

Amédéo Wermelinger

Vernehmlassungsvorlage Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz

Kritische Beurteilung mit Schwerpunkt auf die privatrechtlichen Bestimmungen

Nach dem Erlass der Europäischen Datenschutz-Grundverordnung am 27. April 2016 ist in der Schweiz das Schengen-Datenschutzgesetz am 1. März 2019 in Kraft getreten und das neue Datenschutzgesetz wurde am 25. September 2020 erlassen. Folgerichtig hat der Bundesrat am 23. Juni 2021 die Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz bis am 14. Oktober 2021 in die Vernehmlassung gegeben. Handelt es sich dabei um eine reine technisch-bürokratische Formsache? Das ist überhaupt nicht der Fall!

Beitragsart: Beiträge

Rechtsgebiete: Datenschutz

Zitiervorschlag: Amédéo Wermelinger, Vernehmlassungsvorlage Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz, in: Jusletter 22. November 2021

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
 - 1.1. Entstehung der neuen Datenschutzgesetzgebung
 - 1.2. Ziele der neuen Datenschutzgesetzgebung
2. Vernehmlassungsvorlage
 - 2.1. Vernehmlassung
 - 2.2. Vernehmlassungsunterlagen
 - 2.3. Gegenstand der Verordnung
3. Einzelne Bestimmungen
 - 3.1. Vorbemerkung
 - 3.2. Art. 1 E-VDSG
 - 3.3. Art. 2 E-VDSG
 - 3.4. Art. 3 E-VDSG
 - 3.5. Art. 4 E-VDSG
 - 3.6. Art. 6 E-VDSG
 - 3.7. Art. 8 E-VDSG
 - 3.8. Art. 9 E-VDSG
 - 3.9. Art. 10 E-VDSG
 - 3.10. Art. 13 E-VDSG
 - 3.11. Art. 15 und 16 E-VDSG
 - 3.12. Art. 18 E-VDSG
 - 3.13. Art. 19 E-VDSG
 - 3.14. Art. 20 E-VDSG
 - 3.15. Art. 22 E-VDSG
 - 3.16. Art. 24 E-VDSG
 - 3.17. Art. 45 E-VDSG
4. Allgemeine Bewertung
5. Schlussbemerkung

1. Einleitung

[1] Bevor die Vernehmlassungsvorlage des Bundesrates näher analysiert werden kann, sind noch wenige Vorbemerkungen erforderlich.

1.1. Entstehung der neuen Datenschutzgesetzgebung

[2] Das aktuell anwendbare Datenschutzgesetz stammt aus dem Jahr 1992 und wurde seither mehrmals revidiert.¹ Die Europäische Union hat am 27. April 2016 ihre Datenschutzgesetzgebung revidiert. Diese umfasst zwei neue Rechtsakte, zum einen die Verordnung (EU) 2016/679² zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (Datenschutz-Grundverordnung; nachfolgend: DSGVO), zum anderen die Richtlinie (EU) 2016/680³ zum

¹ Vorliegend wird darauf verzichtet, die ganze Entwicklung des Datenschutzrechts seit dem Erlass der ersten Fassung vorzustellen. Die verschiedenen Revisionen haben namentlich mit dem Übereinkommen Schengen-Dublin und der Übernahme des europäischen Rechts zu tun (siehe dazu statt vieler: SCHWEIZER J. RAINER, §1 Geschichte und Zukunft des Datenschutzrechts, in: Datenschutzrecht, Nicolas Passadelis/David Rosenthal/Hanspeter Thür (Hrsg.), Basel 2015, S. 1 ff., insbesondere N 1.8 ff.; HUSI-STÄMPFLI SANDRA, Entstehungsgeschichte, in: Datenschutzgesetz, Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli (Hrsg.), Bern 2015, N 10 ff.).

² Amtsblatt der Europäischen Union L 119/1 vom 4. Mai 2016.

³ Amtsblatt der Europäischen Union L 119/89 vom 4. Mai 2016.

Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich des Strafrechts. Diese Gesetzgebung wurde am 25. Mai 2018 in Kraft gesetzt. Ursprünglich wollte der Bundesrat die Datenschutzgesetzgebung in «*einem Aufwisch*» bzw. in einer Gesetzesvorlage revidieren. Die Botschaft dazu hat er am 17. September 2017 dem Parlament überwiesen.⁴ Die Vorlage enthielt 67 Artikel und sah die Anpassung einer grossen Zahl anderer Gesetze vor.⁵ Da bis zum Inkrafttreten der Pflichten aus dem DSGVO am 25. Mai 2018 das Schweizerische Recht bereits hätte angepasst werden müssen und verschiedene Lösungen des neuen Datenschutzrechts umstritten waren, entschied der Bundesrat, die weniger umstrittenen Massnahmen im Bereich der Strafsachen (insbesondere im Zusammenhang mit dem Zugriff auf das Schengener Informationssystem) in einer separaten Gesetzgebung vorzuziehen. So wurde mit einer nur geringen Verzögerung gegenüber dem europäischen Fahrplan am 28. September 2018 das Bundesgesetz über den Datenschutz im Rahmen der Anwendung des Schengen-Besitzstands in Strafsachen (nachfolgend: SDSG) erlassen. Dieses Gesetz ist mit 27 Bestimmungen am 1. März 2019 in Kraft getreten. Man spricht auch von der 1. Etappe der Datenschutzrevision. Die 2. Etappe wurde mit dem Erlass des Bundesgesetzes über den Datenschutz am 25. September 2020 abgeschlossen. Dieses Gesetz enthält 74 Bestimmungen und tritt wohl per 1. Januar 2023 in Kraft.⁶ Wenn man berücksichtigt, welche Anpassungsleistungen namentlich von den verantwortlichen Datenbearbeitern vorausgesetzt werden, handelt es sich um einen sehr sportlichen Zeitplan.

1.2. Ziele der neuen Datenschutzgesetzgebung

[3] Die Datenschutzrevision in der Schweiz verfolgt hauptsächlich zwei Ziele: «*Einerseits sollen die Schwächen des Datenschutzgesetzes behoben werden, die aufgrund der rasanten technologischen Entwicklung entstanden sind. Andererseits soll die Revision den Entwicklungen auf der Ebene des Europarats und der Europäischen Union Rechnung tragen.*»⁷ Das erste Ziel entstammt ursprünglich aus dem Bericht des Bundesrates über die Evaluation des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 9. Dezember 2011.⁸ Die Schlussfolgerung des Berichtes lautet namentlich wie folgt: «*Die Evaluation zeigt auf, dass sich das Datenschutzgesetz grundsätzlich bewährt. . . . Aufgrund dieser Entwicklungen ist der Bundesrat der Auffassung, dass vertieft zu prüfen ist, inwieweit Handlungsbedarf besteht und welcher Art dieser ist. Nach seiner Auffassung sollte der Datenschutz gestärkt werden, ohne dadurch die Teilhabe von Bevölkerung, Wirtschaft und Gesellschaft an den neuen Kommunikationstechnologien und die weitere technologische Entwicklung zu gefährden...*». Das zweite Ziel wurde zum Selbstläufer, als der Bundesrat feststellte, dass sich die Europäische Union auf Revisionskurs befand und deren Mühlen viel rascher als die Mühlen des Bundes mahlen. Es macht aus Sicht der Schweiz wohl tatsächlich wenig Sinn, eine Datenschutzrevision voranzutreiben, mit dem Risi-

⁴ BBl 2017, S. 6941 ff.

