationaler Kontext

Ziel der Konvention 108+ ist es, ein einheitliches Datenschutzniveau zu 5
schaffen und die **Durchsetzungsmechanismen** zu stärken. Hierzu gehört namentlich auch die grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden. Die Schweiz hat die Konvention 108+ am 7. September 2023 ratifiziert. Für ihr Inkrafttreten erfordert die Konvention 108+ die Ratifikation durch 38 Vertragsstaaten. Im Frühjahr 2025 war diese Zahl noch nicht erreicht. Bei nachfolgenden Verweisen auf die Konvention 108+ ist daher zu berücksichtigen, dass sie bislang noch nicht in Kraft getreten ist. Ein baldiges Inkrafttreten erscheint jedoch wahrscheinlich.[2186]

2183 SHK-Baeriswyl, 1. Aufl., Art. 31 DSG N. 9 f.

2184 Siehe Botschaft DSG 1988, S. 481; CR-Kerboas/Lennman, Art. 55 LPD N. 6; OFK-Gerschwiler, Art. 55 DSG N. 4.

2185 Botschaft DSG 2017, S. 7095; Erl. Bericht VE, S. 81; Botschaft Konvention 108+, S. 592.

2186 Siehe Art. 37 Abs. 2 Konvention 108+; ferner Botschaft Konvention 108+, S. 570 ff.; siehe zur Tabelle der Unterzeichnungen und Ratifizierungen der Konvention 108+ die entsprechende Webseite des Europarats, https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=223, besucht am 5.5.2025.

6 Die Konvention 108+ verpflichtet die Vertragsparteien zur Zusammenarbeit und gegenseitigen Unterstützung bei der Durchführung der Konvention. Sie sieht in nicht abschliessender Form verschiedene Formen der Zusammenarbeit vor.[2187] In erster Linie leisten die Aufsichtsbehörden einander Amtshilfe, indem sie insbesondere alle **sachdienlichen und nützlichen Informationen austauschen**. Es kann sich dabei um zwei Arten von Informationen handeln:

- Der **allgemeine Austausch von Informationen und Unterlagen** über das Recht und die Verwaltungspraxis im Bereich des Datenschutzes. Dieser Austausch sollte unproblematisch sein, da die Informationen frei ausgetauscht und öffentlich zugänglich gemacht werden können.[2188]
- Der **Austausch vertraulicher Informationen**, einschliesslich personenbezogener Daten.[2189] Im Zusammenhang mit personenbezogener Daten sieht die Konvention 108+ vor, dass diese nur Gegenstand der Verarbeitung sein dürfen, wenn sie für die Zusammenarbeit entweder von entscheidender Bedeutung sind (d.h. wenn ohne ihre Bereitstellung die Zusammenarbeit unwirksam wäre) oder der Betroffene ausdrücklich, auf den konkreten Fall bezogen, freiwillig und in informierter Weise eingewilligt hat.[2190] Ansonsten ist der Austausch von personenbezogenen Daten aus einer konkreten Datenbearbeitung ausgeschlossen.[2191]

7 Neben dem Austausch sachdienlicher und nützlicher Informationen können die Ziele der Zusammenarbeit auch durch **abgestimmte Untersuchungen**, wie z.B. koordinierte Ermittlungen oder Einsätze, sowie durch die Durchführung gemeinsamer Massnahmen erreicht werden.[2192]

8 Die Aufsichtsbehörden sind verpflichtet, den an sie gerichteten Ersuchen anderer Aufsichtsbehörden nachzukommen.[2193] Art. 20 Konvention 108+ sieht eine **Ablehnung von Ersuchen** in abschliessender Weise lediglich vor, wenn

---

2187 Botschaft Konvention 108+, S. 584.

2188 Art. 17 Abs. 1 lit. c Konvention 108+; CoE, Explanatory Report, N. 140; CR-Kerboas/Lennman, Art. 55 LPD N. 13.

2189 CoE, Explanatory Report, N. 140; CR-Kerboas/Lennman, Art. 55 LPD N. 13.

2190 Art. 17 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 Konvention 108+; CoE, Explanatory Report, N. 141; CR-Kerboas/Lennman, Art. 55 LPD N. 14.

2191 SHK-Baeriswyl, Art. 55 DSG N. 2.

2192 Art. 17 Abs. 1 lit. b Konvention 108+; CoE, Explanatory Report, N. 142.

2193 CoE, Explanatory Report, N. 135 und 150.

das Ersuchen mit den Befugnissen der Aufsichtsbehörde nicht vereinbar ist (lit. a), das Ersuchen den Bestimmungen der Konvention 108+ nicht entspricht (lit. b) oder die Erfüllung des Ersuchens nicht mit der Souveränität, der nationalen Sicherheit oder der öffentlichen Ordnung (wie z.B. zur Gewährleistung der Vertraulichkeit polizeilicher Ermittlungen) der Vertragspartei oder mit den Rechten und Grundfreiheiten der Personen, welche der Hoheitsgewalt dieser Vertragspartei unterstehen, vereinbar wäre (lit. c).[2194]

Auf Stufe des Unionsrechts bestehen zwei für den Datenschutz relevante Rechtsakte. Die **DSGVO** ist der grundlegende Erlass zum Datenschutz und regelt den Schutz von Daten, die im Rahmen des Binnenmarktes bearbeitet werden. Sie regelt in Art. 61 die Amtshilfe unter den Aufsichtsbehörden der Mitgliedstaaten der EU bzw. des EWR detailliert, ohne dass es im Einzelfall besonderer Vereinbarungen zwischen den Mitgliedstaaten bedarf. Die internationale Amtshilfe ist in Art. 50 lit. b DSGVO geregelt.[2195] Die DSGVO gehört nicht zum Schengen-Acquis, weshalb sie für die Schweiz nicht verbindlich ist.[2196] 9

Die **Richtlinie (EU) 2016/680** dient dem Schutz personenbezogener Daten, die zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung, einschliesslich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit, bearbeitet werden.[2197] Da sich die Richtlinie (EU) 2016/680 inhaltlich an der DSGVO orientiert, finden sich in beiden Rechtsakten weitgehend übereinstimmende Regelungen.[2198] Die Richtlinie ist Teil des Schengen-Acquis. Als Schengen-assoziierter Staat ist die Schweiz dazu verpflichtet, die Weiterentwicklungen des Schengen-Acquis zu akzeptieren, umzusetzen und anzuwenden,[2199] wobei die Umsetzung in der Schweiz mit Blick auf die Aufsichtsbehörde im Rahmen der Totalrevision des DSG erfolgt ist.[2200] Die Verpflichtung der 10

2194 Siehe CoE, Explanatory Report, N. 151.
2195 Dix, Art. 61 DSGVO N. 1.
2196 Botschaft DSG 2017, S. 6996 f.
2197 Siehe Art. 1 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2016/680; Botschaft DSG 2017, S. 6989.
2198 Botschaft DSG 2017, S. 6996 f.
2199 Art. 2 Abs. 3 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands (SR 0.362.31).

Aufsichtsbehörden zur gegenseitigen Amtshilfe ist in Art. 50 der Richtlinie (EU) 2016/680 normiert.[2201]

B. Entstehungsgeschichte

11 Im **Vorentwurf** zum DSG war die Bestimmung über die internationale Amtshilfe (Art. 47 VE-DSG) noch in zwei Absätze aufgeteilt, wobei der erste Absatz die Amtshilfeersuchen des EDÖB an ausländische Behörden und der zweite Absatz die Amtshilfe des EDÖB zugunsten ausländischer Behörden regelte. Der erste Absatz bestimmte die Informationen, die der EDÖB an ausländische Behörden bekanntgeben darf, um Amtshilfe zu erhalten; der zweite Absatz legte die Voraussetzungen fest, unter denen der EDÖB Amtshilfe an ausländische Behörden leisten kann.[2202]

12 Im Rahmen der **Vernehmlassung** brachten einzelne Teilnehmende vor, dass die Systematik von Art. 47 mangelhaft sei. So würden für die Bekanntgabe von Informationen nicht die gleichen Bedingungen gelten, je nachdem, ob der EDÖB die ersuchende oder die ersuchte Behörde sei.[2203] Mehrere

---

2200 Botschaft DSG 2017, S. 6992.

2201 Siehe CR-Kerboas/Lennman, Art. 55 LPD N. 24 ff. Im Gegensatz zu Art. 55 DSG fällt auf, dass Art. 50 Abs. 2 der Richtlinie ein Beschleunigungsgebot vorsieht. Ein solches Beschleunigungsgebot findet sich etwa auch in Art. 42 Abs. 4 des Bundesgesetzes über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG; SR 956.1) oder Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die internationale Amtshilfe in Steuersachen (Steueramtshilfegesetz, StAhiG; SR 651.1). Siehe generell zum Beschleunigungsgebot Weissenberger, S. 828 ff. Art. 50 Abs. 7 der Richtlinie (EU) 2016/680 legt zudem den Grundsatz fest, dass Amtshilfe kostenlos zu leisten ist und die ersuchten Aufsichtsbehörden keine Gebühren erheben dürfen. Dies entspricht auch dem in Art. 21 Konvention 108+ festgelegten Grundsatz. Da die internationale Amtshilfe zwischen Staaten erfolgt, wäre für eine allfällige Erhebung von Gebühren der ausländische Staat als Leistungsempfänger zu betrachten. Eine rechtliche Grundlage für eine solche Gebührenerhebung fehlt jedoch. Die Gebührenerhebung ist im DSG spezialgesetzlich geregelt. Der EDÖB ist gemäss Art. 59 DSG befugt, für dort vorgesehenen Dienstleistungen und Verfügungen gegenüber Privaten Gebühren zu erheben. Der Verweis in Art. 44 Abs. 5 der Verordnung über den Datenschutz (Datenschutzverordnung, DSV; SR 235.11) auf die Allgemeine Gebührenverordnung (AllgGebV; SR 172.041.1) erweitert diese Befugnis nicht, sondern konkretisiert lediglich den im Art. 59 DSG vorgesehenen Rahmen. Eine Kostenüberwälzung auf Dritte ist im Übrigen ebenfalls ausgeschlossen (vgl. Botschaft Kostenauferlegung, S. 3215). Siehe zum Ganzen auch BSK-Mazidi, Art. 59 DSG N. 27.

2202 Erl. Bericht VE, S. 81.

2203 Sieh etwa Vernehmlassungsverfahren DSG, Stellungnahme der Organisationen A–H, S. 16 (FDCA/UNIL).

Teilnehmende sprachen sich schliesslich dafür aus, dass Informationen, die Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse darstellten, nicht im Rahmen eines Amtshilfeverfahrens zwischen dem EDÖB und einer ausländischen Datenschutzbehörde bekanntgegeben werden dürften, ohne dass der Schutz dieser Geheimnisse gewährleistet sei oder die Geheimnisträgerin ihre Zustimmung erteilt habe.[2204]

13 Die Systematik der Bestimmung erfuhr im **Entwurf** des DSG und nach erfolgter Vernehmlassung eine grundlegende Änderung (Art. 49 E-DSG). Anstelle die Amtshilfeersuchen des EDÖB an ausländische Behörden und die Amtshilfe des EDÖB zugunsten ausländischer Behörden unterschiedlichen Regelungen zu unterwerfen, wurden die Voraussetzungen zum Austausch von Informationen oder Personendaten mit ausländischen Behörden in Abs. 1 sowie die Bekanntgabe von Personendaten in Abs. 2 vereinheitlicht. So regelt Abs. 2 in einheitlicher Weise, welche Informationen der EDÖB der ausländischen Behörde zur Begründung seines Amtshilfegesuch bekanntgeben darf oder um dem Ersuchen einer ausländischen Behörde Folge zu leisten.[2205] Die Änderungen bedeuteten sodann auch eine Verschärfung:[2206] So wurde der Entwurf mit dem Erfordernis der Gegenseitigkeit ergänzt (Art. 49 Abs. 1 lit. a E-DSG) und ein neuer Abs. 3 in Bezug auf die Berufs-, Geschäfts-, oder Fabrikationsgeheimnisse eingefügt.[2207] Die in der Vernehmlassung geäusserten Bedenken bezüglich der Systematik und der Bekanntgabe von Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen scheinen damit Gehör gefunden zu haben.

14 In den anschliessenden **Beratungen** in den eidgenössischen Räten gab die internationale Amtshilfe keinen Anlass mehr zu Diskussionen; die Bestimmung wurde in der Fassung des Erlassentwurfes mit nur geringfügigen redaktionellen Änderungen verabschiedet.

C. Normzweck

15 Im Hinblick auf den **zunehmend grenzüberschreitenden Charakter der Datenbearbeitungen** kommt der internationalen Zusammenarbeit der Datenschutzbehörden eine immer grössere Bedeutung zu.[2208] Die quantitative

2204 Ergebnisse Vernehmlassungsverfahren DSG, S. 49.
2205 Botschaft DSG 2017, S. 709.
2206 Botschaft DSG 2017, S. 6980; OFK-Gerschwiler, Art. 55 DSG N. 5.
2207 OFK-Gerschwiler, Art. 55 DSG N. 5.

Zunahme der grenzüberschreitenden Bearbeitung von Personendaten hat das Risiko von Verletzungen der Privatsphäre und des Datenschutzes im Allgemeinen erhöht. Um diesem Risiko zu begegnen, ist eine wirksame und enge Zusammenarbeit in Form der internationalen Amtshilfe unerlässlich.[2209] Im Zentrum steht die gegenseitige Unterstützung der Datenschutzbehörden:[2210] Im Rahmen ihrer Aufsichts- und Beratungstätigkeit ist es ihre Aufgabe, die Einhaltung der einschlägigen Datenschutzvorschriften auch im grenzüberschreitenden Kontext sicherzustellen und dadurch die Rechte der betroffenen Personen wirksam zu wahren.

16 Art. 55 DSG stellt die **gesetzliche Grundlage** dar, damit der EDÖB im Rahmen seiner Aufsichtstätigkeit mit ausländischen Datenschutzbehörden zusammenarbeiten und Informationen und Personendaten austauschen kann. Dies ermöglicht dem EDÖB, seine Aufsichtstätigkeit auch bei grenzüberschreitenden Datenbearbeitungen durch Bundesorgane und Privatpersonen auszuüben und damit seine gesetzlichen Aufgaben zu erfüllen.[2211] So kann er im Rahmen seiner Aufsicht und Beratung von grenzüberschreitenden Datenbearbeitungen durch Bundesorgane und Privatpersonen bei Bedarf mit der Datenschutzbehörde des jeweiligen Empfängerstaates Kontakt aufnehmen. Dies ist etwa dann angezeigt, wenn er mangels Fachkenntnis vor Ort auf das Wissen und die Informationen einer ausländischen Datenschutzbehörde zurückgreifen muss, um zu beurteilen, inwieweit die datenschutzrechtlichen Anforderungen an den Datenaustausch erfüllt sind.[2212]

17 Die internationale Zusammenarbeit in Form der Amtshilfe dient stets der **Wahrung der Souveränität**. Gestützt auf die territoriale Souveränität im Völkerrecht kommt einem Staat auf dem eigenen Staatsgebiet grundsätzlich die ausschliessliche hoheitliche Herrschaftsgewalt zu. Diese ist von den anderen Staaten zu beachten.[2213] Behörden eines ausländischen Staates dürfen daher ohne Zustimmung des betroffenen Staates keine Amtshandlungen auf fremdem Staatsgebiet vornehmen.[2214] Sie haben somit

2208 Botschaft DSG 2017, S. 7175; OFK-Gerschwiler, Art. 55 DSG N. 1.
2209 CR-Kerboas/Lennman, Art. 55 LPD N. 1.
2210 Vgl. CR-Kerboas/Lennman, Art. 55 LPD N. 2 f.
2211 Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 DSG.
2212 Husi-Stämpfli/Rudin, N. 33 ff.
2213 BJ, Bericht Zusammenarbeit, S. 17 f.; Breitenmoser/Weyeneth, S. 1078; ausführlich dazu auch Oswald, N. 399 ff.

auch keinen direkten Zugriff auf Daten und Informationen, die sich im fremden Staatsgebiet befinden. Die Amtshilfe ermöglicht es, diese Souveränitätsschranke in einem geordneten Verfahren zu überwinden, indem der EDÖB, der über die erforderlichen Daten und Informationen verfügt, Amtshilfe an ausländische Datenschutzbehörden leisten kann. Ausländische Datenschutzbehörden können so auf den Weg der Amtshilfe verwiesen werden. Dadurch können ausländische Datenschutzbehörden letztlich davon abgehalten werden, eigenmächtig extraterritoriale (Untersuchungs-)Massnahmen zu ergreifen.[2215] Dies gilt freilich auch für den umgekehrten Fall, wenn der EDÖB auf Informationen und Personendaten angewiesen ist, über die ausländische Datenschutzbehörden verfügen.

D. Abgrenzungen

1. Nationale Amtshilfe

In Abgrenzung zur nationalen Amtshilfe umfasst die internationale Amtshilfe Hilfeleistungen, die an ausländische oder internationale Behörden geleistet wird bzw. die der EDÖB von ausländischen oder internationalen Behörden erhält. Gegenstand ist somit die **grenzüberschreitende Unterstützung** zwischen dem EDÖB und ausländischen Datenschutzbehörden. Sie ist stets eine Hilfeleistung zugunsten eines anderen Staates.[2216] Nicht erfasst ist die nationale Amtshilfe, die zwischen dem EDÖB und anderen Behörden des Bundes oder Behörden der Kantone zur Erfüllung ihrer jeweiligen gesetzlichen Aufgaben erfolgt und sich nach Art. 54 DSG richtet. 18

2. Abgrenzung zur Rechtshilfe

Die Abgrenzung zwischen Amts- und Rechtshilfe im internationalen Kontext ist schwierig. Während im innerstaatlichen Kontext zumindest Abgrenzungskriterien existieren – wenngleich sich auch hier eine scharfe Abgrenzung nicht immer klar zeichnen lässt –[2217] ist die Rechtslage im internationalen Kontext noch unübersichtlicher. Häufig werden die beiden Rechtsinstitute gar nicht mehr unterschieden, sondern erfahren eine 19

2214 Siehe hierzu Art. 271 und Art. 299 des Schweizerisches Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0).
2215 Siehe auch BJ, Bericht Zusammenarbeit, S. 41; Breitenmoser/Weyeneth, S. 1078 f.; Oswald, N. 41.
2216 Bai, N. 35.
2217 OK-Roth/Mazidi, Art. 54 DSG N. 15 ff.

gemeinsame Behandlung.[2218] Ein Teil der Lehre fordert deshalb auch, die Amts- und Rechtshilfe dogmatisch gemeinsam zu fassen.[2219] Bestimmte Gesetze erfassen die beiden Arten der Hilfeleistungen sodann auch unter dem gleichen Absatz zusammen.[2220]

20 Die Abgrenzung ist u.E. jedoch aufgrund der damit verbundenen **Rechtswirkungen** wesentlich. Sowohl die Wahl des anwendbaren Rechts (Rechtsgrundlage) – und somit die Verfahrens- und Rechtswegvorschriften – [2221] als auch die jeweiligen Voraussetzungen und Schranken der Massnahmen können unterschiedlich sein:[2222] So kann die internationale Rechtshilfe in Strafsachen unter besonderen Umständen in den Anwendungsbereich von Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) fallen.[2223] Eine Beschwerde ans Bundesgericht ist nur bei der internationalen Rechtshilfe und bei der Amtshilfe in Steuersachen, die in der Regel einen Strafverfolgungszweck aufweist, zulässig.[2224]

21 Zur Bestimmung der Amts- und Rechtshilfe können grundsätzlich folgende **Kriterien** herangezogen werden, die mitunter auch kombiniert Anwendung finden:[2225]

- **Art bzw. Funktion der involvierten Behörden:** Die internationale Rechtshilfe erfolgt zwischen Gerichtsbehörden. Amtshilfe wird

2218 Diese Entwicklung ist etwa bezeichnend für die Praxis der internationalen Amtshilfe in Steuersachen. Siehe hierzu Seferovic, in: Heizmann/Loacker, Art. 21 UWG N. 7; siehe ferner zum Ganzen auch Bai, N. 35; Breitenmoser/Bai, N. 34.26 f.; Schweizer, Informationsverbund, S. 233 ff.

2219 Breitenmoser/Bai, N. 34.29; Kölz/Häner/Bertschi, N. 2041; Opel, Neuausrichtung, S. 126 f.; Wyss, S. 228 f.; siehe ausführlich auch Bai, N. 51 ff. und 70.

2220 Siehe etwa Art. 22 des Bundesgesetzes über den internationalen Kulturgütertransfer (Kulturgütertransfergesetz, KGTG; SR 444.1) oder Art. 7 des Bundesgesetzes über die Durchsetzung von internationalen Sanktionen (Embargogesetz, EmbG; SR 946.231).

2221 Siehe auch BGE 126 II 126, E. 5a/bb.

2222 BGE 126 II 409, E. 6b/aa; Bai, N. 42; BSK-Waldmann/Kraemer, Art. 44 BV N. 26; SGK-Egli, Art. 44 BV N. 25.

2223 HK-Harrendorf/König/Voigt, Art. 6 EMRK N. 29; siehe im Allgemeinen auch BGE 139 II 404, E. 6; SGK-Vest, Art. 32 BV N. 3; kritisch Schweizer, FS Schwander, S. 1004 f.

2224 Art. 84 und 84*a* des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110); SGK-Schweizer, 3. Aufl., Art. 44 BV N. 27.

2225 Siehe ausführlich dazu etwa Breitenmoser/Bai, N. 34.13 ff.; Kölz/Häner/Bertschi, N. 2039; Opel, Neuausrichtung, S. 126 f.

demgegenüber zwischen Verwaltungsbehörden des ersuchenden und ersuchten Staates geleistet.[2226]

- **Natur des unterstützten Verfahrens**: In verfahrensbezogener Hinsicht liegt internationale Rechtshilfe vor, wenn einer ausländischen oder internationalen Behörde Hilfeleistungen für ein straf-, verwaltungs- oder zivilrechtliches Verfahren gewährt wird. Sie wird in der Regel im Hinblick auf ein verwaltungsexternes (d.h. gerichtliches) Verfahren geleistet. Bei der internationalen Amtshilfe handelt es sich demgegenüber um Hilfeleistungen zwischen Behörden des ersuchenden und ersuchten Staates ausserhalb eines prozessrechtlich geregelten (gerichtlichen) Verfahrens zum Zweck der Erfüllung gesetzlicher Aufgaben.[2227]

Da es sich bei der Zusammenarbeit nach Art. 55 DSG um grenzüberschreitende Hilfeleistungen zwischen Verwaltungsbehörden handelt (EDÖB und ausländische Datenschutzbehörden) und diese ausserhalb eines prozessrechtlich geregelten Verfahrens erbracht werden, erfolgt die behördliche Zusammenarbeit in **Form der Amtshilfe**. Art. 55 DSG weist als Regelungsgegenstand somit nur die internationale Amtshilfe auf; die internationale Rechtshilfe regelt das DSG hingegen nicht. 22

3. Schlichte Verwaltungskooperation

Nicht alle grenzüberschreitenden Hilfeleistungen zwischen dem EDÖB und ausländischen Datenschutzbehörden, die ausserhalb eines prozessrechtlich geregelten Verfahrens erfolgen, stellen Amtshilfe dar. Die grenzüberschreitende Amtshilfe bezieht sich stets auf bestimmte oder bestimmbare Personen und erfolgt daher im Rahmen eines konkreten Falls.[2228] So bezieht sich Abs. 1 klarerweise auf **konkrete Einzelfälle**, in denen einer Datenschutzbehörde Informationen und Personendaten 23

2226 BSK-Häberli, Art. 83 BGG N. 181; Oswald, N. 34 ff.

2227 BSK-Häberli, Art. 83 BGG N. 181; Oswald, N. 31 f.; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 1783; Kiener/Rütsche/Kuhn, N. 1147; siehe ausführlich zum Ganzen auch Bai, N. 8 und 54 ff.; Schweizer, Informationsverbund, S. 232.

2228 Bai, N. 8; Breitenmoser, S. 188; siehe auch Breitenmoser/Bai, N. 34.30, die als Abgrenzungskriterium zwischen der allgemeinen grenzüberschreitenden Zusammenarbeit und der internationalen Amtshilfe die grundrechtsbezogene Aussenwirkung der internationalen Amtshilfe heranziehen. Einen anderen Ansatz wählt zudem die Konvention 108+, die nicht zwischen einzelfall- und personenbezogener Amtshilfe und allgemeiner Konsultation zum Zwecke des Erfahrungsaustausches unterscheidet.

bekanntgegeben werden, damit diese ihren gesetzlichen Auftrag erfüllen kann.

24 Die verwaltungsrechtliche Zusammenarbeit zum Zweck des allgemeinen Informations- und Erfahrungsaustausches (etwa zu *best practices*) ist schlichte **Verwaltungskooperation**.[2229] Der EDÖB kann sich zu diesem Zwecke losgelöst von einem Einzelfall und der damit verbundenen konkreten Aufsichtstätigkeit mit ausländischen Datenschutzbehörden vernetzen. Dies erlaubt einen Austausch über relevante Fragen, die sich im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Datenbearbeitung stellen, sowie die Ausarbeitung von Stellungnahmen oder Empfehlungen.[2230] Die schlichte Verwaltungskooperation kann auf Art. 58 Abs. 1 lit. b DSG gestützt werden.[2231]

E. Zusammenarbeitsformen

25 In Ermangelung eines allgemeinen Gesetzes über die internationale Amtshilfe sind die einzelnen Bestimmungen über die Amtshilfe in den verschiedenen **Sachgesetzen** und völkervertraglichen Grundlagen verstreut.[2232] Sie weisen eine erhebliche Heterogenität auf, was eine übergreifende Kategorisierung deutlich erschwert.[2233] Der sektorielle Ansatz ermöglicht es hingegen, die Eigenheiten des Sachbereichs sowie die Interessen und Bedürfnisse der beteiligten Behörden und betroffenen Personen gezielt zu berücksichtigen. Gehalt und Umfang der formellen Zusammenarbeit mit ausländischen Datenschutzbehörden im Bereich des DSG richtet sich daher in erster Linie nach Art. 55 DSG. Die Formen der Zusammenarbeit bleiben im Einzelnen aber konkretisierungsbedürftig.[2234]

2229 Siehe ferner hierzu Seferovic, in: Heizmann/Loacker, Art. 21 UWG N. 9; Seiler, S. 49.

2230 Husi-Stämpfli/Rudin, N. 16.

2231 Es besteht in der Lehre keine Einigkeit in Bezug auf die Frage, ob die schlichte Verwaltungskooperation bzw. die informelle Zusammenarbeit auch ohne gesetzliche Grundlage zulässig ist. Siehe hierzu Seferovic, in: Heizmann/Loacker, Art. 21 UWG N. 9; Seiler, S.48 f.

2232 Bopp, N. 701; Breitenmoser/Weyeneth, S. 1066; Weissenberger, S. 833. Ein neues Bundesgesetz über die Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden und über den Schutz der schweizerischen Souveränität (Zusammenarbeits- und Souveränitätsschutzgesetz, ZSSG) hätte für den Bereich der Verwaltungs-, Straf-, Zivil- und Handelssachen die grenzüberschreitende Zusammenarbeit vereinfachen und einen bundesrechtlichen Mindeststandard einführen sollen. Im Jahr 2015 verzichtete das EJPD aber darauf, den Entwurf zum ZSSG dem Bundesrat vorzulegen. Siehe dazu Oswald, N. 495 ff.

2233 BJ, Bericht Zusammenarbeit, S. 38.

1. Formen der Zusammenarbeit

Art. 55 DSG lässt die Form der Kooperation offen. Die Bestimmung hält lediglich fest, dass der EDÖB mit ausländischen Behörden zur Erfüllung ihrer jeweiligen gesetzlich vorgesehenen Aufgaben im Bereich des Datenschutzes Informationen oder Personendaten austauschen kann. Es liegt daher im **Ermessen** des EDÖB, über die Intensität und die Form der Zusammenarbeit mit ausländischen Datenschutzbehörden zu befinden.[2234][2235] 26

Der Wortlaut von Art. 55 DSG, wonach der EDÖB mit ausländischen Behörden Informationen und Personendaten austauschen kann, macht deutlich, dass die **informationelle Amtshilfe** im Zentrum des Austausches mit den ausländischen Datenschutzbehörden steht. Diese umfasst die Bekanntgabe von Sach- und Personendaten zum Zwecke der Unterstützung des EDÖB und umgekehrt durch den EDÖB an andere ausländische Datenschutzbehörden zur Erfüllung ihrer jeweiligen gesetzlichen Aufgaben. Diese Zusammenarbeitsform kann im Zusammenhang mit der Untersuchung von mutmasslichen Verstössen gegen die Vorschriften aus den jeweiligen Datenschutzgesetzen stehen. 27

Art. 55 DSG äussert sich nicht ausdrücklich zur Möglichkeit der **Durchführung von abgestimmten Untersuchungen**. Dennoch ist der EDÖB gestützt auf Art. 55 DSG befugt, solche Formen der Zusammenarbeit einzugehen. Der Wortlaut von Art. 55 DSG lässt sich durchaus so verstehen, dass die Durchführung von abgestimmten Untersuchungen Teil des Austausches von Informationen und Personendaten ist. Schliesslich beruht auch die Zusammenarbeit bei abgestimmten Untersuchungen letztlich auf einem Informationsaustausch. In den Materialien gibt es ferner keine Hinweise auf eine Einschränkung der Zusammenarbeitsformen auf den Austausch von Informationen. Vielmehr lässt Art. 55 DSG die Formen der 28

2234 Siehe OECD 2023, S. 26, wonach sich acht verschiedene Formen der Zusammenarbeit identifizieren lassen (gegenseitige Konsultation, Austausch von Informationen, Weiterleitung von Beschwerden, Bereitstellung von Ermittlungshilfe, parallele Untersuchungen, gemeinsame Untersuchungen, gemeinsame Gestaltung von Abhilfemassnahmen/Sanktionen und Absichtserklärungen). Siehe auch Bai, N. 9, der zwischen drei Formen der Amtshilfe unterscheidet, wobei er die Zustellung von Anordnungen und Entscheidungen von Verwaltungsbehörden in Verwaltungssachen, die Übermittlung von personenbezogenen Informationen und die Unterstützung der Vollstreckung von Verwaltungsentscheidungen nennt.

2235 Siehe Husi-Stämpfli/Rudin, N. 30.

Zusammenarbeit offen, was für ein möglichst umfassendes Verständnis der internationalen Amtshilfe spricht. Angesichts des Zwecks der internationalen Amtshilfe, die Einhaltung der Datenschutzvorschriften in einem grenzüberschreitenden Kontext möglichst wirksam zu gewährleisten, ist es naheliegend, dass alle Formen der Zusammenarbeit – sofern die in Abs. 1 genannten Voraussetzungen erfüllt sind – unter die internationale Amtshilfe fallen. Im Ergebnis ist auch die Bereitstellung von Ermittlungshilfe sowie die Durchführung abgestimmter Untersuchungen von Art. 55 DSG erfasst.[2236]

29 Für die **Anerkennung und Vollstreckung** von Entscheiden ausländischer Datenschutzbehörden gibt es derzeit keine spezifische Rechtsgrundlage.[2237] Auch die in Art. 55 DSG gewährten Amtshilfemassnahmen durch den EDÖB gehen nicht so weit, dass sie eine Vollstreckung von Entscheiden ausländischer Datenschutzbehörden – wie namentlich Sanktionen – in der Schweiz umfassen würden.[2238] Die Vollstreckung von Sanktionen ausländischer Datenschutzbehörden würde angesichts des nicht deckungsgleichen Katalogs an Strafnormen im DSG und in der DSGVO häufig am Erfordernis der beidseitigen Strafbarkeit scheitern.[2239] Dies ist insbesondere deshalb von Tragweite, da Verantwortliche und Auftragsverarbeiter in der Schweiz vom räumlichen Anwendungsbereich des DSGVO erfasst und dadurch der Sanktionsregelung unterworfen sein können.[2240]

2. Multilaterale Zusammenarbeit

30 Der zunehmend grenzüberschreitende Charakter der Datenbearbeitung hat eine verstärkte grenzüberschreitende Aufsicht zur Folge, die sich in einer Vernetzung der Aufsichtsbehörden äussert und an der sich auch der EDÖB beteiligt.[2241] So findet der allgemeine grenzüberschreitende

2236 So auch CR-Kerboas/Lennman, Art. 55 LPD N. 61.

2237 Vgl. Art. 94 des Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz, IRSG; SR 351.1), wonach ausländische Strafentscheide auf Ersuchen hin in der Schweiz vollstreckt werden können.

2238 Benhamou/Jacot-Guillarmod, Rz. 30 f.; CR-Kerboas/Lennman, Art. 55 LPD N. 65; Pasquier, S. 126; Rosenthal, Rz. 190; Widmer, S. 388.

2239 Vgl. Art. 94 Abs. 1 lit. b IRSG; zum Ganzen Benhamou/Jacot-Guillarmod, Rz. 35; Ferrari-Visca, N. 4; Pasquier, S. 129 f.

2240 Art. 3 Abs. 2 und Art. 83 f. DSGVO; siehe auch Pasquier, S. 126; Widmer, S. 387.

2241 So für die Bankenaufsicht Bopp, N. 702.

Informationsaustausch, der u.a. die Entwicklung von grenzüberschreitenden Normen begünstigen soll, häufig in **multilateralen Gremien** und internationalen Netzwerken statt. Diese weisen einen mehr oder weniger hohen Grad an Institutionalisierung auf und stellen eine Form schlichter Verwaltungskooperation dar (s. N. 23 f.).[2242]

3. Völkerrechtliche Verträge

Über Art. 55 DSG hinaus steht es dem Bundesrat frei, die Zusammenarbeit zwischen dem EDÖB und den ausländischen Datenschutzbehörden im Rahmen von völkerrechtlichen Verträgen spezifisch zu regeln. Der EDÖB hätte es vorgezogen, wenn Art. 55 DSG dahingehend ergänzt worden wäre, dass er die Modalitäten der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden im Rahmen einer Vereinbarung eigenständig hätte regeln können.[2243] Art. 67 lit. a DSG sieht jedoch vor, dass der **Bundesrat** Staatsverträge betreffen die internationale Zusammenarbeit zwischen Datenschutzbehörden in eigenständiger Weise abschliessen kann.[2244] 31

Art. 55 DSG bildet bereits eine hinreichende Grundlage dafür, dass unter den Voraussetzungen von Abs. 1 Personendaten und etwa auch Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse ausgetauscht werden dürfen. Ein völkerrechtlicher Vertrag ist hierzu nicht erforderlich.[2245] Ein solcher Vertrag bietet sich jedoch dann an, wenn eine **längerfristige Zusammenarbeit** ein höheres Mass an Kooperation erfordert und diese formalisiert werden soll. Auch die Abgrenzung der Zuständigkeiten verschiedener Datenschutzbehörden kann im Rahmen eines völkerrechtlichen Vertrags geregelt werden.[2246] Schliesslich ist ein völkerrechtlicher Vertrag erforderlich, wenn Rechte und Pflichten der Datenschutzbehörden begründet werden sollen, die über Art. 55 DSG hinausgehen. Zu denken ist – ausserhalb des 32

2242 Siehe zum Ganzen die Webseite des EDÖB zur internationalen Zusammenarbeit, https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/international/zusammenarbeit.html, besucht am 9.10.2023; EDÖB, 30. Tätigkeitsbericht 2022/23, S. 50 ff.; CR-Kerboas/Lennman, Art. 55 LPD N. 42 ff.; OFK-Gerschwiler, Art. 55 DSG N. 2.

2243 Botschaft DSG 2017, S. 7095.

2244 Art. 166 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 67 lit. a DSG; siehe zum Ganzen auch SHK-Baeriswyl, Art. 55 DSG N. 6.

2245 A.M. OK-Frei, Art. 67 DSG N. 22.

2246 Siehe Mo. 16.3752 (Fiala) «Gegen Doppelspurigkeiten im Datenschutz», die ein Abkommen zur Koordinierung der Anwendung des jeweils geltenden Datenschutzrechts durch die zuständigen Datenschutzbehörden mit der EU fordert.

Geltungsbereichs der Konvention 108+ und der Richtlinie (EU) 2016/680 – an eine Verpflichtung zur Leistung von Amtshilfe oder die Regelung der Bekanntgabe an Dritte (s. N. 8 und N. 10).[2247]

F. Schranken

33 Bei der internationalen Amtshilfe ist stets zu beachten, dass zwei Rechtsverhältnisse betroffen sind. Diese können mitunter zueinander in einem **Spannungsverhältnis** stehen. Zum einen besteht eine völkerrechtliche Beziehung zwischen ersuchendem und ersuchtem Staat. Dieses Verhältnis wird in erster Linie durch die Voraussetzungen zur Erbringung von Amtshilfe, wie es vorliegend in Abs. 1 vorgesehen ist, geregelt. Im Vordergrund steht dabei die Frage, inwiefern im Bereich des Datenschutzes mit dem ersuchenden Staat gestützt auf Abs. 1 zusammengearbeitet werden darf. Zum anderen besteht auch ein Rechtsverhältnis zwischen dem ersuchten Staat und der Person, die von den im Rahmen der Amtshilfe übermittelten Informationen oder Personendaten betroffen ist. Bei diesem Verhältnis stehen sich, soweit Personendaten betroffen sind, der verfassungsrechtliche Anspruch auf Schutz der Privatsphäre und die vom Staat wahrzunehmende Aufgabe, die Einhaltung der Datenschutzvorschriften im grenzüberschreitenden Kontext sicherzustellen, gegenüber.[2248] Für beide Verhältnisse ergeben sich aus dem Grundrechtsschutz und Datenschutzrecht bestimmte Vorgaben, die bei der grenzüberschreitenden Bekanntgabe von Informationen und Personendaten zu beachten sind.[2249]

34 Art. 13 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) schützt persönliche und personenbezogene Daten. Die **informelle Selbstbestimmung** gewährleistet, dass eine Person eigenständig darüber bestimmen kann, wem und wann sie persönliche Lebenssachverhalte offenbart und ob und zu welchem Zweck Informationen über sie bearbeitet werden.[2250] Der sachliche Schutzbereich ist deshalb nicht erst betroffen,

---

2247 Siehe OK-Frei, Art. 67 DSG N. 23, wonach das Abkommen vom 17. Mai 2013 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts (SR 0.251.268.1) einen guten Überblick über die Themen vermittelt, die in einem künftigen Amtshilfeabkommen im Bereich des Datenschutzes geregelt werden könnten.

2248 Siehe BJ, Bericht Zusammenarbeit, S. 40.

2249 Siehe zu den gesetzlichen Geheimhaltungspflichten die Ausführungen unter N. 64.

wenn eine Bearbeitung von Personendaten missbräuchlich erfolgt. Eine Bearbeitung ohne Einwilligung der Betroffenen reicht hierfür bereits aus.[2251] Die Bekanntgabe von Personendaten an Dritte ist deshalb von Art. 13 Abs. 2 BV ebenfalls erfasst.[2252] Ein Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Personen liegt daher in der Regel bei der Bekanntgabe von Personendaten an eine ausländische Datenschutzbehörden vor.[2253]

Eingriffe in grundrechtlich geschützte Ansprüche sind unter bestimmten Voraussetzungen zulässig (s. Art. 36 BV). Art. 55 DSG stellt eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Bekanntgabe der Personendaten an ausländische Datenschutzbehörden dar. Mit der möglichst wirksamen Einhaltung der Datenschutzvorschriften im grenzüberschreitenden Kontext besteht auch ein gewichtiges öffentliches Interesse, das sich letztlich auch aus den Schutzansprüchen von Art. 13 Abs. 2 BV selbst ergibt. Die Bekanntgabe von Personendaten an ausländische Datenschutzbehörden muss sodann verhältnismässig sein. Die individualrechtlichen Teilgehalte der in Art. 55 Abs. 1 DSG verankerten amtshilferechtlichen Grundsätze – Spezialität- und Vertraulichkeitsprinzip (s. N. 54 ff. und N. 60 ff.), das Prinzip der langen Hand (s. N. 65 ff.) sowie die Möglichkeit, die Bekanntgabe von Personendaten an Auflagen zu knüpfen oder sie zu anonymisieren (s. N. 68 f.) – tragen in diesem Zusammenhang mittelbar zur Verhältnismässigkeit der Bekanntgabe bei. Gleichwohl muss der EDÖB aber bei jeder Bekanntgabe von Personendaten an ausländische Datenschutzbehörden überprüfen, inwiefern die Bekanntgabe im konkreten Fall verhältnismässig ist. Dies veranlasst Kerboas/Lennman sodann auch zum Kommentar, wonach eine solche **Verhältnismässigkeitsprüfung** in jedem Einzelfall viel Zeit und Ressourcen erfordere, manchmal aber nur zu einem geringen Ergebnis führe.[2254] 35

Auch die internationale Amtshilfe zwischen dem EDÖB und den ausländischen Datenschutzbehörden untersteht dem **Anwendungsbereich des DSG**. Daraus ergibt sich in erster Linie, dass der EDÖB Personendaten nur bekanntgeben darf, wenn nach Art. 16 DSG im Staat der ersuchenden 36

2250 BGE 147 I 103, E. 15.1 m.w.H.; Belser/Epiney/Waldmann, S. 363.
2251 Bai, N. 49; Belser/Epiney/Waldmann, S. 363.
2252 Siehe statt vieler BSK-Diggelmann, Art. 13 BV N. 33.
2253 Blöchlinger, S. 41; Poltier, S. 76 f.; Seiler, S. 48 f.; siehe auch Biaggini, Art. 44 BV N. 9; SGK-Egli, Art. 44 BV N. 30; Gächter/Egli, Art. 43 VwVG N. 10.
2254 CR-Kerboas/Lennman, Art. 55 LPD N. 92.

Datenschutzbehörde ein angemessenes Schutzniveau vorliegt.[2255] Im Verhältnis zu den Vertragsparteien der Konvention 108+ kann im Allgemeinen und vorbehaltlich besonderer Umstände von einem angemessenen Schutzniveau ausgegangen werden.[2256] Die in Art. 36 Abs. 6 DSG vorgesehenen Gründe stehen einer Bekanntgabe von Personendaten durch Bundesorgane – und somit dem EDÖB – ins Ausland ebenfalls entgegen. So lehnt der EDÖB die Bekanntgabe im Rahmen der grenzüberschreitenden Amtshilfe ab oder schränkt sie ein, wenn dies durch wesentliche öffentliche Interessen, offensichtlich schutzwürdige Interessen der betroffenen Person (lit. a) oder besondere Datenschutzvorschriften (lit. b) geboten ist. Bezüglich der Möglichkeit einer Ablehnung oder Einschränkung der Bekanntgabe aufgrund gesetzlicher Geheimhaltungspflichten kann auf die nachfolgenden Ausführungen verwiesen werden (s. N. 64 und N. 77).

- **Öffentliche Interessen**, die einer Bekanntgabe entgegenstehen, können die militärische Sicherheit, der Staatsschutz oder das Polizeiwesen sein.[2257] Darüber hinaus bestehen solche Interessen auch, wenn die Bekanntgabe die Position in Verhandlungen, den Meinungs- und Willensbildungsprozess des öffentlichen Organs, die Wirkung von Untersuchungs-, Sicherheits- oder Aufsichtsmassnahmen oder die Beziehungen zum Ausland beeinträchtigen kann.[2258] Zu den öffentlichen Interessen können ausserdem wirtschafts-, geld- oder währungspolitische Interessen gehören.[2259] Sind solche Interessen betroffen und kann mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass die Bekanntgabe einen gewichtigen Schaden verursachen würde, ist die Bekanntgabe abzulehnen.[2260]

2255 Siehe Bai, N. 46 f. Siehe generell zu den Ausnahmen Art. 17 DSG.

2256 Husi-Stämpfli/Rudin, N. 20.

2257 Botschaft DSG 1988, S. 471; SHK-Mund, Art. 36 DSG N. 34.

2258 Vgl. § 29 Abs. 2 des Gesetzes des Kantons Basel-Stadt über die Information und den Datenschutz (Informations- und Datenschutzgesetz, IDG/BS; SG 153.260); § 23 Abs. 2 des Gesetzes des Kantons Zürich über die Information und den Datenschutz (IDG/ZH; LS 170.4); SHK-Mund, Art. 36 DSG N. 34.

2259 Siehe zum Ganzen auch Art. 7 des Bundesgesetzes über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3); SHK-Mund, Art. 36 DSG N. 34.

2260 Vgl. BGE 144 II 77, E. 5.3 und 7.

- Beim **schutzwürdigen Interesse** der betroffenen Person ist in erster Linie zu berücksichtigen, inwiefern die Bekanntgabe der Informationen den Schutz der Privatsphäre in unzumutbarer Weise beeinträchtigt.[2261]

G. Rechtsschutz

Die internationale Amtshilfe erfolgt zwischen dem EDÖB und einer ausländischen Datenschutzbehörde. Die Bekanntgabe von Informationen und Personendaten kann zunächst einfach einmal als «[...] behördeninterne Handlung [...]»[2262] bezeichnet bzw. dem **tatsächlichen Verwaltungshandeln** zugerechnet werden.[2263] Dass durch das tatsächliche Verwaltungshandeln Rechtspositionen Einzelner berührt werden, stellt sodann eine Reflexwirkung der internationalen Amtshilfe dar, die diese auf Private haben kann.[2264] Art. 55 DSG äussert sich nicht dazu, ob die Behörden bei der Amtshilfe zur Durchführung eines Verwaltungsverfahrens verpflichtet sind.[2265] 37

Wirksamer Rechtsschutz setzt freilich ein taugliches Anfechtungsobjekt und somit eine Verfügung voraus. Sofern die informationelle Amtshilfe als verfügungsfreies Verwaltungshandeln im Sinne eines **Realaktes** des EDÖB erfolgt, muss daher zunächst eine Feststellungsverfügung gestützt auf Art. 25*a* des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) erwirkt werden.[2266] In diesen Fällen wird die betroffene Person jedoch häufig keine Kenntnis von der Amtshilfehandlung haben, weshalb sie den Weg über Art. 25*a* VwVG faktisch nicht beschreiten kann.[2267] Vor dem Hintergrund des wirksamen Rechtsschutzes ist die Frage zentral, in welchen Fällen Anspruch auf den Erlass einer Verfügung besteht. Es ist erst die Verfügung, welche die 38

2261 Vgl. § 29 Abs. 3 lit. a IDG/BS.
2262 Thurnherr, N. 842.
2263 Opel, Amtshilfe, S. 276.
2264 Opel, Amtshilfe, S. 276; Thurnherr, N. 842.
2265 Dies im Gegensatz zu Art. 42*a* Abs. 2 FINMAG, wonach die Durchführung eines formellen Verwaltungsverfahrens bei der Übermittlung von Auskünften und Informationen einzelner Kunden vorgesehen ist. Siehe ferner auch Art. 17 Abs. 1 StAhiG.
2266 BJ, Bericht Zusammenarbeit, S. 38; Seferovic, in: Heizmann/Loacker, Art. 21 UWG N. 24; Wyss, S. 243.
2267 Seiler, S. 43; siehe auch Seferovic, in: Heizmann/Loacker, Art. 21 UWG N. 24.

Möglichkeit eröffnet, den Verwaltungsrechtsschutz in Anspruch zu nehmen.[2268]

39 Ob für die Bekanntgabe von Informationen und Personendaten des EDÖB eine Verfügung erforderlich ist, richtet sich nach den allgemeinen Regeln des VwVG.[2269] Das DSG sieht hierfür keine spezialgesetzlichen Abweichungen vor. Der Entscheid des EDÖB, Amtshilfe zu leisten, ist als Verfügung zu betrachten, wenn **schutzwürdige Interessen** von privaten Personen betroffen sind.[2270] Das schutzwürdige Interesse setzt kein rechtlich geschütztes Interesse voraus. Bereits rein tatsächliche, wirtschaftliche oder ideelle Interessen genügen, wobei diese aber stets schützenswert zu erscheinen haben.[2271]

40 Der Begriff des schutzwürdigen Interesses lehnt sich an die Parteistellung nach Art. 6 VwVG an, der wiederum mit Art. 48 VwVG in Verbindung steht.[2272] Im Sinne der Parteistellung hat jede Person ein Interesse an einer Verfügung, die im Falle des Erlasses einer Verfügung zur Anfechtung legitimiert wäre. Voraussetzung dafür ist eine **besondere Betroffenheit** der Person. Diese muss zum Gegenstand, der in der Verfügung geregelt werden soll, eine besondere Nähebeziehung aufweisen und deshalb auch mehr als die Allgemeinheit betroffen sein. Eine derartige Betroffenheit ist für Wyss etwa gegeben, wenn Amtshilfehandlungen Rechte und Pflichten dauerhaft und erheblich determinieren. Daraus leitet er ab, dass in Fällen, in denen die Rechtsposition irreversibel umgestaltet wird, verfügt werden muss.[2273] Umgekehrt ist zu beachten, dass die Übermittlung von Personendaten oder Informationen allein häufig «nur» eine vorbereitende Massnahme im Hinblick auf den *späteren* Erlass einer Verfügung darstellen wird. Die Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens an sich stellt keine Verfügung dar.[2274] Im Bereich der internationalen Amtshilfe steht jedoch im Vordergrund, dass die Übermittlung der Daten ins Ausland an sich bereits einen Eingriff in schutzwürdige

2268 Siehe auch Opel, Amtshilfe, S. 275.
2269 Siehe auch Wyss, S. 244.
2270 Kölz/Häner/Bertschi, N. 2088. Der Anspruch auf eine Verfügung hat sich aus der Praxis zur Feststellungsverfügung (Art. 25 Abs. 2 VwVG) entwickelt. Siehe hierzu Bachmann, S. 25.
2271 Weber-Dürler/Kunz-Notter, in: Auer/Müller/Schindler, Art. 25 VwVG N. 15 m.w.H.
2272 Waldmann, S. 68; siehe auch Kölz/Häner/Bertschi, N. 359.
2273 Wyss, S. 243.
2274 Vgl. BGer 2C_167/2016 vom 17.3.2017, E. 3.3.3.

Interessen der Betroffenen darstellen kann, was durch Art. 16 ff. DSG bekräftigt wird.

