

Bundesamt für Justiz  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Zürich, im März 2017

## Vernehmlassung zur Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Das Datenschutz-Forum Schweiz wurde im September 1999 als Verein mit dem Zweck gegründet, die praktische Umsetzung sowie die Forschung auf dem Gebiet des Datenschutzes und der Datensicherheit zu fördern. Seit nunmehr 18 Jahren geschieht dies insbesondere durch den Informations- und Erfahrungsaustausch unter den am Datenschutz interessierten Personen aus allen Fachrichtungen der Wirtschaft, der öffentlichen Verwaltung und der Wissenschaft.

Das Datenschutz-Forum stellt betroffenen Personen, Datenbearbeitenden, Behörden, Politikern und Medien Informationen sowie Unterlagen für die Meinungsbildung und Entscheidungsfindung in Datenschutz- und Datensicherheitsfragen zur Verfügung. Es fördert die Aus- und Weiterbildung auf diesem Gebiet und pflegt Kontakte zu Organisationen mit gleichen Zielsetzungen.

Vor diesem Hintergrund nehmen wir gerne die Gelegenheit wahr, uns am Vernehmlassungsverfahren zur Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) zu beteiligen und dazu aus unserer Sichtweise Stellung zu nehmen. Das Datenschutz-Forum Schweiz hat sich dabei nur auf diejenigen Normen des Vorentwurfs konzentriert, welche stark nachbesserungsfähig sind.

### 1. Stellungnahme zu einzelnen Normen

**Art. 3 Bst. c Ziff. 2 E-DSG (Begriff):** Zu den besonders schützenswerte Personendaten wird die Zugehörigkeit zu einer Rasse aufgezählt. Tatsache ist, dass es keine Menschenrassen gibt und dass somit keine Person aufgrund ihrer „Rasse“ identifiziert werden kann. Rassismus, um den es entgegen dem Wortlaut geht, stellt im Strafgesetzbuch korrekterweise einen Straftatbestand dar. Mit der Bezeichnung „Zugehörigkeit zu einer Rasse“ wird bereits impli-

ziert, dass es Menschenrassen gibt. Deshalb sollte dieser Begriff aus dem Gesetz gestrichen werden. Das Gleiche gilt für die Zugehörigkeit zu einer Ethnie, die in der bunten Schweiz des 21. Jahrhunderts veraltet wirkt. Besonders schützenswert sind dagegen Personendaten, die sich mit der Abstammung (Adoption, leibliche Eltern usw.) gemäss BGE 128 I 63 auseinandersetzen. Diese sollten jedoch aus systematischen Gründen als materielle Datenschutznormen im ZGB geregelt werden, damit sie nicht aus den ursprünglichen Zusammenhang gerissen werden können.

**Art. 3...E-DSG (Begriff betriebliche/r Datenschutzbeauftragte/r):** Das heutige, in der zugehörigen Verordnung geregelte Institut des betrieblichen Datenschutzbeauftragten hat sich in der Praxis sehr bewährt. Wir regen an, dieses auch im revidierten Gesetz aufzunehmen und zu definieren. Weiterhin soll die Einführung eines betrieblichen Datenschutzbeauftragten freiwillig und in der Folge mit gewissen Erleichterungen (interne Meldepflichten, Befreiung von gewissen Pflichten etc.) verbunden sein.

**Art. 8 E-DSG (Empfehlung der guten Praxis):** Best-Practice-Empfehlungen gehören aus systematischen Gründen nicht auf Gesetzesstufe. In der Regel sind sie für Behörden in Richtlinien, Empfehlungen, Amtspraxis oder Kreisschreiben verankert und können durch Gerichtsinstanzen frei überprüft werden. Auch Private können sie in geeigneter Form im Betrieb verankern. Das soll u.E. so beibehalten werden.