⁵ BBl 2017, S. 7193 ff.

⁶ Obwohl die Bundesverwaltung seit fast über einem halben Jahr mit einem Inkrafttreten in der zweiten Jahreshälfte 2022 kokettiert (siehe namentlich: <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-84103.html>, letztes Mal besucht am 9. Oktober 2021), wird hinter vorgehaltener Hand schon lange damit spekuliert, dass das Datum des Inkrafttretens auf den 1. Januar 2023 fällt; siehe dazu GLATTHAAR MATTHIAS, Täglich grüsst das Murmeltier: Gedanken zum Vorentwurf der Datenschutzverordnung, in: daten:recht, <https://datenrecht.ch/dsg-revision/> (zuletzt besucht am 9. Oktober 2021).

⁷ BBl 2017, S. 6943.

⁸ BBl 2012, S. 335 ff.

ko, sich wenig später erneut mit der Materie auseinandersetzen zu müssen, weil man das neue europäische Recht nicht vorwegnehmen konnte.

2. Vernehmlassungsvorlage

2.1. Vernehmlassung

[4] Am 23. Juni 2021 hat der Bundesrat das Vernehmlassungsverfahren zur Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (nachfolgend: E-VDSG) eröffnet. Dieses Vernehmlassungsverfahren dauerte bis zum 14. Oktober 2021. Ohne zum Zeitpunkt der Verfassung des vorliegenden Beitrags irgendetwas definitiv vorwegnehmen zu können, scheinen sich verschiedene Private und Behörden zur Vernehmlassung geäußert zu haben.⁹

2.2. Vernehmlassungsunterlagen

[5] Zunächst wurde vom Bundesrat der E-VDSG übermittelt, welcher 48 Bestimmungen sowie zwei Anhänge enthält. Im 2. Anhang werden sämtliche 132 weiteren Verordnungen erwähnt, die mit dem E-VDSG auch abgeändert werden sollen. Es sei dem Verfasser verziehen, wenn er auf diesen Teil des E-VDSG nicht näher eingeht. Es ist jedoch zu befürchten, dass auch diese Bestimmungen explosive Änderungen enthalten, welche möglicherweise deshalb unter dem Radar akzeptiert werden könnten, weil alle Stellungnahmen sich ausschliesslich auf den Verordnungstext konzentrieren könnten. Der Unterzeichnete vertritt die Auffassung, dass ein Nichtintervenieren gegen die entsprechend anzupassenden weiteren Verordnungen nicht als Zustimmung zu deren Inhalt gewertet werden darf.

[6] Nebst der Verordnungsvorlage hat der Bundesrat einen erläuternden Bericht zur Vorlage veröffentlicht, welcher auf 87 Seiten einige Ausführungen zu den vorgeschlagenen Änderungen enthält.

⁹ Exemplarisch dazu: MATTHIAS GLATTHAAR, Täglich grüsst das Murmeltier: Gedanken zum Vorentwurf der Datenschutzverordnung, in: daten:recht, <https://datenrecht.ch/dsg-revision/> (zuletzt besucht am 9. Oktober 2021); DAVID VASELLA, Zum Entwurf der revidierten VDSG: eine verpasste Chance, in: daten:recht, <https://datenrecht.ch/dsg-revision/> (zuletzt besucht am 9. Oktober 2021); Stellungnahme des Kantons Uri vom 1. Oktober 2021 (https://www.ur.ch/_docn/269593/VernehmlassungsantwortJD.pdf; zuletzt besucht am 9. Oktober 2021); Stellungnahme des Kantons Schwyz vom 28. September 2021 (https://www.sz.ch/public/upload/assets/56804/Vernehmlassung_Datenschutz.pdf; zuletzt besucht am 9. Oktober 2021); Stellungnahme des Kantons Luzern vom 28. September 2021 (https://www.lu.ch/-/media/Kanton/Dokumente/JSD/Stellungnahmen_2021/2021_09_28_VDSG.pdf?la=de-CH; zuletzt besucht am 9. Oktober 2021); Stellungnahme des Kantons Aargau vom 22. September 2021 (https://www.ag.ch/media/kanton_aargau/alle_medien/aktuell_3/anhörungen/bund_1/2021-001146.pdf; zuletzt besucht am 9. Oktober 2021); Stellungnahme des Kantons Zürich vom 22. September 2021 (<https://www.zh.ch/bin/zhweb/publish/regierungsratsbeschluss-unterlagen./2021/1044/RRB-2021-1044.pdf>; zuletzt besucht am 9. Oktober 2021). Siehe auch die Stellungnahme von curafutura, Krankenversicherer, vom 14. September 2021 (https://curafutura.ch/uploads/tx_pmxitelist/210914_VNL_VDSG_Stellungnahme_DE.pdf; zuletzt besucht am 9. Oktober 2021) usw.

2.3. Gegenstand der Verordnung

[7] Die Verordnung hat das Gesetz über den Datenschutz in seiner neuen Fassung (nachfolgend: DSG) zu konkretisieren.¹⁰ Dabei sind vor allem jene Bereiche näher zu regeln, in welchen der Gesetzgeber dem Bundesrat mittels Delegationsnorm eine entsprechende Regelungskompetenz einräumt. Gemäss dem neuen DSG betrifft dies die Datensicherheit (Art. 8 Abs. 3 DSG), die Ernennung der Datenschutzberaterinnen und Datenschutzberater (Art. 10 Abs. 4 DSG), die Ausnahmen für die Führung eines Verzeichnisses der Bearbeitungstätigkeiten (Art. 12 Abs. 4 DSG), die Zertifizierung (Art. 13 Abs. 2 DSG), die Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland (Art. 16 Abs. 3 DSG), Ausnahmen zum Auskunftsrecht (Art. 25 Abs. 6 DSG), Ausnahmen zum Recht der Datenherausgabe oder -übertragung (Art. 28 Abs. 3 DSG), das Kontrollverfahren und die Verantwortung für den Datenschutz, wenn ein Bundesorgan Personendaten zusammen mit anderen Bundesorganen, mit kantonalen Organen oder mit privaten Personen bearbeitet (Art. 33 DSG) und die Festlegung von höheren Gebühren (Art. 59 Abs. 2 DSG).¹¹

[8] Bei einer so umfangreichen Liste von Delegationsnormen ist es aus staatsrechtlicher Sicht von grosser Bedeutung, dass der Bundesrat bei der Ausübung seiner gesetzgeberischen Zuständigkeiten strikte die Vorgaben des DSG und den Willen des Gesetzgebers respektiert.¹² Letztlich geht es vor allem darum, dass der Bundesrat in einer eigenen Gewichtung der vorliegenden Interessen nicht zu umgekehrten Lösungen als vor ihm das Bundesparlament gelangt. Dies wäre eine klare Verletzung der Gewaltenteilung.¹³

[9] Aufgrund des Umfangs der Liste von Delegationsnormen ist zudem davon auszugehen, dass der Gesetzgeber an sämtliche notwendigen Delegationen gedacht hat und der Bundesrat mittels Verordnung nicht beliebig das DSG konkretisieren, präzisieren und ergänzen kann. Zusätzliche Regelungen, die vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich gefordert wurden, sind in der Regel als unzulässig zu betrachten.¹⁴

3. Einzelne Bestimmungen

3.1. Vorbemerkung

[10] Nachfolgend werden einzelne Bestimmungen der Vorlage einer kritischen Beurteilung unterbreitet, wobei der Schwerpunkt klar auf die privatrechtlichen Bestimmungen gelegt wird. Es handelt sich also nicht um eine vollumfängliche Auseinandersetzung mit allen Bestimmungen des

¹⁰ Gemäss DAVID VASELLA, Zum Entwurf der revidierten VDSD: eine verpasste Chance, in: daten:recht, <https://datenrecht.ch/dsg-revision/> (zuletzt besucht am 9. Oktober 2021), bildet das VDSD eine unselbständige Verordnung, bei welchem der Bundesrat nicht über einen beliebigen Regelungsspielraum verfügt.

