Bern, 3. April 2017

Bundesamt für Justiz
per Email: jonas.amstutz@bj.admin.ch

Vernehmlassung zur Totalrevision des Datenschutzgesetzes

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme, die wir gerne wie folgt wahrnehmen und uns dabei in grossen Teilen an der Vernehmlassungsantwort der Vereinigung der kantonalen Datenschutzbeauftragten privatim orientieren:

1 Grundsätzliche Bemerkungen

Die SP Schweiz begrüsst den Vorentwurf zur Totalrevision des Datenschutzgesetzes (DSG). Er ist eine Chance, das Datenschutzrecht den aktuellen Herausforderungen anzupassen, um den zunehmenden Risiken für die Grundrechte und Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen zu begegnen. Ziel gemäss Begleitbericht ist es, den Datenschutz zu verbessern, insbesondere indem die Datenbearbeitung transparenter gestaltet wird, die betroffenen Personen mehr Kontrolle über ihre Daten erhalten und die Pflichten der Verantwortlichen ausgebaut werden. Zudem soll das Verantwortungsbewusstsein der privaten Personen, die Daten bearbeiten, gefördert und diese zur Einhaltung nicht verbindlicher Instrumente ermutigt werden und der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte erhält durch den Vorentwurf Verfügungskompetenzen und damit umfassendere Aufsichtsbefugnisse.

Entscheidend ist schliesslich, dass die Schweiz mit den vorgeschlagenen Änderungen im Datenschutzgesetz den europäischen Anforderungen für die Erleichterung des grenzüberschreitenden Datenverkehrs entspricht. In den Bereichen, die nicht der Schengen-Zusammenarbeit unterstehen, gilt die Schweiz als Drittstaat. Zwischen einem Drittstaat und den Mitgliedstaaten der Europäischen Union dürfen Daten nur ausgetauscht werden, wenn der Drittstaat ein angemessenes Schutzniveau gemäss der Richtlinie 95/46/EG gewährleistet. Dieses Schutzniveau wird durch die Europäische Kommission periodisch überprüft und in einem Angemessenheitsbeschluss festgehalten. Ein solcher Beschluss kann jederzeit widerrufen werden.

Die Europäische Kommission hat in einem Angemessenheitsbeschluss vom 26. Juli 2000 bestätigt, dass die Schweiz über ein angemessenes Datenschutzniveau verfügt. Diese Entscheidung beruht

Sozialdemokratische Partei der Schweiz | Spitalgasse 34 | Postfach · 3001 Bern | Telefon 031 329 69 69 | Telefax 031 329 69 70 | info@spschweiz.ch | www.spschweiz.ch

jedoch auf dem in der Richtlinie 95/46/EG festgelegten Schutzniveau. Künftig wird die schweizerische Gesetzgebung anhand der in der Verordnung (EU) 2016/679 enthaltenen Anforderungen überprüft. Falls die Schweiz den Angemessenheitsbeschluss beibehalten bzw. im Falle eines Widerrufs erneut eine Bestätigung über das angemessene Datenschutzniveau erhalten möchte, ist es von zentraler Bedeutung, dass die schweizerische Gesetzgebung den Anforderungen dieser Verordnung entspricht.

Aufsplittung in zwei Vorlagen?

privatim schlägt in ihrer Vernehmlassungsantwort mit gut nachvollziehbaren Gründen vor, den privatrechtlichen und den öffentlich-rechtlichen Datenschutz in zwei Gesetzen zu normieren. Dies vor allem, weil sich die Rechtfertigungskonzepte in den beiden Bereichen entscheidend unterscheiden (öffentlich-rechtlich: Legalitätsprinzip / privatrechtlich: Einwilligung, überwiegendes Interesse, Gesetz), was (auch schon in der Vergangenheit) die Regulierung in den allgemeinen Grundsätzen (für beide Bereiche) und besonderen Bestimmungen (je für einen Bereich) kompliziert und schwerfällig macht.

