

## Stellungnahme zur Revision DSG

des Schweizerischen Verbandes Creditreform

Können sich KMU Bearbeitung ihrer Kundendaten überhaupt noch leisten? Diese Frage wurde schon im Zusammenhang mit der Ueberarbeitung des europäischen Datenschutzrechts aufgeworfen. Sie stellt sich erst recht aufgrund der Revision des schweizerischen DSG. Sie wurde bis jetzt noch nie befriedigend beantwortet. Klar ist einstweilen nur so viel: Für die ganz Grossen, die man eigentlich in die Pflicht nehmen wollte, werden die Folgen dieser Neuerungen weit weniger drastisch sein als für die unzähligen kleinen und mittleren Unternehmen, die in der Schweiz Daten bearbeiten. Die Regelungsdichte der Revisionsvorlage wird den Aufbau eines umfassenden Datenschutzmanagementsystems erfordern, mit entsprechenden Kostenfolgen.

Das heutige Datenschutzgesetz hat seinen Zweck viele Jahre erfüllt und wäre dazu auch weiterhin in der Lage. Namhafte Stimmen - so etwa David Rosenthal - vertraten die Auffassung, das alte DSG hätte den Anforderungen der EU an einen angemessenen Schutz durchaus Genüge getan. In jedem Fall sind Unternehmen und Verbände gefordert, unnötigen Verschärfungen Einhalt zu gebieten.

Im Einzelnen:

### Begriffe (Art. 4)

- **Abgrenzung natürliche vs. Juristischer Person** (Art. 4 lit. b): Die Unterscheidung "natürliche Person" vs. "juristische Person" ist im vorliegenden Zusammenhang unbefriedigend. Für wirtschaftsaktive, natürliche Personen müssen Sonderregelungen geschaffen werden, die eine Gleichbehandlung oder mindestens Annäherung an die juristischen Personen vorsehen. Als "wirtschaftsaktiv" in diesem Sinne betrachten wir zunächst im Handelsregister eingetragene Personen, sei es als Organ einer juristischen Person, Teilhaber einer Personengesellschaft oder Inhaber einer Einzelfirma; dazu gehören aber auch selbständig Erwerbende und Inhaber von Einzelfirmen ohne Handelsregistereintrag. Das legitime Informationsbedürfnis der Wirtschaft ist bei all diesen Personen offensichtlich ebenso wichtig wie bei den juristischen Personen. Anders gesagt, muss sich das Schutzniveau nach der Funktion richten, in der eine natürliche Person auftritt. Ist sie wirtschaftsaktiv im beschriebenen Sinn, muss der Schutz entfallen oder reduziert werden.

Dies sei nur als Hinweis erwähnt; die Stossrichtung muss ja in erster Linie dahin gehen, dass der Schutz der natürlichen Personen **insgesamt** nicht so weitgehend verabsolutiert werden darf, wie das neue DSG dies tut. Es scheint aber immerhin ausgesprochen stossend, dass als Einzelunternehmen oder Personengesellschaft (zum Beispiel Kollektivgesellschaft) organisierte Gewerbetreibende für ihre Betriebe den extensiven Schutz in Anspruch nehmen können, den das DSG für natürliche Personen vorsieht (ein Schutz, der den juristischen Personen verwehrt ist, über die zahlreiche de facto-Selbständigerwerbende ihre Erwerbstätigkeit ausüben).

- **Profiling** (Art. 4 lit. f): Der Begriff des "Profiling", der an die Stelle des bisherigen "Persönlichkeitsprofils" tritt, muss auf die ursprüngliche Bedeutung zurückgeführt werden. Bisher erforderte das Persönlichkeitsprofil eine Beurteilung "wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit". Neu soll es genügen, dass "**bestimmte** Merkmale einer Person bewertet werden sollen (Hervorh. v.d. Verf.), sofern diese Bewertung auf einer automatisierten Datenbearbeitung basiert und zum Ziel hat, die Arbeitsleistung, die wirtschaftlichen Verhältnisse, die Gesundheit das Verhalten, die Vorlieben, den Auf-

enthaltort oder die Mobilität zu analysieren oder vorherzusagen. Hier werden besonders schützenswerte Personendaten (Gesundheit, allenfalls auch Verhalten und Vorlieben) munter mit solchen Daten gleichgesetzt, für deren besondere Schutzbedürftigkeit nichts spricht und die die Persönlichkeit eher am Rand betreffen (explizit genannt werden u.a. wirtschaftliche Verhältnisse, Aufenthaltsort oder Mobilität; alle diese Daten dürften nicht mehr "analysiert" werden. Wie wenn es Absicht gewesen wäre, werden hier genau jene Schuldner begünstigt, die regelmässig den Wohnsitz wechseln, sobald der Betreibungsregisterauszug an ihrem alten Wohnort sich zu füllen beginnt).