¹¹ Siehe auch Ziff. 2 der Erläuterungen des Bundesrates zum E-VDSD.

¹² Verfügt der Bundesrat gemäss Delegationsnorm über einen grossen Ausgestaltungsspielraum für die Umsetzung, überprüft das Bundesgericht, ob sich der Bundesrat an die Delegationsnorm hält oder ob die umstrittenen Vorschriften offensichtlich aus dem Rahmen der im Gesetz delegierten Kompetenzen herausfallen oder aus anderen Gründen verfassungs- oder gesetzeswidrig sind (siehe BGE 2C_718/2018, Erw. 3.3; BGE 143 II 87, Erw. 4.4; BGE 6B_722/2013, Erw. 3.2).

¹³ Dabei kommt bei der Auslegung neuerer Texte den Materialien (also namentlich den Protokollen der parlamentarischen Beratungen) eine besondere Bedeutung zu (BGE 2C_38/2021, Erw. 3.2.1), namentlich um zu überprüfen, ob sich der Bundesrat an die parlamentarische Delegation gehalten hat.

¹⁴ Siehe dazu BGE 2C_8/2021, Erw. 3.1.1: «Gewaltenteilung bedeutet namentlich, dass Bestimmungen, die in einem Gesetz stehen müssen, nicht durch andere Organe erlassen werden dürfen, es sei denn aufgrund gültiger Gesetzesdelegation».

Entwurfs. Dies ist bei der Anzahl Artikel des Verordnungstextes auch nicht überraschend. Ebenso wird sich der Unterzeichnete nicht mit den Bestimmungen der anderen Verordnungen auseinandersetzen. Keine Bemerkung heisst jedoch nachfolgend ganz klar nicht, dass die gesetzgeberische Lösung des Bundesrates ohne Weiteres gutgeheissen wird. In den nachfolgenden Überlegungen wird schliesslich die Optik des privaten Verantwortlichen von Datenbearbeitungen mitberücksichtigt, welcher die jeweiligen gesetzlichen Bedingungen und Massnahmen konkret umzusetzen hat.

3.2. Art. 1 E-VDSG

[11] In Art. 1 E-VDSG werden die Grundsätze zur Beurteilung der Angemessenheit von technischen und organisatorischen Massnahmen erwähnt. Die Kriterien in Bst. a bis c sind üblich und wenig überraschend. In Art. 1 Bst. d E-VDSG werden die «*Implementierungskosten*» genannt.¹⁵ Grundsätzlich ist zu begrüessen, dass auch der finanzielle Aufwand für die Beurteilung der Angemessenheit der betroffenen Massnahmen in Betracht gezogen wird. Unverständlich ist jedoch die Beschränkung dieser Betrachtung auf die Implementierungskosten, also auf die Kosten der Einführung von Datensicherheitsmassnahmen.¹⁶ Der Bundesrat ist dabei in den Erläuterungen¹⁷ ziemlich inkohärent, indem er selbst den Begriff ausweitet: «*Bei Legacy Applikationen muss vielmehr die geplante Zeit bis hin zur Ablösung einbezogen werden (Lifecycle).*» Dieser Ansatz ist viel korrekter und die Verordnung ist im Wortlaut entsprechend anzupassen.¹⁸ Immerhin fährt der Bundesrat mit einer korrekten Ausführung weiter: «*Das Kriterium der Kosten kann jedoch bedeuten, dass bei mehreren zur Verfügung stehenden Massnahmen zur Gewährleistung eines stets angemessenen Datenschutzniveaus die kostengünstigere Variante bevorzugt werden darf.*» Zwar handelt es sich bei dieser Aussage um eine Binsenwahrheit, aber es ist bemerkenswert, dass sie in den Erläuterungen erwähnt worden ist.

[12] Art. 1 Abs. 2 E-VDSG verlangt die Überprüfung der technischen und organisatorischen Massnahmen in angemessenen Abständen.¹⁹ Aufgrund des risikobasierten Ansatzes der gesamten Thematik der Datensicherheit erscheint diese Regelung falsch. Zudem führt die Herleitung der Formulierung vom Art. 1 Abs. 1 E-VDSG zur sprachlich merkwürdigen Aussage, dass die dem Risiko angemessenen Massnahmen in angemessenen Abständen zu überprüfen sind. Der Begriff der Angemessenheit riskiert zum Gummibegriff zu verkommen, der jedes Mal verwendet wird, wenn man nichts Präzises auszusagen weiss. Zudem ist fraglich, ob mit der vom Bundesrat aufgestellten Forderung der Überprüfung in angemessenen Abständen die Delegationsnorm von Art. 8 Abs. 3 *DSG* eingehalten wird. Der Bundesrat hat gemäss der Delegationsnorm ganz klar nur «*Mindestanforderungen*» an die Datensicherheit zu erlassen. Damit wird der Regelungsspielraum des Bundesrates klar eingeschränkt, denn er kann nicht beliebig zusätzliche Kriterien

¹⁵ Dieser Begriff ist wohl ohne grössere kritische Auseinandersetzung von Art. 32 Abs. 1 DSGVO übernommen worden.

¹⁶ Kritisch auch DAVID VASELLA, Zum Entwurf der revidierten VDSG: eine verpasste Chance, in: daten:recht, <https://datenrecht.ch/dsg-revision/> (zuletzt besucht am 9. Oktober 2021).

¹⁷ Siehe S. 16.

¹⁸ Statt den Begriff «*Implementierungskosten*» sollte ein allgemeinerer Begriff verwendet werden wie: «*Aufwand für den Verantwortlichen*».

¹⁹ Selbstverständlich sind hier die zeitlichen Abstände gemeint... Eine solche Pflicht ist dem Art. 32 DSGVO nicht zu entnehmen.

einführen, welche im Gesetz in keiner Weise verankert sind (siehe vorstehend Ziff. 2.3).²⁰ Es ist – wenn überhaupt – in materieller Hinsicht zu fordern, dass ein Zusammenhang zwischen der Überprüfung der Datensicherheit und der Entwicklung des Risikos hergestellt wird.²¹

3.3. Art. 2 E-VDSG

[13] Der Einleitungssatz lautet wie folgt: «Soweit angemessen, müssen die Massnahmen zur Gewährleistung der Datensicherheit folgende Schutzziele erreichen». Der Bundesrat tut so, als hätte er die Aktualität und die technische Entwicklung nicht verfolgt und sei sich nicht bewusst, was es bedeutet, die Datensicherheit zu gewährleisten und Schutzziele zu erreichen. Die jeweiligen Pannen der Swisscom und des Bundes²² zeigen mit aller Deutlichkeit das auf, was man in der Informatikbranche seit jeher weiss: Die absolute Datensicherheit gibt es nicht. Von den Verantwortlichen zu verlangen, dass die entsprechenden Schutzziele erreicht und die Datensicherheit gewährleistet werden, ist weder korrekt noch realistisch. Die Datensicherheit ist ein typischer Bereich, bei welchem keine Ergebnisverantwortung, sondern nur eine Sorgfaltspflicht auferlegt werden darf.²³ Dies muss bei der Formulierung dieses Einleitungssatzes zwingend Beachtung finden.²⁴

