



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössischer Datenschutz- und
Öffentlichkeitsbeauftragter
EDÖB

Untersuchung von Verstössen gegen Datenschutzvorschriften durch den EDÖB

Anwendung von Art. 49-53 des revidierten Datenschutzgesetzes

Stand: September 2023

Literaturverzeichnis

AMSTUTZ MARC/REINERT MANI (Hrsg.), Basler Kommentar Kartellgesetz, 2. Aufl. Basel 2021 (zit. BSK KG-BEARBEITER/IN).

AUER CHRISTOPH et al. (Hrsg.), VwVG Kommentar, 2. Aufl. Zürich/St. Gallen 2019.

BAERISWYL BRUNO/PÄRLI KURT/BLONSKI DOMINIKA, Stämpflis Handkommentar Datenschutzgesetz (DSG), 2. Aufl. Bern 2023.

CHAKSAD DAVID, Die verwaltungsrechtliche Aufsichtsanzeige, Diss. Zürich 2015.

KERN MARKUS/EPINEY ASTRID, Durchsetzungsmechanismen im EU-Recht und ihre Implikationen für die Schweiz, in: Epiney Astrid/Nüesch Daniela (Hrsg.), Durchsetzung der Rechte der Betroffenen im Bereich des Datenschutzes / La mise en oeuvre des droits des particuliers dans le domaine de la protection des données, Zürich 2015, S. 19 ff.

KIENER REGINA/RÜTSCHKE BERNHARD/KUHN MATHIAS, Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl. Zürich/St. Gallen 2021.

LOBSIGER ADRIAN, Hohes Risiko – kein Killerargument gegen Vorhaben der digitalen Transformation, SJZ 6/2023, S. 311 ff.

MAURER-LAMBROU URS/BLECHTA GABOR P. (Hrsg.), Datenschutzgesetz Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. Basel 2014 (zit. BSK DSG-BEARBEITER/BEARBEITERIN).

PAAL BORIS P./PAULY DANIEL A. (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl. München 2021.

ROSENTHAL DAVID, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter 16. November 2020 (zit. ROSENTHAL, Datenschutzgesetz).

ROSENTHAL DAVID/JÖHRI YVONNE, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008.

SIMITIS SPIROS/HORNUNG GERRIT/SPIECKER INDRA (Hrsg.), Datenschutzrecht: DSGVO mit BDSG, Baden-Baden 2019.

UHLMANN FELIX, Die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, S. 1 ff.

WALDMANN BERNHARD/WEISSENBERGER PHILIPPE (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG), 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2016.

WATTER ROLF/BAHAR RASHID (Hrsg.), Finanzmarktaufsichtsgesetz Finanzmarktinfrastrukturgesetz, 3. Aufl. Basel 2018 (zit. BSK FINMAG-BEARBEITER/BEARBEITERIN).

WEBER ROLF H., Stämpflis Handkommentar Preisüberwachungsgesetz (PÜG), Bern 2009.

Materialienverzeichnis

Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG), vom 23. März 1988, BBl 1988 II 413 ff. (zit. Botschaft aDSG).

Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, vom 15. September 2017, BBl 2017 6941 ff. (zit. Botschaft nDSG).

Bundesamt für Justiz, Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Umsetzung 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), Oktober 2018 (zit. BJ, Erläuternder Bericht SDSG).

Bundesamt für Justiz, Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, 21. Dezember 2016 (zit. BJ, Erläuternder Bericht Vorentwurf).

Bundesamt für Justiz, Normkonzept zur Revision des Datenschutzgesetzes: Bericht der Begleitgruppe Revision DSG, 29. Oktober 2014 (zit. Normkonzept).

Bundesamt für Justiz, Totalrevision der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz: Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, 23. Juni 2021 (zit. BJ, Erläuternder Bericht E-VDSG).

Bundesamt für Justiz, Verordnung über den Datenschutz (Datenschutzverordnung, DSV): Erläuternder Bericht, 31. August 2022 (zit. BJ, Erläuternder Bericht DSV).