Gedanklich scheint hinter dem Konzept des Profiling allerdings immer noch der Schutz der besonders schützenswerten Personendaten bzw. des Persönlichkeitsprofils zu stehen. Dementsprechend will das revidierte DSG Profiling nur unter sehr restriktiven Bedingungen zulassen und knüpft etwelche Handlungspflichten und Strafdrohungen mit einer solchen Bearbeitung. Der Begriff widerspiegelt eine übermässige Angst vor computergestützter Datenverarbeitung, die aus der heutigen Realität aber bekanntlich kaum mehr wegzudenken ist und keineswegs per se zu einer Persönlichkeitsverletzung führen muss. Offenbar wurde übersehen, dass eine computergestützte Datenverarbeitung unter dem Gesichtspunkt des Persönlichkeitsschutzes auch Vorteile hat. U.a. findet sie regelmässig in strukturierter Form statt; es ist daher z.B. wesentlich einfacher, Korrekturen an ganzen Datenbeständen vorzunehmen, wenn die Bearbeitung bestimmter Daten sich z.B. fallweise als unverhältnismässig erweisen sollte. Der CH-Vorschlag geht im übrigen auch hier unnötigerweise weiter als die DSGVO.

Gemäss Art. 5 Abs. 3 des geltenden DSG ist ggf. eine "ausdrückliche" statt einer "eindeutigen" Einwilligung des Betroffenen erforderlich, die Informationspflichten gehen bei automatisierten Verfahren weiter als bei einer "einfachen" Datenbearbeitung (vgl. etwa Art. 19), das "Profiling" gilt ohne weiteres als Hochrisiko-Bearbeitung, die zur Erstellung einer Datenschutz-Folgeabschätzung und zur Konsultation des Beauftragten verpflichtet (Art. 20 und 21), die Vermutung eines überwiegenden Interesses bei einer Bonitätsabklärung soll nicht gelten, wenn die entsprechende Auskunft auch Profiling erfasst (Rechtfertigungsgründe, Art. 27), etc.. Da die Konturen des Begriffs des Profiling sehr unscharf sind und weit ausgelegt werden könnten, droht eine übermässige Erschwerung des Zugangs zu Informationen, die die Wirtschaft für die Einschätzung ihrer Debitorenrisiken braucht. Es sei erneut daran erinnert, dass gemäss dem vorliegenden Entwurf auch wirtschaftsaktive, natürliche Personen den vollen Schutz des DSG geniessen sollen. Gravierende Erschwernisse bei der Solvenzprüfung sind jedenfalls vorprogrammiert.

Nach dem Gesetzestext führt jede "Analyse" bzw. "Voraussage", die auf einer automatisierten Datenbearbeitung beruht, zur Anwendbarkeit verschärfter Vorschriften. Unter anderem scheint auch die früher kaum bestrittene Auffassung, wonach Daten über die wirtschaftlichen Verhältnisse die Persönlichkeit nicht speziell tangieren (vergleiche z.B. die Botschaft des Bundesrates vom 23. März 1988, S. 446), zu Unrecht keine Rolle mehr zu spielen.

Problematisch ist vor allem der Anknüpfungspunkt der "Analyse", in zweiter Linie aber auch der „Voraussage“ der wirtschaftlichen Verhältnisse. Für Unternehmen ist es lebenswichtig, die Zahlungsfähigkeit und das Zahlungsverhalten Ihrer Kunden schnell und kostengünstig beurteilen zu können. Es könnte argumentiert werden, dass dies bereits eine „Analyse“ sei oder dass darin implizite eine Voraussage enthalten sei (ob die Bonität als Teilbereich der "wirtschaftlichen Verhältnisse" zu qualifizieren wäre, ist immerhin offen, weil es doch um einen sehr eng begrenzten Bereich geht; auszuschliessen ist es aber nicht vollständig).

In Kombination sind die beiden genannten Änderungen am Begriff des Profiling jedenfalls abzulehnen, weil sie zu einer völlig unverhältnismässigen Erschwerung - wenn nicht Verunmöglichung - von Bonitätsprüfungen zu führen drohen; nur nebenbei bemerkt, liegt darin ein Widerspruch zu Art. 27 Abs. 2 lit. c des Revisionsentwurfs, welcher Bonitätsprüfungen - wenn auch innerhalb allzu enger Grenzen - nach wie vor ermöglichen will. Das entsprechende, volkswirtschaftliche Schadenspotential ist offenbar noch nicht ganz bei der Politik angekommen. Laut Statistik des BFS beliefen ergab sich bei den durchgeführten Konkursen im Jahr 2016 ein Schaden von rund CHF 2.5 Mia.; finanzielle Ausfälle aus Pfändungsverlustscheinen oder mangels Aktiven eingestellten Konkursen - also dem grössten Teil der Konkursverfahren - werden vom BFS noch nicht einmal erfasst. Der Unsinn dieser übermässigen Einschränkung der Bearbeitung von Personendaten ist indirekt auch durch den Umstand belegt, dass aufgrund der Revisionsvorlage 68 Bundesgesetze abgeändert werden sollen, wobei den Behörden in rund 45 Erlassen explizit das Recht zum "Profiling" und/oder zur Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten zuerkannt werden muss. Staatliche Stellen dürfen m.a.W. in sehr extensivem Umfang Daten bearbeiten, deren Bearbeitung nichtstaatlichen Organisationen oder Personen versagt sein soll.

#### **Grundsätze** (Art. 5, bisher Art. 4)

- Dieser Artikel soll laut der Botschaft keine materiellen Änderungen gegenüber der jetzigen Rechtslage bringen. Bei Persönlichkeitsprofilen oder besonders schützenswerte Personendaten galten schon bisher erhöhte Anforderungen an die Einwilligung (Art. 4 Abs. 5 des geltenden DSG) ; da der Begriff des Persönlichkeitsprofils aber, wie erwähnt, sehr viel enger gefasst bzw. auf die Bearbeitung „wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit“ beschränkt war, bringt der letzte Absatz von Art. 5 trotzdem gravierende, weitere Erschwernisse mit sich.