[14] Art. 2 dürfte zudem nur Schutzziele nennen, welche vom Verantwortlichen angestrebt werden können. Gerade die Transportkontrolle kann beispielsweise durch viele externe Faktoren gefährdet werden, für welche der Verantwortliche nicht einstehen kann. Die Aufzählung von Art. 2 Bst. a bis k E-VDSG zeigt in aller Deutlichkeit, was in der Lehre verschiedentlich moniert worden ist: Mangels Effizienz der staatlichen Interventionen wird die Last der «Privacy by design» vollumfänglich auf den Verantwortlichen abgewälzt, statt dass sie zu datenschutzfreundlichen Technologien durch die Hersteller von Hard- und Software führen würde.²⁵ Diese Entwicklung zulasten der Nutzer von Informationstechnologien ist im höchsten Masse problematisch, da damit auch der Aufwand für die Datensicherheit dem Betreiber und nicht dem Entwickler von Informationstechnologien auferlegt wird, wo doch der Grundsatz der «Privacy by design» genau vom gegenteiligen Ansatz ausgeht. Die Aufzählung in Art. 2 Bst. a bis k E-VDSG ist in Beachtung

²⁰ MATTHIAS GLATTHAAR, Täglich grüsst das Murmeltier: Gedanken zum Vorentwurf der Datenschutzverordnung, in: daten:recht, <https://datenrecht.ch/dsg-revision/> (zuletzt besucht am 9. Oktober 2021).

²¹ Beispiel: «Die Massnahmen sind bei einer relevanten Veränderung des Risikos zu überprüfen.» Ähnlich kritisch: Stellungnahme des Kantons Aargau vom 22. September 2021 (https://www.ag.ch/media/kanton_aargau/alle_medien/aktuell_3/anhoerungen/bund_1/2021-001146.pdf; zuletzt besucht am 9. Oktober 2021); DAVID VASELLA, Zum Entwurf der revidierten VDSG: eine verpasste Chance, in: daten:recht, <https://datenrecht.ch/dsg-revision/> (zuletzt besucht am 9. Oktober 2021); kritisch siehe auch Stellungnahme des Kantons Schwyz vom 28. September 2021 (https://www.sz.ch/public/upload/assets/56804/Vernehmlassung_Datenschutz.pdf; zuletzt besucht am 9. Oktober 2021).

²² Siehe dazu namentlich den Hacking-Vorfall beim Easygov vom 21. Oktober 2021 (<https://www.nzz.ch/technologie/cyberangriff-hacker-stehlen-daten-von-plattform-easygov-ld.1651439?reduced=true>; zuletzt besucht am 22. Oktober 2021).

²³ Ähnlich: DAVID VASELLA, Zum Entwurf der revidierten VDSG: eine verpasste Chance, in: daten:recht, <https://datenrecht.ch/dsg-revision/> (zuletzt besucht am 9. Oktober 2021).

²⁴ Sinngemäss: «Soweit angemessen, müssen die Massnahmen zur Gewährleistung der Datensicherheit folgende Schutzziele anstreben.» Nur so dürfen in der nachfolgenden Aufzählung Begriffe wie «verwehrt», «verunmöglicht», «verhindert», «gewährleistet», usw. in dieser Absolutheit überhaupt verwendet werden. Ansonsten müssen in der Aufzählung die Schutzziele jeweils vernünftig relativiert werden, was sicher nicht zur Klarheit der Formulierung beiträgt.

²⁵ Vertieft zur Thematik der Privacy by design im europäischen Recht siehe EVA GARDYAN-EISENLOHR/CAY LENNART CORNELIUS, Kap. 12, N 11 ff. in Praxishandbuch DSGVO, Flemming Moos/Jens Schefzig /Marian Arning (Hrsg.), 2. Auflage, Frankfurt am Main 2021.

dieser Problematik zu überarbeiten und dem Verantwortlichen dürfen nur Schutzziele auferlegt werden, die auch tatsächlich in dessen Verantwortung liegen.

3.4. Art. 3 E-VDSG

[15] In Art. 3 E-VDSG wird eine umfassende Protokollierungspflicht eingeführt. Dabei wird der Begriff der Protokollierung im neuen DSG erfolglos gesucht.²⁶ Es stellt sich auch die Frage, ob die Protokollierung *per se* in einem umfassenden und unmittelbaren Zusammenhang mit der Datensicherheit steht. Zumindest verfolgt die Protokollierungspflicht sicher auch ein datenschutzrechtliches Ziel im engeren Sinne, nämlich zu überprüfen, ob nur Berechtigte einen Zugriff zu den Daten hatten. Die nun in der Verordnung vorgesehenen Anforderungen an die Protokollierung übersteigen die «*Mindestanforderungen*» an die Datensicherheit, indem sie ganz neue Pflichten einführen, für welche es keine formell-rechtliche Grundlage gibt (siehe vorstehend Ziff. 2.3).²⁷ Insbesondere die Aufbewahrungsdauer der Protokolle von 2 Jahren (Art. 3 Abs. 4 E-VDSG) scheint das Mass der «*Mindestanforderung*» bei Weitem zu übersteigen...²⁸

[16] Es gilt noch Folgendes zu bedenken: Die Protokollierung ist eine qualifizierte Dokumentation der Datenbearbeitung von Personendaten, sagt sie doch ganz klar etwas darüber aus, wer, wann, wie und in welchem Masse Daten der betroffenen Person bearbeitet hat (Art. 3 Abs. 3 E-VDSG). Eine Protokollierung schafft somit zwangsweise ein Spannungsfeld zwischen dem Schutz der betroffenen Person und dem Schutz der bearbeitenden Person. Die systematische Protokollierung führt zu einem Profiling und somit regelmässig zu einer qualifizierten und automatisierten Bearbeitung der Personendaten der datenbearbeitenden Person. Sie bedarf demnach auch einer Rechtsgrundlage im formellen Gesetz, insbesondere dann, wenn die Bearbeitung dieser Personendaten im beruflichen Umfeld zu einem eigentlichen Profiling (Art. 5 Bst. f DSG) und zu einer verpönten Verhaltenskontrolle des Arbeitnehmenden verkommen sollte (siehe dazu Art. 26 Verordnung 3 zum *Arbeitsgesetz* vom 18. August 1993).

[17] Somit besteht zumindest der Verdacht, dass die Einführung einer so umfassenden Protokollpflicht eine bundesrätliche Nachbesserung des neuen DSG darstellt und somit den Grundsatz der Gewaltenteilung verletzt (siehe vorstehend Ziff. 2.3).

3.5. Art. 4 E-VDSG

[18] Aufgrund der Positionierung von Art. 4 E-VDSG zählt für den Bundesrat die Führung eines Bearbeitungsreglements durch Verantwortliche und dessen Auftragsbearbeiter zur Daten-

²⁶ Dies im Gegenteil beispielsweise zur Neuformulierung von Art. 78 Abs. 5 Nachrichtendienstgesetz vom 25. September 2015 bzw. zur Neuformulierung von Art. 10 Abs. 3 Finanzkontrollgesetz vom 28. Juni 1967, welche diesen Begriff ausdrücklich verwenden. Den Begriff der Protokollierung findet man übrigens auch nicht in der DSGVO.

