
Zwischen Autonomie und Angleichung

Eine Analyse zur Anwendung des neuen DSG im Lichte der DSGVO

Thomas Steiner*

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung und Ausgangslage	53
	A. Einleitung	53
	B. Ausgangslage	54
	C. Forschungsfragen	55
	D. Abgrenzung von freiwilliger Ausrichtung am DSGVO-Standard	56
II.	Grundlagen	57
	A. Einleitung	57
	B. Europafähige Ausgestaltung Schweizer Rechts	57
	1. Prüfung von Gesetzgebungsvorhaben auf «Europafähigkeit»	57
	2. Faktische Begründungspflicht bei abweichenden Regelungen	58
III.	Formen der Rezeption von EU-Recht	59
	A. Einleitung	59
	B. Autonomer Nachvollzug	62
	C. Äquivalenzmethode – Angleichung – Gleichwertigkeit	63
	1. Begriffsklärung und Regulierungsziel	63
	2. Gleichwertigkeitsbeschlüsse der Europäischen Kommission	64
IV.	Bedeutung der Rezeption für die Rechtsanwendung	66
	A. Generelles	66
	B. BGE 129 III 335 (Arbeitsrecht)	66
	1. Ausgangslage	66
	2. Europarechtskonforme Auslegung von Art. 333 Abs. 3 OR	67
	C. BGE 137 II 199 (Kartellgesetz)	69
	1. Ausgangslage	69
	2. Keine europarechtskonforme Auslegung	69
	3. Plausibilisierung des Auslegungsergebnisses anhand EU-Praxis	71
	D. BGE 139 I 72 (Kartellgesetz)	71
	1. Ausgangslage	71
	2. Erkenntnisse über den Norm-Sinn aus Praxis zu ähnlichen Bestimmungen im EU-Recht	71

* Dieser Beitrag entstand auf Initiative und mit Unterstützung der ZHAW Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften.

E.	Regeln und Prüfraster für die Auslegung	72
1.	Regeln	72
2.	Prüfung des politischen Willens des Schweizer Gesetzgebers	73
3.	Intensität der Anlehnung an EU-Recht eruieren	75
F.	Bisherige Zurückhaltung in Praxis zum Datenschutzrecht	76
1.	Bundesgericht	76
2.	Bundesverwaltungsgericht	76
V.	Analyse	77
A.	Intensität der Anlehnung an die DSGVO im Allgemeinen	77
1.	Einleitung	77
2.	Ausgangslage aus internationaler Sicht	79
a.	Europäische Union	79
b.	Europarat	81
3.	Ziele der Revision gemäss Botschaft E-DSG	82
4.	Angleichung des DSG an die DSGVO	83
5.	Übernahme der Richtlinie (EU) 2016/680 und Aufrechterhaltung der EU-Angemessenheit	85
a.	Übernahme nur der Richtlinie (EU) 2016/680 im SDSG	85
b.	Aufrechterhaltung der EU-Angemessenheit	86
6.	Zwischenfazit: Äquivalenz statt autonomer Nachvollzug	88
B.	Analyse einzelner Bestimmungen des nDSG	88
1.	Räumlicher Geltungsbereich	88
a.	Regelung im Gesetz	88
b.	Analyse	89
c.	Folgerungen für die Auslegung von Art. 3 nDSG	95
2.	Genetische Daten und biometrische Daten	95
a.	Regelung im Gesetz	95
b.	Analyse	97
c.	Folgerungen für die Auslegung der Begriffe im nDSG	99
3.	Rechtsgrundlagen und Rechtfertigungsgründe	100
a.	Regelung im Gesetz	100
b.	Analyse	102
c.	Folgerungen für die Auslegung von Art. 31 nDSG	105
4.	Informationspflicht bei der Beschaffung von Personendaten	109
a.	Regelung im Gesetz	109
b.	Analyse	113
c.	Folgerungen für die Auslegung von Art. 19 nDSG	117
5.	Recht auf Datenherausgabe oder -übertragung	118
a.	Regelung im Gesetz	118
b.	Analyse	120
c.	Folgerungen für die Auslegung von Art. 28 nDSG	127
6.	Vereinbarung über die Auftragsbearbeitung	127
a.	Regelung im Gesetz	127
b.	Analyse	130
c.	Folgerungen für die Auslegung von Art. 9 nDSG	133
VI.	Zusammenfassung und Folgerung für die Auslegung des nDSG	134
VII.	Schlussbemerkungen	136

I. Einleitung und Ausgangslage

A. Einleitung

National- und Ständerat haben am 25. September 2020 das neue Schweizer Bundesgesetz über den Datenschutz¹ (nDSG) verabschiedet. Das nDSG wird am 1. September 2023 in Kraft treten und ab dann gelten.²

Hauptziele³ der Gesetzesrevision waren die Anpassung des bestehenden Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG)⁴ an die Anforderungen des *revidierten Europarats-Übereinkommens⁵ SEV 108⁶* und die Umsetzung der Schengen-relevanten *Richtlinie (EU) 2016/680⁷*. Zudem bezweckte die DSG-Revision eine Annäherung an die *EU-Datenschutz-Grundverordnung*

¹ BBl 2020 7639.

² Der Bundesrat hat am 31. August 2022 beschlossen, das nDSG per 1. September 2023 in Kraft zu setzen. Damit gewährte er Unternehmen tatsächlich eine Übergangsfrist von 12 Monaten. Das nDSG selbst sieht keine weitere Übergangsfrist vor. Das nDSG gilt daher ab Inkrafttreten. Namentlich für laufende Bearbeitungen und Verfahren bestehen Übergangsregeln (Art. 69–70).

³ Botschaft vom 15. September 2017 zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941 ff., 6969–6970 (zit. Botschaft E-DSG).

⁴ Bundesgesetz vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG; SR 235.1).

⁵ Protokoll zur Änderung des Übereinkommens zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten. Abgeschlossen in Strassburg am 10. Oktober 2018. (SEV 223; die konsolidierte Fassung nachstehend: revidiertes Europarats-Übereinkommen SEV 108).

⁶ Übereinkommen vom 28. Januar 1981 zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (SEV 108; SR 0.235.1).

⁷ Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates (ABl. L 119, 4.05.2016, 89–131).

(*DSGVO*)⁸. Die Annäherung erachtete der Bundesrat (nebst den Anpassungen an das revidierte Übereinkommen SEV 108) als notwendig, damit die Europäische Kommission ihre Angemessenheitsentscheidung in Bezug auf das Datenschutzniveau der Schweiz aus dem Jahr 2000⁹ bestätigen und auch künftig aufrechterhalten wird.¹⁰

B. Ausgangslage

Die Europäische Kommission überprüft ihre Angemessenheitsbeschlüsse regelmässig.¹¹ Im Januar 2017 ersuchte die Europäische Kommission die Schweiz, im Hinblick auf die Überprüfung des Beschlusses über die Angemessenheit des Datenschutzniveaus in der Schweiz einen Bericht zu erstellen. Der Bericht solle die datenschutzrechtliche Ausgangslage und die hauptsächlichen Gesetzesänderungen seit 2000 darlegen. Die Schweiz übermittelte den Bericht Ende 2017 nach Veröffentlichung des Entwurfs des revidierten DSG.¹²

Der Beitritt eines Drittlands zu multilateralen Übereinkünften über den Schutz von Personendaten ist eines der Kriterien, welche die Europäische Kommission bei der Beurteilung der Angemessenheit eines von einem Drittstaat gebotenen Schutzniveaus zu berücksichtigen hat (Art. 45 Abs. 2 lit. c *DSGVO*). Zu solchen multilateralen Übereinkünften gehören gemäss Erwägungsgrund 105 der *DSGVO* ausdrücklich auch das Übereinkommen SEV 108 sowie das dazugehörige Zusatzprotokoll.¹³

⁸ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung; ABl. L 119, 04.05.2016, 1–88).

⁹ Entscheidung der Kommission vom 26. Juli 2000 gemäss der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Angemessenheit des Schutzes personenbezogener Daten in der Schweiz, ABl. L 215, 25.08.2000, 1 (zit. EU-Angemessenheitsbeschluss 2000).

¹⁰ Botschaft E-DSG (FN 3), 6943 f. und 6970.

¹¹ Gemäss Art. 45 Abs. 3 *DSGVO* mindestens alle vier Jahre.

¹² Botschaft E-DSG (FN 3), 6965.

¹³ Zusatzprotokoll zum Übereinkommen vom 23. Mai 2001 zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (Konvention 108) bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung (SEV 181) (zit. Zusatzprotokoll).

Der Bundesrat erachtete die *Ratifikation und Umsetzung des revidierten Übereinkommens SEV 108* daher zurecht als zentrale Voraussetzungen dafür, dass die Europäische Kommission ihre Angemessenheitsentscheidung bestätigen wird.¹⁴ Hingegen ergibt sich aus Art. 45 Abs. 2 DSGVO nicht, dass für den Erlass oder die Bestätigung des Angemessenheitsbeschlusses darüber hinaus eine *Annäherung* des DSG an die DSGVO notwendig wäre.

Angemessenheitsentscheidungen können indes auch zum Spielball der Politik werden¹⁵ und der EU-Angemessenheitsbeschluss zum Datenschutzniveau der Schweiz ist für die Schweizer Wirtschaft sehr bedeutsam. Insofern ist es (auch) Ausdruck einer *politischen* Risikoeinschätzung und einer dem Parlament empfohlenen politischen Entscheidung, wenn der Bundesrat in der Botschaft E-DSG ausführt, die Schweiz tue «gut daran, ihre Gesetzgebung an die europäischen Anforderungen anzupassen».¹⁶

Thema dieses Beitrages ist die Frage, ob und inwiefern das Parlament mit Erlass des nDSG der Empfehlung des Bundesrats gefolgt ist, das DSG – allenfalls in unterschiedlicher Art und Intensität – an das EU-Datenschutzrecht anzupassen. Der zu eruiierende Wille des Gesetzgebers ist entscheidend für die Beantwortung der Forschungsfragen, denen sich dieser Beitrag widmet.

C. Forschungsfragen

Der Beitrag untersucht die folgenden Forschungsfragen:

- i. *Welche Art der Anpassung des DSG an die DSGVO hat der Gesetzgeber gewollt? Welche Bestimmungen sind eher von der DSGVO, welche von der Richtlinie (EU) 2016/680 oder vom revidierten Übereinkommen SEV 108 geprägt? Hat der Schweizer Gesetzgeber zumindest einzelne DSGVO-Bestimmungen übernommen? Wo ist der Schweizer Gesetzgeber allenfalls bewusst von der DSGVO abgewichen, um eine autonom schweizerische Lösung zu wählen?*

¹⁴ Botschaft E-DSG (FN 3), 6943 f.

¹⁵ Ein Beispiel hierfür ist die Nichtverlängerung des Beschlusses der Europäische Kommission über die Börsenäquivalenz der Schweiz im Dezember 2017.

¹⁶ Botschaft E-DSG (FN 3), 6998.

- ii. Was folgt daraus für die Anwendung des nDSG? Inwiefern dürfen oder müssen rechtsanwendende Schweizer Behörden bei der Auslegung des nDSG die DSGVO und/oder die Praxis des EuGH oder der Datenschutzaufsichtsbehörden und Gerichte in EU-Mitgliedsstaaten berücksichtigen?

Zur Beantwortung dieser Fragen, entwickelt dieser Beitrag zunächst Entscheidungsgrundlagen (Teil II) und zeigt verschiedene Formen der Rezeption von EU-Recht in der Schweizer Rechtssetzung (Teil III) sowie ihre Bedeutung für die Rechtsanwendung (Teil IV) auf. Basierend darauf analysiert dieser Beitrag die Materialien der Revision des DSG daraufhin, ob und – wenn ja – in welcher Art und Intensität der Gesetzgeber sich bei der Ausgestaltung des nDSG an der DSGVO orientiert hat (Teil V), und zwar im Allgemeinen (Kapitel V.A) wie auch in Bezug auf einzelne nDSG-Bestimmungen (Kapitel V.B).

D. Abgrenzung von freiwilliger Ausrichtung am DSGVO-Standard

Der Beitrag eruiert die Möglichkeiten und Pflichten der rechtsanwendenden Schweizer Behörden bei der Auslegung des nDSG im Lichte der DSGVO. Der entsprechende Fragenkomplex ist **abzugrenzen** von einer *freiwilligen Ausrichtung* der Datenschutz-Compliance am (meist höheren) DSGVO-Standard.

Dieser Beitrag behandelt ausdrücklich *nicht* die Frage, ob, inwiefern und gegebenenfalls für welche Arten von Schweizer Unternehmen eine Ausrichtung am DSGVO-Standard Sinn ergibt. Auch thematisiert der Beitrag nicht Fälle, in denen DSGVO-Bestimmungen basierend auf Art. 3 Abs. 2 DSGVO direkt für Datenbearbeitungstätigkeiten von Schweizer Unternehmen gelten.

Rechtsanwendende Behörden in der Schweiz haben das Schweizer Datenschutzrecht anzuwenden. Für Unternehmen und Bundesorgane gilt das DSG und neu das nDSG. Unterschiede in der Praxis zur DSGVO sind hinzunehmen, soweit der Schweizer Gesetzgeber nicht eine grösstmögliche Parallelität von nDSG und DSGVO erwirken wollte. In der Rechtsanwendung – in der Schweizer Behörden- und Gerichtspraxis – kommt es also auf den **Willen des Gesetzgebers** an. Diesen zu eruiieren ist Thema dieses Beitrags.

II. Grundlagen

A. Einleitung

Für die Beantwortung der gestellten Fragen ist entscheidend, welche Art der Rezeption von EU-Recht (DSGVO) der Schweizer Gesetzgeber wollte und bezweckte. Im Folgenden zeigt dieser Beitrag verschiedene Arten der Rezeption von EU-Recht auf. Daraus entsteht ein Prüfraster für die Beurteilung, ob und – wenn ja – in Bezug auf welche Bestimmungen des nDSG eine DSGVO-konforme Auslegung und Anwendung mit Schweizer Recht vereinbar oder sogar geboten ist.

B. Europafähige Ausgestaltung Schweizer Rechts

1. Prüfung von Gesetzgebungsvorhaben auf «Europafähigkeit»

Botschaften des Bundesrats zu Gesetzgebungsvorhaben in Bereichen mit grenzüberschreitenden Auswirkungen enthalten seit 1988 ein «Europakapitel».¹⁷ Dieses soll Aufschluss darüber geben, wie weit das geplante Gesetzgebungsvorhaben mit europäischem Recht vereinbar ist. Das *Streben nach Parallelität der Rechtsordnungen* soll in Bereichen von grenzüberschreitender Bedeutung die Vereinbarkeit mit EU-Recht sichern und damit die *Wettbewerbsfähigkeit* der Schweizer Unternehmen stärken.¹⁸

Der Bundesrat ging davon aus, dass er die «Europafähigkeit» und somit die Wettbewerbsfähigkeit auf dem Binnenmarkt der damaligen Europäischen Gemeinschaft (EG) stärken kann, wenn die Rechtsvorschriften in Bereichen mit grenzüberschreitender Bedeutung im Schweizer Recht und dem Recht der EG derart parallel ausgestaltet sind, dass sie die EG und die EG-Mitgliedsstaaten *als gleichwertig anerkennen*. Zudem wollte der Bundesrat damit für alle integrationspolitischen Optionen (EWR- oder EG-Beitritt oder

¹⁷ Vgl. Bericht des Bundesrats vom 24. August 1988 über die Stellung der Schweiz im europäischen Integrationsprozess, BBl 1988 III 249, 380; (zit. Integrationsbericht 1988).

¹⁸ Integrationsbericht 1988 (FN 17), 380.

bilaterale Abkommen) vorbereitet sein.¹⁹ Ziel müsse sein, in diesen Bereichen «eine grösstmögliche Vereinbarkeit [der Schweizer] Rechtsvorschriften mit denjenigen unserer europäischen Partner» herzustellen.²⁰ Hierfür sei es nicht notwendig, EG-Recht «automatisch nachzuvollziehen»²¹. Stattdessen gelte es zu verhindern, dass die Schweiz «ungewollt und unnötigerweise» neue Unterschiede zwischen den Rechtsvorschriften schaffe, die eine gegenseitige Anerkennung der Rechtsvorschriften behindern würden.²²

2. Faktische Begründungspflicht bei abweichenden Regelungen

Seit Dezember 2003 ist der Bundesrat auch gesetzlich dazu verpflichtet, in Botschaften zu Erlassentwürfen «das Verhältnis zum europäischen Recht» zu erläutern (Art. 141 Abs. 2 lit. a ParlG²³). Von Interesse ist dabei das EU-Recht.²⁴ Diese Pflicht gilt, soweit der Bundesrat substantielle Angaben zur Europafähigkeit des Gesetzgebungsvorhabens machen kann (Art. 141 Abs. 2 ParlG). Hingegen beschränkt sich die Pflicht nicht mehr (wie noch gemäss Integrationsbericht 1988) auf Bereiche mit grenzüberschreitender Bedeutung.²⁵

Daraus leitet die Bundeskanzlei in ihrem Botschaftsleitfaden eine Begründungspflicht für den Fall ab, dass die Schweizer Regelung von der europäischen Regelung abweicht.²⁶ Damit soll der Bundesrat das Parlament in die Lage versetzen, Unterschiede zum (für die Schweiz in der Regel unverbind-

¹⁹ Zu diesem doppelten Zweck der Politik der Europaverträglichkeit: THOMAS COTTIER et al., Die Rechtsbeziehungen der Schweizer und der Europäischen Union Bern 2014, S. 134 N 213.

²⁰ Integrationsbericht 1988 (FN 17), 380.

²¹ Integrationsbericht 1988 (FN 17), 380.

²² Integrationsbericht 1988 (FN 17), 380.

²³ Bundesgesetz vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG; SR 171.10).

²⁴ Parlamentarische Initiative – Parlamentsgesetz (ParlG) – Bericht der SPK-N vom 1. März 2001, BBl 2001 3467, 3593.

²⁵ Vgl. zum Ganzen: ANDREAS HEINEMANN, Rechtliche Transplantate zwischen Europäischer Union und der Schweiz, Sonderdruck aus: Luks Fahrländer et al. (Hrsg.), Europäisierung der schweizerischen Rechtsordnung, Zürich 2013, 3–58, 20.

²⁶ Bundeskanzlei, Botschaftsleitfaden. Leitfaden zum Verfassen von Botschaften des Bundesrates, Stand August 2020, 35.

lichen) EU-Recht zu erkennen und abweichende Regelungen bewusst (nicht unbeabsichtigt) zu wählen.²⁷

III. Formen der Rezeption von EU-Recht

A. Einleitung

Der Schweizer Gesetzgeber bedient sich verschiedener Formen der Europäisierung des Schweizer Rechts. Sie reichen von der Berücksichtigung von EU-Recht als Inspiration (*Rechtsvergleichung*) über die Schaffung von Gleichwertigkeit (*Äquivalenz*) bis zur mehr oder weniger unveränderten Übernahme von EU-Recht (*autonomer Nachvollzug*).

Die Grenzen zwischen den verschiedenen Formen der Rezeption sind fließend. Namentlich der Begriff des autonomen Nachvollzugs wird in der Lehre teils enger, teils weiter gefasst.²⁸ Den Formen der Rezeption gemeinsam ist, dass das Schweizer Recht in einer Form an EU-Standards und -Regelungen *angepasst* wird oder sich daran ausrichtet – und zwar freiwillig, ohne dass die Schweiz dazu staatsvertraglich verpflichtet wäre. Zusammengefasst und vereinfacht wird diese Art der Europäisierung des Schweizer Rechts als *autonome Anpassung*²⁹ bezeichnet.

Ein Sonderfall der autonomen Anpassung war die Anpassung von Schweizer Recht im Rahmen des sog. *Swisslex*-Pakets. Die Anpassungen erfolgten im Nachgang zur Ablehnung des Schweizer EWR-Beitritts in der Volksabstimmung vom 6. Dezember 1992. Ursprünglich hatte der Gesetzgeber im Hinblick auf die Übernahme des *Acquis Communautaire* Anpassungen von insgesamt 61 Gesetzen vorbereitet (sog. *Eurolex*-Vorlage).

Einige ausgewählte Vorlagen nahm der Bundesrat im Rahmen eines Folgeprogramms (*Swisslex*-Paket) wieder auf. Ähnlich wie im Integrationsbericht 1988 führte der Bundesrat in der Botschaft zum *Swisslex*-Paket aus, die Herstellung

²⁷ MARTIN PHILIPP WYSS, Europakompatibilität und Gesetzgebungserfahren im Bund, in: AJP 2007, 717, 718.

²⁸ Vgl. nachstehend III.B.

²⁹ COTTIER et al. (FN 19), S. 139 N 218; HEINEMANN (FN 25), 18 ff.

von «Kompatibilität» des Schweizer Rechts mit europäischem Recht stärke den wirtschaftlichen Wettbewerb u.a. durch Teilnahme am EG-Binnenmarkt (sowie durch angestrebte Liberalisierungen) und die Wahrung aller Optionen für eine europäische Integration der Schweiz (Beitritt oder bilaterale Abkommen).³⁰ Das *Swisslex*-Paket beinhaltete 27 Gesetzesrevisionen auf Bundesebene. Bedeutend waren insbesondere die Änderung von Art. 40a–40g OR (Widerspruchsrecht) und Art. 333 OR (Übergang des Arbeitsverhältnisses bei Betriebsübergängen).³¹

³⁰ Botschaft des Bundesrats vom 24. Februar 1993 über das Folgeprogramm nach der Ablehnung des EWR-Abkommens, BBl 1993 I 805 (zit. Botschaft *Swisslex*-Paket), 810; vgl. Bundesrat, Schweiz – Europäische Union. Integrationsbericht 1999 vom 3. Februar 1999, BBl 1999 IV 3935, 4104 (zit. Integrationsbericht 1999).

³¹ Botschaft *Swisslex*-Paket (FN 30), 805 f. – Änderung des Bundesgesetzes über die Sicherheit von technischen Einrichtungen und Geräten, Änderung des Tierseuchengesetzes, Änderung des UVG, Änderung des Bundesgesetzes über die Familienzulagen in der Landwirtschaft, Änderung des SVG, Änderung des Eisenbahngesetzes, Änderung des Luftfahrtgesetzes, Bundesgesetz über die Personenbeförderung und den Zugang zu Berufen des Strassentransportunternehmers, Änderung des Bundesgesetzes über Radio und Fernsehen, Bundesgesetz über den Konsumkredit, Änderung des Bundesgesetzes über den unlauteren Wettbewerb, Bundesgesetz über Information der Arbeitnehmer in Betrieben (Mitwirkungsgesetz), Änderung des Arbeitsgesetzes, Änderung des Zollgesetzes, Änderung des Bundesgesetzes über die Ein- und Ausfuhr von Erzeugnissen aus Landwirtschaftsprodukten, Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag, Änderung des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen, Änderung des Bundesgesetzes über die Kautionen der ausländischen Versicherungsgesellschaften (Kautionsgesetz), Änderung des Bundesgesetzes über die Sicherstellung von Ansprüchen aus Lebensversicherungen inländischer Lebensversicherungsgesellschaften, Bundesgesetz über die direkte Lebensversicherung (Lebensversicherungsgesetz), Änderung des Bundesgesetzes über die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung, Änderung des Bundesgesetzes über die Banken und Sparkassen, Änderung der Artikel 40b–40e des Obligationenrechts (Widerrufsrecht), Änderung des Zehnten Titels des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag – Art. 333 OR), Produkthaftungsgesetz, Änderung des Bundesgesetzes über Messwesen, Bundesgesetz über Pauschalreisen.

Mit dem Abschluss der Bilateralen I und der Bilateralen II kamen Anpassungen von insgesamt weiteren 34 Gesetzen hinzu³² – darunter die Änderungen im Rahmen der Assoziierung an Schengen und Dublin.³³ Gerade die Pflicht, die Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands im Schweizer Recht umzusetzen, prägt das Schweizer Recht – darunter das *Datenschutzrecht von Bund und Kantonen* – nachhaltig.³⁴

Auch in Bereichen, in denen die Schweiz nicht zur Übernahme von EU-Recht verpflichtet ist, rezipiert die Schweiz heute regelmässig in der einen oder anderen Form EU-Recht. Solche *autonomen Anpassungen* (in der Form eines

³² Botschaft des Bundesrats vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999 6128 (zit. Botschaft Bilaterale I), 6134–6135 – Bundesgesetz über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände (LMG), Änderung des Strassenverkehrsgesetzes (SVG), Änderung des Personenbeförderungsgesetzes (PBG), Änderung des Bundesgesetzes über Aufenthalt und Niederlassung der Ausländer (ANAG), Änderung des Bundesgesetzes über den Erwerb von Grundstücken durch Personen im Ausland (Lex Koller), Änderung des AHVG, Änderung des IVG, Änderung des ELG, Änderung des BVG, Änderung des KVG, Änderung des FZG, Änderung des UVG, Änderung des FLG, Änderung des Arbeitslosengesetzes, Änderung des LWG; Bundesgesetz zur Verlagerung von alpenquerendem Güterverkehr auf die Schiene, Bundesgesetz über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen: Änderung des IPRG, des OR und des AGAV; Botschaft des Bundesrats vom 1. Oktober 2004 zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen («Bilaterale II»), BBl 2004 5965 (zit. Botschaft Bilaterale II), 6233–6234 – Anpassung des RTVG, ANAG, AsylG, StGB, Verantwortlichkeitsgesetzes, Waffengesetzes, StHG, DBG, BetmG und des Zinsbesteuerungsgesetzes.

³³ Im Rahmen statischer bilateraler Abkommen zwischen der Schweiz und der EU ist die Schweiz nicht verpflichtet, EU-Recht automatisch zu übernehmen (MATTHIAS OESCH, Die bilateralen Abkommen Schweiz – EU und die Übernahme von EU-Recht, in: AJP 2017, 638, 639). Bei solcher Rezeption von EU-Recht handelt es sich nicht um autonomen Nachvollzug. Das Abkommen zu Schengen-Dublin unterscheidet sich in diesem Punkt. Es verpflichtet die Schweiz, Schengen-relevante Rechtsakte dynamisch zu übernehmen (OESCH a.a.O. 642).

³⁴ MATTHIAS OESCH, Die Europäisierung des schweizerischen Rechts, in: Thomas Cottier (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, Basel 2012, 13–39, 18.

autonomen Nachvollzugs oder einer autonomen Angleichung an EU-Recht) sind mittlerweile zum Regelfall geworden.³⁵

B. Autonomer Nachvollzug

Der *autonome Nachvollzug* ist die weitestgehende Form der Rezeption von EU-Recht im Schweizer Recht. In seiner Reinform bedeutet der autonome Nachvollzug die *integrale und vorbehaltlose Übernahme* von Bestimmungen des EU-Rechts.³⁶ Entsprechend verwenden einige Autoren den Begriff des autonomen Nachvollzugs nur für jene Form der Rezeption, in denen die Schweiz EU-Recht mehr oder weniger unverändert übernimmt.³⁷ Andere Autoren erfassen unter dem Begriff des autonomen Nachvollzugs auch die *Angleichung* an EU-Regelungen durch Erlass ähnlicher Normen mit gleicher Wirkung.³⁸

Für die Frage der Berücksichtigung der Praxis zur DSGVO in der Anwendung des Schweizer nDSG ist entscheidend, ob der Schweizer Gesetzgeber die DSGVO oder einzelne ihrer Bestimmungen *integral und vorbehaltlos übernehmen wollte (autonomer Nachvollzug)*, oder aber die DSGVO nur teilweise zum Modell nahm und im Übrigen *bewusst eine autonome, aber gleichwertige*

³⁵ MATTHIAS OESCH, *Europarecht Band I*, 2. A., Bern 2019, § 32 Autonomer Nachvollzug, S. 522 N 942. Die folgenden Erlasse des Bundes im Bereich des Wirtschaftsrechts (wobei dies keine abschliessende Auflistung ist) enthalten zumindest in Teilen *autonome Anpassungen* an EU-Recht, d.h. Anpassungen, welche die Schweiz ohne Rechtspflicht vorgenommen hat (vgl. die Zusammenstellung bei OESCH, a.a.O., N 941): Produkthaftungsgesetz (PrHG; SR 221.112.944), Bundesgesetz über Pauschalreisen (SR 944.3), Obligationenrecht (OR; SR 220), Konsumkreditgesetz (KKG; SR 221.214), Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG; SR 946.51), Kartellgesetz (KG; SR 251), Anwalts-gesetz (BGFA; SR 935.61), Heilmittelgesetz (HMG; SR 812.21), Luftfahrtgesetz (LFG; SR 748.0), Gleichstellungsgesetz (GlG; SR 151.1), Fernmeldegesetz (FMG; SR 784.10), Nationalbankgesetz (NBG; SR 951.11), Fusionsgesetz (FusG; SR 221.301), Mehrwert-steuergesetz (MWSTG; SR 641.20), Produktesicherheitsgesetz (PrSG; SR 930.11), Koll-ektivanlagen-gesetz (KAG; SR 951.31), Gentechnikgesetz (GTG; SR 814.91), Patentgesetz (PatG; SR 232.14), Urheberrechtsgesetz (URG; SR 231.1), Lebensmittelgesetz (LMG; SR 817.0), Finanzmarktinfrastrukturgesetz (FinfraG; SR 958.1), Finanzdienstleistungsge-
setz (FIDLEG; SR 950.1), Finanzinstituts-gesetz (FINIG; SR 954.1), nDSG.