Ausserdem könnten damit für die Zukunft zwei Handlungsoptionen offengehalten werden:

- Einerseits könnten mittelfristig – wie in vielen Kantonen mit dem Öffentlichkeitsprinzip – die Regelung des *Datenschutzes und* des *Öffentlichkeitsprinzips* als zwei Seiten derselben Medaille *in einem Gesetz* zusammengeführt werden.
- Andererseits könnte längerfristig, nachdem dafür die notwendige Verfassungsgrundlage geschaffen worden ist, ein *einheitliches, schweizweit geltendes Datenschutzgesetz für alle öffentlichen Organe* geschaffen werden. Damit müssten auch nicht mehr bei jeder Änderung des übergeordneten internationalen Rechts das Bundesdatenschutzgesetz und 26 kantonale Datenschutzgesetz angepasst werden, was erfahrungsgemäss zeitlich äusserst anspruchsvoll ist, weil die Kantone faktisch abwarten müssen, wie der Bund die geforderten Anpassungen umsetzt.

Die SP bittet den Bundesrat, dieses Konzept eingehend und unvoreingenommen zu prüfen und in der Botschaft die Gründe nachvollziehbar dazulegen, falls er an der jetzigen Architektur festhalten will. Zu prüfen wäre in diesem Fall, ob es dann nicht zumindest eine Verfassungsänderung braucht, welche den Erlass eines Rahmengesetzes erlaubt, das die Kantone dazu anhält, ihr Datenschutzrecht auf einheitlichem Niveau à jour zu halten.

Beweislastumkehr

Ein zentrales Ziel der Vorlage ist die Stärkung der Rechte der betroffenen Person. Die Zivilprozessordnung (ZPO) soll dahingehend geändert werden, dass für Klagen und Begehren nach dem Datenschutzgesetz keine Sicherheiten zu leisten und keine Gerichtskosten zu bezahlen sind. Diese Erleichterungen in der Prozessführung für die betroffene Person können für sich die Schwelle für die Durchsetzung der eigenen Rechte nicht entscheidend herabsetzen. Die in den Erläuterungen aufgrund des Fehlens von wirkungsvollen Rechtsdurchsetzungsinstrumenten vor allem im privaten Sektor festgestellte erheblich verringerte Wirksamkeit des Datenschutzgesetzes kann nur aufgefangen werden, wenn neben den Kosten auch die Beweisführung für die betroffene Person erleichtert wird. Die SP fordert deshalb für Verfahren aufgrund des Datenschutzgesetzes eine Beweislastumkehr, da es der betroffenen Person aufgrund der Komplexität der heutigen Datenbearbeitungen in vielen Fällen gar nicht möglich ist, den Beweis für das unbefugte Bearbeiten zu erbringen. Dies bedeutet auch keine zusätzliche Belastung des Verantwortlichen, da dieser den Nachweis der Konformität seiner Datenbearbeitungen auch unabhängig von einem Verfahren zu dokumentieren hat (Art. 19 lit. a VE-DSG).

Weitere Stärkung der Rechte der betroffenen Personen

In Bezug auf die Stärkung der Rechte der betroffenen Personen werden zwei zentrale Elemente der EU-Reform ignoriert: Art. 20 Verordnung (EU) 2016/679 sieht ein **Recht auf Datenübertragbarkeit** vor und Art. 17 Verordnung (EU) 2016/679 ein **Recht auf Löschung («Recht auf Vergessenwerden»**). Beide Rechte stärken die Position der betroffenen Personen insbesondere gegenüber grossen global tätigen Datenbearbeitern. Es ist nicht nachzuvollziehen, warum den Schweizer Bürgerinnen und Bürger ein solches Recht verwehrt werden soll. Die SP fordert deshalb die Aufnahme dieser beiden Rechtsinstrumente in die Totalrevision des DSG.