²⁷ Siehe auch: Stellungnahme des Kantons Schwyz vom 28. September 2021 (https://www.sz.ch/public/upload/assets/56804/Vernehmlassung_Datenschutz.pdf; zuletzt besucht am 9. Oktober 2021).

²⁸ So auch Stellungnahme des Kantons Zürich vom 22. September 2021 (<https://www.zh.ch/bin/zhweb/publish/regierungsratsbeschluss-unterlagen./2021/1044/RRB-2021-1044.pdf>; zuletzt besucht am 9. Oktober 2021); DAVID VASELLA, Zum Entwurf der revidierten VDSG: eine verpasste Chance, in: daten:recht, <https://datenrecht.ch/dsg-revision/> (zuletzt besucht am 9. Oktober 2021).

sicherheit,²⁹ wenn diese umfangreich besonders schützenswerte Personendaten bearbeiten oder ein Profiling mit hohem Risiko durchführen. Es kann darüber gestritten werden, ob diese Zuordnung wirklich zutreffend ist. Was jedoch sehr rasch auffällt, sind die sehr hohen Anforderungen von Art. 4 E-VDSG. In Absatz 2 werden nicht weniger als zehn Reglements-inhalte vom Bundesrat erwähnt. Zudem ist zu bedenken: Selbst mit der Einschränkung von Art. 4 Abs. 1 E-VDSG wäre beispielsweise nicht zu verhindern, dass viele Einpersonenunternehmen (Rechtsanwälte, Treuhänder usw.) ein solches Bearbeitungsreglement verfassen müssten. Falls der Bundesrat also wirklich an diesem Reglement festhalten will und darf (siehe vorstehend Ziff. 2.3), ist der Anwendungsbereich und der Inhalt nochmals sorgfältig zu überprüfen und einzugrenzen. Schon fast grotesk mutet bei Einpersonenunternehmen nämlich beispielsweise auch Art. 4 Abs. 3 E-VDSG an, wonach die private Person das Reglement regelmässig aktualisieren und der Datenschutzberaterin oder dem Datenschutzberater in einer für diese oder diesen verständlichen Form zur Verfügung stellen muss.

[19] Sollte wider Erwarten am Bearbeitungsreglement festgehalten werden,³⁰ dann führt die Pflicht, das Bearbeitungsreglement «regelmässig» zu aktualisieren (Art. 4 Abs. 3 E-VDSG) nur dazu, dass eine grosse Mehrheit der Datenbearbeiter mit bürokratischen Mitteln in die Illegalität gedrängt werden; es wird kaum je eine Person oder eine Unternehmung eine solche regelmässige Aktualisierung vornehmen, da es überhaupt keinen nachvollziehbaren Grund zur «regelmässigen» Überarbeitung des Bearbeitungsreglements gibt. Dieses muss nämlich aus rechtlicher Sicht wohl erst dann überarbeitet werden, wenn es einen Anlass zur Aktualisierung gibt, beispielsweise anlässlich der Veränderung der Bearbeitungsmittel oder -formen.

3.6. Art. 6 E-VDSG

[20] Art. 6 E-VDSG setzt sich mit der Verantwortung für den Datenschutz auseinander, wenn ein Auftragsbearbeiter eingesetzt wird. Vorab ist daran zu erinnern, dass ein Auftragsbearbeiter gemäss Art. 5 Bst. k DSG eine private Person oder ein Bundesorgan ist, die oder das im Auftrag des Verantwortlichen Personendaten bearbeitet. Dieser Begriff entspricht jenem im E-SEV 108 (Art. 2 Bst. f), in der Richtlinie (EU) 2016/680 (Art. 3 Ziff. 9) und in der Verordnung (EU) 2016/679 (Art. 4 Ziff. 8)³¹, wobei im europäischen Recht vom Auftragsverarbeiter gesprochen wird.³²

[21] Die Pflicht für den Verantwortlichen, die vertrags- und gesetzesmässige Bearbeitung durch den Auftragsbearbeiter «sicherzustellen», ist konzeptionell schlicht falsch.³³ Richtig ist, dass der

²⁹ Kritisch dazu: Stellungnahme des Kantons Luzern vom 28. September 2021 (https://www.lu.ch/-/media/Kanton/Dokumente/JSD/Stellungnahmen_2021/2021_09_28_VDSG.pdf?1a=de-CH; zuletzt besucht am 9. Oktober 2021); DAVID VASELLA, Zum Entwurf der revidierten VDSG: eine verpasste Chance, in: daten:recht, <https://datenrecht.ch/dsg-revision/> (zuletzt besucht am 9. Oktober 2021).

³⁰ Verschiedentlich wird gefordert, auf das Bearbeitungsreglement ganz zu verzichten. Siehe namentlich MATTHIAS GLATTHAAR, Täglich grüsst das Murmeltier: Gedanken zum Vorentwurf der Datenschutzverordnung, in: daten:recht, <https://datenrecht.ch/dsg-revision/> (zuletzt besucht am 9. Oktober 2021).

³¹ Der Vertrag zwischen dem Verantwortlichen und dem Auftragsbearbeiter kann unterschiedlicher Art sein. Je nach den Verpflichtungen des Auftragsbearbeiters kann es sich um einen Auftrag (Art. 394 ff. OR), um einen Werkvertrag (Art. 363 ff. OR) oder um einen gemischten Vertrag handeln (siehe BBl 2017, S. 7023).

³² Zur Fragestellung im europäischen Recht siehe statt vieler: FLEMMING MOOS/CAY LENNART CORNELIUS, Kap. 7, N 1 ff. in Praxishandbuch DSGVO, Flemming Moos/Jens Schefzig/Marian Arning (Hrsg.), 2. Auflage, Frankfurt am Main 2021.

³³ So auch: DAVID VASELLA, Zum Entwurf der revidierten VDSG: eine verpasste Chance, in: daten:recht, <https://datenrecht.ch/dsg-revision/> (zuletzt besucht am 9. Oktober 2021).

Verantwortliche sich gemäss Art. 9 Abs. 2 DSG vergewissern muss, dass die Datenbearbeitung korrekt erfolgt.³⁴ Die unverhältnismässige, nicht einzuhaltende und nicht vom Gesetzgeber vorgesehene Verschärfung der Pflicht des Verantwortlichen ist im Rahmen der Delegation an den Bundesrat als eine Verletzung der Gewaltenteilung zu bezeichnen (siehe vorstehend Ziff. 2.3). Die Vergewisserung ist ein Streben nach Rechtmässigkeit und eine Kontrollpflicht im Rahmen des Auftrages.³⁵

[22] In Art. 6 Abs. 3 E-VDSG wird eine «*schriftliche Genehmigung*» verlangt. Diese Schriftform wird auch anderenorts im Verordnungstext verlangt.³⁶ Gerade bei einer Verordnung, welche zukunftsgerichtet sein will, wäre es wohl an der Zeit, dass sich der Gesetzgeber ein für allemal dieser Thematik annimmt und entscheidet, ob die «*Schriftform*» im Zusammenhang mit der elektronischen Personendatenbearbeitung noch zeitgemäss ist, oder ob nicht systematisch die modernere Fassung «*in einer Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht*» die alte Formulierung ersetzen sollte.³⁷ Es schadet sicher nichts, wenn eine solche Verordnung zukunftscompatibel formuliert wird.