³⁶ Vgl. ERNST A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 6. A., Bern 2019, 353.

³⁷ HEINEMANN (FN 25), 18.

³⁸ MONIQUE STURNY, *Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Kartellrecht*, Bern 2014, 5; OESCH (FN 35), S. 520 N 939.

schweizerische Lösung geschaffen hat (**Angleichung/Äquivalenz**).³⁹ Deshalb unterscheidet der vorliegende Beitrag den autonomen Nachvollzug im engeren Sinn von der *Angleichung bzw. Äquivalenzmethode* in der Rechtsetzung.

C. Äquivalenzmethode – Angleichung – Gleichwertigkeit

1. Begriffsklärung und Regulierungsziel

Namentlich in den Bereichen des Finanzmarktrechts⁴⁰ und des Datenschutzrechts ergibt sich für die Schweiz ein *faktischer* Zwang, Äquivalenz zwischen Schweizer Recht und EU-Recht herzustellen.⁴¹ Äquivalenz geht etymologisch auf die lateinischen Worte *aequus* («gleich») und *valere* («wert sein») zurück. Mithin bedeutet Äquivalenz Gleichwertigkeit. Die Herstellung von Gleichwertigkeit entspricht in diesem Bereich regelmässig einem gegenseitigen Interesse von Handelspartnern:

- Handelspartner möchten den Kundenschutz auch bei grenzüberschreitender Erbringung von Finanzdienstleistungen durch ausländische Anbieter für inländische Kunden sicherstellen.⁴²
- Handelspartner möchten durch die Schaffung gleicher Bedingungen für inländische und ausländische Anbieter von Finanzdienstleistungen Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Anbietern vermeiden.⁴³
- Handelspartner möchten ihren Unternehmen die Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland und somit den Zugang zu ausländischen Märkten erleichtern; gleichzeitig aber sicherstellen, dass die Persönlichkeit ihrer Bürgerinnen und Bürger auch dann geschützt ist, wenn deren Personendaten ins Ausland übermittelt und dort bearbeitet werden.⁴⁴

³⁹ Vgl. KRAMER (FN 36), 353 f.

⁴⁰ Dazu: ROLF H. WEBER/ROLF SETHE, Äquivalenz als Regelungskriterium im Finanzmarktrecht, in: SJZ 110/2014, 569.

⁴¹ OESCH (FN 35), S. 521 N 941.

⁴² Bundesrat, Bericht zur Finanzmarktpolitik des Bundes, 19.12.2012, 37, abrufbar: <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/35762.pdf> (Abruf: 12.10.2022; zit. Bericht zur Finanzmarktpolitik).

⁴³ Bericht zur Finanzmarktpolitik (FN 42), 37.

⁴⁴ Botschaft E-DSG (FN 3), 6995.

Staaten machen den Marktzutritt ausländischer Anbieter deshalb regelmäßig davon abhängig, dass die Anbieter im Heimatland äquivalenter bzw. gleichwertiger Regulierung unterliegen, wie sie auf dem einheimischen geographischen Markt gelten.⁴⁵ Dies wiederum erzeugt für die jeweiligen Gesetzgeber einen *faktischen Druck*, eine mit der Regulierung in den Staaten der wichtigsten Handelspartner gleichwertige oder zumindest vergleichbare Regulierung zu schaffen. Entsprechend ist die Gleichwertigkeitsanerkennung seitens der Europäischen Kommission in den Bereichen Finanzmarktregulierung und Datenschutz sowie in weiteren Bereichen mit sog. *Drittstaatenregime* eine Voraussetzung für den Zugang von Schweizer Unternehmen zum EU-Binnenmarkt.⁴⁶

2. Gleichwertigkeitsbeschlüsse der Europäischen Kommission

Die Europäische Union verpflichtet ihre Handelspartner in Bereichen mit Drittstaatenregime nicht rechtlich zur Übernahme von EU-Recht. Bei den Drittstaatenregimen handelt es sich vielmehr um *einseitige Mechanismen*, mit denen die EU den Zugang zum EU-Binnenmarkt für Drittstaaten *ausserhalb gegenseitiger staatsvertraglicher Pflichten* reguliert.⁴⁷

Das Konzept der Gleichwertigkeit oder Angemessenheit spielt dabei eine entscheidende Rolle.⁴⁸ Die Europäische Kommission befindet einseitig⁴⁹ *nach im EU-Recht verankerten Kriterien und nach eigenem Ermessen* über die Anerkennung der Gleichwertigkeit der Rechtsordnung, die im Drittstaat im

⁴⁵ Vgl. WEBER/SETHE (FN 40), 572, zum Beispiel der Finanzmarktregulierung.

⁴⁶ JACQUES BEGLINGER/CHRISTA TOBLER, Gleichwertigkeit, Angemessenheit, Äquivalenz, Adäquanz, in: Astrid Epiney/Petru Emanuel Zlătescu (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2019/2020, 547–570, 554–559 (zur Börsenäquivalenz) und 559–565 (zur Datenschutzäquivalenz).

⁴⁷ BEGLINGER/TOBLER (FN 46), 566 und 568.

⁴⁸ BEGLINGER/TOBLER (FN 46), 553.

⁴⁹ Wobei Drittstaaten umgekehrt ähnliche Marktzugangsregimes aufstellen (z.B. Börsenäquivalenz und Datenschutzäquivalenz aus Sicht der Schweiz).

jeweiligen Bereich – Finanzsektor⁵⁰ oder Schutz personenbezogener Daten⁵¹ – gilt und überprüft dies regelmässig. Die Kommission ist überdies gewillt, die Erteilung oder Bestätigung von Angemessenheitsbeschlüssen für politische Zwecke einzusetzen.⁵²

Bei der Herstellung der Gleichwertigkeit bzw. Angemessenheit oder Äquivalenz im Rahmen von Drittstaatenregimes – also ausserhalb staatsvertraglicher Regelungen – geht es regelmässig um eine *Angleichung* des Rechts der Handelspartner an das EU-Recht – *nicht um eine Übernahme* von EU-Recht. Das Recht des Drittstaats muss nicht die EU-rechtlichen Bestimmungen mehr oder weniger unverändert übernehmen. Es genügt, wenn die Vorschriften und die Durchsetzungsmechanismen im Recht des Drittstaats die *Kernanforderungen*⁵³ der EU-rechtlichen Vorschriften erfüllen und insgesamt «der Sache nach»⁵⁴ ein *gleichwertiges* Schutzniveau bieten.

⁵⁰ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Gleichwertigkeit im Bereich der Finanzdienstleistungen, COM(2019) 349 final, 29.07.2019, 4 und 9.

⁵¹ Art. 45 DSGVO (Datenübermittlung auf der Grundlage eines Angemessenheitsbeschlusses); Durchführungsbeschluss (EU) 2019/419 der Kommission vom 23. Januar 2019 nach der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Angemessenheit des Datenschutzniveaus in Japan im Rahmen des Gesetzes über den Schutz personenbezogener Informationen, ABl. 2019 L 76, 1; EuGH, *Maximilian Schrems gegen Data Protection Commissioner*, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, 06.10.2015 (zit. Schrems I), N 73 f.; EuGH, *Data Protection Commissioner gegen Facebook Ireland Limited und Maximilian Schrems*, C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559, 16.07.2020 (zit. Schrems II), N 162.

⁵² Vgl. die Nichtverlängerung des Beschlusses der Europäische Kommission über die Börsenäquivalenz der Schweiz im Dezember 2017.

⁵³ BEGLINGER/TOBLER (FN 46), 567.

⁵⁴ EuGH, Schrems I (FN 51), N 73 («[...] nicht verlangt werden kann, dass ein Drittland ein dem in der Unionsrechtsordnung garantiertes identisches Schutzniveau gewährleistet.») und N 74 («der Sache nach gleichwertig[es]» Schutzniveau); bestätigt in Schrems II (FN 51), N 162 («der Sache nach gleichwertig[es]» Schutzniveau).

IV. Bedeutung der Rezeption für die Rechtsanwendung

A. Generelles

Die vom Schweizer Gesetzgeber gewählte Form der Rezeption von EU-Recht ist entscheidend für die Frage, welche Bedeutung die Praxis zum rezipierten EU-Recht für die Anwendung des Schweizer Rechts hat. Im Wesentlichen geht es um die Frage, *ob der Gesetzgeber autonomes Schweizer Recht schafft, das autonom ausgelegt werden soll, oder aber ob die Europakompatibilität auch im Rahmen der Rechtsfortbildung durch Gerichte und Behörden sichergestellt werden soll.*

Zur Beantwortung dieser Frage bei der Auslegung von an EU-Recht angeglichener Schweizer Recht sind namentlich die folgenden drei Leiturteile des Bundesgerichts instruktiv:

- BGE 129 III 335 (Auslegung von Art. 333 Abs. 3 OR – Solidarhaftung von Veräusserer und Erwerber für Forderung des Arbeitnehmers bei Übergang des Arbeitsverhältnisses)
- BGE 137 II 199 (Auslegung von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG – Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen)
- BGE 139 I 72 (Auslegung von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG – Bestimmbarkeit)

B. BGE 129 III 335 (Arbeitsrecht)

1. Ausgangslage

Das Urteil BGE 129 III 335 betraf die Auslegung von Art. 333 Abs. 3 OR (solidarische Haftung des bisherigen Arbeitgebers und des Erwerbers für Forderungen des Arbeitnehmers bei Betriebsübergängen). Zu prüfen war, ob die Vorinstanz korrekt entschieden hat, Art. 333 Abs. 3 OR im Konkursfall nicht anzuwenden.⁵⁵ Gemäss Bundesgericht äussern sich weder der Wortlaut (grammatikalisches Auslegungselement) der Bestimmung noch die Materia-

⁵⁵ BGE 129 III 335 E. 3.

lien (historisches Auslegungselement) explizit zur Frage, ob der Erwerber für vor Betriebsübernahme fällig gewordene Lohnforderungen haftet.

Das Bundesgericht legte die Bestimmung nach ihrem Sinn und Zweck (teleologisches Auslegungselement) sowie gemäss ihrer systematischen Stellung im Zusammenhang mit dem Konkursrecht (systematisches Auslegungselement) aus.⁵⁶ Es kam zum Ergebnis, dass Art. 333 Abs. 3 OR im Konkursfall nicht anwendbar ist.

2. Europarechtskonforme Auslegung von Art. 333 Abs. 3 OR

Ergänzend zur klassischen Auslegung legte das Bundesgericht Art. 333 Abs. 3 OR europarechtskonform aus. Es kam dabei zum selben Ergebnis wie bei der Auslegung nach Sinn, Zweck und Systematik.

Der Schweizer Gesetzgeber hatte Art. 333 Abs. 1 OR im Rahmen der Revision vom 17. Dezember 1993 als Bestandteil des Swisslex-Pakets so abgeändert, dass Arbeitsverhältnisse, die im Zeitpunkt der Übertragung des Betriebs auf einen Dritten bestehen, von Gesetzes wegen auf den Erwerber übergehen.⁵⁷ Insoweit lag gemäss Bundesgericht eine Anpassung von Art. 333 OR an die Richtlinie 77/187/EWR⁵⁸ in der Form eines *autonomen Nachvollzugs* des europäischen Rechts vor.⁵⁹

Gemäss Bundesgericht ist autonom nachvollzogenes Schweizer Recht mit dem europäischen Recht harmonisiertes Recht. Als solches sei es «im Zweifel europarechtskonform auszulegen».⁶⁰ In der Richtlinie 77/157/EWR blieb indes ungerregelt, ob sie im Falle des Konkurses anwendbar sei. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) entschied, dass die Mitgliedsstaaten die Frage autonom

⁵⁶ BGE 129 III 335 E. 5.

⁵⁷ Botschaft Swisslex-Paket (FN 30), 880 f.

⁵⁸ Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, ABl. L 061, 05.03.1977 (nicht mehr in Kraft).

⁵⁹ BGE 129 III 335 E. 6 (mit Hinweis auf E. 5.1).

⁶⁰ BGE 129 III 335 E. 6.

regeln dürfen.⁶¹ Diese Rechtsprechung kodifizierte der EG-Rat später in einer Teilrevision der Richtlinie 77/187/EWR.⁶² Es stellte sich die Frage, ob das Bundesgericht bei der europarechtskonformen Auslegung von Art. 333 OR und insb. Abs. 3 der Bestimmung die Anwendung der Richtlinie durch den EuGH und die Teilrevision der Richtlinie 77/187/EWR (bzw. deren Nachfolgerichtlinie 2001/23/EG⁶³) durch den EG-Rat mitberücksichtigen darf. Das Bundesgericht hielt fest:

«Wird [...] die schweizerische Ordnung einer ausländischen – hier der europäischen – angeglichen, ist die Harmonisierung nicht nur in der Rechtssetzung, sondern namentlich auch in der Auslegung und Anwendung des Rechts anzustreben, soweit die binnenstaatlich zu beachtende Methodologie [d.h. die im Schweizer Recht anzuwendenden klassischen Auslegungsmethoden] eine solche Angleichung zulässt. [...] Die Angleichung in der Rechtsanwendung darf sich dabei nicht bloss an der europäischen Rechtslage orientieren, die im Zeitpunkt der Anpassung des Binnenrechts durch den Gesetzgeber galt. Vielmehr hat sie auch die Weiterentwicklung des Rechts, mit dem eine Harmonisierung angestrebt wurde, im Auge zu behalten.»⁶⁴

Das Bundesgericht entschied mit Verweis auf seine Auslegung der Bestimmungen nach teleologischer und systematischer Auslegung, dass in Bezug auf Art. 333 Abs. 3 OR ein solcher «Angleichungsspielraum» besteht.⁶⁵ Das Gericht berücksichtigte daher die EuGH-Rechtsprechung und die spätere *gesetzgeberische Weiterentwicklung* der europäischen Bestimmung als «Auslegungshilfe»⁶⁶ und entschied, dass Art. 333 Abs. 3 OR in Ermangelung einer gegenteiligen Regelung im Konkursfall nicht anwendbar ist.⁶⁷

⁶¹ EuGH, Rs. 135/83, 07.02.1985, *Abels*, Slg. 1985, 469; bestätigt durch Rs C-319/94, 12.03.1998, *Jules Dethier Equipements S.A.*, Slg. 1998, I–1061.

⁶² Art. 4a Richtlinie 77/187/EWR, eingeführt durch Richtlinie 98/50, ABl. L 201, 17.07.1998, 88 ff.).

⁶³ Richtlinie 2001/23/EG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, ABl. L 82, 22.03.2001, 16.

⁶⁴ BGE 129 III 335 E. 6 (Art. 333 OR betreffend); bestätigt in BGE 130 III 182 E. 5.5.1 (Art. 15 des Bundesgesetz über Pauschalreisen betreffend).

⁶⁵ BGE 129 III 335 E. 6.

⁶⁶ BGE 129 III 335 E. 6.

⁶⁷ BGE 129 III 335 E. 6.

C. BGE 137 II 199 (Kartellgesetz)

1. Ausgangslage

Im Urteil BGE 137 II 199 hatte das Bundesgericht Art. 7 Abs. 2 lit. c KG (Erzwingung unangemessener Preise oder sonstiger unangemessener Geschäftsbedingungen) auszulegen. Es stellte sich die Frage, welche Bedeutung darin das Wort «Erzwingung» hat.

Die Vorinstanz verneinte den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die Swisscom. Diese sei aufgrund der regulatorischen Rahmenordnung gar nicht in der Lage gewesen, ihre Preise oder sonstigen Geschäftsbedingungen durchzusetzen und somit zu «erzwingen». Das Volkswirtschaftsdepartement stellte sich auf den Standpunkt, Erzwingen sei kein eigenständiges Tatbestandsmerkmal. Die Swisscom habe die Höhe der Terminierungspreise allein schon aufgrund ihrer Stellung als marktbeherrschendes Unternehmen bestimmen können.⁶⁸

2. Keine europarechtskonforme Auslegung

Das Bundesgericht hatte den Sinn von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG durch Auslegung zu ermitteln. Das Volkswirtschaftsdepartement hielt dafür, die Bestimmung im Sinne des EU-Wettbewerbsrechts auszulegen. Dies führe zu einem restriktiveren Verständnis des Ausbeutungsmisbrauchs als jenes der Vorinstanz.⁶⁹

Das Bundesgericht hielt fest, dass das Kartellgesetz vom EU-Recht unabhängiges Schweizer Recht sei. Als solches sei es grundsätzlich autonom auszulegen. Allerdings dränge sich der Beizug des EU-Wettbewerbsrechts als Auslegungshilfe auf, soweit der schweizerische Gesetzgeber *eine Koordination mit dem EU-Recht bezweckt habe und sich die Regelungen inhaltlich entsprechen*. Insbesondere autonom nachvollzogenes EU-Recht sei nach der Rechtsprechung europarechtskonform auszulegen. Denn beim *autonomen Nachvollzug* ginge es dem Gesetzgeber darum, eine *parallele Regelung* zu schaffen.⁷⁰

⁶⁸ BGE 137 II 199 E. 4.2.

⁶⁹ BGE 137 II 199 E. 4.3.1.

⁷⁰ BGE 137 II 199 E. 4.3.1.

Mit Verweis auf die Botschaft zur Kartellgesetzrevision von 1995⁷¹ hielt das Bundesgericht fest, die KG-Revision von 1995 habe «keinen besonderen europapolitischen Hintergrund» gehabt. Das Ziel der «EU-Kompatibilität» werde nicht genannt, auch nicht in den Ausführungen zum Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Der Gesetzgeber habe mit der Revision von 1995 somit nicht EU-Wettbewerbsrecht autonom nachvollziehen wollen.

Das Bundesgericht sah in der Formulierung der Missbrauchstatbestände eine *Anlehnung* an EU-Wettbewerbsrecht. Das Regelungsmuster des EU-Wettbewerbsrechts sei beim Erlass von Art. 7 KG aber nur insoweit berücksichtigt worden, «als nicht aus sachlichen Gründen unterschiedliche Lösungen angezeigt erschienen». Auch aus der Terminologie von Art. 7 KG liesse sich nicht ableiten, dass zwingend eine identische Regelung angestrebt war.⁷²

Das Bundesgericht verwies sodann auf die Botschaft zur Kartellgesetzrevision von 2003, in welcher der Gesetzgeber direkte Sanktionen (Art. 48a KG) einführte.⁷³ Der Bundesrat führte darin aus, dass sich die Regelungen zur Sanktion «nur schlecht mit entsprechenden Instituten im europäischen Kontext vergleichen» liessen, da «*Unterschiede in der konzeptionellen Ausrichtung (Verbots- statt Missbrauchsprinzip in der EU)*»⁷⁴ bestünden. Immerhin erfolge eine *Annäherung* an das Schutzniveau in der EU.⁷⁵ Dieser Relativierung entnahm das Bundesgericht, dass das Schweizer Recht «nicht vollständig demjenigen der Europäischen Union entspricht» und der Schweizer Gesetzgeber mithin *nicht eine identische Regelung angestrebt* hat.⁷⁶

⁷¹ Botschaft vom 23. November 1994 zu einem Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG), BBl 1995 I 468 (zit. Botschaft KG 1995).

⁷² BGE 137 II 199 E. 4.3.2; Vgl. aber STURNY (FN 38). Sie beurteilt die KG-Revision von 1995 als bewusste Orientierung am EU-Wettbewerbsrecht und daher als autonomen Nachvollzug – wobei sie den autonomen Nachvollzug relativ breit versteht und ihn der blossen eklektischen Anlehnung bzw. dem zufälligen Abkupfern von EU-Recht gegenüberstellt (a.a.O. 76–77).

⁷³ BGE 137 II 199 E. 4.3.2.

⁷⁴ Botschaft vom 7. November 2001 über die Änderung des Kartellgesetzes, BBl 2002 2022 (zit. Botschaft KG 2003), 2051; Hervorhebung hinzugefügt.

⁷⁵ Botschaft KG 2003 (FN 74), 2051.

⁷⁶ BGE 137 II 199 E. 4.3.2.

3. Plausibilisierung des Auslegungsergebnisses anhand EU-Praxis

Das Bundesgericht legte Art. 7 Abs. 2 lit. c KG daher autonom in Anwendung der klassischen Auslegungsmethoden aus (grammatikalische, systematische und teleologische Auslegung).⁷⁷ Die Rechtsprechung des EuGH zog das Bundesgericht nur (aber immerhin) *rechtsvergleichend* heran: Auch nach der EuGH-Rechtsprechung folge aus der wirtschaftlichen Macht des Marktbeherrschers für sich allein noch nicht, dass dessen Preise missbräuchlich seien. Es sei vielmehr eine Gesamtwürdigung vorzunehmen.⁷⁸

D. BGE 139 I 72 (Kartellgesetz)

1. Ausgangslage

In BGE 139 I 72 hatte das Bundesgericht zu beurteilen, ob Art. 7 Abs. 2 lit. b KG (Diskriminierung von Handelspartnern bei Preisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen) im Sinne des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots genügend bestimmt sei, damit Verstösse dagegen nach Art. 49a KG («strafrechtsähnlich»⁷⁹) direkt sanktioniert werden dürfen.

2. Erkenntnisse über den Norm-Sinn aus Praxis zu ähnlichen Bestimmungen im EU-Recht

Es scheint, als hätte das Bundesgericht in BGE 139 I 72 eine Kehrtwende vollzogen: In BGE 137 II 199 hielt es noch fest, die KG-Revision von 1995 hätte nicht zum Ziel gehabt, EU-Kompatibilität herzustellen – auch nicht mit Bezug auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. In BGE 139 I 72 aber hielt das Bundesgericht nun fest, dass sich das schweizerische Kartellgesetz «stark am europäischen Wettbewerbsrecht orientiert».⁸⁰

⁷⁷ BGE 137 II 199 E. 4.3.3–4.3.5.

⁷⁸ BGE 137 II 199 E. 4.3.2 mit Hinweis auf das Urteil C-52/09 des EuGH vom 17.02.2011 i.S. *Konkurrensverket c. TeliaSonera Svergie AB*.

⁷⁹ BGE 139 I 72 E. 2.2.2.

⁸⁰ BGE 139 I 72 E. 8.2.3 mit Hinweis auf die Botschaft – KG 1995 (FN 71), («Parallelen bestehen beispielsweise bei der Formulierung der Tatbestände des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung»).

Gemäss Botschaft KG 1995 bestünden beispielsweise bei der Formulierung der Tatbestände des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung «Parallelen» mit der entsprechenden Regelung im EU-Wettbewerbsrecht.⁸¹ Deshalb sei «auch die Praxis [der EU-Wettbewerbsbehörden] zu Art. 102 AEUV» bei der Auslegung von Art. 7 KG «zu berücksichtigen».⁸² Aus der Praxis zu Art. 102 AEUV liessen sich «diesbezüglich» (d.h. in Bezug auf die ähnlich formulierten Tatbestände in Art. 7 KG) «Erkenntnisse über den Norm-Sinn und damit auch *Rechtssicherheit*» gewinnen.⁸³

«Erkenntnisse» zu gewinnen bedeutet aber nicht, grösstmögliche Parallelität in der Rechtsanwendung anzustreben. Es ist nicht davon auszugehen, dass das Bundesgericht in BGE 139 I 72 mit dem Verweis auf die Möglichkeit, Erkenntnisse zu gewinnen, das Gebot einer europarechtskonformen Auslegung im eigentlichen Sinn gemeint hat. Sonst hätte es dies klarer (wie in BGE 129 III 335) darlegen und mit Blick auf einschlägige Praxis der EU-Behörden umsetzen müssen.

Die einschlägige Praxis der EU-Behörden analysierte das Bundesgericht indes in BGE 139 I 72 gerade nicht. Gemäss Bundesgericht musste die Publigroupe (Beschwerdeführerin) allein schon aufgrund früherer Hinweise der WEKO auf das Diskriminierungspotential der Richtlinien davon ausgehen, dass ihre Verhaltensweise unter Art. 7 KG unzulässig sein könnte.⁸⁴

E. Regeln und Prüfraster für die Auslegung

1. Regeln

Aus den drei vorstehend besprochenen Entscheiden des Bundesgerichts ergeben sich die folgenden Regeln für die Berücksichtigung der Praxis von EU-Datenschutzaufsichtsbehörden und -Gerichten:

⁸¹ BGE 139 I 72 E. 8.2.3 mit Hinweis auf die Botschaft – KG 1995 (FN 71), 531 («Parallelen bestehen beispielsweise bei der Formulierung der Tatbestände des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung»).

⁸² BGE 139 I 72 E. 8.2.3.

⁸³ BGE 139 I 72 E. 8.2.3.

⁸⁴ BGE 139 I 72 E. 8.2.3.

- **Europarechtskonforme Auslegung:** Autonom nachvollzogenes Schweizer Recht ist im Zweifel europarechtskonform auszulegen.⁸⁵
- **Berücksichtigung der EU-Rechtsanwendung bei europarechtskonformer Auslegung:** *Wenn es die im Schweizer Recht geltenden klassischen Auslegungselemente zulassen*, ist bei der Auslegung autonom nachvollzogenen Schweizer Rechts die Praxis der EU-Behörden und -Gerichte zum rezipierten EU-Recht autoritativ mitzubersichtigen.⁸⁶
- **Berücksichtigung der EU-Rechtsanwendung als Auslegungshilfe:** Bei blosser *Angleichung des Schweizer Rechts an EU-Recht*, bei welcher der Schweizer Gesetzgeber bewusst *eine eigenständige Schweizer Regelung* schaffen wollte und z.B. eine *unterschiedliche konzeptionelle Ausrichtung*⁸⁷ gewählt hat, ist die Rechtsprechung zum rezipierten EU-Recht bloss *als Auslegungshilfe* zu berücksichtigen. Die Behörden können daraus z.B. Erkenntnisse über den Norm-Sinn der auszulegenden Bestimmung gewinnen.⁸⁸ Bei dieser Art der Berücksichtigung des EU-Rechts dient das EU-Recht nur der Bestätigung (*Plausibilisierung*) des Auslegungsergebnisses.⁸⁹

2. Prüfung des politischen Willens des Schweizer Gesetzgebers

Bei der Wahl der anzuwendenden Regel hat die rechtsanwendende Schweizer Behörde stets zu prüfen, ob der Schweizer Gesetzgeber in Bezug auf die *einzelne auszulegende Bestimmung* den *politischen Willen* geäußert hat, EU-Recht zu übernehmen und somit autonom nachzuvollziehen, oder aber eine autonom schweizerische Lösung anstelle der EU-Lösung zu wählen – mithin die Rezeption des EU-Rechts zu begrenzen (*Umsetzung à la carte*).⁹⁰

⁸⁵ BGE 129 III 335 E. 6; bestätigt in BGE 130 III 182 E. 5.5.1 und 129 III 335 E. 5.1 und 6.