Allgemeiner kann festgehalten werden, dass bei der **Bekanntgabe von Personendaten** jeweils ein Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung vorliegt. Damit ist stets eine hinreichende Betroffenheit gegeben. Kommt der EDÖB zum Schluss, dass die Voraussetzung zur Amtshilfe nach Abs. 1 erfüllt sind, muss er bei der Bekanntgabe von Personendaten ein Verfahren einleiten und über die Bekanntgabe der Personendaten an eine ausländische Datenschutzbehörde in einer Verfügung nach Art. 5 und Art. 34 f. VwVG befinden. Die Parteistellung im Verfahren erlaubt der betroffenen Person, die nach dem VwVG gewährten Parteirechte wahrzunehmen: Es besteht somit u.a. ein Anspruch auf rechtliches Gehör, ein Akteneinsichtsrecht, ein Recht auf Vertretung oder auch auf Zustellung des Entscheids. Schliesslich ist die Teilnahme am Verwaltungsverfahren auch eng mit der Beschwerdelegitimation verknüpft.[2275] 41

Bei der **Bekanntgabe von Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnissen** ist eine besondere Betroffenheit ebenfalls ohne weiteres gegeben. Abs. 3 verpflichtet den EDÖB in diesem Zusammenhang, den betroffenen Personen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, bevor er die Informationen, die Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse enthalten können, einer ausländischen Datenschutzbehörde offenbart. Dies ergibt sich bereits aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 VwVG. Art. 55 Abs. 3 DSG schafft daher keinen erkenntlichen verfahrensrechtlichen Mehrwert, aber dient der Klarstellung. 42

Der Einbezug der betroffenen Personen in das Verwaltungsverfahren muss vom **Zeitpunkt** her so erfolgen, dass diese ihre Parteirechte wirksam wahrnehmen könnten. Mit anderen Worten muss der Rechtsschutz rechtzeitig erfolgen.[2276] Der EDÖB muss vor Bekanntgabe der Informationen oder Personendaten an die ersuchende Datenschutzbehörde die betroffenen Personen über die geplante Auskunftserteilung informieren: Sind die Informationen oder Personendaten einmal an die ersuchende Datenschutzbehörde bekanntgegeben, kann der innerstaatliche Rechtsschutz nicht mehr wirksam greifen.[2277] Die weitere Bearbeitung der Informationen 43

2275 Siehe auch du Pasquier, S. 78 f.
2276 Opel, Amtshilfe, S. 273.

oder Personendaten wird ausserhalb der Schweizer Rechtsordnung bestimmt. Da die Verwendung der Informationen und Personendaten im Ausland nicht unterbunden werden kann, schafft die Bekanntgabe an die ersuchende Datenschutzbehörde einen irreversiblen Zustand.[2278] Dies hat das Bundesgericht im Kontext der internationalen Amtshilfe in Steuerfragen so auch anerkannt: «[W]enn die Daten einmal ins Ausland übermittelt wurden, kann in der Regel nicht mehr erreicht werden, dass von ihnen kein Gebrauch gemacht wird.»[2279]

44 Mit dem EDÖB entscheidet eine Bundesbehörde über die Zusammenarbeit mit und die Bekanntgabe von Informationen und Personendaten an ausländische Datenschutzbehörden.[2280] Ergeht der Entscheid zur Bekanntgabe in Form einer Verfügung nach Art. 5 VwVG, richtet sich das **Rechtsmittelverfahren** ebenfalls nach dem VwVG. Die Verfügungen unterliegen gemäss Art. 44 VwVG der Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht.[2281] Entscheide betreffend die internationale Amtshilfe sind grundsätzlich von der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht ausgeschlossen.[2282] Damit soll das Bundesgericht entlastet und durch den verkürzten Instanzenzug ein rasches Verfahren ermöglicht werden.[2283] Entsprechend entscheidet das Bundesverwaltungsgericht letztinstanzlich über die internationale Amtshilfe im Anwendungsbereich des DSG. Es ist immerhin denkbar, dass im Hinblick

2277 Opel, Amtshilfe, S. 273. Bei der innerstaatlichen Amtshilfe lässt sich demgegenüber u.U. ein Verzicht auf ein Verwaltungsverfahren durch den nachträglich gewährten Rechtsschutz im Hauptverfahren rechtfertigen. Siehe hierzu OK-Roth/Mazidi, Art. 54 DSG N. 31. Dies ist im grenzüberschreitenden Kontext nicht möglich, da wie Opel, Amtshilfe, S. 274, ausführt, die Datenermittlung, -auswahl und -weitergabe durch den ersuchten Staat regelmässig nicht Gegenstand einer gerichtlichen Überprüfung im ersuchenden Staat sein wird.

2278 Opel, Amtshilfe, S. 273.

2279 BGE 139 II 404, E. 4.3. Dieser Verweis findet sich ebenfalls bei Opel, Amtshilfe, S. 273.

2280 Der EDÖB ist als organisatorisch verselbständigte Verwaltungseinheit der dezentralen Bundesverwaltung ohne Rechtspersönlichkeit zu qualifizieren (vgl. Art. 2 Abs. 3 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes (RVOG; SR 172.010), Art. 7*a* Abs. 1 lit. b der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung (RVOV; SR 172.010.1) sowie Art. 8 Abs. 1 lit. b i.V.m. Anhang 1 RVOV). Administrativ ist der EDÖB gemäss Art. 10 Abs. 1 der Organisationsverordnung für die Bundeskanzlei (OV-BK; SR 172.210.10) der Bundeskanzlei zugeordnet.

2281 Art. 47 Abs. 1 lit. b VwVG i.V.m. Art. 31 und Art. 33 lit. d des Bundesgesetzes über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32); siehe zum Ganzen Bellanger, S. 25 f.; PK-Jaag/Häggi Furrer, Art. 43 VwVG N. 25.

2282 Art. 83 lit. h BGG; BSK-Häberli, Art. 83 BGG N. 178.

auf andere Fragen, für die das Bundesgericht zuständig ist, vorfrageweise über die Zulässigkeit der internationalen Amtshilfe entschieden werden muss.[2284]

II. VORAUSSETZUNGEN (ABS. 1)

A. Allgemeines

Art. 55 Abs. 1 DSG regelt die Voraussetzungen, unter denen der EDÖB mit den ausländischen Behörden zur Erfüllung ihrer jeweiligen gesetzlichen Aufgaben im Bereich des Datenschutzes Informationen und Personendaten austauschen kann. Es handelt sich bei den Voraussetzungen um **kennzeichnende Elemente** der grenzüberschreitenden Amtshilfe.[2285] Diese haben sich im Kontext der Rechtshilfe herausgebildet und werden für den Bereich der Amtshilfe herangezogen.[2286] 45

1. Zuständige Behörden

Nach Art. 55 Abs. 1 DSG sind ausländische Behörden erfasst, die in ihrem Staat für den Datenschutz zuständig sind. Der Austausch von Informationen und Personendaten erfolgt mit anderen Worten nur mit **ausländischen Datenschutzbehörden**. Nähere Anforderungen an die Qualifikation als ausländische Datenschutzbehörde enthält das DSG nicht. Für das Begriffsverständnis kann u.E. auf die Aufsichtsbehörde, wie sie in Art. 15 Konvention 108+ umschrieben ist, abgestellt werden. Diese Bestimmung verpflichtet die Vertragsparteien dazu, eine oder mehrere unabhängige und unparteiische öffentliche Aufsichts- und Kontrollbehörden einzurichten, die zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten beitragen. Diese Behörden können ein einzelner Datenschutzbeauftragter oder ein Kollegium sein. Neben der Unabhängigkeit ist es von wesentlicher Bedeutung, dass die Aufsichtsbehörde über wirksame 46

2283 Seiler, S. 43; siehe auch Botschaft Bundesrechtspflege 2001, S. 4323: «In Zukunft wird das Bundesverwaltungsgericht die einzige Beschwerdeinstanz auf diesem Gebiet sein. Diese Übertragung der Zuständigkeit vom Bundesgericht auf das Bundesverwaltungsgericht bezweckt, weiterhin ein rasches Verfahren garantieren zu können.».

2284 Seiler, S. 43; siehe auch Seferovic, in: Heizmann/Loacker, Art. 21 UWG N. 24.

2285 CR-Kerboas/Lennman, Art. 55 LPD N. 68.

2286 Bopp, N. 701; Breitenmoser/Bai, N. 34.113 ff.; siehe generell zu den Rechtsgrundsätzen der Amtshilfe Schweizer, Informationsverbund, S. 238 f.

Aufsichts- und Kontrollinstrumente verfügt. Der Behörde muss daher auch Untersuchungskompetenz zukommen.[2287]

47 Zudem ist zwischen den datenbearbeitenden Organen der jeweiligen Staaten – einschliesslich der Aufsichtsbehörden in bestimmten Wirtschaftsbereichen oder Branchen – und den spezifischen Aufsichtsbehörden im Bereich des Datenschutzes zu unterscheiden. Die grenzüberschreitende Zusammenarbeit im datenschutzrechtlichen Kontext findet in erster Linie auf der Ebene der **datenbearbeitenden Organe** statt. Diese müssen im Rahmen der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben im Alltag beurteilen, ob der Austausch von Informationen und Personendaten mit einer ausländischen Stelle zulässig ist.[2288] Für die datenbearbeitenden Organe richtet sich die Zusammenarbeit nach dem jeweiligen Sachgesetz.[2289] Dabei sind stets auch Art. 16 und Art. 36 DSG zu beachten. Der EDÖB ist demgegenüber mit der Aufsicht über diese datenbearbeitenden Organe betraut, wobei er zu diesem Zweck auf die in Art. 55 DSG geregelte internationale Amtshilfe zurückgreifen kann.

2. Umfang und Inhalt

48 Der Austausch von Informationen und Personendaten bezieht sich auf alle **gesetzlichen Aufgaben** des EDÖB bzw. der ausländischen Datenschutzbehörde.[2290] Der Umfang der gesetzlichen Aufgaben ergibt sich jeweils aus der nationalen Gesetzgebung und die Zulässigkeit des Austausches bestimmt sich nach dem Ersuchen, das darlegen muss, inwiefern die Informationen oder Personendaten zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben erforderlich sind.[2291] Die gesetzlichen Aufgaben des EDÖB sind im 7. Kapitel

---

2287 CoE, Explanatory Report, N. 117, 123 und 129. Eine Liste von Datenschutzbehörden findet sich auf der Webseite der Global Privacy Assembly, die ihre akkreditierten Mitglieder aufzählen. Die Liste ist abrufbar unter https://globalprivacyassembly.org/participation-in-the-assembly/list-of-accredited-members/, besucht am 1.10.2023.

2288 Husi-Stämpfli/Rudin, N. 13 f.

2289 Vgl. etwa Art. 7 EmbG; Art. 42 ff. FINMAG; Art. 13*b* Abs. 2 des Fernmeldegesetzes (FMG; SR 784.10); Art. 20 des Bundesgesetzes über die Kontrolle zivil und militärisch verwendbarer Güter, besonderer militärischer Güter sowie strategischer Güter (Güterkontrollgesetz, GKG; SR 946.202); Art. 30 des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz, GwG; SR 955.0); Art. 103 des Kernenergiegesetzes (KEG; SR 732.1); Art. 22 KGTG; Art. 42 des Bundesgesetzes über das Kriegsmaterial (Kriegsmaterialgesetz, KMG; SR 514.51); Art. 21 des Bundesgesetzes über die Schweizerische Nationalbank (Nationalbankgesetz, NBG; SR 951.11).

2290 SHK-Baeriswyl, Art. 55 DSG N. 5.

des DSG aufgezählt.[2292] Der EDÖB kann zur Erledigung ausländischer Amtshilfeersuchen alle Handlungen vornehmen, zu denen er nach den auf seine Tätigkeit anwendbaren Bestimmungen des DSG befugt ist.[2293]

Neben **Informationen** kann der EDÖB auch **Personendaten** im Sinne von Art. 5 lit. a DSG austauschen. Der EDÖB kann daher alle Angaben bekanntgeben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person beziehen. 49

3. Rechtsnatur

Art. 55 DSG enthält **keine Verpflichtung** zur grenzüberschreitenden Amtshilfe.[2294] Sie ermächtigt den EDÖB lediglich, unter den Voraussetzungen von Abs. 1 Amtshilfe zu leisten oder um Amtshilfe zu ersuchen. Im Verhältnis zu den ausländischen Datenschutzbehörden, die zu den Vertragsstaaten der Konvention 108+ gehören, sind jedoch die konventionsrechtliche Verpflichtung zur Leistung von Amtshilfe und die Gründe zur Ablehnung zu beachten (s. N. 8). 50

B. Zulässigkeitsvoraussetzungen

Damit der EDÖD mit den ausländischen Datenschutzbehörden Informationen und Personendaten austauschen kann, müssen nach Art. 55 Abs. 1 DSG die fünf folgenden Voraussetzungen **kumulativ** erfüllt sein.[2295] Inwieweit die einzelnen Voraussetzungen erfüllt sind, kann in der Praxis nur schwer abschliessend beurteilt werden. In der Praxis sollten daher die Voraussetzungen im Rahmen der Gewährung der Amtshilfe schriftlich festgehalten und der ersuchenden ausländischen Datenschutzbehörde mitgeteilt werden.[2296] 51

1. Gegenrecht (lit. a)

Art. 55 Abs. 1 lit. a DSG sieht vor, dass zwischen der Schweiz und dem ausländischen Staat die **Gegenseitigkeit der Amtshilfe** sichergestellt sein 52

2291 Siehe auch CR-Kerboas/Lennman, Art. 55 LPD N. 71.
2292 Ausführlich hierzu CR-Kerboas/Lennman, Art. 54 LPD N. 35.
2293 Siehe ferner BJ, Bericht Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden, S. 37; Erl. Bericht VE, S. 81; CR-Kerboas/Lennman, Art. 55 LPD N. 69.
2294 SHK-Baeriswyl, Art. 55 DSG N. 5.
2295 OFK-Gerschwiler, Art. 55 DSG N. 9.

muss. Bei der Gegenseitigkeit handelt es sich um ein kennzeichnendes Element der Amtshilfe.[2297] Entsprechend kann eine ersuchende Datenschutzbehörde nur dann Amtshilfe in Form von Informationen und Personendaten verlangen, wenn sie ihrerseits ebenfalls zur Gewährung von Amtshilfe bereit ist.

53 Eine solche Amtshilfe ist im Verhältnis zu den Vertragsparteien der Konvention 108+ sowie zu den Mitgliedstaaten der EU auf der Grundlage der Richtlinie (EU) 2016/680 gewährleistet. Im Verhältnis zu anderen ausländischen Datenschutzbehörden ist die Gegenseitigkeit verbindlich sichergestellt, sofern ein **völkerrechtlicher Vertrag** die Amtshilfe mit Gegenrecht vorsieht. Solche völkerrechtlichen Verträge kann der Bundesrat gestützt auf Art. 67 lit. a DSG selbständig abschliessen. Ohne völkervertragliche Grundlage muss der EDÖB die Zusicherung des Gegenrechts im Einzelfall einholen,[2298] wobei er dem Amtshilfeersuchen nur gestützt auf eine solche Zusicherung entsprechen kann.[2299]

2. Spezialitätsprinzip (lit. b)

54 Art. 55 Abs. 1 lit. b DSG ist Ausdruck des Spezialitätsprinzips. Das Spezialitätsprinzip bzw. der Grundsatz der Zweckbindung stellt einen traditionellen **völkerrechtlichen Grundsatz** der internationalen Amts- und Rechtshilfe dar, der aus dem Auslieferungsrecht hervorgeht.[2300] Er ist zudem in Art. 19 Konvention 108+ verankert.[2301] Das Bundesgericht spricht dem Prinzip – zumindest im Bereich des Auslieferungsrecht –

2296 CR-Kerboas/Lennman, Art. 55 LPD N. 77.

2297 BGer 2C_995/2018 vom 14.11.2018, E. 3.3.1.

2298 Da der EDÖB nach dem DSG nicht zur Amtshilfe verpflichtet ist, kann auch von ausländischen Datenschutzbehörden keine Verpflichtung zur Leistung von Amtshilfe gefordert werden. SHK-Baeriswyl, Art. 55 DSG N. 8, schreibt deshalb auch, dass Art. 55 Abs. 1 lit. a DSG ins Leere laufe, da die Gegenseitigkeit grundsätzlich nicht sichergestellt werden könne.

2299 Gemäss Popp, N. 434 ff., kann neben der Zusicherung die Gegenseitigkeit auch durch eine bestehende Praxis hinreichend sichergestellt sein.

2300 Breitenmoser/Bai, N. 34.114; Popp, N. 289.

2301 Botschaft Konvention 108+, S. 584.

völkergewohnheitsrechtlichen Charakter zu.[2302] Für die Amtshilfe ist der Grundsatz aber auch in vielen Bundesgesetzen normiert.[2303]

Nach dem Grundsatz dürfen die ausgetauschten Informationen und Personendaten von der ersuchenden Behörde **nur für das Datenschutzverfahren verwendet werden**, das dem Amtshilfeersuchen zugrunde liegt und für welches die Informationen oder Personendaten übermittelt wurden.[2304] Eine Weiterverwendung ist nur zulässig, sofern die Gesetze der beiden Staaten oder ein völkerrechtlicher Vertrag eine solche Möglichkeit vorsehen und die ersuchte Behörde, welche die Informationen oder Personendaten geliefert hat, die Weiterverwendung im konkreten Einzelfall genehmigt.[2305] Für eine anschliessende und parallele Verwendung der Informationen und Personendaten in einem etwaigen Strafverfahren müssen die Grundsätze der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen eingehalten werden.[2306] 55

Das Spezialitätsprinzip dient als **Schranke**, die in erster Linie die Souveränität des ersuchten Staates schützt.[2307] Gleichzeitig steht die Zweckbindung aber auch im Dienst der Stärkung der Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen und soll eine verhältnismässige Verwendung der Informationen und Personendaten sicherstellen.[2308] Eine unbeschränkte Weiterverwendung durch den ersuchenden Staat wird durch die Zweckbindung untersagt.[2309] 56

Neben seiner Schrankenfunktion fungiert das Spezialitätsprinzip auch als **Zulässigkeitsvoraussetzung** zur Bekanntgabe von Informationen und 57

2302 BGE 123 IV 42, E. 3b; siehe aber auch BGE 147 II 13, E. 3.4.1, in dem das Bundesgericht von einem allgemeinen Grundsatz des Völkerrechts spricht. Siehe zum Ganzen auch BVGE 2018 III/1, E. 2.9.1 S. 3; BVGer A-1348/2019 vom 3.3.2020, E. 4.5.1; Breitenmoser/Bai, N. 34.116.

2303 Art. 103 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes über Geldspiele (Geldspielgesetz, BGS; SR 935.51); Art. 7 Abs. 3 lit. b EmbG; Art. 42 Abs. 2 lit. a FINMAG; Art. 13*b* Abs. 2 lit. a FMG; Art. 20 Abs. 3 lit. a GKG; Art. 30 Abs. 1 lit. a GWG; Art. 103 Abs. 3 lit. a KEG; Art. 22 Abs. 3 lit. b KGTG; Art. 42 Abs. 3 KMG; Art. 21 lit. b Ziff. 1 NBG.

2304 Siehe Kölz/Häner/Bertschi, N. 2052; siehe auch BVGer A-1348/2019 vom 3.3.2020, E. 4.5.1; BVGer A-108/2018 vom 13.2.2020, E. 10.1.

2305 BGE 146 I 172, E. 7.1.3.

2306 Botschaft DSG 2017, S. 7095; CR-Kerboas/Lennman, Art. 55 LPD N. 81; OFK-Gerschwiler, Art. 55 DSG N. 12.

2307 BGE 147 II 13, E. 3.4.1; BGE 135 IV 212, E. 2.1; BGE 123 IV 42, E. 3b; BVGE 2018 III/1, E. 2.9.1 S. 3; BVGer A-1348/2019 vom 3.3.2020, E. 4.5.1; Breitenmoser/Bai, N. 34.114.

2308 BGE 135 IV 212, E. 2.1; BGE 123 IV 42, E. 3b; BVGE 2018 III/1, E. 2.9.1 S. 3.

Personendaten: Die ersuchende Datenschutzbehörde muss hinreichende Gewähr bieten, dass sie die Informationen oder Personendaten nur zum Zweck verwendet, für den sie von der ersuchten Behörde übermittelt worden sind. Gestützt auf den völkerrechtlichen Grundsatz der Vertragstreue hat das Bundesgericht bisher die Auffassung vertreten, dass die Einhaltung des Spezialitätsprinzips durch die Staaten als selbstverständlich vorausgesetzt werden kann. Erst bei konkreten Anhaltspunkten auf eine zweckwidrige Verwendung im ersuchenden Staat sei die Wahrung des Grundsatzes zu überprüfen.[2310] Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung muss der EDÖB keine Zusicherungen einholen, wenn die Amtshilfe auf einer völkervertraglichen Grundalge erfolgt, die das Spezialitätsprinzip beinhaltet. Beide Vertragsparteien sind aufgrund des Grundsatzes der Vertragstreue nach Art. 26 der Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge (SR 0.111) unmittelbar an die Beachtung des Spezialitätsprinzips gebunden. Erfolgt die Amtshilfe hingegen ausschliesslich gestützt auf Art. 55 Abs. 1 lit. b DSG, so muss der EDÖB die ersuchende ausländische Datenschutzbehörde im Rahmen der Amtshilfe jeweils ausdrücklich auf das mit dem Spezialitätsprinzip verbundene (Weiter-)Verwendungsgebot hinweisen und sie an die Grenzen erinnern, innerhalb derer die übermittelten Informationen oder Personendaten verwendet werden dürfen.[2311]

58 Im Sinne einer Zulässigkeitsvoraussetzung setzt die aus dem Spezialitätsprinzip fliessende Zweckbindung voraus, dass die ersuchende Datenschutzbehörde den Zweck angibt, zu dem die ersuchten Informationen oder Personendaten benötigt werden.[2312] Aus dem Grundsatz resultiert somit ein **Begründungszwang**.[2313]

59 Die Kontrollierbarkeit und **Durchsetzbarkeit** der Zweckbindung sind freilich beschränkt.[2314] Sollte eine ausländische Datenschutzbehörde das

2309 Siehe Donatsch/Heimgartner/Meyer/Simonek, S. 116.

2310 BGE 147 II 13, E. 3.7; BGE 128 II 407, E. 4.3.1 f.; BGE 115 Ib 373, E. 8; BGE 107 Ib 264, E. 4b; BGer 2C_653/2018 vom 26.7.2019, E. 7.3; siehe auch BVGE 2018 III/1, E. 2.9.1 S. 3; BVGer A-4192/2020 vom 25.3.2021, E. 2.5.2; BVGer A-1348/2019 vom 3.3.2020, E. 4.5.1.

2311 Siehe BGE 139 IV 137, E. 5.2.1: «Lorsque l'obligation de respecter le principe de la spécialité n'apparaît pas expressément dans le texte d'un traité international, ou si un tel traité fait défaut ou ne vise pas le genre d'entraide considéré, l'autorité suisse doit signaler à l'Etat requérant ce principe pour le lui rendre opposable et doit lui rappeler les limites dans lesquelles les informations communiquées pourront être utilisées [...].» Siehe ferner auch BGE 147 II 13, E. 3.7; BGE 116 Ib 452, E. 3c; BGE 112 Ib 576, E. 11a.

Spezialitätsprinzip verletzen, so kann der EDÖB künftige Amtshilfeersuchen dieser Behörde mit der Begründung ablehnen, dass keine hinreichende Gewähr für die Einhaltung des Spezialitätsprinzips besteht. Abgesehen davon ist anzunehmen, dass die Durchsetzung regelmässig durch die betroffene Person und über den Individualrechtsschutz erfolgen muss. Dies gilt dann, wenn Personendaten der betroffenen Person durch eine unzulässige Weiterverwendung in einem späteren Verfahren tatsächlich verwendet werden – also in einem Verfahren, das nicht auf dem ursprünglichen Amtshilfeersuchen beruht und für das die Personendaten nicht übermittelt wurden. In einem solchen Fall müsste die betroffene Person die unzulässige Weitergabe im Rahmen des betreffenden Verfahrens rügen. Inwiefern diese Möglichkeit besteht, hängt namentlich vom anwendbaren (ggf. ausländischen) Prozessrecht ab.

3. Vertraulichkeitsprinzip (lit. c)

Art. 55 Abs. 1 lit. c DSG steht im Zeichen der Wahrung besonderer Geheimhaltungsinteressen. So verlangt die Bestimmung, dass die ersuchende Behörde sich verpflichtet, diese Geheimnisse zu schützen. Der **Umfang und der Inhalt** der zu wahrenden Geheimnisse ergeben sich aus den einschlägigen strafrechtlichen Bestimmungen und der dazu ergangenen Rechtsprechung. Für das Berufsgeheimnis ist auf Art. 321 StGB, für das Fabrikations- und Geschäftsgeheimnis auf Art. 162 StGB und Art. 273 StGB zu verweisen.[2315] 60

Unter das **Berufsgeheimnis** fallen namentlich Geistliche, Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Ärztinnen und Ärzte, Zahnärztinnen und Zahnärzte, Apothekerinnen und Apotheker, Hebammen sowie Psychologinnen und Psychologen.[2316] 61

Der Geheimnisbegriff wird im Zusammenhang mit **Geschäftsgeheimnissen** grundsätzlich weit verstanden; eine Legaldefinition besteht nicht. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gelten als Geheimnisse weder offenkundige noch allgemein zugängliche Tatsachen (relative Unbekanntheit), an deren Geheimhaltung die Geheimnisherrin oder der Geheimnisherr ein 62

2312 Poltier, S. 82.
2313 Poltier, S. 82.
2315 OFK-Gerschwiler, Art. 55 DSG N. 14.
2316 Siehe die Auflistung in Art. 321 Abs. 1 StGB.

berechtigtes Interesse hat (objektives Geheimhaltungsinteresse) und welche die Geheimnisherrin oder der Geheimnisherr aus berechtigten Gründen geheim halten möchte (subjektives Geheimhaltungsinteresse).[2317] Bei Geschäftsgeheimnissen handelt es sich um Informationen, die zu einer Beeinträchtigung des geschäftlichen Erfolgs des Unternehmens bzw. zu einer Verfälschung des Wettbewerbs führen könnten, wenn sie Konkurrenzunternehmen bekannt werden würden.[2318] Als Geschäftsgeheimnisse kommen somit alle technischen, organisatorischen, kaufmännischen und finanziellen Tatsachen des Wirtschaftslebens in Betracht, die den Geschäftserfolg der Geheimnisherrin oder des Geheimnisherren beeinflussen können.[2319]

63 In gleicher Weise wie Geschäftsgeheimnisse sind **Fabrikationsgeheimnisse** zu behandeln: Sie betreffen insbesondere die technische Seite der Produktion, d.h. Wissen, das eine Anleitung zum technischen Handeln enthält. Damit sind Kenntnisse gemeint, die bei der Herstellung von Produkten verwendet werden und die am verkauften Produkt nicht erkennbar und damit geheimnisfähig sind. Dazu gehören beispielsweise Informationen über Herstellungs-, Produktions- oder Konstruktionsverfahren und -anweisungen sowie Forschungsergebnisse, Produktions- und Konstruktionspläne oder Bezugsquellen.[2320]

64 Gesetzliche **Geheimhaltungspflichten** stehen einer Bekanntgabe an ausländische Datenschutzbehörden nicht *per se* entgegen. Art. 55 Abs. 1 lit. c DSG macht deutlich, dass unter der Voraussetzung der Wahrung des Berufsgeheimnisses sowie der Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse durch die ersuchende Datenschutzbehörde solche Informationen bekanntgegeben werden dürfen (s. N. 77 ff.); Art. 55 DSG erlaubt daher eine Durchbrechung der gesetzlichen Geheimhaltungspflicht. Art. 55 Abs. 3 DSG verpflichtet den EDÖB jedoch dazu, vor Bekanntgabe der Informationen, die ein Berufs-, Geschäfts-, oder Fabrikationsgeheimnis enthalten könnten, die Stellungnahme der betroffenen Geheimnisherrinnen und -herren einzuholen (s. N. 78). Dadurch wird ersichtlich, dass jeweils eine Abwägung zwischen dem

2317 BGE 142 II 268, E. 5.2.2.1 m.w.H.; BGer 1C_665/2017 vom 16.1.2019, E. 3.3; BVGer A-1432/2016 vom 5.4.2017, E. 5.4.
2318 BGer 1C_50/2015 vom 2.12.2015, E. 5.3.
2319 BVGer A-1432/2016 vom 5.4.2017, E. 5.4.
2320 BGer 1C_509/2016 vom 9.2.2017, E. 3.5; BVGer A-1432/2016 vom 5.4.2017, E. 5.4.

Interesse an einer Bekanntgabe der Information und den Geheimhaltungsinteressen erfolgen muss.

4. Prinzip der langen Hand (lit. d)

Nach Art. 55 Abs. 1 lit. d DSG dürfen die Informationen und Personendaten **Dritten** – einschliesslich anderen Behörden – nur bekanntgegeben werden, wenn die ersuchte Datenschutzbehörde eine solche Weitergabe zuvor genehmigt hat. Mit Dritten sind in erster Linie Drittbehörden des ersuchenden Staates gemeint, die nicht am Austausch zwischen dem EDÖB und der ausländischen Datenschutzbehörde beteiligt sind. 65

Das **Genehmigungserfordernis** schützt die betroffenen Personen vor einer weiterführenden Bekanntgabe der sie betreffenden Informationen oder Personendaten.[2321] Es stellt zudem sicher, dass der EDÖB die Kontrolle über die Informationen und Personendaten behält. Sofern eine besondere Betroffenheit vorliegt, ist vor der Genehmigung der Weitergabe wiederum eine Anhörung der betroffenen Person erforderlich; zudem sind die weiteren Parteirechte zu wahren. Dies gilt insbesondere bei der Bekanntgabe von Personendaten. Im Übrigen kann auf die Ausführungen zum Rechtsschutz verwiesen werden (s. N. 37 ff.). 66

Der EDÖB hat eine entsprechende **Zusicherung** der ausländischen Datenschutzbehörde einzuholen. Er kann von einer solchen Zusicherung absehen, wenn die Unterbindung der Bekanntgabe an Dritte bereits durch eine anderweitige Rechtsgrundlage – wie ein völkerrechtlicher Vertrag – wirksam sichergestellt ist.[2322] 67

5. Einhaltung von Auflagen und Einschränkungen (lit. e)

Nach Art. 55 Abs. 1 lit. e DSG muss die ersuchende Behörde die Auflagen und Einschränkungen der Behörde einhalten, die ihr die Informationen und Personendaten übermittelt hat. Diese Bestimmung erlaubt eine Bekanntgabe von Informationen und Personendaten in Fällen, in denen ohne die Möglichkeit von Auflagen oder Einschränkungen wie der **Anonymisierung** ein Amtshilfeersuchen abgelehnt werden müsste.[2323] 68

2321 OFK-Gerschwiler, Art. 55 DSG N. 15.
2322 SHK-Baeriswly, Art. 55 DSG N. 14.
2323 Botschaft DSG 2017, S. 7095; Erl. Bericht VE, S. 82; OFK-Gerschwiler, Art. 55 DSG N. 10.

69 Da der EDÖB im Rahmen der Amtshilfe an Art. 36 Abs. 6 DSG gebunden ist und diese Bestimmung die Bekanntgabe von Personendaten bereits an die Möglichkeit von Auflagen und Einschränkungen knüpft, handelt es sich bei lit. e im Wesentlichen um eine Wiederholung. Die Bestimmung macht jedoch deutlich, dass der EDÖB auch im Rahmen der internationalen Amtshilfe die Bekanntgabe von Personendaten auf eine **Abwägung im Einzelfall** zwischen dem Interesse an der Amtshilfe und den entgegenstehenden Interessen nach Art. 36 Abs. 6 DSG stützen muss.

III. BEKANNTGABE VON PERSONENDATEN (ABS. 2)

70 Art. 55 Abs. 2 DSG legt fest, welche Informationen der EDÖB der ausländischen Datenschutzbehörde bekanntgeben darf, um sein Amtshilfegesuch zu begründen oder um dem Ersuchen einer ausländischen Datenschutzbehörde nachzukommen. Die Aufzählung ist **nicht abschliessend**, was an der Formulierung «insbesondere» im Einleitungssatz erkennbar ist. Mit anderen Worten kann der EDÖB zur Begründung seines Amtshilfegesuches oder zur Erfüllung eines Amtshilfeersuchen einer ausländischen Behörde auch andere Angaben machen.

71 Nach der Bestimmung kann der EDÖB Angaben zur **Identität** des Verantwortlichen, des Auftragsbearbeiters oder anderer beteiligter Dritter (lit. a) sowie zu **Kategorien** der betroffenen Personen (lit. b) machen. Die Nennung von Kategorien dient der Zuordnung von Personen zu typisierten Gruppen, die bestimmte gemeinsame Merkmale aufweisen. In der Botschaft werden als Beispiele für solche Kategorien unter anderem «Konsumenten», «Armeeangehörige» oder «Arbeitnehmer» genannt.[2324]

72 Die **Identität der betroffenen Personen** darf der EDÖB nur weitergeben, sofern die betroffenen Personen eingewilligt haben (lit. c Ziff. 1). Eine Offenbarung der Identität liegt bereits dann vor, wenn eine Person bestimmbar ist. Dies kann sich aus den Daten selbst ergeben. Bestimmbar ist die Identität aber bereits dann, wenn sie sich ohne verhältnismässigen Aufwand aus dem Kontext der Daten oder durch Kombination mit anderen Daten ergibt.[2325]

2324Botschaft DSG 2017, S. 7036; BSK-Ehrensperger, Art. 12 DSG N. 23.
2325SHK-Rudin, Art. 5 DSG N. 10; OFK-Gerschwiler, Art. 55 DSG N. 18.

Zur Bekanntgabe der Identität ist eine **Einwilligung** jeder einzelnen betroffenen Personen erforderlich. Ansonsten ist eine Bekanntgabe unzulässig. Für eine rechtsgültige Einwilligung gelten die Anforderungen von Art. 6 Abs. 6 und Abs. 7 DSG.[2326] Die Einwilligung ist somit nur gültig, wenn sie nach angemessener Information freiwillig und in Bezug auf die konkrete Bekanntgabe erteilt wird. Eine angemessene Information umfasst die Angaben zur verantwortlichen Person, das Ziel oder der Zweck, die Art und Weise und den Umfang der Datenbearbeitung, die Kategorien der bearbeiteten Daten und die Angaben zur Weitergabe der Daten.[2327] Die Einwilligung ist an keine Form und somit auch nicht an eine schriftliche Erklärung gebunden.[2328] Bei der Bekanntgabe von besonders schützenswerten Personendaten an ausländische Datenschutzbehörden muss die Einwilligung aber ausdrücklich erfolgen.[2329] Gemäss der Botschaft zum DSG ist eine Willenserklärung ausdrücklich, «[...] wenn sie durch geschriebene oder gesprochene Worte oder ein Zeichen erfolgt und der geäusserte Willen aus den verwendeten Worten oder dem Zeichen unmittelbar hervorgeht.»[2330] 73

Eine Einwilligung ist bei der Bearbeitung durch private Personen zentral, weil sie als Rechtfertigung für eine Persönlichkeitsverletzung dient.[2331] Unabhängig von der Einwilligung bleibt der EDÖB indes Grundrechtsadressat. Die Bekanntgabe der Identität an ausländische Datenschutzbehörden muss daher wegen des Eingriffs in Art. 13 Abs. 2 BV (s. N. 34 f.) weiterhin einem öffentlichen Interesse dienen und verhältnismässig sein, um gerechtfertigt werden zu können. Das Einwilligungserfordernis wirkt bei der Bearbeitung der Daten durch Bundesorgane wie dem EDÖB somit nicht als Rechtfertigung,[2332] sondern als **zusätzliche Schranke** für die Bekanntgabe. 74

Ausnahmsweise kann der EDÖB die Identität der betroffenen Personen weitergeben, wenn die Mitteilung der Identität der betroffenen Person **unentbehrlich** zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgabe durch den EDÖB oder die ausländische Datenschutzbehörde ist (lit. c Ziff. 2). Die Ausnahmebestimmung ist analog zu Art. 36 Abs. 2 lit. a und lit. b DSG gefasst, 75

2326 Botschaft DSG 2017, S. 7095.
2327 SHK-Baeriswyl, Art. 6 DSG N. 89.
2328 Botschaft DSG 2017, S. 7027.
2329 Siehe zur Ausdrücklichkeit ausführlich Vasella, Rz. 21 ff.
2330 Botschaft DSG 2017, S. 7028.
2331 Botschaft DSG 2017, S. 7027.
2332 Siehe auch Baeriswyl, S. 63.

die für die nationale Amtshilfe solche Anforderungen aufstellt, sofern keine spezialgesetzliche Grundlage besteht.[2333] Unentbehrlichkeit bedeutet, dass die Aufgabenerfüllung ohne die Datenbekanntgabe überhaupt nicht erfüllt werden kann.[2334]

76 Darüber hinaus kann der EDÖB Auskunft über die bearbeiteten Personendaten oder Kategorien bearbeiteter Personendaten (lit. d), über den Bearbeitungszweck (lit. e), über die Empfängerinnen und den Empfänger sowie die Kategorien der Empfängerinnen und Empfänger (lit. f) und über die technischen und organisatorischen Massnahmen (lit. g) erteilen.

IV. INFORMATIONSPFLICHT UND STELLUNGNAHME (ABS. 3)

77 Art. 55 Abs. 3 DSG verpflichtet den EDÖB, im Rahmen eines Amtshilfeverfahrens Informationen, die **Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse** enthalten können, einer ausländischen Datenschutzbehörde nur bekanntzugeben, wenn er den betroffenen Personen vorgängig Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat. Betroffen können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein.[2335] Anders als in der Vernehmlassung gefordert, hat der Gesetzgeber die Bekanntgabe der Geschäfts-, und Fabrikationsgeheimnisse nicht einem Einwilligungserfordernis durch die betroffene Person unterstellt.

78 Der Zweck der Bestimmung liegt darin, die Rechte der betroffenen Personen, die Trägerinnen von Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnissen sind, zu wahren. Hierzu sieht Abs. 3 eine **Informationspflicht und ein Anhörungsrecht** vor. Bevor der EDÖB einer ausländischen Datenschutzbehörde Informationen bekanntgibt, die ein Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnis enthalten könnten, muss er die betroffenen Personen, die Trägerinnen dieser Geheimnisse sind, über die mögliche Bekanntgabe informieren. Sodann ist der EDÖB verpflichtet, die Stellungnahme der betroffenen Personen einzuholen. Dies gibt den betroffenen Personen die Möglichkeit, dem EDÖB in einer Stellungnahme ihren Standpunkt darzulegen und zu begründen, weshalb die Informationen,

2333Botschaft DSG 2017, S. 7096.
2334BVGE 2016/22, E. 8.1 S. 336; SHK-Mund, Art. 36 DSG N. 13.
2335OFK-Gerschwiler, Art. 55 DSG N. 21.

die Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse betreffen, der ausländischen Datenschutzbehörde nicht bekanntgegeben werden sollen.

Indem der EDÖB die betroffenen Personen vorgängig informiert und ihnen die Möglichkeit zur Stellungnahme gibt, trägt er dazu bei, dass ihre Interessen berücksichtigt und ihre Geheimnisse geschützt werden. Die Stellungnahme soll in die Entscheidfindung des EDÖB einfliessen, sie entfaltet jedoch **keine inhaltliche Bindungswirkung**: Abs. 3 verpflichtet den EDÖB nicht dazu, den Stellungnahmen der betroffenen Personen inhaltlich nachzukommen. Er hat aber die Pflicht, die Stellungnahmen zur Kenntnis zu nehmen und ihnen bei der Entscheidfindung ein hohes Gewicht beizumessen. Je stärker die Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse der Geheimnisträgerin betroffen sind, desto mehr Gewicht muss den Stellungnahmen der betroffenen Personen auch beigemessen werden. 79

Eine Information an die betroffenen Personen hat nach Gerschwiler bereits dann zu erfolgen, wenn mit einer **gewissen Wahrscheinlichkeit** davon auszugehen ist, dass Berufs-, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse bekanntgegeben werden könnten.[2336] Dem ist zuzustimmen. Der Schutz von Berufs-, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnissen kann nur dann wirksam gewährleistet werden, wenn der EDÖB nicht erst dann informiert, wenn er sicher ist, dass strafrechtlich geschützte Geheimnisse betroffen sind. Um die Interessen der Geheimnisträgerinnen wirksam berücksichtigen zu können und sie rechtzeitig durch die Möglichkeit zur Stellungnahme in die Entscheidfindung einzubinden, ist ein grosszügiger Massstab anzulegen. Dies kann womöglich auch einen Beitrag dazu leisten, dass nachgelagerte Beschwerden vermieden werden. 80

Ausnahmsweise ist der EDÖB nicht verpflichtet, eine Stellungnahme der betroffenen Personen einzuholen. Dies ist der Fall, wenn eine Stellungnahme nicht möglich ist oder mit einem unverhältnismässig hohen Aufwand verbunden wäre. Diese Ausnahme ist offenbar aus Praktikabilitätsgründen erfolgt und soll verhindern, dass die Bekanntgabe der Informationen an ausländische Datenschutzbehörden nicht unterlaufen wird, wenn die Einholung einer Stellungnahme unmöglich oder nur mit einem unverhältnismässig grossen Aufwand möglich ist. Da der EDÖB mit der Bekanntgabe in strafrechtlich geschützte Berufs-, Geschäfts- oder 81

2336 OFK-Gerschwiler, Art. 55 DSG N. 21.

Fabrikationsgeheimnisse der betroffenen Personen eingreift, darf nicht vorschnell von einer **Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit** ausgegangen werden.[2337] Die zulässige Vorgehensweise wird jedoch letztlich durch die Rechtsprechung zu bestimmen sein.[2338]

LITERATURVERZEICHNIS

Bachmann Gregor, Anspruch auf Verfahren und Entscheid, Bern 2019.

Baeriswyl Bruno, Die Einwilligung hilft (nicht) weiter, digma 2020, S. 62–66.

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 31, in: Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz (DSG), 1. Aufl., Bern 2015.

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 55 DSG: in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Bern 2023.

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 6 DSG: in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Bern 2023.

Bai Alain, Der Rechtsschutz gemäss Art. 6 EMRK in Verfahren der internationalen Amtshilfe im Bereich der direkten Steuern, Zürich 2018.

Bellanger François, L'entraide administrative en Suisse, in: Bellanger François/Tanquerel Thierry (Hrsg.), L'entraide administrative, Zürich/Basel 2005, S. 9–28.

Belser Eva Maria/Epiney Astrid/Waldmann Bernhard, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011.

Benhamou Yaniv/Jacot-Guillarmod Emilie, GDPR on the Swiss Territory, Jusletter IT vom 24. Mai 2018.

Biaggini Giovanni, BV Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017.

Blöchlinger Karin, Amtsgeheimnis und Behördenkooperation, Zum Spannungsfeld von Geheimnisschutz und Verwaltungstätigkeit, Zürich 2015.

2337 OFK-Gerschwiler, Art. 55 DSG N. 22.
2338 Siehe CR-Kerboas/Lennman, Art. 55 LPD N. 96.

Bopp Christian, Das Schweizerische Bankgeschäft, 8. Aufl., Zürich 2021.

Breitenmoser Stephan, Internationale Amtshilfe in Finanzmarktsachen in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts – aktuelle Fragen und Tendenzen, in: Breitenmoser Stephan/ Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Internationale Amts- und Rechtshilfe in Steuer- und Finanzmarktsachen, Zürich 2017, S. 185–199.

Breitenmoser Stephan/Bai Alain, Internationale Amts- und Rechtshilfe mit Bezügen zum Ausländerrecht, in: Uebersax Peter/Rudin Beat/Hugi Yar Thomas/Geiser Thomas/Vetterli Luzia (Hrsg.), Ausländerrecht, 3. Aufl., Basel 2022, S. 1921–2015.

Breitenmoser Stephan/Weyeneth Robert, Amts- und Rechtshilfe ist nicht gleich Amts- und Rechtshilfe, in: Fankhauser Roland/Widmer Lüchinger Corinne/Klingler Rafael/Seiler Benedikt (Hrsg.), Das Zivilrecht und seine Durchsetzung, Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Zürich 2016, S. 1063–1084.

Diggelmann Oliver, Kommentierung zu Art. 13 BV, in: Waldmann Bernhard/ Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Dix Alexander, Kommentierung zu Art. 61 DSGVO, in: Kühlig Jürgen/Buchner Benedikt (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, Datenschutz-Grundversorgung, Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar, 3. Aufl., München 2020.

Donatsch Andreas/Heimgartner Stefan/Meyer Frank/Simonek Madeleine, Internationale Rechtshilfe, 2. Aufl., Zürich 2015.

du Pasquier Shelby R., Internationale Amtshilfe: Informationsaustausch und verfahrensrechtliche Aspekte, AJP 2006, S. 74–82.

Egli Patricia, Kommentierung zu Art. 44 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Ferrari-Visca Reto, Strafrechtliche Datenschutzbestimmungen, in: Dal Molin Luca/Wesiak-Schmidt Kirsten (Hrsg.), Datenschutz im Unternehmen, Praxishandbuch mit Beispielen und Checklisten, Zürich/St. Gallen 2023, S. 365–427.

Frei Nula, Kommentierung zu Art. 67 DSG, in: Steiner Thomas/Morand Anne-Sophie/Hürlimann Daniel (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz (Version: 07.09.2023), https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/dsg67.

Gächter Thomas/Egli Philipp, Kommentierung zu Art. 43 VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), 2. Aufl., Zürich 2019.

Gerschwiler Stefan, Kommentierung zu Art. 55 DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, DSG, Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz mit weiteren Erlassen, Zürich 2023.

Häberli Thomas, Kommentierung zu Art. 83 BGG, in: Niggli Marcel Alexander/Uebersax Peter/Wiprächtiger Hans/Kneubühler Lorenz (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 3. Aufl., Basel 2018.

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020.

Harrendorf Stefan/König Stefan/Voigt Lea, Kommentierung zu Art. 6 EMRK, in: Meyer-Ladewig Jens/Nettesheim Martin/von Raumer Stefan (Hrsg.), Handkommentar, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., Baden-Baden 2023.

Husi-Stämpfli Sandra/Rudin Beat, Datenschutz, in: Tschudi Hans Martin/Schindler Benjamin/Ruch Alexander/Jakob Eric/Friesecke Manuel (Hrsg.), Die Grenzüberschreitende Zusammenarbeit der Schweiz, Zürich/St. Gallen 2014, S. 623–648.

Jaag Tobias/Häggi Furrer Reto, Kommentierung zu Art. 43 VwVG, in: Waldmann Bernhard/Weissenberger Philippe (Hrsg.), Praxiskommentar, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., Zürich 2016.

Kerboas Cécile/Lennman Catherine, Kommentierung zu Art. 55 DSG, in: Meier Philippe/Métille Sylvain (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi fédérale sur la protection des données, Basel 2023.

Kiener Regina/Rütsche Bernhard/Kuhn Mathias, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich 2021.

Kölz Alfred/Häner Isabelle/Bertschi Martin/Bundi Livio, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 4. Aufl., Zürich/Genf 2025.

Mazidi Simon, Kommentierung zu Art. 59 DSG, in: Blechta Gabor-Paul/Vasella David (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 4. Aufl., Basel 2023.

Mund Claudia, Kommentierung zu Art. 36 DSG: in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Bern 2023.

Opel Andrea, Amtshilfe ohne Information der Betroffenen – eine rechtsstaatlich bedenkliche Neuerung, ASA 83 (2014), S. 265–295 (zit. als Opel, Amtshilfe).

Opel Andrea, Neuausrichtung der schweizerischen Abkommenspolitik in Steuersachen: Amtshilfe nach dem OECD-Standard, Bern 2015 (zit. als Opel, Neuausrichtung).

Oswald Diana, Verfahrensrechtliche Aspekte der internationalen Amtshilfe in Steuersachen, Zürich 2015.

Pasquier Aurélien, Die Sanktionen in der DSGVO, in: Epiney Astrid/Rovelli Sophia (Hrsg.), Datenschutzgrundverordnung (DSGVO): Tragweite und erste Erfahrungen/Le Règlement général sur la protection des données (RPDG): portée et premières expériences, Zürich 2020, S. 99–138.

Poltier Etienne, L'entraide administrative interne, in: Poltier Etienne/Favre Anne-Christine/Martenet Vincent (Hrsg.), L'entraide administrative, Évolution ou révolution?, Zürich 2019, S. 61–102.

Popp Peter, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2001.

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter 16. November 2020.

Roth Florian/Mazidi Simon, Kommentierung zu Art. 54 DSG, in: Steiner Thomas/Morand Anne-Sophie/Hürlimann Daniel (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz (Version: 30.01.2024), https://onlinekommentar.ch/de/kommentare/dsg54.

Rudin Beat, Kommentierung zu Art. 5 DSG: in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Bern 2023.

Schweizer Rainer J., Anforderungen der EGMR-Rechtsprechung an die internationale Amts- und Rechtshilfe, in: Lorandi Franco/Staehelin Daniel (Hrsg.), Innovatives Recht, Festschrift für Ivo Schwander, Zürich 2011, S. 985–1010 (zit. als Schweizer, FS Schwander).

Schweizer Rainer J., Kommentierung zu Art. 44 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 3. Aufl., Zürich 2014.

Schweizer Rainer J., Von einer Amts- und Rechtshilfe auf Ersuchen zum internationalen Informationsverbund: Grundsätzliche Aspekte, in: Breitenmoser Stephan/Ehrenzeller Bernhard (Hrsg.), Internationale Amts- und Rechtshilfe in Steuer- und Finanzmarktsachen, Zürich 2017, S. 227–293 (zit. als Schweizer, Informationsverbund).

Seferovic Goran, Kommentierung zu Art. 21 UWG, in: Heizmann Reto/Loacker Leander D. (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Kommentar,2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2025 (zit. als Seferovic, in: Heizmann/Loacker).

Seiler Hansjörg, Internationale Amtshilfe aus Schweizer Sicht, Liechtensteinische Juristenzeitung 32 (2011), S. 42–50.

Thurnherr Daniela, Verfahrensgrundrechte und Verwaltungshandeln, Zürich/St. Gallen 2013.

Vasella David, Zur Freiwilligkeit und zur Ausdrücklichkeit der Einwilligung im Datenschutzrecht, Jusletter 16. November 2015.

Vest Hans, Kommentierung zu Art. 32 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar, Bundesverfassung, 4. Aufl., Zürich 2023.

Waldmann Bernhard, Anspruch auf den Erlass einer Verfügung, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), 8. Forum für Verwaltungsrecht – Brennpunkt «Verfügung», Bern 2022, S. 55–85.

Waldmann Bernhard/Kraemer Raphael, Kommentierung zu Art. 44 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

Weber-Dürler Beatrice/Kunz-Notter Pandora, Kommentierung zu Art. 25 VwVG, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), VwVG – Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2019 (zit. als Weber-Dürler/Kunz-Notter, in: Auer/Müller/Schindler).

Weissenberger Philippe, Grenzüberschreitende Amtshilfe auf dem Prüfstand – Wege zu mehr Rechtssicherheit, Rechtsschutz und Effizienz, ASA 77 (2009), S. 825–835.

Widmer Thomas, Les amendes «administratives» prévues par l'art. 83 du RGPD peuvent-elles être reconnues et exécutées en Suisse?, sic! 2023, S. 387–390.

Wyss Martin Philipp, Gesetzgebungsbedarf bei der internationalen Amtshilfe?, in: Ehrenzeller Bernhard/Breitenmoser Stephan (Hrsg.), Aktuelle Fragen der internationalen Amts- und Rechshilfe, St. Gallen 2009, S. 217–248.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23.3.1988, BBl 1988 II 413 ff. (zit. als Botschaft DSG 1988).