3.7. Art. 8 E-VDSG

[23] Mit Art. 8 E-VDSG beginnen die Bestimmungen zur Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland. Die Einleitung von Art. 8 Abs. 1 E-VDSG, lautet wie folgt: «*Werden Personendaten ins Ausland bekanntgegeben, so müssen bei der Beurteilung, ob ein Staat, ein Gebiet, einer oder mehrere spezifische Sektoren in einem Staat oder ein internationales Organ einen angemessenen Datenschutz gewährleistet, namentlich die folgenden Kriterien berücksichtigt werden: ...*». Eine solche indirekte Form der Auflegung einer Pflicht ist aus gesetzestechnischer Sicht problematisch. Lediglich im erläuternden Bericht wird klargestellt, an wen sich diese Bestimmung richtet und wen eine Handlungspflicht trifft. Da diese selbstverständlich nicht den privaten Datenbearbeiter betreffen kann, sollte im Verordnungstext unmissverständlich festgehalten werden, dass der Bundesrat selbst Adressat von Art. 8 Abs. 1 E-VDSG ist.

3.8. Art. 9 E-VDSG

[24] Bei Art. 9 E-VDSG geht es um Datenschutzklauseln und spezifische Garantien bei der Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland. Unklar ist, nach welcher Gesetzgebung die Einhaltung der Voraussetzungen gemäss der Aufzählung von Art. 9 Abs. 1 Bst. a–k E-VDSG zu erfüllen sind. Die Kriterien dürfen nicht kumulativ allen möglichen Rechtssystemen unterstellt werden, sonst ist es für den Verantwortlichen unmöglich, sich gesetzeskonform zu verhalten.

³⁴ Dies wird lediglich in Art. 6 Abs. 2, 1. Satz E-VDSG korrekt wiedergegeben.

³⁵ In Art. 6 Abs. 1, 2. Satz bzw. Art. 6 Abs. 2, 2. Satz E-VDSG muss sich also der Verantwortliche lediglich, aber immerhin vergewissern, dass die Daten vertrags- und gesetzesgemäss bearbeitet werden. Dies gilt *mutatis mudandis* auch für den Fall, dass der Auftragsbearbeiter dem DSG nicht untersteht.

³⁶ Siehe namentlich Art. 18 E-VDSG, Art. 20 Abs. 1 und 2 E-VDSG.

³⁷ Siehe dazu: Stellungnahme des Kantons Luzern vom 28. September 2021 (https://www.lu.ch/-/media/Kanton/Dokumente/JSD/Stellungnahmen_2021/2021_09_28_VDSG.pdf?la=de-CH; zuletzt besucht am 9. Oktober 2021); für ein Formulierungsbeispiel siehe namentlich Art. 2a des Entwurfs zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag.

[25] In Art. 9 Abs. 2 E-VDSG wird vom Verantwortlichen wieder gefordert, dass er die Einhaltung der Datenschutzklauseln «sicherstellt». Wiederum handelt es sich um eine überrissene Erwartung an den Verantwortlichen, der sich höchstens «vergewissern» müssen soll, dass dem so ist.

3.9. Art. 10 E-VDSG

[26] In Art. 10 E-VDSG geht es um Standarddatenschutzklauseln. Und auch hier wird wiederum vom Verantwortlichen gefordert, dass er die Beachtung solcher Klauseln «sicherstellt». Auch hier geht die Verordnung zu weit, da man höchstens vom Verantwortlichen verlangen sollte, dass er sich dessen «vergewissern» muss.

3.10. Art. 13 E-VDSG

[27] Art. 13 E-VDSG handelt von den Modalitäten der Informationspflichten des Verantwortlichen und des Auftragsbearbeiters. Die Bestimmung lautet wie folgt: «Der Verantwortliche und der Auftragsbearbeiter teilen die Information über die Beschaffung von Personendaten in präziser, verständlicher und leicht zugänglicher Form mit.» Zunächst gilt es festzuhalten, dass das DSG dem Bundesrat in dieser Fragestellung keine Regelungskompetenz eingeräumt hat, womit die Zulässigkeit der Bestimmung überhaupt fraglich ist (siehe vorstehend Ziff. 2.3).³⁸ Dann irritiert die gewählte Formulierung, denn es stellt sich die Frage, ob damit beide gleichzeitig von der betroffenen Person verpflichtet werden können, Auskunft zu geben.³⁹ Klar ist, dass beide grundsätzlich dieser Auskunftspflicht unterliegen können (Art. 25 Abs. 4 DSG), aber es stellt sich dann auch im Hinblick auf die Verhältnismässigkeit des Aufwandes die Frage, ob die betroffene Person einen Anspruch auf eine doppelte Information hat: Sie darf zwar sowohl den Auftragsbearbeiter als auch den Verantwortlichen in die Pflicht nehmen, aber müsste sich dann wohl schon an den einen oder an den anderen halten. Dies ist wohl dann auch aus der ziemlich ungeschickten Formulierung beim Einstieg von Art. 13 Abs. 2 E-VDSG zu entnehmen: Wenn wirklich ein kumulierendes «und» im ersten Absatz gemeint wäre, dann würde man wohl kaum im Absatz zwei von einem Singular ausgehen (Teilt «er» die Informationen ...).

3.11. Art. 15 und 16 E-VDSG

[28] In Art. 15 und 16 E-VDSG werden dem Verantwortlichen noch zusätzliche Informationspflichten auferlegt.⁴⁰ Hier gilt auch, dass der Bundesrat dafür überhaupt keine Delegation vom

³⁸ So auch Stellungnahme des Kantons Zürich vom 22. September 2021 (<https://www.zh.ch/bin/zhweb/publish/regierungsratsbeschluss-unterlagen./2021/1044/RRB-2021-1044.pdf>; zuletzt besucht am 9. Oktober 2021); MATTHIAS GLATTHAAR, Täglich grüsst das Murmeltier: Gedanken zum Vorentwurf der Datenschutzverordnung, in <https://datenrecht.ch/dsg-revision/> (zuletzt besucht am 9. Oktober 2021). Siehe auch Art. 28 Abs. 3 DSG, welcher gerade nicht diese Thematik betrifft.

³⁹ Kritisch auch: Stellungnahme des Kantons Schwyz vom 28. September 2021 (https://www.sz.ch/public/upload/assets/56804/Vernehmlassung_Datenschutz.pdf; zuletzt besucht am 9. Oktober 2021).

⁴⁰ Dies wird verschiedentlich auch als «Swiss finish» qualifiziert, siehe namentlich: DAVID VASELLA, Zum Entwurf der revidierten VDSG: eine verpasste Chance, in: daten:recht, <https://datenrecht.ch/dsg-revision/> (zuletzt besucht am 9. Oktober 2021).