⁸⁶ BGE 129 III 335 E. 6 (Art. 333 OR betreffend); bestätigt in BGE 130 III 182 E. 5.5.1.

⁸⁷ BGE 137 II 199 E. 4.3.2.

⁸⁸ BGE 139 I 72 E. 8.2.3 mit Hinweis auf MONIQUE STURNY: Der Einfluss des europäischen Kartellrechts auf das schweizerische Kartellrecht, in: Thomas Cottier (Hrsg.), Die Europakompatibilität des schweizerischen Wirtschaftsrechts: Konvergenz und Divergenz, Basel 2012, 107 ff., 113 ff. i.V.m. 112, 124 N 90 und 127.

⁸⁹ Vgl. MARC AMSTUTZ, Interpretatio multiplex. Zur Europäisierung des schweizerischen Privatrechts im Spiegel von BGE 129 III 335, in: Heinrich Honsell et al. (Hrsg.), Privatrecht und Methode, Festschrift für ERNST A. KRAMER, Basel 2004, 67–91, 80 («blosser Bestätigungswert (und mithin kein Entscheidungswert)»).

⁹⁰ AMSTUTZ (FN 89), 90.

Steht fest, dass es sich um autonom nachvollzogenes Recht handelt, haben Gerichte und Behörden im Einzelfall zu prüfen, ob der Gesetzgeber klar⁹¹ den **politischen Willen** geäußert hat, das Schweizer Recht dynamisch mit dem EU-Recht zu harmonisieren und somit auch die richterliche und gesetzgeberische Weiterentwicklung des rezipierten EU-Rechts (auf dem Weg der richterlichen Rechtsfortbildung in der Schweiz) zu übernehmen.⁹² Nur wenn der Nachweis dieses politischen Willens gelingt, und nur wenn der schweizerische Gesetzgeber die Umsetzung des EU-Rechts «fehlerhaft, d.h. entgegen seiner Absicht planwidrig unvollständig (*lückenhaft*) vollzogen hat»⁹³, haben die rechtsanwendenden Schweizer Behörden die EU-Praxis zur autonom nachvollzogenen Regelung autoritativ mitzuberücksichtigen (wovon die bloss rechtsvergleichende Berücksichtigung zu unterscheiden ist).

Grundsätzlich erfordert das Prinzip richterlicher Zurückhaltung, dass das Bundesgericht und die weiteren rechtsanwendenden Behörden einen neuerlichen Entscheid des Schweizer Gesetzgebers abwarten, anstatt EU-Praxis zu folgen, die das rezipierte EU-Recht weiterentwickelt. Etwas anderes gilt nur, wenn der Schweizer Gesetzgeber klar den Willen erkennen liess, das Schweizer Recht über richterliche Rechtsfortbildung «auf Gedeih und Verderb» – was auch immer der EuGH dazu judiziere! – dynamisch weiterzuentwickeln.⁹⁴

Wenn ein solcher Wille *nicht klar erkennbar ist*, darf die rechtsanwendende Behörde die Weiterentwicklung des autonom nachvollzogenen EU-Rechts (und somit die EU-Praxis) nur *rechtsvergleichend* als *Auslegungshilfe*⁹⁵ berücksichtigen. Eine solche «**europarechtliche Orientierung der Rechtsanwendung**» drängt sich gemäss KRAMER «bei grundsätzlich europakompatiblen (aber nicht i.e.S. im Wege «autonomen Nachvollzugs» erlassenen)» Schweizer Regelungen geradezu auf.⁹⁶

⁹¹ EMMANUEL PIAGET, L'influence de la jurisprudence communautaire sur l'interprétation des lois suisses relatives à la propriété intellectuelle : argument contraignant ou simple aide à l'interprétation?, in: sic! 2006, 727, 733 («de façon évidente »).

⁹² ANDREAS FURRER, Der Einfluss der EuGH-Rechtsprechung auf das schweizerische Wirtschaftsprivatrecht, in: SZIER 2006, 311, 330.

⁹³ KRAMER (FN 36), 353 (Hervorhebung hinzugefügt).

⁹⁴ KRAMER (FN 36), 354. Vgl. PIAGET (FN 91), 733.

⁹⁵ PIAGET (FN 91), 733. Vgl. KRAMER (FN 36), 335.

⁹⁶ KRAMER (FN 36), 335 (Hervorhebung hinzugefügt).

3. Intensität der Anlehnung an EU-Recht eruieren

Das Gebot, nachvollzogenes Schweizer Recht im Zweifel europarechtskonform auszulegen, ist nicht absolut. Erstens gilt es nur in Bezug auf die *einzelne nachvollzogene Norm*. Zweitens sind «Eigenheiten oder unterschiedliche Ziele der schweizerischen Rechtsordnung»⁹⁷ zu berücksichtigen. Gerade eine *konzeptionell unterschiedliche Ausgestaltung*⁹⁸ des an das EU-Recht angeglichenen Rechts kann einer europarechtskonformen Auslegung entgegenstehen.⁹⁹

Gemäss HEINEMANN haben die rechtsanwendenden Schweizer Behörden in solchen Fällen zu begründen, weshalb sie der europäischen Lösung nicht folgen.¹⁰⁰ Dies steht im Einklang damit, dass gemäss Botschaftsleitfaden der Bundeskanzlei bei der Ausarbeitung von Gesetzesentwürfen ein Abweichen von den europäischen Regelungen zu begründen ist.¹⁰¹ HEINEMANN geht noch weiter und fordert, dass die rechtsanwendende Behörde vor einer abweichenden Auslegung die Vorteile eines eigenständigen Schweizer Ansatzes mit dem «Verlust an Harmonisierungsgewinnen» abwägen sollte. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Grundsatz richterlicher Zurückhaltung erfordert, Harmonisierungsgewinne in der Rechtsanwendung nur anzustreben, wenn der Gesetzgeber diesbezüglich einen klaren Willen geäussert hat.¹⁰²

HEINEMANN ist insofern zuzustimmen, dass es zwischen den Arten der autonomen Anpassung (zwischen autonomem Nachvollzug von EU-Recht und Angleichung oder allgemeiner Inspiration) Zwischenstufen gibt, die es bei der Auslegung der Schweizer Norm zu berücksichtigen gilt.¹⁰³ Die rechtsanwendende Schweizer Behörde hat somit die **Intensität der Anlehnung an EU-Recht zu bestimmen**.¹⁰⁴ Je intensiver der Gesetzgeber das Schweizer Regelwerk bzw. die konkret auszulegende Norm an das EU-Recht angelehnt

⁹⁷ HEINEMANN (FN 25), 35.

⁹⁸ BGE 137 II 199 E. 4.3.2.

⁹⁹ BGE 139 I 72 E. 8.2.3; HEINEMANN (FN 25), 35.

¹⁰⁰ HEINEMANN (FN 25), 35.

¹⁰¹ HEINEMANN (FN 25), 35.

¹⁰² Vgl. oben IV.E.2.

¹⁰³ HEINEMANN (FN 25), 33–34.

¹⁰⁴ HEINEMANN (FN 25), 31.

hat, desto relevanter wird die europarechtskonforme Auslegung oder zumindest eine Orientierung am EU-Recht wie auch seiner Weiterentwicklung durch die Praxis der EU-Behörden und -Gerichte.¹⁰⁵

F. Bisherige Zurückhaltung in Praxis zum Datenschutzrecht

1. Bundesgericht

In Leitentscheiden des Bundesgerichts zum DSG findet man nur ausnahmsweise Bezüge zur Anwendung der (durch die DSGVO aufgehobenen) Richtlinien 95/46/EG:

- BGE 136 II 508 (*Logistep*) – Plausibilisierung anhand Stellungnahme der Artikel 29-Datenschutzgruppe.¹⁰⁶
- BGE 138 II 346 (*Google Street View*) – keine Nennung.
- BGE 138 III 425 (*Auskunftsrecht von Bankkunden*) – keine Nennung.
- BGE 141 III 119 (*Auskunftsrecht von Mitarbeitenden*) – keine Nennung.
- BGE 142 III 263 (*Videoüberwachungssystem*) – keine Nennung.
- BGE 143 I 253 (*FINMA Watchlist*) – keine Nennung.
- BGE 144 I 126 (*Aufbewahrung von Randdaten der Telekommunikation*) – Hinweise auf Urteile des EuGH zur Vorratsdatenspeicherung, aber nicht unter Bezugnahme auf Richtlinie 95/46/EG.

2. Bundesverwaltungsgericht

Auch in der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts finden sich nur vereinzelt Hinweise auf Bestimmungen, Praxis oder Stellungnahmen zum EU-Datenschutzrecht:

- Urteil A-3144/2008 vom 27. Mai 2009 (*Logistep*) – Hinweis auf Stellungnahme 4/2007 der Art. 29-Datenschutzgruppe.¹⁰⁷

¹⁰⁵ HEINEMANN (FN 25), 31.

¹⁰⁶ BGE 136 II 508 E. 3.6.

¹⁰⁷ BVGer, A-3144/2008, 27.05.2009, E. 2.2.3.

- Urteil A-5225/2015 vom 12. April 2017 (*Lucency*) – keine Nennung.
- Urteil A-4232/2015 vom 18. April 2017 (*Moneyhouse*) – Hinweis¹⁰⁸ auf (i.c. nicht einschlägiges) EuGH-Urteil i.S. Google Spain.¹⁰⁹
- Urteil A-3548/2018 vom 19. März 2019 (*Helsana*) – Hinweis auf Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO, wonach Personendaten nur für «legitime» Zwecke erhoben und bearbeitet werden dürfen, und darauf, dass sich die Rechtslage gemäss DSG davon unterscheidet.¹¹⁰

V. Analyse

A. Intensität der Anlehnung an die DSGVO im Allgemeinen

1. Einleitung

Die Intensität der Anlehnung des nDSG an die DSGVO gibt Aufschluss darüber, ob und wie die Praxis der Behörden und Gerichte zur DSGVO bei der Auslegung des DSG zu berücksichtigen ist. *Je intensiver die Anlehnung, desto eher sind die DSGVO-Bestimmung und die Praxis dazu bei der Auslegung des nDSG zu berücksichtigen.* Die Skala beginnt mit der blossen Auslegungshilfe, geht über in die europarechtliche Orientierung, und reicht bis zum Gebot der europarechtskonformen Auslegung unter Berücksichtigung der EU-Praxis.¹¹¹

Zur Eruiierung der Intensität der Anlehnung des nDSG an die DSGVO sind die rechtsvergleichenden Vorarbeiten des Bundesamts für Justiz (BJ) besonders instruktiv. Der Erläuternde Bericht zum Vorentwurf des nDSG (VE-DSG)¹¹² enthält ein Kapitel zur «Ausgangslage auf internationaler Ebene» mit Hinweisen auf die Regelungen der EU, des Europarats und der Vereinten Nationen

¹⁰⁸ BVGer, A-4232/2015 .18.04.2017, E. 6.1 (*Moneyhouse*).

¹⁰⁹ EuGH, Rs. C-131/12, 13.05.2014, *Google Spain SL und Google Inc. gegen Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) und Mario Costeja González*.

¹¹⁰ BVGer, A-3548/2018, 19.03.2019, E. 5.4.3.

¹¹¹ Vgl. oben IV.E.1.

¹¹² Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, 21.12.2016 (zit. Erläuternder Bericht VE-DSG).

sowie auf Richtlinien der OECD.¹¹³ In anschliessenden Kapiteln äussert sich der Erläuternde Bericht VE-DSG detailliert zu den Vorgaben der Schengen-relevanten Richtlinie (EU) 2016/680¹¹⁴ und des revidierten Übereinkommens SEV 108¹¹⁵. Im Kapitel zur DSGVO erläutert das BJ die «Angleichung der schweizerischen Gesetzgebung» an die DSGVO.¹¹⁶ Schliesslich enthält auch das Kapitel zu den «Ziele[n] der Revision»¹¹⁷ wichtige Hinweise darauf, inwiefern mit der Revision eine Art der Anpassung an europäische Normen bezweckt wird.

Die Botschaft des Bundesrats äussert sich gleich in der Übersicht («Ausgangslage und Ziele der Vorlage») zur unterschiedlichen Bedeutung der Richtlinie (EU) 2016/680, des revidierten Übereinkommens SEV 108 und der DSGVO für das nDSG.¹¹⁸ Wie bereits im Erläuternden Bericht VE-DSG, enthält das (fast identische) Kapitel «Ausgangslage auf internationaler Ebene» in der Botschaft detaillierte Hinweise zur Bedeutung der Regelungen der EU, des Europarats und der Vereinten Nationen für die Revisionsvorlage.¹¹⁹ Auch das Kapitel «Ziele der Revision»¹²⁰ mit den Hinweisen auf die Art der Anpassung an europäische Normen übernimmt die Botschaft E-DSG aus dem Erläuternden Bericht VE-DSG.

In der Folge stellt dieser Beitrag für die Eruiierung der Intensität der Anlehnung an die DSGVO im Allgemeinen auf den Wortlaut der genannten Kapitel in der Botschaft E-DSG ab. Dies rechtfertigt sich dadurch, dass (i) die Botschaft E-DSG aktueller ist als der Erläuternde Bericht VE-DSG und (ii) die Botschaft E-DSG durch den von der Volksvertretung (Bundesversammlung) gewählten Bundesrat veröffentlicht wurde und somit die höhere demokratische Legitimation hat. Zudem (iii) sind die Kapitel zur Ausgangslage auf internationaler Ebene und zu den Zielen der Revision im Erläuternden Bericht VE-DSG und in der Botschaft E-DSG ohnehin praktisch identisch sind.

¹¹³ Erläuternder Bericht VE-DSG (FN 112), 13–18.

¹¹⁴ Erläuternder Bericht VE-DSG (FN 112), 31–32.

¹¹⁵ Erläuternder Bericht VE-DSG (FN 112), 21–30.

¹¹⁶ Erläuternder Bericht VE-DSG (FN 112), 31–32.

¹¹⁷ Erläuternder Bericht VE-DSG (FN 112), 17–18.

¹¹⁸ Botschaft E-DSG (FN 3), 6943.

¹¹⁹ Botschaft E-DSG (FN 3), 6962–6969.

¹²⁰ Botschaft E-DSG (FN 3), 6969–6970.

Während die erwähnten Vorarbeiten einen guten Überblick über die generelle Zielsetzung des nDSG geben, sind die Protokolle der Sitzungen der SPK von Nationalrat (SPK-N) und Ständerat (SPK-S) sowie die Mitschrift der Beratungen im Parlament unverzichtbar, um den *politischen Willen* des Gesetzgebers in Bezug auf die Revisionsvorlage insgesamt und in Bezug auf die einzelnen Bestimmungen zu eruieren. Einige davon – so die Bestimmungen zur Datenportabilität (Art. 28–29 nDSG) und die Bestimmungen zum Profiling mit hohem Risiko (Art. 5 lit. g und Art. 6 Abs. 7 lit. b nDSG) – wurden sogar erst im Zuge der Beratungen in den SPK und im Parlament in das nDSG aufgenommen.

2. Ausgangslage aus internationaler Sicht

a. Europäische Union

i. Einleitung

In Bezug auf die Ausgangslage auf Ebene der EU erwähnt der Bundesrat den Erlass der DSGVO und der Richtlinie (EU) 2016/680 vom 27. April 2016. Der Bundesrat weist auf die unterschiedliche Bedeutung dieser beiden EU-Erlasse hin: Die Richtlinie (EU) 2016/680 gehört zum Schengen-Acquis. Gemäss Art. 2 Abs. 3 des Schengen-Assoziierungsabkommens sei die Schweiz *daher verpflichtet, diese Richtlinie umzusetzen*.¹²¹ Hingegen handle es sich bei der DSGVO nicht um eine Weiterentwicklung des Schengen-Acquis. Entsprechend sei die Schweiz *nicht verpflichtet, die DSGVO umzusetzen*.¹²²

ii. Richtlinie (EU) 2016/680

Ziel der *Richtlinie (EU) 2016/680* sei es, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen dem Interesse betroffener Personen auf Schutz ihrer Privatsphäre und den Interessen der wirksamen Strafverfolgung herzustellen. Dies soll gemäss Bundesrat namentlich durch die folgenden Änderungen erreicht werden:¹²³

- Definition neuer Datenkategorien (Art. 6 der Richtlinie [EU] 2016/680);
- Stärkung des Erfordernisses einer gesetzlichen Grundlage für die Datenbearbeitung (Art. 8 der Richtlinie [EU] 2016/680);

¹²¹ Botschaft E-DSG (FN 3), 6991.

¹²² Botschaft E-DSG (FN 3), 6964, 6996 und 6998.

¹²³ Botschaft E-DSG (FN 3), 6989–6991.

- Einführung des Grundsatzes des Datenschutzes durch Technikgestaltung und datenschutzfreundliche Voreinstellungen (Art. 19 und 20 der Richtlinie [EU] 2016/680);
- Einführung der Pflicht der Verantwortlichen, vor Einführung bestimmter neuer Datenverarbeitungen eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen und gegebenenfalls die Aufsichtsbehörde zu konsultieren (Art. 27–28 der Richtlinie [EU] 2016/680);
- Einführung der Pflicht der Verantwortlichen, Verletzungen der Datensicherheit in bestimmten Fällen der Aufsichtsbehörde und gegebenenfalls betroffenen Personen zu melden (Art. 30–31 der Richtlinie [EU] 2016/680).

iii. DSGVO

Die DSGVO thematisiert der Bundesrat als zweiten grundlegenden Datenschutzerlass auf EU-Ebene. In seinem Kurzüberblick beschreibt der Bundesrat die Regelungsbereiche der einzelnen Kapitel der DSGVO. Dabei fokussiert er auf Änderungen im Vergleich zur früheren EU-Datenschutzrichtlinie¹²⁴. Dazu gehören:¹²⁵

- Ausbau der Betroffenenrechte;
- Einführung des Grundsatzes des Datenschutzes durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen;
- detailliertere Regelung der Auftragsverarbeitung; Pflichten von Auftragsverarbeitern direkt aus der DSGVO;
- Pflicht, Verletzungen der Datensicherheit an Datenschutzaufsichtsbehörden und gegebenenfalls betroffene Personen zu melden;
- Pflicht, in Bezug auf gewisse geplante Verarbeitungen eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen;
- Einführung von Geldbussen (Verwaltungsstrafen).

¹²⁴ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

¹²⁵ Botschaft E-DSG (FN 3), 6996–6998.

b. Europarat

Die Schweiz hat das Übereinkommen SEV 108 sowie das Zusatzprotokoll ratifiziert. Im Hinblick auf die Ratifizierung des revidierten Übereinkommens SEV 108 ist die Schweiz verpflichtet, ihre Gesetzgebung anzupassen.¹²⁶ Der Bundesrat weist in der Botschaft E-DSG auf diese Entwicklung hin und nennt als Hauptziel der Revision des Übereinkommens SEV 108 die Stärkung des Schutzes der Privatsphäre und der Grundrechte vor dem Hintergrund der Herausforderungen, welche die technologischen Entwicklungen und die Zunahme des grenzüberschreitenden Datenverkehrs mit sich bringen würden.¹²⁷

Diese Ziele sollen namentlich mit den folgenden *Anpassungen und Neuerungen* erreicht werden:¹²⁸

- Pflicht des Verantwortlichen zur Meldung bestimmter Verletzungen der Datensicherheit an die zuständige Aufsichtsbehörde (Art. 7 Abs. 2 des revidierten Übereinkommens SEV 108);
- erweiterte Informationspflichten des Verantwortlichen (Art. 8 des revidierten Übereinkommens SEV 108);
- Ausbau der Betroffenenrechte, insbesondere die Einführung eines Rechts, bei automatisierten Einzelentscheiden angehört zu werden und Ausbau des Auskunftsrechts (Art. 9 des revidierten Übereinkommens SEV 108);
- Pflicht des Verantwortlichen zur Durchführung von Datenschutzfolgenabschätzungen in bestimmten Fällen (Art. 10 Abs. 2 des revidierten Übereinkommens SEV 108);
- Pflicht des Verantwortlichen zur Anwendung der Grundsätze des Datenschutzes durch Technikgestaltung (Art. 10 Abs. 2 des revidierten Übereinkommens SEV 108);
- Pflicht der Vertragsstaaten, angemessene Sanktionen bei Verletzungen der Datenschutzbestimmungen vorzusehen (Art. 10 des revidierten Übereinkommens SEV 108).

¹²⁶ Botschaft E-DSG (FN 3), 6996.

¹²⁷ Botschaft E-DSG (FN 3), 6966.

¹²⁸ Europarat, The Modernised Convention 108: Novelties in a Nutshell, abrufbar: <https://rm.coe.int/modernised-conv-overview-of-the-novelties/16808accf8> (Abruf: 12.10.2022); Botschaft E-DSG (FN 3), 6993–6994.

Der Bundesrat weist darauf hin, dass das revidierte Übereinkommen SEV 108¹²⁹ der Richtlinie (EU) 2016/680 und der DSGVO «sehr ähnlich» sei. Die Europäische Kommission habe in den Verhandlungen im Europarat sehr auf die Vereinbarkeit des Inhalts des revidierten Übereinkommens SEV 108 mit dem neuen Datenschutzrecht der EU geachtet.¹³⁰ Die DSGVO regelt denn auch dieselben (und einige weitere) Anpassungen und Neuerungen, wie sie das revidierte Übereinkommen SEV 108 vorsieht; dies indes noch detaillierter als in der Richtlinie (EU) 2016/680.¹³¹

3. Ziele der Revision gemäss Botschaft E-DSG

Gemäss Botschaft E-DSG verfolgt das E-DSG die folgenden Ziele:

- die Anpassung des Schweizer Rechts an technologische Entwicklungen mit «erhebliche[n] Auswirkungen auf den Datenschutz»;¹³²
- die Anpassung des DSG an das revidierte Übereinkommen SEV 108;¹³³
- die Umsetzung der Anforderungen der Schengen-relevanten Richtlinie (EU) 2016/680 und die Umsetzung der Empfehlungen der Europäischen Kommission im Rahmen der Schengen-Evaluation des Jahres 2014;¹³⁴ sowie
- eine Annäherung des bestehenden DSG an die Anforderungen der DSGVO.

Gemäss Bundesrat führen namentlich Big Data-Analysen und Profiling auf der Basis von Algorithmen zu einem *Verlust an Kontrolle* der betroffenen Personen über ihre Daten.¹³⁵ Höhere Anforderungen an die Transparenz der Datenbearbeitung (Informationspflicht bei der Beschaffung von Personendaten und bei automatisierten Einzelentscheidungen)¹³⁶, eine Stärkung der

¹²⁹ Er verweist in der Botschaft noch auf den Entwurf des revidierten Übereinkommens 108. Diesen hat der Ministerrat am 18. Mai 2018 ohne substanzielle Änderungen verabschiedet.

¹³⁰ Botschaft E-DSG (FN 3), 6966.

¹³¹ Botschaft E-DSG (FN 3), 6996–6998.

¹³² Botschaft E-DSG (FN 3), 6969.

¹³³ Botschaft E-DSG (FN 3), 6970.

¹³⁴ Botschaft E-DSG (FN 3), 6969–6970.

¹³⁵ Botschaft E-DSG (FN 3), 6969.

¹³⁶ Botschaft E-DSG (FN 3), 6972–6973 sowie 7050–7059.

Betroffenenrechte (z.B. Ausbau des Auskunftsrechts)¹³⁷ und eine detailliertere Regelung der Voraussetzungen für eine gültige Einwilligung¹³⁸ sollen gemäss Bundesrat diesen Kontrollverlust ausgleichen. Dieser Ausgleich des Kontrollverlusts entspricht auch einer Reihe parlamentarischer Vorstösse.¹³⁹

Die weiteren Zielsetzungen der Revision ergeben sich gemäss Bundesrat aus der Pflicht, die Richtlinie (EU) 2016/680 und die Vorgaben des revidierten Übereinkommens SEV 108 im Schweizer Recht umzusetzen. Die Ratifizierung des revidierten Übereinkommens SEV 108 liege im Interesse der Schweiz – nicht zuletzt auch, weil sie für die Aufrechterhaltung des EU-Angemessenheitsbeschlusses 2000 von grosser Bedeutung sei. Um aber das revidierte Übereinkommen SEV 108 zu ratifizieren, müsse die Schweiz ihre Gesetzgebung an dessen Neuerungen anpassen.¹⁴⁰

4. Angleichung des DSG an die DSGVO

Die Überschrift zum zweiten Unterkapitel im Kapitel der Botschaft E-DSG zur DSGVO lautet «Angleichung der schweizerischen Gesetzgebung».¹⁴¹ Der Bundesrat betont an dieser Stelle nochmals,¹⁴² dass die DSGVO für die Schweiz nicht verbindlich ist, da es sich dabei nicht um eine Weiterentwicklung des Schengen-Acquis handle.¹⁴³

Gleichzeitig betont der Bundesrat, dass die Schweiz ausserhalb der Schengen-Zusammenarbeit als Drittstaat gilt. Die Schweiz biete gemäss EU-Angemes-

¹³⁷ Botschaft E-DSG (FN 3), 6971–6972 sowie 7066–7070.

¹³⁸ Botschaft E-DSG (FN 3), 7027–7028.

¹³⁹ Parlamentarische Initiative Derder 14.434 «Schutz der digitalen Identität von Bürgerinnen und Bürgern» (Forderung einer Ergänzung von Art. 13 Abs. 2 BV dahingehend, dass Daten Eigentum der betreffenden Person sind); Postulat Béglé 16.3386 «Kontrolle über persönliche Daten. Informationelle Selbstbestimmung fördern»: (Forderung von Instrumenten, mit denen «Bürger die Kontrolle über ihre persönlichen Daten wiedererlangen» können); s.a. Postulat Schwaab 14.3739 «Control by Design. Die Rechte auf Eigentum im Falle von unerwünschten Verbindungen verstärken»; Hinweise auf weitere für die Revision relevante parlamentarische Vorstösse: Botschaft E-DSG (FN 3), 6959–6962.

¹⁴⁰ Botschaft E-DSG (FN 3), 6970.

¹⁴¹ Botschaft E-DSG (FN 3), 6998.

¹⁴² So bereits Botschaft E-DSG (FN 3), 6964 und 6996.

¹⁴³ Botschaft E-DSG (FN 3), 6998.

senheitsbeschluss 2000 ein angemessenes Datenschutzniveau. Der für die Schweizer Wirtschaft bedeutsame Beschluss könne aber jederzeit widerrufen werden und werde künftig anhand der Anforderungen der DSGVO überprüft. Für die Schweizer Wirtschaft sei es daher «von zentraler Bedeutung, dass die schweizerische Gesetzgebung einen den *Anforderungen* dieser Verordnung [DSGVO] *entsprechenden* Schutz gewährleistet.»¹⁴⁴ Die Schweiz tue gut daran, «ihre Gesetzgebung an die europäischen Anforderungen *anzupassen*.»¹⁴⁵

Es fällt auf, dass der Bundesrat konsequent «**Angleichung**»¹⁴⁶ oder «**Anpassung**» (bzw. «anpassen», «anzupassen»)¹⁴⁷ der Schweizer Gesetzgebung an die «Anforderungen» der DSGVO schreibt.¹⁴⁸ Zudem betont der Bundesrat mehrfach, die Schweiz müsse die DSGVO nicht übernehmen.¹⁴⁹ Auch bei den Erläuterungen zu den einzelnen Bestimmungen des E-DSG schreibt der Bundesrat nie von einer Übernahme einer DSGVO-Bestimmung. Stattdessen verwendet er bei Bezugnahme auf DSGVO-Bestimmungen regelmässig das Wort «**ähnlich**»¹⁵⁰, oder er schreibt (in einem Fall) «anpassen»¹⁵¹ oder (in einem Fall) «Angleichung»¹⁵². In der Ratsdebatte sprach die Justizministerin von einer «**Annäherung**»¹⁵³ des DSG an die DSGVO.