Art. 49

Inhaltsübersicht

- I. Normzweck
- II. Eröffnung der Untersuchung (Abs. 1)
 1. Anlass und Zweck der Untersuchung
 2. Adressaten und Gegenstand der Untersuchung
 3. Zeitpunkt und Umfang der Untersuchung
 4. «Genügend Anzeichen» für einen Verstoss gegen die Datenschutzvorschriften
 5. Formlose Vorabklärungen
- III. Anzeige an den EDÖB (Abs. 1 und 4)
 1. Anzeigende Person und Modalitäten der Anzeige
 2. Rechtsnatur der Anzeige und Rechtsstellung der anzeigenden Person im Allgemeinen
 3. Rechtsstellung des betroffenen Anzeigers im Besonderen
- IV. Untersuchungspflicht des EDÖB (Abs. 1 und 2)
 1. Keine Untersuchungspflicht bei Verstössen von geringfügiger Bedeutung
 2. Untersuchungspflicht bei Verstössen von Bedeutung
- V. Auskunfts- und Editionsspflicht der Partei (Abs. 3)

I. Normzweck

- 1 Der EDÖB beaufsichtigt die Anwendung der bundesrechtlichen Datenschutzvorschriften (vgl. Art. 4 Abs. 1 DSG), das heisst des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG), aber auch der übrigen Datenschutzvorschriften des Bundes. Zu seiner Aufsichtstätigkeit gehört die Untersuchung von Verstössen gegen Datenschutzvorschriften und gegebenenfalls die Anordnung von Verwaltungsmassnahmen zur Durchsetzung dieser Vorschriften (vgl. Art. 49 ff. DSG).
- 2 Art. 49 DSG regelt, unter welchen Voraussetzungen der EDÖB eine Untersuchung eröffnen muss bzw. darf (vgl. Abs. 1 und 2) und welche Pflichten er gegenüber Anzeigerinnen und Anzeigern hat, die von einem potentiellen Verstoss gegen Datenschutzvorschriften selbst betroffen sind (vgl. Abs. 4). Mit Abs. 3 beinhaltet Art. 49 DSG eine Bestimmung zur Mitwirkungspflicht der Verfahrenspartei nach der Eröffnung einer Untersuchung. Sie steht thematisch in engem Zusammenhang mit den Informationsbeschaffungsrechten des EDÖB gemäss Art. 50 DSG.
- 3 Art. 49 DSG stellt aufgrund seiner zentralen Bedeutung den Dreh- und Angelpunkt der Aufsichtstätigkeit des EDÖB dar. Die Bestimmung ist im Lichte des übergeordneten Ziels des Gesetzgebers zu sehen, durch die Revision der Datenschutzgesetzgebung weiterhin ein angemessenes Datenschutzniveau der Schweiz zu gewährleisten und die für die Schweiz verbindlichen Vorgaben auf europäischer Ebene einzuhalten, das heisst die für den Schengen-Bereich relevante Richtlinie (EU) 2016/680 und künftig die Konvention 108plus des Europarats. So verfügt der EDÖB über **neue und umfangreichere Untersuchungsbefugnisse**, die er bei Verstössen sowohl gegenüber Bundesorganen als auch privaten Personen ausschöpfen und durchsetzen wird. Nach Art. 49 DSG ist der EDÖB **verpflichtet**, bei genügenden Anzeichen, dass

eine Datenbearbeitung gegen die Datenschutzvorschriften verstossen könnte, eine Untersuchung zu eröffnen, sofern es sich nicht um eine Verletzung von geringfügiger Bedeutung handelt. Gegenüber Personen, die beim EDÖB Anzeige erstatten und selbst vom angezeigten potentiellen Verstoss gegen Datenschutzvorschriften betroffen sind, statuiert Art. 49 Abs. 4 DSG eine Pflicht zur Behandlung und zur Information.