Aus dem Wortlaut geht nicht klar hervor, ob beim "Profiling" in jedem Fall eine Einwilligung eingeholt werden muss, oder nur dann, wenn sich diese Pflicht aus anderen Gründen ergibt. Falls eine vorbehaltlose Pflicht zur Einholung einer Einwilligung stipuliert werden sollte, wäre die vorgeschlagene Fassung von Art. 5 DSG in jedem Fall abzulehnen, da sonst jeder Datenbearbeiter, der sich im Wesentlichen auf maschinelle Auswertungen verlässt bzw. verlassen muss, zuerst jede Person in seiner Datenbank anfragen müsste, ob sie mit der Bearbeitung einverstanden ist. Das wäre offensichtlich völlig unpraktikabel.

Im Abs. 6 wird neu eine "eindeutige" Einwilligung verlangt, statt wie bisher eine "ausdrückliche". Hinter terminologischen Änderungen verbirgt sich meist die Absicht einer Verschärfung; diese ist unnötig und abzulehnen.

#### **Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten** (Art. 11, neu)

- Abs. 5 schafft ebenfalls vermeidbare Rechtsunsicherheiten. Der Bundesrat kann kleine Unternehmen (bis 50 Mitarbeiter) von der Pflicht zur Erstellung eines Verzeichnisses über die Bearbeitungstätigkeiten entbinden, wenn deren Datenbearbeitung „nur ein geringes Risiko von Verletzungen der Persönlichkeit“ mit sich bringt. Das „geringe Risiko“ ist im heutigen Umfeld als im Wesentlichen politischer Begriff zu betrachten, der mehr oder weniger von der subjektiven Empfindsamkeit des Betrachters abhängt. M.a.W. wird hier der Willkür Tür und Tor geöffnet. Es würde der Rechtsicherheit dienen, die Ausnahme ausschliesslich an die Anzahl Mitarbeiter zu binden.

## Informationspflicht bei der Beschaffung von Personendaten und Ausnahmen (neu Art. 17f., bisher Art. 14)

- Die Informationspflichten des Datenbearbeiters sind viel zu weit gefasst und dürften bei betroffenen Personen eine regelrechte Informationsflut auslösen. Die Fälle sind zahlreich, wo – etwa bei Geschäftsanbahnungen, Konkurrenzabklärung, vor dem Abschluss einer Versicherung, der Aufnahme eines Kredits, der Lieferung von Waren oder Dienstleistungen gegen Rechnung, etc. bei Dritten Informationen eingeholt werden müssen (dies ist typisch bei bonitätsrelevanten Informationen). Bis jetzt musste nur über die Beschaffung besonders schützenswerter Personendaten oder von Persönlichkeitsprofilen aktiv informiert werden. Neu wird diese Informationspflicht auf die Beschaffung **jeder** Art von Personendaten ausgedehnt. In all diesen Fällen muss der Verantwortliche prüfen, "wie die Information erfolgen muss, damit die betroffene Person tatsächlich von ihr Kenntnis nehmen kann". Zwar wird vage angedeutet, dies könne auch in einer „geeigneten allgemeinen Form“ erfolgen aber wann dies der Fall ist, und wie diese Information dann lauten müsste, wird dem geneigten Leser überlassen, der gegebenenfalls ruinöse Strafen riskiert, falls die von ihm getroffene Lösung beim Beauftragten keinen Gefallen findet (man beachte auch die in Art. 17 Abs. 5 gesetzten Fristen sowie die Strafdrohungen von Art. 54 Abs. 1 lit. b Ziff. 1 und 2 DSG von bis zu Fr. 250'000.00 im Falle einer Verletzung der Informationspflicht).

In Abs. 4 wird auf die Bekanntgabe von Daten ins Ausland eingegangen. Dies ist systematisch falsch, da das Thema in Art. 13 geregelt ist. Die Vermischung der Informationspflichten, die sich aus der Beschaffung von Personendaten ergeben, mit Informationspflichten im Zusammenhang mit der Weitergabe ins Ausland ist nicht sachgemäss. Art. 13 Abs. 2 lit. d) des Revisionsentwurfs regelt die Voraussetzungen der Weitergabe abschliessend. Art. 17 Abs. 4 ist ersatzlos zu streichen.

## Ausnahmen von der Informationspflicht und Einschränkungen (Art. 18)

- Diese Bestimmung sieht Ausnahmen und Einschränkungen der Informationspflicht vor. Typischerweise werden die hier stipulierten Entlastungen sehr vage formuliert (und sie sollen erst noch eng ausgelegt werden), so dass kaum je Gewissheit bestehen wird, ob sie in einem konkreten Fall im Anspruch genommen werden dürfen oder nicht.

Schon Abs. 1 lit. a (die betroffene Person verfügt bereits über die entsprechenden Informationen) ist nicht völlig klar. Vor allem bieten Abs. 2 lit. a und b (Information entweder nicht möglich oder – wohl vor allem ein Thema – mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden) breite Interpretationsspielräume, die auch von der Botschaft nicht wirklich ausgefüllt werden.