¹⁴⁴ Botschaft E-DSG (FN 3), 6965 (Hervorhebungen hinzugefügt).

¹⁴⁵ Botschaft E-DSG (FN 3), 6968 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁴⁶ Botschaft E-DSG (FN 3), 6998 (Hervorhebung hinzugefügt) und (bei der Erläuterung der Bestimmungen zur Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland) 7037.

¹⁴⁷ Botschaft E-DSG (FN 3), 6998, 6970, 6998, 7021 (Verzicht auf Anpassung des Begriffs «Bearbeiten» an «Verarbeiten») und 7182.

¹⁴⁸ Botschaft E-DSG (FN 3), 6964, 6996 und 6998.

¹⁴⁹ Botschaft E-DSG (FN 3), 6964, 6996 und 6998.

¹⁵⁰ Botschaft E-DSG (FN 3), 7020 (in Bezug auf die neuen Datenkategorien genetische und biometrische Daten; vgl. dazu unten I.D.1 und 2.a., 7029 (in Bezug auf den Grundsatz des Datenschutzes durch Technik und datenschutzfreundliche Voreinstellungen), 7031 (Datensicherheit), 7050 (Informationspflicht bei der Beschaffung von Personendaten; vgl. dazu unten III.B.4.), 7056 (Informationspflicht bei einer automatisierten Einzelentscheidung), 7059 (Datenschutz-Folgenabschätzung), 7063 (Meldung von Verletzungen der Datensicherheit), 7077 (Recht auf Löschung), 7088 (Wiederernennung der Aufsichtsbehörde) und 7182 (das E-DSG enthalte «ähnliche Massnahmen» wie die DSGVO).

¹⁵¹ Botschaft E-DSG (FN 3), 7021 (Verzicht auf Anpassung des Begriffs «Bearbeiten» an «Verarbeiten») und 7182.

¹⁵² Botschaft E-DSG (FN 3), 7037 (Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland).

¹⁵³ Votum BR Keller-Sutter, AB 2019 N 1781 und AB 2019 S 1238–1239 (Hervorhebung hinzugefügt).

In Bezug auf die *Richtlinie (EU) 2016/680* verwendet der Bundesrat hingegen konsequent den Begriff «Übernahme» bzw. «übernehmen».¹⁵⁴ Diese konsequente *Unterscheidung in der Begriffswahl* – Angleichung, Anpassung oder Ähnlichkeit einerseits und Übernahme andererseits – ist ein deutliches Zeichen dafür, dass der Bundesrat bei der Rezeption von EU-Recht *unterschiedliche Ziele* verfolgte: Eine Angleichung an die DSGVO einerseits und die Übernahme der Bestimmungen der Richtlinie (EU) 2016/650 andererseits.

5. Übernahme der Richtlinie (EU) 2016/680 und Aufrechterhaltung der EU-Angemessenheit

a. Übernahme nur der Richtlinie (EU) 2016/680 im SDSG

Der Gesetzgeber behandelte das Revisionsvorhaben in zwei Etappen.¹⁵⁵ Die Zweiteilung erfolgte, um:¹⁵⁶

- die Richtlinie (EU) 2016/680 rechtzeitig umzusetzen; und um
- die Totalrevision des DSG angesichts der «grossen Komplexität der Thematik»¹⁵⁷ «ohne Zeitdruck»¹⁵⁸ beraten zu können.

¹⁵⁴ Botschaft E-DSG (FN 3), 6941, 6943, 6946, 6950, 6951 (zwei Erwähnungen), 6955, 6971 und 6976 (Übernahme von Begriffen aus dem europäischen Recht – Begriffe aus der Richtlinie (EU) 2016/650 namentlich), 6975, 6991 (drei Erwähnungen), 6992 (zwei Erwähnungen), 6993 (drei Erwähnungen), 6996, 7007, 7170, 7184 (5 Erwähnungen). In Bezug auf die Terminologie verwendet die Botschaft E-DSG an einer Stelle explizit, dass die Schweizer Bestimmung die Terminologie («Standarddatenschutzklauseln») der DSGVO «übernimmt» (Botschaft E-DSG (FN 3), 7040). Dies ist jedoch kein Hinweis auf eine Übernahme der Regelung der DSGVO, sondern vielmehr eine Massnahme zur Herstellung der Vergleichbarkeit im Bereich des Datentransfers ins Ausland, wo die Angemessenheit der Schweizer Gesetzgebung massgebend ist.

¹⁵⁵ SPK-N, Revision des Datenschutzrechtes in zwei Etappen, Medienmitteilung, 12.01.2018 (zit. SPK-N, Etappen); SPK-N, Protokoll der Sitzung vom 11. Januar 2018. So auch SPK-N, Protokoll der Sitzung vom 29. Juni 2018.

¹⁵⁶ SPK-N, Etappen (FN 155).

¹⁵⁷ SPK-N, Etappen (FN 155).

¹⁵⁸ SPK-N, Etappen (FN 155).

Die Schweiz war verpflichtet, die Richtlinie (EU) 2016/680 bis zum 1. August 2018¹⁵⁹ umzusetzen. Mit der Herauslösung der Schengen-relevanten Bestimmungen aus dem E-DSG und dem Erlass des SDSG am 28. September 2018 als Übergangsgesetz wollte sich das Parlament Zeit verschaffen, um der Komplexität der Materie gerecht zu werden und bei der Totalrevision des DSG (so der Kommissionssprecher) «sorgfältig [zu] legiferieren».¹⁶⁰

Die Begründung der Zweiteilung der Revisionsvorlage und der Erlass des SDSG als Übergangsgesetz zeigen, dass der Gesetzgeber zwar eine Übernahme (recte: Umsetzung) der Richtlinie (EU) 2016/680 bezweckte, nicht aber eine Übernahme (im Sinne eines autonomen Nachvollzugs) der DSGVO. Denn wenn der Gesetzgeber die DSGVO hätte autonom nachvollziehen wollen – ohne autonome Schweizer Lösungen zumindest bei einigen Bestimmungen zu wählen –, dann hätte er die DSGVO einfach eins-zu-eins ins nDSG überführen und mithin ein totalrevidiertes DSG rasch behandeln und verabschieden können. Eine solche **blasse Kopie der DSGVO wollte der Gesetzgeber klar nicht**. Vielmehr wollte er sorgfältig legiferieren und der Komplexität der Materie (generell oder in Bezug auf einzelne Bestimmungen) durch eine Schweizer Lösung gerecht werden.

b. Aufrechterhaltung der EU-Angemessenheit

Bei der Beratung der Totalrevision des nDSG (zweite Etappe) konzentrierte sich die Diskussion in den SPK¹⁶¹ wie auch im Parlament früh auf die Frage, welche Anpassungen des DSG zur Aufrechterhaltung der EU-Angemessenheit notwendig sind. Man erhält den Eindruck, die Umsetzung des revidierten

¹⁵⁹ Die Mitgliedsstaaten waren verpflichtet, die Richtlinie (EU) 2016/680 bis zum 6. Mai 2018 im nationalen Recht umzusetzen. Die Schweiz war verpflichtet, diese Richtlinie bis zum 1. August 2018 in der Schweizer Rechtsordnung umzusetzen. Vgl. Notenaustausch vom 1. September 2016 zwischen der Schweiz und der Europäischen Union betreffend die Übernahme der Richtlinie (EU) 2016/680 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung (Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands), von der Bundesversammlung am 28. September 2018 genehmigt, in Kraft getreten am 18. Januar 2019, AS 2019 359; BBl 2017 6941.

¹⁶⁰ Votum Jauslin, AB 2018 N 959–960. Vgl. auch SPK-N, Etappen (FN 156) und Protokoll der Sitzung der SPK-N vom 11. Januar 2018.

¹⁶¹ SPK-N, Protokoll der Sitzung vom 11. Januar 2018; Protokoll der Sitzung vom 18. Oktober 2018.

Übereinkommens SEV 108 sei zweitrangig, oder aber bei der Angleichung zwecks Aufrechterhaltung der EU-Angemessenheit einfach mitgedacht.

Dies zeigen namentlich die Voten aus den Debatten in Ständerat bzw. Nationalrat:

- «[...] wäre es von Vorteil, wenn wir unsere Datenschutzbestimmungen der DSGVO angleichen würden, um auch in Zukunft das Kriterium der Angemessenheit zu erfüllen, **aber nur so weit wie unbedingt nötig, mit Augenmass und ohne Swiss Finish.**»¹⁶²
- «[...] verlangen wir [die SP] die Sicherstellung der **Äquivalenz** – also nicht die Übernahme der DSGVO».¹⁶³
- «Das totalrevidierte Gesetz muss schlussendlich mit dem neuen EU-Datenschutzrecht **als äquivalent deklariert werden**. Wir wollen keine hundertprozentige Übernahme des EU-Rechts, sondern nur die Übernahme der **Grundsätze, der Standards und der Mechanismen, welche die Äquivalenz garantieren.**»¹⁶⁴
- «Dabei liessen wir uns vor allem von der Frage leiten, wie die nötige Äquivalenz mit dem europäischen Datenschutzrecht [gemeint: DSGVO] erreicht werden kann.»¹⁶⁵
- «Erstens soll die neue Gesetzgebung **äquivalent** sein mit der europäischen Datenschutz-Grundverordnung.»¹⁶⁶
- «[...] deren [jene von DSGVO und DSG] **Äquivalenz** ja nun hergestellt werden soll – das ist die grundlegende Zielsetzung dieser Gesetzesrevision».¹⁶⁷
- «**Äquivalenz** zum europäischen Recht zu konsolidieren.»¹⁶⁸

Der Gesetzgeber entschied sich somit für die Äquivalenzmethode anstelle des autonomen Nachvollzugs als Form der Rezeption von EU-Recht.

¹⁶² Votum Jauslin, AB 2018 N 959 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁶³ Votum Wermuth, AB 2019 N 1776 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁶⁴ Votum Romano, AB 2019 N 1777 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁶⁵ Votum Fässler, AB 2020 S 290 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁶⁶ Votum Silberschmid, AB 2020 N 142 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁶⁷ Votum Glättli, AB 2020 N 1597 (Hervorhebung hinzugefügt).

¹⁶⁸ Votum Romano, AB 2020 N 144 (Hervorhebung hinzugefügt).

6. Zwischenfazit: Äquivalenz statt autonomer Nachvollzug

Generell lässt sich die Frage danach, wie intensiv der Gesetzgeber sich an das EU-Recht anlehnen wollte, wie folgt beantworten:

- Der Gesetzgeber lässt nicht den Willen erkennen, die DSGVO autonom nachzuvollziehen.
- Der Gesetzgeber wollte die Äquivalenz des Schweizer Datenschutzrechts und der DSGVO herstellen.
- Die Äquivalenz – mithin die EU-Angemessenheit – wollte der Gesetzgeber insbesondere durch Umsetzung der Anforderungen des revidierten Übereinkommens SEV 108 erreichen.
- Nur in Bezug auf die Schengen-relevanten Bestimmungen des E-DSG bestand – im Rahmen dessen, was im SDSG beschlossen wurde – der gesetzgeberische Wille, EU-Recht im Schweizer Recht umzusetzen.

B. Analyse einzelner Bestimmungen des nDSG

1. Räumlicher Geltungsbereich

a. Regelung im Gesetz

Die DSGVO und das nDSG regeln den räumlichen Anwendungsbereich wie folgt:¹⁶⁹

Art. 3 DSGVO

- (1) Diese Verordnung findet Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten, soweit diese im Rahmen der Tätigkeiten einer **Niederlassung** eines Verantwortlichen oder eines Auftragsverarbeiters in der Union erfolgt, unabhängig davon, ob die Verarbeitung in der Union stattfindet.
- (2) Diese Verordnung findet Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten von betroffenen Personen, die sich in der Union befinden, durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter, wenn die Datenverarbeitung im Zusammenhang damit steht

¹⁶⁹ Hervorhebungen hinzugefügt.

- a. **betroffenen Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten**, unabhängig davon, ob von diesen betroffenen Personen eine Zahlung zu leisten ist;
 - b. das Verhalten betroffener Personen zu **beobachten, soweit ihr Verhalten in der Union erfolgt**.
- (3) Diese Verordnung findet Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen an einem Ort, der aufgrund Völkerrechts dem Recht eines Mitgliedstaats unterliegt

Art. 3 nDSG

- (1) Dieses Gesetz gilt für Sachverhalte, die sich in der Schweiz **auswirken**, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden.
- (2) Für privatrechtliche Ansprüche gilt das Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das **Internationale Privatrecht**. Vorbehalten bleiben zudem die Bestimmungen zum räumlichen Geltungsbereich des **Strafgesetzbuchs**.

b. Analyse

i. Art. 3 Abs. 1 DSGVO: Niederlassungsprinzip

Gemäss Art. 3 Abs. 1 DSGVO gilt die DSGVO für in der EU oder im EWR niedergelassene Unternehmen und Organisationen in Bezug auf die Verarbeitungen personenbezogener Daten, die im Zusammenhang mit den Tätigkeiten dieser Niederlassung erfolgen. Die DSGVO übernimmt damit Art. 4 lit. a der EG-Datenschutzrichtlinie¹⁷⁰ und statuiert im Bereich des Datenschutzrechts das **Niederlassungsprinzip**.¹⁷¹

¹⁷⁰ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

¹⁷¹ Die einzige Neuerung in Art. 3 Abs. 1 DSGVO besteht darin, dass das Niederlassungsprinzip nun ausdrücklich auch für Datenverarbeitungen im Rahmen der Tätigkeit von in der EU oder im EWR niedergelassenen Auftragsverarbeitern gilt – selbst wenn der jeweilige Auftraggeber (Verantwortlicher) nicht in der EU oder im EWR niedergelassen ist. DAN JERKER B. SVANTESSON, in: Christopher Kuner et al. (Hrsg.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR). A Commentary*, Oxford 2020 (zit. *Oxford Commentary GDPR–VERFASSERIN*), Art. 3, 74–99, 86; MANUEL KLAR, in: Jürgen Kühling/Benedikt Buchner (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung. Kommentar*, 3. A., München 2020 (zit. *VERFASSERIN, DS-GVO BDSG*), Art. 3 N 2.

Das Niederlassungsprinzip gilt für Auftragsverarbeiter auch dann, wenn für den Verantwortlichen in Bezug auf die von ihm veranlasste Auftragsverarbeitung nicht die Vorgaben der DSGVO, sondern z.B. jene des DSG (bzw. nDSG) gelten. Umgekehrt fallen Datenverarbeitungen eines Verantwortlichen in der Schweiz nicht allein deshalb in den Anwendungsbereich der DSGVO, weil er einen in der EU oder im EWR niedergelassenen Auftragsbearbeiter bezieht.¹⁷²

ii. *Art. 3 Abs. 2 DSGVO: Prinzip der Zielgerichtetheit*

Art. 3 Abs. 2 lit. a DSGVO statuiert für den Bereich des Datenschutzrechts das **Marktortprinzip**.¹⁷³ Das Marktortprinzip will gleich lange Spiesse unter den Marktteilnehmern auf dem EU-Binnenmarkt sicherstellen, indem ausserhalb der EU oder des EWR niedergelassene Unternehmen denselben Regeln unterstehen, wie in der EU oder des EWR niedergelassene Unternehmen, wenn sie ihr Angebot *erkennbar*¹⁷⁴ an den EU-Binnenmarkt ausrichten. In anderen Worten: Mein Markt – meine Regeln!

Das Marktortprinzip ist eine besondere Ausprägung des Prinzips der **Zielgerichtetheit** (*targeting*): Ein Unternehmen ausserhalb der EU oder des EWR *zielt* mit seinem Angebot erkennbar auf EU/EWR-Endkunden.¹⁷⁵ Auch Art. 3 Abs. 2 lit. b DSGVO implementiert das Prinzip der Zielgerichtetheit: Die DSGVO gilt für Datenverarbeitungen bei Verhaltensbeobachtung, die auf das Verhalten natürlicher Personen *abzielt*, die sich in der EU oder im EWR befinden.

¹⁷² EDSA, Leitlinien 3/2018 zum räumlichen Anwendungsbereich der DSGVO (Artikel 3), Vers. 2.0, 12.11.2019, 13.

¹⁷³ Vgl. Oxford Commentary GDPR–SVANTESSON (FN 171), Art. 3, 89–90; EDSA, Leitlinien 3/2018, 15.

¹⁷⁴ Ob sich ein Angebot erkennbar auf den EU-Endkundenmarkt ausrichtet, ist sowohl anhand objektiver Kriterien als auch unter Berücksichtigung der (subjektiver) Absichten des Unternehmens zu bestimmen. Vgl. DSGVO, Erwägungsgrund 23; vgl. auch Oxford Commentary GDPR–SVANTESSON, (FN 171), Art. 3, 90 und KLAR, DS-GVO BDSG (FN 171), Art. 3 N 80–89.

¹⁷⁵ Vgl. Oxford Commentary GDPR–SVANTESSON, (FN 171), Art. 3, 89–90.

iii. *Räumlicher Anwendungsbereich des nDSG: Übersicht*

Art. 3 Abs. 1 nDSG stellt klar, dass für die Untersuchungskompetenz des EDÖB das **verwaltungsrechtliche Auswirkungsprinzip** gilt. Art. 3 Abs. 2 nDSG verweist in Bezug auf die privatrechtlichen Ansprüche auf das **international-privatrechtliche Auswirkungsprinzip** (Art. 139 IPRG) und in Bezug auf die strafrechtliche Durchsetzung auf das **strafrechtliche Territorialitätsprinzip** (Art. 3 StGB).¹⁷⁶

iv. *Kodifikation des verwaltungsrechtlichen Auswirkungsprinzips*

Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts (*Google Street View*) gilt das DSG für Datenbearbeitungen, die sich **auf die Persönlichkeit und Grundrechte von Personen in der Schweiz auswirken**. Der EDÖB ist somit heute schon zuständig für die Untersuchung von Sachverhalten, wenn sich die Personen, deren Persönlichkeit oder Grundrechte durch die untersuchte Datenbearbeitung gefährdet sind, in der Schweiz befinden bzw. wenn eine Persönlichkeitsverletzung in der Schweiz eintritt.¹⁷⁷

Somit kodifiziert Art. 3 Abs. 1 nDSG im Bereich des öffentlichen Datenschutzrechts das verwaltungsrechtliche **Auswirkungsprinzip**, wie es beispielsweise im Schweizer Kartellrecht gemäss Art. 2 Abs. 2 KG gilt.¹⁷⁸

v. *Vergleich zum Auswirkungsprinzip im Kartellrecht*

Die Praxis der Wettbewerbskommission sowie die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts zu Art. 2 Abs. 2 KG ori-

¹⁷⁶ Für die Anwendung der Strafbestimmungen des nDSG auf Auslands Sachverhalte ist demnach entscheidend, ob der Täter die Tat in der Schweiz begangen hat. Demgegenüber ist Art. 7 StGB (passives Territorialitätsprinzip) in Bezug auf die Strafbestimmungen im nDSG nicht relevant. Die in Art. 60–64 nDSG aufgeführten Delikte sind keine Verbrechen (Art. 10 Abs. 2 StGB) oder Vergehen (Art. 10 Abs. 3 StGB), sondern Übertretungen (Art. 103 StGB).

¹⁷⁷ BGE 138 II 346 E. 3.3 (*Google Street View*).

¹⁷⁸ Gl.M. DAVID ROSENTHAL, Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter vom 16. November 2020, N 88–89.

entieren sich stark an objektiven Kriterien.¹⁷⁹ Dies im Unterschied zu den in Erwägungsgrund 23 DSGVO genannten Kriterien. Letztere entspringen der Rechtsprechung des EuGH zur gerichtlichen Zuständigkeit und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.¹⁸⁰ Sie zielen alle darauf ab, herauszufinden, ob der Verantwortliche *beabsichtigt*, betroffenen Personen in der EU/im EWR Waren oder Dienstleistungen anzubieten.¹⁸¹ Die gestützt darauf vom EDSA entwickelten, auf die (*subjektive*) Absicht des Verantwortlichen abzielenden Kriterien¹⁸² kontrastieren mit den primär *objektiven* Kriterien, die für die Anwendung des Schweizer Kartellrechts auf ausländische Sachverhalte gelten.

¹⁷⁹ Offensichtliche Absicht, natürlichen Personen in EU/EWR-Mitgliedsstaaten Waren oder Dienstleistungen anzubieten. Nicht ausreichend: blosse Zugänglichkeit einer Website in der EU, E-Mail-Adresse, andere Kontaktdaten oder die Verwendung einer Sprache, in Drittland, indem der Verantwortliche niedergelassen ist, allgemein gebräuchlich ist. Aber: In Verbindung mit Faktoren wie der Erwähnung von Kunden oder Nutzern, die sich in der EU befinden, kann die Verwendung einer in der EU verwendeten Sprache oder Währung «darauf hindeuten, dass der Verantwortliche beabsichtigt, den Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten» (DSGVO, Erwägungsgrund 23).

¹⁸⁰ Namentlich EuGH, in Rs. C-585/08 und C-144/09, 07.12.2010, *Pammer / Reederei Karl Schlüter GmbH & Co und Hotel Alpenhof / Heller*. Zu den in *Pammer* entwickelten Kriterien gehören die Verwendung eines/r in einem Mitgliedsstaat gebräuchlichen internationalen Telefon-Landescodes, Sprache, Währung oder Top-Level-Domain gebräuchlich sind. Vgl. Oxford Commentary GDPR–SVANTESSON (FN 171), Art. 3, 89–90.

¹⁸¹ Vgl. auch EDSA, Leitlinien 2018/3, 19.

¹⁸² EDSA, Leitlinien 2018/3, 20–21: «Die EU oder mindestens ein Mitgliedstaat wird unter Bezugnahme auf die angebotene Ware oder Dienstleistung benannt; der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter bezahlt einen Suchmaschinenbetreiber für einen Internetreferenzierungsdienst, um den Zugang zu seiner Website durch Verbraucher in der Union zu erleichtern, oder der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter hat eine Marketing- und Werbekampagne gestartet, die sich an das Publikum in einem EU-Land wendet; die internationale Natur der in Rede stehenden Tätigkeit, wie bestimmte touristische Aktivitäten; die Angabe spezieller Adressen oder Telefonnummern, die von einem EU-Land zu erreichen sind; die Verwendung eines anderen Top-Level-Domain-Namens als desjenigen des Drittlands, in dem der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter niedergelassen ist, z. B. «de», oder die Verwendung neutraler Top-Level-Domain-Namen wie «.eu»; die Angabe eines internationalen Kundenkreises, der aus Kunden mit Sitz in verschiedenen EU-Mitgliedstaaten besteht, insbesondere durch die Rechnungslegung durch diese Kunden; die Verwendung einer anderen Sprache oder einer anderen Währung als der im Land des Gewerbetreibenden üblichen, insbesondere einer Sprache oder Währung eines oder mehrerer EU-Mitgliedstaaten; der Verantwortliche bietet die Lieferung von Waren in EU-Mitgliedstaaten an.»

Das Bundesverwaltungsgericht folgt bei der Auslegung von Art. 2 Abs. 2 KG der *Anknüpfungstheorie der sachlichen Rückkoppelung*.¹⁸³ Demnach wirkt sich ein ausländischer Sachverhalt auf die Schweiz aus, wenn das Marktverhalten einen materiellen Tatbestand des Schweizer KG erfüllt.¹⁸⁴

Das Bundesgericht hat diese Qualifikation des Auswirkungsprinzips bestätigt. Dies mit der Begründung, das Schutzgut «schweizerische Wettbewerbsordnung» sei unteilbar; Art. 2 Abs. 2 KG stelle sicher, dass Verhalten, das sich negativ auf den Wettbewerb in der Schweiz auswirkt oder auswirken kann, unterbunden werden kann – auch wenn sich das Verhalten im Ausland abspielt.¹⁸⁵ Wann ein Verhalten sich auf die Schweiz auswirke oder auswirken könne, ergebe sich daraus, dass das Verhalten im Ausland einen materiellen Tatbestand des KG (z.B. eine unzulässige Wettbewerbsabrede gemäss Art. 5 KG) in der Schweiz erfüllt. Es schliesst also von der Tatbestandsmässigkeit zurück (Rückkoppelung) auf die Auswirkung in der Schweiz. Damit sei genügender Konnex zur Schweiz hergestellt. Die Intensität der Auswirkung sei im Rahmen von Art. 2 Abs. 2 KG nicht zu prüfen.¹⁸⁶

vi. *Folgerungen für die Auslegung von Art. 3 Abs. 1 nDSG*

Übertragen auf das Datenschutzrecht und die Auslegung von Art. 3 Abs. 1 nDSG bedeutet dies, dass der EDÖB einen Auslandssachverhalt dann zu untersuchen hat, wenn die betreffende Datenbearbeitung (voraussichtlich) **die Persönlichkeit von Personen in der Schweiz verletzt**. Dies stimmt im Übrigen überein mit der Regelung in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 nDSG bzw. Art. 139 Abs. 3 IPRG, wonach Schweizer Recht (nDSG) anwendbar ist, wenn die Persönlichkeitsverletzung (Erfolg der verletzenden Handlung) in der Schweiz eintritt.

¹⁸³ Dazu: ANTON K. SCHNYDER, *Wirtschaftskollisionsrecht, Sonderanknüpfung und extraterritoriale Anwendung wirtschaftsrechtlicher Normen unter besonderer Berücksichtigung von Marktrecht*, Zürich 1990, N 6–10.

¹⁸⁴ BVGer, B-581/2012, 17.09.2016 E. 4.3 (*Nikon*); Vgl. MARC AMSTUTZ/RAMIN SILVAN GOHARI, in: Marc Amstutz/Mani Reinart (Hrsg.), *Kartellgesetz, Basler Kommentar*, 2. A., Basel 2021 (zit. BSK KG–VERFASSERIN), Art. 2 N 187–188.

¹⁸⁵ BGE 143 II 297 E. 3.3 (*Gaba*).

¹⁸⁶ BGE 143 II 297 E. 3.7; Vgl. zum Ganzen: BSK KG–AMSTUTZ/GOHARI (FN 184), Art. 2 N 190.

vii. *Keine Übernahme des Marktortprinzips im nDSG*

Art. 3 Abs. 1 nDSG **übernimmt nicht das EU-rechtliche Marktortprinzip**.¹⁸⁷ Denn Art. 3 Abs. 1 nDSG erfasst Datenbearbeitungen mit Auswirkungen auf die Persönlichkeit Betroffener in der Schweiz unabhängig davon, ob die Datenbearbeitung, die sich in der Schweiz auswirkt, im Zusammenhang mit einem Angebot an Schweizer Endkunden erfolgt oder nicht. Somit geht Art. 3 Abs. 1 nDSG potentiell weiter als Art. 3 Abs. 2 lit. a DSGVO. Praktisch aber wird eine Datenbearbeitung im Ausland vor allem dann spürbare Auswirkungen in der Schweiz zeitigen, wenn sie im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme einer Dienstleistung durch Betroffene in der Schweiz erfolgt.

Vereinzelte Wortmeldungen in den SPK-N¹⁸⁸, wonach Art. 3 nDSG das Marktortprinzip einführen solle, sind zu unreflektiert, als dass daraus gefolgert werden könnte, Art. 3 Abs. 1 nDSG übernehme Art. 3 Abs. 2 lit. a DSGVO. Wenn der Gesetzgeber das Marktortprinzip oder das Prinzip der Zielgerichtetheit hätte übernehmen wollen, dann hätte er dies in der Ratsdebatte selbst klar zum Ausdruck bringen müssen – z.B. durch stärkere Orientierung am Wortlaut von Art. 3 Abs. 2 DSGVO. Im Vergleich zu Art. 3 Abs. 1 nDSG hat sich der Gesetzgeber z.B. in Art. 14 nDSG (Vertretung) stark am Wortlaut von Art. 27 DSGVO (Vertreter von nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern) und in Art. 28 nDSG (Recht auf Datenherausgabe oder -übertragung) an Art. 20 DSGVO (Recht auf Datenübertragbarkeit) orientiert. Im Unterschied dazu hat der Gesetzgeber bei Art. 3 Abs. 1 nDSG klar eine *autonome Schweizer Lösung* gewählt.