Griffige Verwaltungssanktionen statt Abwälzung auf das Strafrecht

Dem Begleitbericht kann auf S. 15 Folgendes entnommen werden:

Der VE-DSG kommt den Empfehlungen des Rates [der europäischen Union] insoweit nach, als der Beauftragte Verfügungskompetenzen erhält (siehe Art. 41-43 VE-DSG). Hingegen wäre es nach Ansicht des Bundesrates nicht angemessen, dem Beauftragten die Befugnis einzuräumen, Verwaltungssanktionen gegen Bundesorgane zu verhängen. Diese in anderen Ländern bestehende Möglichkeit widerspricht nach Meinung des Bundesrates der schweizerischen Rechtstradition.

Die Nonchalance mit der sich der Bundesrat hier über eine zentrale Forderung des europäischen Datenschutzes hinwegsetzt, erstaunt. Dass die Möglichkeit für Sanktionen der schweizerischen Rechtstradition angeblich widerspreche, kann ja wohl nicht wirklich ein guter Grund sein (erst recht nicht, wenn es der einzige ist), um hier aus dem Schengensystem auszubrechen.

Vor diesem Hintergrund lehnt die SP Schweiz den Ausbau der Strafbestimmungen im VE-DSG ab (Art. 50 ff. VE-DSG, wobei Art. 50 Abs. 2 auch rein sprachlich grob fehlerhaft redigiert ist). Mit den vorgesehenen Strafbestimmungen werden bisherige Vollzugsdefizite des DSG auf das Strafrecht abgewälzt. Bereits die bestehenden Strafbestimmungen des DSG haben sich in Bezug auf eine einheitliche Vollstreckung des DSG nicht bewährt. Strafurteile aufgrund der Strafbestimmungen des DSG sind fast gänzlich unbekannt. Mit den neuen Bestimmungen tritt der Strafrichter in Konkurrenz zur Datenschutzaufsichtsbehörde, was weder institutionell noch sachlich sinnvoll ist. Zahlreichen der neuen Strafbestimmungen fehlt die Bestimmtheit, so dass sie dem Grundsatz «Nulla poena sine lege» widersprechen. Zudem werden mit den umschriebenen Strafbestimmungen die Vorgaben gemäss Richtlinie (EU) 2016/680 und Art. 12^{bis} Abs. 2 lit. c E-SEV 108 nicht vollständig umgesetzt. Die EU sowie der Europarat verlangen ausdrücklich auch Verwaltungssanktionen, die der Beauftragte verhängen kann. Die angedrohten strafrechtlichen Sanktionen von max. 500'000 CHF wirken keinesfalls abschreckend und sind im Vergleich zu den Sanktionsmöglichkeiten nach dem EU-Recht für global tätige Unternehmen bedeutungslos. Mit den Strafbestimmungen wird die Strafverfolgung zudem an die Kantone delegiert. Damit müssen die Kantone nicht nur ressourcenmässig für den Vollzug des VE-DSG aufkommen, sondern es ist aufgrund der spezifischen Materie des Datenschutzrechts auch damit zu rechnen, dass kein einheitlicher Vollzug möglich sein wird. Der Vollzug und die Sanktionierung von Verstössen gegen das VE-DSG sind aus Sicht der SP Schweiz eine Bundesaufgabe und somit durch den Bund wahrzunehmen.

Ressourcen des EDÖB

Das VE-DSG enthält erweiterte Kompetenzen und Aufgaben für den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB). Dies wird nur mit einem wesentlichen Ausbau der Ressourcen des EDÖB möglich sein. Werden diese Ressourcen nicht zugeteilt, kann ebenso auf den Ausbau der Kompetenzen und Aufgaben verzichtet werden. Die Organisation des EDÖB ist deshalb allenfalls analog der Wettbewerbskommission auszubauen.