Botschaft zur Auferlegung der Kosten für die Behandlung zweier Amtshilfegesuche des Internal Revenue Service der Vereinigten Staaten von Amerika auf die UBS AG, BBl 2010 3211 (zit. als Botschaft Kostenauferlegung).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941 ff. (zit. als Botschaft DSG 2017)

Botschaft zur Genehmigung des Protokolls vom 10.10.2018 zur Änderung des Übereinkommens zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten, BBl 2020 565 ff. (zit. Botschaft Konvention 108+).

Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4202 ff. (zit. als Botschaft Bundesrechtspflege 2001).

Bundesamt für Justiz, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf, besucht am 1.8.2023 (zit. als Erl. Bericht VE).

Bundesamt für Justiz, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Zusammenarbeit mit ausländischen Behörden (Amtshilfe, Rechtshilfe, Souveränitätsschutz), Bericht vom 14.3.2011, https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/sicherheit/gesetzgebung/archiv/zssg/ber-auslandszusammenarbeit-d.pdf.download.pdf/ber-auslandszusammenarbeit-d.pdf, besucht am 1.10.2023 (zit. als BJ, Bericht Zusammenarbeit).

Bundesamt für Justiz, Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 10.8.2017, https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/ve-ber-d.pdf.download.pdf/ve-ber-d.pdf, besucht am 1.8.2023 (zit. als Ergebnisse Vernehmlassungsverfahren DSG).

Bundesamt für Justiz, Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, Stellungnahme der Organisationen A–H, https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/organisationen-a-h.pdf.download.pdf/organisationen-a-h.pdf, besucht am 1.8.2023 (zit. als Vernehmlassungsverfahren DSG, Stellungnahme der Organisationen A–H).

Council of Europe, Explanatory Report to the Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, https://rm.coe.int/cets-223-explanatory-report-to-the-protocol-amending-the-convention-fo/16808ac91a, besucht am 20.9.2023 (zit. als CoE, Explanatory Report).

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, 30. Tätigkeitsbericht 2022/23, https://edb.reader.epaper.guru/de-CH/viewer/616971da-d98a-4d01-9554-87a20c0277e9/fd949f38-fa10-4c60-

a59a-0354346b8612, besucht am 9.10.2023 (zit. als EDÖB, 30. Tätigkeitsbericht 2022/23).

OECD, Review of the OECD Recommendation on Cross-Border Co-operation in the Enforcement of Laws Protecting Privacy, 22.9.2023, https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/67774f69-en.pdf?expires=1696874300&id=id&accname=guest&checksum=20FD51C34B496C02E3550F9EE3868428, besucht am 9.10.2023 (zit. als OECD 2023).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 57 DSG

Eine Kommentierung von Myriam Christ

ZITIERVORSCHLAG

Myriam Christ, Kommentierung zu Art. 57 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Christ, N. XXX zu Art. 57 DSG.

Art. 57 Information

[1] Der EDÖB erstattet der Bundesversammlung jährlich Bericht über seine Tätigkeit. Er übermittelt ihn gleichzeitig dem Bundesrat. Der Bericht wird veröffentlicht.

[2] In Fällen von allgemeinem Interesse informiert der EDÖB die Öffentlichkeit über seine Feststellungen und Verfügungen.

GLIEDERUNG

In Kürze 847
I. Allgemeines 847
A. Normzweck und Hintergrund 847
B. Entstehungsgeschichte 849
C. Rechtsvergleichende Hinweise 850
II. Abs. 1: Jährliche Veröffentlichung des Tätigkeitsberichts 851
A. Jährliche Veröffentlichung 851
B. Tätigkeitsbericht 852
III. Abs. 2: Veröffentlichung von Feststellungen und Verfügungen von allgemeinem Interesse 855
A. Feststellung 855
B. Verfügung 856
C. Allgemeines Interesse 856
D. Veröffentlichung 858
Literaturverzeichnis 861
Materialienverzeichnis 862

IN KÜRZE

Die Bestimmung über die Öffentlichkeitsarbeit des EDÖB gehört zu den wichtigsten, aber weniger bekannten Bestimmungen des Datenschutzgesetzes. Internationale Erfahrungen haben bereits in den 1980er Jahren gezeigt, dass eine erfolgreiche Umsetzung der datenschutzrechtlichen Vorgaben einen Dialog zwischen der Aufsichtsbehörde und den weiteren Bundesbehörden bzw. der Zivilbevölkerung bedingt (z.B., wenn es darum geht, einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf aufzuzeigen oder Druck auf gewisse Verantwortliche auszuüben, die sich nicht an die gesetzlichen Vorgaben halten).

Art. 57 Abs. 1 DSG verpflichtet den EDÖB, der Bundesversammlung – Wahlorgan des EDÖB gemäss Art. 43 Abs. 1 DSG – einmal im Jahr über seine Tätigkeiten aufzuklären. Der Bundesrat wird schriftlich über die Tätigkeiten des EDÖB informiert. Der zweite Absatz soll es dem EDÖB ermöglichen, seinen Informationsauftrag unabhängig von den beaufsichtigten Bundesbehörden wahrzunehmen. Die Bestimmung ist sehr offen formuliert. Der EDÖB verfügt also über zahlreiche Möglichkeiten, seinen gesetzlichen Informationsauftrag wahrzunehmen.

I. ALLGEMEINES

A. Normzweck und Hintergrund

Art. 57 DSG gehört nicht zu den bekanntesten Bestimmungen des DSG. Dennoch trägt diese Gesetzesbestimmung über die Öffentlichkeitsarbeit des EDÖB entscheidend dazu bei, dass die datenschutzrechtlichen Vorgaben in der Praxis umgesetzt werden können. In der Tat wird das datenschutzrechtliche Bewusstsein sowohl im privaten als auch im öffentlichen Sektor vor allem durch die Öffentlichkeitsarbeit des EDÖB (und der kantonalen und kommunalen Datenschutzbeauftragten) gestärkt[2339]. Eine erfolgreiche Sensibilisierung der Öffentlichkeit für den Datenschutz setzt einen Dialog zwischen der Aufsichtsbehörde und der Öffentlichkeit voraus[2340]. Datenschutzrechtliche Überlegungen bzw. Massnahmen sollen 1

2339 Bereits unter altem Recht, Rosenthal/Jöhri, N. 1.
2340 BSK-Huber, Art. 30 aDSG N. 2; SHK-Baeriswyl, Art. 30 aDSG N. 3 f.

deshalb weder im privaten noch im öffentlichen Bereich reine Interna der datenbearbeitenden Stellen bleiben, sondern sehr bewusst und proaktiv an die Bevölkerung herangetragen werden[2341].

2 Die durch die Öffentlichkeitsarbeit des EDÖB angestrebte Sensibilisierung der Öffentlichkeit verfolgt mehrere konkrete Ziele. Einerseits trägt sie dazu bei, die Wirksamkeit der Aufsichtstätigkeit des EDÖB (Art. 49 bis 53 DSG) zu verstärken – im Rahmen seiner Aufsichtstätigkeit kann der EDÖB rechtswidrige Datenbearbeitungen ahnden. Gestützt auf Art. 57 DSG kann er seine Ergebnisse veröffentlichen und damit Druck auf den fehlbaren Datenschutzverantwortlichen ausüben sowie andere, nicht von der Untersuchung direkt betroffene Datenschutzverantwortliche ermuntern, ihre Praxis anzupassen[2342]. Andererseits kann die Öffentlichkeitsarbeit des EDÖB diesen in seiner Beratertätigkeit (Art. 58 DSG) entscheidend entlasten. Die Veröffentlichung von leicht verständlichen Hilfsmitteln, wie z.B. Leitfäden, Musterbriefen oder FAQ, trägt entscheidend dazu bei, den Aufwand für die persönliche Beratung zu reduzieren[2343] und potentielle Datenschutzverletzungen zu verhindern[2344].

3 Ferner kann der EDÖB gestützt auf seine Öffentlichkeitsarbeit Rechenschaft über seine Tätigkeit gegenüber dem Wahlorgan (Bundesversammlung gem. Art. 43 Abs. 1 DSG) ablegen und der Bundesversammlung somit einen Überblick über seine Amtsführung gewähren[2345].

4 Die Öffentlichkeitsarbeit i.S.v. Art. 57 DSG bietet dem EDÖB sodann die Möglichkeit, Hinweise über problematische Entwicklungen zu veröffentlichen und einen aus seiner Sicht notwendigen gesetzgeberischen Handlungsbedarf aufzuzeigen[2346].

5 Vorliegend gilt es festzuhalten, dass die vom Gesetzgeber vorgesehene individuelle Rechtsdurchsetzung über die Zivilgerichte (Art. 32 Abs. 2 DSG) in der Praxis eine untergeordnete bzw. (fast) keine Rolle spielt[2347]. Angesichts eines langwierigen und kostspieligen Verfahrens mit ungewissem Ausgang

---

2341 BSK-Huber, Art. 30 aDSG N. 2.
2342 Jöhri, N. 8.70; m.w.H. betreffend Druckmittel gegen widerwillige Verantwortliche, Meier, Protection, N. 1885.
2343 Jöhri, N. 8.71.
2344 Waldmann/Oeschger, N. 17.
2345 SHK-Baeriswyl, Art. 57 DSG N. 1.
2346 SHK-Baeriswyl, Art. 57 DSG N. 4.

wird von den Betroffenen nur äusserst selten ein Verfahren vor dem zuständigen Gericht eingeleitet. Dies gilt umso mehr, als immer mehr Datenbearbeitungen von Privaten im Ausland durchgeführt werden. Ein erfolgversprechendes Verfahren vor einem Schweizer Zivilgericht wird damit (fast) unmöglich. Folglich werden in der Rechtsprechung eher selten Grundsatzfragen des Datenschutzes thematisiert[2348] und die wenigen Gerichtsentscheide haben über den Einzelfall hinaus nur eine beschränkte Bedeutung[2349]. Dem EDÖB kommt deshalb dank seiner Öffentlichkeitsarbeit eine wichtige Rolle bei der Rechtsdurchsetzung zu[2350].

B. Entstehungsgeschichte

Ad Abs. 1:

Eine dem aktuellen Abs. 1 sehr ähnliche Bestimmung war bereits in Art. 30 aDSG enthalten. Gestützt auf internationale Erfahrungen, die bereits in den 1980er Jahren gezeigt hatten, dass das datenschutzrechtliche Bewusstsein u.a. durch die Öffentlichkeitsarbeit der Datenschutzbehörden gestärkt wird[2351], war diese Bestimmung 1988 ins Schweizer Recht aufgenommen und 1992 in Kraft gesetzt worden. 6

Art. 30a DSG gab keinen Anlass zu Debatten im Parlament – der Artikel entsprach dem bundesrätlichen Entwurf von 1988[2352]. Das gilt auch für Art. 57 DSG. Im Rahmen der Revision wurde die Bestimmung lediglich insofern präzisiert als der EDÖB neu jährlich (und nicht mehr periodisch) Bericht erstatten muss. Diese Präzisierung entspricht der Praxis unter altem Recht. 7

Der EDÖB erstattet der Bundesversammlung Bericht und gewährt somit dem Wahlorgan einen Überblick über seine Amtsführung. Wie unter altem Recht erhält der Bundesrat lediglich den schriftlichen Tätigkeitsbericht zugestellt. 8

Ferner wurde der Ausdruck «sowie bei Bedarf» gestrichen. Fortan erstattet der EDÖB einmal pro Jahr Bericht. Weder die Auswertung der Vernehmlassung 9

2347 BBl 2012 S. 348; Jöhri, N. 8.48; kritisch, schon unter altem Recht, v.a. mit Blick auf die neuen von Privaten durchgeführten Datenbearbeitungen, Meier, Protection, N. 1878.
2348 Baeriswyl, Standortbestimmung, S. 19.
2349 Baeriswyl, Standortbestimmung, S. 23.
2350 Jöhri, N. 8.99.
2351 BBl 1988 S. 481.
2352 BSK-Huber, Art. 30 aDSG N. 1.

noch die Botschaft gehen auf diese Streichung ein[2353]. In der Praxis hat die Möglichkeit, die Öffentlichkeit auch bei Bedarf (d.h. jederzeit und nicht nur einmal im Jahr) keine grosse Rolle gespielt. Überdies gilt es in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass der EDÖB bei Bedarf die Öffentlichkeit über seine Tätigkeit gestützt auf Art. 57 Abs. 2 DSG informieren kann.

Ad Abs. 2:

10 Art. 57 Abs. 2 DSG wurde im Rahmen der Revision im Vergleich zu Absatz 2 unter dem alten DSG gekürzt. Im Sinne einer bereits im Dezember 2011 gewünschten verstärkten Unabhängigkeit des EDÖB[2354] kann der EDÖB neu selbst entscheiden, worüber er die Öffentlichkeit informiert. Die Veröffentlichung von Personendaten, die dem Amtsgeheimnis unterstehen, hängt nicht mehr von der Zustimmung der betroffenen Behörde ab und eine ausdrückliche Unterscheidung zwischen Personen- und Sachdaten im Rahmen des Informationsauftrags des EDÖB ist nicht mehr vorgesehen[2355].

11 Der zweite Absatz hält zudem neu fest, dass der EDÖB über Feststellungen im allgemeinen Interesse «informiert» und nicht bloss «informieren kann». Diese sprachliche Präzisierung ist zu begrüssen, ändert in der Praxis allerdings wenig. Die «kann-Vorschrift» unter altem Recht statuierte bereits einen verbindlichen Informationsauftrag[2356].

C. Rechtsvergleichende Hinweise

Ad Abs. 1:

12 Die regelmässige Erstellung eines Tätigkeitsberichts war bereits in Art. 28 Abs. 5 Richtlinie 95/46/EG vorgesehen und ist seit dem 25. Mai 2018 in Art. 59 DSGVO geregelt. Inhaltlich unterscheidet sich diese Bestimmung von Art. 57 Abs. 1 DSG insofern, als die entsprechende europarechtliche Regel einen möglichen Inhalt des Tätigkeitsberichts festlegt (Liste der gemeldeten Verstossarten und der getroffenen Massnahmenarten nach Art. 58 Abs. 2 DSGVO).

2353Zusammenfassung Vernehmlassungsverfahren, S. 49; BBl 2017 S. 7096.
2354BBl 2012 S. 350.
2355BBl 2017 S. 7096.
2356Waldmann/Oeschger, N. 21.

Art. 15 Abs. 7 SEV 108 legt fest, dass jede **europäische** Aufsichtsbehörde regelmässig einen Tätigkeitsbericht vorbereitet und anschliessend veröffentlicht. Gemäss dem erläuternden Bericht muss einmal pro Jahr ein Tätigkeitsbericht veröffentlicht werden. Dieser Bericht muss insbesondere Angaben über die zur Durchsetzung der nationalen Datenschutzgesetzgebung ergriffenen Massnahmen enthalten[2357]. Bis auf die Tatsache, dass das revidierte DSG keine inhaltlichen Vorgaben kennt, hat der Schweizer Gesetzgeber sowohl die Vorgaben des Europarates als auch jene der EU übernommen. Es versteht sich allerdings von selbst, dass ergriffene Massnahmen zur Durchsetzung der Datenschutzbestimmungen auch ohne entsprechende gesetzliche Vorgabe im Tätigkeitsbericht des EDÖB erwähnt werden. 13

Ad Abs. 2:

Art. 15 Abs. 2 lit. e SEV 108 legt den Rahmen für die Sensibilisierungsaufgaben der Aufsichtsbehörden fest. Gemäss dem erläuternden Bericht müssen die Aufsichtsbehörden die von ihnen getroffenen Massnahmen, ihre Aufgaben und ihre Kompetenzen proaktiv sichtbar machen. Sie können hierfür regelmässig erscheinende Tätigkeitsberichte (vgl. Art. 15 Abs. 7 SEV 108), Stellungnahmen oder allgemeine Empfehlungen publizieren. Sie können die Öffentlichkeit überdies über andere, frei wählbare Kommunikationskanäle sensibilisieren. Zur Öffentlichkeitsarbeit gehört gemäss erläuterndem Bericht ebenfalls, die Einzelpersonen und die Verantwortlichen über ihre jeweiligen Rechte und Pflichten in einer angemessenen, d.h. leicht verständlichen Sprache, aufzuklären (v.a., wenn die Datenbearbeitung Kinder oder andere, besonders schutzbedürftige Personen betrifft)[2358]. 14

II. Abs. 1: Jährliche Veröffentlichung des Tätigkeitsberichts

A. Jährliche Veröffentlichung

Im Rahmen der Revision wurde Art. 30 aDSG leicht präzisiert: die Veröffentlichung hat «jährlich» zu erfolgen. Diese Präzisierung war in der Vernehmlassung gewünscht worden[2359], ändert in der Praxis allerdings wenig. 15

2357 Rapport explicatif Convention 108+, §131.
2358 Rapport explicatif Convention 108+, §125.

Das Gesetz enthält weiterhin keine Vorgaben über den **Zeitpunkt** der Veröffentlichung. Unter altem Recht hatte es sich eingebürgert, dass der Bericht den Zeitraum zwischen dem 1. April und dem 31. März des Folgejahres abdeckt und Ende Juni publiziert wird. Anlässlich der Veröffentlichung findet jeweils eine Pressekonferenz statt. Der EDÖB stellt den Bericht persönlich, oft begleitet von einem weiteren Mitarbeitenden der Geschäftsleitung, vor und nimmt Fragen der Medienschaffenden entgegen. Nichts deutet darauf hin, dass diese Praxis unter neuem Recht nicht erhalten bleibt.

16 Der Bericht wird weder vor noch nach der Veröffentlichung dem Bundesrat oder der Bundesversammlung für eine allfällige Anpassung vorgelegt. Mit anderen Worten wird der Bericht so veröffentlicht, wie er auch der Bundesversammlung und dem Bundesrat unterbreitet wird (vgl. die diesbezüglichen Vorgaben in Art. 37 DSV). Der EDÖB übt u.a. auch die Aufsicht über die von den Bundesorganen durchgeführten Datenbearbeitungen aus. Es ist deshalb vorstellbar, dass je nach Untersuchungsergebnis aufsichtsrechtlich geprüfte Bundesorgane gewisse Anpassungen des Tätigkeitsberichts verlangen könnten. Die Veröffentlichung des unveränderten Tätigkeitsberichts ist vor diesem Hintergrund zu begrüssen und trägt dazu bei, die Unabhängigkeit des EDÖB zu verstärken.

17 Eine Präsentation des Tätigkeitsberichts vor der für die Vorbereitung der Wahl des EDÖB zuständigen Kommission oder in den Räten ist nicht vorgesehen, auch wenn dies vereinzelt in der Lehre gefordert wird[2360].

B. Tätigkeitsbericht

18 Der Tätigkeitsbericht ist das Herzstück der Öffentlichkeitsarbeit des EDÖB (vgl. Art. 57 Abs. 2 und Art. 58 DSG für weitere Möglichkeiten, die Öffentlichkeit zu sensibilisieren).

19 Anders als das europäische Recht – d.h. Art. 59 DSGVO und Art. 15 Abs. 7 SEV 108 – machen in der Schweiz weder das DSG noch die DSV inhaltliche Vorgaben. Der EDÖB entscheidet somit grundsätzlich frei über den **Inhalt** des Tätigkeitsberichts. Der Datenschutzbeauftragte nimmt gemäss Art. 58 Abs. 1 lit. f DSG auch die ihm durch das Öffentlichkeitsgesetz vom 17. Dezember

2359 Zusammenfassung Vernehmlassungsverfahren, S. 49.
2360 Walter, S. 73.

2004 (BGÖ, SR 152.3) übertragenen Aufgaben wahr. Laut Art. 19 BGÖ muss der Öffentlichkeitsbeauftragte dem Bundesrat regelmässig Bericht erstatten und diesen Bericht veröffentlichen. Seit Inkrafttreten des BGÖ am 1. Juli 2006 veröffentlicht der EDÖB einen Tätigkeitsbericht, der sowohl seine Tätigkeiten als Datenschutzbeauftragter als auch seine Aufgaben als Öffentlichkeitsbeauftragter nachzeichnet[2361].

Der Tätigkeitsbericht folgt Jahr für Jahr einem ähnlichen Aufbau, die Gewichtung der einzelnen Themenfelder kann allerdings variieren: Aktuelle Herausforderungen[2362], Datenschutz (Digitalisierung und Grundrechte; Justiz, Polizei, Sicherheit; Steuer- und Finanzwesen; Handel und Wirtschaft; Gesundheit; Arbeit; Versicherungen; Verkehr; International), Öffentlichkeitsprinzip (Allgemeines; Zugangsgesuche; Schlichtungsverfahren; Gesetzgebungsverfahren), der EDÖB (Aufgaben und Ressourcen; Kommunikation; Statistiken; Organisation des EDÖB). Der EDÖB setzt überdies pro Tätigkeitsbericht mehrere thematische Schwerpunkte. So widmete er bspw. seinen ersten Schwerpunkt im Tätigkeitsbericht 2020/2021 dem revidierten DSG[2363] und seinen zweiten Schwerpunkt dem Privacy Shield und den damit verbundenen Herausforderungen[2364]. 20

Wie alle Bundesbehörden muss der EDÖB bei der Wahrnehmung seiner gesetzlichen Aufgaben die geltenden Rechtsvorschriften beachten, namentlich jene zur Wahrung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen. Ausserdem untersteht er dem Amtsgeheimnis nach Art. 22 des Bundespersonalgesetzes (BPG, SR 172.220.1). Folglich muss er die vertrauliche Behandlung von Personendaten gewährleisten, zu denen er in Ausübung seiner Aufsichtsaufgaben Zugang erhält, namentlich wenn er seinen Tätigkeitsbericht veröffentlicht[2365]. 21

2361 EDÖB, 14. Tätigkeitsbericht 2006/2007, <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/dokumentation/taetigkeitsberichte/aeltere-berichte/14--taetigkeitsbericht-2006-2007.html> (zuletzt besucht am 05. Februar 2023).

2362 Gestützt auf die Auswertung der Vernehmlassung aus dem Jahr 2011 hat der EDÖB seither seinen Tätigkeitsbericht um dieses erste Kapitel ergänzt, in dem er eine Bilanz seiner Aktivitäten und seines Erfolgs zieht und die wichtigsten Entwicklungen und Herausforderungen im Bereich des Datenschutzes thematisiert und analysiert, vgl. BBl 2012 S. 351.

2363 EDÖB, 28. Tätigkeitsbericht 2020/2021, S. 22 ff.

2364 EDÖB, 28. Tätigkeitsbericht 2020/2021, S. 56 ff.

2365 BBl 2017 S. 7091 f.

22 Aufgrund der sehr kurz gehaltenen Beiträge im Tätigkeitsbericht (unter altem Recht ca. eine Spalte pro aufsichtsrechtliche Untersuchung) ist es – anders als bei der Veröffentlichung von Verfügungen – schwer vorstellbar, dass im Tätigkeitsbericht Fabrikations- bzw. Geschäftsgeheimnisse verraten werden.

23 In der Praxis anonymisiert der EDÖB die Namen von Privaten, gegen die ein aufsichtsrechtliches Verfahren eingeleitet, aber noch nicht abgeschlossen wurde. Sobald das Verfahren abgeschlossen ist, wird die betroffene juristische Person im darauffolgenden Tätigkeitsbericht mit Namen genannt. Die Namensnennung der fehlbaren Unternehmungen mag für die Betroffenen nicht immer angenehm sein, fällt allerdings nicht unter das Fabrikations- bzw. das Geschäftsgeheimnis. Zudem ist die Namensnennung der fehlbaren Verantwortlichen vom Normzweck von Art. 57 Abs. 1 DSG gedeckt, geht es bei der Öffentlichkeitsarbeit des EDÖB u.a. darum, Druck auf den fehlbaren Verantwortlichen auszuüben sowie andere, nicht von der Untersuchung direkt betroffene Datenschutzverantwortliche zu ermuntern, ihre Praxis anzupassen.

24 Anders sieht es bei Amtsgeheimnissen aus, die auch auf einer Zeile offenbart werden können. Allerdings dürfte in diesen Fällen das öffentliche Interesse überwiegen, die Öffentlichkeit über rechtswidrige Datenbearbeitungen durch Bundesbehörden – auch mit Blick auf die historische Verantwortung des EDÖB nach dem Fichenskandal – zu informieren (vgl. Ausführungen weiter unten betreffend Art. 57 Abs. 2 DSG).

25 Auch bezüglich der **Form** des Tätigkeitsberichts macht das Gesetz keine Vorgaben. Design und Auflage werden deshalb vom EDÖB selbständig bestimmt. Der Tätigkeitsbericht erscheint ausdrücklich nicht im bundesverwaltungsinternen Design. Die Unabhängigkeit des EDÖB kommt damit auch formell zum Ausdruck.

26 Aufgrund der Zielsetzung der Berichterstattung muss der Tätigkeitsbericht ein öffentlich zugängliches Dokument sein[2366]. Der EDÖB veröffentlicht den Bericht als kostenloses e-Paper auf seiner Website, der gedruckte Bericht kann für CHF 17.00 beim Bundesamt für Bauten und Logistik bestellt werden.

27 Seit 2017/2018 wird der Bericht auch auf Italienisch und Englisch veröffentlicht. Zwischen 1993 und 2017 wurde der Bericht jeweils nur auf Deutsch und Französisch publiziert. Das Fehlen einer italienischen

2366 SHK-Baeriswyl, Art. 57 DSG N. 13.

Übersetzung stellte einen klaren Verstoss gegen Art. 10 des Bundesgesetzes über die Landessprachen und die Verständigung zwischen den Sprachgemeinschaften (SR 441.1) dar[2367]. Auch wenn dieses Bundesgesetz die Veröffentlichung auf Englisch nicht vorschreibt, ist es zu begrüssen, dass der Tätigkeitsbericht seit einigen Jahren auch auf Englisch erscheint. Diese neu zur Verfügung stehende Übersetzung vereinfacht die persönliche Beratung des EDÖB, denn vermehrt ersuchen englischsprachige Personen den EDÖB um seinen juristischen Rat. Ein Verweis auf die englischsprachige Fassung des Tätigkeitsberichts trägt dazu bei, diese fremdsprachigen Beratungen effizienter zu gestalten.

Adressaten des Tätigkeitsberichts sind die Bundesversammlung als Wahlorgan des EDÖB, die Bundesräte als Vorsteher der einzelnen Departemente, die allesamt unzählige Datenbearbeitungen durchführen, sowie die breite Öffentlichkeit (Medienschaffende, Rechtsberater, Techniker und die breite Zivilbevölkerung). Mit anderen Worten findet Art. 57 Abs. 1 DSG auf sämtliche Tätigkeiten des EDÖB Anwendung. Diese sehr heterogenen Adressaten stellen beim Verfassen des Tätigkeitsberichts eine nicht zu unterschätzende Herausforderung dar. 28

In diesem Zusammenhang ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass die datenschutzrechtlichen Herausforderungen, die sich im privaten bzw. im öffentlichen Sektor stellen, oft ähnlicher Natur sind. Aus diesem Grund kann es u.U. lehrreich sein, die Tätigkeitsberichte der kantonalen Datenschutzbeauftragten zu lesen[2368], die gemäss kantonalem Recht dazu verpflichtet sind, Tätigkeitsberichte zu veröffentlichen. 29

III. Abs. 2: Veröffentlichung von Feststellungen und Verfügungen von allgemeinem Interesse

A. Feststellung

Die «Feststellung» ist kein juristisch klar definierter Begriff, er umschreibt den rechtlich verbindlichen Informationsauftrag des EDÖB umfassend[2369]. 30

2367 BSK-Huber, Art. 30 aDSG N. 8.

2368 Meier, Protection, N. 271. Der Kanton Zürich hat eine sehr umfangreiche Website, vgl. https://www.datenschutz.ch, auch die Seite des Basler Datenschutzbeauftragten ist sehr informativ, vgl. https://dsb.bs.ch.

31 Datenschutzrechtlich relevante Sachverhalte von allgemeinem Interesse können dem EDÖB durch die Medien, über die Hotline bzw. das Kontaktformular oder im Austausch mit anderen Bundesbehörden oder kantonalen Behörden zugetragen werden. Inwiefern der EDÖB auf eine festgestellte Information reagieren möchte, liegt in seinem Ermessen, insbesondere bezüglich Zeitpunkt und Informationskanal.

32 Der juristisch unscharfe Begriff «Feststellung» bietet den Vorteil, flexibler und schneller als mittels Erlass einer Verfügung auf einen (möglichen) DSG-Verstoss zu reagieren. Zudem bietet dieser unscharfe Begriff die Möglichkeit, die Öffentlichkeit auch dann über einen datenschutzrechtlich relevanten Sachverhalt zu informieren, wenn die Voraussetzungen für die Einleitung einer Untersuchung nach Art. 49 DSG nicht gegeben sind.

33 Ob und wie oft Feststellungen in Zukunft veröffentlicht werden, wird sich weisen müssen. Wie bei allen rechtlich unscharfen Begriffen hängt die Auslegung dieses Begriffs vom jeweiligen EDÖB ab.

B. Verfügung

34 Neu kann der EDÖB verfügen (vgl. Art. 49 bis 51 DSG). Im Rahmen der Vernehmlassung haben einige Vernehmlassungsteilnehmer aus der Wirtschaft gewünscht, dass der EDÖB seine Verfügungen nicht veröffentlicht, sondern lediglich die Sachverhalte, über die eine Untersuchung eröffnet wurde. Diese Teilnehmer waren der Ansicht, dass nur so die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen gewährleistet werden können. Einzelne Teilnehmer vertraten dagegen die Meinung, dass sämtliche Verfügungen des EDÖB veröffentlicht werden sollten[2370]. Die im Gesetz festgehaltene Regel stellt also einen Kompromiss dar und ermöglicht es dem EDÖB, im Einzelfall etwaige Geschäfts- bzw. Amtsgeheimnisse gegen das allgemeine Interesse an der Aufklärung eines rechtswidrigen Sachverhalts abzuwägen. Das allgemeine Interesse dürfte mit Blick auf die Ziele der Öffentlichkeitsarbeit des EDÖB grundsätzlich breit ausgelegt werden.

C. Allgemeines Interesse

35 Weder im revidierten DSG noch in der überarbeiteten DSV oder in der Botschaft aus dem Jahre 2017 wird das «allgemeine Interesse» definiert. Auch

in der vorherigen Botschaft zum alten DSG wurde der Begriff nicht definiert. Nur ein Beispiel wurde damals vom Bundesrat aufgeführt: die Veröffentlichung einer Empfehlung zu einem Informationssystem von gesamtschweizerischer Bedeutung sei im allgemeinen Interesse[2371]. In der Lehre werden weitere, aktuellere Beispiele erwähnt: die fragliche Datenbearbeitung stellt eine besondere Gefährdungssituation für die Grundrechte und die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen dar, sie betrifft die generelle Umsetzung des DSG, sie hat präjudiziellen Charakter oder sie wird in der Öffentlichkeit breit diskutiert[2372]. Ferner kann gemäss Rosenthal/Jöhri die Veröffentlichung festgestellter Missstände (ohne weitere Präzisierung) im öffentlichen Interesse sein[2373]. Aufgrund des heutigen digitalen Markts dürfte auch die Veröffentlichung einer DSG-Verletzung durch einen Marktführer im öffentlichen Interesse sein. Auf jeden Fall ist der Begriff auch unter revidiertem Recht weit auszulegen. Der EDÖB kann seine Öffentlichkeitsarbeit ansonsten u.U. nur ungenügend wahrnehmen[2374].

In der Regel werden die Informationen von allgemeinem Interesse eine gewisse Dringlichkeit haben und von der üblichen Berichterstattung abweichen. Fehlt die Dringlichkeit, können diese Informationen im nächsten Tätigkeitsbericht veröffentlicht werden[2375]. 36

Welche Informationen im allgemeinen Interesse sind und folglich veröffentlicht werden sollten, hängt u.a. auch von der gestützt auf die verfügbaren personellen Ressourcen gemachten Priorisierung der hängigen Geschäfte ab[2376]. Auch wenn es stimmt, dass die Bundesversammlung mit Inkrafttreten des neuen DSG zusätzliche Stellen geschaffen hat, so bleibt der EDÖB chronisch unterbesetzt[2377]. Somit ist es auch in Zukunft möglich, dass Feststellungen, die im allgemeinen Interesse wären, verspätet oder gar nicht veröffentlicht werden. 37

2369 BSK-Huber, Art. 30 aDSG N. 12.
2370 Zusammenfassung Vernehmlassungsverfahren, S. 49.
2371 BBl 1988 S. 481.
2372 SHK-Baeriswyl, Art. 57 DSG N. 17.
2373 Rosenthal/Jöhri, N. 8.
2374 SHK-Baeriswyl, Art. 57 DSG N. 18.
2375 SHK-Baeriswyl, Art. 30 aDSG N. 10.
2376 BSK-Huber, Art. 30 aDSG N. 12a.
2377 EDÖB, 29. Tätigkeitsbericht 2021/2022, S. 85 f.; bereits unter altem Recht war die Problematik bekannt, Meier, Protection, N. 1876; Baeriswyl, Standortbestimmung, S. 17.

D. Veröffentlichung

38 Der **Zeitpunkt** der Veröffentlichung ist wie auch schon unter altem Recht[2378] frei wählbar. Die Frage nach dem Veröffentlichungszeitpunkt ist nicht immer gleich wichtig. Wenn die Veröffentlichung einer Feststellung aber als Druckmittel eingesetzt wird, so ist eine mit Blick auf die Zeit strategische Veröffentlichung entscheidend[2379].

39 Das DSG sieht für die Öffentlichkeitsarbeit des EDÖB keine **Form**vorschriften vor. Der Kommunikationskanal ist somit auch unter neuem Recht frei wählbar[2380]. In der Vergangenheit hat der EDÖB Musterbriefe, Musterverträge, Leitfäden, Merkblätter und FAQ auf seiner Webseite publiziert. Auch verfasst er verwaltungsinterne Gutachten. Zudem hält der EDÖB Referate zu aktuellen Themen, veröffentlicht schriftliche Beiträge in spezialisierten Zeitschriften und gibt Interviews in den Medien. Die Kommunikationsabteilung betreibt ein Twitterkonto (@derBeauftragte) und verfasst regelmässig Medienmitteilungen. Verschiedene Mitarbeitende haben bei der Erstellung eines Lehrmittels für Jugendliche mitgearbeitet. Denkbar wären auch breiter angelegte Kampagnen[2381]. Unabhängig des gewählten Kommunikationskanals muss der EDÖB mit Blick auf eine effektive Sensibilisierung der Öffentlichkeit stets die Grundsätze einer professionellen Kommunikationspolitik befolgen[2382].

40 Veröffentlichte Feststellungen haben nicht die **rechtliche Tragweite** von Verfügungen oder Gesetzen. Sie sind rechtlich unverbindlich[2383]. Im Streitfall entscheidet das angerufene Gericht unabhängig, auch wenn sich der betroffene Verantwortliche im Vorfeld an den EDÖB in seiner Beraterfunktion gewandt oder sich auf eine veröffentlichte Feststellung gestützt hat. Die Tatsache, dass die Privatperson dem Rat des EDÖB gefolgt ist, kann bei der Prüfung des Verschuldens im Rahmen von reparatorischen Klagen allerdings eine wichtige Rolle spielen[2384].

2378 Waldmann/Oeschger, N. 21; Jöhri, N. 8.68.
2379 Jöhri, N. 8.53; Meier, N. 1885; gleicher Ansicht betreffend die analoge Bestimmung im Europarecht, NHK-Ziebarth, Art. 59 DSGVO N 3.
2380 Waldmann/Oeschger, N 21.
2381 BSK-Huber, Art. 30 aDSG N. 12.
2382 SHK-Baeriswyl, Art. 30 aDSG N. 19.
2383 BSK-Huber, Art. 30 aDSG N. 13.
2384 Meier, Protection, N. 1889.

Die Veröffentlichung von Feststellungen kennt allerdings auch **Grenzen**, die in Art. 36 Abs. 6 DSG festgelegt wurden (wesentliche öffentliche Interessen, offensichtlich schutzwürdiges Interesse der betroffenen Person, gesetzliche Geheimhaltungspflichten oder besondere Datenschutzvorschriften)[2385]. Wie alle Bundesbehörden muss der EDÖB die geltenden Rechtsvorschriften beachten, namentlich jene zur Wahrung von **Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen** und jene, die den Geheim- und Privatbereich schützen (üble Nachrede [Art. 173 StGB], Verleumdung [Art. 174 StGB], Beschimpfung [Art. 177 StGB]) sowie das Verbot der Nötigung (Art. 181 StGB). Ausserdem untersteht er dem **Amtsgeheimnis** nach Art. 22 BPG. Folglich muss der EDÖB die vertrauliche Behandlung von Personendaten gewährleisten, zu denen er in Ausübung seiner Aufsichtsaufgaben Zugang erhält[2386]. Nichts deutet darauf hin, dass der EDÖB seine Praxis ändert, wonach er vor einer geplanten Veröffentlichung die betroffenen Verantwortlichen kontaktiert und fragt, ob man vor der Publikation allenfalls Geschäfts- bzw. Amtsgeheimnisse schwärzen soll. Diese Kontaktaufnahme sollte allerdings nicht mit dem Einholen eines Einverständnisses verwechselt werden. 41

Zudem gilt der Grundsatz der **Anonymisierung von Personendaten**. Personendaten, die veröffentlicht werden sollen, werden aus diesem Grund vor der geplanten Veröffentlichung grundsätzlich anonymisiert[2387]. Namen von leitenden Verwaltungsmitarbeitenden, die in Ausübung ihres Verwaltungsauftrages handeln bzw. die Namen der privaten Verantwortlichen geniessen in diesem Zusammenhang keinen besonderen Schutz[2388]. 42

Der Grundsatz der Anonymisierung kennt eine wichtige Ausnahme. Ist der EDÖB der Ansicht, die Veröffentlichung der ungeschwärzten Feststellung bzw. Verfügung sei im öffentlichen Interesse, so kann er neu selbst auf die Anonymisierung verzichten[2389] (unter altem Recht durfte der EDÖB Personendaten, die dem Amtsgeheimnis unterstehen, nur mit Zustimmung der betroffenen Behörde veröffentlichen). Diese Entwicklung ist zu begrüssen, verstärkt sie doch klar die Unabhängigkeit des EDÖB. Mit zunehmender 43

2385 BBl 2017 S. 7096.
2386 BBl 2017 S. 7091 f.
2387 BBl 2017 S. 7096.
2388 BSK-Huber, Art. 30 aDSG N. 16a.
2389 BBl 2017 S. 7096.

Sensibilisierung der Öffentlichkeit für datenschutzrechtliche Fragestellungen[2390], überrascht diese Gesetzesrevision nicht. Zusammengefasst ist deshalb davon auszugehen, dass der Grundsatz der Anonymisierung eher eng ausgelegt wird und nicht grundsätzlich alle Veröffentlichungen anonymisiert werden[2391].

44 Betreffend Anonymisierung gilt es zudem festzuhalten, dass eine effektive Anonymisierung von Personendaten angesichts der technologischen Fortschritte immer schwieriger wird[2392]. Überdies ist eine Anonymisierung u.U. nicht zielführend, namentlich wenn die Veröffentlichung der Feststellung als Druckmittel eingesetzt werden sollte.

45 **Strafrechtliche Bestimmungen**, wie z.B. üble Nachrede, Verleumdung, Beschimpfung, Nötigung oder Amtsmissbrauch, bleiben selbstverständlich vorbehalten. Der EDÖB geniesst keine strafrechtliche Immunität[2393] und muss diese strafrechtlichen Bestimmungen im Rahmen seiner Öffentlichkeitsarbeit beachten.

46 In diesem Zusammenhang ist abschliessend darauf hinzuweisen, dass das DSG nur auf Bekanntgaben bzw. Veröffentlichungen von Personendaten Anwendung findet (vgl. Art. 1 DSG bzw. Art. 36 DSG). Es ist allerdings vorstellbar, dass der EDÖB im Rahmen seiner Aufsichtstätigkeit auf Sachdaten i.S.v. Art. 5 lit. a *a contrario* stösst. Die Bekanntgabe von Sachdaten untersteht nicht dem DSG, diese Daten können aber u.U. vom Amtsgeheimnis geschützt sein und deren Bekanntgabe somit den Bestimmungen des BPG unterliegen (z.B. Strategien, Pläne oder Massnahmen im Cybersecuritybereich). In diesen Fällen finden die Ausführungen betreffend Bekanntgabe von Personendaten (Art. 36 ff. DSG) wohl analog Anwendung[2394]. Eine Bestimmung über die Entbindung vom Amtsgeheimnis betreffend Sachdaten fehlt im DSG. Es ist deshalb davon auszugehen, dass sich der EDÖB auch in solchen Konstellationen selbst vom Amtsgeheimnis befreien kann. Ob dies tatsächlich dem gesetzgeberischen Willen entspricht, ist v.a. auch mit Blick auf die politisch angespannte Lage in Europa fraglich.

2390 EDÖB, 29. Tätigkeitsbericht 2021/2022, Vorwort.
2391 Anderer Ansicht, vgl. SHK-Baeriswyl, Art. 30 aDSG N. 21.
2392 Statt vieler m.w.H., Meier, Big Data, S. 56.
2393 BSK-Huber, Art. 30 aDSG N. 19.
2394 Gleicher Ansicht unter altem Recht, BSK-Huber, Art. 30 aDSG N. 16b.

LITERATURVERZEICHNIS

Baeriswyl Bruno, Datenschutzgesetzgebung in der Schweiz – Standortbestimmung und Ausblick, in: Kieser Ueli/Pärli Kurt (Hrsg.), Datenschutz im Arbeits-, Versicherungs- und Sozialbereich: Aktuelle Herausforderungen, St. Gallen 2012, S. 10 ff. (zit. Baeriswyl, Standortbestimmung).

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 30 aDSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, 1. Aufl., Bern 2015 (zit. SHK-Baeriswyl, Art. 30 aDSG).

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 57 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2023 (zit. SHK-Baeriswyl, Art. 57 DSG).

Huber René, Kommentierung zu Art. 30 aDSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor-Paul (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK-Huber, Art. 30 aDSG).

Jöhri Yvonne, §8 Aufgabe und Bedeutung der öffentlichen Datenschutzbeauftragten, in: Passadelis Nicolas/Rosenthal David/Thür Hanspeter (Hrsg.), Datenschutzrecht: Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Handbücher für die Anwaltspraxis, Basel 2015, S. 245 ff. (zit. Jöhri).

Meier Philippe, Protection des données: fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011 (zit. Meier, Protection).

Meier Philippe, Le défi de Big Data dans les relations entre privés: avec quelques réflexions de lege ferenda, in: Epiney Astrid (Hrsg.), Big Data und Datenschutzrecht, Zürich 2016, S. 47 ff. (zit. Meier, Big Data).

Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008 (zit. Rosenthal/Jöhri).

Waldmann Bernhard/Oeschger Marcus, §15 Aufsicht, in: Belser Eva Maria/Epiney Astrid/Waldmann Bernhard, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011 (zit. Waldmann/Oeschger).

Walter Jean-Philippe, L'indépendance des autorités de protection des données, in: Epiney Astrid/Hänni Julia/Brülisauer Flavia (Hrsg.), Die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden und weitere aktuelle Fragen des Datenschutzrechts/L'indépendance des autorités de surveillance et autres questions actuelles en droit de la protection des données, Zurich/Bâle/Genève 2012, S. 71 ff. (zit. Walter).

Ziebarth Wolfgang, Kommentierung zu Art. 59 DSGVO, in: Sydow Gernot (Hrsg.), Nomos Handkommentar, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl., Baden-Baden 2018 (zit. NHK-Ziebarth, Art. 59 DSGVO).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23.3.1988 (zit. BBl 1988 II S. 413 ff.).

14. Tätigkeitsbericht des EDÖB 2006/2007 vom 31.3.2007 (zit. EDÖB, 14. Tätigkeitsbericht 2006/2007).

Bericht des Bundesrates über die Evaluation des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 9.12.2011 (zit. BBl 2012 S. 335 ff.).

Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 10.8.2017 (zit. Zusammenfassung Vernehmlassungsverfahren).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.72017 (zit. BBl 2017 S. 6941 ff.).

Rapport explicatif relatif à la Convention modernisée pour la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel du 18.5.2018 (zit. Rapport explicatif Convention 108+).

28. Tätigkeitsbericht des EDÖB 2020/2021 vom 31.3.2021 (zit. EDÖB, 28. Tätigkeitsbericht 2020/2021).

29. Tätigkeitsbericht des EDÖB 2021/2022 vom 31.3.2022 (zit. EDÖB, 29. Tätigkeitsbericht 2021/2022).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 58 DSG

Eine Kommentierung von Myriam Christ

ZITIERVORSCHLAG

Myriam Christ, Kommentierung zu Art. 58 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Christ, N. XXX zu Art. 58 DSG.

Art. 58 Weitere Aufgaben

[1] Der EDÖB nimmt darüber hinaus insbesondere folgende Aufgaben wahr:

a. Er informiert, schult und berät die Bundesorgane sowie private Personen in Fragen des Datenschutzes.

b. Er unterstützt die kantonalen Organe und arbeitet mit schweizerischen und ausländischen Behörden, die für den Datenschutz zuständig sind, zusammen.

c. Er sensibilisiert die Bevölkerung, insbesondere schutzbedürftige Personen, in Bezug auf den Datenschutz.

d. Er erteilt betroffenen Personen auf Anfrage Auskunft darüber, wie sie ihre Rechte ausüben können.

e. Er nimmt Stellung zu Erlassentwürfen und Massnahmen des Bundes, die eine Datenbearbeitung zur Folge haben.

f. Er nimmt die ihm durch das Öffentlichkeitsgesetz vom 17. Dezember 2004[21] oder andere Bundesgesetze übertragenen Aufgaben wahr.

g. Er erarbeitet Arbeitsinstrumente als Empfehlungen der guten Praxis zuhanden von Verantwortlichen, Auftragsbearbeitern und betroffenen Personen; hierfür berücksichtigt er die Besonderheiten des jeweiligen Bereichs sowie den Schutz von schutzbedürftigen Personen.

[2] Er kann auch Bundesorgane beraten, die gemäss den Artikeln 2 und 4 nicht seiner Aufsicht unterstehen. Die Bundesorgane können ihm Akteneinsicht gewähren.

[3] Der EDÖB ist befugt, gegenüber den ausländischen Behörden, die für den Datenschutz zuständig sind, zu erklären, dass im Bereich des Datenschutzes in der Schweiz die direkte Zustellung zulässig ist, sofern der Schweiz Gegenrecht gewährt wird.

GLIEDERUNG

In Kürze 866
I. Allgemeines 866
A. Normzweck und Hintergrund 866
B. Entstehungsgeschichte 867
C. Rechtsvergleichende Hinweise 868
II. Abs. 1: Besondere Aufgaben des EDÖB 869
A. Lit. a: Informationsauftrag 869
B. Lit. b: Unterstützung kantonaler und internationaler Behörden 871
C. Lit. c: Sensibilisierungsauftrag 873
D. Lit. d: Beratungsauftrag 875
E. Lit. e: Konsultation des EDÖB im Gesetzgebungsverfahren des Bundes 877
F. Lit. f: Aufgaben gemäss BGÖ 878
G. Lit. g: Empfehlungen der guten Praxis 879
III. Abs. 2: Erweiterter Beratungsauftrag 880
IV. Abs. 3: Internationale Rechtshilfe 881
Literaturverzeichnis 881
Materialienverzeichnis 882

IN KÜRZE

Die in Art. 58 DSG festgelegte Aufgabenliste ergänzt die bereits in Art. 57 DSG vorgesehenen Aufgaben des EDÖB. So legt diese Bestimmung bspw. fest, dass der EDÖB die Bevölkerung in Bezug auf den Datenschutz sensibilisiert, zu Erlassentwürfen des Bundes Stellung nimmt oder Empfehlungen der guten Praxis veröffentlicht. Die Aufgabenliste in Art. 58 DSG ist allerdings nicht abschliessend. Weitere, nicht spezifisch festgelegte Aufgaben können somit vom EDÖB übernommen werden, sofern sie mit den grundsätzlichen Zielsetzungen des DSG im Einklang stehen.

I. ALLGEMEINES

A. Normzweck und Hintergrund

1 Gemäss Wortlaut des Ingresses («Der EDÖB nimmt darüber hinaus insbesondere folgende Aufgaben wahr») ist Art. 58 DSG als Ergänzung bzw. als Auffangbestimmung[2395] zu Art. 57 DSG zu verstehen. Art. 58 DSG konkretisiert den Umfang der Beratungs- bzw. Informationstätigkeit des EDÖB gemäss Art. 57 DSG, den der EDÖB aufgrund seiner gesetzlich verankerten Unabhängigkeit weitgehend selber gestaltet[2396].

2 Die Aufgabenliste des EDÖB ist auch unter revidiertem Recht nicht abschliessend («insbesondere»). Für zusätzliche Aufgaben bleibt also auch unter neuem Recht ein gewisser Spielraum, solange diese nicht dem Zweck des DSG widersprechen[2397]. In diesem Zusammenhang ist ebenso darauf hinzuweisen, dass weitere Aufgaben des EDÖB an anderen Stellen des DSG festgelegt sind, so z. B. in Art. 11 DSG (Stellungnahmen zu Verhaltenskodizes), Art. 12 Abs. 4 DSG (Meldung der Verzeichnisse von Bearbeitungstätigkeiten), Art. 16 Abs. 2 DSG (Datenbekanntgabe ins Ausland), Art. 23 DSG (Konsultation des EDÖB im Rahmen von Datenschutz-Folgeabschätzungen) oder Art. 24 DSG (Meldung von Verletzungen der Datensicherheit). Wiederum andere Aufgaben des EDÖB sind in verschiedenen Spezialgesetzen festgelegt, so z. B.

2395 BSK-Huber, Art. 31 aDSG N. 1.

2396 Aufsichtsrechte sind hingegen formell-gesetzlich geregelt, vgl. hierzu Art. 49 ff. DSG, vgl. SHK-Baeriswyl, Art. 31 aDSG N 2.

2397 BSK-Huber, Art. 31 aDSG N 1.

in Art. 84*b* KVG (Sicherstellung des Datenschutzes durch die Versicherer) oder in Art. 63 Abs. 3 i.V.m. Art. 64 NDG (Prüfung durch den EDÖB, ob der NDB die Personendaten der gesuchstellenden Person rechtmässig bearbeitet hat).