Gesetzgeber erhalten hat,⁴¹ womit die entsprechenden Bestimmungen den Grundsatz der Gewaltenteilung verletzen und unzulässig sind (vorstehend Ziff. 2.3). Die Berichtigung, Löschung, Vernichtung oder Einschränkung der Bearbeitung von Personendaten (Art. 16 E-VDSG)⁴² erfolgen zudem im Interesse der betroffenen Person. Diese müssen ja so oder so den Anforderungen des Gesetzes entsprechen. Wieso ausgerechnet in solchen Situationen eine neue Informationspflicht im Interesse der betroffenen Person liegen soll, ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil: Mit einer solchen Information, sei sie auch so klar, wird die betroffene Person oft verunsichert oder zumindest auf einen Umstand aufmerksam gemacht, der dazu führt, dass Fragen aufgeworfen werden und Aufwand generiert wird, die letztlich unzulässigerweise beim Verantwortlichen hängen bleiben. Dass ein solches Vorgehen von Seiten der Wirtschaft als unnötige und bürokratische Schikane empfunden werden kann, ist nachvollziehbar. Mit einer solchen neuen Pflicht fördert der Bundesrat nicht den Datenschutz, sondern den Datenschmutz. Unnötige und parasitäre Informationen sind in den Beziehungen zwischen dem Datenbearbeiter und der betroffenen Person zu vermeiden.

3.12. Art. 18 E-VDSG

[29] Art. 18 E-VDSG regelt die Form und Aufbewahrung der Datenschutz-Folgenabschätzung. Dabei wird hinsichtlich der geforderten Schriftlichkeit auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen (siehe Ziff. 3.6). Die geforderte Aufbewahrungsdauer von zwei Jahren nach Beendigung der Datenbearbeitung entbehrt einer gesetzlichen Grundlage im DSG und ist überzogen.⁴³ Die Aufbewahrung hat höchstens bis zur Beendigung der entsprechenden Datenbearbeitung zu dauern, da danach keine Verletzung der Rechte der betroffenen Person mehr mit dem entsprechenden Verarbeitungssystem erfolgen kann. Für die Frage, ob jemand durch die Datenbearbeitung ein Schutzrecht der betroffenen Person verletzt hat, ist nicht die Datenschutz-Folgenabschätzung relevant, sondern die konkrete Datenbearbeitung und die entsprechenden Verzeichnisse und Register des Verantwortlichen.

3.13. Art. 19 E-VDSG

[30] Die Meldung von Verletzungen der Datensicherheit wird in Art. 19 E-VDSG abgehandelt. Dabei fällt zunächst auf, dass die bundesrätlichen Erläuterungen ein merkwürdiges Verständnis der deutschen Sprache an den Tag legen, wenn es um die Auslegung von Art. 24 Abs. 1 DSG geht. Man findet nämlich dort folgende Ausführungen: *«Dabei ist zu beachten, dass die Meldung an den EDÖB gemäss Artikel 24 Absatz 1 nDSG auf Verletzungen der Datensicherheit beschränkt ist, die voraussichtlich zu einem hohen Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person führen. Die Formulierung «voraussichtlich» macht dabei deutlich, dass auch in Zweifelsfällen, in*

⁴¹ So auch DAVID VASELLA, Zum Entwurf der revidierten VDSG: eine verpasste Chance, in: daten:recht, <https://daten-recht.ch/dsg-revision/> (zuletzt besucht am 9. Oktober 2021).

⁴² Diese Bestimmung entspricht Art. 19 DSGVO, welcher übrigens auch nicht überzeugt.

⁴³ So auch DAVID VASELLA, Zum Entwurf der revidierten VDSG: eine verpasste Chance, in: daten:recht, <https://daten-recht.ch/dsg-revision/> (zuletzt besucht am 9. Oktober 2021); ähnlich: Stellungnahme des Kantons Zürich vom 22. September 2021 (<https://www.zh.ch/bin/zhweb/publish/regierungsratsbeschluss-unterlagen./2021/1044/RRB-2021-1044.pdf>; zuletzt besucht am 9. Oktober 2021). Eine solche Aufbewahrungspflicht ist übrigens auch nicht dem Art. 35 DSGVO zu entnehmen.

welchen das Vorliegen eines hohen Risikos nicht ausgeschlossen werden kann, eine Meldung zu erfolgen hat.»⁴⁴ «Voraussichtlich» bedeutet überhaupt nicht, dass die Meldung in jedem «Zweifelsfall», in welchem ein «hohes Risiko nicht ausgeschlossen werden kann» zu erfolgen hat. Hat die Meldung der Verletzung der Datensicherheit, «die voraussichtlich zu einem hohen Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person führt», zu erfolgen, dann ist diese nur vorzunehmen, wenn die Gefahr, dass eine Verletzung der Rechte der Betroffenen Person erfolgt ist, als klar höher einzustufen ist, als die Chance, dass keine Verletzung zu beklagen ist. Die in den Erläuterungen vorgenommene Auslegung von Art. 24 Abs. 1 DSG ist somit schlicht falsch und unerheblich.

[31] In Art. 19 Abs. 1 Bst. b–d E-VDSG werden zudem Kriterien aufgeführt, die keine Verankerung im DSG finden. Diese verletzen somit den Grundsatz der Gewaltenteilung (siehe vorstehend Ziff. 2.3). Dies gilt auch für Art. 19 Abs. 3 E-VDSG, soweit der Bundesrat über die Gesetzesdelegation hinwegreglementiert hat.

[32] In Art. 19 Abs. 1 Bst. e E-VDSG wird die Meldung der Folgen, einschliesslich der allfälligen Risiken, für die betroffenen Personen vom Verantwortlichen verlangt. Das steht jedoch im Spannungsfeld zu der umgehenden Meldepflicht vom Einleitungssatz. Muss die Meldung so rasch als möglich gemacht werden, dann darf man nicht verlangen, dass sämtliche Risiken auch bereits gemeldet werden. Deshalb ist diese Bestimmung zu relativieren.

[33] Art. 19 Abs. 5 E-VDSG führt eine Dokumentationspflicht für eine Zeitdauer von drei Jahren (sic!) ein. Auch hier hat der Bundesrat weder eine Delegation noch eine Ermächtigung erhalten, das DSG zu ergänzen. Deshalb verletzt dieser Absatz die Gewaltenteilung (siehe vorstehend Ziff. 2.3), da er weit über Art. 24 DSG hinausgeht, der keine Dokumentationspflicht enthält. Sollte man wider Erwarten an einer Dokumentationspflicht festhalten wollen, schiessen die drei Jahre selbstverständlich weit über das Ziel hinaus.⁴⁵ Eine Aufbewahrungsdauer kann nach der vorliegend vertretenen Auffassung höchstens ein Jahr betragen.⁴⁶

3.14. Art. 20 E-VDSG

[34] Diese Bestimmung legt die Modalitäten des Auskunftsrechts fest. Dabei verlangt der Bundesrat wiederum in Art. 20 Abs. 5 E-VDSG eine Dokumentation während einer Zeitspanne von drei Jahren. Diese Dokumentationspflicht entbehrt jeglicher Grundlage im DSG⁴⁷ und der Bundesrat überschreitet erneut seine Kompetenz (siehe vorstehend Ziff. 2.3). Selbst wenn man das Gegenteil annehmen wollte, fragt man sich, woher dem Bundesrat die Eingebung gekommen ist, die Aufbewahrung der Dokumentation einer eingeschränkten Auskunft während drei Jahren zu verlangen.⁴⁸

⁴⁴ Erläuterungen, S. 32.

⁴⁵ So auch DAVID VASELLA, Zum Entwurf der revidierten VDSG: eine verpasste Chance, in: daten:recht, <https://datenrecht.ch/dsg-revision/> (zuletzt besucht am 9. Oktober 2021).