2 Kommentar zu den wichtigsten Bestimmungen

Art. 3 Begriffe

Der Begriff der «biometrischen Daten» ist missverständlich. Auch in den Erläuterungen wird er nicht geklärt: Ein Gesichtsbild (ein Portrait) ist grundsätzlich auch ein «biometrisches Datum», soll aber hier nicht als Unterkategorie der besonders schützenswerten Personendaten erfasst werden. Deshalb ist, wie dies auch die Konferenz der Kantonsregierungen in ihrem Leitfaden für die Anpassung der kantonalen Datenschutzgesetze tut, die folgende Definition aufzunehmen:

«4. mit speziellen technischen Verfahren gewonnene personenbezogene Daten zu den physischen, physiologischen oder verhaltenstypischen Merkmalen einer natürlichen Person, welche die eindeutige Identifizierung dieser Peron ermöglichen oder bestätigen (biometrische Daten)».

Die SP begrüsst den *Ersatz des* bis heute unklaren *Begriffs des «Persönlichkeitsprofils»* (als «gefährliche» Art von Daten) *durch das «Profiling»* (als «gefährliche» Art des Bearbeitens von Daten). Allerdings ist es völlig ungenügend, wenn dann im bereichsspezifischen Datenschutzrecht (in den anzupassenden Bundesgesetzen) mit Blankettermächtigungen das Profiling quasi «durchgewinkt» wird. Verlangt ist, dass klare und strenge Rahmenbedingungen für das Profiling in den Bundesgesetzen konkretisiert werden.

Art. 4 Grundsätze

Die SP begrüsst die Neuformulierung und Ergänzungen von Art. 4 DSG. Zu Art. 4 Abs. 4 VE-DSG ist festzustellen, dass die Festlegung von Aufbewahrungsfristen impliziert wird. Diese Pflicht der Verantwortlichen sollte mindestens im Botschaftstext zum Ausdruck kommen.

Es ist zu begrüssen, dass bei der Einwilligung festgehalten wird, dass sie nicht nur freiwillig, sondern auch eindeutig zu erfolgen hat. Im 2. Satz sollte aber auch der Begriff «ausdrücklich», dessen Bedeutung bisher in der Literatur kontrovers diskutiert wurde, mindestens durch eine Erläuterung im Botschaftstext geklärt werden.

Art. 7 Auftragsdatenbearbeitung

Der Verantwortliche muss sich nicht nur vergewissern, dass die Datensicherheit und die Rechte der betroffenen Personen gewährleistet sind, sondern er muss wirksam sicherstellen, dass die Daten nur so bearbeitet werden, wie der Verantwortliche es selber tun darf. Entsprechend ist die Formulierung in lit. a zu ergänzen.

Art. 7 Abs. 2 VE-DSG ist in Abhängigkeit von der Anpassung in lit. a neu zu formulieren. Zudem sollte der Bundesrat nicht Anforderungen an den Auftragsdatenbearbeiter präzisieren, sondern die Verantwortlichen in die Pflicht nehmen, indem die einzelnen Anforderungen an die Auswahl des Dritten und die Sicherstellung, dass die Personendaten nur so bearbeitet werden, wie es der Verantwortliche tun dürfte, auf Verordnungsstufe detailliert geregelt werden.

Unklar erscheint das Verhältnis zwischen Verantwortlichem und Auftragsbearbeiter in einem arbeitsvertraglichen Rahmen. Es erschliesst sich aus den Ausführungen im Begleitbericht nicht, warum Angestellte eines Verantwortlichen keine Auftragsbearbeiter im Sinne des Gesetzes sein sollen – dies ist besser zu begründen resp. zu klären.

Art. 8 und 9 Empfehlungen der guten Praxis

Das neue Instrument der Empfehlungen der guten Praxis, wobei der Beauftragte solche zu erarbeiten oder zu genehmigen hat, wird von der SP grundsätzlich begrüsst. Dieses Instrument braucht aber *bedeutende Ressourcen*, um zum richtigen Zeitpunkt zusammen mit den interessierten Kreisen und unter Berücksichtigung der Besonderheiten eines Anwendungsbereichs über Empfehlungen zu verfügen, die in der Praxis auch Wirkung erzielen können. Solange nicht geklärt ist, wie diese Ressourcen dem Beauftragten zur Verfügung gestellt werden, besteht die Gefahr, dass dieses Instrument wirkungslos bleibt.