II. Eröffnung der Untersuchung (Abs. 1)

1. Anlass und Zweck der Untersuchung¹

- 4 Gemäss Art. 49 Abs. 1 DSG eröffnet der EDÖB eine Untersuchung, wenn genügend Anzeichen bestehen, dass eine Datenbearbeitung gegen die Datenschutzvorschriften verstossen könnte. Die Eröffnung kann von Amtes wegen oder auf Anzeige hin erfolgen; die ersten Sachverhaltshinweise, die gegebenenfalls einer vollständigen Erhebung und eingehenden Klärung mittels Untersuchung bedürfen, können also auf Wahrnehmungen zurückgehen, welche der EDÖB im Zuge seiner gesetzlichen Aufsichts- und Beratungstätigkeit gemacht hat, oder aber ganz oder teilweise auf Schilderungen Betroffener oder Dritter beruhen.
- 5 Die Untersuchung dient der **Erhebung und Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts** und ermöglicht die rechtliche Beurteilung, ob der festgestellte Sachverhalt gegen bundesrechtliche Datenschutzvorschriften verstösst. Führt die Untersuchung zum Ergebnis, dass ein Verstoss gegen Datenschutzvorschriften vorliegt, ist der EDÖB unter den Voraussetzungen von Art. 51 DSG befugt, Verwaltungsmassnahmen anzuordnen (vgl. auch hinten Art. 52 N 18).

2. Adressaten und Gegenstand der Untersuchung

- 6 Adressaten der Untersuchung sind Bundesorgane (vgl. Art. 5 Bst. i DSG) oder private Personen (natürliche und juristische). Die Untersuchung erstreckt sich auf sämtliche Sachverhalte, auf welche das DSG oder andere (bereichsspezifische) Datenschutzvorschriften des Bundes anwendbar sind (vgl. Art. 4 Abs. 1 DSG und dazu Botschaft nDSG, S. 7017; betr. Art. 27 aDSG BSK DSG-HUBER, Art. 27 N 5).
- 7 Der Wortlaut von Art. 49 Abs. 1 DSG setzt zwar voraus, dass eine «Datenbearbeitung» vorliegt (vgl. Art. 5 Bst. d DSG). Der Begriff der «Datenbearbeitung» dürfte allerdings in einem weiten Sinn zu verstehen sein: Die Eröffnung einer Untersuchung ist, so gesehen, immer dann möglich, wenn auch Verwaltungsmassnahmen nach Art. 51 DSG angeordnet werden können (zu den einzelnen Kategorien von Verwaltungsmassnahmen vgl. hinten Art. 51 N 3 f.). Sie ist also auch zulässig, wenn genügend Anzeichen dafür bestehen, dass die Verantwortlichen Ordnungsvorschriften oder Pflichten gegenüber Betroffenen missachten (gl. M. ROSENTHAL, Datenschutzgesetz, S. 67), beispielsweise bei einem Data Breach entgegen Art. 24 DSG den EDÖB oder gegebenenfalls die betroffenen Personen nicht informieren (vgl. Art. 51 Abs. 3 Bst. f DSG).

¹ Vgl. dazu bereits LOBSIGER, S. 314.

3. Zeitpunkt und Umfang der Untersuchung²

- 8 Sind genügend Anzeichen für einen Verstoss gegen Datenschutzvorschriften gegeben (vgl. Art. 49 Abs. 1 DSG) und auch die weiteren Voraussetzungen für eine Untersuchung erfüllt (vgl. dazu ausführlich hinten Art. 49 N 13), eröffnet der EDÖB das Untersuchungsverfahren. Mit Blick auf die zeitliche und sachliche Priorisierung und Schwerpunktsetzung seiner Untersuchungstätigkeit verfügt der EDÖB über ein Vollzugsermessen bezüglich des Zeitpunkts der Eröffnung wie auch des Umfangs und der Tiefe der durchzuführenden Untersuchung. Als unabhängige Aufsichtsbehörde muss er diese frei von Beeinflussungen wahrnehmen. Er darf sich demzufolge weder von Behörden noch von zivilgesellschaftlichen Organisationen wie Medien oder Interessenorganisationen zur Eröffnung von Untersuchungen drängen lassen.