Die Botschaft bezeichnet als unverhältnismässigen Aufwand eine Situation, wo „der zu betreibende Aufwand im Verhältnis zum Informationszugewinn der betroffenen Person sachlich nicht gerechtfertigt erscheint. Zu berücksichtigen ist insbesondere, ob eine sehr grosse Anzahl von Personen betroffen sind“. Es versteht sich schon beinahe von selbst, dass ausdrücklich festgehalten wird, diese Ausnahme sei eng auszulegen. Als Beispiel wird genannt das zu öffentlichen Zwecken dienende Archiv; bemerkenswerterweise scheint niemandem eingefallen zu sein, dass auch ein gewinnstrebiges Unternehmen in die Lage versetzt werden sollte, ggf. von dieser Entlastung zu profitieren. Ebenso diffus ist Abs. 3 lit. a); die Botschaft sieht eine Ausnahme von der Informationspflicht für Konstellationen vor, „bei denen die betroffene Person durch die Information über die Datenbearbeitung auch Informationen über Drittpersonen erhält und dadurch die Interessen dieser Drittpersonen beeinträchtigt werden können“. Diese Klausel verspricht wohl mehr, als sie halten dürfte. Das Datenschutzgesetz soll ins-

künftig bekanntlich nicht mehr für juristische Personen gelten: es erscheint daher fraglich den Behörden, wie weit eine Beeinträchtigung von deren Interessen bzw. Persönlichkeit im konkreten Fall als relevant betrachtet würde. Auch die Berufung auf diesen Ausnahmetatbestand ist also mit erheblichen Unsicherheiten behaftet.

- Abs. 3 lit c: Bei der Formulierung ist offenbar übersehen worden, dass "Dritte" auch Anwälte, Konzerngesellschaften oder Behörden sein können. Die Bekanntgabe von Informationen an Dritte darf hier nicht als Ausschlussgrund für die Entlastung bei der Informationspflicht figurieren. Nach dem jetzigen Wortlaut müssten die Betroffenen auch bei Weitergabe an diesen Personenkreis informiert werden.

### **Informationspflicht bei einer automatisierten Einzelentscheidung** (Art. 19, neu)

- Das Datenschutzgesetz will Verantwortliche verpflichten, betroffene Personen über eine Entscheidung zu informieren die ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung oder auf Profiling beruht, und die für sie mit einer „Rechtsfolge“ verbunden ist oder sie erheblich beeinträchtigt. Abs. 3 macht eine vorsichtige Ausnahme, wenn die Entscheidung in „unmittelbarem Zusammenhang“ mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrages zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person steht und ihrem Begehren stattgegeben wird, oder wenn die betroffene Person ausdrücklich in eine automatisierte Entscheidung eingewilligt hat. Diese Ausnahmeregelung bringt erhebliche Schwierigkeiten mit sich. Sofern keine „ausdrückliche Einwilligung“ des Betroffenen vorliegt (AGB!), muss der Verantwortliche abwägen, ob die Entscheidung noch in „unmittelbarem“ Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss oder der Abwicklung steht. Das Wort unmittelbar müsste unbedingt entfernt werden, ebenso die Voraussetzung, dass dem Begehren des Betroffenen stattgegeben wird. Auch die Anhörungspflicht ist zu streichen. In der vorliegenden Fassung trägt Art. 19 der Realität und dem Tempo des Onlinehandels keinerlei Rechnung; jeder Onlinehändler wird daher routinemässig in seine Allgemeinen Vertragsbedingungen aufnehmen, dass ein Anfragender „ausdrücklich“ einer automatisierten Entscheidung zugestimmt hat. Ob sich die Lage Betroffener damit wirklich verbessert, ist sehr fraglich. Es handelt sich hier um eine jener formalistischen Hürden, die niemandem wirklich etwas bringen, aber erheblichen Aufwand verursachen.

### **Datenschutz-Folgeabschätzung** (Art. 20, neu) und **Pflicht zur Konsultation des Beauftragten** (Art. 21, neu)

- Die Verpflichtung, bei Vorliegen eines „hohen Risikos“ für die Persönlichkeit betroffener eine Datenschutz-Folgeabschätzung zu erstellen, ist schon angesichts des weitgehend politischen Charakters dieses Begriffs problematisch. Ausserdem wird bei Vorliegen von Profiling - wie bereits gesagt, ist dieser Begriff nachgerade ins Uferlose ausgedehnt worden - ohne weiteres ein "hohes Risiko für die Persönlichkeit" der Betroffenen angenommen. Neu soll jede automatisierte Analyse „bestimmter Merkmale“ einer Person als Profiling gelten, unabhängig von der Art der bearbeiteten Daten (vergleiche Art. 4, lit. f der Revisionsvorlage des DSG). Dies zieht nicht nur eine Verpflichtung zur Erstellung einer Datenschutz-Folgeabschätzung nach sich, sondern auch zur Konsultation des Beauftragten, der die Weiterführung der bisherigen Bearbeitung nach Gutdünken und Belieben stoppen kann (vgl. Art. 21 i.V. mit Art. 45 und 57 der Revisionsvorlage, welcher dem Beauftragten weitreichende - und mit hohen Strafdrohungen bewehrte - Kompetenzen zum Erlass von Verwaltungsmassnahmen verschafft). Es ist heute in keiner grösseren Datenbank mehr möglich, jede Bewertung manuell zu überprüfen, jedenfalls dann nicht, wenn diese Datenbank wirtschaftlich betrieben werden soll. Infolge des breit und unscharf gefassten Begriffs des „Profiling“ werden sehr viele kleine und mittlere Unternehmen gezwungen sein, den Zeitaufwand und die Kosten für die Erstellung einer Datenschutz-Folgeabschätzung und der Einho-