Art. 3 Abs. 1 nDSG **übernimmt auch nicht das Prinzip der Zielgerichtetheit** bei der Verhaltensbeobachtung. Denn relevant sind (anders als bei Art. 3 Abs. 2 lit. b DSGVO) die (spürbaren) Auswirkungen in der Schweiz; nicht aber, ob eine Verhaltensbeobachtung auf Personen in der Schweiz abzielt.

¹⁸⁷ GL.M. ROSENTHAL (FN 178), N 88–89. A.M. (Übernahme des Marktortprinzips) BRUNO BAERISWYL, Der «grosse Bruder» DSGVO und das revDSG: Ein vergleichender Überblick, in: SZW 1/2021, 8, 11 (der allerdings in seinem Kurzüberblick die augenscheinlichen Unterschiede im Wortlaut der Bestimmungen und die einschlägige Bundesgerichtspraxis nicht thematisiert).

¹⁸⁸ SPK-N, Protokoll der Sitzung vom 16. August 2018.

c. **Folgerungen für die Auslegung von Art. 3 nDSG**

Aus dem Vorstehenden resultiert das Folgende für den Einfluss der EU-Praxis auf die Auslegung von Art. 3 nDSG:

- Für die Auslegung von Art. 3 Abs. 1 nDSG ist primär die **Praxis der Schweizer Behörden und Gerichte zur Auslegung des verwaltungsrechtlichen Auswirkungsprinzips** in Erlassen zu berücksichtigen, die das Auswirkungsprinzip kodifizieren – namentlich die Praxis der Wettbewerbskommission, des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesgerichts zu Art. 2 Abs. 2 KG. Die **Praxis der EU-Behörden** zu Art. 3 Abs. 2 DSGVO **eignet sich nicht** zur Auslegung von Art. 3 nDSG. Sie stellt mitunter auf subjektive Kriterien (Absicht des Verantwortlichen) ab und nicht darauf, wo die Persönlichkeitsverletzung eintritt.
- Für die Auslegung von Art. 3 Abs. 2 nDSG gilt in Bezug auf die privatrechtlichen Ansprüche die **Praxis der Schweizer Gerichte zu Art. 139 Abs. 3 IPRG**. Die **Praxis der EU-Behörden** zu Art. 3 Abs. 2 DSGVO ist **unerheblich**.
- Für die Auslegung von Art. 3 Abs. 2 nDSG gilt im Bereich der strafrechtlichen Durchsetzung des nDSG die **Praxis der Schweizer Gerichte zu Art. 3 Abs. 1 StGB**. Die **Praxis der EU-Behörden** zu Art. 3 Abs. 2 DSGVO ist **unerheblich**.

2. **Genetische Daten und biometrische Daten**

a. **Regelung im Gesetz**

Das nDSG führt in Art. 5 lit. c Ziff. 3 die Datenkategorie «genetische Daten» und in Art. 5 lit. c Ziff. 4 die Datenkategorie «biometrische Daten» ein. Die Einführung dieser neuen Datenkategorien ist eine Anforderung sowohl der Richtlinie (EU) 2016/680¹⁸⁹ als auch des revidierten Übereinkommens SEV 108¹⁹⁰. Zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 hat der Gesetzgeber die Datenkategorien bereits in Art. 3 lit. a Ziff. 3–4 SDSG als weitere Kategorien besonders schützenswerter Personendaten eingeführt. Art. 5 lit. c Ziff. 3–4 nDSG übernehmen die Regelung aus dem SDSG unverändert.

¹⁸⁹ Art. 10 Richtlinie 2016/680.

¹⁹⁰ Art. 6 des revidierten Übereinkommens SEV 108.

Auch in der DSGVO hat die EU den Katalog der besonderen Kategorien von Daten (besonders schützenswerte personenbezogene Daten) um die Datenkategorien «genetische Daten» und «biometrische Daten» erweitert. Die Begriffsdefinitionen in Art. 4 Ziff. 13–14 DSGVO sind identisch mit jenen in Art. 3 Ziff. 12–13 der Richtlinie (EU) 2016/680.

Die Bestimmungen lauten wie folgt:¹⁹¹

DSGVO

Art. 4 Ziff. 13 DSGVO (genetische Daten)

«genetische Daten» personenbezogene Daten zu den ererbten oder erworbenen genetischen Eigenschaften einer natürlichen Person, die eindeutige Informationen über die Physiologie oder die Gesundheit dieser natürlichen Person liefern und insbesondere aus der Analyse einer biologischen Probe der betreffenden natürlichen Person gewonnen wurden

Art. 4 Ziff. 14 DSGVO (biometrische Daten)

«biometrische Daten» mit speziellen technischen Verfahren gewonnene personenbezogene Daten zu den physischen, physiologischen oder verhaltenstypischen Merkmalen einer natürlichen Person, die die eindeutige Identifizierung dieser natürlichen Person ermöglichen oder bestätigen, wie Gesichtsbilder oder daktyloskopische Daten

Richtlinie (EU) 2016/680

Art. 3 Ziff. 12 Richtlinie (EU) 2016/680 (genetische Daten)

«genetische Daten» personenbezogene Daten zu den ererbten oder erworbenen genetischen Eigenschaften einer natürlichen Person, die eindeutige Informationen über die Physiologie oder die Gesundheit dieser natürlichen Person liefern und insbesondere aus der Analyse einer biologischen Probe der betreffenden natürlichen Person gewonnen wurden

[Identisch mit Art. 4 Ziff. 13 DSGVO]

¹⁹¹ Hervorhebungen hinzugefügt.

Art. 3 Ziff. 12 Richtlinie (EU) 2016/680 (genetische Daten)

«biometrische Daten» mit speziellen technischen Verfahren gewonnene personenbezogene Daten zu den physischen, physiologischen oder verhaltenstypischen Merkmalen einer natürlichen Person, die die eindeutige Identifizierung dieser natürlichen Person ermöglichen oder bestätigen, wie Gesichtsbilder oder daktyloskopische Daten

[Identisch mit Art. 4 Ziff. 14 DSGVO]

Revidiertes Übereinkommen SEV 108

[Das revidierte Übereinkommen SEV 108 definiert den Begriff «genetische Daten» nicht; stellt aber in Art. 6 besondere Anforderungen an deren Bearbeitung.]

[Das revidierte Übereinkommen SEV 108 definiert den Begriff «biometrische Daten» nicht; stellt aber in Art. 6 besondere Anforderungen an deren Bearbeitung.]

nDSG

Art. 5 lit. c Ziff. 3 (genetische Daten)

[Das nDSG listet den Begriff «genetische Daten» als Teil der abschliessenden Auflistung besonders schützenswerter Personendaten in Art. 5 lit. c Ziff. 3 auf, definiert ihn aber nicht. Demgegenüber enthält Art. 3 lit. l GUMG resp. Art. 3 lit. k nGUMG die folgende Definition: «genetische Daten: Informationen über das Erbgut einer Person, die durch eine genetische Untersuchung gewonnen werden, einschliesslich des DNA-Profiles.»]

Art. 5 lit. c Ziff. 4 (biometrische Daten)

[Das nDSG listet den Begriff «biometrische Daten» als Teil der abschliessenden Auflistung besonders schützenswerter Personendaten in Art. 5 lit. c Ziff. 4 auf, definiert ihn aber nicht; bzw. nur mit dem Zusatz «[...] die eine natürliche Person eindeutig identifizieren.»]

b. Analyse

Es fällt auf, dass das nDSG die Begriffe «genetische Daten» und «biometrische Daten, die eine natürliche Person eindeutig identifizieren» als Kategorien besonders schützenswerter Daten einführt bzw. vom SDSG übernimmt, diese aber im Gesetz nicht definiert. Demgegenüber enthalten die Richtlinie (EU) 2016/680 und die DSGVO (im Wortlaut identische) Begriffsdefinitionen für diese Datenkategorien. Es liegt nahe, dass sich rechtsanwendende Behörden in der Schweiz mangels Regelung im nDSG an den Begriffsdefinitionen im EU-Recht orientieren werden.

Zumindest für den *Schengen-relevanten Bereich* ist das Fehlen einer Begriffsbestimmung im SDSG und (künftig) im nDSG eine planwidrig unvollständige Umsetzung der Regelung in Richtlinie (EU) 2016/680. Diese Lücke gilt es zu füllen. Im Anwendungsbereich des SDSG handelt es sich um eine Umsetzung von EU-Recht. Entsprechend sind die Begriffsdefinitionen der Richtlinie (EU) 2016/680 zumindest bei der Beurteilung von Bearbeitungen genetischer und biometrischer Daten im Rahmen der Schengen-relevanten Strafverfolgung im Sinne einer *europarechtskonformen Auslegung* beizuziehen.

Ausserhalb der Schengen-relevanten Bereiche der Bearbeitung von Personendaten (namentlich im Bereich der für Private geltenden Bestimmungen des nDSG) ist die Schweiz nicht an die Begriffsdefinitionen in der Richtlinie (EU) 2016/680 gebunden. Denn diesbezüglich handelt es sich bei Art. 3 lit. a Ziff. 3–4 nDSG lediglich um eine Anpassung an eine Vorgabe des revidierten Übereinkommens SEV 108, das von den Vertragsstaaten keine Begriffsdefinition verlangt.

Die Botschaft E-DSG verweist im Zusammenhang mit Erklärungen zum Begriff der genetischen Daten auf die Definition in Art. 3 lit. 1 des GUMG.¹⁹² Dies ist ein Hinweis darauf, dass es dem Willen des Gesetzgebers entspricht, den Begriff «genetische Daten» in Art. 3 lit. a Ziff. 3 nDSG gleich auszulegen wie in Art. 3 lit. 1 GUMG. Mehrere Voten in der Ratsdebatte bestätigen dies. Die Bezüge zur Verwendung des Begriffs im Bereich der «Life Science[s]» wurden in der Ratsdebatte erkannt.¹⁹³ In der Debatte wurde der Begriff zudem mit Bezügen auf die Gesundheit einer natürlichen Person («Gesundheitszustand»¹⁹⁴, «Gesundheitsdaten»¹⁹⁵, «Gendefekte»¹⁹⁶, «medizinische Prädispositionen»¹⁹⁷) erläutert. Entsprechend sollten rechtsanwendende Schweizer Behörden ausserhalb des Schengen-Bereichs den Begriff der «genetischen Daten» in Übereinstimmung mit der Praxis zum GUMG interpretieren und die Praxis zur DSGVO in diesem Bereich nur zur Plausibilisierung (Bestätigung) des Auslegungsergebnisses beiziehen.

¹⁹² Botschaft E-DSG (FN 3), 7020.

¹⁹³ Votum Silberschmid, AB 2020 N 142; vgl. auch Votum Flach, AB 2020 N 139.

¹⁹⁴ Votum Flach, AB 2020 N 146.

¹⁹⁵ Votum BR Keller-Sutter, AB 2020 N 146.

¹⁹⁶ Votum BR Keller-Sutter, AB 2020 N 146.

¹⁹⁷ Votum Flach, AB 2020 N 146.

Bei den «biometrische[n] Daten» ist bei der Auslegung methodisch ebenfalls zwischen Schengen-relevanter Datenbearbeitung und Datenbearbeitungen in anderen Bereichen zu unterscheiden. Allerdings verweisen diesbezüglich weder der Bundesrat noch das Parlament auf eine Definition in einem anderen Schweizer Gesetz. Vielmehr übernimmt der Bundesrat für seine Umschreibung des Begriffs in der Botschaft E-DSG im Wesentlichen die Begriffsdefinition in der Richtlinie (EU) 2016/680 bzw. in der DSGVO.¹⁹⁸ Dies spricht dafür, den Begriff im gesamten Anwendungsbereich des nDSG europarechtskonform unter Berücksichtigung der Definition in der Richtlinie (EU) 2016/680 auszulegen. Allerdings ist ausserhalb des Schengen-Bereichs grössere Zurückhaltung angezeigt als bei der Berücksichtigung der Praxis der EU-Behörden. Denn dort handelt es sich nicht um eine Umsetzung von EU-Recht.

c. **Folgerungen für die Auslegung der Begriffe im nDSG**

Aus dem Vorstehenden resultiert das Folgende für den Einfluss der EU-Praxis auf die Auslegung der Begriffe «genetische Daten» und «biometrische Daten»:

- Die Begriffe «genetische Daten» und «biometrische Daten» sind im Schengen-Bereich europarechtskonform, mithin richtlinienkonform auszulegen. Entsprechend sind die Begriffe im nDSG für diesen Bereich wie in der Richtlinie (EU) 2016/680 definiert auszulegen.
- Die Praxis der EU-Behörden zur Auslegung der Begriffe «genetische Daten» und «biometrische Daten» ist für die Schweizer Behörden auch im Schengen-Bereich nicht verbindlich, ist aber eine sehr bedeutende Auslegungshilfe – sie ist schon im Sinne einer staatsvertragskonformen bzw. richtlinienkonformen Auslegung mehr als nur zur Plausibilisierung einer auf der Grundlage der Begriffsdefinition gefundenen (Schweizer) Auslegung zu berücksichtigen.

¹⁹⁸ Botschaft E-DSG (FN 3), 7020 («Unter biometrischen Daten sind hier Personendaten zu verstehen, die durch ein *spezifisches technisches Verfahren zu den physischen, physiologischen oder verhaltenstypischen Merkmalen eines Individuums gewonnen werden und die eine eindeutige Identifizierung der betreffenden Person ermöglichen oder bestätigen*. Es handelt sich dabei beispielsweise um einen digitalen Fingerabdruck, Gesichtsbilder, Bilder der Iris oder Aufnahmen der Stimme. Diese Daten müssen zwingend auf einem spezifischen technischen Verfahren beruhen, das die eindeutige Identifizierung oder Authentifizierung einer Person erlaubt. Dies ist beispielsweise grundsätzlich nicht der Fall bei gewöhnlichen Fotografien»); Hervorhebung hinzugefügt).

- Ausserhalb des Schengen-Bereichs (ausserhalb der polizeilichen Zusammenarbeit und der Strafverfolgung, namentlich bei der Datenbearbeitung durch Private) besteht kein Raum für eine europarechtskonforme bzw. richtlinienkonforme Auslegung. Die EU-Praxis ist aber immerhin zur Orientierung zu berücksichtigen.
- Für die Auslegung des Begriffs «genetische Daten» ist ausserhalb des Schengen-Bereichs die Anwendung der Begriffsdefinition im GUMG für die Schweizer Behörden verbindlich. Auch im Schengen-Bereich ist sie aber mitzubersichtigen.

3. Rechtsgrundlagen und Rechtfertigungsgründe

a. Regelung im Gesetz

Die DSGVO und das nDSG enthalten die folgenden Bestimmungen zu Rechtsgrundlagen bzw. Rechtfertigungsgründen:¹⁹⁹

Art. 6 DSGVO

- (1) Die Verarbeitung ist nur rechtmässig, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist:
- a. Die betroffene Person hat ihre **Einwilligung** zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben;
 - b. die Verarbeitung ist für die **Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist**, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen;
 - c. die Verarbeitung ist zur **Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung** [aus EU oder EU-Mitgliedsstaatsrecht] erforderlich, der der Verantwortliche unterliegt;
 - d. die Verarbeitung ist erforderlich, um **lebenswichtige Interessen** der betroffenen Person oder einer anderen natürlichen Person zu schützen;
 - e. die Verarbeitung ist für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich, die im **öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt** erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde;

¹⁹⁹ Hervorhebungen hinzugefügt.

- f. die Verarbeitung ist zur **Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten** erforderlich, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt.

Art. 31 nDSG

- (1) Eine Persönlichkeitsverletzung ist widerrechtlich, wenn sie nicht durch **Einwilligung** der betroffenen Person, durch ein **überwiegendes privates oder öffentliches Interesse** oder durch **Gesetz gerechtfertigt** ist.
- (2) Ein überwiegendes Interesse des Verantwortlichen fällt insbesondere in folgenden Fällen in Betracht:
 - a. Der Verantwortliche bearbeitet die Personendaten über die Vertragspartnerin oder den Vertragspartner in **unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags**

[Im Unterschied zur Regelung in Art. 6 DSGVO (Buchstabe a) nennt das nDSG die Notwendigkeit zur Vertragserfüllung nicht als separaten Rechtfertigungsgrund, sondern als ein Beispiel eines (möglicherweise) überwiegenden Interesses des Verantwortlichen.]

- b. Der Verantwortliche steht mit einer anderen Person in wirtschaftlichem Wettbewerb oder wird in wirtschaftlichen Wettbewerb treten und bearbeitet zu diesem Zweck Personendaten, die Dritten nicht bekanntgegeben werden; nicht als Dritte im Rahmen dieser Bestimmung gelten Unternehmen, die zum selben Konzern gehören wie der Verantwortliche.
- c. Der Verantwortliche bearbeitet Personendaten zur Prüfung der Kreditwürdigkeit der betroffenen Person, wobei die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind: [...]
- d. Der Verantwortliche bearbeitet die Personendaten beruflich und ausschliesslich zur Veröffentlichung im redaktionellen Teil eines periodisch erscheinenden Mediums oder die Daten dienen ihm, falls keine Veröffentlichung erfolgt, ausschliesslich als persönliches Arbeitsinstrument.
- e. Der Verantwortliche bearbeitet die Personendaten für nicht personenbezogene Zwecke, insbesondere für Forschung, Planung oder Statistik, wobei die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind: [...]
- f. Der Verantwortliche sammelt Personendaten über eine Person des öffentlichen Lebens, die sich auf das Wirken dieser Person in der Öffentlichkeit beziehen.

Art. 34 nDSG

- (1) Bundesorgane dürfen Personendaten nur bearbeiten, wenn dafür eine **gesetzliche Grundlage** besteht.
- (4) In Abweichung von den Absätzen 1–3 dürfen Bundesorgane Personendaten bearbeiten, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:
- a. Der **Bundesrat hat die Bearbeitung bewilligt**, weil er die Rechte der betroffenen Person für nicht gefährdet hält.
 - b. Die betroffene Person hat **im Einzelfall in die Bearbeitung eingewilligt** oder hat ihre Personendaten **allgemein zugänglich gemacht und eine Bearbeitung nicht ausdrücklich untersagt**.
 - c. Die Bearbeitung ist **notwendig, um das Leben oder die körperliche Unversehrtheit der betroffenen Person oder eines Dritten zu schützen**, und es ist nicht möglich, innerhalb einer angemessenen Frist die Einwilligung der betroffenen Person einzuholen.

b. Analyse

DSGVO und nDSG folgen im Bereich der Datenbearbeitung durch private Verantwortliche **unterschiedlichen Regelungskonzepten**:

- *Ausgangslage unter der DSGVO*: Jegliche (von der DSGVO erfasste²⁰⁰) Verarbeitung personenbezogener Daten ist **grundsätzlich verboten**. Die Datenverarbeitung ist aber erlaubt, wenn mindestens einer der in Art. 6 Abs. 1 DSGVO aufgeführten Erlaubnistatbestände erfüllt ist, wenn also eine **Rechtsgrundlage** besteht (sog. Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt²⁰¹). Die Rechtsgrundlagen sind im Bereich der Verarbeitung durch Private ein Korrektiv dafür, dass das Verbotsprinzip auch für private Verantwortliche (also nicht nur für die Verarbeitung durch Behörden) gilt.²⁰²

²⁰⁰ Jede ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten und die Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen (Art. 2 Abs. 2 DSGVO).

²⁰¹ BUCHNER/ PETRI, DS-GVO BDSG (FN 171), Art. 6 N 1 und 11; SEBASTIAN SCHULZ, in: Peter Gola, Datenschutz-Grundverordnung VO (EU) 2016/679, Kommentar, 2. A., München 2018 (zit. VERFASSERIN, DS-GVO), Art. 6 N 2; Oxford Commentary GDPR–KOTSCHY (FN 171), Art. 6, 325.

²⁰² SCHULZ, DS-GVO (FN 201), Art. 6 N 3.

Verantwortliche müssen im Einzelfall aufzeigen können, dass für die in Frage stehende Datenverarbeitung mindestens eine der Rechtsgrundlagen gilt.²⁰³ Die Auflistung der Rechtsgrundlagen in Art. 6 Abs. 1 DSGVO ist abschliessend.²⁰⁴ Es gibt keine Rangfolge unter den Rechtsgrundlagen in dem Sinne, dass gewisse Rechtsgrundlagen prioritär zu wählen wären.²⁰⁵

- *Ausgangslage im nDSG* im Bereich der *Bearbeitung durch private Verantwortliche*: Die Bearbeitung von Personendaten ist **grundsätzlich erlaubt** (keine Rechtsgrundlage erforderlich). Die Bearbeitung ist nur dann verboten, wenn sie **die Persönlichkeit der betroffenen Person widerrechtlich verletzt** (Art. 30 Abs. 1 nDSG).²⁰⁶ Anders als in der Konzeption der DSGVO stellt die Bearbeitung von Personendaten unter dem DSG und dem nDSG somit allein noch keine Persönlichkeitsverletzung dar. Umgekehrt bedeutet dies, dass der private Verantwortliche – anders als unter der DSGVO – nicht für jede Datenbearbeitung darlegen muss, dass eine Rechtsgrundlage oder Rechtfertigung vorliegt. Nur wenn die Datenbearbeitung im Einzelfall die Persönlichkeit verletzt, muss geprüft werden, ob die Persönlichkeitsverletzung allenfalls gerechtfertigt und somit nicht widerrechtlich ist.²⁰⁷
- Eine **Persönlichkeitsverletzung** liegt gemäss Art. 30 Abs. 2 nDSG insbesondere vor, wenn der Verantwortliche (i) sich nicht an die Bearbeitungsgrundsätze nach Art. 6 (Rechtmässigkeit, Treu und Glauben, Verhältnismässigkeit, Zweckbindung, Datenminimierung, Speicherbegrenzung, Richtigkeit) und 8 (Datensicherheit) nDSG hält, (ii) Personendaten wei-

²⁰³ Vgl. Oxford Commentary GDPR–KOTSCHY (FN 171), Art. 6, 329.

²⁰⁴ BUCHNER/PETRI, DS-GVO BDSG (FN 171), Art. 6 N 1; Oxford Commentary GDPR–KOTSCHY (FN 171), Art. 6, 329.

²⁰⁵ Oxford Commentary GDPR–KOTSCHY (FN 171), 329.

²⁰⁶ CORRADO RAMPINI, in: Urs Maurer-Lambrou/Gabor-Paul Blechta (Hrsg.), Datenschutzgesetz (DSG)/Öffentlichkeitsgesetz (BGÖ), Basler Kommentar. 3. A., Basel 2014 (zit. BSK DSG–VERFASSEN), Vorbemerkungen zu Art. 12–15 N 4.

²⁰⁷ DAVID ROSENTHAL, in: David Rosenthal/Yvonne Jöhri (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008 (zit. VERFASSEN, Handkommentar), Art. 12, N 1; ROSENTHAL (FN 178), N 7; BSK DSG–RAMPINI (FN 206), Art. 13 N 1; BGE 136 II 508 E. 6.3.2. Nicht zutreffend ist daher die zuweilen vom EDÖB vertretene Auffassung, wonach jede Datenbearbeitung einer Rechtfertigung bedarf – so z.B. EDÖB, Leitfaden über Internet- und E-Mailüberwachung am Arbeitsplatz. Für die Privatwirtschaft, September 2013, 5; und EDÖB, Kundenbindungsprogramm Supercard. Schlussbericht (überarbeitet), 14.12.2015, 8.

terbearbeitet, nachdem die betroffene Person ausdrücklich zum Ausdruck gebracht hat, dass sie dies nicht (mehr) möchte (z.B. eine Einschränkung der Bearbeitung oder Löschung der Personendaten verlangt), oder wenn (iii) der Verantwortliche besonders schützenswerte Personendaten an einen Dritten (Auftragsbearbeiter sind keine Dritte in diesem Sinne) *weitergibt*.

- Persönlichkeitsverletzungen nach Art. 30 nDSG sind jedoch nur dann widerrechtlich, wenn kein **Rechtfertigungsgrund** (Art. 31 nDSG) vorliegt. Dieses Regelungskonzept (Art. 30–31 nDSG) **übernimmt das nDSG von Art. 12–13 DS**.²⁰⁸ Art. 31 Abs. 1 nDSG (derzeit Art. 13 Abs. 1 DS) ist somit das **Pendant zum Konzept des Art. 28 Abs. 2 ZGB**, wonach eine Persönlichkeitsverletzung nur dann widerrechtlich ist, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist.²⁰⁹
- *Im öffentlichen Bereich (Bearbeitung durch Bundesorgane)* gilt das **Legitimitätsprinzip** (Art. 5 Abs. 1 BV). Bundesorgane müssen sicherstellen, dass sie Personendaten nur basierend auf einer Grundlage im Gesetz (**Rechtsgrundlage**) bearbeiten (Art. 34 nDSG).²¹⁰
- Für einige Datenbearbeitungen ergibt sich die Rechtsgrundlage direkt aus dem **nDSG** (vgl. Art. 35–39). In der Regel stützt sich die Bearbeitung von Personendaten durch Bundesorgane hingegen **direkt** (Ermächtigung in einer spezialgesetzlichen Norm²¹¹) oder **indirekt** (Notwendigkeit zur Erfüllung einer gesetzlich festgelegten Aufgabe²¹²) auf eine Grundlage aus

²⁰⁸ ROSENTHAL (FN 178), N 7.

²⁰⁹ BGE 136 II 508 E. 6.3.2 («Art. 13. Abs. 1 DS übernimmt in diesem Sinne den in Art. 28 Abs. 2 ZGB verankerten Grundsatz»); BSK DS–RAMPINI (FN 206), Art. 12 N. 1. Vgl. auch Botschaft E-DSG (FN 3), 7070 («Die Vorschriften zum Bearbeiten von Personendaten durch private Personen konkretisieren den Schutz der Persönlichkeit nach Art. 28 ZGB in Bezug auf den Datenschutz. [...] Artikel 26 E-DSG [Art. 30 nDSG] konkretisiert Persönlichkeitsverletzungen im Bereich des Datenschutzes, Art. 27 E-DSG [Art. 31 nDSG] definiert spezifische Rechtfertigungsgründe»).

²¹⁰ Vgl. BSK DS–BALLENEGGER (FN 206), Art. 17 N 1–4; JÖHRI, Handkommentar DS (FN 207), Art. 17 N 1–3.

²¹¹ Vgl. BSK DS–BALLENEGGER (FN 206), Art. 17 N 3 und 6–7; JÖHRI, Handkommentar DS (FN 207), Art. 17 N 4 und 8–10.