Zudem ist es in der Praxis mit sehr hohem Aufwand verbunden, wenn Verantwortliche ihre Empfehlungen dem EDÖB (Beauftragten) zur Genehmigung vorlegen. Um eine solche Aufgabe korrekt vornehmen zu können, braucht der EDÖB vertieftes Wissen über die Behörden und privaten Unternehmen, über das er in der Regel nicht verfügt. Eine vom EDÖB genehmigte Best-Practice-Empfehlung gibt keine Garantie, wie Datenschutz in der Praxis gelebt wird und kann falsche Signale nach Aussen senden. Private und Behörden können Datenschutzexperten (interne, externe) für solche Aufgaben beauftragen oder sich zertifizieren lassen. Diese Norm ist ersatzlos zu streichen.

**Art. 12 E-DSG (Daten einer verstorbenen Person):** Mit dieser Norm wird das Amts- und Berufsgeheimnis (v.a. das Arztgeheimnis) in zu hohem Masse unterwandert. Deshalb lehnen wir die Norm in dieser Form ab. Es ist die Revision des Erbrechts abzuwarten und der digitale Tod als materielle Datenschutznorm im ZGB zu regeln.

**Art. 15 E-DSG (Informations- und Anhörungspflicht bei einer automatisierten Einzelentscheidung):** Die Informationspflicht begrüssen wir, die Anhörungspflicht ist jedoch pra-

xisfern und führt zu bürokratischem Leerlauf. Die Anhörungspflicht ist deshalb ersatzlos zu streichen.

**Art. 17 E-DSG (Meldung von Verletzungen des Datenschutzes):** Eine Meldung ist ausschliesslich ratsam angezeigt, wenn ein Verstoß gegen Sicherheitsmassnahmen im Unternehmen vorliegt. Auch die Information der betroffenen Person ist zu begrüssen, wenn dies zum Schutz dieser Person nötig ist. Es ist nicht ersichtlich, was in einem konkreten Fall die zusätzliche Information an den EDÖB bringen soll, auch nicht, weshalb die Meldepflicht weit über diejenige der EU-DSGVO hinausgeht. Die Norm ist praxisfern und bedeutet einen Mehraufwand für die Unternehmen und für den Beauftragten – ohne effektiven Nutzen. Wir empfehlen, alles was über die EU-DSGVO hinausgeht, ist aus Art. 17 E-DSG zu streichen.

**Art. 20 E-DSG (Auskunftsrecht):** Die Ausdehnung des Geltungsbereichs des Auskunftsrechts auf alle prozessrechtliche Verfahren ist zu streichen. Ansonsten ist zu befürchten, dass die verfahrensrechtliche Akteneinsicht unterlaufen und damit dem Rechtsmissbrauch Vorschub geleistet wird.

**Art. 23 Abs. 2 Bst. d E-DSG (Profiling):** Beim Profiling ist es nicht möglich, jederzeit eine ausdrückliche Einwilligung einzuholen, deshalb kann in diesen Fällen nicht automatisch von einer Persönlichkeitsverletzung ausgegangen werden. Problematisch ist Profiling bei der automatischen Datenbearbeitung. Im Gegensatz zur EU-DSGVO, welche nur die automatische Datenbearbeitung regelt, umfasst das DSG jede Datenbearbeitung, auch von Hand. Deshalb schiesst die Norm weit über das Ziel hinaus. Art. 23 Abs. 2 Bst. d E-DSG sollte sich auf das Profiling bei der automatischen Datenbearbeitung beschränken und nicht weiter gehen als die EU-DSGVO.

**Art. 24 Abs. 2 E-DSG (Rechtfertigungsgründe):** Die Formulierung „möglicherweise“ ist äusserst schwammig formuliert, wie wäre es mit „der bearbeitenden Person ...fällt insbesondere in Betracht..., wenn“

**Art. 40 Abs. 2 E-DSG (Aufsicht):** Diese Norm unterstellt anderen Bundesbehörden mangelnde Datenschutzkompetenz. Dabei stützen diese Behörden ihre Verfügungen regelmässig auf materielle Datenschutznormen ab, wo sie über das entsprechende Fachwissen ver-

fügen. Der entsprechende Absatz ist ersatzlos zu streichen, da er unnötig das Verfahren verlängert.