Für weitergehende Ausführungen zu Normzweck und Hintergrund wird auf die diesbezüglichen allgemeinen Ausführungen zu Art. 57 DSG verwiesen[2398]. 3

B. Entstehungsgeschichte

Im Rahmen der Revision wurde Art. 31 aDSG an das EU-Recht und an die Vorgaben des Europarats angepasst. Die Aufgabenliste des EDÖB wurde aus diesem Grund leicht angepasst bzw. ergänzt[2399]. 4

Nicht in den revidierten Art. 58 DSG übernommen wurden die Art. 31 Abs. 1 lit. d aDSG (angemessener Schutz von Datenschutzgesetzgebungen im Ausland), Art. 31 Abs. 1 lit. e aDSG (Prüfung der Garantien für Datentransfers in nicht äquivalente Staaten) und Art. 31 Abs. 1 lit. f aDSG (Zertifizierungsverfahren). Neu klärt nicht mehr der EDÖB, sondern der Bundesrat bzw. das BJ[2400] ab, ob die Gesetzgebung eines betreffenden Staates einen angemessenen Schutz gewährleistet (Art. 16 Abs. 1 DSG). Die Liste mit den Staaten, Gebieten, spezifischen Sektoren in einem Staat und internationale Organisationen mit einem gemäss dem Bundesrat angemessenen Datenschutz sind neu im Anhang 1 der DSV aufgeführt. Die Prüfung der Garantien für einen Datentransfer in einen *nicht* äquivalenten Staat ist neu ausführlich in Art. 16 Abs. 2 DSG geregelt und wird auch unter neuem Recht grundsätzlichen vom EDÖB übernommen[2401]. Die Zertifizierung wird neu in Art. 13 DSG geregelt. Unter aktuellem Recht kann der EDÖB die Zertifizierungsverfahren nicht mehr selber prüfen (Art. 31 Abs. 1 lit. f aDSG). Ein aufsichtsrechtliches Verfahren i.S.v. Art. 49 ff. DSG bleibt in diesem Zusammenhang vorbehalten. 5

2398 Vgl. Kommentar zu Art. 57 DSG N. 1.

2399 BBl 2017 7096.

2400 Gemäss Botschaft ist die Schaffung einer neuen Vollzeitstelle für diese Aufgabe vorgesehen, vgl. BBl 2017 7179.

2401 Ausnahmen zu den in Art. 16 DSG festgelegten Grundsätzen sind in Anlehnung an Art. 6 Abs. 2 lit. b bis f aDSG neu in Art. 17 DSG festgelegt.

6 Für weitergehende Ausführungen zur Entstehungsgeschichte betreffend Beratungs- und Informationstätigkeiten von datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden wird auf die Ausführungen zu Art. 57 DSG verwiesen[2402].

C. Rechtsvergleichende Hinweise

7 Im europäischen Recht sind die Aufgaben der jeweiligen Datenschutzbehörden unbeschadet anderer an einzelnen Stellen der DSGVO dargelegten Aufgaben in Art. 57 DSGVO festgehalten.

8 Art. 58 DSGVO legt die konkreten Befugnisse fest, mit denen die Aufsichtsbehörden die in Art. 57 DSGVO festgelegten Zielsetzungen erreichen können.

9 Art. 57 und 58 DSGVO gehen hinsichtlich des Detailgrades deutlich über die "Schwester-Regelungen" in Art. 57 und 58 DSG hinaus. Diese Detailfreude im europäischen Datenschutzrecht[2403] will die Rechtssicherheit und den Grundrechtsschutz verbessern, nachdem die Vorgängerbestimmung (Art. 28 Richtlinie 95/46/EG) nur einen groben Rahmen vorgab, der unter altem Recht durch nationale Bestimmungen sehr unterschiedlich ausgefüllt worden war[2404]. Abgesehen von den formellen Unterschieden (Detailgrad und Aufbau) sind keine grundlegenden inhaltlichen Unterschiede zwischen den europäischen Bestimmungen und den schweizerischen Bestimmungen auszumachen[2405]. Diese Feststellung ist nicht weiter erstaunlich: Die alte Aufgabenliste in Art. 31 aDSG wurde mit dem ausdrücklichen Ziel ergänzt, die europarechtlichen Vorgaben gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. d und e Richtlinie (EU) 2016/680[2406] und die Anforderungen von Art. 12bis Ziff. 2 lit. e E-SEV umzusetzen[2407].

2402 Vgl. Kommentar zu Art. 57 DSG N. 1.

2403 NHK-Ziebarth, Art. 57 DSGVO N. 1.

2404 NHK-Ziebarth, Art. 58 DSGVO N. 3 f.

2405 Für Ausführungen betreffend die Unterschiede zwischen Art. 57 Abs. 1 DSG und Art. 59 DSGVO (Veröffentlichung eines Tätigkeitsberichts), vgl. Kommentar zu Art. 57 DSG.

2406 In diesem Zusammenhang gilt es darauf hinzuweisen, dass der Wortlaut der Richtlinie (EU) 2016/680 auf die DSGVO abgestimmt ist, damit auch für personenbezogene Daten, die zum Zweck der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung von Straftaten bearbeitet werden, ein hohes Schutzniveau gewährleistet ist, vgl. BBl 2017 6989. Art. 46 Richtlinie (EU) 2016/680 entspricht Art. 57 DSGVO, Art. 47 Richtlinie (EU) 2016/680 entspricht Art. 58 DSGVO.

2407 BBl 2017 S. 7096.

II. ABS. 1: BESONDERE AUFGABEN DES EDÖB

A. Lit. a: Informationsauftrag

Art. 58 Abs. 1 lit. a DSG wurde im Rahmen der Revision neu ins DSG aufgenommen. Diese neue Bestimmung soll den in Art. 57 DSG festgelegten Informationsauftrag des EDÖB präzisieren. 10

Diese neue Bestimmung sieht ausdrücklich vor, dass der EDÖB seinen Beratungs- und Informationsauftrag nicht nur gegenüber den öffentlichen Organen, sondern auch gegenüber Privaten wahrnimmt. Diese sprachliche Präzisierung, die der Praxis des EDÖB unter altem Recht entspricht, ist zu begrüssen. 11

Mit Blick sowohl auf den Gesetzeswortlaut als auch auf die Botschaft[2408] verfügt der EDÖB über einen weiten Spielraum, wie er diesen Informationsauftrag in der Praxis umsetzen möchte. Es steht ihm grundsätzlich frei, welche Entscheidungsträger aus Verwaltung, Politik, Wissenschaft und Wirtschaft er informiert, schult bzw. berät. Allerdings ist der Ermessensspielraum des EDÖB nicht grenzenlos: Die Unabhängigkeit des EDÖB muss auch bei der Umsetzung des Informationsauftrags i.S.v. Art. 58 Abs. 1 lit. a DSG stets gewahrt werden. In der Praxis kann es u.U. zu problematischen Konstellationen führen, wenn der EDÖB selbst bzw. Mitglieder seiner Geschäftsleitung einen zu engen persönlichen Kontakt mit gewissen Entscheidungsträgern pflegen und dieser Kontakt bzw. Austausch für Dritte den Anschein von Befangenheit des EDÖB erweckt bzw. den EDÖB in einem möglichen, nachgelagerten aufsichtsrechtlichen Verfahren beeinflusst[2409]. 12

Im Rahmen seines Informationsauftrags nimmt der EDÖB z. B. an der jährlichen Datenschutzrechtstagung der Universität Freiburg teil, publiziert Leitfäden, Musterbriefe und FAQ betreffend von Bundesorganen oder Privaten durchgeführten Datenbearbeitungen[2410], berät Private sowohl telefonisch als auch schriftlich oder tauscht sich regelmässig mit dem Verein Unternehmensdatenschutz (VUD) aus[2411]. Auch kann er Informationsveranstaltungen oder Weiterbildungen für Verantwortliche im 13

2408 BBl 2017 S. 7097.
2409 Auch schon unter altem Recht kritisch, vgl. BSK-Huber, Art. 31 aDSG N. 38.

öffentlichen Sektor durchführen[2412]. Unter dem Stichwort «schulen» wäre auch eine Zusammenarbeit mit den verschiedenen rechtswissenschaftlichen Fakultäten denkbar. Zurzeit ist an keiner Schweizer Universität Datenschutzrecht eine Pflichtvorlesung[2413]. Die künftigen Juristinnen und Juristen sind Stand heute mit Blick auf die Querschnittsmaterie «Datenschutz» gar nicht bzw. nur ungenügend auf die diesbezüglichen Herausforderungen in der juristischen Praxis vorbereitet.

14 Neu kann der EDÖB für Beratungen von Privaten in Fragen des Datenschutzes nach Art. 58 Abs. 1 DSG gestützt auf Art. 59 Abs. 1 lit. e DSG i.V.m. Art. 44 DSV Gebühren erheben. Diese Gebühren bemessen sich nach Zeitaufwand, wobei ein Stundensatz von CHF 150.00 bis 250.00 gilt.

15 Unter anderem mit Blick auf eine effiziente, schweizweite Umsetzung dieses gesetzlich normierten Informationsauftrags ist es auch unter neuem Recht entscheidend, dass der EDÖB und sein Stellvertreter bzw. seine Stellvertreterin nicht aus derselben Sprachregion stammen. Grundsätzlich sollten der EDÖB und sein Stellvertreter bzw. seine Stellvertreterin somit auch weiterhin für die Umsetzung des Informationsauftrags in ihrer jeweiligen Herkunftsregion verantwortlich sein (z.B. Wahrnehmung von Interviewanfragen).

16 Je öfter der EDÖB auf diversen Kanälen seinen Informationsauftrag wahrnimmt, desto eher wird eine breite Öffentlichkeit über die aktuellen datenschutzrechtlichen Herausforderungen informiert. Allerdings hängt die tatsächliche Umsetzung des Informationsauftrags von den verfügbaren personellen Ressourcen ab, die nach wie vor bescheiden sind[2414].

2410 Gemäss Medienmitteilung des EDÖB vom 27. Januar 2023 laufen die Vorbereitungsarbeiten des EDÖB, inkl. Überarbeitung der gesamten auf der Webseite verfügbaren Information, plangemäss, vgl. EDÖB, Datenschutztag 2023 – Themen: Erneuerungswahlen und neue Datenschutzgesetzgebungen für Bund und Kantone, 27.01.2023, <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/aktuell/aktuell_news.html#-1930896782> (zuletzt besucht am 25.3.2023).

2411 Für zusätzliche Beispiele, vgl. Kommentar zu Art. 57 DSG N. 39.

2412 BBl 2017 S. 7097.

2413 Bereits unter altem Recht kritisch betreffend die universitäre Ausbildung von Juristinnen und Juristen, vgl. BSK-Huber, Art. 31 aDSG N. 39.

2414 Vgl. Kommentar zu Art. 57 DSG N. 37.

B. Lit. b: Unterstützung kantonaler und internationaler Behörden

Art. 58 Abs. 1 DSG lit. b ist aus Art. 31 Abs. 1 lit. a und lit. c aDSG hervorgegangen. Die Unterstützung kantonaler und internationaler Behörden ist gemäss ausdrücklichem Gesetzeswortlaut ***kein*** Spezialfall der Beratungstätigkeit des EDÖB[2415]. Der EDÖB darf die kantonalen Behörden «nur» unterstützen und nicht «beraten». Aufgrund der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Kantonen[2416] steht es dem EDÖB nicht zu, soweit die kantonalen Datenschutzstellen kompetent sind, kantonale Organe zu beraten[2417]. Unter altem Recht war aufgrund des Gesetzeswortlautes («Organe der Kantone») ausgeschlossen, dass der EDÖB auch Gemeinden unterstützt. Neu ist aufgrund des leicht angepassten Gesetzeswortlautes («schweizerische Behörden») denkbar, dass der EDÖB auch kommunale Organe unterstützt. Aufgrund der Kompetenzaufteilung im Datenschutzbereich sollte es in der Praxis aber weiterhin so bleiben, dass sich die kommunalen Organe bei Fragen oder Unklarheiten an die zuständige kantonale Datenschutzstelle wenden müssen. 17

Unter altem Recht war zudem aufgrund des Gesetzeswortlautes unklar, ob die diesbezügliche Bestimmung nur auf öffentliche Organe Anwendung fand oder auch Datenschutzstellen privater Unternehmen mitumfasste[2418]. Mit Blick auf den aktuellen Wortlaut von Art. 58 Abs. 1 lit. b DSG ist klar, dass sich der Anwendungsbereich dieser Bestimmung auf öffentliche Organe beschränkt. 18

Aus den vorangehenden Ausführungen folgt, dass sich die Beratungen des EDÖB auf Bereiche beschränken müssen, für die die Kantone nicht zuständig sind (Beratungen von privaten Personen und von Bundesorganen, vgl. Art. 58 Abs. 1 lit. a DSG) sowie auf Abklärungen bezüglich Zuständigkeitsabgrenzungen zwischen Bund und Kantonen. Eine eigentliche Zusammenarbeit in konkreten Einzelfällen findet aufgrund der 19

2415 BSK-Huber, Art. 31 aDSG N. 3 ff.; SHK-Baeriswyl, Art. 31 aDSG N. 5.

2416 Für einen Überblick über die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen im Bereich des Datenschutzes, vgl. Belser, § 5 N. 4 ff.

2417 Heute verfügen sämtliche Kantone über Datenschutzvorschriften, die mit Blick auf die Anforderungen des SEV 108 und des entsprechenden Zusatzprotokolls einen angemessenen Datenschutz gewährleisten. Die Vernehmlassung hat somit ergeben, dass Art. 37 aDSG (Vollzug durch die Kantone) überflüssig war. Diese Bestimmung wurde im Rahmen der Revision aufgehoben, vgl. BBl 2017 S. 7105.

2418 BSK-Huber, Art. 31 aDSG N. 16.

Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen nicht statt[2419]. In diesem Sinne ist der gewählte Wortlaut («arbeitet mit schweizerischen Behörden zusammen») irreführend.

20 Die vom EDÖB geleistete Unterstützung i.S.v. Art. 58 Abs. 1 lit. b DSG ist weiterhin an keine **Form** gebunden[2420] und bleibt auch unter neuem Recht **kostenlos**[2421].

21 Angesichts der zunehmend länderübergreifenden Problemstellungen wird die Unterstützung von **ausländischen Behörden** immer wichtiger[2422]. Der EDÖB tauscht sich mit Blick auf Art. 58 Abs. 1 lit. b DSG nicht nur mit Vertretern der kantonalen Behörden aus, sondern hat auch in verschiedenen internationalen Organisationen Einsitz und unterstützt in diesem Rahmen ausländische bzw. internationale Behörden bei der Umsetzung eines weltweit effektiven Datenschutzes[2423].

22 Aufgrund seiner gesetzlich festgelegten Unabhängigkeit muss der EDÖB immer selbst entscheiden können, ob und inwieweit er eine andere Behörde unterstützen will. Ein verbindlicher Unterstützungsauftrag wäre mit der Unabhängigkeit des EDÖB nicht vereinbar [2424].

23 Betreffend die **Grenzen** dieser durch den EDÖB angebotenen Unterstützung gilt es überdies festzuhalten, dass Art. 58 Abs. 1 lit. b DSG weder eine Grundlage für eine Bundeskompetenz im Bereich des Datenschutzes[2425] noch eine Grundlage für einen Informationsaustausch mit anderen Behörden (weder national noch international) darstellt. Diese Bestimmung sollte lediglich einen fachlichen Austausch zwischen Behörden ermöglichen[2426] und

---

2419 BSK-Huber, Art. 31 aDSG N. 14.

2420 SHK-Baeriswyl, Art. 31 aDSG N. 5.

2421 Art. 59 DSG *a contrario* i.V.m. Art. 44 Abs. 5 DSV.

2422 So bereits unter altem Recht, vgl. Jöhri, § 8 N 8.75; m.w.H. EDÖB, 28. Tätigkeitsbericht 2020/2021, S. 58 ff. sowie EDÖB, 29. Tätigkeitsbericht 2021/2022, S. 57 ff.

2423 Zu diesen internationalen Gremien bzw. ausländischen Behörden gehören insbesondere der Europarat, die europäische und die internationale Konferenz der Datenschutzbeauftragten, die französischsprachige Vereinigung der Datenschutzbehörden, die OECD, die Datenschutzbehörden der Schengen Mitgliedstaaten und der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA), vgl. EDÖB, 28. Tätigkeitsbericht 2020/2021, S. 58, EDÖB, 29. Tätigkeitsbericht 2021/2022, S. 57.

2424 BSK-Huber, Art. 31 aDSG N. 7 f.

2425 SHK-Baeriswyl, Art. 31 aDSG N. 6; BSK-Huber, Art. 31 aDSG N. 4 ff.

2426 SHK-Baeriswyl, Art. 31 aDSG N. 10.

es somit den anderen öffentlichen Organen erlauben, vom juristischen und technischen Wissen des EDÖB zu profitieren[2427].

Der Austausch mit den kantonalen Behörden wird seit der Gründung von «privatim»[2428] von Vertretern dieses Vereins bzw. von bestimmten Arbeitsgruppen organisiert. In der Praxis hat sich wiederholt gezeigt, dass ein Austausch zwischen Bund und Vertretern der Kantone in Bereichen, in denen sich die jeweiligen Kompetenzen überschneiden, bereichernd ist, so insbesondere während der Covid-19-Pandemie, die nicht nur auf kantonaler Ebene, sondern auch auf nationaler (und internationaler) Ebene verschiedene datenschutzrechtliche Fragen im Gesundheitsbereich aufgeworfen hat[2429]. Vor kurzem haben der EDÖB und «privatim» ihren Leitfaden «Wahlen und Abstimmungen» mit Blick auf die eidgenössischen Wahlen 2023 gemeinsam überarbeitet: Wahlen und Abstimmungen spielen sich auf allen föderalen Stufen ab und sind auf sämtlichen föderalen Stufen ähnlichen Herausforderungen ausgesetzt[2430]. 24

C. Lit. c: Sensibilisierungsauftrag

Art. 58 Abs. 1 lit. c DSG präzisiert den in Art. 57 DSG festgelegten Sensibilisierungsauftrag des EDÖB[2431]. 25

Die Sensibilisierung von schutzbedürftigen Menschen wurde in Anlehnung an das europäische Recht (Art. 57 Abs. 1 lit. b DSGVO) neu ins DSG aufgenommen. Der Begriff der «schutzbedürftigen Menschen» wird allerdings weder in Art. 58 DSG noch in Art. 5 DSG (Begriffe) definiert. In der Botschaft werden Minderjährige und ältere Menschen als schutzbedürftige Menschen aufgeführt[2432]. Aufgrund der Wortwahl («insbesondere») ist diese Aufzählung 26

2427 BSK-Huber, Art. 31 aDSG N. 15.

2428 Konferenz der schweizerischen Datenschutzbeauftragten, die sich aus Vertretern aus allen Kantonen sowie aus den Städten Bern, Biel, Köniz, Steffisburg, Thun, Zürich, Uster und Winterthur zusammensetzt. Die Datenschutzbeauftragte aus Liechtenstein ist mit dem Status einer Beobachterin Teil der Konferenz.

2429 Vgl. das oft zitierte, immer noch aktuelle Gutachten des BJ, VPB 70.54.

2430 Leitfaden Wahlen und Abstimmungen vom 15.12.2022 der Datenschutzbehörden von Bund und Kantonen zur Anwendung des Datenschutzrechts auf die digitale Bearbeitung von Personendaten im Zusammenhang mit Wahlen und Abstimmungen in der Schweiz, S. 4 ff.

2431 Für weitergehende Ausführungen betreffend Sensibilisierung im Datenschutzrecht, vgl. Art. 57 DSG N. 2.

2432 BBl 2017 S. 7097.

nicht abschliessend. Auch Kranke und Flüchtlinge dürften bspw. als besonders schutzwürdige Menschen i.S.v. Art. 58 Abs. 1 lit. c DSG gelten, insbesondere wenn man bedenkt, dass in diesen Konstellationen oftmals besonders schützenswerte Personendaten i.S.v. Art. 5 lit. c Ziff. 1, 2 bzw. 5 DSG bearbeitet werden. So interveniert der EDÖB bspw. Jahr für Jahr bezüglich Bearbeitung von Personendaten im Gesundheitsbereich[2433].

27 Der EDÖB hat sich bereits unter altem Recht bemüht, Jugendliche für den Datenschutz zu sensibilisieren. So hat er bspw. für Schülerinnen und Schüler der Sek-Stufen I und II je sieben Lektionen entworfen, die sich jeweils einem bestimmten Thema widmen, das für die Jugendlichen im Alltag relevant ist[2434]. Auch hat er auf seiner Webseite Tipps für frischgebackene Eltern veröffentlicht[2435]. Der vom EDÖB unterstützte interaktive Dienst zur Sensibilisierung für Datenschutz und Transparenz in Organisationen «Think Data» richtet sich u.a. auch explizit an Studentinnen und Studenten[2436]. Der Sensibilisierungsauftrag von Kindern und Jugendlichen kennt allerdings auch seine Grenzen. Bildung ist gemäss Art. 62 Abs. 1 BV Sache der Kantone. Es liegt also vordergründig an den kantonalen Bildungsdirektorinnen und -direktoren sich der datenschutzrechtlichen Sensibilisierung während der obligatorischen Schulzeit anzunehmen.

28 Betreffend Sensibilisierungsauftrag von älteren Menschen ist zurzeit keine spezifische Zusammenarbeit mit einer in diesem Bereich tätigen Organisation oder ein speziell an diese Gesellschaftsgruppe gerichtetes Projekt bekannt. Eine Zusammenarbeit mit «pro senectute» oder anderen Verbänden oder Interessensverbindungen wäre gestützt auf Art. 58 Abs. 1 lit. c DSG denkbar bzw. wünschenswert.

29 Die Verleihung von Preisen und Auszeichnungen in Anlehnung z. B. an den Rodotà Award des Europarates[2437] oder die Big Brother Awards des Chaos

2433 EDÖB, 27. Tätigkeitsbericht, S. 42 ff.; EDÖB, 28. Tätigkeitsbericht 2020/2021, S. 39 ff.; EDÖB, 29. Tätigkeitsbericht 2021/2022, S. 41 ff.

2434 EDÖB, Lehrmittel Datenschutz, 15.6.2021, <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/Internet_und_Computer/jugend-und-internet/lehrmittel-datenschutz.html> (zuletzt besucht am 04.2.2023).

2435 EDÖB, Tipps für frischgebackene Eltern, undatierte Veröffentlichung, <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/Internet_und_Computer/jugend-und-internet/datenschutztipps-fuer-junge-eltern.html (zuletzt besucht am 4.2.2023).

2436 Think Data, Student(in), <https://thinkdata.ch/de/szenarien?metier_id=7> (zuletzt besucht am 12.3.2023).

Computer Club Schweiz[2438] wäre eine Möglichkeit, die Zivilbevölkerung auf eine etwas andere Art zu sensibilisieren.

Bei der Umsetzung des Sensibilisierungsauftrags des EDÖB gilt es allerdings stets zu bedenken, dass es – wie z. B. im Rahmen der Bekämpfung des Klimawandels – darum geht, die breite Öffentlichkeit auf eine Gefahr zu sensibilisieren deren Konsequenzen sich erst in einem späteren Zeitpunkt bemerkbar bzw. erlebbar machen. Die Sensibilisierungsarbeit wird dadurch bedeutend erschwert. 30

D. Lit. d: Beratungsauftrag

Der Beratungsauftrag des EDÖB wurde im Rahmen der Revision ausdrücklich ins DSG aufgenommen. Damit kommt auch im Gesetz ein in der Praxis beobachteter Wandel zum Ausdruck: anders als es der Gesetzgeber von 1988 vorgesehen hatte[2439], bildet nicht die Aufsicht, sondern die Beratung von Privatpersonen das Schwergewicht der Tätigkeit des EDÖB: 31

Die vom Gesetzgeber vorgesehene individuelle Rechtsdurchsetzung über die Zivilgerichte (Art. 32 Abs. 2 DSG) spielt in der Praxis eine untergeordnete bzw. (fast) keine Rolle[2440]. Angesichts eines langwierigen und kostspieligen Verfahrens mit ungewissem Ausgang wird von den Betroffenen nur äusserst selten ein Verfahren vor dem zuständigen Gericht eingeleitet. Dies gilt umso 32

2437 Der Stefano-Rodotà-Preis wird jährlich vom Ausschuss der SEV 108 anlässlich des Datenschutztages am 28. Januar verliehen. Der Preis wird zu Ehren und im Gedenken an den führenden italienischen Juraprofessor und Politiker Stefano Rodotà verliehen, der sich zeitlebens für die Förderung der Grundrechte und insbesondere für die Entwicklung und Umsetzung des Rechts auf Datenschutz in Europa einsetze und die Gestaltung der europäischen Politik in diesem Bereich geprägt hat, vgl. Conseil de l'Europe, Protection des données, Prix Stefano Rodotà <https://www.coe.int/fr/web/data-protection/stefano-rodota-award> (zuletzt besucht am 29.3.2023).

2438 Gemäss Medienmitteilung vom 28.2.2019 prämieren die Big Brother Awards seit 1989 international in bisher 19 Ländern Datensünder. Als Nominierte geeignet sind Unternehmen, Institutionen oder Personen mit Sitz in der Schweiz, die das Recht auf Privatsphäre missachten und/oder der Überwachung und Kontrolle von Personen oder Personengruppen Vorschub leisten, indem sie Personendaten unzulässig oder in grossem Umfang sammeln oder verarbeiten, vgl. CCC-CH, Medienmitteilungen, <https://ccc-ch.ch/category_medien.html> (zuletzt besucht am 29.3.2023).

2439 BBl 1988 S. 481.

2440 BBl 2012 S. 348; Jöhri, N 8.48; kritisch, schon unter altem Recht, v.a. mit Blick auf die neuen von Privaten durchgeführten Datenbearbeitungen, Meier, N. 1878.

mehr, als immer mehr Datenbearbeitungen von Privaten mit Sitz im Ausland durchgeführt werden und zu einer Persönlichkeitsverletzung in der Schweiz führen. Ein erfolgversprechendes Verfahren vor einem Schweizer Zivilgericht wird damit (fast) unmöglich bzw. erschwert. Folglich sind Grundsatzfragen des Datenschutzes in der Rechtsprechung kaum ein Thema[2441], die wenigen Gerichtsentscheide haben über den Einzelfall hinaus nur eine beschränkte Bedeutung[2442]. Dem EDÖB kommt deshalb mit seinem Beratungsauftrag eine wichtige Rolle bei der Rechtsdurchsetzung zu[2443].

33 Der EDÖB ist bezüglich der Form frei. Er nimmt seinen Beratungsauftrag sowohl mündlich (Hotline) als auch schriftlich (Kontaktformular, Musterbriefe bzw. Musterklagen, Leitfäden, FAQ, Medienmitteilungen, Twitter) wahr.

34 Anders als Beratungen von «privaten Personen in Fragen des Datenschutzes» gemäss Art. 58 Abs. 1 lit. a DSG, ist die «Auskunft darüber, wie eine private Person ihre Rechte ausüben kann» nach Art. 58 Abs. 1 lit. d DSG i.V.m. Art. 59 Abs. 1 lit. e *a contrario* DSG kostenlos. Es versteht sich von selbst, dass die Abgrenzung zwischen dem Anwendungsbereich von lit. a und jenem von lit. d DSG in der Praxis schwierig sein dürfte. Im Sinne der Rechtsgleichheit ist zu hoffen, dass der EDÖB in diesem Zusammenhang grosszügig von der in Art. 59 Abs. 3 DSG vorgesehenen Ausnahme (Verzicht auf die Gebührenerhebung) Gebrauch macht[2444].

35 Im Rahmen seiner Beratungen erfährt der EDÖB aus erster Hand in welchen Bereichen bzw. in welchen Unternehmen möglicherweise datenschutzrechtliche Probleme bestehen. Eine möglichst breit abgestützte Umsetzung des Beratungsauftrags trägt somit u.a. dazu bei, dass der EDÖB seinen Aufsichtsauftrag nach Art. 49 ff. DSG effizient umsetzen kann.

2441 Baeriswyl, Standortbestimmung, S. 19.

2442 Baeriswyl, Standortbestimmung, S. 23.

2443 Jöhri, N. 8.99.

2444 Die Botschaft geht nicht auf diese wohl auf ein gesetzgeberisches Versehen zurückzuführende Unterscheidung ein. Allerdings hat der Bundesrat betreffend die Ausnahmeregelung in Art. 59 Abs. 3 DSG festgehalten, dass der EDÖB die Gebühr stunden, herabsetzen oder erlassen kann, wenn es sich beim Verantwortlichen oder Auftragsbearbeiter um eine natürliche Person oder ein kleines oder mittleres Unternehmen handelt, vgl. BBl 2017 S. 7098.

E. Lit. e: Konsultation des EDÖB im Gesetzgebungsverfahren des Bundes

Die Konsultation des EDÖB im Gesetzgebungsverfahren des Bundes ist ein Spezialfall des Beratungsauftrags des EDÖB[2445]. 36

Gemäss neuem Gesetzeswortlaut muss der Beauftragte zu sämtlichen Vorlagen über Erlasse und Massnahmen des Bundes, welche eine Datenbearbeitung betreffen, konsultiert werden (und nicht nur zu Vorlagen, die den Datenschutz in erheblichem Masse betreffen). Diese sprachliche Präzisierung widerspiegelt die Praxis unter altem Recht und ist mit Blick auf die Rechtssicherheit zu begrüssen. 37

In Art. 38 Abs. 2 DSV wurde diese Pflicht sämtlicher Bundesorgane weiter präzisiert: Die Bundesorgane legen dem EDÖB alle Rechtsetzungsentwürfe vor, welche die Bearbeitung von Personendaten, den Datenschutz sowie den Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffen. 38

Die (inoffizielle) interne Frist zur Stellungnahme im Rahmen von Ämterkonsultationen liegt bei drei Wochen. In der Praxis hält sich allerdings nicht jedes Bundesamt an diese inoffizielle Abmachung. In gewissen Fällen kann die sehr kurze Frist zur Stellungnahme zu einer Qualitätseinbusse der Stellungnahme des EDÖB führen. Es ist zu hoffen, dass diese Frist nach Ende der Corona-Pandemie wieder vermehrt eingehalten wird. Eine Rückkehr zum «courant normal» würde es dem EDÖB erlauben, seine Stellungnahmen sorgfältig vorzubereiten und – wo er es für nötig erachtet – das Gespräch mit dem zuständigen Bundesamt zu suchen und eine für alle involvierten Stellen gangbare Lösung zu finden. 39

Falls der EDÖB im Gesetzgebungsverfahren übergangen wurde und der Ansicht ist, dass ein öffentliches Interesse an dieser Information besteht, so kann er sich gestützt auf Art. 57 Abs. 2 DSG (i.V.m. Art. 39 lit. i DSV) direkt an die Öffentlichkeit wenden[2446]. 40

Der Begriff der «Massnahmen» ist ein unscharfer Begriff. Diese sprachliche Unschärfe ermöglicht es dem EDÖB, in verschiedenen Gremien bzw. Arbeitsgruppen Einsitz zu haben. Der EDÖB kann also gestützt auf Art. 58 41

2445 So bereits unter altem Recht, vgl. Waldmann/Oeschger, N. 22.
2446 So zu Recht bereits unter altem Recht, vgl. BSK-Huber, Art. 31 aDSG N. 11.

Abs. 1 lit. e DSG bereits in die erste Phase eines neuen datenschutzrechtlichen Projekts miteinbezogen werden. Bspw. wurde der EDÖB frühzeitig im Rahmen der Cloud-Strategie der Bundesverwaltung konsultiert[2447]. Oder so hat das SECO bei der Überarbeitung der Wegleitung zu Art. 26 ArGV 3, die im Februar 2023 publiziert wurde, ebenfalls die Beratung des EDÖB in Anspruch genommen. Allerdings gilt es in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass eine Rücksprache mit dem EDÖB am Anfang eines neuen Projekts nicht ausschliesst, dass der EDÖB im Rahmen seiner Aufsichtstätigkeit i.S.v. Art. 49 ff. DSG das entsprechende Projekt im Nachhinein überprüft. Mit anderen Worten ist die Konsultation des EDÖB nicht mit einer Art «Zertifizierungsverfahren» zu verwechseln.

F. Lit. f: Aufgaben gemäss BGÖ

42 Die Erwähnung der Aufgaben des EDÖB gemäss BGÖ hat rein deklaratorischen Charakter[2448]. Die Aufgaben des EDÖB in Bezug auf das Öffentlichkeitsprinzip ergeben sich direkt aus Art. 18 BGÖ (Leitung des Schlichtungsverfahrens, Öffentlichkeitsarbeit, Konsultation im Gesetzgebungsverfahren) und Art. 19 BGÖ (Evaluation).

43 Die Koordination zwischen DSG und BGÖ ist in den Art. 7 Abs. 2 und Art. 9 BGÖ bzw. in Art. 36 Abs. 3 DSG geregelt[2449].

44 Es ist umstritten, ob dem Datenschutz bzw. dem Öffentlichkeitsprinzip gedient ist, wenn dieselbe Behörde einerseits für einen effizienten Datenschutz eintreten und andererseits den grösstmöglichen Zugang zu amtlichen Dokumenten gewähren muss[2450]. Die Schweizer Lösung gilt auch in einigen anderen Ländern[2451], wie z. B. in Deutschland (auf Bundesebene[2452]) oder in Grossbritannien[2453]. Frankreich[2454] hingegen hat diese beiden Aufgaben jeweils zwei unterschiedlichen Behörden anvertraut. Auf

2447 EDÖB, 29. Tätigkeitsbericht 2021/2022, S. 14.

2448 SHK-Baeriswyl, Art. 31 aDSG N. 18.

2449 Für Ausführungen betreffend den komplexen Koordinationsmechanismus zwischen BGÖ und DSG und weiteren Hinweisen bezüglich der diesbezüglichen (klareren) Rechtslage im Kanton Freiburg, vgl. Cottier, N 23 ff.

2450 Zusammenstellung Vernehmlassungsverfahren, S. 16 f.; Cottier weist in seinem Beitrag darauf hin, dass der Freiburgische Gesetzgeber, anders als der Gesetzgeber auf Bundesebene, den Gegensatz zwischen dem Öffentlichkeitsprinzip und dem Datenschutz früh erkannt hat und aus diesem Grund zwei verschiedene Beauftragte eingesetzt hat, vgl. Cottier, N 17.

2451 Zu den Gründen, die zu dieser Lösung geführt haben, vgl. BBl 2003 S. 2029.

europäischer Ebene ist der diesbezügliche Kompromiss in Art. 86 DSGVO geregelt[2455].

G. Lit. g: Empfehlungen der guten Praxis

Art. 58 Abs. 1 lit. g DSG wurde im Rahmen der Revision neu ins DSG eingeführt. Diese Aufgabe nahm der EDÖB allerdings bereits im Rahmen seiner Beratertätigkeit unter altem Recht intensiv wahr, indem er zahlreiche Leitfäden, Musterbriefe und FAQ auf seiner Webseite publizierte[2456]. 45

Die Veröffentlichung der Empfehlungen der guten Praxis ist, wie auch die Konsultation des EDÖB im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens auf Bundesebene (Art. 58 Abs. 1 lit. e DSG), ein Spezialfall der Beratungstätigkeit des EDÖB. Auch mit Blick auf die Empfehlungen der guten Praxis muss darauf hingewiesen werden, dass eine Umsetzung der Empfehlungen *nicht* jegliches aufsichtsrechtliches Verfahren ausschliesst. Mit anderen Worten sind die Empfehlungen rechtlich unverbindlich. Der EDÖB kann gestützt auf Art. 58 Abs. 1 lit. g DSG nicht legislatorisch tätig werden. Ein allfällig angerufenes Gericht entscheidet unabhängig von allenfalls vorliegenden Empfehlungen des EDÖB, ob im Einzelfall eine DSG-Verletzung vorliegt oder nicht. Die Tatsache, dass eine Privatperson den Empfehlungen des EDÖB gefolgt ist, 46

2452 Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit ist einerseits datenschutzrechtliche Aufsichtsbehörde und andererseits Ansprechpartner bei Fragen zur Informationsfreiheit, also zum Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten.

2453 Der «Information Commissioner's Office» ist sowohl für die Umsetzung der datenschutzrechtlichen Vorschriften als auch für die Umsetzung des Rechts auf Zugang zu amtlichen Dokumenten verantwortlich.

2454 Die «Commision d'accès aux documents administratifs (Cada)» ist für die Umsetzung des Öffentlichkeitsprinzips zuständig. Die «Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL)» ist oberste Datenschutzbehörde in Frankreich. Diese beiden Kommissionen stützen sich auf zwei unterschiedliche Gesetze aus dem Jahr 1978 und werden gemäss unterschiedlichen Vorgaben zusammengesetzt. Beide Kommissionen haben allerdings ihren Sitz im gleichen Gebäude in der Pariser Innenstadt.

2455 Im europäischen Zusammenhang gilt es darauf hinzuweisen, dass es diese Bestimmung den Mitgliedstaaten überlässt, einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Öffentlichkeitsprinzip und dem Datenschutz bzw. dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu finden. Folglich kommt es bei der nationalen Umsetzung von Art. 86 DSGVO darauf an, welchen Stellenwert die Mitgliedstaaten diesen beiden gegensätzlichen Ansprüchen beimessen bzw. beigemessen haben, vgl. NHK-Specht/Bienemann, Art. 86 DSGVO N. 16.

2456 BBl 2017 S. 7097.

kann bei der Prüfung des Verschuldens im Rahmen von reparatorischen Klagen allerdings eine wichtige Rolle spielen[2457].

47 Betreffend den Begriff der schutzbedürftigen Menschen kann auf die vorangehenden Ausführungen zu Art. 58 Abs. 1 lit. c DSG verwiesen werden.

III. Abs. 2: Erweiterter Beratungsauftrag

48 Inhaltlich entspricht Art. 58 Abs. 2 DSG Art. 31 Abs. 2 aDSG.

49 Gewisse Datenbearbeitungen sind gemäss Art. 2 Abs. 2, 3 und 4 DSG sowie Art. 4 Abs. 2 DSG vom Anwendungsbereich des DSG ausgeschlossen. Art. 58 Abs. 2 DSG ermöglicht es dem EDÖB, falls gewünscht, zu Fragen, die gemäss Gesetzestext vom Anwendungsbereich des DSG ausgeschlossen sind, Stellung zu beziehen. Die sprachliche Präzisierung im zweiten Satz klärt, dass die allenfalls betroffenen Bundesorgane dem EDÖB Akteneinsicht gewähren können. Mit anderen Worten wird das Amtsgeheimnis in diesen Fällen aufgehoben[2458].

50 Art. 58 Abs. 2 DSG ist eine sog. «Kann-Bestimmung». Anders als für die in Abs. 1 festgelegten Aufgaben, besteht für die in Abs. 2 erwähnten Beratungsaufträge kein Anspruch.

51 Die in Art. 58 Abs. 1 DSG festgehaltene Liste ist nicht abschliessend. Es ist also zulässig, dass der EDÖB auch betreffend Datenbearbeitungen berät, die nicht in den Anwendungsbereich des DSG fallen (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. a DSG)[2459]. Diese Möglichkeit ist Ausdruck davon, dass Art. 13 BV umfassende Geltung hat und nicht nur in jenen Bereichen gilt, in denen das DSG anwendbar ist[2460].

52 Aufgrund der weiterhin knappen Ressourcen des EDÖB wird Art. 58 Abs. 2 DSG wohl wie seine Vorgängerbestimmung selten Anwendung finden.

53 Der Vollständigkeit halber muss in diesem Zusammenhang überdies darauf hingewiesen werden, dass in den Bereichen, in denen das DSG nicht

2457 Meier, N. 1889.
2458 Bereits unter altem Recht, vgl. Rosenthal/Jöhri, Art. 31 aDSG N. 47.
2459 BSK-Huber, Art. 31 aDSG N. 33.
2460 SHK-Baeriswyl, Art. 31 aDSG N. 20.

anwendbar ist, jegliche Aufsichtstätigkeit des EDÖB ausgeschlossen ist[2461], bspw. in einem hängigen Zivilverfahren[2462].

IV. ABS. 3: INTERNATIONALE RECHTSHILFE

Art. 58 Abs. 3 DSG wurde im Rahmen der Revision neu ins DSG eingefügt. Diese Bestimmung hat zum Ziel, die Übermittlung von amtlichen Dokumenten an private Datenschutzverantwortliche, die ihren Sitz im Ausland haben, aber gemäss Art. 14 DSG eine Vertretung in der Schweiz bezeichnen müssen, zu vereinfachen. 54

LITERATURVERZEICHNIS

Baeriswyl Bruno, Datenschutzgesetzgebung in der Schweiz – Standortbestimmung und Ausblick, in: Kieser Ueli/Pärli Kurt (Hrsg.), Datenschutz im Arbeits-, Versicherungs- und Sozialbereich: Aktuelle Herausforderungen, St. Gallen 2012, S. 10 ff. (zit. Baeriswyl, Standortbestimmung).

Baeriswyl Bruno, Kommentierung zu Art. 31 aDSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, 1. Aufl., Bern 2015 (zit. SHK-Baeriswyl, Art. 31 aDSG).

Belser Eva Maria, § 5 Die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, in: Belser Eva Maria/Epiney Astrid/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011, S. 4 ff. (zit. Belser).

Cottier Bertil, Transparence et protection des données, Une relation amour-haine?, in: Waldmann Bernhard/Bergamin Florian (Hrsg.), 10 Jahre InfoG Freiburg, Bern 2021, S. 159 ff. (zit. Cottier).

Huber René, Kommentierung zu Art. 31 aDSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor-Paul (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014 (zit. BSK-Huber, Art. 31 aDSG).

2461 Aufsichtsrechte sind formell-gesetzlich geregelt, vgl. hierzu Art. 49 ff. DSG bzw. SHK-Baeriswyl, Art. 31 aDSG N. 2 und N. 22.

2462 Art. 2 Abs. 3 DSG; für weitere Bereiche in denen das DSG nicht anwendbar ist, vgl. Art. 2 bis 4 DSG.

Jöhri Yvonne, §8 Aufgabe und Bedeutung der öffentlichen Datenschutzbeauftragten, in: Passadelis Nicolas/Rosenthal David/Thür Hanspeter (Hrsg.), Datenschutzrecht: Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Handbücher für die Anwaltspraxis, Basel 2015, S. 245 ff. (zit. Jöhri).

Meier Philippe, Protection des données: fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011 (zit. Meier).

Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008 (zit. Rosenthal/Jöhri).

Specht Louisa/Bienemann Linda, Kommentierung zu Art. 86 DSGVO, in: Sydow Gernot (Hrsg.), Nomos Handkommentar, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl., Baden-Baden 2018 (zit. NHK-Specht/Bienemann, Art. 86 DSGVO).

Waldmann Bernhard/Oeschger Marcus, §15 Aufsicht, in: Belser Eva Maria/Epiney Astrid/Waldmann Bernhard, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern 2011 (zit. Waldmann/Oeschger).

Ziebarth Wolfgang, Kommentierung zu Art. 57 DSGVO, in: Sydow Gernot (Hrsg.), Nomos Handkommentar, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl., Baden-Baden 2018 (zit. NHK-Ziebarth, Art. 57 DSGVO).

Ziebarth Wolfgang, Kommentierung zu Art. 58 DSGVO, in: Sydow Gernot (Hrsg.), Nomos Handkommentar, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl., Baden-Baden 2018 (zit. NHK-Ziebarth, Art. 58 DSGVO).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23.3.1988 (zit. BBl 1988 II S. 413 ff.).

Zusammenstellung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom März 2001 (zit. Zusammenstellung Vernehmlassungsverfahren).

Gutachten 051124 des Bundesamtes für Justiz, VPB 70.54, vom 24.11.2005 (zit. Gutachten des BJ, VPB 70.54).

Bericht des Bundesrates über die Evaluation des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 9.12.2011 (zit. BBl 2012 S. 335 ff.).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017 (zit. BBl 2017 S. 6941 ff.).

28. Tätigkeitsbericht des EDÖB 2020/2021 vom 31.3.2021 (zit. EDÖB, 28. Tätigkeitsbericht 2020/2021).

29. Tätigkeitsbericht des EDÖB 2021/2022 vom 31.3.2022 (zit. EDÖB, 29. Tätigkeitsbericht 2021/2022).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 60 DSG

Eine Kommentierung von Jonas D. Gassmann

ZITIERVORSCHLAG

Jonas D. Gassmann, Kommentierung zu Art. 60 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Gassmann, N. XXX zu Art. 60 DSG.

8. Kapitel: Strafbestimmungen

Art. 60 Verletzung von Informations-, Auskunfts- und Mitwirkungspflichten

[1] Mit Busse bis zu 250 000 Franken werden private Personen auf Antrag bestraft:

a. die ihre Pflichten nach den Artikeln 19, 21 und 25–27 verletzen, indem sie vorsätzlich eine falsche oder unvollständige Auskunft erteilen;

b. die es vorsätzlich unterlassen:

die betroffene Person nach den Artikeln 19 Absatz 1 und 21 Absatz 1 zu informieren, oder
ihr die Angaben nach Artikel 19 Absatz 2 zu liefern.

[2] Mit Busse bis zu 250 000 Franken werden private Personen bestraft, die unter Verstoss gegen Artikel 49 Absatz 3 dem EDÖB im Rahmen einer Untersuchung vorsätzlich falsche Auskünfte erteilen oder vorsätzlich die Mitwirkung verweigern.

GLIEDERUNG

In Kürze 887
I. Allgemeines 887
II. Objektiver Tatbestand 889
A. Täterkreis 889
B. Strafbewehrtes Verhalten 890
1. Erteilung falscher oder unvollständiger Auskunft (Art. 60 Abs. 1 lit. a) 890
2. Unterlassung von Informationen (Art. 60 Abs. 1 lit. b) 891
3. Erteilung falscher Auskunft oder Verweigerung der Mitwirkung im Rahmen einer Untersuchung des EDÖB (Art. 60 Abs. 2) 892
III. Subjektiver Tatbestand 893
IV. Rechtswidrigkeit und Schuld 894
Literaturverzeichnis 894
Materialienverzeichnis 895

IN KÜRZE

Die Bestimmung von Art. 60 stellt (i) die vorsätzliche Verletzung der Auskunftspflicht, (ii) die vorsätzliche Verletzung der Informationspflicht sowie (iii) die vorsätzliche mangelhafte Kooperation mit dem EDÖB im Rahmen einer Untersuchung unter Strafe. Bei Erfüllung einer dieser Tatbestände droht eine Busse bis zu 250 000 Franken.

I. ALLGEMEINES

Art. 60 übernimmt bereits in Art. 34 aDSG enthaltene Regelungsgehalte. Nicht übernommen wird Art. 34 Abs. 2 lit. a aDSG, da die entsprechenden Meldepflichten im revidierten DSG nicht mehr enthalten sind. Neu und zusätzlich erstreckt sich die Strafnorm auch auf die Informationspflicht bei einer automatisierten Einzelentscheidung nach Art. 21. Im Gegensatz zu Art. 34 aDSG i.V.m. Art. 14 aDSG gilt die Informationspflicht nicht mehr nur für besonders schützenswerte Personendaten und Persönlichkeitsprofile, sondern nun nach Art. 60 i.V.m. Art. 19 für *sämtliche* Personendaten. Dadurch wird die Bestimmung zusätzlich ausgeweitet. Im **Vorentwurf** wurde dazu ein sehr umfassender Artikel geschaffen. Vorgesehen waren eine Bestrafung für die vorsätzliche Verletzung von Informations-, Auskunfts- und Mitwirkungspflichten und auch ein Fahrlässigkeitstatbestand. Im Vernehmlassungsverfahren wurde die Strafbarkeit der fahrlässigen Verletzung teilweise kritisiert.[2463] Daraufhin wurde in **Art. 54 E-DSG** auf den Fahrlässigkeitstatbestand verzichtet.[2464] 1

Bei der Strafnorm von **Art. 60 Abs. 1** handelt es sich um ein **Antragsdelikt,** und bei jener von **Art. 60 Abs. 2** um ein **Offizialdelikt.**[2465] 2

Mit der Bestimmung von Art. 60 sollen einerseits möglicherweise betroffene Personen vor der Gefährdung ihrer Persönlichkeit geschützt werden und andererseits soll mit dieser Bestimmung die Aufsichtsfunktion des EDÖB (und damit dessen Funktionsfähigkeit) im privaten Bereich geschützt werden.[2466] Es handelt sich dabei um ein **abstraktes Gefährdungsdelikt;** die Tat ist mit 3

2463 Zusammenfassung Vernehmlassung VE-DSG, Ziff. 4.8 (S. 52).
2464 Botschaft 2017, S. 7099.
2465 SHK-Wohlers, Art. 60 DSG N. 10 f.
2466 SHK-Wohlers, Art. 60 DSG N. 2 f; vgl. auch Rosenthal/Jöhri, Art. 34 aDSG N. 1.

Erteilung der falschen oder unvollständigen Auskunft bzw. pflichtwidriger Nicht-Erteilung von Informationen/Angaben bzw. mit Verweigerung der Mitwirkung mit dem EDÖB vollendet. Eine Persönlichkeitsverletzung muss nicht vorliegen bzw. das Untersuchungsverfahren des EDÖB muss nicht beeinträchtigt worden sein.[2467]

4 Art. 60 Abs. 2 ist von der Bestimmung von **Art. 63** dadurch abzugrenzen, dass bei Art. 60 Abs. 2 im Gegensatz zu Art. 63 keine Verfügung im formellen Sinn vorliegen muss.

5 Die Strafbestimmung ist weiterhin als **Übertretung** ausgestaltet, aber die dafür vorgesehene Bussenobergrenze wurde deutlich angehoben. In Art. 50 VE-DSG war noch eine Busse von bis zu 500 000 Franken[2468] vorgesehen. Begründet hatte der Bundesrat diese Höhe mit *«der fehlenden Kontrolle der betroffenen Personen über ihre Daten, der mangelnden Transparenz der Datenbearbeitung und der immer mächtigeren Wirtschaftsakteure».*[2469] Auch wurde der Vergleich gezogen zu anderen Strafbestimmungen des Nebenstrafrechts (wie Art. 49 BankG) und die Bedeutung hoher Bussen für den Entscheid darüber, ob die Schweizer Gesetzgebung im Verhältnis zur EU noch ein «ausreichendes Schutzniveau» bietet.[2470] Diese im Vorentwurf vorgesehene Bussenobergrenze sorgte in der Vernehmlassung für Kritik. Teilweise wurden die Bussen als zu tief erachtet, teilweise auch als zu hoch. Kritisiert wurde zudem, dass sich die Sanktionen nur gegen private Personen richten.[2471] Als Reaktion darauf wurde die Bussenobergrenze in Art. 54 E-DSG auf 250 000 Franken angesetzt, was dem 25-fachen der bisherigen Busse entspricht.[2472] Die tatsächliche Busse wird unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters (Art. 106 Abs. 3 StGB in Verbindung mit Art. 47 StGB) festgelegt. Art. 54 E-DSG wurde mit wenigen redaktionellen Änderungen als Art. 60 übernommen.

2467 SHK-Wohlers, Art. 60 DSG N. 4; vgl. auch Rosenthal/Jöhri, a.a.O.

2468 Das entspricht dem 50-fachen der bisherigen maximalen Busse von 10 000 Franken (Art. 34 aDSG i.V.m. Art. 106 Abs. 1 StGB).

