



ONLINEKOMMENTAR
DER FREI ZUGÄNLICHE
RECHTSKOMMENTAR

KOMMENTIERUNG ZU

Art. 43 DSG

Eine Kommentierung von Carl Jauslin / Danielle Schneider

Herausgegeben von Thomas Steiner / Anne-Sophie Morand / Daniel Hürlimann

Stand der Bearbeitung: 25.08.2023

PDF erstellt am: 06.10.2026

DOI: 10.17176/20230825-103609-0

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 2000¹² (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 Arbeitgebers.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	4
I. Allgemeines.....	4
II. Wahlorgan (Abs. 1).....	6
III. Wählbarkeit (Abs. 2).....	6
IV. Arbeitsverhältnis (Abs. 3)	7
V. Ausführungsbestimmungen zum Arbeitsverhältnis (Abs. 3bis)	8
VI. Unabhängigkeit und Zuordnung (Abs. 4)	9
VII. Sekretariat, Budget und Personal (Abs. 5)	10
VIII. Beurteilung (Abs. 6).....	11
Literaturverzeichnis.....	12
Materialienverzeichnis	12

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.¹ Die Institution EDÖB umfasst personell neben der oder dem Beauftragten insbesondere auch das Sekretariat.²
- 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 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.³
- 4 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.⁴
 - Die **institutionelle Unabhängigkeit** bedeutet, dass der EDÖB organisatorisch keiner anderen Behörde *unterstellt* ist. Dies schliesst jedoch eine administrative *Zuordnung*, 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

1. Bericht der SPK-N, S. 2.

2. OFK-Petermann Büttler, Art. 43 DSG, N. 3.

3. Bericht der SPK-N, S. 2.

4. SHK-Baeriswyl, Art. 43 DSG, N. 2.

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).

5 Die **Revision** dieser Bestimmung zur Wahl, zur Stellung und zum Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten erfolgte in drei Schritten:⁵

- 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 2016/680⁶ 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.⁷ Bereits die parlamentarische Initiative Leutenegger Oberholzer 16.409⁸ 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.⁹
- In einem *dritten Schritt* wurden einzelne Aspekte des Arbeitsverhältnisses auf Gesetzesstufe präzisiert und der Bundesversammlung die Kompetenz erteilt, **Ausführungsbestimmungen über das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten** zu erlassen (Parlamentarische Initiative SPK-N 21.443¹⁰). 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).

5. OFK Petermann Büttler, Art. 43 DSG, N. 2.

6. 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).

7. Botschaft 2017, S. 7087 f. Vgl. auch SHK-Baeriswyl, Art. 43 DSG, N. 3.

8. Parlamentarische Initiative Leutenegger Oberholzer 16.409 vom 15. März 2016 «Wahlverfahren für den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten oder die -beauftragte».

9. Amtliches Bulletin 2019 N 1777 (NR Romano) und N 1819 f. (Bundesrätin Keller-Sutter).

10. Parlamentarische Initiative SPK-N 21.443 vom 15. April 2021 «Verordnung über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten».

Sie führten dazu, dass sich die Unabhängigkeit der oder des Beauftragten auch im Arbeitsverhältnis niederschlägt.

- 6 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 um drei Sätze zur Pensionskasse der oder des Beauftragten erweitert.
- 7 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)

II. WAHLORGAN (ABS. 1)

- 8 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).¹¹ Die Stellvertreterin oder der Stellvertreter der oder des Beauftragten fällt nicht unter die Bestimmung und wird nicht vom Parlament gewählt.¹² Die allgemeinen Bestimmungen des Bundespersonalrechts finden auf die Stellvertreterin oder den Stellvertreter Anwendung.
- 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 Bundessachen 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.¹³
- 12 Diese Bestimmung zur Wählbarkeit, die auf die Stimmberechtigung abstellt, findet sich analog in anderen Bundesgesetzen.¹⁴ Sie entspricht beispielsweise Art. 20 Abs. 1^{bis} StBOG für die Wahl des