Art. 11 Sicherheit von Personendaten

Art. 11 VE-DSG orientiert sich zu stark am bisherigen Art. 7 DSG und unterlässt es, Schutzziele zu definieren wie dies Art. 32 Abs. 1 lit. b Verordnung (EU) 2016/679 und Art. 29 Abs. 2 Richtlinie (EU) 2016/680 tun, aber auch in modernen kantonalen Datenschutzgesetzen zu finden ist (z.B.: § 7 IDG/ZH, § 8 IDG/BS). Dabei ist auch der veraltete Begriff des «unbefugten Bearbeitens» zu hinterfragen. Die SP schlägt deshalb vor, die *Schutzziele explizit im Gesetz zu erwähnen*.

Art. 12 Daten einer verstorbenen Person

Die SP begrüsst grundsätzlich, dass eine Regelung für den Zugang zu Daten einer verstorbenen Person vorgesehen wird. Allerdings hat sie Zweifel, ob die vorgeschlagene Lösung der Sachlage in allen Punkten gerecht wird.

Eine Untersagung i.S.v. Art. 12 Abs. 1 lit. a VE-DSG wird im Alltag kaum je vorkommen. Somit hängt die Entscheidung allein an einer Interessenabwägung nach Art. 12 Abs. 1 lit. b VE-DSG, allerdings mit der Schwierigkeit, dass die abzuwägenden Interessen der verstorbenen Person durch den Datenbearbeiter, der Einsicht geben soll, schwer zu ermitteln und zu gewichten sind (wenn man nicht davon ausgeht, dass mit dem Tod die Interessen der verstorbenen Person ohnehin «untergehen»). Es ist deshalb zu prüfen, ob die Norm nicht restriktiver ausgestaltet werden muss.

Die Ausschaltung der Amtsgeheimnisse (insbesondere der besonderen Amtsgeheimnisse, also nicht bloss der personalrechtlichen Pflicht zur Verschwiegenheit) und der Berufsgeheimnisse einzig aufgrund einer Interessenabwägung (Art. 12 Abs. 1 VE-DSG) erscheint problematisch. Der Weg, aus solchen Schweigeverpflichtungen «herauszukommen», ist normalerweise die Entbindung durch die Aufsichtsbehörde. Der Bundesrat wird deshalb gebeten zu prüfen, ob dieser Absatz restriktiver zu formulieren ist.

Dass jeder Erbe allein von den Verantwortlichen verlangen kann, dass die Daten des Erblassers kostenlos gelöscht oder vernichtet werden kann, ist zwar gut gemeint, trägt aber den unterschiedlichen Interessen der Mitglieder einer Erbengemeinschaft in keiner Weise Rechnung und die entsprechenden Konflikte sind damit vorprogrammiert.

Art. 15 Automatisierte Einzelentscheidungen

Von Bedeutung ist diese Regelung vor allem im Privatrecht. Für diesen Bereich wird sie begrüsst.

Im öffentlichen Recht ergehen Einzelentscheidungen mit rechtlichen Wirkungen in aller Regel in Form der Verfügung. Weil diese eröffnet werden müssen, ist die Information der betroffenen Personen sichergestellt. Weil den betroffenen Personen im Vorfeld des Erlasses von Verfügungen ein Anspruch auf rechtliches Gehör zukommt, ist auch sichergestellt, dass sie sich zur Einzelentscheidung äussern können. Aus diesem Grund geht der KdK-Leitfaden für die Umsetzung in den kantonalen DSG davon aus, dass es keine spezifische Regelung in den kantonalen (Informations- und) Datenschutzgesetzen braucht. Zum einen ist deshalb die Regelung (ohne Abs. 3)

in den Abschnitt zum Datenbearbeiten durch Private zu verschieben. Zum andern sind im öffentlich-rechtlichen Bereich automatisierte Einzelentscheidungen, die nicht in Form einer Verfügung eröffnet werden, ausschliesslich zuzulassen, wenn ein Gesetz (im formellen Sinn) dies ausdrücklich vorsieht und das Gesetz gleichzeitig geeignete Massnahmen zum Schutz der Rechte der betroffenen Personen (insbesondere bezüglich der Transparenz und Einwirkungsmöglichkeiten für die betroffenen Personen) vorsieht.