lung der Stellungnahme des Beauftragten auf sich zu nehmen, falls sie über irgend eine Form von automatisierter Bearbeitung von Personendaten verfügen. Unter anderem müsste auch mit einer massiven Verteuerung von Bonitätsprüfungen gerechnet werden. Weder zusätzlicher administrativer Aufwand noch erhebliche Mehrkosten für die Kreditprüfung liegen jedoch im Interesse der Wirtschaft. Man fragt sich, wo die vom Parlament stets gelobte Entlastung der KMU von administrativen Aufwendungen geblieben ist - bei der Abfassung des neuen DSG wurde diesem Thema offenbar einmal mehr kaum Aufmerksamkeit zuteil.

Abs. 5, Ausnahme im Fall einer Zertifizierung durch eine „anerkannte, unabhängige Zertifizierungsstelle“ (siehe Art. 12). Diese entbindet von der Erstellung einer Datenschutz-Folgeabschätzung. Branchenweite Verhaltenscodizes, die dem Beauftragten vorgelegt worden sind, hätten die gleiche Wirkung. Auch Zertifizierungen sind jedoch bekanntlich sehr teuer und erfordern einen hohen Zeitaufwand, auch der mit der Einführung von Verhaltenscodizes verbundene Aufwand darf nicht unterschätzt werden (umso weniger, als diese vom Beauftragten genehmigt werden müssen). Hinzu kommt, dass weite Bereiche der Wirtschaft nicht in Verbänden organisiert sind, so dass diese Möglichkeit auch im besten Fall kaum zu einer merklichen Entlastung führen dürfte.

#### **Pflicht zur Meldung von Verletzungen der Datensicherheit (Art. 22)**

- Die Bestimmung geht viel zu weit. Dies schon aufgrund des Umstandes, dass das DSG ein "hohes Risiko" sehr rasch als erstellt betrachtet. Sie ignoriert ausserdem die schlichte Tatsache, dass jeder Betreiber einer Datenbank ein wesentliches, eigenes Interesse hat, diese so gut wie immer möglich abzusichern; sie übersieht weiter, dass z.B. nicht einmal das Pentagon oder der NSA vor Hackerangriffen zu 100 % sicher sind. Vor allem fehlen hier einschränkende Elemente, auch solche quantitativer Natur. Es kann nicht sein, dass bereits die Gefährdung *einer* Person die Meldepflicht auslöst. Ebenso wenig sinnvoll wäre, die Meldung auch zu verlangen, nachdem eine allfällige Gefahr bereits behoben ist. Die Meldepflicht muss unbedingt entschärft werden, ansonsten werden laufend vorsorgliche Meldungen erstattet werden, einfach um sich abzusichern. Dies bringt niemandem etwas.

Abs. 6 vermag den Verstoss gegen das Gebot, sich nicht selber belasten zu müssen, im Übrigen nicht aufzuheben. Zwar darf die "Meldung" als solche nicht ohne Einverständnis des Meldenden in einem Strafverfahren verwendet werden. Ob dies aber auch für alle weiteren Informationen und Interna gilt, die der Meldende dabei offenlegt, erscheint zumindest unsicher. Es besteht m.a.W. eine reale Gefahr, dass der Beauftragte diese zur Eröffnung einer Untersuchung und einem nachfolgenden Strafverfahren nutzen kann, ohne dadurch gegen den Wortlaut von Art. 22 Abs. 6 zu verstossen.

#### **Auskunftsrecht (Art. 23, bisher Art. 8 DSG):**

- Die Regelung des Auskunftsrechts muss überarbeitet werden. Der Revisionsentwurf führt zu einer übermässigen, administrativen Belastung, vor allem, falls er dahingehend interpretiert werden sollte, dass das Auskunftsrecht nicht nur die Daten umfasst, sondern auch die Belege, die diesen zugrunde liegen. Dies muss auch insofern ausgeschlossen werden, weil andernfalls dem Rechtsmissbrauch Tür und Tor geöffnet würde (Beispiel: Beweismittelbeschaffung zwecks Prozessvorbereitung, Ausforschung von Interna des Verantwortlichen, etc.). In Abs. 2 ist ausdrücklich festzuhalten, dass der Auskunftsberechtigte ausschliesslich Anspruch auf die **Informationen** erhält, die er zur Wahrung seiner datenschutzrechtlichen Ansprüche benötigt (also keine weite-

ren Anforderungen; hinsichtlich der Belege wäre die Herausgabepflicht ausdrücklich auszuschliessen).

- lit. d) will Datenbearbeiter zur Offenlegung der Aufbewahrungsdauer verpflichten. Dies geht zu weit. Es muss genügen, die Kriterien für die Festlegung der Dauer bekannt zu geben. Die genaue Aufbewahrungsdauer für jede einzelne Information aufzuführen und zu erklären, wäre unverhältnismässig aufwändig und notwendigerweise mit einer unerwünschten Offenlegung von Geschäftsinterna verbunden
- lit. f) verpflichtet den Verantwortlichen, bei Vorliegen einer automatisierten Einzelentscheidung die Logik offenzulegen, auf der diese beruhte. Professionelle Datenbearbeiter riskieren damit, Geschäftsgeheimnisse offenlegen zu müssen, und damit ihre Erwerbsbasis zu gefährden. Dies hat etwa auch der deutsche Bundesgerichtshof mit Urteil vom 28. Januar 2014 für die Auskunftsei Schufa anerkannt; die Schufa wurde ausdrücklich davon entbunden, die Methoden ihrer Scoring-Berechnung offenzulegen.
- Schliesslich ist die Informationspflicht bei automatisierter Datenbearbeitung bereits in Art. 19 geregelt. Sie ist in Art. 23 ersatzlos zu streichen.