4. «Genügend Anzeichen» für einen Verstoss gegen die Datenschutzvorschriften

- 9 Die Voraussetzungen zur Eröffnung einer Untersuchung sind dieselben, ob sich die Untersuchung gegen ein Bundesorgan oder gegen eine Privatperson richtet: Es müssen lediglich genügend Anzeichen bestehen, dass eine Datenbearbeitung gegen die Datenschutzvorschriften verstossen könnte (Art. 49 Abs. 1 DSG). Die Schwelle des «Systemfehlers», welche die Eröffnung einer Sachverhaltsabklärung im Privatrechtsbereich unter dem aDSG nur dann erlaubte, wenn Bearbeitungsmethoden geeignet waren, die Persönlichkeit einer grösseren Anzahl von Personen zu verletzen (vgl. Art. 29 Abs. 1 Bst. a aDSG und dazu statt vieler BSK DSG-HUBER, Art. 29 N 6 ff.), fällt unter dem revidierten DSG weg; sie ist nicht vereinbar mit den Vorgaben auf europäischer Ebene (vgl. bereits KERN/EPINEY, S. 30). So sehen sowohl die für die Schweiz künftig verbindliche Konvention 108plus und als auch die Richtlinie (EU) 2016/280, welche die Schweiz mit dem Schengen-Datenschutzgesetz (SDSG) umsetzte, **keine Begrenzung der Untersuchungsbefugnisse** gegenüber den Verantwortlichen vor (vgl. Art. 15 Ziff. 2 Bst. a Konvention 108plus und dazu Botschaft nDSG, S. 7090; Art. 46 Abs. 1 Bst. i Richtlinie (EU) 2016/680, umgesetzt mit Art. 22 SDSG, und dazu BJ, Erläuternder Bericht SDSG, S. 26).
- 10 Während der E-DSG noch vorsah, dass der EDÖB eine Untersuchung eröffnet, wenn «Anzeichen» bestehen, dass eine Datenbearbeitung gegen die Datenschutzvorschriften verstossen könnte (vgl. Art. 43 Abs. 1 E-DSG), verlangt Art. 49 Abs. 1 DSG nun präzisierend, dass **«genügend Anzeichen»** für einen solchen Verstoss vorliegen. Abgelehnt wurde im Nationalrat ein Minderheitsantrag, wonach der EDÖB Untersuchungen nur bei begründetem Verdacht bzw. auf begründete Anzeige hin eröffnen darf und wenn eindeutige Hinweise bestehen, dass eine Datenbearbeitung gegen die Datenschutzvorschriften verstösst. Eine solche Begrenzung der Untersuchungsbefugnisse hätte im Widerspruch zu Art. 15 Ziff. 2 Bst. a der Konvention 108plus gestanden (vgl. Nationalrat, Herbstsession 2019, Dreizehnte Sitzung, 25.09.19, 09h00, 17.059, AB 2019 N 1824). Wie bereits unter dem aDSG darf der EDÖB einen Sachverhalt somit auch dann abklären, wenn lediglich gewisse Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass ein Verstoss gegen Datenschutzvorschriften vorliegt. Grundsätzlich kann er aber nicht zur Eröffnung einer Untersuchung verpflichtet sein, wenn er es aufgrund eigener Feststellungen oder ihm zugetragener Hinweise zwar nicht als ausgeschlossen, aber doch als unwahrscheinlich erachtet, dass eine Datenbearbeitung vorliegt, die Datenschutzvorschriften verletzt.

² Vgl. dazu bereits LOBSIGER, S. 314.