Art. 17 Meldepflicht bei Datenschutzverletzungen

Die «Verletzung des Datenschutzes» wird in Art. 17 Abs. 1 VE-DSG nicht klar definiert, was aber auch im Hinblick auf die mögliche Strafbarkeit des Verantwortlichen (siehe Art. 50 Abs. 2 lit. e und Art. 50 Abs. 3 lit. b VE-DSG) unentbehrlich ist. Die Definition ist entweder in diesem Artikel oder unter den Begriffen (Art. 3 VE-DSG) nachzutragen. Dabei schlägt privatim vor (und die SP schliesst sich hier an), die *Definition* gemäss dem KdK-Leitfaden für die Umsetzung in den kantonalen DSG zu formulieren:

«Eine Datenschutzverletzung liegt vor, wenn die Sicherheit so verletzt wird, dass bearbeitete Personendaten unwiederbringlich vernichtet werden oder verloren gehen, unbeabsichtigt oder unrechtmässig verändert oder offenbart werden oder dass Unbefugte Zugang zu solchen Personendaten erhalten.»

Die Meldepflicht soll entfallen, wenn die Verletzung voraussichtlich nicht zu einem Risiko für die Persönlichkeit und die Grundrechte der betroffenen Person führt. Diese Formulierung lässt dem Verantwortlichen einen weiten Ermessensspielraum, der faktisch die vorsätzliche oder fahrlässige Strafbarkeit der Nichtmeldung ausschliesst. Es ist deshalb zu prüfen, ob der Ermessensspielraum konkreter eingeschränkt werden sollte und die Anwendung des Strafrechts ist – wie bereits im allgemeinen Teil erwähnt – zu überdenken.

Mitzubedenken ist dabei auch, dass die Regelung die Mitarbeiter in einer Unternehmung regelmässig in eine Zwickmühle bringen wird: Stellt zum Beispiel der interne Datenschutzverantwortliche eine Datenschutzverletzung im eigenen Betrieb fest und könnte sie zu einem Risiko für die betroffenen Personen führen, muss er sie dem EDÖB melden und damit die dafür verantwortlichen Personen «ans Messer» liefern: Je nach Verstoss werden sie dafür strafrechtlich verfolgt werden müssen, da der EDÖB seinerseits eine Anzeigepflicht hat. Tut der Datenschutzverantwortliche dies nicht, muss er selbst mit strafrechtlicher Verfolgung rechnen (Art. 50 Abs. 2 Bst. e VE DSG). Dies wird für ihn, der darauf angewiesen ist, dass andere Mitarbeiter mit ihm offen über Datenschutzprobleme sprechen, eine äusserst schwierige Situation sein. Doch auch dort, wo der Datenschutzverantwortliche selbst für den Datenschutzverstoss (mit-)verantwortlich ist, sind Konflikte vorprogrammiert (Stichwort nemo tenetur) – siehe dazu auch Rosenthal in Jusletter.

Art. 18 «Datenschutz durch Technik»: Privacy by design, privacy by default

Die SP Schweiz begrüsst grundsätzlich die Aufnahme dieser beiden Konzepte in das neue Gesetz ausdrücklich. Allerdings erscheint es aufgrund der Formulierung von Art. 18 Abs. 1 VE-DSG nicht klar, wie weit hier eine Verpflichtung der Verantwortlichen entstehen soll, die nicht bereits aufgrund von Art. 11 VE-DSG besteht. Vor diesem Hintergrund ist auch zu fragen, ob die mögliche strafrechtliche Sanktionierung der Unterlassung von Massnahmen gemäss Art. 18 VE-DSG (Art. 51 Abs. 1 lit. e VE-DSG) auf einem genügend genau beschriebenen Tatbestand beruht.