2469 Erläuternder Bericht VE-DSG, Ziff. 8.1.8.1 (S. 83).

2470 Ibid.

2471 Zum Ganzen Zusammenfassung Vernehmlassung VE-DSG, Ziff. 4.8 (S. 51).

2472 Botschaft 2017, S. 7099.

II. OBJEKTIVER TATBESTAND

A. Täterkreis

Es handelt sich bei Art. 60 um ein **Sonderdelikt,** denn nur die Informations- bzw. Auskunftspflichtigen (Art. 60 Abs. 1) bzw. die vom EDÖB im Rahmen einer Untersuchung zur Auskunft oder sonstigen Mitwirkung aufgeforderten Personen (Art. 60 Abs. 2) kommen als Täter in Frage.[2473] Wer im Rahmen von Art. 60 nicht Täter sein kann und deshalb auf ein Auskunftsgesuch nicht reagiert oder eine falsche Auskunft erteilt, bleibt straflos. Bei gegebenen Voraussetzungen möglich bleibt eine Strafbarkeit als Anstifter. 6

Die Ausrichtung der Strafbestimmung steht im Gegensatz zur DSGVO, in der das jeweilige Unternehmen zur Verantwortung gezogen wird. In der Schweiz erfolgt der Durchgriff auf die **natürlichen Personen,** die tatsächlich für das Unternehmen handeln und den Tatbestand schuldhaft erfüllen.[2474] Begründet wird dies mit der Ablehnung der Zurechnung fremden Verschuldens in der Unternehmensstrafbarkeit durch Art. 102 StGB.[2475] Zudem bestünden noch keine ausreichenden strafprozessualen Garantien im Verwaltungsverfahrensrecht, was zu Rechtsunsicherheit führen würde.[2476] Um der fehlenden Strafbarkeit der Unternehmen entgegenzuwirken, sieht der Bundesrat eine Verschärfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der leitenden Organe durch die Anwendung von Art. 6 VStR zusätzlich zu Art. 29 StGB vor.[2477] 7

Belangt werden können **Leitungspersonen**, aber auch weitere **Personen, die für relevanten Vorgang verantwortlich sind.**[2478] Gleichzeitig sind die Pflichtigen jedoch nicht nur für die selbst falsch erteilte Auskunft verantwortlich, sondern auch z.B. für den Fall, in dem ein Mitarbeitender gemäss seiner Weisung falsche Auskunft erteilt.[2479] 8

2473 SHK-Wohlers, Art. 60 DSG N. 10 f; vgl. auch Rosenthal/Jöhri, Art. 34 aDSG N. 14 und 25.
2474 Vgl. BSK-Niggli/Maeder, Art. 34 aDSG N. 19.
2475 Botschaft 2017, S. 7098 f.
2476 Botschaft 2017, S. 7099.
2477 Botschaft 2017, S. 6980.
2478 Rosenthal, S. 70.
2479 BSK-Niggli/Maeder, Art. 34 aDSG N. 18.

B. Strafbewehrtes Verhalten

9 Art. 60 sieht **drei unterschiedliche Tathandlungen** vor. Sanktioniert werden die Verletzung der Auskunftspflicht (Art. 60 Abs. 1 lit. a; unten, N. 10 ff.), die Verletzung der Informationspflicht (Art. 60 Abs. 1 lit. b; unten, N. 17 ff.) sowie die mangelhafte Kooperation mit dem EDÖB im Rahmen einer Untersuchung (Art. 60 Abs. 2; unten, N. 19 ff.).

1. Erteilung falscher oder unvollständiger Auskunft (Art. 60 Abs. 1 lit. a)

10 Art. 60 Abs. 1 lit. a stellt das **Erteilen einer falschen oder unvollständigen Auskunft** unter Strafe und bezieht sich damit auf die Verletzung von Art. 19, Art. 21 und Art. 25-27.

11 Zum objektiven Tatbestand gehört das Vorliegen einer Auskunftspflicht und das Nicht-Vorliegen eines Grundes, der diese Pflicht aufhebt oder einschränkt (Art. 19, 21 und 25-27). Es kann zwischen Informationspflicht nach Art. 19 und 21 und Auskunftspflicht nach Art. 25-27 unterschieden werden.

12 Im Rahmen der **Auskunftspflicht** (Art. 25) ist nur strafbar, wer eine falsche oder unvollständige Auskunft erteilt, nicht aber, wer z.B. einen falschen Weigerungsgrund nach Art. 26 geltend macht.[2480] *Falsch* ist eine Auskunft, wenn sie nicht den wahren Gegebenheiten entspricht (z.B. wenn der auskunftsersuchenden Person andere als die tatsächlich bearbeiteten Daten geliefert werden[2481] oder wenn wahrheitswidrig behauptet wird, es würden gar keine Daten von ihr bearbeitet).[2482] Zudem ist eine Auskunft auch falsch, wenn sie irreführend ist, also ein falsches Bild der wahren Gegebenheiten hervorruft.[2483] *Unvollständig* ist eine Auskunft, wenn nicht alle in Art. 25 aufgeführten Angaben gemacht werden (z.B. wenn die Aufbewahrungsdauer der Personendaten nicht bekannt gegeben wird, obwohl dies möglich wäre).[2484] Eine Auskunft kann auch kumulativ *falsch und unvollständig* sein.

13 Nicht strafbar ist jedoch, wer durch **Schwärzungen** oder auf andere Weise offenlegt, dass die Auskunft unvollständig ist, da hier nicht der Anschein der

2480 Vgl. auch Rosenthal/Jöhri, Art. 34 aDSG N. 17.

2481 Zu denken wäre hier insbesondere an den Fall, bei dem gestützt auf ein Auskunftsgesuch irrtümlicherweise Personendaten eines Dritten geliefert werden, wobei es dann aber regelmässig am Vorsatz der auskunftserteilenden/verantwortlichen Person fehlen wird.

2482 Botschaft 1988, S. 484; Botschaft 2017, S. 7101.

2483 Rosenthal/Jöhri, Art. 34 aDSG N. 17.

Vollständigkeit erweckt wird.[2485] Grund hierfür ist, dass im Fall der verweigerten Offenlegung problemlos ein Vorgehen über Art. 32 möglich ist, wobei das Zivilgericht die Erteilung der Auskunft unter Strafandrohung nach Art. 292 StGB anordnen kann.[2486] Nicht unter Art. 60 Abs. 1 lit. a fällt ferner der Fall, bei dem zwar Auskunft erteilt wird, aber verbotswidrig unter Verrechnung einer **Gebühr**. Anwendbar ist in einem solchen Falle jedoch mitunter Art. 146 StGB (Betrug), wenn der falsche Eindruck erweckt wird, es handle sich dabei um die üblicherweise geschuldete Gebühr.[2487]

Ebenfalls nicht von Art. 60 Abs. 1 lit. a erfasst ist, wenn (z.B. weil das Bestehen einer zur Auskunft verpflichtenden Situation in Abrede gestellt wird) **gar keine** oder nur **mit Verzögerung Auskunft** erteilt wird.[2488] Jedoch kommt im Falle einer verweigerten Auskunft die Strafbarkeit nach Art. 60 Abs. 1 lit. b in Frage. 14

Im Rahmen der **Informationspflicht** (Art. 19 und 21) ist ebenfalls die falsche oder unvollständige Informationserteilung strafbar. 15

In Art. 21 bezieht sich die Informationspflicht nicht mehr wie in Art. 14 aDSG nur auf das Beschaffen von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen[2489], sondern neu auf das Beschaffen *sämtlicher* Personendaten. Die Informationspflicht ist somit inhaltlich umfassender geworden und das Strafbarkeitsrisiko wird ausgeweitet.[2490] 16

2. Unterlassung von Informationen (Art. 60 Abs. 1 lit. b)

Art. 60 Abs. 1 lit. b erfasst jene Fälle, in denen eine private Person es unterlässt, (i) die betroffene Person zu informieren, dass Personendaten über sie beschafft wurden (Art. 19 Abs. 1) oder dass eine automatisierte Einzelentscheidung getroffen wurde (Art. 21 Abs. 1) bzw. (ii) der betroffenen 17

2484 SHK-Wohlers, Art. 60 DSG N. 19.
2485 SHK-Wohlers, a.a.O.; Rosenthal/Jöhri, Art. 34 aDSG N. 18.
2486 Ibid.
2487 SHK-Wohlers, Art. 60 DSG N. 20; Rosenthal/Jöhri, Art. 34 aDSG N. 19.
2488 SHK-Wohlers, Art. 60 DSG N. 18 und 20; Rosenthal/Jöhri, a.a.O.
2489 Vgl. Art. 34 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 aDSG.
2490 Rosenthal/Gubler, S. 54 m.w.H. darauf, dass es hier um die Pflicht zur korrekten und vollständigen Datenschutzerklärung gehe, also um *«eine Pflicht mit Aussenwirkung, deren Befolgung von kritischen oder missliebigen Zeitgenossen auch entsprechend leicht geprüft werden kann»*, weshalb hier mit Bussen zu rechnen sei.

Person jene Informationen zu geben, die sie benötigt, um ihre Rechte nach dem DSG geltend zu machen (Art. 19 Abs. 2). Der objektive Tatbestand von Art. 61 lit. b wäre etwa erfüllt, wenn ein Unternehmen es unterlässt, in einer rechtsgenügenden Datenschutzerklärung zu informieren, welche Personendaten es bearbeitet.

18 Strafbar ist dabei auch, wer für das Ausbleiben der Information einen Grund angibt. Die Strafbarkeit ist insofern weiter gefasst als bei Art. 60 Abs. 1 lit. a.

3. Erteilung falscher Auskunft oder Verweigerung der Mitwirkung im Rahmen einer Untersuchung des EDÖB (Art. 60 Abs. 2)

19 Die Strafnorm von Art. 60 Abs. 2 übernimmt den Regelungsgehalt von Art. 34 Abs. 2 lit. b aDSG, der das Erteilen falscher Auskünfte oder die Verweigerung der Mitwirkung im Rahmen einer Untersuchung des EDÖB für strafbar erklärte. Sie bezieht sich auf die in Art. 49 Abs. 3 statuierte **Mitwirkungspflicht,** wonach private Personen verpflichtet sind, dem EDÖB sämtliche für die Untersuchung notwendigen Auskünfte zu erteilen und notwendigen Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Die Tatvariante «Erteilung falscher Auskunft» ist als Tätigkeitsdelikt und die Tatvariante «Verweigerung der Mitwirkung» als echtes Unterlassungsdelikt ausgestaltet.[2491]

20 Der objektive Tatbestand setzt eine formelle, wegen eines möglichen Verstosses gegen Datenschutzvorschriften eröffnete **Untersuchung des EDÖB nach Art. 49** voraus. Eine allfällige Falschauskunft oder Mitwirkungsverweigerung im Rahmen von Abklärungen, die der EDÖB *ausserhalb* einer formellen Untersuchung tätigt, sind von Art. 60 Abs. 2 nicht erfasst.[2492] Weiter vorausgesetzt ist, dass (i) der EDÖB den Täter im Rahmen der eröffneten Untersuchung unmissverständlich zur Erteilung von Auskunft oder **zu** einer sonstigen **Mitwirkung aufgefordert** hat, (ii) der EDÖB zu dieser Aufforderung **berechtigt** war, (iii) der Täter entweder eine **falsche Auskunft** erteilt oder die verlangte **Mitwirkung verweigert** hat und (iv) der Täter zur Falschauskunft oder Verweigerung der Mitwirkung **nicht berechtigt** war (etwa gestützt auf das in Art. 49 Abs. 3 erwähnte Auskunftsverweigerungsrecht). Nicht strafbar sind Falschauskünfte, wenn der EDÖB gar keine Auskunft verlangt hatte.[2493]

2491 SHK-Wohlers, Art. 60 DSG N. 32.
2492 Vgl. auch Rosenthal/Jöhri, Art. 34 aDSG N. 33.

Das Strafgericht darf sich nicht darauf beschränken, die Handlung oder Unterlassung der beschuldigten Person zu prüfen, sondern hat auch zu prüfen, ob die **Aufforderung des EDÖB** zur Auskunftserteilung bzw. Mitwirkung rechtmässig war.[2494] 21

Die Aufforderung des EDÖB muss (im Unterschied zu Art. 63 und von Art. 292 StGB) nicht unter Hinweis auf die Strafbarkeit erfolgen, es muss der aufgeforderten Person aber klar sein, dass ihre Mitwirkung nicht freiwillig ist.[2495] In Fällen, in denen der EDÖB eine potenziell strafbare Person zur Mitwirkung auffordert, ist zu verlangen, dass er diese Person explizit auf das Auskunftsverweigerungsrecht hinweist.[2496] 22

III. SUBJEKTIVER TATBESTAND

In subjektiver Hinsicht verlangt ist **Vorsatz.** Es genügt dabei bereits Eventualvorsatz, also ein für möglich halten und in Kauf nehmen der Tatbestandsverwirklichung. Der Täter muss im Zeitpunkt der Tatbegehung die Sachverhaltsumstände, gestützt auf die der objektive Tatbestand als erstellt angesehen werden muss, erkannt haben, und er muss die darauffolgenden rechtlichen Wertungen zumindest laienhaft nachvollzogen haben (sog. Parallelwertung in der Laiensphäre).[2497] 23

In der Praxis dürfte es nicht selten vorkommen, dass die handelnde Person sich der Möglichkeit bewusst ist, dass eine Auskunft unvollständig sein könnte und sie dies in Kauf nimmt, weil sie es vorzieht, eine solche statt gar keine Auskunft zu liefern. Wird der betroffenen Person eine Vollständigkeitserklärung abgegeben, wird Vorsatz regelmässig angenommen, wenn die Auskunft dann doch nicht vollständig ist.[2498] Die Auskunftspflichtige handelt *fahrlässig* und macht sich damit nicht strafbar, wenn sie darauf vertraut hat, die gelieferten, nicht überprüften Daten seien vollständig. Die Abgrenzung zum Vorliegen von Eventualvorsatz hat im Einzelfall gestützt auf Indizien zu erfolgen.[2499] 24

2493 Rosenthal/Jöhri, Art. 34 aDSG N. 34.
2494 SHK-Wohlers, Art. 60 DSG N. 34; Rosenthal/Jöhri, a.a.O.
2495 SHK-Wohlers, Art. 60 DSG N. 32; Rosenthal/Jöhri, Art. 34 aDSG N. 35.
2496 Rosenthal/Jöhri, a.a.O.
2497 SHK-Wohlers, Art. 60 DSG N. 26 m.w.H.
2498 Rosenthal/Gubler, S. 54.
2499 SHK-Wohlers, Art. 60 DSG N. 28 m.w.H.

25 Irrt der Täter über den für den Tatbestand relevanten Sachverhalt, so liegt ein **Sachverhaltsirrtum** gemäss Art. 13 StGB vor. In diesem Fall beurteilt das Gericht die Tat nach der Sachverhaltsvorstellung des Täters. Besonders relevant ist dies, wenn die Auskunftspflichtige eine unvollständige Auskunft erteilt, weil sie meint, diese sei vollständig erteilt worden.[2500] Ein Sachverhaltsirrtum kann auch betreffend normativer Tatbestandselemente bestehen, wie über die Frage, ob eine entsprechende Auskunfts-, Informations- oder Meldepflicht besteht. Ausschlaggebend ist dabei die Ansicht einer durchschnittlichen Drittperson.[2501]

IV. RECHTSWIDRIGKEIT UND SCHULD

26 Hinsichtlich der **Rechtswidrigkeit** gelten nach Art. 333 Abs. 1 StGB die allgemeinen Regeln des StGB. Tatbestandsmässiges Verhalten kann ausnahmsweise aufgrund gesetzlicher oder übergesetzlicher Rechtfertigungsgründe erlaubt sein.

27 Auch hinsichtlich der **Schuld** gelten nach Art. 333 Abs. 1 StGB die allgemeinen Regeln. Die Strafbarkeit kann nach Art. 21 StGB durch einen Verbotsirrtum gehindert werden. Dies jedoch nur, wenn die als Täterin in Frage kommende Person nicht wissen konnte, dass sie rechtwidrig handelt. Sie meint in diesem Fall, nichts Unrechtes getan zu haben. Wäre der Rechtsirrtum vermeidbar gewesen, wird die Strafe nur gemindert.[2502]

LITERATURVERZEICHNIS

Niggli Marcel Alexander/Maeder Stefan, Kommentierung zu Art. 34 aDSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor-Paul (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz / Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014.

Niggli Marcel Alexander/Maeder Stefan, Kommentierung zu Art. 21 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht (StGB/JStGB), 4. Aufl., Basel 2018.

2500 SHK-Wohlers, a.a.O.; Rosenthal/Jöhri, Art. 34 aDSG N. 10.
2501 Ibid.
2502 Vgl. zum Ganzen BSK-Niggli/Maeder, Art. 21 StGB N. 1 ff.

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter 16. November 2020, https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2020/1045/das-neue-datenschutz_0e89d89706.html, besucht am 8.8.2023.

Rosenthal David/Gubler Seraina, Die Strafbestimmungen des neuen DSG, SZW 1/2021, S. 52 ff.; Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008.

Wohlers Wolfgang, Kommentierung zu Art. 66 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski, Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Bern 2023.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 S. 6941 ff. (zit. Botschaft 2017), abrufbar unter https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/6941.pdf, besucht am 8.8.2023.

Erläuternder Bericht des Bundesamts für Justiz BJ zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf (zit. Erläuternder Bericht VE-DSG), besucht am 8.8.2023.

Zusammenfassung des Bundesamts für Justiz BJ der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 10.8.2017 betreffend Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016 (zit. Zusammenfassung Vernehmlassung VE-DSG), abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/ve-ber-d.pdf.download.pdf/ve-ber-d.pdf, besucht am 8.8.2023

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 61 DSG

Eine Kommentierung von Jonas D. Gassmann

ZITIERVORSCHLAG

Jonas D. Gassmann, Kommentierung zu Art. 61 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Gassmann, N. XXX zu Art. 61 DSG.

Art. 61 Verletzung von Sorgfaltspflichten

Mit Busse bis zu 250 000 Franken werden private Personen auf Antrag bestraft, die vorsätzlich:

a. unter Verstoss gegen Artikel 16 Absätze 1 und 2 und ohne dass die Voraussetzungen nach Artikel 17 erfüllt sind, Personendaten ins Ausland bekanntgeben;

b. die Datenbearbeitung einem Auftragsbearbeiter übergeben, ohne dass die Voraussetzungen nach Artikel 9 Absätze 1 und 2 erfüllt sind;

c. die Mindestanforderungen an die Datensicherheit, die der Bundesrat nach Artikel 8 Absatz 3 erlassen hat, nicht einhalten.

GLIEDERUNG

In Kürze 899
I. Allgemeines 899
II. Objektiver Tatbestand 900
A. Verletzung der Vorgaben beim Datenexport (Art. 61 lit. a) 901
1. Allgemeines 901
2. Keine Strafbarkeit des Importeurs 902
B. Verletzung der Vorgaben bei der Übergabe der Datenbearbeitung an einen Auftragsbearbeiter (Art. 61 lit. b) 903
1. Allgemeines 903
2. Keine Strafbarkeit des Auftragsbearbeiters (bzw. der für ihn handelnden Personen) 903
C. Verletzung der Mindestanforderungen an die Datensicherheit (Art. 61 lit. c) 904
1. Allgemeines 904
2. Verstoss gegen die Grundsätze von Art. 1 DSV 904
3. Verstoss gegen die Ziele von Art. 2 DSV 905
4. Verstoss gegen die Bestimmung betreffend technische und organisatorische Massnahmen (Art. 3 DSV) 905
5. Unterlassung der Protokollierung nach Art. 4 DSV 906
6. Unterlassung der Erstellung eines Bearbeitungsreglements nach Art. 5 f. DSV 907
7. Berücksichtigung der Kosten bei der Bestimmung der angemessenen Datensicherheit und der geeigneten Massnahmen 907
III. Subjektiver Tatbestand 908
IV. Rechtswidrigkeit und Schuld 909
Literaturverzeichnis 909
Materialienverzeichnis 910

IN KÜRZE

Die Bestimmung von Art. 61 stellt (i) die vorsätzliche Verletzung der Vorgaben beim Datenexport, (ii) die vorsätzliche Verletzung der Vorgaben bei der Übergabe der Datenbearbeitung an einen Auftragsbearbeiter und (iii) die vorsätzliche Nichteinhaltung von Mindestanforderungen an die Datensicherheit unter Strafe. Bei Erfüllung einer dieser Tatbestände droht eine Busse bis zu 250 000 Franken. Bei der Tatvariante der vorsätzlichen Nichteinhaltung von Mindestanforderungen an die Datensicherheit (Art. 61 lit. c) bestehen begründete Zweifel an deren Justiziabilität.

I. ALLGEMEINES

Die Bestimmung von Art. 61 ist **neu.** Der Bundesrat hat die Einführung dieser Bestimmung in der Botschaft damit begründet, dass das totalrevidierte Datenschutzgesetz *«neue elementare Pflichten»* vorsehe, *«die von den geltenden Strafbestimmungen nicht abgedeckt»* würden.[2503] Es handelt sich um ein **abstraktes Gefährdungsdelikt;** das Delikt ist mit Vornahme der Tathandlung vollendet, die Strafbarkeit setzt also keine Kenntnisnahme der betroffenen Personendaten durch unbefugte Dritte voraus.[2504] 1

Bei der Strafnorm von Art. 61 handelt es sich um ein **Antragsdelikt.** 2

Zweck von Art. 61 ist es, den gesetzlich (Art. 16 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 17; Art. 9 Abs. 1 und 2; Art. 8 Abs. 3) verankerten **Pflichten der Verantwortlichen und Auftragsbearbeiter** Nachdruck zu verleihen, indem ihre Verletzung unter Strafe gestellt wird. Die Strafbewehrung soll gemäss Botschaft letztlich dazu beitragen, dass die Persönlichkeit der betroffenen Personen wirksam geschützt wird.[2505] Art. 61 lit. a ist auch im Zusammenhang mit der Zielsetzung der Revision des DSG zu lesen, wie sie der Bundesrat in seinem Bericht über die Evaluation des DSG vom 9. Dezember 2011[2506] erwähnt hatte: Die Revision sollte die Zunahme von Datenbearbeitungen, die zunehmend internationale Dimension von Datenbearbeitungen und die zunehmende 3

2503 Botschaft 2017, S. 7101.
2504 SHK-Wohlers, Art. 61 DSG N. 3.
2505 Botschaft 2017, S. 7101.
2506 Bericht des Bundesrates über die Evaluation des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 9. Dezember 2011, BBl 2012 335, S. 349.

Schwierigkeit, einmal bekannt gegebene Daten weiterhin kontrollieren zu können, adressieren.

4 Es handelt sich beim Straftatbestand von Art. 61 um ein **Sonderdelikt**[2507]: Als Täter in Frage kommt nur, wer die Einhaltung der in Art. 61 genannten Pflichten sicherzustellen hat, wobei dies bei juristischen Personen nach Art. 29 StGB deren Leitungspersonen sind. Die Bestimmung von Art. 61 richtet sich damit ihrer Natur nach primär an weisungsbefugte Personen, da diese die Erfüllung der betreffenden Pflichten sicherzustellen haben.[2508] Wer Zuwiderhandlungen von untergebenen Mitarbeitenden nicht verhindert bzw. nicht in ihren Auswirkungen aufhebt, kommt ebenfalls als Täter in Frage (Art. 6 Abs. 2 und 3 VStrR i.V.m. Art. 64 Abs. 1 DSG).[2509]

5 Was den **Straftatbestand von Art. 61 lit. c** betrifft, so wurde dieser im Gesetzgebungsverfahren wiederholt als zu unbestimmt kritisiert.[2510] Dem Antrag auf Streichung wurde letztlich aber nicht stattgegeben.[2511] Meyle/Morand/Vasella stellen die Justiziabilität der in der DSV geregelten «Mindestanforderungen an die Datensicherheit» zurecht in Frage (dazu unten, N. 17 ff.).

II. OBJEKTIVER TATBESTAND

6 Art. 61 DSG nennt **drei Tatbestände,** deren Erfüllung als Verletzung von Sorgfaltspflichten gilt. Folge einer Zuwiderhandlung seitens privater Personen ist eine Busse im Umfang von bis zu 250 000 Franken. Namentlich wird die Verletzung der folgenden drei Tatbestände auf Antrag strafrechtlich verfolgt: Die Verletzung der Vorgaben beim Datenexport (Art. 61 lit. a, unten N. 7 ff.), die Verletzung der Vorgaben bei der Übergabe der Datenbearbeitung an einen

2507 SHK-Wohlers, Art. 61 DSG N. 5.

2508 Botschaft 2017, S. 7102.

2509 SHK-Wohlers, Art. 61 DSG N. 5.

2510 Vgl. Votum Jauslin, AB 2019 NR S. 1825; Votum Rutz, AB 2020 NR S. 142; vgl. demgegenüber auch Votum Fässler, AB 2019 SR S. 1248.

2511 Vgl. AB 2020 S. 154; vgl. zum Ganzen auch SHK-Wohlers, Art. 61 DSG N. 14, wonach sich der Gesetzgeber wie in anderen Bereichen wie etwa dem Betäubungsmittelstrafrecht *«der Macht des Faktischen gebeugt und die Konkretisierung der Exekutive überlassen»* habe. Eine solche Konkretisierung durch die Exekutive verletzt nach vorliegender Ansicht das Bestimmtheitsgebot als Teilgehalt des Legalitätsprinzips nach Art. 1 StGB bzw. kommt jedenfalls einer Aushöhlung dieses Gebots gleich.

Auftragsbearbeiter (Art. 61 lit. b, unten N. 12 ff.) und die Nichteinhaltung von Mindestanforderungen an die Datensicherheit (Art. 61 lit. c, unten N. 15 ff.).

A. Verletzung der Vorgaben beim Datenexport (Art. 61 lit. a)

1. Allgemeines

Unter bisherigem Recht blieb straflos, wer die gesetzlichen Vorgaben im Rahmen einer Datenbekanntgabe in Staaten ohne angemessenen gesetzlichen Datenschutz unbeachtet liess. Strafbar machte sich nach Art. 34 Abs. 2 lit. a aDSG nur, wer sich zwar um einen Schutz in Form eines Vertrags kümmerte, es aber vorsätzlich unterliess, diesen Vertrag dem EDÖB gemäss Art. 6 Abs. 3 aDSG zu melden oder dabei vorsätzlich falsche Angaben machte. 7

Nach Art. 61 lit. a macht sich nunmehr strafbar, wer vorsätzlich Daten in einen Staat ohne angemessenen Datenschutz exportiert und dabei weder eine hinreichende Datenschutzgarantie vorweisen noch sich auf eine Ausnahme gemäss Art. 17 stützen kann.[2512] Hat der Bundesrat gestützt auf Art. 16 Abs. 1 keinen «Angemessenheitsbeschluss» erlassen, dürfen Personendaten in den betreffenden Staat nur unter den in Art. 16 Abs. 2 erwähnten Voraussetzungen bekannt gegeben werden, wobei die grösste praktische Relevanz dem Abschluss von Standardvertragsklauseln (*«Standarddatenschutzklauseln»*, lit. d) zukommt. 8

Im Anwendungsbereich der DSGVO hat die **Europäische Kommission** die bisherigen **Standardvertragsklauseln**[2513] mit Wirkung auf den 27. September 2021 mit dem Durchführungsbeschluss (EU) 2021/914 vom 4. Juni 2021 aufgehoben und durch neue Standardvertragsklauseln[2514] ersetzt. Der EDÖB hat diese neuen Standardvertragsklauseln am 27. August 2021 mit dem Vorbehalt anerkannt, dass sie im konkreten Anwendungsfall nötigenfalls angepasst und/oder ergänzt werden.[2515] Wer Daten in einen Staat bekannt 9

2512 Die im bisherigen Recht (Art. 6 Abs. 3 aDSG) vorgesehene Meldepflicht (deren vorsätzliche Verletzung strafbewehrt war) bei Verwendung anerkannter Standardvertragsklauseln wurde hingegen abgeschafft. Eine Meldepflicht besteht indes noch bei der Verwendung nicht anerkannter Klauseln (Art. 16 Abs. 2 lit. b).

2513 Standardvertragsklauseln gemäss Beschluss der Europäischen Kommission vom 5.2.2010 über Standardvertragsklauseln für die Übermittlung personenbezogener Daten an Auftragsverarbeiter in Drittländern nach der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (2010/87/EU).

2514 Siehe Anhang zum Durchführungsbeschluss (EU) 2021/914 vom 4.6.2021.

gibt, der über keinen angemessenen gesetzlichen Datenschutz verfügt, kann sich allerdings nicht mit dem blossen Abschluss anerkannter Standardvertragsklauseln begnügen. Vielmehr verlangt der Wortlaut von Art 16 Abs. 2 lit. d, dass diese Standardvertragsklauseln auch tatsächlich einen **«geeigneten» Datenschutz** gewährleisten.[2516] Die neuen Standardvertragsklauseln sehen vor, dass die Parteien (i) sich zusätzlich vergewissern, dass sie die Standardvertragsklauseln ungeachtet des nationalen Rechts des Importeurs auch einhalten können und (ii) ihre diesbezügliche Einschätzung dokumentieren.[2517] Durchzuführen ist also ein sog. Transfer Impact Assessment (TIA) und Daten dürfen nur transferiert werden, wenn dieses TIA zufriedenstellend ausfällt.[2518]

10 Art. 10 Abs. 1 DSV präzisiert bzw. relativiert, dass der Datenexporteur bei einer Datenbekanntgabe mittels Standardvertragsklauseln **«angemessene Massnahmen»** zu treffen hat, um sicherzustellen, dass der Datenimporteur die betreffenden Klauseln beachtet. Daraus folgt, dass (im Sinne des *risikobasierten Ansatzes*) ein Restrisiko hingenommen werden darf, dass das lokale Recht des Importeurs die Einhaltung der Standardvertragsklauseln durch den Importeur unterläuft, solange Massnahmen getroffen wurden, um dieses Risiko angemessen zu reduzieren.[2519] Vgl. hierzu die Kommentierung zu Art. 16 und 17.

2. Keine Strafbarkeit des Importeurs

11 Wer (als Exporteur) Personendaten ins Ausland bekanntgibt, obwohl er weiss, dass der Empfänger (Importeur) der Daten trotz Vertrag keinen geeigneten Datenschutz sicherstellt, setzt sich dem Risiko der Strafbarkeit nach Art. 61 lit. a aus. *Keinem* Strafbarkeitsrisiko unterliegt demgegenüber **der Importeur,** der Personendaten entgegennimmt oder sie vertrags- oder datenschutzwidrig verwendet – tatbestandsmässig nach Art. 61 lit. a ist einzig die *Bekanntgabe* von Personendaten.[2520]

2515 EDÖB, Ziff. 4 S. 3.
2516 Rosenthal/Gubler, S. 55.
2517 Siehe Klausel 14 der neuen Standardvertragsklauseln.
2518 Vgl. hierzu die Kommentierung zu Art. 16 Abs. 2 lit. d.
2519 Meyle/Morand/Vasella.
2520 Rosenthal, Nr. 40 S. 56.

B. Verletzung der Vorgaben bei der Übergabe der Datenbearbeitung an einen Auftragsbearbeiter (Art. 61 lit. b)

1. Allgemeines

Nach Art. 61 lit. b macht sich strafbar, wer vorsätzlich die Datenbearbeitung einem Auftragsbearbeiter übergibt, ohne dass die Voraussetzungen nach Art. 9 Abs. 1 und 2 erfüllt sind. Nach Art. 9 Abs. 1 kann die Bearbeitung von Personendaten vertraglich oder gesetzlich einem Auftragsbearbeiter übertragen werden, wenn (a) die Daten so bearbeitet werden, wie der Verantwortliche selbst es tun dürfte und (b) keine gesetzliche oder vertragliche Geheimhaltungspflicht die Übertragung verbietet. Nach Art. 9 Abs. 2 hat sich der Verantwortliche insbesondere zu vergewissern, *«dass der Auftragsbearbeiter in der Lage ist, die Datensicherheit zu gewährleisten»*. Der objektive Tatbestand von Art. 61 lit. b wäre etwa erfüllt, wenn ein Unternehmen als Verantwortlicher einen Auftragsbearbeiter (z.B. Cloud Service Provider) einsetzt, ohne mit diesem einen rechtsgenügenden Auftragsdatenbearbeitungsvertrag abgeschlossen zu haben. 12

Art. 7 DSV präzisiert diese **Voraussetzungen der Auftragsbearbeitung**: der Verantwortliche hat die Beauftragung von Unterauftragsbearbeitern vorgängig in allgemeiner oder konkreter Weise zu genehmigen (Art. 7 Abs. 1 DSV). Bei einer allgemeinen Genehmigung ist der Verantwortliche über jede beabsichtigte Änderung in Bezug auf die Hinzuziehung oder die Ersetzung anderer Dritter zu informieren, wobei der Verantwortliche widersprechen kann (Art. 7 Abs. 2 DSV). Vgl. zum Ganzen die Kommentierung zu Art. 9. 13

2. Keine Strafbarkeit des Auftragsbearbeiters (bzw. der für ihn handelnden Personen)

Nicht strafbewehrt ist die Verletzung von Art. 9 *Abs. 3*, also der **Pflicht** *des Auftragsbearbeiters*, sich neue Unterauftragsbearbeiter vom Verantwortlichen vorgängig genehmigen zu lassen. Auch bei einer Verletzung von Art. 9 Abs. 1 oder 2 fällt gemäss Wortlaut von Art. 61 lit. b eine Strafbarkeit des Auftragsbearbeiters (bzw. der für ihn handelnden Personen) ausser Betracht: Bestraft werden kann ausschliesslich *der Verantwortliche* (bzw. die für ihn handelnden Personen). Dasselbe hat auch zu gelten für den Fall, dass der Auftragsbearbeiter seinerseits die Datenbearbeitung an einen 14

Unterauftragsbearbeiter überträgt: strafbegründende Normen sind eng auszulegen.[2521]

C. Verletzung der Mindestanforderungen an die Datensicherheit (Art. 61 lit. c)

1. Allgemeines

15 Nach Art. 61 lit. c macht sich strafbar, wer vorsätzlich die vom Bundesrat nach Art. 8 Abs. 3 erlassenen Mindestanforderungen an die Datensicherheit nicht einhält. Bezug genommen wird hier auf den ersten Abschnitt («Datensicherheit», Art. 1 ff.) des ersten Kapitels der DSV.

16 Bei der Bestimmung von Art. 61 lit. c handelt es sich um ein als **Blankettnorm**[2522] ausgestaltetes **abstraktes Gefährdungsdelikt** (vgl. bereits oben, N. 1); zu einem «Data Breach» braucht es nicht gekommen zu sein.[2523] Und umgekehrt zieht auch nicht jeder «Data Breach» eine Strafbarkeit nach sich – liegt zwar ein «Data Breach» vor, wurden aber die «Mindestanforderungen an die Datensicherheit» eingehalten, entfällt eine Strafbarkeit.[2524]

2. Verstoss gegen die Grundsätze von Art. 1 DSV

17 Die Bestimmung von Art. 1 DSV enthält **Grundsätze,** die der Verantwortliche und der Auftragsbearbeiter zu beachten haben bei der Festlegung des angemessenen Schutzniveaus und der dafür geeigneten Massnahmen. Es handelt sich dabei um allgemeine Leitlinien[2525], und nicht um konkrete (Mindest-)Anforderungen an die Datensicherheit. Justiziabel ist diese sehr allgemein gehaltene Bestimmung betreffend das Vorgehen des Verantwortlichen bei der Bestimmung von Sicherheitsmassnahmen gemäss zutreffender Ansicht von Meyle/Morand/Vasella nicht – welche

2521 Vgl. BSK-Popp/Berkemeier, Art. 1 StGB N. 31.

2522 Welches die Mindestanforderungen an die Datensicherheit sind, deren Verletzung im Einzelfall strafbewehrt ist, ergibt sich nicht aus Art. 61 lit. c, sondern erst (wenn überhaupt, dazu unten, N. 17 ff.) aus den vom Bundestrat gestützt auf Art. 8 Abs. 3 erlassenen Bestimmungen (SHK-Wohlers, Art. 61 DSG N. 13).

2523 Rosenthal/Gubler, S. 55.

2524 Rosenthal/Gubler, a.a.O.

2525 Vgl. auch Erläuternder Bericht DSV, Ziff. 2.1 (S. 10).

«Mindestanforderungen» an die Datensicherheit i.S.v. Art. 8 Abs. 3 sich aus Art. 1 DSV ergeben sollen, ist nicht ersichtlich.

Hält sich der Verantwortliche nicht an die Grundsätze von Art. 1 DSV, bestimmt er also etwa den Schutzbedarf der Personendaten nicht nach den in Abs. 1 vorgesehenen Kriterien oder berücksichtigt er bei der Risikobewertung relevante Kriterien nicht wie in Abs. 2 vorgesehen oder überprüft er seine Massnahmen nicht «über die gesamte Bearbeitungsdauer hinweg» wie in Abs. 5 vorgesehen, indiziert dies noch keine Verletzung von «Mindestanforderungen» an die Datensicherheit: Einerseits definiert Art. 1 DSV solche Anforderungen gerade *nicht*, sondern enthält nur Leitlinien, wie solche erreicht werden können, und andererseits kann ein Verantwortlicher auch effektive Massnahmen zur Gewährleistung angemessener Datensicherheit implementieren, ohne strikte nach Art. 1 DSV vorzugehen.[2525][2526] 18

3. Verstoss gegen die Ziele von Art. 2 DSV

Die Bestimmung von Art. 2 DSV definiert **Schutzziele der Datensicherheit,** die der Verantwortliche und der Auftragsbearbeiter mittels technischer und organisatorischer Massnahmen zu erreichen haben: Vertraulichkeit (lit. a), Verfügbarkeit (lit. b), Integrität (lit. c) und Nachvollziehbarkeit (lit. d). 19

Diese Schutzziele sind identisch mit jenen gemäss Art. 6 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 18. Dezember 2020 über die Informationssicherheit beim Bund (Informationssicherheitsgesetz). Wie die Grundsätze gemäss Art. 1 DSV, sind auch die Ziele gemäss Art. 2 DSV *sehr allgemein* gehalten (was sich nur schon aus der Überschrift «Ziele» ergibt) und es lassen sich daraus keine «Mindestanforderungen» an die Datensicherheit i.S.v. Art. 8 Abs. 3 ableiten. Welche konkreten technischen und organisatorischen Massnahmen denn zu implementieren wären, geht daraus nicht hervor. Meyle/Morand/Vasella stellen die Justiziabilität auch dieser Bestimmung zurecht in Frage. 20

4. Verstoss gegen die Bestimmung betreffend technische und organisatorische Massnahmen (Art. 3 DSV)

Die Bestimmung von Art. 3 DSV enthält **Vorgaben für technische und organisatorische Massnahmen** und konkretisiert damit die Datensicherheit. «Mindestanforderungen» an die Datensicherheit i.S.v. Art. 8 21

2526 Meyle/Morand/Vasella.

Abs. 3 enthält sie aber (ebenfalls) keine, sondern Art. 3 DSV konkretisiert bloss die in Art. 2 DSV enthaltenen Schutzziele.[2527]

22 Bei einer weiten Auslegung könnten in Art. DSV insofern «Mindestanforderungen» hineingelesen werden, als gemäss dieser Bestimmung die Schutzziele i.S.v. Art. 2 DSV «zu gewährleisten» sind. Eine solche Auslegung würde allerdings bedeuten, jede Verletzung eines Schutzziels wäre ein Beleg dafür, dass eine geeignete Massnahme fehlte. Dies wiederum würde sich nicht mit dem im Bereich der Datensicherheit anerkannten *risikobasierten Ansatz*[2528] vertragen. Das Wort «gewährleisten» ist insofern als «anstreben» auszulegen.[2529]

23 Art. 3 DSV ist gemeinsam mit Art. 1 und 2 DSV als eine Konkretisierung des Begriffs der Datensicherheit zu lesen, ohne dass daraus «Mindestanforderungen» an die Datensicherheit abzuleiten wären. Hinzu kommt, dass der Verantwortliche und der Auftragsbearbeiter nicht zwingend sämtliche Schutzziele gemäss Art. 3 DSV für ihre technischen und organisatorischen Massnahmen zu berücksichtigen haben.[2530] Auch die Justiziabilität dieser Bestimmung wird von Meyle/Morand/Vasella zurecht in Frage gestellt.

5. Unterlassung der Protokollierung nach Art. 4 DSV

24 Die Bestimmung von Art. 4 DSV übernimmt den bisherigen Art. 10 VDSG. Mit der **Protokollierung** soll die Zweckbindung sichergestellt werden.[2531]

25 Eine «Mindestanforderung an die Datensicherheit», wie sie Art. 61 lit. c erwähnt, ist die Protokollierung jedenfalls im Regelfall nicht (auch wenn Art. 4 DSV unter dem ersten Abschnitt «Datensicherheit» der DSV aufgeführt ist) und die Unterlassung der Protokollierung kann insofern auch nicht strafbar

---

2527 Ibid.

2528 Auch im Erläuternden Bericht DSV, Ziff. 2.1 (S. 10) wird explizit auf den risikobasierten Ansatz Bezug genommen.

2529 Meyle/Morand/Vasella.

2530 Vgl. hierzu Erläuternder Bericht DSV, Ziff. 5.1.1 (S. 23): *«Es ist durchaus vorstellbar, dass nicht jedes Schutzziel in jedem Fall von Relevanz ist. Ist ein Schutzziel in einem Fall nicht von Relevanz, so müssen der Verantwortliche und Auftragsbearbeiter aber in der Lage sein, zu begründen, weshalb dies der Fall ist.»*. Damit kann aber keine Beweislastumkehr einhergehen (Meyle/Morand/Vasella).

2531 Meyle/Morand/Vasella m.w.H. auf den Kommentar BJ zur VDSG, Ziff. 6.1.3 (S. 10 f.), wo das Bundesamt für Justiz dies hinsichtlich Art. 10 VDSG explizit bestätigte.

sein. Eine Strafbarkeit wäre ausnahmsweise denkbar, wenn eine Strafverfolgungsbehörde im Einzelfall nachweisen könnte, dass die Protokollierung als Massnahme der Nachvollziehbarkeit indirekt auch der Datensicherheit dienen sollte und dies der beschuldigten Person zumindest in den groben Zügen bewusst war.[2532]

6. Unterlassung der Erstellung eines Bearbeitungsreglements nach Art. 5 f. DSV

26 Die Bestimmungen von Art. 5 f. DSV übernehmen die bisherigen Art. 11 VDSG und Art. 21 VDSG. Im Erläuternden Bericht DSV hält der Bundesrat selbst fest, dass es bei der **Erstellung eines Bearbeitungsreglements** um die Rechenschaftspflicht geht[2533] – also *nicht* um die Datensicherheit. Daran ändert auch nichts, dass eine Pflicht zur Erstellung eines solchen Reglements nur bei erhöhtem Risiko besteht.

27 Eine «Mindestanforderung an die Datensicherheit», wie sie Art. 61 lit. c erwähnt, ist die Erstellung eines «Bearbeitungsreglements» (auch wenn Art. 5 f. DSV unter dem ersten Abschnitt «Datensicherheit» der DSV aufgeführt sind) nicht und die Unterlassung dieser Erstellung kann insofern auch nicht strafbar sein.[2534]

7. Berücksichtigung der Kosten bei der Bestimmung der angemessenen Datensicherheit und der geeigneten Massnahmen

28 Nach Art. 1 Abs. 1 DSV haben der Verantwortliche und der Auftragsbearbeiter zur Gewährleistung einer angemessenen Datensicherheit den **Schutzbedarf der Personendaten** zu bestimmen und *«die im Hinblick auf das Risiko geeigneten technischen und organisatorischen Massnahmen»* festzulegen. Art. 1 Abs. 2 DSV umschreibt Kriterien für die Beurteilung des Schutzbedarfs der Personendaten und Art. 1 Abs. 3 DSV umschreibt Kriterien für die Beurteilung des Risikos für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person. Je höher der Schutzbedarf der Personendaten und/oder je höher das erwähnte Risiko ist, desto strenger sind die Anforderungen an die Massnahmen.[2535] Nach Art. 1 Abs. 4 DSV sind bei der Festlegung der

2532 So auch Meyle/Morand/Vasella.
2533 Erläuternder Bericht DSV, Ziff. 5.1.1 (S. 28).
2534 So auch Meyle/Morand/Vasella.
2535 Erläuternder Bericht DSV, Ziff. 5.1.1 (S. 18 f.).

technischen und organisatorischen Massnahmen auch die **«Implementierungskosten»** zu berücksichtigen.

29 Die Implementierungskosten sollen gemäss Bundesrat weit verstanden werden und nicht nur erforderliche finanzielle, sondern auch personelle und zeitliche Ressourcen umfassen.[2536] Die Kosten sind bereits zu berücksichtigen, wenn es darum geht, welche Massnahmen «angemessen» sind bzw. welche nicht.[2537] Meyle/Morand/Vasella weisen zurecht darauf hin, dass die vom Bundesrat vertretene Ansicht, wonach Verantwortliche und Auftragsbearbeiter sich *«nicht mit der Begründung von der Pflicht einer angemessenen Datensicherheit befreien [können], dass damit übermässige Kosten verbunden sind»*[2538], die Bestimmung von Art. 1 Abs. 4 DSV sinnentleeren würde: verlangt ist «nur» «angemessene» Sicherheit, und in die Bestimmung der Angemessenheit haben die Kosten als Kriterium miteinzufliessen.

30 Die «Mindestanforderungen an die Datensicherheit» werden damit nicht verletzt (und es ist nicht strafbar), wenn der Verantwortliche oder der Auftragsbearbeiter bei der Bestimmung der angemessenen Datensicherheit und der geeigneten Massnahmen u.a. auch die Kosten berücksichtigen.[2539]

III. SUBJEKTIVER TATBESTAND

31 In subjektiver Hinsicht verlangt der Straftatbestand von Art. 61 **Vorsatz,** wobei Eventualvorsatz genügt. Eventualvorsätzlich handelt der Täter namentlich, wenn er zwar nicht mit Sicherheit weiss, dass er mit seinem Verhalten gegen die Vorgaben beim Datenexport (Art. 16 Abs. 1 und 2; Art. 17) oder bei der Übergabe der Datenbearbeitung an einen Auftragsbearbeiter (Art. 9 Abs. 1 und 2) verstösst oder die Mindestanforderungen an die Datensicherheit (Art. 8 Abs. 3 i.V.m Art. 1 ff. DSV) nicht einhält, er aber sich damit abfindet bzw. in Kauf nimmt, dass er möglicherweise einen Verstoss begeht.[2540]

32 Eventualvorsätzliches Handeln beim Straftatbestand von Art. 61 lit. b ist gegeben, wenn der Täter bei der Übertragung der Datenbearbeitung auf einen

---

2536 Erläuternder Bericht DSV, Ziff. 5.1.1 (S. 20).
2537 So auch Meyle/Morand/Vasella.
2538 Erläuternder Bericht DSV, Ziff. 5.1.1 (S. 21).
2539 So auch Meyle/Morand/Vasella.
2540 SHK-Wohlers, Art. 61 DSG N. 9, 11 und 15.

Auftragsbearbeiter zumindest in Kauf nimmt, dass der Auftragsbearbeiter (i) die Daten gesetzeswidrig bearbeitet oder (ii) die Datensicherheit nicht gewährleistet. Entscheidend für die Beantwortung der Frage, ob eine solche Inkaufnahme vorliegt, sind die Umstände, unter denen der betreffende Auftragsbearbeiter «geprüft» und letztlich ausgewählt wurde. Die Vorgaben von Art. 9 sind (gerade im Vergleich zur Parallelregelung von Art. 28 DSGVO) sehr offen und unscharf formuliert, was es in der Praxis den Strafbehörden erschweren dürfte, strafbares Verhalten im Einzelfall nachzuweisen (abgesehen davon, dass hinsichtlich der Justiziabilität der Tatvariante der vorsätzlichen Nichteinhaltung von Mindestanforderungen an die Datensicherheit ohnehin begründete Zweifel bestehen, siehe oben N. 17 ff.).[2541] Bloss (strafloses) fahrlässiges Handeln wäre demgegenüber etwa anzunehmen, wenn der Täter gestützt auf eingeholte externe rechtliche Beratung (an der keine Zweifel aufkommen mussten) davon ausging, dass ein bestimmter Auftragsdatenbearbeitungsvertrag rechtsgenügend ist, dieser sich aber als ungenügend erweist.

IV. RECHTSWIDRIGKEIT UND SCHULD

Vgl. OK-Gassmann zu Art. 60, N. 26 f.

LITERATURVERZEICHNIS

EDÖB, Die Übermittlung von Personendaten in ein Land ohne angemessenes Datenschutzniveau gestützt auf anerkannte Standardvertragsklauseln und Musterverträge vom 27. August 2021, https://www.edoeb.admin.ch/dam/edoeb/de/Dokumente/datenschutz/Paper%20SCC_DE.pdf.download.pdf/Paper%20SCC_DE.pdf, besucht am 8.8.2023.

Meyle Hannes/Morand Anne-Sophie/Vasella David, DSV: keine Mindestanforderungen an die Datensicherheit, keine entsprechende Strafbarkeit, weitere Anmerkungen, https://datenrecht.ch/dsv-keine-mindestanforderungen-an-die-datensicherheit-keine-entsprechende-strafbarkeit-weitere-anmerkungen/, besucht am 8.8.2023.

2541 Vgl. auch Rosenthal/Gubler, S. 56.

Popp Peter/Berkemeier Anne, Kommentierung zu Art. 1 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht (StGB/JStGB), 4. Aufl., Basel 2018.

Rosenthal David, Neue EU Standardvertragsklauseln für Datentransfers in unsichere Drittländer, https://www.rosenthal.ch/downloads/VISCHER-faq-scc.pdf, besucht am 8.8.2023.

Rosenthal David/Gubler Seraina, Die Strafbestimmungen des neuen DSG, SZW 1/2021, S. 52 ff.; Wohlers Wolfgang, Kommentierung zu Art. 61 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski, Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Bern 2023.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 S. 6941 ff. (zit. Botschaft 2017), abrufbar unter https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/6941.pdf, besucht am 8.8.2023.

Erläuternder Bericht des Bundesamts für Justiz BJ zur Verordnung über den Datenschutz vom 31.8.2022, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/vdsg/erlaeuterungen-vo.pdf.download.pdf/erlaeuterungen-vo-d.pdf (zit. Erläuternder Bericht DSV), besucht am 8.8.2023.

Kommentar des Bundesamts für Justiz BJ zur Vollzugsverordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 1.1.2008 (zit. Kommentar BJ zur VDSG), abrufbar unter https://www.edoeb.admin.ch/dam/edoeb/de/Dokumente/deredoeb/kommentar_des_bundesamtsfuerjustizzurvollzugsverordnungvom14juni.pdf.download.pdf/kommentar_des_bundesamtsfuerjustizzurvollzugsverordnungvom14juni.pdf, besucht am 8.8.2023.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 62 DSG

Eine Kommentierung von Jonas D. Gassmann

ZITIERVORSCHLAG

Jonas D. Gassmann, Kommentierung zu Art. 62 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Gassmann, N. XXX zu Art. 62 DSG.