11. Bericht der SPK-N, S. 2.

12. Bericht der SPK-N, S. 11.

13. OFK-Petermann Büttler, Art. 43 DSG, N. 6.

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.¹⁵ Sie ergeben 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).¹⁶ 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.¹⁷ Die sachliche und persönliche Eignung stellt jedoch keine Wählbarkeitsvoraussetzung dar, sondern liegt vielmehr im Verantwortungsbereich der Wahlbehörde.¹⁸ 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).
- 14 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.¹⁹

IV. ARBEITSVERHÄLTNIS (ABS. 3)

- 15 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:²⁰
- Art. 43 Abs. 1 und 2 DSG (Wahl)
 - Art. 43 Abs. 3 DSG (Pensionskasse)
 - Art. 43 Abs. 3^{bis} DSG (Gesetzliche Grundlage für die Ausführungsbestimmungen)
 - 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)

14. SHK-Baeriswyl, Art. 43, N. 4.

15. §39 Abs. 1 IDG/BS spricht von einer in Datenschutzfragen ausgewiesenen Fachperson (SHK-Baeriswyl, Art. 43 DSG, N. 6).

16. SHK-Baeriswyl, Art. 43, N. 6.

17. SHK-Baeriswyl, Art. 43, N. 6.

18. OFK-Petermann Büttler, Art. 43 DSG, N. 6.

19. OFK-Petermann Büttler, Art. 43 DSG, N. 6. Vgl. dazu auch den Bericht der SPK-N, S. 10.

20. SHK-Baeriswyl, Art. 43 DSG, N. 7.

- 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.²¹

- 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.²² 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.²³ 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 Bundesanwältin sowie der Stellvertretenden Bundesanwälte oder Bundesanwältinnen (nachfolgend: Verordnung über das Arbeitsverhältnis des Bundesanwalts oder der Bundesanwältin, SR 173.712.23).²⁴ Der EDÖB finanziert die Sparbeiträge des Arbeitsgebers.

V. AUSFÜHRUNGSBESTIMMUNGEN ZUM ARBEITSVERHÄLTNIS (ABS. 3^{BIS})

- 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 Öffentlichkeitsbeauftragten" verabschiedet.²⁵
- 18 Die **Verordnung der Bundesversammlung über das Arbeitsverhältnis der oder des Beauftragten** stützt sich auf Art. 43 Abs. 3^{bis} DSG.²⁶ 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

21. Bericht der SPK-N, S. 12.

22. Bericht der SPK-N, S. 5.

23. 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).

24. Bericht der SPK-N, S. 5.

25. Zur Entstehungsgeschichte vgl. den Bericht der SPK-N, S. 3.

26. Verordnung über das Arbeitsverhältnis der Leiterin oder des Leiters des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten, BBl 2022 348.

die oder der Beauftragte weder einen Eid noch ein Gelübde auf gewissenhafte Pflichterfüllung ablegen muss (Art. 3 Abs. 4).²⁷

- 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 103a 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. 12^{bis} 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.²⁸
- 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 RVOG i.V.m. Anhang 1 lit. A Ziff. 2.1.1).²⁹ Administrativ bleibt der EDÖB als

27. Bericht der SPK-N, S. 12. Siehe auch OFK-Petermann Büttler, Art. 43 DSG, N. 6.

28. Botschaft 2017, S. 7088.

29. Erläuternder Bericht des BJ zur DSV vom 31.8.2022, S. 55.

Behörde der Bundeskanzlei (BK) *zugeordnet* (Art. 43 Abs. 4 zweiter Satz), ist ihr jedoch *nicht* institutionell *untergeordnet*. Die BK soll die Aufgabenerfüllung des EDÖB administrativ erleichtern und unterstützen, ohne dabei seine Unabhängigkeit zu tangieren.³⁰ Die BK erbringt aufgrund einer Leistungsvereinbarung für den EDÖB eine Reihe von Dienstleistungen im Bereich der Personaladministration, Finanzen und Büroautomatisation.³¹ Beispiele hierfür sind die Zuweisung von Büroräumlichkeiten, die Sicherstellung von zweckdienlicher IKT-Infrastruktur und die organisatorische Unterstützung des Internetauftritts.³² Der EDÖB ist trotz seiner organisatorischen Eingliederung in die Bundesverwaltung nicht als eigentliche Verwaltungsbehörde, sondern als **Einrichtung *sui generis*** zu betrachten.³³ Die Stellung *sui generis* wird durch das DSG und weitere Erlasse geformt.³⁴ Mit der Sicherstellung der Weisungsfreiheit des EDÖB wird seine institutionelle und funktionelle Unabhängigkeit gewährleistet.³⁵