- 11 «Genügend Anzeichen» («des indices suffisants» im französischen Gesetzestext, bzw. «indizi sufficienti» im italienischen Gesetzestext) werden mithin dann gegeben sein, wenn die Anzeichen zur Annahme berechtigen, dass erstens eine Datenbearbeitung vorliegen und diese zweitens gegen die Datenschutzvorschriften verstossen könnte. Es muss also mit einer **gewissen Wahrscheinlichkeit** davon ausgegangen werden können, dass eine Datenbearbeitung vorliegt, welche gegen die Datenschutzvorschriften verstösst. Mit anderen Worten kann nicht jeder noch so vage Hinweis auf einen vielleicht vorliegenden Verstoss ein Recht bzw. eine Pflicht zur Untersuchung begründen. Staatliches Handeln muss stets im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein (vgl. Art. 5 Abs. 2 sowie Art. 36 Abs. 2 und 3 BV).

5. Formlose Vorabklärungen³

- 12 Der Vorentwurf zum DSG enthielt mit Art. 41 Abs. 4 eine ausdrückliche Rechtsgrundlage dafür, dass der EDÖB auch ausserhalb eines Untersuchungsverfahrens überprüfen kann, ob eine private Person oder ein Bundesorgan die eidgenössischen Datenschutzvorschriften einhält. Ergäben sich aus diesen Abklärungen Anzeichen für einen Verstoss gegen die Datenschutzvorschriften, könne der Beauftragte eine Untersuchung eröffnen (BJ, Erläuternder Bericht Vorentwurf, S. 79). Das am 1. September 2023 in Kraft getretene DSG beinhaltet demgegenüber – wie auch das FINMAG und anders als Art. 26 KG – keine explizite Rechtsgrundlage für Vorabklärungen (vgl. bezogen auf Vorabklärungen der FINMA BSK FINMAG-ROTH PELLANDA/KOPP, Art. 30 N 4 ff.; BSK FINMAG-LEBRECHT, Art. 53 N 5 ff.).
- 13 Die Befugnis zu Vorabklärungen ergibt sich allerdings bereits aus der Vorgabe, bei genügend Anzeichen für einen Verstoss gegen Datenschutzvorschriften – und nur in diesem Fall – eine Untersuchung eröffnen zu müssen (vgl. Art. 49 Abs. 1 DSG). Doch nur wenn **sämtliche Voraussetzungen für eine Untersuchung** gegeben sind, darf eine solche eröffnet werden (vgl. betr. Vorabklärungen unter dem aDSG Rosenthal/Jöhri-ROSENTHAL, Art. 29 N 13; BSK DSG-HUBER, Art. 29 N 20a). So kann etwa unklar sein, ob der EDÖB überhaupt zuständig ist oder gegen wen sich eine allfällige Untersuchung richten müsste. Weiter ist es möglich, dass sich eine Untersuchung im Laufe der Vorabklärungen erübrigt, namentlich, weil unbestimmte Hinweise auf einen Gesetzesverstoss rasch entkräftet werden können, oder aber, weil die Privatperson oder das Bundesorgan auf eine erste informelle Kontaktaufnahme des EDÖB hin von sich aus freiwillig Massnahmen zur zeitgerechten Herstellung der Datenschutzkonformität ergreift oder eine Beratung wünscht (vgl. Art. 58 Abs. 1 Bst. a DSG). Schliesslich kann sich trotz genügender Anzeichen für einen Verstoss ergeben, dass eine Untersuchung im konkreten Fall nicht angezeigt ist, weil die Verletzung der Datenschutzvorschriften von geringfügiger Bedeutung ist (vgl. Art. 49 Abs. 2 DSG und dazu Art. 49 N 28 f.). In Fällen, in denen zum vornherein absehbar wird, dass es nicht möglich ist, einen indizierten Verstoss mit einem vernünftigen verwaltungsökonomischen Aufwand nachzuweisen und hernach den rechtmässigen Zustand durchzusetzen, wird der EDÖB auch bei Verstössen, die nicht von geringfügiger Bedeutung sind, von der Durchführung einer Untersuchung absehen respektive diese nach der Eröffnung frühzeitig einstellen müssen. In der digitalen Realität können zu beurteilende Bearbeitungen und Projekte (beispielsweise Apps) sehr kurzlebig sein. Es kann deshalb in gewissen Konstellationen zielführender sein, wenn der EDÖB den rechtmässigen Zustand in einer ersten Phase mit informellen Kontaktnahmen zeitnah herbeizuführen sucht, ehe er ein zeitintensives Verwaltungsverfahren in die Wege leitet.