²¹² Vgl. BSK DS–BALLENEGGER (FN 206), Art. 17 N 26–27; JÖHRI, Handkommentar DS (FN 207), Art. 17 N 76–77.

einem **anderen Bundesgesetz** oder (ausser bei besonders schützenswerten Personendaten) aus einer Verordnung²¹³ des Bundes.

c. Folgerungen für die Auslegung von Art. 31 nDSG

i. Bewusstes Abweichen vom Regelungskonzept der DSGVO – keine europarechtskonforme Auslegung

Die Wahl eines Regelungskonzepts, das sich wesentlich vom Regelungsansatz der DSGVO unterscheidet, **entspricht dem Willen des Schweizer Gesetzgebers**. Instruktiv hierzu ist das folgende Votum von Nationalrat Balthasar Glättli in der Herbstsession 2020:²¹⁴

«[...] vor Augen führen, dass die beiden Gesetzeswerke, die EU-Datenschutz-Grundverordnung einerseits und das schweizerische Datenschutzgesetz andererseits, deren Äquivalenz ja nun hergestellt werden soll – [...] einen **völlig unterschiedlichen Ansatz** haben. Bei der EU-Datenschutz-Grundverordnung gilt grundsätzlich jede Verarbeitung von personenbezogenen Daten als rechtswidrig. Sie ist also nicht erlaubt, es sei denn, man kann sich auf einen Rechtsgrund stützen. [...] **In der Schweiz haben wir eigentlich das umgekehrte Prinzip**. Eine Verarbeitung von Daten ist immer zulässig, es sei denn, es liegen Ausnahmetatbestände vor. Das heisst, es müssen sich zwei Rechtsordnungen irgendwo in der Mitte finden, von denen **die eine sagt, alles sei verboten, ausser [...], und die andere, unsere, sagt, alles sei erlaubt, ausser [...]**»

Das bewusste Abweichen vom Regelungskonzept der DSGVO bedeutet, dass die entsprechenden Regelungen im rezipierten EU-Recht sich kaum mit entsprechenden Regelungen im Schweizer Recht vergleichen lassen. Entsprechend sollten rechtsanwendende Schweizer Behörden sehr zurückhaltend sein bei Vergleichen der Rechtfertigungsgründe gemäss Art. 31 nDSG bzw. (im Behördenbereich) der Rechtsgrundlagen in Art. 34 nDSG mit den Rechtsgrundlagen gemäss Art. 6 Abs. 1 DSGVO. Die EU-Praxis zu Art. 6 Abs. 1 DSGVO sollten rechtsanwendende Schweizer Behörden somit (wenn überhaupt) **nur zur Plausibilisierung** eines autonomen Schweizer Auslegungsergebnisses heranziehen.²¹⁵

²¹³ JÖHRI, Handkommentar DSG (FN 207), Art. 17 N 59.

²¹⁴ Vgl. z.B. Votum Glättli AB 2020 N 1597 (Hervorhebungen hinzugefügt).

²¹⁵ Vgl. oben IV.E.1.

ii. *Wesentliche Unterschiede in der Ausgestaltung der Rechtfertigungsgründe und Rechtsgrundlagen – Zurückhaltung bei der Berücksichtigung der EU-Praxis*

Es bestehen wesentliche Unterschiede bei der Ausgestaltung der einzelnen Rechtfertigungsgründe in Art. 31 nDSG im Vergleich zu Art. 6 Abs. 1 DSGVO. Diese sollen Schweizer Behörden beachten:

- Der Rechtfertigungsgrund, wonach die Datenbearbeitung zur **Einhaltung eines Gesetzes** gerechtfertigt ist, bezieht sich in Art. 31 Abs. 1 nDSG auf Schweizer Gesetze und Verordnungen des Bundes und der Kantone,²¹⁶ in Art. 6 Abs. 1 lit. c DSGVO auf Gesetze der EU und der Mitgliedsstaaten,²¹⁷ denen der Verantwortliche unterliegt.
- Das nDSG (Art. 31 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 6 nDSG) stellt weniger strenge Anforderungen an die **Gültigkeit einer Einwilligung** als die DSGVO (Art. 6 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 7 DSGVO). Art. 6 Abs. 6 nDSG übernimmt im Wesentlichen Art. 4 Abs. 5 Satz 1 DSG. Demgegenüber finden die folgenden Anforderungen von Art. 7 DSGVO an eine gültige Einwilligung **nicht** für das nDSG Anwendung:
 - Erfordernis, dass das Ersuchen um **Einwilligung** in einer *klaren und einfachen Sprache* und *getrennt von Informationen zu anderen Sachverhalten* erfolgen muss (Art. 7 Abs. 2 DSGVO); obschon es auch unter Schweizer Recht ratsam und gute Praxis ist, Einwilligungen in die Bearbeitung von Personendaten nicht zusammen mit der Einwilligung zu anderen Sachverhalten (z.B. Zustimmung zu AGB) zu verknüpfen, dürfen rechtsanwendende Schweizer Behörden Art. 6 Abs. 6 nDSG nicht europarechtskonform auslegen und solches unter Berücksichtigung von Art. 7 Abs. 2 DSGVO fordern;²¹⁸ sie können aber Art. 6 Abs. 6 nDSG da-

²¹⁶ BGE 138 I 331 E. 8.4; BSK DSG–RAMPINI (FN 206), Art. 13 N 17 und 19; ROSENTHAL, Handkommentar DSG (FN 207), Art. 13 N 26.

²¹⁷ Art. 6 Abs. 3 DSGVO.

²¹⁸ Entsprechend sollten rechtsanwendende Schweizer Behörden Zurückhaltung walten lassen bei der Berücksichtigung von Anforderungen an eine gültige Einwilligung, wie sie z.B. der EuGH im Urteil *Google LLC gegen Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)*, Rs. C-507/17, 24.09.2019 oder der EDSA in seinen Leitlinien 05/2020 zur Einwilligung gemäss Verordnung 2016/679 (Version 1.1, 04.05.2020) stellen.

hingehend – konform mit dem revidierten Übereinkommen SEV 108²¹⁹ – so auslegen, dass eine Einwilligung nur gültig ist, wenn sie *eindeutig* erfolgt, was die erwähnte Trennung eben ratsam erscheinen lässt.

- Pflicht zur *Information über das Recht, die Einwilligung jederzeit zu widerrufen*; und zwar so einfach wie es war, die Einwilligung zu erteilen (Art. 7 Abs. 3 DSGVO); Verantwortliche richten ihre Datenschutzerklärungen (freiwillig oder aus Pflicht) regelmässig am DSGVO-Standard aus. Entsprechend informieren sie über das Recht, Einwilligungen zu widerrufen. Dennoch dürfen rechtsanwendende Schweizer Behörden Art. 6 Abs. 6 nDSG nicht europarechtskonform auslegen und solches unter Berücksichtigung von Art. 7 Abs. 3 DSGVO fordern.
- Erfordernis, bei der Beurteilung der Freiwilligkeit der Einwilligung dem Umstand «grösstmöglich» Rechnung zu tragen, ob der Verantwortliche die Erfüllung eines Vertrags und die Erbringung einer Dienstleistung davon abhängig macht, dass die betroffene Person in die betreffende(n) Datenbearbeitung(en) einwilligt; rechtsanwendende Schweizer Behörden dürfen Art. 6 Abs. 6 nDSG nicht europarechtskonform auslegen und solches unter Berücksichtigung von Art. 7 Abs. 3 DSGVO fordern.
- Der Anwendungsbereich des Rechtfertigungsgrunds der **Vertragserfüllung** und der diesbezüglichen Leistungserbringung ist im nDSG (Art. 31 Abs. 2 lit. a) nicht dahingehend auszulegen, dass nur sehr eng mit der geschuldeten (Dienst-) Leistung verknüpfte Datenverarbeitungen gerechtfertigt sind. Dies gilt umso mehr, als die Vertragserfüllung im nDSG ein Anwendungsbeispiel eines privaten Interesses ist; es ist eine Interessenabwägung notwendig – wobei sich das Interesse des Verantwortlichen nicht darin erschöpft, die für die Leistungserbringung absolut notwendigen Datenbearbeitungen vorzunehmen (so

²¹⁹ Gemäss Art. 5 des revidierten Übereinkommens SEV 108 sollen Vertragsstaaten ihr Recht so ausgestalten, dass nur eine freiwillige, spezifische und eindeutige Einwilligung («free, specific, informed and *unambiguous* consent»; Hervorhebung hinzugefügt) eine gültige Einwilligung ist.

aber der Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO – erforderlich – und das Verständnis des EDSA).²²⁰

- Unter der DSGVO muss bei der Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten (sog. besondere Kategorien personenbezogener Daten) zusätzlich zum Vorliegen einer Rechtsgrundlage nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO eine der **Voraussetzungen von Art. 9 Abs. 2 DSGVO** erfüllt sein; weil dort nur wenige Fälle einer Vertragserfüllung aufgelistet sind, führt dies dazu, dass im Bereich der Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten der Anwendungsbereich der Rechtsgrundlage der Vertragserfüllung sehr eingeschränkt und häufiger die Einwilligung der betroffenen Person notwendig ist;²²¹ während gemäss nDSG auch ein anderer Rechtfertigungsgrund (z.B. Vertragserfüllung) für eine Weitergabe (die Bearbeitung an sich braucht in der Regel nicht gerechtfertigt zu werden) besonders schützenswerter Personendaten an Dritte in Frage kommt und in der Regel geeigneter ist.
- Unter dem nDSG (Art. 31 Abs. 1) können sich auch private Verantwortliche auf den Rechtfertigung des **überwiegenden öffentlichen Interesses** (Dritter) berufen (z.B. das Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit²²²); demgegenüber können sich nur Behörden oder Private, denen die Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse gemäss dem Recht des jeweiligen Mitgliedsstaats *übertragen* wurde, auf die Rechtsgrundlage des öffentlichen Interesses i.S.v. Art. 6 Abs. 1 lit. e DSGVO berufen;²²³ allerdings ist das Bundesgericht sehr zurückhaltend bei der Annahme eines (selbständigen) öffentlichen Interesses des privaten Verantwortlichen als Rechtfertigungsgrund – was nicht mit dem EU-Datenschutzrecht, sondern vielmehr damit zusammenhängt, dass öffentliche Interessen oft schon in gesetzlichen Regelungen umgesetzt

²²⁰ EDSA, Leitlinien 2/2019 zur Verarbeitung personenbezogener Daten gemäss Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b DSGVO im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Online-Diensten für betroffene Personen, 08.10.2019, N 26–39; vgl. dazu Oxford Commentary GDPR–KOTSCHY (FN 171), Art. 6, 331 und BUCHNER/PETRI, DS-GVO BDSG (FN 171), Art. 6 N 38–46.

²²¹ Oxford Commentary GDPR–KOTSCHY (FN 171), Art. 6, 335.

²²² BGE 132 III 641 E. 3; BGE 129 III 529 E. 3.1; ROSENTHAL (FN 178), N 22.

²²³ Art. 6 Abs. 3 DSGVO; DSGVO-Erwägungsgrund 45; Oxford Commentary GDPR–KOTSCHY (FN 171), Art. 6, 335; BUCHNER/PETRI, DS-GVO BDSG (FN 171), Art. 6 N 111 und 117.

sind oder das Gericht stark auf die privaten wirtschaftlichen Interessen des Verantwortlichen fokussiert.²²⁴

4. Informationspflicht bei der Beschaffung von Personendaten

a. Regelung im Gesetz

Die DSGVO, das revidierte Übereinkommen SEV 108 und das nDSG implementieren im Vergleich zum alten Recht höhere Anforderungen an die Transparenz. Dazu gehört die Pflicht, betroffene Personen bereits bei der Beschaffung bzw. nach Erhalt von Personendaten über die Beschaffung und Bearbeitung von Personendaten zu informieren. Dies soll es betroffenen Personen ermöglichen, Bearbeitungen ihrer Personendaten zu erkennen und ihre Betroffenenrechte (z.B. Recht auf Auskunft, Berichtigung oder Löschung) auszuüben.

Die Regelungen im Gesetz lauten wie folgt:²²⁵

Art. 13–14 DSGVO

- (1) [...] so teilt der Verantwortliche der betroffenen Person [Art. 13(1): zum Zeitpunkt der Erhebung dieser Daten] Folgendes mit:
- a. [von Art. 13(1) und 14(1)] den **Namen** und die **Kontaktdaten des Verantwortlichen** sowie gegebenenfalls seines **Vertreters**;
 - b. [von Art. 13(1) und 14(1)] die Kontaktdaten **des Datenschutzbeauftragten**;
 - c. [von Art. 13(1) und 14 (1)] die **Zwecke**, für die die personenbezogenen Daten verarbeitet werden sollen, sowie die **Rechtsgrundlage** für die Verarbeitung;
 - d. [von Art. 13(1) und Art. 14 (2) b] wenn die Verarbeitung auf Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe f beruht, die **berechtigten Interessen**, die von dem Verantwortlichen oder einem Dritten verfolgt werden;

²²⁴ BSK DSG–RAMPINI (FN 206), Art. 13 N 47; BGE 138 II 346 E. 10.6.1 (*Google Street View* – öffentliches Informationsinteresse an der Nutzung von Google Street View überwiegt nicht die Interessen der auf Bildern erkennbaren Personen); BGE 136 II 508 E. 6.3.3 *Logistep* – öffentliches Interesse an der wirksamen Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen mag die Tragweite der Persönlichkeitsverletzung durch Logistep nicht rechtfertigen).

²²⁵ Hervorhebungen hinzugefügt.

[von Art. 14 Abs. 1] [...] d)] die **Kategorien personenbezogener Daten**, die verarbeitet werden.

- e. [von Art. 13(1) und 14(1)] gegebenenfalls die **Empfänger oder Kategorien von Empfängern der personenbezogenen Daten** und
- f. [von Art. 13(1) und 14(1)] gegebenenfalls die Absicht des Verantwortlichen, die personenbezogenen Daten an ein **Drittland** oder eine internationale Organisation zu übermitteln, sowie das Vorhandensein oder das Fehlen eines Angemessenheitsbeschlusses der Kommission oder im Falle von Übermittlungen gemäß Artikel 46 oder Artikel 47 oder Artikel 49 Absatz 1 Unterabsatz 2 einen Verweis auf die geeigneten oder angemessenen Garantien und die Möglichkeit, wie eine Kopie von ihnen zu erhalten ist, oder wo sie verfügbar sind.

(2) Zusätzlich [...]

- a. [von Art. 13(2) und 14(2)] die **Dauer**, für die die personenbezogenen Daten gespeichert werden oder, falls dies nicht möglich ist, die Kriterien für die Festlegung dieser Dauer;
- b. [von Art. 13(2) und Art. 14 (2)(c)] das Bestehen eines **Rechts auf Auskunft** seitens des Verantwortlichen über die betreffenden personenbezogenen Daten sowie auf Berichtigung oder Löschung oder auf Einschränkung der Verarbeitung oder eines Widerspruchsrechts gegen die Verarbeitung sowie des Rechts auf Datenübertragbarkeit;
- c. [von Art. 13(2) und Art. 14(1)(d)] wenn die Verarbeitung auf Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a oder Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a beruht, das Bestehen eines **Rechts, die Einwilligung jederzeit zu widerrufen**, ohne dass die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung berührt wird;
- d. [von Art. 13(2) und Art. 14(2)(e)] das Bestehen eines **Beschwerderechts bei einer Aufsichtsbehörde**;
- e. [von Art. 13(2)] ob die Bereitstellung der personenbezogenen Daten **gesetzlich oder vertraglich vorgeschrieben oder für einen Vertragsabschluss erforderlich** ist, ob die betroffene Person verpflichtet ist, die personenbezogenen Daten bereitzustellen, und welche mögliche Folgen die Nichtbereitstellung hätte;

- f. [von Art. 13(2) und Art. 14(2)(g)] das **Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling** gemäß Artikel 22 Absätze 1 und 4 und – zumindest in diesen Fällen – aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person.
- f. [von Art. 14(2)] aus welcher **Quelle** die personenbezogenen Daten stammen und gegebenenfalls ob sie aus öffentlich zugänglichen Quellen stammen;

Art. 13 Richtlinie (EU) 2016/680

- (1) Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass der Verantwortliche der betroffenen Person zumindest die folgenden Informationen zur Verfügung stellt:
 - a. den **Namen** und die **Kontaktdaten des Verantwortlichen**,
 - b. gegebenenfalls die **Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten**,
 - c. die **Zwecke**, für die die personenbezogenen Daten verarbeitet werden,
 - d. [das Bestehen eines **Beschwerderechts bei einer Aufsichtsbehörde**; sowie deren Kontaktdaten]
 - e. das Bestehen eines **Rechts auf Auskunft und Berichtigung oder Löschung** personenbezogener Daten und Einschränkung der Verarbeitung der personenbezogenen Daten der betroffenen Person durch den Verantwortlichen.
- (2) [...] sehen die Mitgliedsstaaten durch Rechtsvorschriften [für besondere Fälle die Mitteilung der folgenden zusätzlichen Informationen] vor:
 - a. die **Rechtsgrundlage** der Verarbeitung.
 - b. die Dauer, für die die personenbezogenen Daten gespeichert werden oder, falls dies nicht möglich ist, die Kriterien für die Festlegung dieser Dauer,
 - c. [...] gegebenenfalls die **Kategorien von Empfängern der personenbezogenen Daten**, auch der **Empfänger in Drittländern** oder in internationalen Organisationen,
 - d. erforderlichenfalls **weitere Informationen**, insbesondere wenn die personenbezogenen Daten ohne Wissen der betroffenen Person erhoben werden.

Art. 8 revidiertes Übereinkommen SEV 108 (Transparency of processing)

- (1) Each Party shall provide that the controller informs data subjects of
- a. his or her **identity and habitual residence or establishment**;
 - b. the **legal basis** and the **purposes** of the intended processing;
 - c. the **categories of personal data** processed;
 - d. the **recipients or categories of recipients** of the personal data, if any; and
 - e. the means of **exercising the rights** set out in Article 9,
- as well as **any necessary additional information** in order to ensure fair and transparent processing of the personal data.

Art. 19–20 nDSG (Informationspflicht bei der Beschaffung von Personendaten)

- (1) [von Art. 19] Der Verantwortliche informiert die betroffene Person angemessen über die Beschaffung von Personendaten; diese Informationspflicht gilt auch, wenn die Daten nicht bei der betroffenen Person beschafft werden.
- (2) Er teilt der betroffenen Person bei der Beschaffung diejenigen Informationen mit, die **erforderlich sind, damit sie ihre Rechte nach diesem Gesetz geltend machen kann und eine transparente Datenbearbeitung gewährleistet ist**; er teilt ihr mindestens mit:
- a. die **Identität** und die **Kontaktdaten des Verantwortlichen** [Art. 14 Abs. 3: und gegebenenfalls seiner **Vertretung**];

[Art. 10(3)(d) Der Verantwortliche veröffentlicht die **Kontaktdaten der Datenschutzberaterin** oder des Datenschutzberaters und teilt diese dem EDÖB mit.]

- b. den **Bearbeitungszweck**;
 - c. gegebenenfalls die **Empfängerinnen und Empfänger oder die Kategorien von Empfängerinnen und Empfängern**, denen Personendaten bekanntgegeben werden.
- (3) Werden die Daten nicht bei der betroffenen Person beschafft, so teilt er ihr zudem die **Kategorien der bearbeiteten Personendaten** mit.
- (4) Werden die Personendaten ins Ausland bekanntgegeben, so teilt er der betroffenen Person auch **den Staat oder das internationale Organ** und gegebenenfalls die **Garantien** nach Artikel 16 Absatz 2 oder die Anwendung einer Ausnahme nach Artikel 17 mit.

[Art. 21(1) Informationspflicht bei einer automatisierten Einzelentscheidung] Der Verantwortliche informiert die betroffene Person über eine **Entscheidung, die ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung beruht** und die für sie mit einer Rechtsfolge verbunden ist oder sie erheblich beeinträchtigt [...]

[Art. 20 Ausnahmen von der Informationspflicht und Einschränkungen]

b. Analyse

Art. 13 und 14 DSGVO enthalten Listen von Pflichtinformationen. Diese führen die erforderlichen Informationen *abschliessend* auf,²²⁶ und zwar aufgeteilt (jeweils Abs. 1 und 2) in zwei Kataloge von Informationen.

Die Verteilung der Liste der Pflichtinformationen auf jeweils zwei Absätze verleitet zur Annahme, gewisse Basisinformationen seien immer mitzuteilen, weitere Informationen aber nur unter besonderen Umständen. Dies war im Ratsentwurf tatsächlich so gemeint und würde sich mit Erwägungsgrund 60 («besondere Umstände und Rahmenbedingungen») decken.²²⁷ Eine solche Auslegung würde aber dem klaren Wortlaut von Art. 13 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 2 DSGVO widersprechen. Aus der Formulierung «[...] stellt der Verantwortliche [...] folgende [weitere] Informationen zu Verfügung» ergibt sich, dass der Verantwortliche betroffenen Personen die in Abs. 2 und Abs. 1 aufgelisteten Kategorien von Informationen **unabhängig von den konkreten Umständen** gleichermaßen mitteilen muss.²²⁸

Die Erwähnung der Notwendigkeit (Art. 13 Abs. 2 DSGVO) bzw. Erforderlichkeit (Art. 14 Abs. 2 DSGVO) zur Gewährleistung einer fairen und transparenten Verarbeitung ist vielmehr ein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber

²²⁶ Oxford Commentary GDPR–ZANFIR-FORTUNA (FN 171), Art. 13, 426; BÄCKER, DS-GVO BDSG (FN 171), Art. 13 N 19; Oxford Commentary GDPR–ZANFIR-FORTUNA (FN 171), Art. 14, 444; BÄCKER, DS-GVO BDSG (FN 171), Art. 14 N 13. Zur Verwirklichung des Transparenzgebots (Art. 5 Abs. 1 DSGVO) könnten in Einzelfällen zusätzliche Informationen erforderlich sein. Dieser Fall scheint aber eher theoretisch und nicht vereinbar mit der Rechtssicherheit, die durch die Auflistung in Art. 13–14 DSGVO hergestellt werden soll.

²²⁷ BÄCKER, DS-GVO BDSG (FN 171), Art. 13 N 20.

²²⁸ Oxford Commentary GDPR–ZANFIR-FORTUNA (FN 171), Art. 13, 428; BÄCKER, DS-GVO BDSG (FN 171), Art. 13 N 20; Oxford Commentary GDPR–ZANFIR-FORTUNA (FN 171), Art. 14, 444; BÄCKER, DS-GVO BDSG (FN 171), Art. 14 N 13.

diese Informationen namentlich hinsichtlich der Fairness und Transparenz für notwendig bzw. erforderlich hält.²²⁹

Im Unterschied zu Art. 13–14 DSGVO unterscheidet *Art. 13 der Richtlinie (EU) 2016/680* klar zwischen **Basisinformationen** (Abs. 1) und nur «in besonderen Fällen» mitzuteilenden **Zusatzinformationen** (Abs. 2).

*Art. 8 Abs. 1 des revidierten Übereinkommens SEV 108*²³⁰ und *Art. 19 Abs. 2 nDSG* implementieren ein **anderes Konzept**. Beide Rechtsakte statuieren einen **Katalog von Mindestinformationen** und ergänzen diesen mit einer **Generalklausel**. Die Mindestinformationen sind immer mitzuteilen, weitere Informationen (Generalklausel) hingegen nur, wenn es für die Wahrnehmung der Betroffenenrechte und zur Gewährleistung einer transparenten Bearbeitung erforderlich ist.

Mit diesem Konzept folgt der Gesetzgeber einer *etablierten Schweizer Rechtsetzungsmethode*, mit allgemeinen Grundsätzen zu arbeiten und diese mit Beispieltatbeständen²³¹ oder Mindestanforderungen²³² zu ergänzen, welche die allgemeinen Grundsätze konkretisieren.²³³

Bereits unter dem geltenden DSG besteht eine Informationspflicht beim Beschaffen von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen (Art. 14 DSG). Auch in Bezug auf allgemeine Personendaten besteht (indirekt) eine Informationspflicht für den Fall, dass nur eine vorgängige oder nachträgliche Information eine faire (Art. 4 Abs. 2 DSG; Treu und Glauben) und transparente bzw. erkennbare (Art. 4 Abs. 4 Abs. 4 DSG) Datenbearbeitung sicherstellen kann. Für Bundesbehörden gelten gemäss Art. 18 DSG bei systematischen Erhebungen und gemäss Art. 18a DSG generell für die Beschaffung jeglicher Arten von Personendaten weitergehende Informations-

²²⁹ Oxford Commentary GDPR–ZANFIR-FORTUNA (FN 171), Art. 13, 428.

²³⁰ «[...] as well as any necessary additional information in order to ensure fair and transparent processing of the personal data» (Art. 8 Abs. 1 letzter Teilsatz des revidierten Übereinkommens SEV 108).

²³¹ Vgl. z.B. die Generalklausel in Art. 2 UWG, ergänzt durch Beispiele unlauteren Verhaltens in Art. 3 UWG; Art. 7 Abs. 1 KG, ergänzt durch Beispiele missbräuchlichen Verhaltens marktbeherrschender Unternehmen in Art. 7 Abs. 2.

²³² Vgl. z.B. Art. 10a Abs. 2 DSG.

²³³ Botschaft E-DSG (FN 3), 7051.

pflichten.²³⁴ Art. 19 nDSG führt die Art. 14, 18 und 18a DSG in einer Norm zusammen²³⁵ und schafft eine einheitliche Regelung, die für Bundesbehörden wie auch für private Verantwortliche gilt.²³⁶

Art. 19 Abs. 2–4 nDSG statuiert die meisten der Pflichtinformationen gemäss Art. 8 des revidierten Übereinkommens SEV 108 als Mindestinformationen. Es bestehen drei Abweichungen.

Die erste Abweichung – Angabe nur des Bearbeitungszwecks anstelle von Rechtsgrundlage und Bearbeitungszweck²³⁷ – von der Bestimmung im revidierten Übereinkommen SEV 108 ergibt sich daraus, dass das nDSG für die Datenbearbeitung durch private Verantwortliche keine Rechtsgrundlage verlangt.²³⁸ Die zweite Abweichung besteht darin, dass gemäss Art. 19 Abs. 3 nDSG (im Gegensatz zu Art. 8 Abs. 1 lit. c des revidierten Übereinkommens SEV 108) die Angabe der Kategorien der bearbeiteten Personendaten nur erforderlich ist, wenn die Personendaten nicht bei der betroffenen Person beschafft werden.

Schliesslich (dritte Abweichung) verlangt Art. 8 Abs. 1 lit. e des revidierten Übereinkommens SEV 108, dass Verantwortliche die betroffenen Personen darüber aufklären, wie sie ihre Betroffenenrechte ausüben können. Eine solche Pflicht zur Aufklärung über Betroffenenrechte ist im Katalog der Mindestinformationen gemäss Art. 19 Abs. 2–4 nDSG nicht enthalten. Der Nationalrat hatte es abgelehnt, eine vom Ständerat vorgeschlagene Liste von Betroffe-

²³⁴ Im Vergleich zu Art. 14 DSG schreiben Abs. 2 lit. d (Information über das Auskunftsrecht) und Abs. 2 lit. e (Folgen einer Weigerung der betroffenen Person, die verlangten Personendaten anzugeben) von Art. 18a DSG für Bundesbehörden weitere Mindestinformationen vor.

²³⁵ Im Vergleich zu Art. 14 Abs. 2 lit. c, Art. 18a Abs. 2 lit. c und Art. 18 DSG (Kategorien von Datenempfängern) kann der Verantwortliche gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. c nDSG wählen, ob er die Empfängerinnen namentlich nennen oder nur Kategorien von Empfängerinnen angeben möchte.

²³⁶ Botschaft E-DSG (FN 3), 7050. Allerdings enthält Art. 19 nDSG nicht mehr explizit die in Bezug auf Bundesbehörden unter Art. 18 DSG bei systematischen Erhebungen geltende Pflicht, die Rechtsgrundlage der Bearbeitung bekannt zu geben.

²³⁷ «[T]he legal basis and the purposes of the intended processing» (Art. 8 Abs. 1 lit. b des revidierten Übereinkommens SEV 108); «den Bearbeitungszweck» (Art. 19 Abs. 2 lit. b nDSG).