### **Einschränkung des Auskunftsrechtes (Art. 24)**

- Abs. 2 lit a. macht die Milderung davon abhängig, dass keine Informationen an "Dritte" weitergegeben würden. Auch hier ist darauf hinzuweisen, dass eine Weitergabe an Gruppengesellschaften, Rechtsanwälte oder Behörden ausgeschlossen wäre. Dies ist nicht sachgerecht.

### **Rechtfertigungsgründe (Art. 27 bisher Art. 13)**

- Theoretisch betrachten Art. 27 Abs. 2 lit a) und c) Konkurrenzüberprüfungen und Bonitätsauskünfte über natürliche Personen nach wie vor als gerechtfertigt. De facto sind die entsprechenden Möglichkeiten jedoch derart eingeschränkt worden, so dass der Wert solcher Auskünfte praktisch auf null gesetzt zu werden droht. Der erste Hebel ist der Ausschluss von „Profiling“ aus der Vermutung des überwiegenden Interesses desjenigen, der eine Kreditprüfung durchführen will. Wie schon erwähnt, ist die Schwelle zum Profiling so weit herabgesetzt worden, dass eine automatisierte Bewertung des Zahlungsverhaltens möglicherweise bereits kritisch wird. Der zweite Hebel liegt in lit. c) Ziff. 3., der den Rechtfertigungsgrund der Kreditprüfung nur gelten lassen will, sofern die Daten nicht älter als 5 Jahre sind. Hier werden Informationen über einen Leisten geschoren, die völlig verschiedener Natur und Bedeutung sein können. So interessiert etwa die Ausstellung von Verlustscheinen offensichtlich jeden Gläubiger während der gesamten Dauer der 20-jährigen Verjährungsfrist und nicht nur während 5 Jahren. Die Bestimmung würde vor allem jene Konkurskünstler schützen, die ihre Firmen schon fast gewohnheitsmässig Konkurs gehen lassen; sie werden ihrem Tun inskünftig noch unbehelligter nachgehen können, falls das Datenschutzgesetz es nicht mehr erlauben sollte, weiter als 5 Jahre zurückliegende Vorgänge in einer Bonitätsauskunft aufzuführen. Art. 27 Abs. 2 lit. c ist völlig verunglückt. Die neu eingeführten Ausschlussgründe für die Vermutung eines überwiegenden Interesses bei Kreditprüfungen müssen mit Ausnahme der Bearbeitung besonders schützenswerten Personendaten gestrichen werden. U.a. ist auch das Kriterium der Volljährigkeit offensichtlich unsinnig, weil das Geburtsdatum einer Person, über die Daten bearbeitet werden, häufig nicht bekannt ist, oder aber die Ueberprüfung genau der Frage gelten soll, ob jemand volljährig und damit auch "vertragsfähig" ist. Das Kriterium der Verhältnismässigkeit der Datenbearbeitung reicht zum Schutz der Betroffenen völlig aus. Derart kasuistische Regelungen widersprechen der hiesigen Gesetzgebungstradition.

Zwar bleibt theoretisch noch immer der Rechtfertigungsgrund von Art. 27 Abs. 1 bzw. das überwiegende private Interesse. Der Argumentationsaufwand für die Begründung dieses Interesses wird aber erheblich grösser sein, als wenn eine Berufung auf einen

der spezifischen Rechtfertigungsgründe möglich ist. Ausserdem wird auch die Rechtsicherheit hier völlig unnötigerweise tangiert.

Insgesamt zieht sich wie ein roter Faden durch den Entwurf des DSG, dass staatliches Handeln grundsätzlich unverdächtig und gut ist, privates Handeln jedoch per se als verdächtig, weil gewinnstrebig (ob dieser Glaube einer Zeit noch entspricht, in der der Staat sich direkt oder indirekt immer weiter und mit durchaus kommerziellen Absichten in die Privatwirtschaft hineinarbeitet, und wo grosse Staaten beginnen, ihre Geheimdiensttätigkeiten auszulagern, sei dahingestellt). Die Erkenntnis, dass neben dem Interesse der betroffenen Personen an einer Minimierung der Bearbeitung ihrer Daten gewichtige, gegenläufige Interessen (vor allem der kreditgebenden Wirtschaft, sprich: ausser Banken auch aller Lieferanten von Waren oder Dienstleistungen, die auf Rechnung liefern) zu berücksichtigen sein könnten, scheint die Amtsstuben von Bundesbern bis heute nicht erreicht zu haben.