³ Vgl. zu den nachfolgenden Ausführungen bereits LOBSIGER, S. 314.

- 14 Das Stadium der Vorabklärungen zeichnet sich durch seinen **formlosen Charakter** aus. Lehre und Rechtsprechung ordnen Vorabklärungen dem «informellen Verwaltungshandeln» zu (vgl. bezogen auf das FINMAG BSK FINMAG-ROTH PELLANDA/KOPP, Art. 30 N 5; BSK FINMAG-LEBRECHT, Art. 53 N 7; BGer, 2C_1184/2013, 17.07.2014, E. 3.3; BVGer, B-3844/2013, 7.11.2013, E. 1.4.2.3.1). Beim informellen Verwaltungshandeln geht es um formlose Beziehungen zwischen Verwaltungsbehörden und Privaten, etwa um wechselseitige Kontaktaufnahmen, Absprachen und Vorabklärungen (BVGer, B-3844/2013, 7.11.2013, E. 1.4.2.3.1, m.w.H.). Sobald behördliches Handeln auf den Erlass einer Verfügung gerichtet ist, liegt das Handlungsziel dagegen in der verbindlichen Gestaltung der Rechtsstellung des Betroffenen (BVGer, B-3844/2013, 7.11.2013, E. 1.4.2.3.2).
- 15 In den Worten von UHLMANN erscheint ein Verfahren nicht als Verwaltungsverfahren, «wenn an dessen Horizont noch keine Verfügung schimmert» (UHLMANN, S. 4). Auf Vorstufen eines Verwaltungsverfahrens wie informelle Abklärungen und dergleichen findet das VwVG mangels eines Verfügungsziels keine Anwendung (BGE 146 V 38 E. 4.1; vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 464). Beginnt der EDÖB mit Vorabklärungen, kann er noch nicht beurteilen, ob gegenüber einer Privatperson oder einem Bundesorgan die Anordnung einer Verwaltungsmassnahme nach Art. 51 DSGVO notwendig werden könnte. Er bezweckt lediglich zu eruieren, ob ein bestimmter Sachverhalt mittels Untersuchung näher abgeklärt werden muss, was letztlich zu einer Verwaltungsmassnahme und damit zu einer Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG führen kann. Konsequenterweise findet bei Vorabklärungen **kein Verwaltungsverfahren** statt und ist das VwVG grundsätzlich nicht anwendbar (vgl. Art. 52 Abs. 1 DSGVO e contrario; hinten Art. 52 N 3 f.).
- 16 Im Rahmen der Vorabklärungen geht es darum, aus öffentlich zugänglichen Quellen, aber auch vom Verantwortlichen selbst, von betroffenen Personen oder von Dritten, beispielsweise Konsumentenschutzorganisationen, nähere Informationen im Zusammenhang mit einem eventuellen Verstoss gegen Datenschutzvorschriften zu beschaffen (vgl. mit Bezug auf Art. 53 FINMAG BSK FINMAG-LEBRECHT, Art. 53 N 5). Die Beantwortung von Fragen des EDÖB ist in diesem Stadium freiwillig; den Verantwortlichen treffen – anders als während einer Untersuchung (vgl. dort Art. 49 Abs. 3 DSGVO) – keine Mitwirkungspflichten, und die Strafnorm von Art. 60 Abs. 2 DSGVO greift nicht (siehe auch ROSENTHAL, Datenschutzgesetz, S. 67; bezogen auf das aDSG Rosenthal/Jöhri-ROSENTHAL, Art. 29 N 13). Jedoch kann die Verweigerung der freiwilligen Mitwirkung den EDÖB dazu veranlassen, den Verantwortlichen durch Eröffnung einer Untersuchung zu einer solchen zu verpflichten. Liefert der Verantwortliche im Rahmen der Vorabklärung freiwillig schlüssige Argumente dafür, dass kein Verstoss gegen Datenschutzvorschriften vorliegt, erübrigt sich die Eröffnung einer Untersuchung in aller Regel. Ergeben sich demgegenüber genügend Anzeichen für einen Verstoss (vgl. Art. 49 Abs. 1 DSGVO) und sind auch die weiteren Voraussetzungen für eine Untersuchung gegeben (vgl. dazu ausführlich vorne Art. 49 N 13), eröffnet der EDÖB eine solche (vgl. Art. 49 Abs. 1 und 2 DSGVO).