Art. 62 Verletzung der beruflichen Schweigepflicht

[1] Wer geheime Personendaten vorsätzlich offenbart, von denen sie oder er bei der Ausübung ihres oder seines Berufes, der die Kenntnis solcher Daten erfordert, Kenntnis erlangt hat, wird auf Antrag mit Busse bis zu 250 000 Franken bestraft.

[2] Gleich wird bestraft, wer vorsätzlich geheime Personendaten offenbart, von denen sie oder er bei der Tätigkeit für eine geheimhaltungspflichtige Person oder während der Ausbildung bei dieser Kenntnis erlangt hat.

[3] Das Offenbaren geheimer Personendaten ist auch nach Beendigung der Berufsausübung oder der Ausbildung strafbar.

GLIEDERUNG

In Kürze 913
I. Allgemeines 913
II. Verletzung der beruflichen Schweigepflicht 914
A. Täterkreis 914
B. Objektiver Tatbestand 916
C. Subjektiver Tatbestand 919
III. Rechtswidrigkeit und Schuld 919
IV. Abgrenzung und Konkurrenz 919
Literaturverzeichnis 920
Materialienverzeichnis 920

IN KÜRZE

Die Bestimmung von Art. 62 hat das sog. «kleine Berufsgeheimnis» zum Gegenstand. Sie stellt die vorsätzliche Offenbarung geheimer, während der Berufsausübung erfahrener Personendaten, unter Strafe. Im Vergleich zum früheren Recht wird der Tatbestand der «Verletzung der beruflichen Schweigepflicht» erheblich ausgeweitet. Bei Erfüllung dieses Tatbestands droht eine Busse bis zu 250 000 Franken.

I. ALLGEMEINES

Die Bestimmung von Art. 62 baut auf Art. 35 aDSG auf, weitet den Tatbestand der «Verletzung der beruflichen Schweigepflicht» jedoch erheblich aus. Es geht nicht mehr bloss um die Offenbarung von *«geheimen, besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen»*, sondern ganz allgemein um *«geheime Personendaten».*[2542] Der Bundesrat hat diese **Ausweitung des Geheimnisschutzes auf sämtliche Arten von Personendaten** mit der Weiterentwicklung der Informations- und Kommunikationstechnologie und der damit einhergehenden massiven Ausweitung der Erhebung von Daten begründet.[2543] Art. 62 zielt darauf, die Geheimsphäre jener Personen zu schützen, die Dritten ihre Personendaten anvertrauen.[2544] 1

Bei der Strafnorm von Art. 62 handelt es sich um ein **Antragsdelikt.** 2

Gemäss Bundesrat sollen mit Art. 62 Lücken geschlossen werden, *«die durch den eingeschränkten Täterkreis der Artikel 320 und 321 StGB (Sonderdelikte) entstehen».*[2545] Die Schweigepflicht soll auch für Personen gelten, die nicht unter Art. 320 oder 321 StGB fallen. Der Gesetzgeber zog diese Lösung einer Ausweitung der (allgemein-)strafrechtlichen Bestimmungen vor, da er es nicht für zweckmässig erachtete, auch das Zeugnisverweigerungsrecht zu erweitern, welches die Verfahrensgesetze in der Regel für die in Art. 321 StGB 3

2542 Die Einschränkung auf *«geheime, besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile»* in Art. 35 aDSG dürfte mit ein Grund für die in der Praxis geringe Bedeutung dieser Bestimmung gewesen sein (vgl. SHK-Wohlers, Art. 62 DSG N. 3).

2543 Botschaft 2017, S. 7102.

2544 SHK-Wohlers, Art. 62 DSG N. 4.

2545 Botschaft 2017, S. 7102.

erwähnten Berufe vorsehen.[2546] Terminologisch orientiert sich das **«kleine Berufsgeheimnis»** jedoch am «grossen» Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB (das namentlich für Ärzte, Anwälte, Geistliche etc. gilt) und am Bankgeheimnis gemäss Art. 47 BankG.

4 Schon der Bundesrat trat in der Ausarbeitung des **Entwurfs** von der Erwähnung der Bekanntgabe von Daten, die zu kommerziellen Zwecken bearbeitet wurden, zurück.[2547] Dies wurde von den parlamentarischen Kammern beibehalten.

5 Der **Vorentwurf** sah bei Verletzung der beruflichen Schweigepflicht noch eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe vor (Art. 52 VE-DSG). Gemäss Erläuterndem Bericht VE-DSG war die Verschärfung vorgesehen, da eine Busse nicht mehr der Schwere möglicher Eingriffe, insbesondere im Hinblick auf Art. 321 StGB, entsprechen würde.[2548] In der Vernehmlassung befanden jedoch verschiedene Teilnehmer die Straffolge als zu hoch, weshalb eine Busse von 250 000 Franken eingeführt wurde.[2549] Der maximale Bussenbetrag von 250 000 Franken wurde letztlich beibehalten, da dieser Betrag von der Mehrheit als verhältnismässig und ausreichend abschreckend angesehen wurde.[2550]

6 Gesamthaft ist erstaunlich, dass die angesichts des breiten Anwendungsbereichs und Bussenrahmens gerade auch im internationalen Vergleich ungewöhnlich scharfe Bestimmung von Art. 62 in den **parlamentarischen Beratungen** (inhaltlich) kaum diskutiert wurde.[2551]

II. VERLETZUNG DER BERUFLICHEN SCHWEIGEPFLICHT

A. Täterkreis

7 Art. 62 DSG umfasst nicht sämtliche Personen, die geheime Personendaten eines anderen offenbaren. Erfasst sind gemäss Wortlaut Personen, die einen

2546 Erläuternder Bericht VE-DSG, Ziff. 8.1.8.3 (S. 86); Botschaft 1988, S. 485.
2547 Art. 52 VE-DSG; vgl. Art. 56 E-DSG.
2548 Erläuternder Bericht VE-DSG, Ziff. 8.1.8.3 (S. 86).
2549 Botschaft 2017, S. 6980; vgl. Zusammenfassung Vernehmlassung VE-DSG, Ziff. 4.8 (S. 51): Als zu hoch erachteten die im neuen Gesetz vorgesehenen Bussen u.a. BS, GR, LU, TI; GLP, SVP; economiesuisse, sgv.
2550 Vgl. AB 2019 NR S. 1805 ff.
2551 Vgl. Rosenthal/Gubler, S. 59.

Beruf ausüben, der die Kenntnisnahme geheimer Personendaten erfordert. Art. 62 DSG ist damit als **Sonderdelikt** ausgestaltet.[2552] Im Unterschied zu Art. 321 StGB ist jedoch keine bestimmte Berufszugehörigkeit erforderlich.[2553] Um einer (über Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse i.S.v. Art. 321a Abs. 4 OR hinausgehende) Schweigepflicht zu unterliegen, müssen Arbeitnehmer also seit der Neueinführung von Art. 62 keine Sondereigenschaft wie etwa jene von Anwälten, Ärzten, Bankangestellten oder Beamten mehr innehaben: es genügt bereits, dass sie bei ihrer Berufsausübung Kenntnis von «geheimen Personendaten» erlangt haben.[2554] Von der Strafbestimmung von Art. 62 erfasst sind kraft Art. 2 Abs. 1 auch Mitglieder von Bundesbehörden.

Nach Art. 62 Abs. 3 ist nicht nur die aktuelle Ausübung des Berufes erfasst, der Schutz des Geheimnisses dauert auch an, wenn die Verpflichteten den **Beruf aufgegeben** oder ihre entsprechende **Ausbildung beendet** haben. Dies entspricht der Regelung von Art. 35 Abs. 3 aDSG.[2555] Es ist anzunehmen, dass dies (analog zu Art. 321 StGB) bedeutet, dass die berufliche Schweigepflicht ungeachtet des Fortbestands des Geschäftsverhältnisses bis zum Tod des Geheimnisträgers bestehen bleibt.[2556] 8

Nach Art. 62 Abs. 2 unterliegen auch **Hilfspersonen** (Mitarbeitende; Auftragsdatenbearbeiter) **und Auszubildende** (einschliesslich Praktikanten[2557]) der Strafbarkeit. Diese Erweiterung entspricht der Regelung von Art. 35 Abs. 2 aDSG. Dritte, die anstelle des primären Geheimnisträgers tätig sind, sind nach hier vertretener Auffassung als Hilfspersonen der Geheimhaltungspflicht unterstellt.[2558] 9

Nicht strafbar nach Art. 62 ist, wer geheime Personendaten offenbart, die der Geheimnisträger oder eine Hilfsperson ihm oder ihr **in Verletzung von Art. 62 offenbart** hat.[2559] 10

2552 SHK-Wohlers, Art. 62 DSG N. 7; a.M. Rosenthal/Gubler, S. 58, wonach die Strafbestimmungen nach Art. 60 ff. DSG keine Sonderdelikte darstellen, *«aber der Anwendungsbereich (...) trotz allem eingeschränkt»* sei.

2553 BSK-Oberholzer, Art. 321 StGB N. 13.

2554 Rosenthal/Gubler, S. 61.

2555 Vgl. auch Botschaft 1988, S. 486.

2556 BSK-Oberholzer, Art. 321 StGB N. 13; BGE 123 IV 75 E. 1.

2557 SHK-Wohlers, Art. 62 DSG N. 28.

2558 Gleicher Auffassung BSK-Niggli/Maeder, Art. 35 aDSG N. 12; a.M. (hinsichtlich Art. 35 aDSG) Poledna/Berger, N. 268.

2559 SHK-Wohlers, Art. 62 DSG N. 29; Rosenthal/Jöhri, Art. 35 aDSG N. 20.

11 Art. 62 DSG sieht keine direkte Strafbarkeit des Unternehmens vor. Um dem entgegenzuwirken, erfolgte eine Verschärfung der **strafrechtlichen Verantwortlichkeit der leitenden Organe** durch die Anwendung von Art. 6 VStR zusätzlich zu Art. 29 StGB.[2560]

B. Objektiver Tatbestand

12 Nach Art. 62 Abs. 1 macht sich strafbar, *«[w]er geheime Personendaten vorsätzlich offenbart, von denen sie oder er bei der Ausübung ihres oder seines Berufes, der die Kenntnis solcher Daten erfordert, Kenntnis erlangt hat».* Der objektive Tatbestand verlangt zunächst, dass es sich um **«geheime» Personendaten** handelt. Personendaten sind sämtliche Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person beziehen (Art. 5 lit. a).[2561] Art. 62 definiert selbst nicht, welche Personendaten als *«geheim»* gelten, in der Botschaft wird jedoch auf den materiellen Geheimnisbegriff des Strafrechts verwiesen.[2562] Ein strafrechtlich geschütztes Geheimnis liegt vor, wenn (i) die Tatsache nicht allgemein bekannt oder zugänglich ist, (ii) der Geheimnisherr ein schutzwürdiges Interesse an der beschränkten Bekanntheit hat und (iii) er auch den Willen dazu hat.[2563]

13 Weiter muss der Täter **bei der Ausübung seines Berufs** Kenntnis von den Personendaten erlangt haben. Erfasst sind dabei einerseits Daten, die der Kunde/Geheimnisherr dem Geheimnisträger anvertraut hat und andererseits solche, die der Geheimnisträger bei der Ausübung seines Berufs selbst beschafft hat.[2564]

14 Der Begriff der **«Offenbarung»** von geheimen Personendaten entspricht jenem bei Art. 320 und 321 StGB: Eine Offenbarung liegt vor, wenn der Geheimnisträger geheime Personendaten einem dazu nicht berechtigten Dritten zur Kenntnis bringt oder dem Dritten die Kenntnisnahme ermöglicht, wobei unbeachtlich ist, wie dies geschieht (z.B. direkte Weiterleitung

2560 Botschaft 2017, S. 6980.

2561 Vom Begriff der «Personendaten» erfasst sind mit anderen Worten Daten, die Rückschlüsse auf eine bestimmbare Person zulassen (Rosenthal/Gubler, S. 53). Vgl. zum Ganzen auch die Kommentierung zu Art. 5.

2562 Botschaft 2017, S. 7102.

2563 BSK-Oberholzer, Art. 321 StGB N. 14 ff.; BSK-Niggli/Maeder, Art. 35 aDSG N. 27; SHK-Wohlers, N. 12 zu Art. 62 DSG.

2564 SHK-Wohlers, Art. 62 DSG N. 13.

geheimer Personendaten oder ungenügende Aktenaufbewahrung, so dass dem Dritten die Kenntnisnahme ermöglicht wird).[2565] Wurden die Daten vor der Weitergabe effektiv anonymisiert, pseudonymisiert oder verschlüsselt, so dass der Dritte von den Daten keine Kenntnis nehmen kann, liegt kein tatbestandsmässiges Offenbaren vor.[2566]

Ein tatbestandsmässiges Offenbaren liegt demgegenüber auch etwa vor, wenn die Weitergabe geheimer Personendaten an einen internen Mitarbeitenden erfolgt oder an eine externe Dienstleisterin.[2567] Problematisch können Situationen sein, in denen Dritte einem Arbeitnehmer Personendaten offenbaren, verbunden mit der Aufforderung zur strikten Geheimhaltung. Zu denken ist hier etwa an einen Arbeitnehmer der Personalabteilung eines Unternehmens, der von einem anderen Arbeitnehmer auf einen Missstand im Unternehmen hingewiesen wird, wobei letzterer die Geheimhaltung seiner Identität verlangt. Einerseits kann sich der Arbeitnehmer der Personalabteilung strafbar machen, wenn er die Identität (trotzdem) intern offenlegt, andererseits wird sich das Unternehmen das Wissen bestimmter Arbeitnehmer anrechnen lassen müssen. Hier braucht es in der Praxis klare Regelungen, wie mit solchen Meldungen umgegangen wird und was, wem, wann und wie kommuniziert wird.[2568]

15 Weder aus dem Wortlaut von Art. 62 noch aus der Botschaft erschliesst sich, wer der von dieser Bestimmung **geschützte Geheimnisherr** ist. Gemäss Botschaft knüpft die Bestimmung von Art. 62 aber ausdrücklich am Berufsgeheimnis von Art. 321 StGB an, weshalb es sich rechtfertigt, Art. 62 als «Berufsgeheimnis» und nicht als rein datenschutzrechtliche Norm zu verstehen[2569]: Geheimnisherr ist, wer der berufstätigen Person sein Geheimnis zur Ausübung von dessen Beruf anvertraut hat. Geschützt ist demnach das Vertrauen des Geheimnisherrn in die Vertraulichkeit der Mitteilung an die berufstätige Person, und nur der Bruch dieses Vertrauens (d.h. nicht jede Datenschutzverletzung) ist strafbewehrt.[2570] Geschützt von

2565 SHK-Wohlers, Art. 62 DSG N. 15 m.w.H.

2566 SHK-Wohlers, a.a.O. m.w.H.

2567 SHK-Wohlers, Art. 62 DSG N. 17.

2568 Vgl. auch den Hinweis bei Rosenthal/Gubler, S. 61 Fn. 57 auf die sog. *«corporate miranda warnings»*, also die aus dem angelsächsischen Raum stammende Praxis von Rechtsvertretern bei internen Untersuchungen, den Mitarbeitenden eines Unternehmens klar zu machen, dass sie dem Unternehmen und nicht anderen Mitarbeitenden gegenüber verpflichtet sind.

2569 Zu dieser Unterscheidung siehe Rosenthal/Gubler, S. 60.

Art. 62 ist das einer berufstätigen Person entgegengebrachte Vertrauen darauf, dass sie das ihr zwecks ihrer Berufsausübung anvertraute Geheimnis als solches bewahrt – unabhängig vom Vorliegen eines direkten Vertragsverhältnisses mit der Person, der das Geheimnis anvertraut wird.[2571] Tatbestandsmässig kann nach der hier vertretenen Auffassung also nur eine Offenbarung von Personendaten sein, die in Enttäuschung einer berechtigten Erwartung des Geheimnisherrn in die vertrauliche Behandlung derselben erfolgt. Ein Unternehmen kann die Erwartungshaltung des Kunden/Geheimnisherrn steuern, indem es in seiner Datenschutzerklärung die Kategorien von Dritten aufführt, an die das Unternehmen Personendaten weitergibt. Vorausgesetzt, der Hinweis in der Datenschutzerklärung ist «genügend klar», wird der Geheimnisherr keine «berechtigte Erwartung» in die vertrauliche Behandlung der betreffenden Personendaten mehr geltend machen können.[2572]

16 Selbst wenn Art. 62 in diesem engeren Sinne verstanden wird, ist diese Bestimmung noch immer sehr breit und unbestimmt: Wann von einem strafrechtlich geschützten Vertrauen auf Geheimhaltung ausgegangen werden kann, ist (und war auch unter Art. 35 aDSG) nicht geklärt. Klar ist immerhin, dass nicht jede einer berufstätigen Person offenbarte Tatsache, die nicht allgemein bekannt ist, diesen Schutz verdient.[2573] Mit Rosenthal/Gubler (S. 61) ist (angesichts der sich aus dem Bestimmtheitsgebot nach Art. 1 StGB ergebenden Anforderungen an eine Strafnorm) zu fordern, dass (i) beim Geheimnisherrn eine berechtigte Erwartung geweckt wurde, dass sein Geheimniswille respektiert wird und (ii) das Geheimnis dem Geheimnisträger bzw. seiner Organisation in diesem Rahmen offenbart wurde. Vorauszusetzen ist also eine mindestens stillschweigende **Vertraulichkeitsabrede.**

2570 Illustrativ das Beispiel bei Rosenthal/Gubler, S. 60: Gibt ein Versicherungsnehmer seiner Versicherung bei einer Schadensmeldung geheime Daten eines Geschädigten an, besteht dieses Vertrauen (jedenfalls solange der Geschädigte nicht direkt mit der Versicherung in Kontakt tritt) nur zwischen Versicherungsnehmer und Versicherung, nicht auch zwischen der Versicherung und dem Geschädigten – und nur *dieses* Vertrauen kann gebrochen werden.

2571 Zu dieser Unterscheidung siehe Rosenthal/Gubler, S. 60.

2572 Wann von einer «genügend klaren» Information auszugehen ist, wird die Praxis zu weisen haben (siehe hierzu Rosenthal/Gubler, S. 62).

2573 Rosenthal/Gubler, S. 61.

C. Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht ist **Vorsatz** des Täters verlangt, d.h. der Täter muss um die Schweigepflicht, den Geheimnischarakter der Personendaten und die Offenbarung wissen. Dabei genügt es, wenn der Täter es für möglich hält, dass Dritte von den Personendaten Kenntnis erlangen könnten, er aber dennoch handelt, weil er dies in Kauf nimmt (Eventualvorsatz). In der Praxis dürfte eine Strafbarkeit nicht selten daran scheitern, dass eine Kenntnis der Schweigepflicht und des Geheimnischarakters der Personendaten nicht nachgewiesen werden kann, namentlich, wenn Hinweise fehlen, dass das betreffende Unternehmen seinen Arbeitnehmern das entsprechende Wissen vermittelt hat. 17

III. RECHTSWIDRIGKEIT UND SCHULD

Vgl. OK-Gassmann zu Art. 60, N. 26 f. Die Offenbarung kann insbesondere durch die **Einwilligung des Geheimnisherrn** gerechtfertigt sein, wobei die in Art. 321 Ziff. 2 StGB von Rechtsprechung und Dogmatik entwickelten Grundsätze sinngemäss gelten.[2574] Auch **gesetzliche Regelungen,** die eine Offenbarung erlauben (Art. 14 StGB) oder gar verpflichtend anordnen, kommen in Frage. Zu denken ist hier etwa an prozessuale Mitwirkungspflichten.[2575] 18

IV. ABGRENZUNG UND KONKURRENZ

Neben **Art. 320 StGB** (Verletzung des Amtsgeheimnisses) und **Art. 321 StGB** (Verletzung des Berufsgeheimnisses) schützt auch Art. 62 den Geheimnisherren vor unrechtmässigen Offenbarung von geheimen Daten vor Dritten. Art. 62 schliesst jedoch die Lücke, die durch die eingeschränkte Täterschaft entsteht und steht folglich in unechter Idealkonkurrenz zu den beiden Bestimmungen des Strafgesetzbuches. Analog zu Art. 35 aDSG geht die Verletzung des Datengeheimnisses in Art. 320 und 321 StGB auf (Konsumtion).[2576] 20

2574 Botschaft 2017, S. 7102. Zu den praktischen Hindernissen bei Einholung einer Einwilligung vom Geheimnisherrn und möglichen Lösungsansätzen siehe Rosenthal/Gubler, S. 62.

2575 SHK-Wohlers, Art. 62 DSG N. 23.

2576 BSK-Niggli/Maeder, Art. 35 aDSG N. 74; vgl. auch SHK-Wohlers, Art. 62 DSG N. 30, der von Spezialität ausgeht.

21 Ist auch der Tatbestand von **Art. 47 BankG** erfüllt, geht dieser als Spezialnorm vor.[2577]

Der Autor dankt MLaw Antonia Straden herzlich für die Mitarbeit an der Kommentierung dieses Artikels.

LITERATURVERZEICHNIS

Niggli Marcel Alexander/Maeder Stefan, Kommentierung zu Art. 35 aDSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor-Paul (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz / Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014.

Oberholzer Niklaus, Kommentierung zu Art. 321 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht (StGB/JStGB), 4. Aufl., Basel 2018.

Poledna Thomas/Berger Brigitte, Öffentliches Gesundheitsrecht, Bern 2002.

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter 16. November 2020; Rosenthal David/Gubler, Seraina, Die Strafbestimmungen des neuen DSG, SZW 1/2021, S. 52 ff.; Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008.

Wohlers Wolfgang, Kommentierung zu Art. 62 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski, Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Bern 2023.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Daten-schutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 23.3.1988, BBl 1988 II S. 413 ff. (zit. Botschaft 1988), abrufbar unter https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/1988/II/413.pdf, besucht am 8.8.2023.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 S. 6941 ff. (zit. Botschaft 2017), abrufbar unter https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/6941.pdf, besucht am 8.8.2023.

2577 SHK-Wohlers, Art. 62 DSG N. 31.

Erläuternder Bericht des Bundesamts für Justiz BJ zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf (zit. Erläuternder Bericht VE-DSG), besucht am 8.8.2023.

Zusammenfassung des Bundesamts für Justiz BJ der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 10.8.2017 betreffend Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016 (zit. Zusammenfassung Vernehmlassung VE-DSG), abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/ve-ber-d.pdf.download.pdf/ve-ber-d.pdf, besucht am 8.8.2023.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 63 DSG

Eine Kommentierung von Jonas D. Gassmann

ZITIERVORSCHLAG

Jonas D. Gassmann, Kommentierung zu Art. 63 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Gassmann, N. XXX zu Art. 63 DSG.

Art. 63 Missachten von Verfügungen

Mit Busse bis zu 250 000 Franken werden private Personen bestraft, die einer Verfügung des EDÖB oder einem Entscheid der Rechtsmittelinstanzen, die oder der unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikels ergangen ist, vorsätzlich nicht Folge leisten.

GLIEDERUNG

In Kürze 925
I. Allgemeines 925
II. Missachten einer Verfügung des EDÖB oder eines Entscheids einer Rechtsmittelinstanz 927
A. Objektiver Tatbestand 927
1. Verfügung des EDÖB oder Entscheid einer Rechtsmittelinstanz 927
2. Nichtfolgeleisten 928
B. Subjektiver Tatbestand 929
III. Rechtswidrigkeit und Schuld 929
Literaturverzeichnis 929
Materialienverzeichnis 929

IN KÜRZE

Die Bestimmung von Art. 63 stellt das vorsätzliche Nichtfolgeleisten einer Verfügung des EDÖB bzw. eines Entscheids einer Rechtsmittelinstanz unter Strafe. Die Strafbarkeit setzt voraus, dass die Verfügung bzw. der Entscheid mit einer entsprechenden Strafandrohung versehen ist und dass aus der Verfügung bzw. dem Entscheid für den Adressaten hinreichend konkret hervorgeht, was er zu tun oder zu unterlassen hat. Bei Erfüllung dieses Tatbestands droht eine Busse bis zu 250 000 Franken.

I. ALLGEMEINES

Bei Art. 63 handelt es sich um einen als **Blankettnorm**[2578] ausgestalteten **Ungehorsamstatbestand.** Vergleichbare Strafbestimmungen sind im Nebenstrafrecht häufig anzutreffen, wenngleich mit jeweils massiv geringerer Strafandrohung.[2579] Als lex specialis geht die Bestimmung von Art. 63 der im Kernstrafrecht enthaltenen Bestimmung von Art. 292 StGB (Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen) vor.[2580] 1

Die Bestimmung von Art. 63 kam erst nach der Vernehmlassung **neu** ins Gesetz. Nach Ansicht des Gesetzgebers wäre ein Rückgriff auf Art. 292 StGB wegen der zu geringen Strafdrohung nicht ausreichend gewesen.[2581] In der Vernehmlassung wurde verschiedentlich kritisiert, die neuen Strafbestimmungen seien zu offen formuliert.[2582] Art. 63 ermöglicht dem EDÖB nun, die Einhaltung von Pflichten nach dem DSG zu verfügen und mit 2

2578 Welches Verhalten im Einzelfall strafbewehrt ist, ergibt sich nicht aus Art. 63, sondern aus dem Inhalt der betroffenen Verfügung/Entscheid (SHK-Wohlers, Art. 63 DSG N. 3).

2579 Vgl. z.B. Art. 53 FMG (Verstoss gegen eine Verfügung im Bereich des Fernmeldegesetzes: Busse bis zu 5 000 Franken), Art. 127 Abs. 1 lit. b ZG (Verstoss gegen eine Verfügung im Bereich des Zollgesetzes: Busse bis zu 5 000 Franken), Art. 71 Abs. 1 lit. b GSchG (Verstoss gegen eine Verfügung im Bereich des Gewässerschutzgesetzes: Busse bis zu 20 000 Franken), Art. 61 Abs. 1 lit. a USG (Verstoss gegen eine verfügte Emissionsbegrenzung: Busse bis zu 20 000 Franken).

2580 Art. 292 StGB kommt im Sinne eines Auffangtatbestands bloss subsidiär zur Anwendung; besteht eine andere, den Ungehorsam bestrafende Bestimmung (des Kernstrafrechts, des Nebenstrafrechts oder des kantonalen Strafrechts), so wäre eine Strafandrohung nach Art. 292 rechtswidrig und damit unwirksam (BSK-Riedo/Boner, N. 20 ff. und 59 zu Art. 292 StGB).

2581 Erläuternder Bericht VE-DSG, Ziff. 8.1.8.1 (S. 85).

einer Strafandrohung zu verbinden. Die Pflicht kann dadurch in der Verfügung soweit konkretisiert werden, dass für den Adressaten hinreichend klar ist, was er zu tun oder zu unterlassen hat. [2583]

3 Bei der Strafnorm von Art. 63 handelt es sich um ein **Offizialdelikt.**[2584]

4 **Zweck** der Bestimmung von Art. 63 ist es einerseits, die im Vergleich zum VE-DSG weggefallenen Strafbestimmungen (betreffend Meldungen an den EDÖB)[2585] zu kompensieren, andererseits sollen mit ihr *«die Fragen in Bezug auf den Grundsatz nulla poena sine lege, wie sie in der Vernehmlassung häufig vorgebracht wurden»* berücksichtigt werden.[2586]

5 Gemäss Bundesrat erlaubt es die mit Art. 63 geschaffene Lösung, *«die entsprechenden Bestimmungen des E-DSG weiterhin in einer hinreichend allgemeinen Form auszugestalten, ohne zugleich in Konflikt mit den strafrechtlichen Anforderungen an die Präzision einer gesetzlichen Regelung zu geraten.»*[2587] Ausserdem erleichtert sie gemäss Bundesrat die Arbeit der zuständigen Strafverfolgungsbehörden, womit den in der Vernehmlassung teilweise geäusserten Bedenken Rechnung getragen würde.[2588]

6 Diese Bestimmung zielt auf die **Durchsetzung von Verfügungen des EDÖB i.S.v. Art. 51** ab, die dieser *nach* erfolgter Untersuchung erlässt und der **Vollstreckung von Entscheiden von Rechtsmittelinstanzen.** Demgegenüber betrifft die Bussenandrohung von Art. 60 Abs. 2 die vorsätzliche Erteilung von falschen Auskünften und die vorsätzliche Verweigerung der Mitwirkung *im Rahmen einer Untersuchung* des EDÖB.[2589]

7 Es handelt sich beim Straftatbestand von Art. 63 um ein **Sonderdelikt**[2590]: Als Täter in Frage kommt nur, wer Adressat einer Verfügung des EDÖB bzw. eines

---

2582 Insbesondere die Kantone Basel-Stadt, Graubünden, Luzern, Schaffhausen, Solothurn, Zug sowie Zürich kritisierten, dass viele Pflichten und Straftatbestände zu wenig konkret formuliert seien, um dem Grundsatz «nulla poena sine lege» hinreichend Rechnung zu tragen (vgl. Vernehmlassung VE-DSG Kantone).

2583 Botschaft 2017, S. 7103.

2584 Vgl. betreffend Art. 292 StGB BSK-Riedo/Boner, Art. 292 StGB N. 274.

2585 Art. 50 Abs. 2 lit. a, b und e VE-DSG.

2586 Botschaft 2017, S. 7103; siehe dazu unten, N. 5.

2587 Botschaft 2017, S. 7103.

2588 Botschaft 2017, S. 7103.

2589 Rosenthal/Gubler, S. 55.

2590 SHK-Wohlers, Art. 63 DSG N. 3.

Entscheids einer Rechtsmittelinstanz ist. Andere Personen kommen höchstens als Anstifter in Betracht. Richtet sich die Verfügung des EDÖB bzw. der Entscheid einer Rechtsmittelinstanz an ein Unternehmen, tritt die Strafbarkeit gestützt auf Art. 29 StGB bei einer Leitungsperson ein: Die dem Unternehmen obliegende, strafbegründende Pflicht wird der natürlichen Person zugerechnet.[2591] Wer Zuwiderhandlungen von untergebenen Mitarbeitenden nicht verhindert bzw. nicht in ihren Auswirkungen aufhebt, kommt ebenfalls als Täter in Frage (Art. 6 Abs. 2 und 3 VStrR i.V.m. Art. 64 Abs. 1 DSG).[2592]

II. MISSACHTEN EINER VERFÜGUNG DES EDÖB ODER EINES ENTSCHEIDS EINER RECHTSMITTELINSTANZ

A. Objektiver Tatbestand

1. Verfügung des EDÖB oder Entscheid einer Rechtsmittelinstanz

Eine Bestrafung nach Art. 63 setzt voraus, dass einer bestimmten Person in einer rechtsgültig erlassenen und zugestellten Verfügung bzw. einem Entscheid unter **Androhung einer Sanktionierung** nach dieser Bestimmung für den Fall der Nichtbefolgung eine hinreichend konkret umschriebene Verhaltensweise vorgeschrieben wird. Es besteht keine Pflicht des EDÖB bzw. der Rechtsmittelinstanzen, seine/ihre Verfügungen bzw. Entscheide mit der Strafandrohung nach Art. 63 zu versehen. Um die Befolgung der Verfügungen bzw. Entscheide wahrscheinlicher zu machen, dürften der EDÖB bzw. die Rechtsmittelinstanzen von dieser Möglichkeit aber regelmässig Gebrauch machen. 8

Eine **Verfügung des EDÖB** meint einen vom EDÖB gestützt auf Art. 51 an eine bestimmte Person gerichteten Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird.[2593] Verlangt ist – wie bei Art. 292 StGB[2594] – dass die Verfügung eine *konkrete Verhaltensanweisung* 9

2591 Botschaft 2017, S. 7103.

2592 SHK-Wohlers, Art. 63 DSG N. 5.

2593 Zum Begriff der Verfügung vgl. statt vieler BGE 121 II 473 E. 2a; BGE 104 Ia 26 E. 4d; BGE 101 Ia 73 E. 3a; Häfelin/Müller/Uhlmann, N. 849; Art. 52 Abs. 1 DSG verweist auf die Bestimmungen des VwVG, dort insb. Art. 5 VwVG.

(auf Tun, Dulden oder Unterlassen) enthält; eine blosse Feststellungsverfügung genügt diesem Erfordernis nicht.[2595] Auch eine Allgemeinverfügung ist kein taugliches Tatobjekt.[2596] Unter eine konkrete Verhaltensanweisung fallen beispielsweise die Anordnung, eine bestimmte Bearbeitung von Personendaten anzupassen oder einzustellen oder die Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland zu unterlassen (vgl. zum Ganzen OK-Fanger/Oehri zu Art. 51 DSG). Die Verfügung muss «rechtlich existent» sein (darf also keinen schweren Mangel enthalten, der sie nichtig erscheinen lässt), dem Adressaten wirksam zugegangen und formell rechtskräftig sein.[2597]

10 Ein **Entscheid einer Rechtsmittelinstanz** meint ein Urteil eines Gerichts, das über eine Beschwerde gegen eine Verfügung des EDÖB entscheidet, also ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 33 lit. d VGG) oder des Bundesgerichts (Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG).

11 Gemäss Art. 1 StGB kommt eine Bestrafung nur in Betracht, wenn die anwendbare Strafnorm dem **Bestimmtheitsgebot** genügt. Weil Art. 63 selbst die Tathandlung nicht umschreibt, sondern hinsichtlich dieser auf die Verfügung des EDÖB bzw. den Entscheid einer Rechtsmittelinstanz verweist[2598], hat auch die strafbewehrte Verfügung bzw. der strafbewehrte Entscheid den Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot zu genügen.[2599] Das Legalitätsprinzip verlangt, dass die in der Verfügung bzw. im Entscheid auferlegte Verpflichtung *«hinreichend klar umschrieben»* ist (vgl. bereits oben, N. 9); es muss dem Adressaten der Verfügung bzw. des Entscheids mit anderen Worten klar sein, welches konkrete Verhalten von ihm verlangt ist.[2600]

2. Nichtfolgeleisten

12 Als Tathandlung verlangt der Straftatbestand von Art. 63, dass der Verfügungs- bzw. Entscheidadressat der Verfügung bzw. dem Entscheid keine Folge leistet. Was ein **Nichtfolgeleisten** meint, ergibt sich aus dem Inhalt der Verfügung bzw. des Entscheids.[2601] Verfügt der EDÖB beispielsweise ein Verbot der

2594 Vgl. dort BSK-Riedo/Boner, Art. 292 StGB N. 62.
2595 Vgl. ebenso bei Art. 292 StGB BSK-Riedo/Boner, a.a.O.
2596 SHK-Wohlers, Art. 63 DSG N. 7 m.w.H.
2597 SHK-Wohlers, Art. 63 DSG N. 8 m.w.H. Zur umstrittenen Frage, ob die betreffende Verfügung auch rechtmässig sein muss vgl. SHK-Wohlers, Art. 63 DSG N. 9 f.
2598 Vgl. oben, Fn. 1.
2599 Ebenso hinsichtlich Art. 292 StGB BSK-Riedo/Boner, Art. 292 StGB N. 80.
2600 BSK-Riedo/Boner, a.a.O. m.w.H.

Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland, liegt in der entsprechenden Bekanntgabe ein «Nichtfolgeleisten»; gibt der Täter trotz Verbots gleich mehrfach Personendaten ins Ausland bekannt, erfüllt er den Straftatbestand von Art. 63 mehrfach.[2602]

B. Subjektiver Tatbestand

In subjektiver Hinsicht verlangt der Straftatbestand von Art. 63 **Vorsatz,** 13
wobei Eventualvorsatz genügt. Eventualvorsätzlich handelt der Täter, wenn er zwar nicht mit Sicherheit weiss, dass er mit seinem Verhalten gegen die Verfügung bzw. gegen den Entscheid verstösst, er aber sich damit abfindet bzw. in Kauf nimmt, dass er möglicherweise einen Verstoss begeht.[2603]

III. RECHTSWIDRIGKEIT UND SCHULD

Vgl. OK-Gassmann, Art. 60 DSG, N. 26 f.

LITERATURVERZEICHNIS

Häfelin Ulrich/Müller Georg/Uhlmann Felix, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich 2020.

Riedo Christof/Boner Barbara, Kommentierung zu Art. 292 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht (StGB/JStGB), 4. Aufl., Basel 2018.

Rosenthal David/Gubler, Seraina, Die Strafbestimmungen des neuen DSG, SZW 1/2021, S. 52 ff.; Wohlers Wolfgang, Kommentierung zu Art. 63 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski, Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Bern 2023.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom

2601 Vgl. oben, Fn. 1.
2602 Vgl. zum Ganzen auch SHK-Wohlers, Art. 63 DSG N. 11.
2603 SHK-Wohlers, Art. 63 DSG N. 13.

15.9.2017, BBl 2017 S. 6941 ff. (zit. Botschaft 2017), abrufbar unter https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/6941.pdf, besucht am 8.8.2023.

Erläuternder Bericht des Bundesamts für Justiz BJ zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf (zit. Erläuternder Bericht VE-DSG), besucht am 8.8.2023.

Vernehmlassung der Kantone betreffend Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016 (zit. Vernehmlassung VE-DSG Kantone), abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/kantone.pdf.download.pdf/kantone.pdf, besucht am 8.8.2023.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 64 DSG

Eine Kommentierung von Jonas D. Gassmann

ZITIERVORSCHLAG

Jonas D. Gassmann, Kommentierung zu Art. 64 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Gassmann, N. XXX zu Art. 64 DSG.

Art. 64 Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben

[1] Für Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben sind die Artikel 6 und 7 des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) anwendbar.

[2] Fällt eine Busse von höchstens 50 000 Franken in Betracht und würde die Ermittlung der nach Artikel 6 VStrR strafbaren Personen Untersuchungsmassnahmen bedingen, die im Hinblick auf die verwirkte Strafe unverhältnismässig wären, so kann die Behörde von einer Verfolgung dieser Personen absehen und an ihrer Stelle den Geschäftsbetrieb (Art. 7 VStrR) zur Bezahlung der Busse verurteilen.

GLIEDERUNG

In Kürze 933
I. Allgemeines 933
II. Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben 934
A. Anwendbarkeit von Art. 6 und 7 VStrR (Abs. 1) 934
B. Verurteilung des Geschäftsbetriebs zu einer Busse (Abs. 2) 936
1. Allgemeines 936
2. Widerhandlung im Geschäftsbetrieb 937
3. Busse von höchstens 50 000 Franken 937
4. Untersuchungsmassnahmen zur Ermittlung der strafbaren Personen wären unverhältnismässig 938
5. Überwälzung der Busse 939
Literaturverzeichnis 939
Materialienverzeichnis 940

IN KÜRZE

Mit dem Verweis auf zwei isolierte Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) wird die Geschäftsherrenhaftung im DSG eingeführt. Art. 64 ermöglicht es, bei einer Widerhandlung in einem Geschäftsbetrieb unter bestimmten Umständen eine eigentlich der verantwortlichen natürlichen Person aufzuerlegende Busse auf den Geschäftsbetrieb zu überwälzen, falls diese Busse maximal 50 000 Franken beträgt.

I. ALLGEMEINES

Weil es den Kantonen obliegt, strafbare Handlungen im Sinne des 8. Kapitels zu verfolgen und zu beurteilen (Art. 65 Abs. 1), ist das Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR) grundsätzlich nicht anwendbar (Art. 1 VStrR e contrario). Art. 64 Abs. 1 verweist nun aber hinsichtlich Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben ausdrücklich auf **Art. 6 und 7 VStrR.**[2604] 1

Mit dem Verweis auf Art. 6 VStrR (Bestimmung der bei einer Widerhandlung in einem Geschäftsbetrieb verantwortlichen Person) und Art. 7 VStrR (subsidiäre Verantwortlichkeit des Geschäftsbetriebs) wird die **Geschäftsherrenhaftung** im DSG eingeführt. Dadurch soll *«eine sachgerechte Zuweisung der strafrechtlichen Verantwortung in Unternehmen»*, d.h. an dessen Leitungsebene (Führungspersonen mit Entscheidungs- und Weisungsbefugnissen) ermöglicht werden.[2605] 2

Der **maximale Bussenbetrag** gemäss Abs. 2 (der die Bestimmung von Art. 7 VStrR modifiziert), bis zu dem der Geschäftsbetrieb (anstelle der natürlichen Person) zur Bezahlung der Busse verurteilt werden können soll, wurde in Art. 53 VE-DSG noch bei 100 000 Franken angesetzt. Kontroverse Äusserungen im Vernehmlassungsverfahren[2606] führten dazu, dass der maximale Bussenbetrag letztlich bei **50 000 Franken** angesetzt wurde. Der im Vergleich zu Art. 7 VStrR substanziell höher angesetzte maximale Bussenbetrag lässt sich 3

2604 Vgl. auch Erläuternder Bericht VE-DSG, Ziff. 8.1.8.4 (S. 86).
2605 Botschaft 2017, S. 7103.
2606 Siehe dazu Zusammenfassung Vernehmlassung VE-DSG, Ziff. 4.8 (S. 53).

damit erklären, dass der Bussenrahmen bei Verstössen gegen das DSG (Bussen bis zu 250 000 Franken) weit über den in Art. 7 VStrR vorgesehenen Betrag (5 000 Franken) hinausgeht, und der maximale Bussenbetrag erhöht werden musste, damit in der Praxis überhaupt noch Raum für eine Anwendung der Bestimmung von Art. 64 Abs. 2 besteht.[2607]

II. WIDERHANDLUNGEN IN GESCHÄFTSBETRIEBEN

A. Anwendbarkeit von Art. 6 und 7 VStrR (Abs. 1)

4 Art. 64 Abs. 1 verweist bei «Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben» auf *Art. 6 und 7 VStrR*, und damit auf zwei isolierte Artikel innerhalb des VstrR. Die Bemessung der Busse richtet sich demnach beispielsweise nicht nach Art. 8 VStrR, sondern nach Art. 106 Abs. 3 StGB. Weil das VStrR gemäss dessen Art. 1 auf strafbewehrte DSG-Verstösse grundsätzlich keine Anwendung findet, ist dieser **explizite Verweis** erforderlich, soll auch eine Art «Geschäftsherrenhaftung» in das DSG eingeführt werden (vgl. auch oben, N. 1 ff.).

5 Als **«Geschäftsbetrieb»** gilt jede unternehmerische Tätigkeit, bei der mittels Einsatz von Kapital und Arbeit aktiv am Wirtschaftsleben teilgenommen wird.[2608] Es geht also um Straftaten bei der Ausübung wirtschaftlicher Aktivitäten in einem Unternehmen. Nicht erfasst von Art. 6 Abs. 1 VStrR sind Handlungen, die bloss *bei Gelegenheit* der Ausübung geschäftlicher Verrichtungen begangen werden.[2609]

6 Art. 6 Abs. 1 VStrR normiert das sog. **Täterprinzip:** Täter ist, wer die Tat verübt hat.[2610] So macht sich z.B. die Mitarbeitende strafbar, die ungefragt und unautorisiert durch eine Vorgesetzte ein Tool eines Online Service Providers für die Ausübung ihrer Tätigkeit benutzt, im Rahmen dessen Personendaten bearbeitet werden, wobei sich die Mitarbeitende aber nicht um den Abschluss eines rechtsgenügenden Auftragsdatenbearbeitungsvertrags

2607 Vgl. auch SHK-Wohlers, Art. 64 DSG N. 2.

2608 Urteil 2C_664/2013 und 2C_665/2013 vom 28.4.2014 E. 6.3.

2609 BSK-Schwob, Art. 6 VStrR N. 9; vgl. auch SHK-Wohlers, Art. 64 DSG N. 5, der zurecht darauf hinweist, dass in der Praxis einzig beim Straftatbestand von Art. 62 denkbar sei, dass Mitarbeitende einer juristischen Person Personendaten im privaten Rahmen, und nicht im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit offenbaren.

2610 SHK-Wohlers, Art. 64 DSG N. 4; BSK-Schwob, Art. 6 VStrR N. 8.

gekümmert hat (Strafbarkeit nach Art. 61 Abs. 1 lit. b). Ein anderes Beispiel wäre die unautorisierte Offenlegung geheimer Personendaten durch eine Mitarbeitende an einen Dritten bei Ausübung ihres Berufs (Strafbarkeit nach Art. 62).

Voraussetzung für die Verantwortlichkeit des Geschäftsherrn (Geschäftsherrenhaftung i.S.v. Art. 6 Abs. 2 VStrR) ist in objektiver Hinsicht das Vorliegen einer **Garantenpflicht,** wobei diese nicht aus Art. 6 Abs. 2 VStrR ableitbar ist, sondern *«aus der Verantwortlichkeit für den Betrieb als Gefahrenquelle und/oder aus der Verantwortlichkeit für das Verhalten der Untergebenen»*[2611] folgt. Zu denken ist hier etwa an eine Compliance-Verantwortliche, die vertraglich für die Sicherstellung der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Anforderungen im Unternehmen verantwortlich ist oder an die Personalverantwortliche, die vertraglich für die Bearbeitung der Personaldaten verantwortlich zeichnet. Eine *Delegation der Verantwortlichkeit* ist gesetzlich zulässig, wobei die delegierende Person für die Auswahl, Instruktion und Überwachung der betreffenden Person verantwortlich bleibt.[2612] Weiter vorauszusetzen ist das Vorliegen von **Tatmacht** seitens des Geschäftsherrn: Damit die Geschäftsherrenhaftung greift, muss es dem Geschäftsherrn möglich gewesen sein, die Tat zu verhindern oder sie in ihren Auswirkungen aufzuheben.[2613] In subjektiver Hinsicht verlangt ist nach Art. 6 Abs. 2 VStrR **Vorsatz oder Fahrlässigkeit.** Bei
Anlasstaten,
die (wie die Strafbestimmungen des 8. Kapitels des DSG) als *Vorsatz*delikte ausgestaltet sind, ist allerdings umstritten, ob es für die Anwendbarkeit der Geschäftsherrenhaftung
und damit für die Strafbarkeit des *Geschäftsherrn* reicht, dass Letzterer bloss *fahrlässig* die Widerhandlung nicht abgewendet bzw. sie nicht in ihren Wirkungen aufgehoben hat.[2614] Nach hier vertretener Auffassung ist bei solchen Anlasstaten für die Anwendbarkeit der Geschäftsherrenhaftung
zu
verlangen,

7

2611 SHK-Wohlers, Art. 64 DSG N. 9; vgl. auch BSK-Schwob, Art. 6 VStrR N. 13.
2612 Vgl. insb. Art. 754 Abs. 2 OR.
2613 SHK-Wohlers, a.a.O. m.w.H.
2614 Vgl. dazu SHK-Wohlers, Art. 64 DSG N. 10 und BSK-Schwob, Art. 6 VStrR N. 22 m.w.H.

dass
der Geschäftsherr die **Garantenpflicht zumindest eventualvorsätzlich verletzt** hat.[2615] Hat *der unmittelbar handelnde Täter* (der die Widerhandlung begangen hat) bloss *fahrlässig* gehandelt, scheidet die Geschäftsherrenhaftung bei solchen Anlasstaten von vornherein aus.

8 Handelt es sich beim Geschäftsherrn, Arbeitgeber, Auftraggeber oder Vertretenen um eine **juristische Person, Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, Einzelfirma oder Personengesamtheit ohne Rechtspersönlichkeit,** so findet Art. 6 Abs. 2 VStrR Anwendung *«auf die schuldigen Organe, Organmitglieder, geschäftsführenden Gesellschafter, tatsächlich leitenden Personen oder Liquidatoren»* (Art. 6 Abs. 3 VStrR; vgl. auch Art. 29 StGB).

B. Verurteilung des Geschäftsbetriebs zu einer Busse (Abs. 2)

1. Allgemeines

9 **Art. 64 Abs. 2** basiert auf der Bestimmung von Art. 7 Abs. 1 VStrR, passt den Anwendungsbereich aber der im DSG vorgesehenen Maximalbusse an und spricht generischer vom «Geschäftsbetrieb» statt von der «juristischen Person», «Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft» und der «Einzelfirma» (vgl. auch oben, N. 3 und N. 5).[2616]

10 Nach Art. 64 Abs. 2 kann einem Geschäftsbetrieb (anstelle der strafbaren natürlichen Personen) bei vorliegender strafrechtlicher Widerhandlung im Geschäftsbetrieb (begangen durch eine oder mehrere natürliche Personen; dazu unten, N. 11 f.) eine Busse auferlegt werden, wenn

- eine Busse von höchstens 50 000 Franken in Betracht fällt (dazu unten, N. 13 f.) und (kumulativ[2617])
- die Ermittlung der nach Art. 6 VStrR strafbaren Personen Untersuchungsmassnahmen bedingen würde, die im Hinblick auf die verwirkte Strafe unverhältnismässig wären (dazu unten, N. 15 f.).

2615 So auch BGE 105 IV 172 E. 4; a.M. BSK-Schwob, a.a.O.

2616 Zur umstrittenen Rechtsnatur der Regelung von Art. 7 Abs. 1 VStrR (und damit von Art. 64 Abs. 2 DSG) siehe BSK-Macaluso/Garbarski, Art. 7 VStrR N. 27 ff. sowie SHK-Wohlers, Art. 64 DSG N. 12.

2617 Vgl. auch BSK-Macaluso/Garbarski, Art. 7 VStrR N. 15 m.w.H.

2. Widerhandlung im Geschäftsbetrieb

Für die Verurteilung des Geschäftsbetriebs zu einer Busse zunächst vorausgesetzt ist, dass eine **«Widerhandlung im Geschäftsbetrieb»** vorliegt. Es müssen sämtliche objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale der Widerhandlung, für die der Geschäftsbetrieb mit einer Busse belegt werden soll, erfüllt sein, und es dürfen weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschlussgründe vorliegen. Zum Begriff des «Geschäftsbetriebs» siehe oben, N. 5.[2618] 11

In der Praxis werden die **subjektiven Tatbestandsmerkmale** allerdings nicht nachweisbar sein, da die strafbaren natürlichen Personen gerade *nicht* identifizierbar sind. Um diese Hürde zu überwinden und die Anwendung von Art. 64 nicht von vornherein auszuschliessen, ist das Verschulden zu «objektivieren» oder es sind die Anforderungen an den Beweis des subjektiven Tatbestands zu lockern[2619], etwa indem sich die Strafbehörde mit der Feststellung begnügt, «dass sich die Absicht eindeutig aus der verübten Tat ergibt.»[2620] Jedenfalls aber besteht kein Raum für die Anwendung von Art. 64, wenn erstellt ist, dass der subjektive Tatbestand bei den mutmasslich strafbaren Personen innerhalb des Geschäftsbetriebs nicht erfüllt ist.[2621] 12

3. Busse von höchstens 50 000 Franken

Nach Art. 7 Abs. 1 VStrR liegt der Bussenbetrag, bis zu dessen Obergrenze es möglich ist, ein Unternehmen statt einer natürlichen Person zur Bezahlung einer Busse zu verurteilen, bei 5 000 Franken. Diese Obergrenze entspricht der Hälfte des gemäss Art. 106 Abs. 1 StGB vorgesehenen Höchstbetrags der Busse von 10 000 Franken. In Abweichung von Art. 106 Abs. 1 StGB liegt der Höchstbetrag der Busse im Anwendungsbereich des DSG (gemäss Art. 60-63) bei 250 000 Franken. Angesichts dieses wesentlich höheren Höchstbetrags drängte sich eine Erhöhung auch der **Obergrenze des Bussenbetrags** auf, bis zu der eine Verurteilung eines Geschäftsbetriebs möglich ist.[2622] Gemäss Art. 64 Abs. 2 liegt diese Obergrenze bei **50 000 Franken,** was 1/5 des Höchstbetrags der Busse von 250 000 Franken entspricht. 13

2618 Vgl. auch BSK-Macaluso/Garbarski, Art. 7 VStrR N. 23 m.w.H.
2619 Vgl. zum Ganzen BSK-Macaluso/Garbarski, Art. 7 VStrR N. 25 f.
2620 BSK-Macaluso/Garbarski, Art. 7 VStrR N. 26 m.w.H.
2621 BSK-Macaluso/Garbarski, a.a.O. m.w.H.; vgl. auch SHK-Wohlers, Art. 64 DSG N. 10.
2622 Botschaft 2017, S. 7103 f.