²³⁸ Vgl. oben V.B.3.b.

nenrechten als Mindestinformation in Art. 19 Abs. 2 nDSG aufzunehmen.²³⁹ Allerdings ergibt sich die Pflicht darüber aufzuklären, *wie* eine betroffene Person ihre Rechte wahrnehmen kann, zumindest implizit aus dem ersten Teil der Generalklausel in Art. 19 Abs. 2 nDSG. Demnach muss der Verantwortliche Informationen mitteilen, «die erforderlich sind, damit sie [die betroffene Person] ihre Rechte nach diesem Gesetz [nDSG] geltend machen kann [...]».²⁴⁰

Art. 18a DSG ist seit dem 1. Dezember 2010 in Kraft. Die Bestimmung wurde im Rahmen der Vorgängerregelung²⁴¹ zur der Richtlinie (EU) 2016/680 (Rahmenbeschluss 2008/977/JI) eingeführt.²⁴² Insofern als Art. 19 nDSG Art. 18a DSG integriert, handelt es sich somit – im *Schengen-relevanten Bereich* – bei Art. 19 nDSG auch um eine zur **Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680** erforderliche Regelung.²⁴³

Ausserhalb des Schengen-Bereichs und namentlich im Bereich der Bearbeitung durch private Verantwortliche handelt es sich bei Art. 19 nDSG aber um eine Umsetzung der Anforderungen gemäss Art. 8 des revidierten Übereinkommens SEV 108.²⁴⁴ Der Gesetzgeber baut in Art. 19 nDSG auf der Regelung in Art. 14 DSG auf und ergänzt sie mit weiteren Pflichtinformationen gemäss **Vorgaben des revidierten Übereinkommens SEV 108**.

Dieses Analyseergebnis deckt sich mit den Aussagen des Bundesrats in der Botschaft E-DSG, wonach Art. 17 E-DSG (Art. 19 nDSG) Anforderungen des Art. 7^{bis} E-SEV 108 (Art. 8 revidiertes Übereinkommen SEV 108) und

²³⁹ AB 2020 N 152 (Ablehnung der lit. d und e von Art. 17 Abs. 2 E-DSG im Nationalrat). Vgl. Votum Jauslin, AB 2020 N 149.

²⁴⁰ Im Vergleich zu Art. 14 Abs. 2 lit. c, Art. 18a Abs. 2 lit. c und Art. 18 DSG (Kategorien von Datenempfängern) kann der Verantwortliche gemäss Art. 19 Abs. 2 lit. c nDSG wählen, ob er die Empfängerinnen namentlich nennen oder nur Kategorien von Empfängerinnen angeben möchte.

²⁴¹ Rahmenbeschluss 2008/977/JI des Rates vom 27. November 2008 über den Schutz personenbezogener Daten, die im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen verarbeitet werden, ABl. L 350, 30.12.2008, 60

²⁴² Ziff. 3 des Bundesgesetzes über die Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI über den Schutz von Personendaten im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen.

²⁴³ So auch: Botschaft E-DSG (FN 3), 7050.

²⁴⁴ Vgl. z.B. Votum BR Keller-Sutter, AB 2019 N 1805; Votum BR Keller-Sutter, AB 2020 N 147.

des Art. 13 der Richtlinie (EU) 2016/680 entspreche. Nur ergänzend weist der Bundesrat in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Art. 13–14 DSGVO «eine ähnliche Regelung» enthalten.²⁴⁵ Diese Formulierung («ähnliche Regelung») verdeutlicht, dass der Bundesrat auch in diesem Punkt keine Übernahme der DSGVO-Regelung, sondern eine vom Konzept der DSGVO abweichende, eigene **Schweizer Lösung** vorschlug.

Ziel war es, eine *flexibel handhabbare Informationspflicht* zu schaffen. Die Bestimmung soll es Verantwortlichen ermöglichen, je nach Kategorie der bearbeiteten Personendaten sowie Art und Umfang der Datenbearbeitung unterschiedlich ausführlich und detailliert zu informieren.²⁴⁶ Insofern lässt die Regelung in **Art. 19 nDSG einen risikobasierten Ansatz** zu.

Dies kontrastiert stark mit der Regelung in Art. 13 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 2 DSGVO. Diese sehen (wie oben erwähnt) gerade nicht vor, dass die dort aufgelisteten Informationen nur bei besonderem Bedarf mitzuteilen wären. Also lassen **Art. 13–14 DSGVO keine risikobasierte Anwendung** zu – ganz im Gegensatz zu Art. 19 nDSG.²⁴⁷

Voten in der Ratsdebatte bestätigen, dass der Gesetzgeber mit Art. 19 nDSG eine flexible, vom Konzept der DSGVO abweichende, den Anforderungen des revidierten Übereinkommens SEV 108 genügende und mit den Anforderungen des EU-Rechts «kompatib[le]» Regelung der Informationspflicht einführen wollte.²⁴⁸

c. **Folgerungen für die Auslegung von Art. 19 nDSG**

Es liegt *in der Unternehmenspraxis* nahe, die Einhaltung der Generalklausel von Art. 19 Abs. 2 nDSG dadurch sicherzustellen, dass Datenschutzerklärung nach nDSG nebst den Mindestinformationen weitere Angaben enthalten, die Art. 13–14 DSGVO (im Unterschied zu Art. 19 Abs. 2–4 nDSG) als Pflichtinformationen auflisten. Ohnehin werden Verantwortliche, für deren Datenbearbeitungen sowohl die Vorgaben der DSGVO als auch jene des

²⁴⁵ Botschaft E-DSG (FN 3), 7050.

²⁴⁶ Botschaft E-DSG (FN 3), 7051.

²⁴⁷ Gl.M. BÄCKER, DS-GVO BDSG (FN 171), Art. 13 N 20.

²⁴⁸ Votum Noser, AB 2020 S 292 («auch mit den EU-Datenschutzvorgaben kompatibel»). Vgl. Votum BR Keller-Sutter, AB 2019 N 1805; Votum BR Keller-Sutter, AB 2020 N 147.

nDSG gelten, sämtliche Pflichtinformationen gemäss Art. 13–14 DSGVO in die Datenschutzerklärung aufnehmen und diese mit (Swiss-Finish) Angaben zu Empfängerstaaten (oder zumindest einer Umschreibung, z.B. Europa oder weltweit) ergänzen.

Dennoch: Art. 19 nDSG übernimmt nicht Art. 13–14 DSGVO, sondern implementiert eine **bewusst vom Konzept der DSGVO abweichende Schweizer Lösung**. Die Bestimmung lässt daher eine europarechtskonforme Auslegung nicht zu. Infolgedessen dürfen rechtsanwendende Schweizer Behörden aus der in der Unternehmenspraxis zu erwartenden Angleichung des nDSG an die DSGVO im Bereich der Datenschutzerklärungen nicht folgern, die ergänzenden Angaben aus Art. 13–14 DSGVO seien in jedem Fall erforderlich (Pflichtinformation), um im Sinne der Generalklausel von Art. 19 Abs. 2 nDSG eine transparente Datenbearbeitung zu gewährleisten. Ohne besondere Umstände (z.B. hohes Risiko für Betroffene) werden die in Abs. 2 aufgelisteten Mindestangaben in der Regel genügen, um Transparenz im Sinne der Generalklausel herzustellen.²⁴⁹ Wenn überhaupt, so dürfen rechtsanwendende Schweizer Behörden die EU-Praxis zu Art. 13–14 DSGVO **nur zur Bestätigung** (Plausibilisierung) eines autonomen Schweizer Auslegungsergebnisses heranziehen.²⁵⁰

5. Recht auf Datenherausgabe oder -übertragung

a. Regelung im Gesetz

DSGVO und nDSG führen beide ein Recht auf Datenherausgabe oder -übertragung (sog. Datenübertragbarkeit oder Datenportabilität) ein.

Die Regelungen im Gesetz lauten wie folgt:²⁵¹

²⁴⁹ So auch ROSENTHAL (FN 178), N 98.

²⁵⁰ Vgl. oben IV.E.1. Zur wichtigen Unterscheidung zwischen Unternehmenspraxis und Behördenpraxis bei der Anwendung des nDSG im Lichte der DSGVO – namentlich bei der Anwendung von Informationspflichten – vgl. auch ROSENTHAL (FN 178), N 11.

²⁵¹ Hervorhebungen hinzugefügt.

Art. 20 DSGVO

- (1) Die betroffene Person hat das Recht, die sie betreffenden personenbezogenen Daten, die sie einem Verantwortlichen **bereitgestellt** hat, **in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format zu erhalten**, und sie hat das Recht, diese Daten einem anderen Verantwortlichen ohne Behinderung durch den Verantwortlichen, dem die personenbezogenen Daten bereitgestellt wurden, zu übermitteln, sofern:
 - a. die Verarbeitung auf einer **Einwilligung** gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a oder Artikel 9 Absatz 2 Buchstabe a oder auf einem **Vertrag** gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b beruht und
 - b. die Verarbeitung mithilfe **automatisierter Verfahren** erfolgt.
- (2) Bei der Ausübung ihres Rechts auf Datenübertragbarkeit gemäß Absatz 1 hat die betroffene Person das Recht, zu erwirken, dass die personenbezogenen Daten **direkt von einem Verantwortlichen einem anderen Verantwortlichen übermittelt werden, soweit dies technisch machbar ist**.
- (3) Die Ausübung des Rechts nach Absatz 1 des vorliegenden Artikels lässt Artikel 17 unberührt. Dieses Recht gilt nicht für eine Verarbeitung, die für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde.
- (4) [Ausnahme]

Art. 28 nDSG

- (1) Jede Person kann vom Verantwortlichen die Herausgabe ihrer Personendaten, die sie ihm **bekanntgegeben** hat, in einem gängigen elektronischen Format verlangen, wenn:
 - a. der Verantwortliche die Daten **automatisiert bearbeitet**; und
 - b. die Daten mit der **Einwilligung** der betroffenen Person oder in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines **Vertrags** zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person bearbeitet werden.
- (2) Die betroffene Person kann zudem vom Verantwortlichen verlangen, dass er ihre Personendaten **einem anderen Verantwortlichen überträgt**, wenn die Voraussetzungen nach Absatz 1 erfüllt sind und dies **keinen unverhältnismässigen Aufwand erfordert**.
- (4) [Kostenlosigkeit]

[Art. 29 Einschränkungen des Rechts auf Datenherausgabe oder -übertragung]

b. Analyse

i. *Einführung des Datenportabilitäts-Rechts in SPK-N und Nationalrat*

Das Recht auf Datenherausgabe oder -übertragung (hier auch Datenportabilität genannt) fand erst im Laufe der Beratungen in SPK und Parlament Eingang ins nDSG. Der Bundesrat hingegen hatte im VE-DSG wie auch im E-DSG auf die Einführung dieses neuen Betroffenenrechts verzichtet, weil es in erster Linie wettbewerbspolitische Ziele verfolge, einem Konsumenten Anliegen entspreche und nicht (oder nur indirekt) dem Schutz der Persönlichkeit betroffener Personen diene.²⁵²

In der Vernehmlassung bedauerten Konsumentenschutzorganisationen, die Grünliberale Partei (GLP), die Sozialdemokratische Partei (SP) und eine grosse Anzahl Kantone den Verzicht auf die Einführung des Rechts auf Datenherausgabe oder -übertragung.²⁵³ Auch der EDÖB hätte die Einführung dieses neuen Betroffenenrechts begrüsst.²⁵⁴ Der Bundesrat aber hielt im E-DSG an seinem Entscheid fest, auf die Einführung dieses neuen Betroffenenrechts zu verzichten. Er wollte «die Ergebnisse der Erfahrungen innerhalb der Europäischen Union abwarten, bevor die Einführung eines Rechts auf Datenportabilität in Betracht gezogen»²⁵⁵ werde. Die Frage werde auch im Rahmen der Strategie «Digitale Schweiz» weiter geprüft.²⁵⁶

Im Parlament wollte dann aber eine Mehrheit ein Datenportabilitäts-Recht ins nDSG aufnehmen. Federführend war der Nationalrat. Auf entsprechende Anträge in der SPK-N hin erarbeitete das EJPD einen Vorschlag (Art. 25a E-DSG²⁵⁷). Dieser war näher an der Regelung in der DSGVO (Art. 20) als die in die SPK-N eingebrachten Vorschläge. Letztere hatten gefordert, den

²⁵² «[N]ach Auffassung des Bundesrats ist dieses Recht mehr darauf ausgerichtet, den betroffenen Personen die Wiederverwendung ihrer Daten zu ermöglichen, um den Wettbewerb spielen zu lassen, als ihre Persönlichkeit zu schützen» (EJPD, Erläuternder Bericht VE-DSG, 22).

²⁵³ Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz. Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens, 10.08.2017, Ziff. 5.3.2.

²⁵⁴ Vgl. Botschaft E-DSG (FN 3), 6985.

²⁵⁵ Botschaft E-DSG (FN 3), 6984–6985.

²⁵⁶ Botschaft E-DSG (FN 3), 6984–6985.

²⁵⁷ Siehe AB 2019 N 1819. Entspricht der Fassung in Art. 26 nDSG.

Anspruch auf Datenportabilität auf jegliche vom Verantwortlichen gespeicherten und verarbeiteten Personendaten über die Antragstellerin auszudehnen.²⁵⁸ Demgegenüber erfasste der Vorschlag des EJPD – entsprechend der Regelung in Art. 20 DSGVO – nur von der betroffenen Person an den Verantwortlichen bekanntgegebene Personendaten.

ii. *Ausgestaltung des Gegenstands der Datenherausgabe oder -übertragung nach Vorbild der DSGVO*

Bundesrätin *Keller-Sutter* stellte in der Ratsdebatte klar, dass mit bekanntgegebenen Personendaten nicht nur von der Antragstellerin *überlassene* Personendaten, sondern auch vom Verantwortlichen *beobachtete* Personendaten gemeint sind. Nicht erfasst seien indes Personendaten, die aus «grösseren Datenanalysen oder aus Auswertungen», mithin aus «Eigenleistung» des Verantwortlichen entstehen.²⁵⁹ Die Justizministerin bezog sich mit dieser Verdeutlichung des Anwendungsbereichs von Art. 28 nDSG auf das Verständnis zum Anwendungsbereich von Art. 20 DSGVO.²⁶⁰

Nach herrschender Auffassung zu Art. 20 DSGVO erfasst auch diese Bestimmung überlassene (*provided data*) sowie beobachtete Personendaten (*observed data*)²⁶¹, nicht aber vom Verantwortlichen durch Datenanalyse oder «Auswertung»²⁶² basierend auf den überlassenen oder beobachteten Personendaten «entwickelte»²⁶³ oder auf andere Weise davon «abgeleitete» (*derived data*)²⁶⁴ Personendaten.²⁶⁵ Dies wird damit begründet, dass «Bereitstellen»

²⁵⁸ Vgl. Protokoll der Sitzung der SPK-N vom 23. Mai 2019; Votum BR Keller-Sutter, AB 2019 N 1816; Votum Glättli, AB 2019 N 1814–1815 («ein umfassendes Recht auf Kopie», «Auskunftsrecht 2.0.»; «alle Daten, die irgendwo auf einer dieser Riesenplattformen über sie [die betroffene Person] gespeichert sind [...] – also nicht nur diejenigen, die sie selbst geliefert hat, sondern auch diejenigen, die über sie errechnet wurden.»).

²⁵⁹ Votum BR Keller-Sutter, AB 2019 N 1816.

²⁶⁰ Gl.M. LENA GÖTZINGER/DAVID VASELLA, Datenportabilität und ihre Umsetzung, in: SZW 1/2021, 40, 43.

²⁶¹ Oxford Commentary GDPR–LYNSKEY (FN 171), Art. 20, 503; Art. 29-Arbeitsgruppe, Guidelines on the right to data portability, 05.04.2017 (WP-242rev.01; bestätigt vom EDSA in seiner ersten Plenarsitzung), 10.

²⁶² HERBST, DS-GVO BDSG (FN 171), Art. 20 N 11 (Hervorhebung weggelassen).

²⁶³ Oxford Commentary GDPR–LYNSKEY (FN 171), Art. 20, 503.

²⁶⁴ Art. 29-Arbeitsgruppe (FN 261), 10.

²⁶⁵ GÖTZINGER/ VASELLA (FN 260), 43.

(«provided by») im Sinne von Art. 20 Abs. 1 DSGVO «einer aktiven und wissentlichen Handlung»²⁶⁶ der betroffenen Person bedarf. Beispielsweise erfasst dies auch die *von einer betroffenen Person* bei der Nutzung einer Dienstleistung generierten und vom Verantwortlichen beobachteten Tracking- oder Messdaten (z.B. aus einem *wearable*), nicht aber von Verantwortlichen basierend darauf erstellte Auswertungen (z.B. medizinische Diagnose oder automatisiert durch technische Analyse erstellte Berichte).²⁶⁷

Auf das Erfordernis des *bewussten und aktiven Bereitstellens* bezog sich auch Bundesrätin Keller-Sutter in der Ratsdebatte.²⁶⁸ Überdies wies die Justizministerin (Keller-Sutter) deutlich darauf hin, dass die Lösung der Minderheit, das neue Betroffenenrecht auf sämtliche vom Verantwortlichen über die betroffene Person bearbeiteten Personendaten auszudehnen, «über den EU-Datenschutzstandard hinausgehen» würde.²⁶⁹

Art. 20 Abs. 2 der neuen Datenschutzverordnung (**DSV**) vom 31. August 2022 verdeutlicht, dass der Anspruch auf Datenherausgabe oder -übertragung nur bereitgestellte oder beobachtete Personen erfasst, nicht aber basierend darauf erstellte eigene Auswertungen des Verantwortlichen. Abs. 1 lit. a von Art. 20 DSV wiederum enthält den Aspekt des bewussten und aktiven Bereitstellens («wissentlich und willentlich zur Verfügung stellt»).

iii. *Ausgestaltung der Voraussetzungen der Datenherausgabe oder -übertragung nach Vorbild von Art. 20 DSGVO*

Die Lösung der Mehrheit orientiert sich auch in den Anwendungsvoraussetzungen an Art. 20 DSGVO:

- Art. 28 Abs. 1 lit. a nDSG wie auch Art. 20 Abs. 1 lit. b DSGVO setzen für die Datenherausgabe oder -übertragung voraus, dass es sich bei den

²⁶⁶ PILTZ, DS-GVO (FN 201), Art. 120 N 14.

²⁶⁷ Center for Information Policy Leadership (CIPL), Comments on the Article 29 Data Protection Working Party's «Guidelines on the Right to Data Portability» Adopted on 13 December 2016, 15.02.2017, 33; vgl. Oxford Commentary GDPR–LYNSKEY (FN 171), Art. 20, 503; GÖTZINGER/VASELLA (FN 260), 43; HERBST, DS-GVO BDSG (FN 171), Art. 20 N 11.

²⁶⁸ Votum BR Keller-Sutter, AB 2019 N 1816 (von einer «betroffene[n] Person dem Verantwortlichen *bewusst und aktiv* zur Verfügung gestellt[e]» Personendaten).

²⁶⁹ Votum BR Keller-Sutter, AB 2019 N 1816.

herausverlangten Personendaten um *automatisiert* bearbeitete Personendaten handelt.

- Art. 28 Abs. 1 lit. b nDSG wie auch Art. 20 Abs. 1 lit. a DSGVO setzen für die Datenherausgabe oder -übertragung voraus, dass der Verantwortliche die herausverlangten Personendaten entweder basierend auf der Einwilligung der betroffenen Person oder im Zusammenhang mit der Erfüllung eines Vertrags mit der betroffenen Person bearbeitet.

Aus der ersten Voraussetzung (automatisierte Bearbeitung) folgt, dass der Anspruch auf Datenportabilität nur elektronisch-digitale Personendaten erfasst, nicht aber Papieraufzeichnungen oder anonymisierte Daten.²⁷⁰ Dies deckt sich mit dem Verständnis zu Art. 20 Abs. 1 lit. b DSGVO. Demnach muss es sich um personenbezogene Daten handeln. Das heisst, Art. 20 DSGVO ist nicht anwendbar, wenn der Verantwortliche die betroffene Person nicht oder nur unter Bezugnahme auf von der betroffenen Person zusätzlich bereitgestellte Informationen (re-)identifizieren kann.²⁷¹ Der Verantwortliche muss sodann auch unter Art. 20 DSGVO keine Anstrengungen unternehmen, Papieraufzeichnungen zu digitalisieren und maschinenlesbar zu machen.²⁷²

Auch die zweite Voraussetzung (Bearbeitung basierend auf Einwilligung oder Vertrag mit der betroffenen Person) hat der Schweizer Gesetzgeber von der Bestimmung in der DSGVO übernommen. Nach der Regelung in Art. 20 Abs. 1 lit. a DSGVO ist die *Rechtsgrundlage* der Verarbeitung der herausverlangten personenbezogenen Daten massgebend dafür, ob der Anspruch auf Herausgabe oder Übertragung besteht. Der Anspruch besteht nur, wenn der Verantwortliche die Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO) oder die Erfüllung eines Vertrags mit der betroffenen Person (Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO) als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung bestimmt hat.

Diese Art der Einschränkung des Datenportabilitätsrechts funktioniert im Konzept der DSGVO, weil der Verantwortliche (i) die betroffene Person vorgängig über die Rechtsgrundlage der Verarbeitung informieren muss²⁷³ und (ii) in

²⁷⁰ CHRISTIAN LAUX, Das Recht auf Datenportabilität, in: *digma* 2019, 166, 167.

²⁷¹ Oxford Commentary GDPR–LYNSKEY (FN 171), Art. 20, 503.

²⁷² HERBST, DS-GVO BDSG (FN 171), Art. 20 N 13.

²⁷³ Art. 13 Abs. 1 lit. c bzw. Art. 14 Abs. 1 lit. c DSGVO.

der Lage sein muss, im Einzelfall aufzeigen zu können, dass für die in Frage stehende Datenverarbeitung mindestens eine der Rechtsgrundlagen gilt.²⁷⁴

Die in Art. 28 Abs. 1 lit. b nDSG statuierte Voraussetzung orientiert sich an Art. 20 Abs. 1 lit. a DSGVO. Die Formulierung der Voraussetzungen im nDSG ist zugleich der Versuch einer Anpassung des DSGVO-Datenportabilitätsrechts an die Konzeption des nDSG. Das nDSG verpflichtet private Verantwortliche nicht dazu, für jede Datenbearbeitung eine Rechtsgrundlage nachweisen zu können. Das Rechtfertigungskonzept von Art. 31 nDSG folgt vielmehr dem Konzept von Art. 28 Abs. 2 ZGB: Demnach braucht es nur für *persönlichkeitsverletzende Datenbearbeitungen* überhaupt eine Rechtfertigung.²⁷⁵

Nun entspricht es aber bestimmt **nicht dem Willen des Gesetzgebers, den Anspruch auf Herausgabe oder Übertragung nur bei persönlichkeitsverletzenden**, aber durch Einwilligung (Art. 31 Abs. 1 nDSG) oder Notwendigkeit zur Abwicklung eines Vertrags mit der betroffenen Person (Art. 31 Abs. 2 lit. a nDSG) gerechtfertigten **Datenbearbeitungen zu bejahen**.²⁷⁶ Stattdessen ist der Hinweis auf die *Einwilligung* der betroffenen Person in Art. 28 Abs. 2 lit. b nDSG so auszulegen, dass der Herausgabe- bzw. Übertragungsanspruch für dem Verantwortlichen **freiwillig überlassene** Personendaten gilt.²⁷⁷ Der Hinweis auf den unmittelbaren *Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags* mit der betroffenen Person ist so auszulegen, dass es sich bei den herausverlangten Daten um Personendaten handeln muss, welche die betroffene Person bei der Inanspruchnahme einer Dienstleistung (z.B. Nutzung einer Online-Plattform) **freiwillig und selbstbestimmt** generiert oder von der jeweiligen Dienste-Anbieterin (Verantwortlichen) im Rahmen dieser **selbstgewählten Vertragssituation** hat beobachten lassen.

Dies knüpft nahtlos an der Auslegung von «Bekanntgeben» im Sinne von Art. 28 Abs. 1 nDSG bzw. «Bereitstellen» im Sinne von Art. 20 Abs. 1 DSGVO an. Bekanntgeben erfordert gemäss Erklärungen von Bundesrätin Keller-Sutter eine *bewusste und aktive* – mithin selbstbestimmte – Handlung

²⁷⁴ Vgl. Oxford Commentary GDPR–KOTSCHY (FN 171), Art. 6, 329.

²⁷⁵ Vgl. oben V.B.3.b.

²⁷⁶ Gl.M. GÖTZINGER/VASELLA (FN 260), 44.

²⁷⁷ Gl.M. GÖTZINGER/VASELLA (FN 260), 44.

einer betroffenen Person.²⁷⁸ Ähnlich impliziert Bereitstellen im Sinne von Art. 20 Abs. 1 DSGVO ein **freiwilliges, bejahendes Element**.²⁷⁹

Die Auslegung im Sinne von Freiwilligkeit und Selbstbestimmtheit folgt überdies der *ratio legis* von Art. 20 DSGVO, die informationelle Selbstbestimmung zu fördern und die betroffene Person zu ermächtigen, die Verwendung von Plattformen mit möglichst geringen Wechselkosten (*switching costs*) selbst zu bestimmen.²⁸⁰ Diese *ratio legis* deckt sich mit jener von Art. 28 Abs. 1 nDSG: Es sollte ein «neues Gleichgewicht» zwischen der Macht grosser Plattformbetreiber und dem Recht der Personen hergestellt werden, «autonom» (selbstbestimmt) über die Verwendung ihrer Daten zu entscheiden.²⁸¹

Auch Art. 20 DSV enthält die Elemente der Selbstbestimmung und des freiwilligen Überlassens (bereitgestellt oder beobachten lassen) von Personendaten. Erfasst vom Anspruch sind nämlich einerseits «wissentlich und willentlich» bereitgestellte Personendaten (Art. 20 Abs. 1 lit. a DSV) und andererseits «über die betroffene Person und ihr Verhalten im Rahmen der Nutzung eines Diensts oder Geräts» (Art. 20 Abs. 1 lit. b DSV) erhobene (bzw. beobachtete) Daten.

Bei Auslegung im Lichte der Selbstbestimmung lässt sich das Datenportabilitätsrecht nach Art. 28 Abs. 2 lit. b nDSG tatsächlich als **datenschutzrechtliches Informations- und Kontrollrecht zum Schutz der Persönlichkeit** denken: Eine Nutzerin eines Online-Diensts vertraut der Anbieterin des Dienstes ihre Personendaten an. Sie investiert – freiwillig und selbstbestimmt – in den Aufbau ihres Profils und bezahlt die zunehmende Personalisierung des Angebots mit Einschränkungen ihrer Privatsphäre. Entsprechend dient das Datenportabilitätsrecht auch datenschutzrechtlichen (nicht nur wettbewerbspolitischen) Zielen, nämlich dem **Schutz der Persönlichkeit vor übermässiger Bindung (Art. 27 Abs. 2 ZGB) an eine Anbieterin**, die durch Investition in den Aufbau von Profilen und die entsprechende Umständlichkeit eines Anbieterwechsels entstehen kann.

²⁷⁸ Votum BR Keller-Sutter, AB 2019 N 1816 (von einer «betroffene[n] Person dem Verantwortlichen *bewusst und aktiv* zur Verfügung gestellt[e]» Personendaten).

²⁷⁹ CIPL (FN 267), 8; vgl. Oxford Commentary GDPR–LYNSKEY (FN 171), Art. 20, 503.

²⁸⁰ Vgl. Oxford Commentary GDPR–LYNSKEY (FN 171), Art. 20, 449.