III. Anzeige an den EDÖB (Abs. 1 und 4)

1. Anzeigende Person und Modalitäten der Anzeige

- 17 Die Anzeige an den EDÖB kann entweder durch die betroffene Person erfolgen, also durch eine natürliche Person, über die Personendaten bearbeitet (vgl. Art. 5 Bst. b DSGVO) oder deren Rechte missachtet werden, oder durch eine Drittperson (vgl. auch Botschaft nDSG, S. 7090). Als

Drittperson in Frage kommen typischerweise Medien, Konsumentenschutzorganisationen oder Anwältinnen und Anwälte, welche bei der Berufsausübung Kenntnis von Datenbearbeitungen erlangen, die gegen Datenschutzvorschriften verstossen oder verstossen könnten. Möchte die anzeigende Person ihre Identität dem EDÖB nicht bekannt geben, kann die Anzeige anonym erfolgen (vgl. auch Botschaft nDSG, S. 7179); eine Information des betroffenen Anzeigers über die gestützt auf die Anzeige unternommenen Schritte und das Ergebnis einer allfälligen Untersuchung nach Art. 49 Abs. 4 DSG fällt in diesem Fall allerdings ausser Betracht.

- 18 Die Anzeige erfolgt idealerweise über das Webseitenformular des EDÖB, kann grundsätzlich aber in beliebiger Form ergehen. An eine Frist ist die Anzeige nicht gebunden; allerdings sollte der angezeigte Sachverhalt eine gewisse Aktualität aufweisen, damit der EDÖB für den Fall, dass ein Verstoss gegen Datenschutzvorschriften vorliegt, auch rechtzeitig geeignete Verwaltungsmassnahmen nach Art. 51 DSG anordnen kann. Für die Erhebung einer Anzeige werden keine Gebühren erhoben (vgl. Art. 59 DSG e contrario).