## **Artikel 50 – 55 E-DSG (Absatz: Strafbestimmungen):**

Die vorgesehenen Strafbestimmungen dienen nicht dem primären Schutz der Persönlichkeit der betroffenen Personen. Vielmehr soll im DSG die vorsätzlich zweckwidrige und/oder unverhältnismässige Datenbearbeitung sanktioniert werden. Eine persönliche Strafbarkeit der Mitarbeitenden entspricht auch nicht der Regelungen in anderen Gesetzen (vgl. KG, UWG, FMG, BEHG), bei welchen der Fokus klar auf der Bestrafung der Unternehmen liegt. Wir schlagen daher Folgendes vor:

- Statt Strafverfahren sind Verwaltungssanktionen das geeignete Mittel.
- Die fahrlässige Begehung eines Tatbestandes soll nicht strafbar sein.
- Sanktioniert werden sollen die „Verantwortlichen“ und nicht die einzelnen Mitarbeitenden eines Unternehmens. Das DSG soll bei Verstössen gegen die Datenschutzbestimmungen eine Sanktionierung der Unternehmen vorsehen.

**ZGB Beweislastumkehr:** Die Beweislastumkehr ist ein äusserst wichtiges Betroffenenrecht, um Schadensersatz (materieller und immaterieller) aufgrund einer rechtswidrigen Personen-datenbearbeitung geltend zu machen. Dieses Betroffenenrecht fehlt bei den vorgesehenen Änderungen des ZGB. Ein Betroffener kann schwer beweisen, dass Profiling rechtswidrig durchgeführt wurde und insbesondere besonders schützenswerte Daten, beispielsweise über die Gesundheit, rechtswidrig verarbeitet wurden. Wir schlagen vor, dass die Beweislastumkehr in das ZGB aufgenommen wird, denn bekanntermassen ist heute das Prozessrisiko so gross, dass die Betroffenen sich scheuen, dieses einzugehen. Zudem sind die Betroffenenrechte in der EU-DSGVO damit immer noch wesentlich stärker ausgebaut als in der Schweiz.

## **2. Fazit**

Es ist unbestritten, dass das Bundesgesetz über den Datenschutz eine Totalrevision benötigt. Die Bevölkerung soll darauf vertrauen dürfen, dass sie im zunehmend global ausgerichteten digitalen Markt nicht komplett von Unternehmen erfasst wird und ihre persönlichen Daten von diesen nicht zweckentfremdet werden.

Der Vorentwurf vom 21. Dezember 2016 zum DSG und die Änderung weiterer Erlasse bieten nach unserer Auffassung *keine Lösungen an für die Herausforderungen, die sich durch den technischen Fortschritt, die dadurch gestiegene Komplexität und den globalisierten Informationsaustausch ergeben*. Die technischen Innovationen des letzten Jahrzehnts wie Internet der Dinge, Suchtechnologien und Analyseauswertungen wie Big Data sind bei einer zeitgemässen und zukunftsorientierten Gesetzgebung zu berücksichtigen. Für die mit Personendaten handelnden globalen Unternehmen braucht es auch in der Schweiz durchsetzbare Datenschutz- und Datensicherheitsregeln. Der Staat hat griffigere Normen zu entwickeln, damit die Betroffenen ihre Rechte effektiv wahrnehmen können; und er hat den Unternehmen gleichzeitig Rechtsicherheit zu bieten ohne ausufernde Bürokratie. Die Europäische Union hat dagegen mit ihrer Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) zumindest teilweise Regelungen für den digitalen Markt gefunden.

Der Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte erhält durch den Vorentwurf mehr Kompetenzen und vor allem einen stark erweiterten Aufgabenkatalog. Wir befürchten, dass ihm damit keine Zeit mehr verbleibt, seine Kerntätigkeiten wahrzunehmen.

Freundliche Grüsse

Ursula Uttinger, Präsidentin