²⁸¹ Votum Glättli, AB 2019 N 1815.

iv. *Autonomer Nachvollzug von Art. 20 DSGVO*

Insgesamt zeigt die vorstehende Analyse, dass der Gesetzgeber mit der Einführung des Rechts auf Datenherausgabe oder -übertragung gemäss Art. 28 nDSG im Wesentlichen **Art. 20 DSGVO autonom nachvollziehen wollte**. Dafür spricht zusammengefasst:

- Die Mehrheit der SPK-N stimmte einem Vorschlag des EJPD zu, der näher an der DSGVO liegt (nur bekanntgegebene Personendaten) als der Vorschlag der Minderheit (alle Personendaten).
- Dem Entwurf des EJPD (Art. 25a E-DSG) hat der Nationalrat, wie von der Mehrheit der SPK-N beantragt, zugestimmt; er entspricht dem heutigen Art. 28 nDSG.
- Der Ständerat hat dem Vorschlag des EJPD ebenfalls zugestimmt.
- Die Justizministerin verdeutlichte in ihren Erläuterungen zu Art. 25a E-DSG ein Verständnis des Anwendungsbereichs der Bestimmung (überlassene und beobachtete Daten, nicht aber abgeleitete Daten), das dem Verständnis zu Art. 20 DSGVO entspricht.
- Die Justizministerin wies in der Ratsdebatte darauf hin, dass die Lösung der Minderheit (Herausgabe aller Personendaten) über das hinausgehen würde, was Art. 20 DSGVO regelt.
- Eine vom Gesetzgeber gewollte Auslegung der Anwendungsvoraussetzungen Einwilligung oder Vertrag, die sich an der Freiwilligkeit der Bekanntgabe und der Selbstbestimmtheit (bewusst und aktiv) des Handelns der betroffenen Person orientiert, entspricht der *ratio legis* der entsprechenden Anwendungsvoraussetzungen in Art. 20 Abs. 1 lit. a DSGVO.

Im Ergebnis zeigt dies, dass der Vorschlag des Bundesrats (EJPD), dem das Parlament zustimmte, Art. 20 DSGVO in Art. 28 nDSG **übernimmt** und somit **autonom nachvollzieht**. Der Gesetzgeber entschied sich **gegen einen Swiss-Finish, mithin gegen eine eigene Schweizer Lösung** (mit Ausnahme der Anpassungen an das unterschiedliche Rechtfertigungskonzept).

c. **Folgerungen für die Auslegung von Art. 28 nDSG**

Art. 28 nDSG rezipiert Art. 20 DSGVO im Sinne des autonomen Nachvollzugs. Insofern ist es gerechtfertigt und es liegt nahe, Art. 28 nDSG europarechtskonform auszulegen. Dabei sind aber die Besonderheiten zu beachten, die sich aus dem **unterschiedlichen Rechtfertigungskonzept** von DSGVO und nDSG ergeben.

Art. 28 Abs. 1 lit. b nDSG sollte gerade *nicht* so ausgelegt werden, als bestünde der Anspruch nur bei Datenbearbeitungen, in die eine betroffene Person eingewilligt hat. Denn die wenigsten Datenbearbeitungen bedürfen unter dem nDSG einer Einwilligung. Vielmehr ist der Verweis auf die Einwilligung in Art. 28 Abs. 1 lit. b nDSG als Verweis auf die Freiwilligkeit der Datenbekanntgabe an den Verantwortlichen zu verstehen. Auch sollte Art. 28 Abs. 1 lit. b nDSG *nicht* dahingehend ausgelegt werden, dass alternativ zur Einwilligung ein Vertrag als Bearbeitungsgrund den Herausgabe- oder Übertragungsanspruch eröffnet. Stattdessen sollte die Nennung des Vertragszusammenhangs als Hinweis auf eine freiwillig und selbstbestimmt eingegangene Vertragsbeziehung betreffend eins von der betroffenen Person selbst gewählten Diensts (z.B. Online-Plattform) gelesen werden.

So entsteht auch die Abgrenzung zu vom Gesetz geforderten Datenerhebungen oder vom Verantwortlichen in eigenem Interesse mit Eigenleistung erhobenen oder abgeleiteten Daten, die nicht dem Herausgabe- oder Übertragungsrecht unterstehen.

6. **Vereinbarung über die Auftragsbearbeitung**

a. **Regelung im Gesetz**

Art. 9 nDSG verpflichtet Verantwortliche, die Kontrolle über ihre Auftragsbearbeiter vertraglich sicherzustellen. Auch die DSGVO (Art. 28 Abs. 3) und die Richtlinie (EU) 2016/680 (Art. 22 Abs. 3) setzen für die Verarbeitung durch Auftragsverarbeiter eine Vereinbarung voraus.

Die Bestimmungen lauten wie folgt:²⁸²

²⁸² Hervorhebungen hinzugefügt.

Art. 28 Abs. 3 DSGVO

«Die Verarbeitung durch einen Auftragsverarbeiter erfolgt auf der Grundlage eines Vertrags oder eines anderen Rechtsinstruments nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten, der bzw. das den Auftragsverarbeiter in Bezug auf den Verantwortlichen bindet und in dem Gegenstand und Dauer der Verarbeitung, Art und Zweck der Verarbeitung, die Art der personenbezogenen Daten, die Kategorien betroffener Personen und die Pflichten und Rechte des Verantwortlichen festgelegt sind. Dieser Vertrag bzw. dieses andere Rechtsinstrument sieht insbesondere vor, dass der Auftragsverarbeiter:

- a. die personenbezogenen Daten nur auf dokumentierte Weisung des Verantwortlichen – auch in Bezug auf die Übermittlung personenbezogener Daten an ein Drittland oder eine internationale Organisation – verarbeitet, sofern er nicht durch das Recht der Union oder der Mitgliedstaaten, dem der Auftragsverarbeiter unterliegt, hierzu verpflichtet ist; in einem solchen Fall teilt der Auftragsverarbeiter dem Verantwortlichen diese rechtlichen Anforderungen vor der Verarbeitung mit, sofern das betreffende Recht eine solche Mitteilung nicht wegen eines wichtigen öffentlichen Interesses verbietet;
- b. gewährleistet, dass sich die zur Verarbeitung der personenbezogenen Daten befugten Personen zur Vertraulichkeit verpflichtet haben oder einer angemessenen gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen;
- c. alle gemäß Artikel 32 [Datensicherheit] erforderlichen Maßnahmen ergreift;
- d. die in den Absätzen 2 und 4 genannten Bedingungen für die Inanspruchnahme der Dienste eines weiteren Auftragsverarbeiters einhält;
- e. angesichts der Art der Verarbeitung den Verantwortlichen nach Möglichkeit mit geeigneten technischen und organisatorischen Maßnahmen dabei unterstützt, seiner Pflicht zur Beantwortung von Anträgen auf Wahrnehmung der in Kapitel III genannten Rechte der betroffenen Person nachzukommen;
- f. unter Berücksichtigung der Art der Verarbeitung und der ihm zur Verfügung stehenden Informationen den Verantwortlichen bei der Einhaltung der in den Artikeln 32 bis 36 genannten Pflichten unterstützt;
- g. nach Abschluss der Erbringung der Verarbeitungsleistungen alle personenbezogenen Daten nach Wahl des Verantwortlichen entweder löscht oder zurückgibt, sofern nicht nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten eine Verpflichtung zur Speicherung der personenbezogenen Daten besteht;

- h. dem Verantwortlichen alle erforderlichen Informationen zum Nachweis der Einhaltung der in diesem Artikel niedergelegten Pflichten zur Verfügung stellt und Überprüfungen – einschließlich Inspektionen –, die vom Verantwortlichen oder einem anderen von diesem beauftragten Prüfer durchgeführt werden, ermöglicht und dazu beiträgt.

Art. 22 Abs. 3 Richtlinie (EU) 2016/68

Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass die Verarbeitung durch einen Auftragsverarbeiter auf der Grundlage eines Vertrags oder eines anderen Rechtsinstruments nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten erfolgt, der bzw. das den Auftragsverarbeiter an den Verantwortlichen bindet und der den Gegenstand und Dauer der Verarbeitung, Art und Zweck der Verarbeitung, die Art der personenbezogenen Daten, die Kategorien betroffener Personen und die Pflichten und Rechte des Verantwortlichen festlegt. Der Vertrag oder das andere Rechtsinstrument sieht insbesondere vor, dass der Auftragsverarbeiter

- a. nur auf Weisung des Verantwortlichen handelt,
- b. gewährleistet, dass sich die zur Verarbeitung der personenbezogenen Daten befugten Personen zur Vertraulichkeit verpflichtet haben oder einer angemessenen gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen,
- c. den Verantwortlichen mit geeigneten Mitteln dabei unterstützt, die Einhaltung der Bestimmungen über die Rechte der betroffenen Person zu gewährleisten,
- d. alle personenbezogenen Daten nach Abschluss der Erbringung der Verarbeitungsleistungen – nach Wahl des Verantwortlichen – zurückgibt bzw. löscht und bestehende Kopien vernichtet, sofern nicht nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten eine Verpflichtung zur Speicherung der personenbezogenen Daten besteht, 4.5.2016 L 119/114 Amtsblatt der Europäischen Union DE,
- e. dem Verantwortlichen alle erforderlichen Informationen zum Nachweis der Einhaltung der in diesem Artikel niedergelegten Pflichten zur Verfügung stellt,
- f. die in den Absätzen 2 und 3 aufgeführten Bedingungen für die Inanspruchnahme der Dienste eines weiteren Auftragsverarbeiters einhält.

Art. 9 nDSG

- (1) Die Bearbeitung von Personendaten kann vertraglich oder durch die Gesetzgebung einem Auftragsbearbeiter übertragen werden, wenn:
 - a. die Daten so bearbeitet werden, wie der Verantwortliche selbst es tun dürfte; und
 - b. keine gesetzliche oder vertragliche Geheimhaltungspflicht die Übertragung verbietet.
- (2) Der Verantwortliche muss sich insbesondere vergewissern, dass der Auftragsbearbeiter in der Lage ist, die Datensicherheit zu gewährleisten.
- (3) Der Auftragsbearbeiter darf die Bearbeitung nur mit vorgängiger Genehmigung des Verantwortlichen einem Dritten übertragen.

b. Analyse

i. Art. 9 nDSG übernimmt Art. 10a DSG

Art. 9 nDSG übernimmt Art. 10a DSG im Wesentlichen unverändert. Terminologisch hat der Gesetzgeber die Bestimmung an die neuen Begriffe «Verantwortlicher» und «Auftragsbearbeiter» angepasst (Abs. 1, 2 und 4).²⁸³

In Abs. 1 verwendet der Gesetzgeber neu den Begriff «vertraglich» («contrat», «contratto») statt «Vereinbarung» («convention», «convenzione»). Damit ändert sich materiell nichts. Der Beizug von Auftragsbearbeitern setzt bereits unter aktuellem Recht eine vertragliche Regelung voraus, die namentlich die Weisungsgebundenheit (Art. 10a Abs. 1 lit. a DSG) und die Pflicht zur Gewährleistung der Datensicherheit (Art. 10a Abs. 2 DSG) absichert.²⁸⁴

Materiell bringt einzig Abs. 3 von Art. 9 nDSG eine Neuerung. Auftragsbearbeiter sind künftig von Gesetzes wegen dazu verpflichtet, für den Beizug von Unterauftragsbearbeitern vorgängig die Genehmigung des Verantwortlichen einzuholen. Diese Neuerung erfolgt gemäss Botschaft E-DSG zur Umsetzung der entsprechenden Anforderung in Art. 22 Abs. 2 der Richtlinie

²⁸³ Botschaft E-DSG (FN 3), 7031–7032.

²⁸⁴ THOMAS STEINER, Digitalisierter Arztbesuch und Cloud-Nutzung im Lichte des Datenschutzrechts des Bundes und der Kantone, in: sic! 2020, 377 ff., 680; ROSENTHAL (FN 178), N 17.

(EU) 2016/680.²⁸⁵ Gemäss Art. 7 Abs. 1 DSV (und wie schon in der Botschaft E-DSG ausgeführt²⁸⁶) kann die Genehmigung spezifischer oder allgemeiner Art sein. Hat der Verantwortliche dem Beizug von Unterauftragsbearbeitern im Allgemeinen zugestimmt, muss ihn der Auftragsbearbeiter über jede Änderung (Hinzuziehen neuer oder Ersatz bestehender Auftragsbearbeiter) informieren und dem Verantwortlichen ein Widerspruchsrecht gewähren (Art. 7 Abs. 2 DSV).

Art. 9 nDSG stimmt mit dem vom Bundesrat entworfenen Art. 8 E-DSG überein. Das Parlament diskutierte die Bestimmung weder in den Sitzungen ihrer SPK noch in den Ratsdebatten. Somit entspricht die Beibehaltung des bereits in Art. 10a DSG implementierten Konzepts in Art. 9 nDSG dem Willen des Gesetzgebers.

ii. Kontrollziele und zwei Mindestregelungspunkte

Mit Art. 9 Abs. 1 lit. a nDSG (Weisungsgebundenheit) und Art. 9 Abs. 2 nDSG (Gewährleistung der Datensicherheit) gibt der Gesetzgeber unverändert vor, *was* der Verantwortliche (Auftraggeber) zu kontrollieren hat. Er gibt aber nicht vor, *wie* – d.h. mit welchen vertraglichen (oder gesetzlichen) Regelungen und in welchem Detaillierungsgrad – der Verantwortliche sich die Kontrollmöglichkeit zuzusichern hat.

Implizit – entsprechend den **Kontrollzielen** – gilt unter Art. 9 nDSG (unverändert) der folgende **Mindestinhalt** einer Vereinbarung über die Auftragsbearbeitung: (i) der Verantwortliche muss den Auftragsbearbeiter untersagen, die der Auftragsbearbeitung unterliegenden Personendaten (weisungswidrig) zu eigenen Zwecken zu verwenden (Art. 9 Abs. 1 lit. b nDSG); und (ii) der Auftragsbearbeiter muss sich zur Einhaltung ausreichender technischer und organisatorischer Massnahmen zum Schutz der Vertraulichkeit, Verfügbarkeit und Integrität der Personendaten verpflichten (Art. 9 Abs. 2 nDSG). Somit fokussiert Art. 9 nDSG stark auf Kontrollziele und überlässt es den Unternehmen, *wie* sie die Zielerreichung vertraglich absichern.

²⁸⁵ Botschaft E-DSG (FN 3), 7031–7032.

²⁸⁶ Botschaft E-DSG (FN 3), 7032.

iii. Kataloge von Mindestregelungspunkten – inhaltliche Vorgaben

Demgegenüber legen Art. 22 Abs. 3 der Richtlinie (EU) 2016/680 wie auch Art. 28 Abs. 3 DSGVO gleich einen ganzen **Katalog** von Regelungspunkten fest und enthalten zumindest teilweise **inhaltliche Vorgaben** für die Ausgestaltung der entsprechenden vertraglichen Regelungen.

Die **Kataloge von Mindestregelungspunkten** sind in der DSGVO und in der Richtlinie (EU) 2016/680 weitgehend identisch. In Art. 22 Abs. 3 der Richtlinie (EU) 2016/680 fällt die Formulierung der Anforderungen an die Regelungspunkte teilweise (insb. in Bezug auf die Weisungsgebundenheit) etwas weniger detailliert aus als in Art. 28 Abs. 3 DSGVO. Überdies sind zwei Regelungspunkte (Unterstützung bei der Einhaltung der Datensicherheit sowie Unterstützung bei der Durchführung von Datenschutzfolgenabschätzungen wie auch bei vorherigen Konsultationen der Datenschutzaufsichtsbehörden) aus Art. 28 Abs. 3 DSGVO keine Mindestregelungspunkte gemäss Art. 22 Abs. 3 Richtlinie (EU) 2016/680.

iv. Keine Übernahme von Art. 28 Abs. 3 DSGVO

Es fällt auf, dass Art. 9 nDSG im Wesentlichen Kontrollziele vorgibt und es den Verantwortlichen überlässt, wie sie die Erreichung dieser Kontrollziele vertraglich absichern. Der gewählte Ansatz ist vergleichbar mit dem in Art. 19 nDSG (Informationspflichten) gewählten Ansatz: Generell-abstrakte Regel – ergänzt mit wenigen Mindestanforderungen.

Diese Schweizer Lösung **unterscheidet sich konzeptionell stark** vom Ansatz gemäss Art. 22 Abs. 3 Richtlinie (EU) 2016/680 und Art. 28 Abs. 3 DSGVO. Die EU-Regelungen enthalten einerseits einen langen Katalog von Mindestregelungspunkten, die über die blossige Regelung der Weisungsgebundenheit und der Datensicherheit hinausgehen. Andererseits enthält vor allem Art. 28 Abs. 3 DSGVO auch inhaltliche Vorgaben zur Ausgestaltung der Vereinbarung über die Auftragsverarbeitung. Beispielsweise ergänzt Art. 28 Abs. 3 DSGVO (nicht aber Art. 22 Abs. 3 lit. e Richtlinie (EU) 2016/680) das Informationsrecht des Verantwortlichen mit dem Recht auf Überprüfung durch eigene oder beauftragte Prüfer.²⁸⁷

²⁸⁷ Art. 28 Abs. 3 lit. h DSGVO.

c. Folgerungen für die Auslegung von Art. 9 nDSG

Schweizer Unternehmen werden sich bei der Ausgestaltung von Vereinbarungen über die Auftragsbearbeitung regelmässig am *Standard* gemäss Art. 28 Abs. 3 DSGVO ausrichten. Dies entspricht entweder einer Rechtspflicht (unter Art. 28 Abs. 3 DSGVO, wo anwendbar) des Verantwortlichen in der Schweiz oder eines in der EU niedergelassenen Auftragsverarbeiters; oder aber es entspricht der Erwartung unter Geschäftspartnern (*best practice*) an eine sorgfältige Auswahl, Instruktion und Kontrolle von Auftragsbearbeitern.

Tatsächlich entspricht es heute schon **guter Praxis**, die Kontrolle über Auftragsbearbeiter mit weitergehenden vertraglichen Regelungen abzusichern als es Art. 10a DSG erfordern würde. Dazu gehören namentlich Zusicherungen in Bezug auf die Information und die Ausübung des Widerspruchsrechts beim Austausch von Unterauftragsbearbeitern, Informations-, Kooperations- und Vertraulichkeitspflichten des Auftragsbearbeiters, Prüfrechte des Verantwortlichen und Regelungen in Bezug auf den Ort der Bearbeitung sowie zur Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland.²⁸⁸

Was aber Unternehmen tun, weil sie selbst oder ihre Vertragspartner dazu gesetzlich unter der DSGVO verpflichtet sind, oder aber weil Geschäftspartner es im Sinne der guten Praxis von ihnen erwarten, entspricht nicht sogleich einer Pflicht unter Art. 9 nDSG. Der zur Sicherstellung der Kontrolle über Auftragsbearbeiter im Sinne von Art. 9 nDSG erforderliche Vertragsinhalt ergibt sich **aus den Umständen und den involvierten Risiken für betroffene Personen** – nicht aus Art. 28 Abs. 3 DSGVO.

Entsprechend dürfen der EDÖB und die Schweizer Gerichte *nicht* dieselben hohen Ansprüche an die Ausgestaltung solcher Vereinbarungen stellen, wie dies Datenschutzaufsichtsbehörden in der EU zuweilen tun.²⁸⁹ Eine solche Ausrichtung an der Praxis und den Empfehlungen der EU-Datenschutzaufsichtsbehörden wäre nur zulässig, wenn der Schweizer Gesetzgeber den Willen geäussert hätte, in der Rechtsanwendung in Bezug auf die konkret

²⁸⁸ Vgl. STEINER (FN 284), 858–887.

²⁸⁹ Vgl. z.B. EDSA, Opinion 14/2019 on the draft Standard Contractual Clauses submitted by the DK SA (Article 28(8) GDPR), Adopted on 9 July 2019 (vgl. z.B. zur Beschreibung der Auftragsbearbeitung: «This description should be made in the most detailed possible manner», a.a.O. N 50).

auszulegende Norm (hier Art. 9 nDSG) auf Gedeih und Verderb der EU-Praxis zu folgen – was gerade nicht der Fall ist.

Entsprechend haben der EDÖB und Schweizer Gerichte Art. 9 nDSG **autonom auszulegen**. Art. 28 Abs. 3 DSGVO kann allenfalls als **Auslegungshilfe** zur Plausibilisierung des Schweizer Auslegungsergebnisses dienen.

VI. Zusammenfassung und Folgerung für die Auslegung des nDSG

Die nachstehende Übersicht fasst links die Regeln zusammen, die für die Berücksichtigung von EU-Recht bei der Auslegung von Schweizer Recht gelten. In der rechten Spalte folgt eine Zuordnung der *in diesem Beitrag analysierten* Bestimmungen des nDSG.

Auslegungsregeln	Anwendung auf nDSG-Bestimmungen
<p>Europarechtskonforme Auslegung:</p> <p>Autonom <i>nachvollzogenes</i> Schweizer Recht ist <i>im Zweifel europarechtskonform</i> auszulegen.</p>	<ul style="list-style-type: none">– Art. 28 nDSG (Datenportabilität), unter Berücksichtigung des unterschiedlichen Rechtfertigungskonzepts; und– Art. 14 (Vertretung) [in diesem Beitrag nicht analysiert], unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Regelung des räumlichen Geltungsbereichs in Art. 3 nDSG bzw. Art. 3 Abs. 2 DSGVO.

Auslegungsregeln	Anwendung auf nDSG-Bestimmungen
<p>Berücksichtigung der EU-Rechtsanwendung bei europarechtskonformer Auslegung:</p> <p><i>Wenn es die im Schweizer Recht geltenden klassischen Auslegungselemente zulassen, ist bei der Auslegung autonom nachvollzogenen Schweizer Rechts die Praxis der EU-Behörden und -Gerichte zum rezipierten EU-Recht autoritativ mitzubersichtigen.</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> – Es gibt in den Materialien selbst in Bezug auf die autonom nachvollzogenen Bestimmungen, Art. 28 nDSG und Art. 14 nDSG, keine Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber über den Nachvollzug der Gesetzgebung hinaus die richterliche Weiterentwicklung der rezipierten DSGVO-Bestimmungen autoritativ mitzubersichtigen wollte.
<p>Berücksichtigung der EU-Rechtsanwendung als Auslegungshilfe:</p> <p>Bei blosser <i>Angleichung des Schweizer Rechts an EU-Recht</i>, bei welcher der Schweizer Gesetzgeber bewusst eine <i>eigenständige Schweizer Regelung</i> schaffen wollte und z.B. eine <i>unterschiedliche konzeptionelle Ausrichtung</i> gewählt hat, ist die Rechtsprechung zum EU-Recht bloss <i>als Auslegungshilfe</i> zu berücksichtigen. Die Behörden können daraus z.B. Erkenntnisse über den Norm-Sinn der auszulegenden Bestimmung gewinnen. Bei dieser Art der Berücksichtigung des EU-Rechts dient das</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Art. 5 lit. c Ziff. 3 nDSG (genetische Daten); Auslegung nach Art. 1 lit. 1 GUMG, Berücksichtigung der EU-Rechtsanwendung zur Bestätigung des Auslegungsergebnisses; – Art. 5 lit. c Ziff. 4 nDSG (biometrische Daten); – Art. 19 nDSG (Informationspflicht bei Beschaffung von Personendaten), unter Berücksichtigung der im Vergleich zu Art. 13–14 DSGVO unterschiedlichen Konzeption;

Auslegungsregeln	Anwendung auf nDSG-Bestimmungen
<p>EU-Recht nur der Bestätigung (<i>Plausibilisierung</i>) des Auslegungsergebnisses.</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Art. 31 nDSG (Rechtfertigungsgründe), unter Berücksichtigung des unterschiedlichen Rechtfertigungskonzepts und wesentlicher Unterschiede bei der Ausgestaltung der einzelnen Rechtfertigungsgründe (im Vergleich zu den DSGVO-Rechtsgrundlagen); und – Art. 9 nDSG (Vereinbarung über die Auftragsbearbeitung)
<p>EU-Rechtsanwendung unbeachtlich bei autonomen Schweizer Regelungen</p> <p>Bei autonomen Schweizer Regelungen, die keine Entsprechung im rezipierten EU-Rechtsakt finden, ist die EU-Rechtsanwendung unbeachtlich.</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Art. 3 Abs. 1 nDSG (räumlicher Geltungsbereich – Verwaltungsrecht); Auslegung gemäss kodifiziertem verwaltungsrechtlichem Auswirkungsprinzip, wie z.B. Art. 2 Abs. 2 KG; – Art. 3 Abs. 2 nDSG (räumlicher Geltungsbereich – Privatrecht), etablierte Auslegung von Art. 139 IPRG; und – Art. 3 Abs. 2 nDSG (räumlicher Geltungsbereich – Strafrecht), etablierte Auslegung von Art. 3 StGB.

VII. Schlussbemerkungen

Schweizer Unternehmen werden sich in der **Unternehmenspraxis** aus guten Gründen am Standard der DSGVO ausrichten – etwa in Bezug auf Datenschutzerklärungen oder Vereinbarungen über die Auftragsbearbeitung.

Ein Grund dafür kann sein, dass für dieselbe Datenbearbeitung des Schweizer Unternehmens sowohl das nDSG als auch die DSGVO gelten. In solchen

Fällen ist es nachvollziehbar, dass das Schweizer Unternehmen im EU-Markt wie auch im Schweizer Markt einheitliche Datenschutzerklärung und Vereinbarungen über die Auftragsbearbeitung verwenden möchte.

Ein anderer Grund für eine Orientierung am DSGVO-Standard können Erwartungen von Kundinnen oder Geschäftspartnern des Schweizer Unternehmens sein (z.B. Erwartungen an die Ausgestaltung einer Vereinbarung über die Auftragsbearbeitung). Zudem gibt es Bereiche, in denen Geschäftspartner oder Lieferanten ihrerseits verpflichtet sind, Unternehmen in der Schweiz Pflichten aus der DSGVO vertraglich zu überbinden (z.B. die Pflicht von in der EU niedergelassenen Auftragsverarbeitern, eine Vereinbarung über die Auftragsverarbeitung nach Massgabe von Art. 28 Abs. 3 DSGVO abzuschliessen).

Überdies werden viele Schweizer Unternehmen bei Inkrafttreten des nDSG bereits Erfahrungen im Umgang mit der DSGVO gesammelt haben. Zur DSGVO werden auch mehr Lehrmeinungen als zum nDSG vorliegen. Zudem gibt es zur DSGVO bereits eine umfangreiche Behörden- und Gerichtspraxis. Es ist somit (leider) davon auszugehen, dass Schweizer Unternehmen (und Behörden) die zur DSGVO entwickelten Ansichten (z.B. Lehrmeinungen zur DSGVO oder Interpretationen von EU-Datenschutzaufsichtsbehörden in Leitlinien und Entscheidungen) zuweilen unreflektiert übernehmen werden.

In Untersuchungen durch den EDÖB oder der Staatsanwaltschaften sowie in Streitfällen vor Gericht sind hingegen Einzelfälle zu beurteilen. Dabei ist eine gewisse **Resistenz der rechtsanwendenden Schweizer Behörden** gegenüber der Behörden- und Gerichtspraxis zur DSGVO gefragt. Die rechtsanwendenden Schweizer Behörden sollen (i) den Sachverhalt selbst abklären (und nicht die Schilderungen von EU-Behörden in allfälligen Parallelverfahren unreflektiert übernehmen), (ii) eigene Lösungen aus dem nDSG heraus entwickeln und (iii) die Praxis zur DSGVO in der Regel (wie in diesem Beitrag aufgezeigt) höchstens zur Plausibilisierung solcher autonomer Lösungen heranziehen.

Von der Praxis zur DSGVO abweichende Schweizer Praxis zum nDSG ist **hinzunehmen – und zwar ungeachtet dessen, dass eine solche Praxis bei der Prüfung eines EU-Angemessenheitsbeschlusses zum politischen Spielball werden könnte**. Politik ist Sache des Parlaments – nicht der rechtsanwendenden Schweizer Behörden.

Im Zweifelsfall haben Behörden und Gerichte in der Schweiz einen neuerlichen Entscheid des Schweizer Gesetzgebers abzuwarten. Sonst hätte der Schweizer Gesetzgeber die DSGVO gleich ganz kopieren und den rechtsanwendenden Schweizer Behörden die Pflicht auferlegen können, in der Rechtsanwendung eine grösstmögliche Parallelität zur DSGVO zu erreichen. Der vorliegende Beitrag zeigt, dass dies gerade *nicht* der Wille des Gesetzgebers war.