- 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 **geeignere 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.³⁶ Art. 43 Abs. 5 DSG sieht deshalb vor, dass die oder der Beauftragte über ein eigenes Budget und ein ständiges Sekretariat verfügt.³⁷ Der Budgetprozess wird in Art. 45 DSG geregelt.
- 25 Der EDÖB muss über **ausreichend Personal- und Informatikressourcen** verfügen, um seine gesetzlichen Aufgaben zu erfüllen.³⁸ Das Sekretariat benötigt hierfür insbesondere juristisches, organisatorisches, (sicherheits-)technisches und kommunikatives Wissen.³⁹ 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

30. SHK-Baeriswyl, Art. 43 DSG, N. 16.

31. EDÖB, 30. Tätigkeitsbericht 2022/2023, S. 21.

32. OFK-Petermann Büttler, Art. 43 DSG, N. 10.

33. BSK-Huber, Art. 26 DSG, N. 31.

34. OFK-Petermann Büttler, Art. 43 DSG, N. 7.

35. SHK-Baeriswyl, Art. 43 DSG, N. 14.

36. SHK-Baeriswyl, Art. 43 DSG, N. 17.

37. SHK-Baeriswyl, Art. 43 DSG, N. 17.

38. Botschaft 2017, S. 7170 ff.

39. SHK-Baeriswyl, Art. 43 DSG, N. 20.

wichtiges Element.⁴⁰ So findet sich in den europäischen Erlassen die Pflicht verankert, die Aufsichtsbehörden mit ausreichend personellen, technischen und finanziellen Ressourcen, Räumlichkeiten und Infrastrukturen auszustatten (Art. 12^{bis} 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).⁴¹

- 26 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.⁴² Die oder der Beauftragte gilt aber für die Mitarbeitenden des Sekretariats weiterhin *nicht* als personal- oder vorsorgerechtlicher **Arbeitgeber** im Sinne des BPG.⁴³ Arbeitgeber ist gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. a BPG der Bundesrat.⁴⁴ Ob der oder dem Beauftragten in Zukunft Arbeitgeberstellung zukommen soll, soll bei nächster Gelegenheit auf formell-gesetzlicher Stufe geklärt werden.⁴⁵ Auf das Arbeitsverhältnis der Angestellten des ständigen Sekretariats des EDÖB ist deshalb gemäss Art. 36 Abs. 2 DSV weiterhin das Bundespersonalrecht anwendbar.⁴⁶ Für die Angestellten des Sekretariats gelten somit weiterhin die BPV, die VBPV und die BPDV.⁴⁷

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 Entlohnung und zielorientierte Entwicklung der Angestellten. Da der EDÖB seine Funktion unabhängig wahrnimmt und keinen Weisungen unterliegt, muss er vom Beurteilungssystem des BPG ausgenommen sein.⁴⁸ 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 Entlohnung mit Prämien wurde für die Leiterin oder den Leiter des EDÖB eine **leistungsunabhängige 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).⁴⁹
- 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 **Amtsenthörung** (Art. 44 Abs. 3 DSG) oder die **Nichtwiederwahl** durch die Bundesversammlung in Betracht.⁵⁰

40. Botschaft 2017, S. 7170 ff.

41. Botschaft 2017, S. 7170 ff.

42. Erläuternder Bericht des BJ zur DSV vom 31.8.2022, S. 55f.

43. SHK-Baeriswyl, Art. 43, N. 20.

44. Erläuternder Bericht des BJ zur DSV vom 31. 8.2022, S. 55f.

45. Erläuternder Bericht des BJ zur DSV vom 31.8.2022, S. 56.

46. Erläuternder Bericht des BJ zur DSV vom 31.8.2022, S. 55 f.

47. Erläuternder Bericht des BJ zur DSV vom 31.8.2022, S. 55 f.

48. SHK-Baeriswyl, Art. 43 DSG, N. 21.

49. Bericht der SPK-N, S. 2.

50. vgl. SHK-Baeriswyl, Art. 43 DSG, N. 22.

- 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 **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.