### **Verwaltungsmassnahmen (Art. 45)**

- Dem Beauftragten werden hier im Ergebnis richterliche Befugnisse zugesprochen. Er ist in der Lage, sehr weitgehende Verfügungen zu erlassen, die nach der vorliegend vertretenen Auffassung einzig und allein in der Kompetenz eines Gerichts liegen dürften. Der Beauftragte ist zudem Untersuchungsbeamter und Richter in einer Person, womit der Anspruch des Datenbearbeiters auf ein faires Verfahren ausgehebelt wird. Der Entwurf tut ein Übriges, indem er die Missachtung von Verfügungen des Beauftragten in Art. 57 mit einer Busse von bis zu Fr. 250'000 bedroht (sic).

### **Erarbeitung von Leitfäden durch den Beauftragten (Art. 52 Abs. 1 lit. g)**

- hier werden dem Beauftragten im Ergebnis sogar gesetzgeberische Kompetenzen erteilt. Wer die Leitfäden oder Arbeitsinstrumente des Beauftragten nicht benutzt, wird sich ins künftig dem Vorwurf aussetzen, seiner Sorgfaltspflicht nicht genügend nachgekommen zu sein. Im Ergebnis ist damit zu rechnen, dass diese Leitfäden und Arbeitsinstrumente verbindlich und durchsetzbar werden.

### **Gebühren (Art. 53)**

- Es ist nicht akzeptabel, dass der Bundesrat - ohne jede, gesetzliche Vorgabe über die Höhe der Gebühren entscheiden kann, welche von betroffenen Unternehmen zu tragen sind. Dies umso weniger, als offenbar selbst Untersuchungen kostenpflichtig wären, die keine Verletzungen des DSG ergeben haben. Dies ist völlig unverhältnismässig; es kann nicht sein, dass Unternehmungen dem Belieben der Verwaltung auf diese Art und Weise ausgeliefert werden.

### **Strafbestimmungen (Art. 54 ff.)**

- Allgemeine Bemerkungen: Strafrecht gehört grundsätzlich ins Strafgesetzbuch und hat dessen Sichtweisen mit zu berücksichtigen (was das DSG offensichtlich nicht tut). Der vorgesehene Strafrahmen ist absolut überrissen und nachgerade als terroristisch zu bezeichnen. Dies gilt auch für die Ahndung vorsätzlicher Verstösse. Die Strafdrohungen des Revisionsentwurfs erreichen eine Höhe, die in der schweizerischen Rechtslandschaft ziemlich einzigartig ist. Das Augenmass, welches der Gesetzgeber bei strafrechtlichen Sanktionen anderwärts zu zeigen pflegte, scheint unter dem Druck der veröffentlichten Meinung völlig verloren gegangen zu sein.
- Die Straftatbestände sind weiter streckenweise derart unbestimmt gefasst, dass sie auch hinsichtlich des Bestimmtheitsgebotes nochmals überarbeitet werden müssen
- Die Strafbestimmungen sind ein weiteres Beispiel dafür, wie sehr der Politik beim Datenschutz das Augenmass abhandengekommen ist. Offenbar hat sich inzwischen der



Glaube durchgesetzt, dass ein Gesetz nur dann von Gutem sein kann, wenn es ein Maximum von Zwangsmassnahmen sowie Strafdrohungen im Phantasiebereich enthält und möglichst viele Akteure kriminalisiert. Theoretisch genügt EIN Betroffener, der sich falsch behandelt fühlt, um ein Unternehmen als kriminell abzustempeln und wirtschaftlich in den Ruin zu treiben. Die Strafdrohungen sind völlig überzogen.

Im "gewöhnlichen" Strafrecht beträgt die maximale Busse für eine Uebertretung CHF 10'000.00 (Art. 106 Abs. 1 StGB). Das Verwaltungsstrafrecht kennt ähnliche Rahmen. Die Erhöhung des Strafrahmens auf CHF 250'000.00 ist absolut überrissen.

Beispiele:

- Gemäss Art. 14ff. VStrR können bei Leistungs- und Abgabebetrug, Urkundenfälschung und Erschleichung einer Falschbeurkundung sowie Begünstigung Höchstbussen von CHF 30'000.00 festgelegt werden.
- Gemäss DBStG können bei Verstössen wie Mithilfe bei der Steuerhinterziehung Bussen von 10'000.00 bis max. CHF 50'000.00 (in schweren Fällen oder bei Wiederholungsfall) gesprochen werden. Bei Steuerbetrug beträgt die Busse max. 30'000.00.

Bei Verstössen gegen das DSG handelt es nicht um Vergehen oder Verbrechen, sondern um Uebertretungen. Es existiert kein nachvollziehbarer Grund, für vergleichbare Verstösse übliche Bussenrahmen im DSG um das Zehnfache oder mehr zu überschreiten. Eine Persönlichkeitsverletzung, die dies rechtfertigen würde, ist nicht vorstellbar. Die vorgesehene Pönalisierung von DSG-Verstössen kommt einer schweren - und wirtschaftlich ruinösen - Kriminalisierung der Betroffenen gleich und ist komplett unverhältnismässig. U.a. übersteigt der im VE DSG gesteckte Rahmen auch die Schmerzensgelder bei weitem, die nach hiesiger Rechtsprechung bei Körperschäden zugesprochen werden.