⁴⁶ Weiter geht noch der Kanton Zürich, der die Abschaffung einer Aufbewahrungspflicht fordert: siehe Stellungnahme des Kantons Zürich vom 22. September 2021 (<https://www.zh.ch/bin/zhweb/publish/regierungsratsbeschluss-unterlagen./2021/1044/RRB-2021-1044.pdf>; zuletzt besucht am 9. Oktober 2021). Art. 33 f. DSGVO enthalten keine Aufbewahrungspflicht für die Dokumentierung von Datensicherheitsverletzungen.

⁴⁷ Siehe namentlich Art. 25 Abs. 6 sowie Art. 29 DSG.

⁴⁸ Auch kritisch: Stellungnahme des Kantons Zürich vom 22. September 2021 (<https://www.zh.ch/bin/zhweb/publish/regierungsratsbeschluss-unterlagen./2021/1044/RRB-2021-1044.pdf>; zuletzt besucht am 9. Oktober 2021); Stellungnahme des Kantons Aargau vom 22. September 2021 (https://www.ag.ch/media/kanton_aargau/alle_medien/aktuell_3/anhoerungen/bund_1/2021-001146.pdf; zuletzt besucht am 9. Oktober 2021); Stellung-

3.15. Art. 22 E-VDSG

[35] Diese Bestimmung legt eine 30-tägige Frist für die Auskunftserteilung fest. Der Fristenlauf kann selbstverständlich nur dann beginnen, wenn das Auskunftsgesuch formell korrekt eingereicht und inhaltlich klar ist. Solange das Gesuch entweder formell oder inhaltlich unklar ist, kann die Frist nicht laufen. Dies sollte korrekterweise im Art. 22 E-VDSG auch zum Ausdruck kommen.

3.16. Art. 24 E-VDSG

[36] Der Anspruch auf Datenportabilität bei der Datenherausgabe oder -übertragung darf nicht ein absoluter sein.⁴⁹ Dieser Anspruch darf nur bestehen, soweit die Bearbeitung von Personendaten in gängigen Formaten erfolgen kann bzw. erfolgt.⁵⁰

3.17. Art. 45 E-VDSG

[37] Zu guter Letzt wird noch die Gebührenbestimmung der Verordnung kurz beurteilt: Wenn die Kostenbeteiligung der betroffenen Person an besonders hohen Aufwendungen des Verantwortlichen nach Art. 23 E-VDSG mit den Gebührengrundsätzen des EDÖB verglichen wird, dann muss von einer krassen Diskrepanz gesprochen werden. Der EDÖB erledigt eine Tätigkeit im Interesse der Gesellschaft und es gibt keinen nachvollziehbaren Grund, weshalb die Person, welche Dienstleistungen von ihm braucht, um sich datenschutzkonform zu verhalten, derart an die Kasse gebeten wird. Weder kann es sein, dass die Gebühren nach Zeitaufwand berechnet werden,⁵¹ noch sind die Stundensätze von CHF 150 bis CHF 350 in irgendeiner Weise angemessen. Diese Gebührenbestimmung stiftet die hilfeschende Privatperson geradezu an, das Datenschutzrecht zu verletzen, da sie sich die Unterstützung durch den EDÖB nicht leisten kann.⁵² Deshalb sollte der Bundesrat die Gebührenordnung vollständig überdenken und in einem vernünftigen Mass anpassen. Es kann allenfalls ein abgestuftes Gebührensystem angedacht werden, welches die Leistungsfähigkeit des Verantwortlichen mitberücksichtigt. Zudem scheint es erforderlich, Maximalgebühren für Tätigkeiten festzulegen, welche der Einhaltung des Datenschutzrechts dienen (z.B. Art. 59 Abs. 1 Bst. c DSG, Konsultation aufgrund einer Datenschutz-Folgenabschätzung).

nahme des Kantons Schwyz vom 28. September 2021 (https://www.sz.ch/public/upload/assets/56804/Vernehmlassung_Datenschutz.pdf; zuletzt besucht am 9. Oktober 2021); DAVID VASELLA, Zum Entwurf der revidierten VDSG: eine verpasste Chance, in: daten:recht, <https://datenrecht.ch/dsg-revision/> (zuletzt besucht am 9. Oktober 2021).

⁴⁹ Siehe auch: Stellungnahme des Kantons Zürich vom 22. September 2021 (<https://www.zh.ch/bin/zhweb/publish/regierungsratsbeschluss-unterlagen./2021/1044/RRB-2021-1044.pdf>; zuletzt besucht am 9. Oktober 2021); Stellungnahme des Kantons Aargau vom 22. September 2021 (https://www.ag.ch/media/kanton_aargau/alle_medien/aktuell_3/anhoerungen/bund_1/2021-001146.pdf; zuletzt besucht am 9. Oktober 2021).

⁵⁰ Siehe dazu auch Art. 20 DSGVO, die entsprechende Relativierungen enthält.

⁵¹ Die Privatperson hat keinen Einfluss auf die Effizienz der Leistungserbringung durch den EDÖB.

⁵² Dass solche Gebühren allenfalls von Grossfirmen (GAFA) verlangt werden können, ist allenfalls möglich. Das neue Datenschutzrecht ist jedoch flächendeckend in der Schweiz vor allem durch KMU's umzusetzen, für welche solche Beträge oftmals untragbar sind.

4. Allgemeine Bewertung

[38] Der Bundesrat hat sich sehr eingehend mit der Materie auseinandergesetzt. Dabei hat er jedoch verschiedentlich Regelungsvorschläge entworfen, welche insbesondere dem privaten Verantwortlichen sehr grosse Pflichten auferlegen, die teilweise keine Stütze im formellen Gesetz finden.⁵³ Dies gilt es in einer zweiten Runde nachzubessern, wenn die Verordnung keine Verletzungen der Gewaltenteilung enthalten soll. Ziel und Zweck der Verordnung muss es sein, das Gesetz angemessen zu konkretisieren und dazu beizutragen, dass der Datenschutz in Zukunft bestmöglich Beachtung findet. Das erreicht man nicht durch eine übermässige Bürokratie und durch einen unvernünftigen Formalismus. Dazu muss der Gesetzgeber Lösungen finden, die Sinn machen und deshalb auch umgesetzt werden. Davon ist man in verschiedenen Bereichen des E-VDSG noch weit entfernt.

5. Schlussbemerkung

[39] Das helvetische System der Vernehmlassungen ist ein wichtiges und interessantes Instrument der Qualitätskontrolle von Gesetzesentwürfen. Will man jedoch vermeiden, dass aus der ganzen Übung nur ein Papiertiger entsteht, muss der Bundesrat offen auf kritische Bemerkungen eingehen und auch bereit sein, sich und seine Entwürfe zu hinterfragen. Diese Weisheit sei ihm auch bei der vorliegenden Gesetzesvorlage gewünscht!

Prof. Dr. AMÉDÉO WERMELINGER doziert an verschiedenen Universitäten der Schweiz, vom Jahr 2005 bis zum Jahr 2019 auch zum Datenschutzrecht an der Universität Luzern. Vom Jahr 2002 bis zum Jahr 2011 war er Datenschutzbeauftragter des Kantons Luzern. Er ist zudem Vizepräsident des Vorstandes von Creditreform, einer Genossenschaft, welche Gläubigerinteressen vertritt.

⁵³ Für eine kritische Beurteilung siehe auch: DAVID VASELLA, Zum Entwurf der revidierten VDSG: eine verpasste Chance, in: daten:recht, <https://datenrecht.ch/dsg-revision/> (zuletzt besucht am 9. Oktober 2021).