Bedauerlicherweise nicht aufgenommen in den Entwurf wurde das Konzept control by design. Es geht darum, die Rechte der Personen, die im Besitz oder Eigentum eines netzwerkfähigen Gerätes sind, umfassend zu regeln und ihnen das unabdingbare Recht einzuräumen, die Verbindung dieser Gegenstände zu trennen und - wenn sie eine Verbindung zulassen - selbst entscheiden zu können, welche Daten Dritten weitergegeben werden (siehe dazu auch das Postulat 14.3739 von Nationalrat

Jean Christophe Schwaab). Der Bundesrat wird aufgefordert, dieses Konzept bei der Erarbeitung der Botschaft ins neue DSG zu integrieren.

Art. 20 Auskunftsrecht

Die SP begrüsst, dass ausdrücklich festgehalten wird, dass die Auskunft über die eigenen Personendaten (der «Zugang zu den eigenen Personendaten») als Inbegriff der Ausübung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung kostenlos zu gewähren ist, und dass auf Gesetzesstufe ausdrücklich festgehalten wird, welche Informationen mitgeteilt werden müssen.

Art. 23 Persönlichkeitsverletzungen

Es erscheint fraglich, ob es sinnvoll ist, beim Profiling eine tatbestandsausschliessende Einwilligung vorzusehen. Ein Profiling im Sinne der Legaldefinition (siehe Ergänzung zu Art. 3 lit. f VE-DSG) stellt grundsätzlich eine Persönlichkeitsverletzung dar. Sie kann aber, wie in Art. 24 Abs. 1 VE-DSG vorgesehen, durch eine Einwilligung der betroffenen Person gerechtfertigt werden – in Verbindung mit der Regelung von Art. 4 Abs. 6 VE-DSG ist klar, dass bei einem Profiling die Einwilligung ausdrücklich erteilt werden muss. Die Worte *«ohne ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Person»* greifen deshalb den Regelungen von Art. 24 vor und sollten gestrichen werden.

Art. 24 Rechtfertigungsgründe

Nach dem geltenden Recht waren Datenbearbeitungen durch Wirtschaftsinformationsunternehmen (Wirtschaftsauskunfteien) durch ein überwiegendes Interesse gerechtfertigt, solange diese keine Persönlichkeitsprofile bearbeiteten. Im VE-DSG wird das Persönlichkeitsprofil (als «gefährliche» Datenart) ersetzt durch das Profiling (als «gefährliche» Art der Datenbearbeitung). Im nun vorgeschlagenen Art. 24 Abs. 2 lit. c VE-DSG wird das Profiling erlaubt, ohne dass – ausser dem Erfordernis der Volljährigkeit der betroffenen Personen (Ziff. 3) – in irgendeiner Weise strengere Anforderungen an das Profiling gestellt werden. Dies ist zu überprüfen, und es sind strengere Anforderungen an das Profiling durch Wirtschaftsinformationsunternehmen zu stellen.

Fraglich erscheint andererseits, ob mit der Einführung des rechtssetzungstechnisch doch sehr ungewöhnlichen Begriffs „möglicherweise“ in Art. 24 Abs. 2 nicht mehr Rechtsunsicherheit als Rechtssicherheit geschaffen wird, auch wenn klar ist, dass es sich bei den nachstehend aufgezählten Fällen nur um Indizien handeln kann.

Und last but not least muss bei den Anforderungen an die Anonymisierung von Datensätzen sichergestellt werden, dass diese nicht mittels eines Abgleichs mit anderen Datensätzen einfach ausgehebelt werden kann (siehe dazu Antoinette Rouvroy, S. 28 ff.)

Art. 27 Rechtsgrundlagen

Beim Profiling müssen im Gesetz geeignete Garantien zum Schutz der Grundrechte der betroffenen Personen vorgesehen sein. Blankettnormen (wie etwa: «das Bundesamt darf besondere Personendaten bearbeiten und ein Profiling durchführen») reichen keinesfalls.