14 Nach Art. 106 Abs. 3 StGB hat das Gericht bei der Bestimmung der **Höhe der Busse** die Verhältnisse des Täters zu berücksichtigen, *«so dass dieser die Strafe erleidet, die seinem Verschulden angemessen ist.»* Weil der Täter der Widerhandlung gerade nicht ausfindig gemacht werden kann, ist die Busse aufgrund eines objektiven Verschuldens zu bemessen.[2623] Massgebend sind die Umstände der konkreten Widerhandlung wie etwa die fehlende unternehmensinterne Gliederung in einzelne Verantwortungsbereiche.[2624]

4. Untersuchungsmassnahmen zur Ermittlung der strafbaren Personen wären unverhältnismässig

15 Auch bei der Prüfung, ob Untersuchungsmassnahmen zur Ermittlung der strafbaren Personen im Hinblick auf die verwirkte Strafe unverhältnismässig wären, sind die Umstände des Einzelfalls relevant. Weil es sich bei Art. 64 Abs. 2 um eine «Kann-Bestimmung» handelt[2625], verfügen die Strafbehörden bei der Frage, ob diese Bestimmung anzuwenden ist (und damit auch bei der Beantwortung der Frage, ob Untersuchungsmassnahmen zur Ermittlung der strafbaren Personen unverhältnismässig wären), über ein **relativ erhebliches Ermessen.**[2626] Ein Anspruch auf die Anwendung von Art. 64 Abs. 2 besteht nicht[2627], ebenso wenig kann die Strafbehörde aber auch einfach wählen zwischen einem Vorgehen gegen die strafbaren natürlichen Personen und gegen den Geschäftsbetrieb.[2628] Bevor die zuständige Strafbehörde eine Bestrafung des Geschäftsbetriebs gestützt auf Art. 64 in Erwägung ziehen kann, hat sie *«ein Mindestmass an Untersuchungsmassnahmen»* durchzuführen, um die strafbaren natürlichen Personen zu identifizieren; es geht nicht an, dass sich die Strafbehörde aus reiner Bequemlichkeit auf Art. 64 stützt.[2629] Wann (weitere) Untersuchungsmassnahmen unverhältnismässig

---

2623 Vgl. auch BSK-Macaluso/Garbarski, Art. 7 VStrR N. 18 m.w.H.

2624 Vgl. auch BSK-Macaluso/Garbarski, a.a.O. m.w.H.

2625 Vgl. auch SHK-Wohlers, Art. 64 DSG N. 13.

2626 Vgl. auch BSK-Macaluso/Garbarski, Art. 7 VStrR N. 20 m.w.H.

2627 Vgl. auch BSK-Macaluso/Garbarski, a.a.O.; Beretta, 64.

2628 Vgl. auch BSK-Macaluso/Garbarski, Art. 7 VStrR N. 21; Urteil 6B_256/2007 vom 15.10.2007 E. 4.

2629 Vgl. auch BSK-Macaluso/Garbarski, a.a.O. Gemäss Rechtsprechung reichen auch weder Arbeitsüberlastung der Untersuchungsbehörde (Urteil 6B_256/2007 vom 15.10.2007 E. 4) noch das Risiko der eintretenden Verfolgungsverjährung (Urteil BStGer SK.2018.47BStGer vom 26.4.2019 E. 5.11.4) aus, um sich ohne angestrengte Untersuchungsmassnahmen direkt auf Art. 7 VStrR zu stützen.

wären, ist auch mit Blick auf die Höhe der (potenziell) verwirkten Busse zu beurteilen, wofür die Ermittlungen jedenfalls so weit gegangen sein müssen, dass die Höhe zumindest grob abschätzbar ist.[2630]

Bei den strafbewehrten DSG-Verstössen wird oftmals organisatorisch klar bestimmt oder zumindest im konkreten Fall relativ einfach zu ermitteln sein, wer die betreffenden Handlungen vorgenommen hat (z.B. Antwort auf ein Auskunftsersuchen oder Freigabe der Datenschutzerklärung). Insofern dürfte die **praktische Relevanz der Bestimmung von Art. 64** eher gering sein[2631]; Verurteilungen von Geschäftsbetrieben zur Bezahlung einer Busse dürften die Ausnahme bleiben. 16

5. Überwälzung der Busse

Sind die vorstehend erläuterten Voraussetzungen gegeben, kann die zuständige Strafbehörde die **Busse an den Geschäftsbetrieb überwälzen.** Bei der Bemessung der Höhe der Busse sind das Verschulden und die finanziellen Verhältnisse der eigentlich strafbaren natürlichen Person(en), und nicht jene des Geschäftsbetriebs entscheidend.[2632] 17

Lassen sich **nur bestimmte** für die Widerhandlung **verantwortliche natürliche Personen ermitteln,** andere aber nicht, ist strittig, ob eine Überwälzung der auf die nicht ermittelten Personen anwendbaren Busse möglich ist.[2633] Richtigerweise ist zu fordern, dass auch in dieser Konstellation eine Überwälzung möglich ist.[2634] 18

LITERATURVERZEICHNIS

Beretta Allison, Sanctionner en vertu des art. 6 et 7 DPA, in: Jusletter vom 8.7.2019, 64, https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2019/986/sanctionner-en-vertu_20314b3ff6.html, besucht am 8.8.2023.

Macaluso Alain/Garbarski Andrew M., Kommentierung zu Art. 7 VStrR, in: Frank Friedrich/Eicker Andreas/Markwalder Nora/Achermann, Jonas (Hrsg.), Basler Kommentar, Verwaltungsstrafrecht, Basel 2020.

2630 SHK-Wohlers, Art. 64 DSG N. 17.
2631 So auch Rosenthal/Gubler, S. 58.
2632 SHK-Wohlers, Art. 64 DSG N. 18.
2633 Vgl. SHK-Wohlers, Art. 64 DSG N. 19 m.w.H.
2634 So auch SHK-Wohlers, a.a.O.

Rosenthal David/Gubler Seraina, Die Strafbestimmungen des neuen DSG, SZW 1/2021, S. 52 ff.; Schwob Renate, Kommentierung zu Art. 6 VStrR, in: Frank Friedrich/Eicker Andreas/Markwalder Nora/Achermann, Jonas (Hrsg.), Basler Kommentar, Verwaltungsstrafrecht, Basel 2020.

Wohlers Wolfgang, Kommentierung zu Art. 64 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski, Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Bern 2023.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 S. 6941 ff. (zit. Botschaft 2017), abrufbar unter https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/6941.pdf, besucht am 8.8.2023.

Erläuternder Bericht des Bundesamts für Justiz BJ zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf (zit. Erläuternder Bericht VE-DSG), besucht am 8.8.2023.

Zusammenfassung des Bundesamts für Justiz BJ der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 10.8.2017 betreffend Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016 (zit. Zusammenfassung Vernehmlassung VE-DSG), abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/ve-ber-d.pdf.download.pdf/ve-ber-d.pdf, besucht am 8.8.2023.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 65 DSG

Eine Kommentierung von Jonas D. Gassmann

ZITIERVORSCHLAG

Jonas D. Gassmann, Kommentierung zu Art. 65 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Gassmann, N. XXX zu Art. 65 DSG.

Art. 65 Zuständigkeit

[1] Die Verfolgung und die Beurteilung strafbarer Handlungen obliegen den Kantonen.

[2] Der EDÖB kann bei der zuständigen Strafverfolgungsbehörde Anzeige erstatten und im Verfahren die Rechte einer Privatklägerschaft wahrnehmen.

GLIEDERUNG

In Kürze 943
I. Allgemeines 943
II. Zuständigkeit für Strafverfolgung und Rechtsprechung 944
A. Kantonale Zuständigkeit (Abs. 1) 944
B. Mehrfache Zuständigkeit 945
III. Rechte des EDÖB (Abs. 2) 945
A. Anzeigerecht 945
B. Konstituierung als Privatkläger 946
Literaturverzeichnis 946
Materialienverzeichnis 947

IN KÜRZE

Wie bereits in der Bundesverfassung und in der Strafprozessordnung normiert, obliegen die Verfolgung und die Beurteilung strafbarer Handlungen gemäss 8. Kapitel des Datenschutzgesetzes den Kantonen. Dem EDÖB kommt ein Anzeigerecht zu und er kann sich im Strafverfahren als Privatkläger konstituieren.

I. ALLGEMEINES

Die Bestimmung von **Art. 65 Abs. 1** leitet sich aus Art. 123 Abs. 2 BV ab, wonach die Zuständigkeit für die Rechtsprechung in Strafsachen sowie für den Straf- und Massnahmenvollzug primär und hauptsächlich bei den Kantonen liegt. Sie deckt sich mit der Bestimmung von Art. 22 StPO. Art. 65 Abs. 1 ist insofern **rein deklaratorischer Natur,** als diese Bestimmung keine Bundeskompetenz und damit keine Abkehr von der bereits nach den vorstehend erwähnten Bestimmungen vorgesehenen kantonalen Kompetenz festschreibt. Auch ohne explizite Norm wären mit anderen Worten die Kantone für die Verfolgung und die Beurteilung strafbarer Handlungen gemäss 8. Kapitel zuständig.[2635] 1

Die Bestimmung von Art. 65 Abs. 1 war so bereits im **Vorentwurf** vorgesehen. Im Vernehmlassungsverfahren sprach sich die Mehrheit der Kantone dagegen aus, dass die Verfolgung und Beurteilung strafbarer Handlungen auch weiterhin den Kantonen obliegen.[2636] Begründet wurde die ablehnende Haltung mit der Befürchtung, die Strafverfahren könnten aufgrund der höheren Anzahl rechtswidriger Verhaltensweisen und der schärferen Sanktionen zunehmen, was die Anstellung spezialisierter Mitarbeitender erfordere. Auch wurde geltend gemacht, die kantonale Zuständigkeit würde einen einheitlichen Vollzug des Datenschutzrechts erschweren.[2637] 2

2635 Vgl. BSK-Kipfer, Art. 22 StPO N. 1.

2636 Siehe Zusammenfassung Vernehmlassung VE-DSG, Ziff. 4.8 (S. 51 und S. 53).

2637 Ibid, Ziff. 4.8 (S. 51). Vgl. auch SHK-Wohlers, Art. 65 DSG N. 1, der zurecht darauf hinweist, dass der Einwand der Erschwerung eines einheitlichen Vollzugs des Datenschutzrechts nicht überzeuge, weil er konsequenterweise für *sämtliche* Strafnormen gelten müsste, also auch für jene des StGB, die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung aber über das Instrument der Rechtsbeschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht zu gewährleisten sei.

3 **Art. 65 Abs. 2** stärkt die **Stellung des EDÖB,** indem sie ihm ausdrücklich das Recht einräumt, Strafanzeige einzureichen und sich im Strafverfahren als Privatkläger i.S.v. Art. 118 StPO ff. zu konstituieren.

4 Die Bestimmung von Art. 65 Abs. 2 war im Vorentwurf noch nicht enthalten, sondern erst im **Entwurf.** In der Vernehmlassung wurde mehrfach gefordert, den EDÖB zur Verhängung von Verwaltungssanktionen zu ermächtigen.[2638] Im Gegensatz zum europäischen Recht wurde jedoch gegen eine Sanktionsmöglichkeit durch den EDÖB entschieden. Stattdessen wurde die fehlende Kompetenz zur Verhängung von Verwaltungssanktionen durch die Einführung anderer Bestimmungen im DSG kompensiert.[2639] Dazu gehören namentlich Art. 65 Abs. 2, wodurch der EDÖB bei der kantonalen Strafbehörde Anzeige erstatten und im Strafverfahren die Rechte einer Privatklägerschaft wahrnehmen kann oder die Strafbestimmungen von Art. 60 Abs. 2 sowie von Art. 63.

II. ZUSTÄNDIGKEIT FÜR STRAFVERFOLGUNG UND RECHTSPRECHUNG

A. Kantonale Zuständigkeit (Abs. 1)

5 Sowohl die Verfolgung als auch die Beurteilung strafbarer Handlungen gemäss 8. Kapitel fallen in die Zuständigkeit der Kantone (sog. **originäre kantonale Gerichtsbarkeit**[2640]).

6 Grundsätzlich *nicht* anwendbar ist damit das Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (**VStrR**)[2641] (für dessen Anwendbarkeit wäre vorausgesetzt, dass die erwähnte Zuständigkeit bei einer Verwaltungsbehörde des Bundes liegen würde, Art. 1 VStrR). Kraft expliziten Verweises in Art. 64 Abs. 1 finden indes bei Widerhandlungen in Geschäftsbetrieben die Artikel 6 und 7 VStrR Anwendung.[2642] Dieser Verweis ändert nichts an der erwähnten kantonalen Zuständigkeit.

2638 Ibid, Ziff. 4.8 (S. 50).
2639 Botschaft 2017, S. 6973 f.
2640 Vgl. auch BSK-Kipfer, Art. 22 StPO N. 2.
2641 Vgl. dazu auch Botschaft 2017, S. 7103 f.
2642 Vgl. dazu OK-Gassmann zu Art. 64 DSG.

Die **örtliche Zuständigkeit** richtet sich nach den allgemeinen Gerichtsstandsregeln von Art. 31 ff. StPO. 7

B. Mehrfache Zuständigkeit

Art. 65 äussert sich nicht zur Konstellation, wenn in einer Strafsache **sowohl** *kantonale* **als auch** *Bundes***gerichtsbarkeit** gegeben ist. Zu denken ist hier an einen Täter, der nicht nur gegen eine oder mehrere Tatbestände des 8. Kapitels verstösst, sondern auch gegen einen oder mehrere Tatbestände, die der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen. 8

Mangels expliziter Regelung ist hier auf Art. 26 Abs. 2 StPO abzustellen: Danach kann die Staatsanwaltschaft des Bundes *«die Vereinigung der Verfahren in der Hand der Bundesbehörden oder der kantonalen Behörden anordnen.»*[2643] 9

III. RECHTE DES EDÖB (ABS. 2)

A. Anzeigerecht

Der **EDÖB** ist berechtigt (aber nicht verpflichtet[2644]), bei der zuständigen Strafverfolgungsbehörde **Anzeige** zu erstatten. Er hat allerdings kein Strafantragsrecht. Das Recht, Straf*antrag* zu stellen, kommt einzig der betroffenen Person zu, deren Rechte (wie z.B. Informationsrecht, Auskunftsrecht, Recht auf sicheren Transfer der eigenen Personendaten an Dritte) verletzt wurden.[2645] 10

Es liegt an der zuständigen Strafbehörde, eine Strafuntersuchung einzuleiten, wenn ihr konkrete Hinweise dafür vorliegen, dass möglicherweise eine Straftat begangen wurde (Art. 7 Abs. 1 StPO).[2646] Im Rahmen von Art. 8 StPO kann die Staatsanwaltschaft von der Strafverfolgung absehen und namentlich ein bereits eröffnetes Strafverfahren einstellen, etwa wenn es sich um einen 11

2643 Auch hinsichtlich des Gerichtsstands ist auf die Bestimmungen der StPO abzustellen (Art. 31 ff. StPO).

2644 SHK-Wohlers, Art. 65 DSG N. 17.

2645 Rosenthal/Gubler, S. 58 f. Zur verfahrensrechtlichen Stellung der betroffenen Person im Allgemeinen vgl. SHK-Wohlers, Art. 65 DSG N. 15 f.

2646 Zur Strafuntersuchung im Allgemeinen und Anfechtungsmöglichkeiten vgl. SHK-Wohlers, Art. 65 DSG N. 7 ff.

Bagatellfall[2647] handelt oder der Täter den angerichteten Schaden widergutgemacht hat und keine einer Einstellung des Strafverfahrens entgegenstehende Interessen bestehen.[2648]

B. Konstituierung als Privatkläger

12 Der **EDÖB** ist auch berechtigt, sich im kantonalen Strafverfahren als **Privatkläger** (und damit als Partei, Art. 104 Abs. 1 lit. b StPO) i.S.v. Art. 118 StPO zu beteiligen. Scheint es ihm im Interesse einer einheitlichen Anwendung des DSG geboten, kann der EDÖB damit etwa

- Einstellungsverfügungen anfechten (Art. 322 Abs. 2 StPO) und Rechtsmittel gegen kantonale Urteile ergreifen (Art. 382 Abs. 1 StPO)[2649];
- Akteneinsicht (Art. 101 Abs. 1 StPO) verlangen;
- an Verfahrenshandlungen (Art. 107 Abs. 1 lit. b StPO) und Beweiserhebungen (Art. 147 ff. StPO) teilnehmen; und
- Beweisanträge stellen (Art. 107 Abs. 1 lit. e StPO).

LITERATURVERZEICHNIS

Kipfer Daniel, Kommentierung zu Art. 22 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO), 2. Aufl., Basel 2014.

Rosenthal David/Gubler, Seraina, Die Strafbestimmungen des neuen DSG, SZW 1/2021, S. 52 ff.; Wohlers Wolfgang, Kommentierung zu Art. 65 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski, Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Bern 2023.

2647 SHK-Wohlers, Art. 65 DSG N. 10 weist zurecht darauf hin, dass eine Einstellung nicht mit dem Verweis darauf erfolgen könne, dass Verstösse gegen das DSG generell keine schweren Delikte sind, *«sondern nur dann, wenn das in Frage stehende Delikt gemessen am Regelfall der Delikte, die unter die in Frage stehende Strafnorm zu subsumieren sind, eher bagatellartigen Charakter hat.»*

2648 SHK-Wohlers, a.a.O.

2649 Der EDÖB kann aber weder gegen Strafbefehle (vgl. Art. 354 Abs. 1 StPO) noch gegen das Strafmass (vgl. Art. 382 Abs. 2 StPO) ein Rechtsmittel ergreifen, was gemäss Botschaft *«hinsichtlich seiner Aufgaben aber auch nicht erforderlich scheint»* (Botschaft 2017, S. 7104).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 S. 6941 ff. (zit. Botschaft 2017), abrufbar unter https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/6941.pdf, besucht am 8.8.2023.

Zusammenfassung des Bundesamts für Justiz BJ der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 10.8.2017 betreffend Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016 (zit. Zusammenfassung Vernehmlassung VE-DSG), abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/ve-ber-d.pdf.download.pdf/ve-ber-d.pdf, besucht am 8.8.2023.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 66 DSG

Eine Kommentierung von Jonas D. Gassmann

ZITIERVORSCHLAG

Jonas D. Gassmann, Kommentierung zu Art. 66 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Gassmann, N. XXX zu Art. 66 DSG.

Art. 66 Verfolgungsverjährung

Die Strafverfolgung verjährt nach fünf Jahren.

GLIEDERUNG

In Kürze 951
I. Allgemeines 951
II. Verfolgungsverjährung 952
A. Dauer 952
B. Beginn 952
C. Wiederholte Übertretungen 953
III. Vollstreckungsverjährung 953
Literaturverzeichnis 953
Materialienverzeichnis 954

IN KÜRZE

Bei den strafbewehrten Verstössen gegen das Datenschutzgesetz handelt es sich um Übertretungen. Abweichend von der allgemeinen Bestimmung des Art. 109 StGB verjährt die Strafverfolgung nicht nach drei, sondern erst nach fünf Jahren. Dies deshalb, weil Untersuchungen von möglichen datenschutzrechtlichen Verstössen regelmässig technisch komplex sind, entsprechendes Spezialwissen voraussetzen, und die Strafverfahren nicht an einer zu kurz bemessenen Verjährungsfrist scheitern sollen. Von der Verfolgungsverjährung abzugrenzen ist die Vollstreckungsverjährung, die drei Jahre beträgt.

I. ALLGEMEINES

Art. 66 stellt eine **besondere Verfolgungsverjährungsbestimmung** für Übertretungen gegen das Datenschutzgesetz auf. Die Bestimmung gilt für die gemäss 8. Kapitel strafbewehrten Verstösse gegen das Datenschutzgesetz (Art. 60-63).[2650] Im Vergleich zu *«gewöhnlichen»* Übertretungen ist diese zwei Jahre länger bemessen. Damit soll der technischen Natur dieser Übertretungen und der regelmässig nur beschränkten datenschutzrechtlichen Erfahrung der zuständigen kantonalen Strafverfolgungsbehörden Rechnung getragen werden.[2651] 1

Art. 66 ist **neu.** Unter bisherigem Recht verjährte die Strafverfolgung kraft Art. 333 Abs. 1 StGB gemäss einschlägiger Bestimmung des allgemeinen Strafrechts (Art. 109 StGB) nach drei Jahren.[2652] Im Vernehmlassungsverfahren sprachen sich einzelne Teilnehmer gegen eine Verlängerung der Verjährungsfrist aus.[2653] Der Wortlaut gemäss Vorentwurf blieb nach den parlamentarischen Beratungen unverändert.[2654] 2

2650 Weil die Strafandrohung bei Art. 62 im Rahmen der parlamentarischen Beratungen von «Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe» zu «Busse» angepasst wurde, ist die Bestimmung von Art. 66 auch auf Art. 62 anwendbar.

2651 Vgl. auch Rosenthal/Gubler, S. 59.

2652 Vgl. auch BSK-Niggli/Maeder, Vorb. zu Art. 34-35 aDSG N. 24; Rosenthal/Jöhri, Art. 34 aDSG N. 13 und Art. 35 aDSG N. 5; SHK-Wohlers, Art. 66 DSG N. 1.

2653 Siehe Zusammenfassung Vernehmlassung VE-DSG, Ziff. 4.8 (S. 54).

2654 Vgl. auch SHK-Wohlers, Art. 66 DSG N. 1.

II. VERFOLGUNGSVERJÄHRUNG

A. Dauer

3 Die gemäss 8. Kapitel strafbewehrten Verstösse gegen das Datenschutzgesetz sehen Busse als Strafe vor und qualifizieren daher nach Art. 333 Abs. 3 StGB als **Übertretungen.**

4 Gemäss Art. 109 StGB verjährt die Strafverfolgung bei Übertretungen nach drei Jahren. Untersuchungen allfälliger Verstösse gegen das Datenschutzgesetz setzen regelmässig Wissen über die zugrundeliegenden technischen Vorgänge voraus, und solche Untersuchungen werden nicht selten komplex sein. Die für die Durchsetzung der Strafbestimmungen nach Art. 65 Abs. 1 zuständigen kantonalen Strafverfolgungsbehörden verfügen (anders als etwa die unter der DSGVO für die Verhängung von Bussen zuständigen Datenschutzaufsichtsbehörden) regelmässig über keine oder nur wenig Erfahrung mit datenschutzrechtlichen Fragen (vgl. auch oben, N. 1). Damit entsprechende Strafverfahren nicht an zu kurzen Verjährungsfristen scheitern, wurde die **Verjährung der Strafverfolgung** im Vergleich zur allgemeinen Bestimmung von Art. 109 StGB um zwei Jahre auf **fünf Jahre** erhöht.[2655]

B. Beginn

5 Der **Beginn der Verfolgungsverjährung** richtet sich gemäss Art. 104 StGB nach Art. 98 StGB: Bei den als *Tätigkeitsdelikt* ausgestalteten Straftatbeständen beginnt die Verjährung am Tag, an dem die Übertretung begangen wurde bzw. am letzten Tag, an dem der Tatbestand erfüllt wurde. Handelt es sich um ein *Dauerdelikt*, beginnt die Verjährung am Tag, an dem das strafbare Verhalten endet. Bei den als *Unterlassungsdelikt* ausgestalteten Straftatbeständen beginnt die Verjährung nicht, solange die Unterlassung andauert[2656]; entscheidend ist der Zeitpunkt, an dem die Handlungspflicht endet.[2657] Sind an einer Straftat *mehrere Personen beteiligt*, beginnt die

2655 Botschaft 2017, S. 7104.

2656 Urteil des Obergerichts des Kantons Appenzell-Ausserrhoden vom 27.8.1956, RS 1958 Nr. 9 (zu Art. 109 aStGB).

2657 SHK-Wohlers, Art. 66 DSG N. 3 m.w.H.

Verjährung einheitlich für alle Beteiligten mit dem letzten Teilakt zu laufen.[2658]

C. Wiederholte Übertretungen

Von Dauerdelikten abzugrenzen sind **wiederholte Übertretungen,** die sich gegen denselben Rechtsgutträger richten. Diese verjähren nach Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist einzeln.[2659] Übergibt ein Täter z.B. i.S.v. Art. 61 lit. b DSG die Datenbearbeitung immer wieder aufs Neue einem Auftragsbearbeiter, ohne dabei die Voraussetzungen nach Art. 9 Abs. 1 und 2 DSG zu erfüllen, verjähren die einzelnen Übertretungen unabhängig voneinander eine nach der anderen. 6

III. VOLLSTRECKUNGSVERJÄHRUNG

Art. 66 regelt ausschliesslich die Verfolgungs-, *nicht* auch die **Vollstreckungsverjährung.** Letztere richtet sich nach der allgemeinen Bestimmung von Art. 109 StGB. Sie beträgt **drei Jahre** ab dem Tag der Vollstreckbarkeit des Bussenentscheids (Art. 333 Abs. 1 i.V.m. Art. 109 i.V.m. Art. 100 StGB), d.h. ab dem Tag, an dem der Entscheid in Rechtskraft erwächst.[2660] Eine Beschwerde gegen den Bussenentscheid ans Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung (vgl. Art. 103 BGG), so dass der Bussenentscheid bereits mit dessen Ausfällung durch die letzte kantonale Instanz in Rechtskraft erwächst. 7

LITERATURVERZEICHNIS

Heimgartner Stefan, Kommentierung zu Art. 109 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht (StGB/JStGB), 4. Aufl., Basel 2018.

Niggli Marcel Alexander/Maeder Stefan, Kommentierung zu Art. 34 und 35 aDSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor-Paul (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz / Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014.

Rosenthal David/Gubler Seraina, Die Strafbestimmungen des neuen DSG, SZW 1/2021, S. 52 ff.; Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Handkommentar zum

2658 SHK-Wohlers, a.a.O.
2659 Vgl. BSK-Heimgartner, Art. 109 StGB N. 12.

Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008; Wohlers Wolfgang, Kommentierung zu Art. 66 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski, Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., Bern 2023.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 S. 6941 ff. (zit. Botschaft 2017), abrufbar unter https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2017/6941.pdf, besucht am 8.8.2023.

Zusammenfassung des Bundesamts für Justiz BJ der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 10.8.2017 betreffend Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016 (zit. Zusammenfassung Vernehmlassung VE-DSG), abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/ve-ber-d.pdf.download.pdf/ve-ber-d.pdf, besucht am 8.8.2023.

2660 BGE 105 IV 307 E. 1.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 67 DSG

Eine Kommentierung von Nula Katharina Frei

ZITIERVORSCHLAG

Nula Frei, Kommentierung zu Art. 67 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Frei, N. XXX zu Art. 67 DSG.

9. Kapitel: Abschluss von Staatsverträgen

Art. 67

Der Bundesrat kann Staatsverträge abschliessen betreffend:

a. die internationale Zusammenarbeit zwischen Datenschutzbehörden;

b. die gegenseitige Anerkennung eines angemessenen Schutzes für die Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland.

GLIEDERUNG

In Kürze 957
I. Allgemeines 957
A. Normzweck von Art. 67 DSG 957
B. Entstehungsgeschichte 959
II. Kompetenz des Bundesrates zum Abschluss von Staatsverträgen 960
A. Internationale Zusammenarbeit zwischen Datenschutzbehörden (lit. a) 964
1. Zusammenarbeit 964
2. Datenschutzbehörden 966
B. Gegenseitige Anerkennung eines angemessenen Schutzniveaus (Lit. b) 967
C. Staatsverträge zu anderen Zwecken 970
Literaturverzeichnis 972
Materialienverzeichnis 974

IN KÜRZE

Angesichts zunehmend internationaler Datenflüsse muss ein wirksamer Datenschutz auch die grenzüberschreitenden Fragen regeln. Dafür sind unter Umständen Abkommen mit anderen Staaten oder internationalen Organisationen notwendig. Um den Abschluss solcher Abkommen zu erleichtern, erteilt Art. 67 DSG dem Bundesrat für zwei bestimmte Sachbereiche eine Ermächtigung, völkerrechtliche Verträge ohne Genehmigung des Parlaments abzuschliessen, nämlich zum Zwecke der Kooperation zwischen Datenschutzbehörden sowie der gegenseitigen Anerkennung eines angemessenen Datenschutzniveaus. Die Delegationsnorm ist eng auszulegen.

I. ALLGEMEINES

A. Normzweck von Art. 67 DSG

Im Zeitalter ubiquitärer elektronischer Vernetzung ist die grenzüberschreitende Bearbeitung von Personendaten zum Alltag geworden. Schon lange hat deshalb der Datenschutz auch eine **internationale Dimension** und ist insofern auch zum Objekt der Aussenpolitik geworden. 1

Die Schweiz hat **zahlreiche bilaterale und multilaterale Abkommen** im Bereich Datenschutz abgeschlossen. Dabei lässt sich unterscheiden zwischen *allgemeinen Abkommen*, die den Datenschutz rechtsbereichsübergreifend normieren resp. konstitutionalisieren[2661], und *sachbereichspezifischen Abkommen*, die Regelungen für einzelne Bereiche der Zusammenarbeit aufstellen. In die erste Kategorie fällt derzeit nur das Übereinkommen des Europarats zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten[2662] (SEV 108), dessen modernisierte Version (SEV 108+) die Schweiz demnächst ratifizieren wird.[2663] Sachbereichsspezifische Datenschutzregelungen finden sich in zahlreichen Abkommen im Bereich der polizeilichen Zusammenarbeit[2664] und der Rechtshilfe in Strafsachen[2665], der 2

2661 OFK-Jauslin/Spenlé, Art. 67 DSG N. 2.

2662 Übereinkommen vom 28.1.1981 zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten, SR 0.235.1.

2663 Botschaft SEV 108+, S. 565.

Visaerteilung[2666], der Migrationsverwaltung und der Rückübernahme ausländischer Staatsangehöriger[2667], der Zusammenarbeit in Asylangelegenheiten[2668] sowie dem Austausch von Flugpassagierdaten[2669].

3 Ein wichtiger Akteur beim Datenschutz ist die **europäische Union**. Deren Datenschutzrecht beeinflusst das Schweizer Recht massgeblich.[2670] Abgesehen von indirekten Beeinflussungen sowie der extraterritorialen Wirkung der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)[2671], die hier nicht vertieft werden,[2672] existieren auch mehrere Abkommen zwischen der Schweiz und der EU mit datenschutzrechtlichen Inhalten. Von grösster praktischer Relevanz ist die Schengen-Assoziierung, in deren Rahmen die Schweiz gewissen Rechtsakte der EU übernimmt, hier namentlich die Richtlinie 2016/680 zum Datenschutz in den Bereichen Polizei und Justiz[2673], die von Bund und Kantonen umgesetzt werden muss.[2674]

2664 So etwa das Abkommen vom 7.4.2016 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Regierung von Montenegro über die polizeiliche Zusammenarbeit bei der Bekämpfung der Kriminalität, SR 0.360.573.1.

2665 So etwa Art. 9 des Rechtshilfeabkommens vom 4.2.2019 mit Indonesien, SR 0.351.942.7.

2666 So etwa Art. 7 des Abkommens vom 3.6.2010 mit Südafrika über die Aufhebung der Visumpflicht für Diplomaten, SR 0.142.111.182.

2667 So etwa Art. 10 des Rückübernahmeabkommens von 2.7.2019 mit Botsuana, SR 0.142.111.949.

2668 So etwa das Abkommen vom 29.9.2005 zwischen dem Schweizerischen Bundesrat, der Österreichischen Bundesregierung und der Regierung des Fürstentums Liechtenstein über den gegenseitigen Datenaustausch in Asylangelegenheiten, SR 0.142.390.

2669 Notenaustausch vom 23.12.2008 zwischen dem schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika betreffend die Übermittlung von Passagierdaten (Passenger Name Record, PNR) durch Fluggesellschaften an ausländische Behörden, SR 0.748.710.933.6.

2670 S. u.a. Epiney/Frei, DSG, N. 40 ff.; Frei, Revision DSG, Rz. 10 ff.; Frei, DSGVO, S. 81 ff.; Métille/Ackermann, S. 77 ff.

2671 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl. 2016 L 119, 1.

2672 Dazu etwa Epiney/Frei, DSG, N. 40 ff. sowie ausführlich Steiner Thomas, Zwischen Autonomie und Angleichung. Eine Analyse zur Anwendung des neuen DSG im Lichte der DSGVO, in: Widmer Michael (Hrsg.), Datenschutz. Rechtliche Schnittstellen, Zürich 2023, S. 51 l–138, *passim*.

2673 Richtlinie 2016/680 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr, ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 89.

2674 Botschaft DSG, S. 6993.

Gegenüber der allgemeinen Regelung zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge in der Schweiz (unten N. 10 ff.) **erleichtert Art. 67 DSG den Abschluss völkerrechtlicher Verträge,** indem dem Bundesrat die Kompetenz zum selbständigen Abschluss von Verträgen **ohne Genehmigung durch die Bundesversammlung** in zwei bestimmten Sachbereichen übertragen wird, nämlich zum Zwecke der Kooperation zwischen Datenschutzbehörden sowie der gegenseitigen Anerkennung eines angemessenen Datenschutzniveaus. 4

B. Entstehungsgeschichte

Art. 67 DSG **ersetzt Art. 36 Abs. 5 aDSG**, welcher unter den geltenden Grundsätzen der Kompetenzdelegation, namentlich dem Verbot von Blankodelegationen[2675], als zu unbestimmt angesehen wurde.[2676] Art. 36 Abs. 5 aDSG sah vor, dass der Bundesrat völkerrechtliche Verträge über den Datenschutz abschliessen kann, wenn sie den Grundsätzen des DSG entsprechen. 5

Die übrigen Absätze von Art. 36 aDSG, welche den Bundesrat zum Erlass von Ausführungsbestimmungen sowohl allgemeiner Art als auch in Bezug auf bestimmte Sachbereiche ermächtigten, werden im neuen DSG nicht weitergeführt.[2677] 6

Im Gesetzgebungsprozess war Art. 67 DSG **unumstritten**. Die in der Vernehmlassung vereinzelt vorgebrachte Anregung, die Vertragsschlusskompetenz des Bundesrats dahingehend zu limitieren, als dass er keine völkerrechtlichen Verträge über den Vollzug von durch ausländische Aufsichtsbehörden verhängte Sanktionen in der Schweiz abschliessen darf, [2678] fand weder in der Botschaft noch in den parlamentarischen Beratungen Gehör. Gegenüber dem Vorentwurf[2679] und dem Entwurf[2680] des Bundesrates hat Art. 67 (mit Ausnahme der Nummerierung) keine Änderungen in den parlamentarischen Beratungen erfahren und wurde ausweislich der Ratsprotokolle auch nicht diskutiert. 7

2675 Siehe unten, N. 13.
2676 Botschaft DSG, S. 7104.
2677 Botschaft DSG, S. 7104 f.
2678 BJ, Vernehmlassungsergebnisse, S. 54.
2679 Art. 56 VE-DSG.
2680 Art. 61 E-DSG.

II. KOMPETENZ DES BUNDESRATES ZUM ABSCHLUSS VON STAATSVERTRÄGEN

8 Ein Staatsvertrag ist eine in Schriftform geschlossene **Übereinkunft** zwischen zwei oder mehreren Völkerrechtssubjekten i.S.v. Art. 38 Abs. 1 lit. a IGH-Statut[2681] und Art. 2 Abs. 1 lit. a der Wiener Vertragsrechtskonvention[2682].

9 Während Art. 67 DSG den Begriff «Staatsvertrag» verwendet, spricht à Art. 16 Abs. 2 lit. a DSG von «völkerrechtlichem Vertrag». Gemeint ist trotz unterschiedlicher **Terminologie** dasselbe.[2683]

10 Für den Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen sind in der Schweiz im Grundsatz der Bundesrat und die **Bundesversammlung** gemeinsam zuständig. Während der Bundesrat, im Rahmen seiner aussenpolitischen Kompetenzen, die völkerrechtlichen Verträge aushandelt und unterzeichnet (Art. 184 Abs. 1 und 2 BV), genehmigt das Parlament die Verträge mittels Bundesbeschluss (Art. 166 Abs. 2 Satz 1 BV), bevor der Bundesrat sie ratifizieren kann (Art. 184 Abs. 2 BV). Dies erklärt sich daraus, dass völkerrechtliche Verträge, genauso wie Bundesgesetze, rechtssetzende Bestimmungen enthalten und insofern einer zumindest nachträglichen demokratischen Legitimation bedürfen. In gewissen Fällen ist über die Genehmigung des Parlaments hinaus zudem das fakultative[2684] oder obligatorische[2685] Staatsvertragsreferendum vorgesehen. Unterliegt ein völkerrechtlicher Vertrag dem Referendum, betrifft er wesentliche Interessen der Kantone, oder ist er von grosser politischer, finanzieller, wirtschaftlicher, ökologischer, sozialer oder kultureller Tragweite, so muss im Vorfeld eine Vernehmlassung durchgeführt werden.[2686]

2681 Statut des Internationalen Gerichtshofs vom 26.6.1945, SR 0.193.501.

2682 Wiener Übereinkommen vom 23.5.1969 über das Recht der Verträge, SR 0.111.

2683 So auch SHK-Dauag, Art. 67 DSG N. 2; In den französischen und italienischen Sprachversionen ist die Terminologie hingegen einheitlich.

2684 Art. 141 Abs. 1 lit. d Ziff. 1-3 BV; Dies betrifft Verträge, die unbefristet und unkündbar sind, die den Beitritt zu einer internationalen Organisation vorsehen, sowie solche, die wichtige rechtsetzende Bestimmungen enthalten oder deren Umsetzung den Erlass von Bundesgesetzen erfordert.

2685 Art. 140 Abs. 1 lit. b BV; Dem obligatorischen Referendum unterstehen völkerrechtliche Verträge, die den Beitritt zu Organisationen für kollektive Sicherheit oder zu supranationalen Gemeinschaften bezwecken.

2686 Art. 3 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 VlG.

Das Parlament kann sich dieser Kompetenz jedoch mittels **Delegation** entledigen. Entsprechend entfällt die Genehmigungspflicht bei Verträgen, deren Abschluss das Parlament mittels eines Bundesgesetzes oder eines von ihm genehmigten völkerrechtlichen Vertrages an den Bundesrat delegiert hat.[2687] Dahinter steht die Idee, die Bundesversammlung von der Genehmigung «nicht parlamentswürdiger»[2688] Verträge zu entlasten und sie nur mit Fragen zu beschäftigen, die einer verstärkten demokratischen Legitimation bedürfen.[2689] 11

Näher ausgeführt wird diese **selbständige Vertragsabschlusskompetenz** in Art. 7*a* RVOG, welcher drei Konstellationen nennt, in denen der Bundesrat einen Vertrag ohne vorgängige Genehmigung des Parlaments ratifizieren darf. 12

- *Erstens* auf der Basis einer Ermächtigung in einem **spezifischen Bundesgesetz** (Art. 7a Abs. 1 RVOG). Bei **Art. 67 DSG** handelt es sich um eine solche Ermächtigung. Dabei sind parallele Grundsätze wie im Bereich der Gesetzesdelegationen an den Bundesrat massgeblich: Die wesentlichen rechtspolitischen Wertungen müssen mit ausreichender Bestimmtheit im parlamentarischen Gesetz getroffen werden.[2690] Mit dem Legalitätsprinzip nicht vereinbar sind sog. «Blankodelegationen», denn diese könnten bewirken, dass eine nicht vorhersehbare Zahl völkerrechtlicher Verträge unterschiedlichen Inhalts dem Genehmigungserfordernis entzogen wird.[2691]
- *Zweitens* eine Ermächtigung in einem von der Bundesversammlung genehmigten **völkerrechtlichen Vertrag** (Art. 7a Abs. 1 RVOG). Hierfür gelten im Wesentlichen parallele Delegationsgrundsätze wie für Kompetenzdelegationen in einem Bundesgesetz.[2692]
- *Drittens* kann der Bundesrat sog. **Verträge von beschränkter Tragweite** ohne vorgängige parlamentarische Genehmigung ratifizieren (Art. 7a Abs. 2 RVOG). Hierbei handelt es sich um eine subsidiäre Generalklausel, weil sie unabhängig vom jeweiligen Bereich für alle Verträge von beschränkter

2687 Art. 166 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 24 Abs. 2 ParlG.
2688 SGK-Thürer, Art. 166 BV N. 38.
2689 CR-Schmid, Art. 166 BV N. 41.
2690 Tschannen, § 27 Rz. 26.
2691 BSK-Epiney, Art. 166 BV N. 31.
2692 Epiney/Frei, Vertragsschlusskompetenzen, Rz. 15.

Tragweite gilt.[2693] Als Verträge von beschränkter Tragweite gelten gemäss Art. 7*a* Abs. 3 RVOG namentlich Verträge, die keine neuen Pflichten begründen oder keinen Verzicht auf bestehende Rechte zur Folge haben (Art. 7*a* Abs. 3 lit. a RVOG), Verträge, die lediglich dem Vollzug von Verträgen dienen, die von der Bundesversammlung genehmigt worden sind und lediglich die im Grundvertrag bereits festgelegten Rechte, Pflichten oder organisatorischen Grundsätze näher ausgestalten (lit. b) sowie Verträge, die sich an die Behörden richten und administrativ-technische Fragen regeln (lit. c). Diese Auflistung ist exemplarisch: Ob ein Vertrag tatsächlich eine beschränkte Tragweite aufweist, ist durch Auslegung zu ermitteln. Das Gesetz präzisiert ebenfalls, welche Verträge grundsätzlich *nicht* als solche mit beschränkter Tragweite gelten (Art. 7*a* Abs. 4 RVOG). Dies ist namentlich der Fall, wenn der Vertrag dem fakultativen Staatsvertragsreferendum nach Art. 141 Abs. 1 lit. d BV untersteht (lit. a), Bestimmungen enthält, die in kantonale Zuständigkeiten fallen (lit. b), oder hohe Ausgaben verursacht (lit. c). Als weitere Kriterien gelten die Fragen, ob ein Vertrag in die rechtlich geschützten Interessen Privater eingreift, eine Gesetzesänderung erfordert oder ob er sich «problemlos» in das allgemeine innen- und aussenpolitische sowie das wirtschaftliche Umfeld einfügt.[2694]

13 Rein **quantitativ** gesehen wird die grosse Mehrheit (über 90%) der von der Schweiz eingegangenen Verträge vom Bundesrat selbständig abgeschlossen.[2695] Der Bundesrat legt der Bundesversammlung jährlich einen Bericht über die von ihm selbständig abgeschlossenen Verträge vor (Art. 48*a* Abs. 2 RVOG). In dieser Form erfolgt eine nachträgliche parlamentarische Kontrolle.[2696]

14 Der Bundesrat kann die Zuständigkeit zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge auch **an ein Departement delegieren**. Handelt es sich um einen

2693 Epiney/Frei, Vertragsschlusskompetenzen, Rz. 15.
2694 Botschaft RVOG und ParlG, S. 7475 mit Verweis auf VPB 51/IV, 1987, Nr. 58, 383.
2695 Botschaft RVOG und ParlG, S. 7475.

Vertrag von beschränkter Tragweite i.S.v. Art. 7*a* Abs. 2 RVOG, kann er diese Zuständigkeit zudem weiter an eine Gruppe oder an ein Bundesamt delegieren (Art. 48*a* Abs. 1 RVOG).

15 Die Vorgängerregelung, Art. 36 Abs. 5 aDSG, bestimmte, dass der Bundesrat selbständig völkerrechtliche Verträge abschliessen darf, «sofern diese den Grundsätzen des Gesetzes entsprechen». Dies wurde in der Lehre so interpretiert, dass **die völkerrechtlichen Verträge den allgemeinen Datenschutzgrundsätzen entsprechen** mussten, namentlich den Grundsätzen der Rechtmässigkeit, Treu und Glauben, Erkennbarkeit, Verhältnismässigkeit, Zweckbindung, Datenrichtigkeit, Datensicherheit, Wahrung der Betroffenenrechte sowie Verbot der Datenbekanntgabe ins Ausland bei der Gefahr schwerwiegender Persönlichkeitsverletzungen.[2697] Zwar wurde diese Vorgabe nicht in die neue Bestimmung übernommen, sie ergibt sich für Art. 67 DSG aber weiterhin aus der **Natur der Delegation** und letztlich aus dem **Prinzip der Gewaltenteilung**: Der Bundesrat ist mangels ausdrücklicher Regelung nicht ermächtigt, den allgemeinen Regelungen des Gesetzes widersprechende Verträge ohne Genehmigung durch das Parlament abzuschliessen. Da sich die Datenschutzgrundsätze direkt aus der Verfassung (Art. 5, 13, 36 BV) und den völkerrechtlichen Vorgaben der Datenschutzkonvention (Art. 5 SEV 108+) ergeben, würde auch eine parlamentarische Genehmigung nichts daran ändern, dass den Datenschutzgrundsätzen widersprechende völkerrechtliche Verträge grundsätzlich[2698] nicht abgeschlossen werden dürfen.

2696 Botschaft RVOG und ParlG, S. 7476. Stellt die Bundesversammlung fest, dass der Bundesrat einen Vertrag selbständig abgeschlossen hat, obwohl er (nach Ansicht der Bundesversammlung) hätte genehmigt werden müssen, kann sie den Bundesrat mit einer Motion beauftragen, ihr den Vertrag nachträglich (mit einer Botschaft) zur Genehmigung vorzulegen; genehmigt die Bundesversammlung den Vertrag daraufhin nicht, ist dieser baldmöglichst zu kündigen, vgl. BVGer vom 21.1.2010, A-7789/2009, E. 5.7 («UBS-Amtshilfeabkommen»), Botschaft RVOG und ParlG, S. 7476; aus der Literatur BSK-Epiney, Art. 166 BV N. 36.

2697 SHK-Fey, Art. 36 aDSG N 26; BSK-Rudin/Husi-Stämpfli, Art. 36 aDSG N. 45; Rosenthal/Jöhri, Art. 36 aDSG N. 42.

2698 Die Schubert-Praxis dürfte m.E. in diesem Sachbereich nicht anwendbar sein, da das Übereinkommen SEV 108+ zumindest im Bereich der Datenschutzgrundsätze menschenrechtlichen Gehalt hat.

A. Internationale Zusammenarbeit zwischen Datenschutzbehörden (lit. a)

16 Nach Art. 67 lit. a DSG kann der Bundesrat Staatsverträge abschliessen, welche die internationale Zusammenarbeit zwischen Datenschutzbehörden regeln. Dabei stellen sich Abgrenzungsfragen in Bezug auf den Begriff der «Zusammenarbeit» (a) wie auch auf den Kreis der beteiligten Behörden (b).

1. Zusammenarbeit

17 Der zunehmend grenzüberschreitende Charakter der Datenbearbeitungen macht internationale Zusammenarbeit zwischen den Datenschutzbehörden unerlässlich.[2699] Kooperation ist deshalb einer der **Grundpfeiler** der modernisierten Europaratskonvention SEV 108+, welche die Vertragsstaaten in Kapitel V zur Kooperation und gegenseitigen Hilfeleistung verpflichtet (vgl. Art. 16 Abs. 1 SEV 108+). Ebenso legt die Europäische Union in ihrem modernisierten Datenschutzrecht grosses Gewicht auf die institutionalisierte Zusammenarbeit zwischen nationalen Datenschutzbehörden (vgl. Art. 60 ff. DSGVO sowie die – für die Schweiz im Bereich Polizei und Strafverfolgung verbindlichen – Art. 50 ff. RL 2016/680).

18 Zusammenarbeit zwischen Datenschutzbehörden kann verschiedene Gestalten annehmen. Art. 17 der Konvention SEV 108+ nennt beispielhaft die folgenden **Zusammenarbeitsformen**: Das Leisten gegenseitiger Amtshilfe, namentlich in Form von Informationsaustausch, die Koordinierung der Ermittlungen oder Einsätze oder das Durchführen gemeinsamer Massnahmen, sowie die gegenseitige Bereitstellung von Informationen und Unterlagen über das nationale Recht und die Verwaltungspraxis.

19 Die Konvention SEV 108+ verpflichtet die Vertragsparteien, zur Organisation ihrer Zusammenarbeit ein Netzwerk der Aufsichtsbehörden zu bilden (Art. 17 Abs. 3). **Weitere Einzelheiten der Zusammenarbeit**, insbesondere hinsichtlich der Formen und Verfahren sowie der zu verwendenden Sprachen, sollen unmittelbar zwischen den betreffenden Vertragsparteien festgelegt werden (Art. 21 Abs. 3). Für die Regelung dieser Fragen ist der Abschluss völkerrechtlicher Verträge notwendig. Art. 67 lit. a DSG ermöglicht dem

2699 Vgl. Botschaft DSG, S. 7175.

Bundesrat den vereinfachten Abschluss solcher Verträge und setzt somit auch diese Verpflichtung gemäss der Konvention SEV 108+ um.