Als Vergleich noch einige Beispiele aus der deutschen Rechtsprechung für die Bemessung von Schmerzensgeld wegen Persönlichkeitsverletzung (Mobbing und ähnliches):

- Mobbing durch nicht gerechtfertigte Aufgabenentziehung durch den Arbeitgeber, Schikanie und Degradierung des Arbeitnehmers: 53'000 Euro (ArbG Leipzig, 2012)
- vielfältige persönliche Herabsetzung des Arbeitnehmers, rund € 26'500, ArbG Ludwigshafen am Rhein, 2000
- Beleidigungen, Auftragsentziehung, Verbot des Kundenkontakts, Gehaltskürzung durch den Arbeitgeber, € 24'000, LAG Hannover, 2005
- systematische Persönlichkeitsverletzungen des Arbeitnehmers in 34 Fällen über 1 Jahr, € 17'500, ArbG Eisenach, 2005
- schikanöse und entwürdigende Handlungen, € 7'000, ArbG Siegburg, 2012
- Demütigung wegen der ethnischen Herkunft durch ein Rap-Video bei YouTube, € 5'000, LG Bonn, 2013
- Cybermobbing via Facebook mit Unterstellung der Homosexualität und Pädophilie, € 1'500, LG Memmingen, 2015

Quelle: <http://www.schmerzensgeldtabelle.net/mobbing/#tabelle>

- **Verletzung von Informations-, Auskunfts- und Mitwirkungspflichten** (Art. 54): Die Strafdrohung ist völlig überrissen. Da das Thema Datenschutz politisch so stark aufgeladen worden ist, ist zu befürchten, dass dieser Strafrahmens schon bei einigen

wenigen, isolierten Vorfällen in einem Unternehmen ausgeschöpft werden könnte. Art. 54 Abs. 2 enthält im Ergebnis nach wie vor einen rechtsstaatlich bedenklichen Verstoss gegen das Verbot, sich selber belasten zu müssen.

- **Verletzung von Sorgfaltspflichten** (Art. 55): Besonders absurd ist die Absicht, die Nichteinhaltung von Sicherheitsvorschriften mit derart drakonischen Strafdrohungen zu versehen. Als hätte nicht jeder Datenbearbeiter das allergrösste Interesse daran, seine Daten vor dem Zugriff Dritter zu sichern!
- **Missachten von Verfügungen** (Art. 57): Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen kann gemäss Art. 292 StGB mit einer Busse von maximal CHF 10'000.00 bestraft werden. Im Rahmen des Datenschutzgesetzes soll es nun offenbar dem Gutdünken des Beauftragten überlassen werden, Bussen von bis zu CHF 250'000.00 zu erwirken (immer dann, wenn er seine Verfügung mit einem "Hinweis" auf Art. 57 der Revisionsvorlage versieht, der inskünftig mit Sicherheit in jeder Verfügung enthalten sein wird). Auch diese Strafdrohung ist völlig unverhältnismässig.
- **Verfolgungsverjährung** (Art. 60): Bei den Uebertretungen gemäss StGB beträgt die Verjährungsfrist 3 Jahre (vgl. Art. 109 StGB). Die Strafkompetenz des Staates wird hier einmal mehr ohne Not auf 5 Jahre ausgedehnt.

### Übergangsbestimmungen (Art. 64 ff.)

- Die grundsätzliche Frage, wann eine Bearbeitung beginnt und wann sie endet muss unbedingt geklärt werden. Das heute übliche, prozessorientierte Vorgehen führt dazu, dass Datenbearbeitung oft eine lange Laufzeit haben, wobei bestehende Datensätze immer wieder nachgeführt werden.
- Da diese Frage nicht geklärt worden ist, bleibt unklar, wann genau es sich i.S. von Art. 64 Abs. 2 um "unter bisherigem Recht begonnene Datenbearbeitungen" handelt. Bezieht sich dies auf Art und Methode dieser Datenbearbeitungen, oder ist jeder neu eröffnete Personendatensatz als "neue Datenbearbeitung" zu qualifizieren, die sofort unter neues Recht fällt? Die Bestimmung schafft eine erhebliche Rechtsunsicherheit, die in einem mit so drakonischen Strafen bewehrten Erlass eigentlich nicht vorkommen dürfte.
- In Abs. 3 hat der Gesetzgeber offensichtlich die häufige Konstellation übersehen, dass der Bearbeitungszweck sich zwar immer gleichgeblieben ist, der Inhalt eines Datensatzes sich aber nach und nach ändert. Solche natürlichen Mutationen und Aktualisierungen dürfen die Uebergangfrist gemäss Abs. 2 nicht aufheben.

### Zivilprozessordnung

- Neueinfügung oder Abänderung der Art. 20 lit. c, 99 Abs. 3 lit d) 113 Abs. 2 lit g), 114 lit. f) und 243 Abs. 2 lit. d der Zivilprozessordnung

Mit diesen Neuerungen soll die (Gerichts)kostenfreiheit von datenschutzrechtlichen Klagen und die zwingende Durchführung des Prozesses im vereinfachten Verfahren eingeführt werden. Beides ist unangebracht. Wer sich eine Klage nicht leisten kann, hat Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung. Wieso die Allgemeinheit darüber hinaus insgesamt für die Gerichtskosten datenschutzrechtlicher Zivilverfahren aufkommen soll, ist nicht ersichtlich. Ebenso verfehlt ist die Zuweisung ins vereinfachte (grundsätzlich rein mündliche) Verfahren. Damit werden die Verteidigungsmöglichkeiten beklagter Datenbearbeiter ohne Not beschränkt. Die hochgradig einseitige Optik, die dem ganzen DSG zugrunde liegt, ist auch hier festzustellen.