Es ist deshalb zu verdeutlichen, dass aus diesem Grund ein Profiling immer eine Grundlage in einem formellen Gesetz voraussetzt, weil ein Profiling immer besondere Risiken für die Persönlichkeit und die Grundrechte der betroffenen Personen birgt und deshalb nach Art. 27 Abs. 2 lit. b VE-DSG nicht auf Grundlage einer Regelung in einem Gesetz im materiellen Sinn zulässig ist.

Art. 41 Untersuchung

Es ist zu begrüssen, dass dem Beauftragten erweiterte Untersuchungsbefugnisse zugestanden werden. Dies entspricht den Vorgaben des E-SEV 108 (Art. 12bis Ziff. 3) sowie der Richtlinie (EU) 2016/680 (Art. 52). Allerdings stellen diese Vorgaben klar, dass der Beauftragte nicht die Wahl hat, ob er auf eine Anzeige einer betroffenen Person reagieren will oder nicht («kann»), da er diesbezüglich klarerweise eine Behandlungspflicht hat. Dies müsste im Gesetzestext im Verhältnis zu Art. 41 Abs. 5 VE-DSG besser zum Ausdruck gebracht werden. Es ist deshalb auch davon auszugehen, dass dem Beauftragte für diese Aufgabenerfüllung erheblich mehr Ressourcen zur Verfügung stehen müssen als die derzeit in den Erläuterungen erwähnten «maximal ein oder zwei Stellen».

Art. 41 Abs. 5 VE-DSG ist zu unspezifisch formuliert. Obwohl nicht davon auszugehen ist, dass dem Beauftragten eine eigentliche Untersuchungspflicht obliegt, so ist doch klarerweise von einer Behandlungspflicht auszugehen. Es dürfte sich hier in Umsetzung von Art. 52 und 53 Richtlinie (EU) 2016/680 verwaltungsrechtlich wohl um eine «Aufsichtsbeschwerde» («aufsichtsrechtliche Anzeige») handeln. Entsprechend ist der Beauftragte verpflichtet, sich mit dieser Anzeige zu befassen. Art. 41 Abs. 5 VE-DSG ist verbindlicher umzuformulieren. Zusätzlich sollte noch die Behandlungsfrist von drei Monaten erwähnt werden. Zumindest müsste diesbezüglich der Botschaftstext Klarheit schaffen.

Art. 179^{novies} StGB

Die „redaktionelle“ Änderung von Art. 179^{novies} StGB wird im Begleitbericht nur sehr kurz gestreift. Durch den Wegfall des Terminus „Datensammlung“ im DSG ist diese Anpassung per se sinnvoll. Allerdings wird nicht klar, ob mit der neuen sehr offenen Formulierung (noch verstärkt durch den Ersatz der Wendung „nicht frei zugänglich“ durch „nicht für jedermann zugänglich“) nicht eine massive Ausweitung des Tatbestands und damit der Strafbarkeit einhergeht. Die bisherige Regelung kam nur dann zum Tragen, wenn unbefugt nicht frei zugängliche besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile aus einer Datensammlung beschafft wurden. Gemeint waren damit allerdings Datendiebstähle aus gesicherten Systemen und Räumen und nicht eine blosse Verletzung des Datenschutzes, indem eine Person etwa unter Missachtung des Transparenz- oder Verhältnismässigkeitsgrundsatzes Daten erhob. Mit dem neuen Wortlaut erscheint diese wichtige Einschränkung fraglich. Der Bundesrat wird gebeten, hierzu in der Botschaft ausführliche Erläuterungen abzugeben oder die Norm restriktiver zu fassen.

Wir bitten Sie, unsere Anliegen bei der Überarbeitung der Vorlage zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüssen

SOZIALDEMOKRATISCHE PARTEI DER SCHWEIZ

Christian Levrat
Präsident

Carsten Schmidt
Politischer Fachsekretär