Innerstaatlich gehört es zu den gesetzlich festgelegten **Aufgaben des EDÖB**, mit ausländischen Behörden, die für den Datenschutz zuständig sind, zusammenzuarbeiten (à Art. 58 Abs. 1 lit. b DSG). In der Praxis kooperiert der EDÖB namentlich mit einzelnen nationalen und supranationalen Datenschutzbehörden, insbesondere den Datenschutzbehörden der Schengen-Mitgliedstaaten sowie dem Europäischen Datenschutzausschuss (EDSA). Er engagiert sich zudem in internationalen Gremien wie dem Europarat, der europäischen und der internationalen Konferenz der Datenschutzbeauftragten, der französischsprachigen Vereinigung der Datenschutzbehörden sowie der OECD.[2700] 20

Ebenso hat der EDÖB die Kompetenz, ausländischen Datenschutzbehörden **Amtshilfe** zu leisten, sofern die Voraussetzungen von à Art. 55 DSG erfüllt sind. Auch hierfür ist u.U. ein völkerrechtlicher Vertrag notwendig, den der Bundesrat gem. Art. 67 lit. a erleichtert abschliessen kann. 21

Im Verhältnis zu den vorstehend genannten gesetzlichen Kompetenzen des EDÖB stellt Art. 67 lit. a DSG die Rechtsgrundlage für den Fall dar, dass die internationale Zusammenarbeit über rein informelle Kooperationen (z.B. den Austausch von *best practices*) hinausgeht und deshalb auf eine **formelle Grundlage** gestellt werden muss. Der Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags ist insbesondere dann notwendig, wenn dauerhaft gegenseitige Rechte und Pflichten begründet werden sollen sowie wenn Personendaten oder anderweitig geschützte Daten (etwa Geschäftsgeheimnisse) mit anderen Staaten ausgetauscht werden sollen. Für die Übermittlung von Personendaten müssen überdies die Voraussetzungen von à Art. 16 DSG beachtet werden. 22

Bislang wurden **noch keine derartigen Kooperationsabkommen im Bereich des Datenschutzes** abgeschlossen. Als Vorbild für einen Kooperationsvertrag nennt die Botschaft denn auch ein Abkommen aus einem anderen Rechtsbereich, nämlich das Abkommen vom 17. Mai 2013[2701] zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Union über die Zusammenarbeit bei der Anwendung ihres Wettbewerbsrechts.[2702] Die Inhalte dieses Abkommens geben einen Ausblick 23

2700 EDÖB, 29. Tätigkeitsbericht, S. 57 ff.
2701 SR 0.251.268.1.

auf mögliche Inhalte zukünftiger Kooperationsabkommen im Bereich Datenschutz: So verpflichten sich die Vertragsparteien darin etwa, dass ihre Wettbewerbsbehörden sich gegenseitig über Durchsetzungsmassnahmen informieren, die ihres Erachtens wichtige Interessen der anderen Vertragspartei berühren könnten (Art. 3), dass sie Durchsetzungsmassnahmen in Bezug auf miteinander verbundene Vorgänge koordinieren (Art. 4) oder sich gegenseitig um die Einleitung von Durchsetzungsmassnahmen ersuchen können (Art. 6).

24 Ebenfalls in den Anwendungsbereich von Art. 67 lit. a DSG fallen Abkommen, welche die **Zuständigkeiten** der verschiedenen Datenschutzbehörden voneinander abgrenzen. Praktische Relevanz hätte ein solches Abkommen in Bezug auf die Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen den schweizerischen und den europäischen Datenschutzbehörden, da die DSGVO zwar auch Anwendung findet auf nicht in der EU niedergelassene Verantwortliche oder Auftragsbearbeiter, womit sich die Zuständigkeiten der Aufsichtsbehörden der EU-Mitgliedsstaaten auf Verantwortliche in der Schweiz erstrecken, diese jedoch in der Schweiz keine Vollstreckungshandlungen vornehmen können. Eine parlamentarische Motion, welche den Abschluss eines entsprechenden **Koordinierungsabkommens mit der EU** fordert, wurde von den Räten bereits 2017 angenommen,[2703] jedoch noch nicht umgesetzt, was wohl hauptsächlich daran liegt, dass vor einer Klärung der institutionellen Fragen mit der EU derzeit keine neuen Abkommen abgeschlossen werden können. Auf jeden Fall könnte der Bundesrat ein entsprechendes Koordinierungsabkommen aufgrund von Art. 67 DSG ohne Genehmigung des Parlaments abschliessen.

2. Datenschutzbehörden

25 Die Ermächtigung des erleichterten Abschlusses völkerrechtlicher Kooperationsverträge gemäss Art. 67 DSG bezieht sich **ausschliesslich** auf die Zusammenarbeit **zwischen «Datenschutzbehörden».** Sowohl das Übereinkommen SEV 108 (Art. 1 Zusatzprotokoll von 2001[2704] resp. Art. 12[bis]

2702 Botschaft DSG, S. 7104.

2703 Motion 16.3752 Fiala «Gegen Doppelspurigkeiten im Datenschutz».

2704 Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung, SR 0.235.11.

SEV 108+) wie auch die für die Schweiz verbindliche EU-Richtlinie 2016/180 (Art. 41 RL 2016/680) verpflichten die Vertragsstaaten zur Einrichtung einer oder mehrerer unabhängiger Datenschutz-Aufsichtsbehörden.

Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Ermächtigungsgrundlage von Art. 67 Lit. a DSG sich *nicht* auf Verträge über datenschutzrelevante Zusammenarbeit zwischen anderen Behörden, etwa den Austausch von Personendaten zwischen **Justiz-, Polizei- oder Migrationsbehörden**, erstreckt.[2705] Solche Verträge bedürfen, sofern in keinem anderen Bundesgesetz eine Ermächtigung besteht, einer Genehmigung des Parlaments.[2706] 26

Die Kompetenz zum Abschluss des Kooperationsvertrags ist dem Bundesrat vorbehalten. Nach dem Gesetzeswortlaut hat der **EDÖB**, selbst wenn er der direkt Betroffene von solchen Verträgen ist, **keine Kompetenz** zum selbständigen Abschluss dieser Verträge.[2707] Der Bundesrat hätte zwar die Möglichkeit, seine Zuständigkeit zum selbständigen Abschluss völkerrechtlicher Verträge an den EDÖB zu subdelegieren (vgl. Art. 48a Abs. 1 RVOG und oben, N. 14), hat dies jedoch bis anhin nicht getan. Insofern ist der EDÖB für seine Tätigkeit darauf angewiesen, dass der Bundesrat entsprechende Verträge abschliesst, was in einem gewissen **Spannungsverhältnis** zu seiner institutionellen **Unabhängigkeit** (à Art. 43 Abs. 4 DSG) steht.[2708] 27

B. Gegenseitige Anerkennung eines angemessenen Schutzniveaus (Lit. b)

Der zweite Zweck, zu dem der Bundesrat ohne vorgängige Genehmigung des Parlaments Staatsverträge abschliessen kann, ist die **gegenseitige Anerkennung eines angemessenen Schutzniveaus** gem. Art. 67 lit. b DSG. 28

Diese Bestimmung ist in Zusammenhang mit à Art. 16 DSG zu verstehen, welcher die Voraussetzungen für die **Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland** regelt. Eine dieser Möglichkeiten ist das Vorliegen eines völkerrechtlichen Vertrags: Eine Bekanntgabe ins Ausland ist gemäss Art. 16 29

2705 Ähnlich auch CR-Cattaneo, Art. 67 DSG N. 19.
2706 Siehe dazu noch näher unten, N. 35 ff.
2707 CR-Cattaneo, Art. 67 DSG N. 16; siehe auch CR-Kerboas/Lenmann, Art. 55 DSG N. 98.
2708 So auch CR-Kerboas/Lenmann, Art. 55 DSG N. 98.

Abs. 2 lit. a möglich, wenn ein völkerrechtlicher Vertrag einen geeigneten Datenschutz gewährleistet.

30 Auch die modernisierte **Datenschutzkonvention des Europarats** anerkennt die Möglichkeit, das Vorliegen eines angemessenen Schutzniveaus in einem Drittstaat mittels völkerrechtlicher Vereinbarung zu gewährleisten (vgl. Art. 12 Abs. 3 lit. b SEV 108+). Gleichermassen sieht das Recht der EU entsprechende Regelungen vor (vgl. Art. 46 Abs. 2 lit. a DSGVO und Art. 37 Abs. 2 lit. a der für die Schweiz verbindlichen RL 2016/680).

31 Ein **Staatsvertrag i.S.v. Art. 16 Abs. 2 lit. a DSG** kann ein allgemeines Datenschutzübereinkommen wie das Übereinkommen SEV 108+ sein, oder auch jedes andere sektorielle Abkommen in einem bestimmten Bereich, das die Übermittlung von Personendaten zwischen den Vertragsparteien regelt.[2709] Zu beachten ist, dass ein Staatsvertrag nur dann von der Ermächtigung in Art. 67 lit. b DSG erfasst ist, wenn er auf den Zweck der gegenseitigen Anerkennung eines angemessenen Schutzniveaus beschränkt ist; geht er darüber hinaus, darf der Bundesrat den Vertrag nicht selbständig abschliessen bzw. braucht eine andere Ermächtigungsgrundlage.[2710]

32 Die Möglichkeit der Anerkennung eines angemessenen Schutzniveaus mittels völkerrechtlichen Vertrags ist dann von Relevanz, wenn die Gesetzgebung des betreffenden Staates oder des internationalen Organs keinen angemessenen Schutz im Sinne von Art. 16 Abs. 1 DSG bietet und deshalb kein entsprechender Feststellungsbeschluss des Bundesrats vorliegt. Mittels eines Abkommens können die beteiligten Staaten ein **völkervertragliches Datenschutzsystem** vereinbaren, welches die Mängel im nationalen Rechtssystem ausgleicht, so dass die gegenseitige Anerkennung eines angemessenen Schutzniveaus möglich wird.

33 Wichtigstes Anwendungsbeispiel sind die Vereinbarungen mit den **Vereinigten Staaten**, deren Datenschutzniveau nicht als angemessen i.S.v. Art. 16 Abs. 1 DSG gilt, dies u.a. aufgrund der weitreichenden Zugriffsrechte sowohl des amerikanischen Präsidenten als auch des Inlandgeheimdiensts auf bei amerikanischen Firmen befindlichen Daten und der eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten für nichtamerikanische Staatsangehörige.[2711] Die Übereinkommen mit den Vereinigten Staaten illustrieren aber gleichzeitig

2709 Botschaft DSG, S. 7039; OFK-Jauslin/Spenlé, Art. 67 DSG N. 13.
2710 Dazu noch nachfolgend N. 35 ff.

auch die Grenzen der völkervertraglichen Vereinbarung von Datenschutzstandards, namentlich die realpolitische Schwierigkeit, mittels Völkerrecht innerstaatliche Kompetenzverteilungen zu modifizieren: Das noch im Erläuternden Bericht[2712] zum Vorentwurf für das DSG (nicht aber mehr in der Botschaft) als Beispiel zitierte *U.S.-Swiss Safe Harbor Framework*[2713] (das dem *EU–US Safe Harbor*[2714] nachempfunden war, welches aufgrund des Urteils des EuGH in der Rs. *Schrems*[2715] ersetzt werden musste), anerkannte der EDÖB im Nachgang zum Urteil Schrems nicht mehr als Grundlage für Datentransfers in die USA. Nachdem der nachfolgende *EU-US Privacy Shield* vom EuGH in der Rs. *Schrems II*[2716] ebenfalls als ungenügend taxiert wurde, ist das *Swiss-US Privacy Shield* formell zwar weiterhin in Kraft, wird vom EDÖB aber ebenfalls als unzureichend eingestuft.[2717] Die EU und die USA haben im März 2022 bekanntgegeben, sich auf ein *Trans-Atlantic Data Privacy Framework* geeinigt zu haben;[2718] die Schweiz müsste sich aber erst noch mit den USA auf ein paralleles Abkommen verständigen. Ob mit dem *Trans-Atlantic Data Privacy Framework* die genannten realpolitischen Schwierigkeiten wirklich überwunden sind, wird sich noch weisen.

Die gegenseitige Anerkennung eines angemessenen Datenschutzniveaus ist auch in **sektoriellen Vereinbarungen** möglich. So können die 34

2711. Siehe die ausführliche Darstellung in EuGH (Grosse Kammer), *Schrems II*, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559, 16.7.2020, N. 168 ff.; die sich allerdings auf die damalige Rechtslage bezieht)

2712. Erläuternder Bericht DSG, S. 87.

2713. Briefwechsel vom 1. und 9.12.2008 zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Schaffung eines Datenschutzrahmenwerkes zur Übermittlung von personenbezogenen Daten in die Vereinigten Staaten von Amerika, AS 2009 1793 (nicht mehr in Kraft).

2714. Entscheidung 2000/520/EG der Kommission vom 26.7.2000 gemäß der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Angemessenheit des von den Grundsätzen des «sicheren Hafens» und der diesbezüglichen «Häufig gestellten Fragen» (FAQ) gewährleisteten Schutzes, vorgelegt vom Handelsministerium der USA (Bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2000) 2441), ABl. L 215 vom 25.8.2000, S. 7 (nicht mehr in Kraft).

2715. EuGH (Grosse Kammer), *Schrems*, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, 6.10.2015.

2716. EuGH (Grosse Kammer), *Schrems II*, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559, 16.7.2020.

2717. Vgl. EDÖB, Datenübermittlung, S. 6; siehe auch die ausführliche Darstellung in CR-Fischer, Art. 16 DSG N. 80 ff.

Vertragsparteien im Rahmen von Doppelbesteuerungsabkommen mit Ländern ohne ausreichenden Datenschutz feststellen, dass der Datenschutz im Zusammenhang mit der Gewährung der Amtshilfe in Steuersachen zumindest hinsichtlich steuerrelevanter Daten aufgrund der abgegebenen staatsvertraglichen Zusicherungen als ausreichend betrachtet wird.[2719] Gleiches gilt für die Übermittlung von Personendaten im Rahmen der Kooperation zwischen Polizei-, Zoll-, Strafverfolgungs- oder Migrationsbehörden, wo die Schweiz zahlreiche Abkommen abgeschlossen hat.[2720] Wie bereits erwähnt ist die Ermächtigungsgrundlage von Art. 67 lit. b DSG auf die Frage der gegenseitigen Anerkennung eines gleichwertigen Schutzniveaus limitiert. Kooperationsabkommen, die in der Praxis meist noch weitere, darüber hinaus gehende Fragen regeln, bedürfen folglich – sofern nicht in ein anderes Bundesgesetz eine Ermächtigungsgrundlage bereithält – einer vorgängigen Genehmigung durch das Parlament.

C. Staatsverträge zu anderen Zwecken

35 Die Ermächtigungsgrundlage in Art. 67 DSG ist auf die zwei Zwecke der lit. a und b beschränkt. Die Delegationsnorm ist **eng auszulegen**.[2721]

36 Zu anderen Zwecken im Bereich des Datenschutzes darf der Bundesrat ebenfalls völkerrechtliche Verträge abschliessen, allerdings richtet sich die Zuständigkeit dann nicht nach diesem Artikel, sondern nach den **allgemeinen Vorschriften** (siehe oben N. 10 ff.). Das heisst: Handelt es sich um einen Vertrag mit beschränkter Tragweite, oder besteht eine Ermächtigungsnorm in einem anderen Bundesgesetz als dem DSG, darf der Bundesrat diesen ebenfalls ohne Genehmigung des Parlaments ratifizieren. In allen anderen Fällen ist eine parlamentarische Genehmigung vor der Ratifikation erforderlich.

37 Nicht von beschränkter Tragweite sind m.E. Verträge, welche die **Übermittlung von Personendaten an ausländische Behörden** zum Inhalt haben, da sie in die rechtlich geschützten Interessen von Privaten eingreifen.

2718 Vgl. Medienmitteilung vom 25.3.2022, European Commission and United States Joint Statement on Trans-Atlantic Data Privacy Framework, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_2087, besucht am 13.4.2023.

2719 OFK-Kunz, Art. 16 DSG N. 20 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

2720 Siehe oben N. 2.

2721 So auch CR-Cattaneo, Art. 67 DSG N. 17.

Dazu gehören die zahlreichen Kooperationsabkommen[2722] im Bereich Polizei, Justiz, Rechtshilfe, Migration und Steuern, welche die Schweiz mit anderen Staaten abgeschlossen hat und in denen Bestimmungen zum Datenaustausch enthalten sind. Auch Staatsverträge bzw. Notenaustausche zur Umsetzung der Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstandes (sofern sie mehr als bloss technische Details regeln) sowie Abkommen mit anderen Staaten über den Zugriff auf Flugpassagierdaten (*passenger name records*, PNR)[2723] fallen darunter. Da Art. 67 keine Ermächtigung für solche Verträge vorsieht, ist somit stets eine Delegation in einem sektoriellen Bundesgesetz[2724] oder aber eine parlamentarische Genehmigung erforderlich. Richtigerweise hat der Bundesrat denn auch vor der Ratifizierung des Übereinkommens SEV 108+[2725] wie auch der Übernahme der Richtlinie 2016/680[2726] vorgängig die Genehmigung der Bundesversammlung eingeholt. Bei beiden Rechtsakten handelt es sich um Instrumente mit grosser Tragweite i.S. der beispielhaften Aufzählung in Art. 7*a* Abs. 4 RVOG.

Zu beachten ist, dass die Ermächtigungsgrundlage in Art. 67 DSG den Bundesrat im Rahmen der genannten Zwecke zum Abschluss von Verträgen mit **beschränkter wie auch weitergehender Tragweite** befähigt. Die zur altrechtlichen Delegationsnorm in Art. 36 Abs. 5 aDSG in der Lehre geäusserte Rechtsauffassung, wonach diese nur Verträge von beschränkter Tragweite umfasse,[2727] verkennt m.E. das Verhältnis der verschiedenen Ermächtigungsgrundlagen in Art. 7*a* RVOG. Eine sektorielle Delegation in einem Bundesgesetz stellt eine *lex specialis* dar und ermöglicht *a fortiori* sowohl den Abschluss von Verträgen von beschränkter Tragweite als auch von solchen mit weitergehender Tragweite.[2728] 38

Ob ein Vertrag von beschränkter Tragweite vorliegt oder unter die Delegation von Art. 67 lit. a und b fällt, **entscheidet der Bundesrat**. Um zu kontrollieren, 39

2722 Siehe oben N. 2.

2723 Notenaustausch vom 23.12.2008 zwischen dem schweizerischen Bundesrat und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika betreffend die Übermittlung von Passagierdaten (Passenger Name Record, PNR) durch Fluggesellschaften an ausländische Behörden, SR 0.748.710.933.6.

2724 Ein Beispiel hierfür ist Art. 100 AIG.

2725 Siehe Botschaft SEV 108+, S. 566.

2726 Siehe Botschaft DSG, S. 6989.

dass dieser seine Kompetenzen nicht überschreitet, verpflichtet Art. 48*a* Abs. 2 RVOG den Bundesrat, der Bundesversammlung jährlich über die von ihm, von den Departementen, von den Gruppierungen oder von den Ämtern abgeschlossenen, geänderten und gekündigten Verträge Bericht zu erstatten. Wenn die Bundesversammlung mit der vom Bundesrat vorgenommenen Einteilung nicht einverstanden ist, kann sie auf dem Weg der Motion verlangen, dass der Bundesrat den Vertrag einer späteren Genehmigung unterbreitet.[2729]

LITERATURVERZEICHNIS

Cattaneo Gianni, Kommentierung zu Art. 67 DSG, in: Métille Sylvain/Meier Philippe (Hrsg,), Loi sur la protection des données LPD.

Dauag Apollo, Kommentierung zu Art. 67 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, 2. Aufl., Bern 2022.

EDÖB, 29. Tätigkeitsbericht 2021/22, Bern 2022, abrufbar unter https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/deredoeb/taetigkeitsberichte.html , besucht am 11.4.2023 (zit. 29. Tätigkeitsbericht).

EDÖB, Stellungnahme zur Übermittlung von Personendaten in die USA und weitere Staaten ohne angemessenes Datenschutzniveau, 8.9.2020, abrufbar unter https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/kurzmeldungen/nsb_mm.msg-id-80318.html , besucht am 13.4.2023 (zit. Datenübermittlung).

Epiney Astrid, Kommentierung zu Art. 166 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015.

2727 Siehe BSK-Rudin/Husi-Stämpfli, Art. 36 aDSG N. 46, diese Auffassung wird in anderen Kommentaren unhinterfragt wiedergegeben siehe etwa Rosenthal/Jöhri, Art. 36 aDSG N. 42; CR-Cattaneo, Art. 67 DSG N. 42.

2728 Botschaft RVOG und ParlG, S. 7473.

2729 Botschaft RVOG und ParlG, S. 7476; BVGer vom 21.1.2010, A-7789/2009, E. 5.7 («UBS-Amtshilfeabkommen»); aus der Literatur BSK-Epiney, Art. 166 BV N. 36; CR-Schmid, Art. 166 BV N. 46 m.w.N.

Epiney Astrid/Frei Nula, Die völker- und europarechtliche Einbettung des DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar Datenschutzgesetz, Zürich 2023, S. 33-57 (zit. DSG).

Epiney Astrid/Frei Nula, Zur Übernahme weiterentwickelten EU-Rechts durch den Bundesrat. Selbständige Vertragsschlusskompetenzen im Rahmen der Bilateralen Abkommen, am Beispiel der Liberalisierung des internationalen Schienenpersonenverkehrs, in: Jusletter 12.8.2019 (zit. Vertragsschlusskompetenzen).

Fey Marco, Kommentierung zu Art. 67 aDSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt (Hrsg.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, Bern 2015.

Fischer Philipp, Kommentierung zu Art. 16 DSG, in: Métille Sylvain/Meier Philippe (Hrsg,), Loi sur la protection des données LPD.

Frei Nula, Die Revision des Datenschutzgesetzes aus europarechtlicher Sicht, in: Jusletter 17.9.2018 (zit. Revision DSG).

Frei Nula, Die Datenschutz-Grundverordnung und die Schweiz, in: Epiney Astrid/Rovelli Sophia (Hrsg.), Datenschutz und Gesundheitsrecht, Zürich 2019 (zit. DSGVO).

Jauslin Carl/Spenlé Christoph, Kommentierung zu Art. 67 DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar Datenschutzgesetz, Zürich 2023.

Kerboas Cécile/Lennman Catherine, Kommentierung zu Art. 55 DSG, in: Métille Sylvain/Meier Philippe (Hrsg,), Loi sur la protection des données LPD.

Kunz Christian, Kommentierung zu Art. 16 DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar Datenschutzgesetz, Zürich 2023.

Métille Sylvain/Ackermann Annelise, RGPD : application territoriale et extraterritoriale, in: Epiney Astrid/Rovelli Sophia (Hrsg.), Datenschutzgrundverordnung (DSGVO): Tragweite und erste Erfahrungen, Zürich 2020.

Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008.

Rudin Beat/Husi-Stämpfli Sandra, Kommentierung zu Art. 36 DSG, in: Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor-Paul (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014.

Schmid Evelyne, Kommentierung zu Art. 166 BV, in: Martenet Vincent/Dubey Jacques (Hrsg.), Commentaire romand Constitution fédérale, Basel 2021.

Thürer Daniel, Kommentierung zu Art. 166 BV, in: Ehrenzeller Bernhard/Schindler Benjamin/Schweizer Rainer J./Vallender Klaus A. (Hrsg.), Bundesverfassung St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023.

Tschannen Pierre, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 4. Aufl., Bern 2016.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft zum Bundesgesetz über die Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge von beschränkter Tragweite und über die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge (Änderung des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes und des Parlamentsgesetzes) vom 4.7.2012, BBl 2012 7465 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2012/1138/de, besucht am 11.4.2023 (zit. Botschaft RVOG und ParlG).

Vorentwurf zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 21.12.2016, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/vorentw-d.pdf.download.pdf/vorentw-d.pdf, besucht am 11.4.2023 (zit. VE-DSG).

Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21.12.2016, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf, besucht am 11.4.2023 (zit. Erläuternder Bericht DSG).

Bundesamt für Justiz, Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 10.8.2017, abrufbar unter https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/ve-ber-

d.pdf.download.pdf/ve-ber-d.pdf, besucht am 11.4.2023 (zit. Vernehmlassungsergebnisse DSG).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 6941 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de, besucht am 13.4.2023 (zit. Botschaft DSG).

Entwurf zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15.9.2017, BBl 2017 7193 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2058/de, besucht am 11.4.2023 (zit. E-DSG).

Botschaft zur Genehmigung des Protokolls vom 10.10.2018 zur Änderung des Übereinkommens zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 6.12.2019, BBl 2020 565 ff., abrufbar unter https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/60/de, besucht am 13.4.2023 (zit. Botschaft SEV 108+).

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 69 DSG

Eine Kommentierung von Rehana C. Harasgama / Dario Haux

ZITIERVORSCHLAG

Rehana C. Harasgama/Dario Haux, Kommentierung zu Art. 69 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Harasgama/Haux, N. XXX zu Art. 69 DSG.

Art. 69 Übergangsbestimmungen betreffend laufende Bearbeitungen

Die Artikel 7, 22 und 23 sind nicht anwendbar auf Datenbearbeitungen, die vor Inkrafttreten dieses Gesetzes begonnen wurden, wenn der Bearbeitungszweck unverändert bleibt und keine neuen Daten beschafft werden.

GLIEDERUNG

In Kürze 979
I. Allgemeines 979
A. Überblick 979
B. Entstehungsgeschichte 979
C. Normzweck 980
II. Inhalt 980
A. Voraussetzungen 980
B. Herausforderungen 984
Literaturverzeichnis 984
Materialienverzeichnis 984

IN KÜRZE

Das totalrevidierte DSG tritt am 1. September 2023 ohne generelle Übergangsfrist in Kraft. Art. 69 legt jedoch fest, dass einige ausgewählte Artikel auf bestimmte Datenbearbeitungen nicht anwendbar sind. Die Norm bestimmt, dass dies jedoch nur dann zutrifft, sofern diese Datenbearbeitungen vor Inkrafttreten des totalrevidierten DSG begonnen haben und nach dessen Inkrafttreten weder der Bearbeitungszweck geändert noch neue Daten beschafft wurden. In diesem Sinne schliesst der Artikel die präventiven Massnahmen der Art. 7, 22 und 23 in bestimmten Fällen aus. Der Gesetzgeber wollte auf diese Weise vermeiden, dass die Verantwortlichen nachträglich in die Pflicht genommen werden können und dadurch zusätzlicher Aufwand und weitere Kosten entstehen.

I. ALLGEMEINES

A. Überblick

Das totalrevidierte DSG enthält **keine Übergangsfristen**, die von den Verantwortlichen oder anderen betroffenen Personen berücksichtigt werden müssten.[2730] Insofern findet es grundsätzlich ab dem 1. September 2023 Anwendung. Im 10. Kapitel, den Schlussbestimmungen, finden sich jedoch einige **relevante Übergangsbestimmungen**. Diese sind konkret in den Art. 69 bis 72 enthalten. Der vorliegende Art. 69 sieht spezifisch vor, dass die Art. 7, 22 und 23 auf Datenbearbeitungen in bestimmten Fällen nicht anwendbar sind. Dies gilt für solche Bearbeitungen, mit denen vor Inkrafttreten des revidierten DSG am 1. September 2023 begonnen wurde und deren Bearbeitungszweck nach Inkrafttreten weder geändert wurde noch neue Daten zum Datenbearbeitungsprozess hinzugefügt worden sind. 1

B. Entstehungsgeschichte

Mit Inkrafttreten des totalrevidierten DSG am 1. September 2023 gelten die Normen schweizweit und sind somit, sofern Art. 2 und 3 Abs. 1 erfüllt sind, anwendbar. So wie auch in anderen Gesetzen üblich, gibt es von diesem 2

2730Rosenthal, N. 201.

Grundsatz jedoch Ausnahmen oder zumindest Übergangsbestimmungen, welche den **Übergang zwischen dem alten und neuen Normenkatalog vereinfachen** sollen. Vorgesehen war letzteres in einem Art. 64 E-DSG. Dieser sah drei Ausnahmen vor, namentlich eine Rückwirkung des Auskunftsrechts der betroffenen Personen bei bereits abgeschlossenen Datenbearbeitungen (Abs. 1), eine Übergangsfrist für die Anpassung fortdauernder Datenbearbeitungen (Abs. 2) sowie die Nichtanwendbarkeit bestimmter Bestimmungen bei der unverändert fortdauernden Datenbearbeitung (Abs. 3).[2731] In Abs. 4 wurde sodann der Grundsatz der Geltung der Bestimmungen mit Inkrafttreten statuiert. Schliesslich wurden jedoch alle Absätze gestrichen – bis auf den genannten Abs. 3.[2732] Dieser findet sich nun im vorliegenden Art. 69 wieder.

C. Normzweck

3 Art. 69 stellt sicher, dass beim Vorliegen spezifischer Voraussetzungen eine rückwirkende Anwendung von Art. 7, 22 und 23 verhindert wird. Der Gesetzgeber erleichtert damit den Übergang zwischen dem vorbestehenden sowie dem totalrevidierten DSG und erspart den Verantwortlichen zusätzlichen Aufwand sowie Kosten. Darüber hinaus stellt der Art. sicher, dass den Verantwortlichen nicht nachträglich Pflichten aufgebürdet werden. Eine im Einzelfall problematische **Rückwirkung des Gesetzes wird somit vermieden**. Gleichzeitig ist die Bedeutung dieses Artikels begrenzt, zumal das DSG i.A. keine relevanten Übergangsfristen vorsieht.[2733]

II. INHALT

A. Voraussetzungen

4 **Inhaltlich bezieht sich Art. 69 auf Art. 7, 22 und 23**. Während Art. 7 die Grundsätze des Privacy by Design (Datenschutz durch Technik) sowie Privacy by Default (datenschutzrechtliche Voreinstellungen) verankert (vgl. hierzu ausführlich die OK-Klaus zu Art. 7 DSG), beziehen sich Art. 22 und 23 auf die Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) (siehe hierzu OK-Harasgama/Haux zu Art. 22 DSG). Art. 22 legt die Grundlagen zur Durchführung der DSFA und

2731 Botschaft 2017, S. 7233.
2732 SHK-Dauag, Art. 69 DSG N. 2–6.
2733 Rosenthal, N. 4.

23 einige Voraussetzungen zur Konsultation des EDÖB fest, sofern im Rahmen einer DSFA erkannt wird, dass trotz ergriffener, risikomindernder Massnahmen ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person besteht.

Diese Pflichten sind grundsätzlich vor der jeweiligen Bearbeitung der Daten zu berücksichtigen und sollen dem Verantwortlichen mittels dieser Übergangsbestimmung nicht rückwirkend auferlegt werden. Im Sinne dieses Rückwirkungsverbots setzt die Norm voraus, dass die Datenbearbeitung vor Inkrafttreten begonnen hat. Sie muss also **vor dem 1. September 2023 angefangen haben** und darf weder geplant (i.S.d. Art. 7 Abs. 1 DSG) noch bereits beendet gewesen sein.[2734] Während sich die Abgrenzung zwischen der blossen Planung und der tatsächlichen Durchführung einer Datenbearbeitung im Einzelfall bestimmen lässt, stellt sich die Frage, wie die Durchführung von der Beendigung der Datenbearbeitung abzugrenzen ist. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass eine Beendigung erst mit dem Erreichen des Bearbeitungszwecks angenommen werden kann. Gleichgestellt ist die Situation, in welcher der Zweck *de facto* nicht mehr erreichbar ist.[2735] 5

Als zweite Voraussetzung muss der zuvor **festgelegte Bearbeitungszweck unverändert fortbestehen**. Dies bedeutet, dass der Zweck zu Beginn der Datenbearbeitung ausreichend bestimmt und konkretisiert wurde und zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des totalrevidierten DSG unverändert fortbesteht (vgl. zur Bestimmung des Bearbeitungszwecks ausführlich die Kommentierung zu Art. 6 Abs. 3 DSG). In diesem Rahmen stellt sich die Frage, was gilt, sofern nur einige Bearbeitungszwecke weiterverfolgt, andere jedoch aufgegeben werden. Diese wäre der Fall, wenn z.B. eine Datenbank mit Patientendaten aus klinischen Versuchen initial für weitere klinische Versuche im selben Forschungsbereich (Zweck 1) und zum Training eines auf künstlicher Intelligenz (KI) beruhenden Prognosetools (Zweck 2) bearbeitet werden und nach Inkrafttreten des totalrevidierten DSG findet die Datenbearbeitung nur noch für klinische Versuche, d.h. für Zweck 1, statt. Für die Annahme, dass dies vom Wortlaut des Art. 69 umfasst ist, spricht, dass jedenfalls keine Erweiterung der Bearbeitungszwecke erfolgt. Vielmehr werden die Bestehenden weiterverfolgt – wenn auch in reduzierter Form. 6

2734 SHK-Dauag, Art. 69 DSG N. 9.
2735 SHK-Dauag, Art. 69 DSG N. 10.

7 Drittens muss der **Datenbestand der betreffenden Datenbearbeitung unverändert fortbestehen**. Dem Wortlaut des Gesetzes zufolge, dürfen mithin «keine neuen Daten beschafft» worden sein. Beim Vorgang des «Beschaffens» handelt es sich «um einen aktiven, gezielten und bewussten Akt der Erhebung der betreffenden Personendaten».[2736] Entscheidend ist das gezielte, aktive Tun. Das passive Erhalten von Daten ist davon hingegen nicht umfasst. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommen andere Autoren, indem sie auf die Planmässigkeit des Vorgangs abstellen.[2737]

8 Unklar ist jedoch, wie der Passus «keine neuen Daten» auszulegen ist. Eine enge Auslegung würde dazu führen, dass für einen gleichbleibenden Datenbearbeitungsprozess mit feststehenden Datenkategorien die Übergangsbestimmung nicht gelten würde, sofern bei gleichbleibenden Datenkategorien zusätzliche Daten(-punkte) über weitere Personen beschafft werden. Dies wäre unabhängig davon, wie sich diese zusätzlichen Daten(-punkte) auf den Bearbeitungsprozess oder -zweck auswirken. Diese Einschätzung liesse sich damit begründen, dass der Datenbestand oder der Umfang der vorhandenen Daten verändert bzw. vergrössert würde. Als Beispiel lässt sich ein auf KI beruhendes HR-Tool eines Unternehmens anführen, das nach dem 1. September 2023 zusätzliche Daten(-punkte) von neuen Bewerberinnen oder Mitarbeiterinnen bearbeitet. Der Datenbestand oder der Umfang dieses Bestands würde somit verändert bzw. vergrössert, sodass bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des Art. 69 gemäss dieser engen Auslegung nochmals eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchgeführt werden müsste. Während die Botschaft eine solche Auslegung durchaus nahelegt,[2738] entspricht eine derart enge Interpretation nicht dem Sinn und Zweck der Bestimmung. Faktisch würde dies nämlich dazu führen, dass alle fortdauernden Datenbearbeitungsprozesse, bei denen es möglich ist, dass Daten über zusätzliche Personen nach dem 1. September 2023 beschafft werden, nicht unter die Bestimmung fallen. Der Anwendungsbereich des Art. 69 wäre somit vernachlässigbar klein gefasst. Dieser engen Auslegung wird vorliegend nicht gefolgt. Vor diesem Hintergrund kommen vor allem zwei mögliche Auslegungsvarianten infrage: (1) Der Art. 69 findet nur dann Anwendung, wenn neue Datenkategorien beschafft werden, nicht jedoch bei

2736 HK-DSG-Rosenthal, Art. 4 DSG N 52.
2737 SHK-Dauag, Art. 69 DSG N. 13.
2738 BBl 2017 S. 7106.

der blossen Veränderung oder Ausdehnung des Umfangs der gleichbleibenden Datenkategorien oder Datenpunkte. Dies wäre z.B. der Fall, wenn durch ein bereitgestelltes Onlineformular für ein Gewinnspiel nach dem 1. September 2023 nicht mehr nur Name, Kontaktdaten und Antwort auf die Gewinnspielfrage erhoben werden, sondern nach weitergehenden Informationen über Interessen und Hobbies gefragt wird. Oder: (2) Art. 69 ist bei jeglichen Datenbearbeitungsprozessen nicht anwendbar, wenn – gemäss Botschaft eng ausgelegt – der Datenbestand oder das Datenvolumen per se vergrössert oder verändert wird, obwohl die beschafften Datenkategorien unverändert bleiben *und* eine dadurch verursachte Veränderung des Bearbeitungszwecks oder des Prozesses nicht ausgeschlossen werden kann.[2739]

Diskutiert wird ferner, ob vorab bereits beschaffte Daten, die jedoch nachträglich hinzugefügt werden, die Anwendbarkeit des Art. 69 DSG ausschliessen. Ausgehend vom Wortlaut argumentieren einige Autoren, dass die Bearbeitung dieser Daten unter die Ausnahme fällt, jedenfalls sofern sie zum gleichen Zweck beschafft wurden.[2740] Dagegen spricht jedoch, dass das Umfeld der Datenbearbeitungen von technologischen Neuerungen derart tief geprägt ist, dass die Ausnahme des Art. 69 DSG nur unter engen Voraussetzungen gelten sollte und somit restriktiv auszulegen ist. Werden dem Datenbestand neue Daten hinzugefügt, kann der Datenbestand kaum als «unverändert», d.h. als gleichbleibend bezeichnet werden, wenn diese Daten bereits im Rahmen eines anderen Datenbearbeitungszwecks beschafft wurden. Ob diese Frage in der praktischen Anwendung an Bedeutung und Kontur gewinnen wird, erscheint indes fraglich, zumal insgesamt von einer eher geringen praktischen Relevanz dieser Norm auszugehen ist.[2741] Dies, zumal sich der Grundsatz von Art. 7 teilweise bereits vor Inkrafttreten aufgrund von Art. 4 und 7 aDSG ergab und Verantwortliche teilweise auch aufgrund der DSGVO dazu verpflichtet waren. Ähnliches gilt für Art. 22 und 23 (siehe hierzu ausführlich die Kommentierung von Harasgama/Haux zu Art. 22 DSG). 9

2739 Ähnlich SHK-Dauag, Art. 69 DSG N. 18 in Bezug auf die Berichtigung falscher oder veralteter Daten im Datenbestand.

2740 SHK-Dauag, Art. 69 DSG N. 14.

2741 Gl. M. Rosenthal, N. 200.

B. Herausforderungen

10 Mit dem Inkrafttreten des totalrevidierten DSG sehen sich Verantwortliche mit zahlreichen Herausforderungen konfrontiert. Obschon der Wortlaut des Art. 69 DSG nur kurz ausfällt und aus dem Augenmerk zu fallen droht, ist ihm in diesem Rahmen jedoch die notwendige Aufmerksamkeit zu schenken. Während vor dem Inkrafttreten laufende Datenbearbeitungen, welche die weiteren Voraussetzungen erfüllen, ohne Frage unter die Ausnahmeregelung fallen, ist bei Detailfragen und bei der Anwendung von neuen Technologien in Datenbearbeitungsprozessen, die bereits vor Inkrafttreten des totalrevidierten DSG geplant und/oder getestet wurden, stets rechtlicher Rat einzuholen. Hier gilt es genau nachzuvollziehen, ob der Datenbestand oder Bearbeitungszweck tatsächlich unverändert fortbestand oder ob Veränderungen vorgenommen wurden oder vorgenommen werden müssen.[2742] Ist dies der Fall, so ist im Zweifelsfall von der Nichtanwendbarkeit der Norm auszugehen.

LITERATURVERZEICHNIS

Dauag Apollo, Kommentierung zu Art. 69 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum DSG, 2. Aufl., Zürich/Basel, 2023.

Rosenthal David, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter, 16. November 2020.

Rosenthal David/Jöhri Yvonne, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008 (zit. HK-DSG).

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft vom 15. September 2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 S. 6941 ff., abrufbar unter: https://fedlex.data.admin.ch/eli/fga/2017/2057, besucht am 5.6.2023.

2742SHK-Dauag, Art. 69 DSG N. 15 ff.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 72 DSG

Eine Kommentierung von Danielle Schneider / Carl Jauslin

ZITIERVORSCHLAG

Danielle Schneider/Carl Jauslin, Kommentierung zu Art. 72 DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Schneider/Jauslin, N. XXX zu Art. 72 DSG.

Art. 72 Übergangsbestimmung betreffend die Wahl und die Beendigung der Amtsdauer der oder des Beauftragten

[1] Die Wahl der oder des Beauftragten sowie die Beendigung ihrer oder seiner Amtsdauer unterstehen bis zum Ende der Legislaturperiode, in der dieses Gesetz in Kraft tritt, dem bisherigen Recht.

[2] Wird bei der erstmaligen Wahl der oder des Beauftragten durch die Vereinigte Bundesversammlung die bisherige Amtsinhaberin oder der bisherige Amtsinhaber gewählt, beginnt die neue Amtsdauer der oder des Beauftragten am Tag nach der Wahl.

GLIEDERUNG

In Kürze 987
I. Allgemeines 987
II. Übergangsrecht betreffend Wahl und Beendigung der Amtsdauer (Abs. 1) 988
III. Übergangsrecht betreffend die allfällige Wiederwahl der bisherigen Amtsinhaberin oder des bisherigen Amtsinhabers (Abs. 2) 988
Materialienverzeichnis 989

IN KÜRZE

Das neue Datenschutzrecht tritt am 1. September 2023 in Kraft. Für die Wahl und die Beendigung der Amtsdauer der oder des Beauftragten gilt aber bis zum Ende der 51. Legislaturperiode noch das bisherige Recht. Danach ist die Vereinigte Bundesversammlung das Wahlorgan und für die wichtigsten Arbeitgeberentscheide zuständig.

I. ALLGEMEINES

Mit der Totalrevision des DSG wird das Verfahren zur Ernennung der oder des Beauftragten geändert. Neu ist die Vereinigte Bundesversammlung das alleinige Wahlorgan und für die wichtigsten Arbeitgeberentscheide zuständig. Auf diese Weise sollen die Unabhängigkeit und die demokratische Legitimität der oder des Beauftragten gestärkt werden.[2743] Für die **Wahl** und die **Beendigung der Amtsdauer** der oder des Beauftragten sind deshalb **Übergangsbestimmungen** notwendig. 1

Art. 72 **Abs. 1** DSG wurde im Rahmen der **parlamentarischen Beratungen zur Totalrevision des DSG** eingeführt.[2744] Im Entwurf des Bundesrates war die Bestimmung noch nicht vorgesehen, da der Bundesrat am bisherigen Verfahren zur Ernennung der oder des Beauftragten (Wahl durch den Bundesrat und Genehmigung durch die Bundesversammlung gemäss Art. 26 Abs. 1 aDSG) sowie an den bisherigen Zuständigkeiten für Arbeitgeberentscheide (insbesondere Art. 26*a* Abs. 3 betreffend Amtsenthebung durch den Bundesrat) festgehalten hatte.[2745] 2

Art. 72 **Abs. 2** DSG wurde erst im Laufe der Arbeiten zur **parlamentarischen Initiative SPK-N 21.443**[2746] in das totalrevidierte DSG aufgenommen. Dies war nötig, um eine ungewollte Lücke betreffend die allfällige Wiederwahl der oder des bisherigen Beauftragten zu schliessen (vgl. N. 6 f.). 3

2743 Vgl. dazu den Bericht der SPK-N, S. 2.

2744 AS 2022 491.

2745 Vgl. dazu die Botschaft 2017, S. 7087 ff.

2746 Parlamentarische Initiative SPK-N 21.443 vom 15.4.2021 «Verordnung über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten».

II. ÜBERGANGSRECHT BETREFFEND WAHL UND BEENDIGUNG DER AMTSDAUER (ABS. 1)

4 Art. 72 Abs. 1 DSG sieht vor, dass die Wahl der oder des Beauftragten sowie die Beendigung ihrer bzw. seiner Amtsdauer noch **bis zum Ende der Legislaturperiode**, in welcher das totalrevidierte DSG in Kraft tritt, dem bisherigen Recht untersteht.

5 Der Bundesrat hat das neue Datenschutzrecht auf den 1. September 2023 in Kraft gesetzt.[2747] Das bedeutet, dass die oder der Beauftragte **erstmalig ab der Wintersession 2023** durch die Vereinigte Bundesversammlung gewählt werden kann.[2748] Die Gerichtskommission hat angekündigt, dass sie die Wahl der oder des Beauftragten für die nächste Amtsperiode für die Wintersession 2023 plant.[2749] Die neue Amtsdauer der oder des Beauftragten würde in diesem Fall grundsätzlich am 1. Januar 2024 beginnen (vgl. Art. 44 Abs. 1 zweiter Satz DSG).[2750]

III. ÜBERGANGSRECHT BETREFFEND DIE ALLFÄLLIGE WIEDERWAHL DER BISHERIGEN AMTSINHABERIN ODER DES BISHERIGEN AMTSINHABERS (ABS. 2)

6 Der aktuelle Beauftragte ist vom Bundesrat am 10. April 2019 für eine zweite Amtsperiode bis zum Ende der 51. Legislaturperiode am 4. Dezember 2023 bestätigt worden.[2751] Er bewirbt sich für eine dritte (und letzte) Amtsperiode. Die Wahl hat durch die Vereinigte Bundesversammlung zu erfolgen (Art. 43 Abs. 1 DSG).[2752] Bei einer Wiederwahl würde ein Amtsbeginn am 1. Januar 2024 zu einer (insbesondere aus personalrechtlicher Sicht) **ungewollten**

2747 AS 2022 491; siehe auch die Medienmitteilung des Bundesrates vom 31.8.2022 «Neues Datenschutzrecht ab 1. September 2023».

2748 Vgl. dazu den Bericht der SPK-N, S. 8.

2749 Siehe die Medienmitteilung der Gerichtskommission vom 1.3.2023 «Wahlvorschläge der Gerichtskommission für die Frühjahrssession» (unter «Weitere Arbeiten der Kommission»). Zur Zuständigkeit der Gerichtskommission für die Vorbereitung der Wahl der oder des Beauftragten siehe Art. 40*a* Abs. 1 lit. d ParlG und Art. 2 Abs. 2 der Verordnung der Bundesversammlung vom 17.6.2022 über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (SR 235.171.1).

2750 Vgl. dazu den Bericht der SPK-N, S. 8.

2751 Medienmittelung des Bundesrates vom 10.4.2019 «Bundesrat bestätigt Adrian Lobsiger als Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten».

Lücke führen. Denn zwischen dem 4. Dezember 2023 und dem 1. Januar 2024 bestünde für den aktuellen Amtsinhaber kein Arbeitsverhältnis als Beauftragter. Folglich hätte er grundsätzlich auch keine Rechte oder Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis (namentlich keinen Lohnanspruch).[2753]

Für die erstmalige Durchführung der Wahl durch die Vereinigte Bundesversammlung schiebt Art. 72 Abs. 2 DSG deshalb den **Beginn der Amtsdauer** ausnahmsweise **auf den Tag nach der Wahl** vor. Dies gilt allerdings nur bei einer Wiederwahl des aktuellen Amtsinhabers. Zwar wird auch mit dieser Lösung kein nahtloser Übergang erreicht. Der aktuelle Beauftragte könnte sein Arbeitsverhältnis aber immerhin so rasch als möglich wieder aufnehmen. In der Übergangszeit würde der EDÖB durch die Stellvertreterin bzw. den Stellvertreter der oder des Beauftragten geleitet.[2754] 7

Die vertretene Auffassung widerspiegelt die persönliche Meinung der Autorenschaft und bindet nicht das Bundesamt für Justiz.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Botschaft des Bundesrates vom 15.9.2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz (BBl 2017 S. 6941).

Bericht der SPK-N vom 27.1.2022 zur parlamentarischen Initiative 21.443 «Verordnung über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten» (BBl 2022 S. 345).

2752 Siehe dazu die Medienmittelung der Gerichtskommission vom 24.5.2023 «Gerichtskommission schlägt Wiederwahl des Bundesanwalts vor» (unter «Vorbereitung der Wahl des EDÖB»).

2753 Zum Ganzen: Bericht der SPK-N, S. 8 f.

2754 Zum Ganzen: Bericht der SPK-N, S. 9.

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 72a DSG

Eine Kommentierung von Danielle Schneider / Carl Jauslin

ZITIERVORSCHLAG

Danielle Schneider/Carl Jauslin, Kommentierung zu Art. 72a DSG, in: Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (Hrsg.), Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kurzzitat: OK-Schneider/Jauslin, N. XXX zu Art. 72a DSG.

Art. 72a Übergangsbestimmung betreffend das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten

Für das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten, das nach bisherigem Recht begründet worden ist, gilt das bisherige Recht.

GLIEDERUNG

In Kürze 993
I. Allgemeines 993
II. Übergangsbestimmung betreffend das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten 993
Materialienverzeichnis 994

IN KÜRZE

Mit der Totalrevision des DSG wird die Bundesversammlung zum Wahlorgan und zur Arbeitgeberin der oder des Beauftragten. Dies hat Auswirkungen auf das Arbeitsverhältnis. Die neuen Bestimmungen zum Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten kommen erst nach der erstmaligen Wahl durch die Vereinigte Bundesversammlung zur Anwendung. Nach dem Inkrafttreten des neuen Datenschutzrechts am 1. September 2023 gilt daher das bisherige Recht für das Arbeitsverhältnis bis zur Wahl der oder des Beauftragten durch die Vereinigte Bundesversammlung weiter.

I. ALLGEMEINES

Mit der Totalrevision des DSG wird die Bundesversammlung zum Wahlorgan und zur Arbeitgeberin der oder des Beauftragten. Sie ist deshalb für die **Regelung** deren bzw. dessen **Arbeitsverhältnisses** zuständig (vgl. Art. 43 Abs. 3bis DSG). Im Rahmen der parlamentarischen Initiative SPK-N 21.443[2755] hat sie entsprechende Ausführungsbestimmungen[2756] erlassen. Daneben enthält auch das DSG verschiedene Regelungen zum Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten, namentlich betreffend die Amtsdauer und deren Beendigung (Art. 44 DSG), das Disziplinarrecht (Art. 44*a* DSG) oder die Nebenbeschäftigung (Art. 47 DSG). In Art. 72*a* DSG wird geklärt, **ab wann** diese neuen Bestimmungen auf die Beauftragte bzw. den Beauftragten Anwendung finden. 1

II. ÜBERGANGSBESTIMMUNG BETREFFEND DAS ARBEITSVERHÄLTNIS DER ODER DES BEAUFTRAGTEN

Die Wahl der oder des Beauftragten sowie die Beendigung ihrer bzw. seiner Amtsdauer unterstehen noch bis zum Ende der Legislaturperiode, in welcher das DSG in Kraft tritt, dem bisherigen Recht (Art. 72 Abs. 1 DSG). Erst wenn 2

2755 Parlamentarische Initiative SPK-N 21.443 vom 15.4.2021 «Verordnung über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten».

2756 Verordnung der Bundesversammlung vom 17.6.2022 über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (SR 235.171.1).

die oder der Beauftragte durch die Vereinigte Bundesversammlung gewählt wird, kann sich ihr bzw. sein Arbeitsverhältnis nach dem neuen Recht richten. Art. 72*a* DSG sieht deshalb vor, dass für das **Arbeitsverhältnis** der oder des Beauftragten, das **nach bisherigem Recht begründet** worden ist, das **bisherige Recht** gilt.[2757]

3 Das heisst: Nach dem Inkrafttreten des neuen Datenschutzrechts am 1. September 2023 gilt für das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten **bis zur erstmaligen Wahl durch die Vereinigte Bundesversammlung** das bisherige Recht weiter. Danach gelangen die totalrevidierten bzw. neugeschaffenen Bestimmungen zum Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten zur Anwendung.

Die vertretene Auffassung widerspiegelt die persönliche Meinung der Autorenschaft und bindet nicht das Bundesamt für Justiz.

MATERIALIENVERZEICHNIS

Bericht der SPK-N vom 27.1.2022 zur parlamentarischen Initiative 21.443 «Verordnung über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten» (BBl 2022 S. 345).

2757 Bericht der SPK-N, S. 9.