2. Rechtsnatur der Anzeige und Rechtsstellung der anzeigenden Person im Allgemeinen

- 19 Gemäss dem Gesetzeswortlaut und den Materialien hat die anzeigende Person im Untersuchungsverfahren nicht die Rechte einer Partei; Partei ist gemäss Art. 52 Abs. 2 DSG nur das Bundesorgan oder die private Person, gegen das oder die eine Untersuchung eröffnet wurde (vgl. Botschaft nDSG, S. 7090 und 7093). Die Anzeige an den EDÖB ist insofern vergleichbar mit einer **Aufsichtsbeschwerde** an die übergeordnete Behörde (für die Aufsichtsbeschwerde im Bund vgl. die allgemeine Regelung in Art. 71 VwVG). Bei der Letzteren gibt die anzeigende Person lediglich den Anstoss zu einem aufsichtsrechtlichen Verfahren, sie ist jedoch, auch wenn sie selbst betroffen ist, an diesem grundsätzlich nicht beteiligt, hat also keine Parteistellung. Die Aufsichtsbeschwerde (auch (Aufsichts-)Anzeige genannt) stellt einen formlosen Rechtsbehelf und einen Unterfall des in Art. 33 BV gewährleisteten Petitionsrechts dar. Sie soll die Aufsichtsbehörde zu einer Aktion veranlassen, welche diese von Amtes wegen durchführen müsste, würde sie selbständig auf den gerügten Missstand aufmerksam (vgl. zum Ganzen ausführlich VOGEL, in: Auer et al., Art. 71 N 1, 3 und 5). Grundsätzlich die gleiche Zielsetzung verfolgt die in Art. 49 DSG normierte Anzeige an den EDÖB: Sie bringt diesem einen Sachverhalt zur Kenntnis, welcher gegebenenfalls die Eröffnung einer Untersuchung erfordert, und unterstützt diesen damit in der Ausübung seiner gesetzlichen Aufsichtstätigkeit (vgl. Art. 4 Abs. 1 DSG).
- 20 Bei einer Aufsichtsbeschwerde hat die anzeigende Person grundsätzlich keinen Anspruch auf materielle Behandlung und gegebenenfalls Erledigung der Anzeige (vgl. CHAKSAD, S. 112, m.w.H.). Nach herkömmlicher Praxis ist die Aufsichtsbehörde – vorbehaltlich einer anderslautenden gesetzlichen Regelung – auch nicht verpflichtet, der anzeigenden Person über die Behandlung oder Erledigung der Anzeige Rechenschaft abzulegen (vgl. die Nachweise bei ZIBUNG, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 71 N 33; zu den jüngeren Auffassungen, wonach die Anzeigerschaft, unabhängig davon, ob es sich um eine betroffene Person handelt oder nicht, einen Anspruch auf eine Rückmeldung hat, CHAKSAD, S. 112 f. und S. 137, sowie VOGEL, in: Auer et al., Art. 71 N 38). Ähnlich verhält es sich bei einer Anzeige an den EDÖB: Dieser ist unter bestimmten Voraussetzungen zwar objektivrechtlich verpflichtet, eine Untersuchung zu eröffnen (vgl. Art. 49 Abs. 1 und 2 DSG sowie ausführlich vorne Art. 49 N 13); er hat entsprechenden Anzeigen demnach nachzugehen und zu prüfen, ob eine Untersuchung einzuleiten ist. Nach der Konzeption des Gesetzgebers haben Anzeigerinnen und Anzeiger, welche **nicht** selber von einem Verstoss gegen Datenschutzvorschriften **betroffen** sind, aber keinen subjektiven

Anspruch auf Behandlung der Anzeige, und der EDÖB ist ihnen gegenüber auch nicht zu einer Information über die von ihm unternommenen Schritte und das Ergebnis einer allfälligen Untersuchung verpflichtet (vgl. Art. 49 Abs. 4 DSG e contrario; zur Rechtsstellung von betroffenen Anzeigerinnen und Anzeigern siehe sogleich hinten Art. 49 N 21 ff.). In Fällen von allgemeinem Interesse informiert der EDÖB allerdings gestützt auf Art. 57 Abs. 2 DSG die Öffentlichkeit.

3. Rechtsstellung des betroffenen Anzeigers im Besonderen

- 21 Art. 49 Abs. 4 DSG befasst sich mit der Konstellation, dass eine **betroffene Person** Anzeige beim EDÖB erstattet, also eine natürliche Person, über die Personendaten bearbeitet (Art. 5 Bst. b DSG) oder deren Rechte missachtet werden. Diesbezüglich hält Art. 49 Abs. 4 DSG fest, dass der EDÖB die betroffene Person über die gestützt auf die Anzeige unternommenen Schritte und das Ergebnis einer allfälligen Untersuchung informieren muss (vgl. bisher Art. 22 Abs. 4 SD SG). Ähnlich formulierte Regelungen finden sich in der DSGVO sowie in der Konvention 108plus (für den Schengen-Bereich vgl. sodann die Richtlinie (EU) 2016/680 und dazu hinten Art. 49 N 26):
- 22 Die für die EU-Staaten verbindliche Datenschutz-Grundverordnung, die **DSGVO**, statuiert in Art. 77 Abs. 1 für jede betroffene Person ein «Recht auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde». Abs. 2 von Art. 77 DSGVO verankert sodann eine Informationspflicht, das heisst die Pflicht der Aufsichtsbehörde, den Beschwerdeführer über den Stand und die Ergebnisse der Beschwerde einschliesslich der Möglichkeit eines gerichtlichen Rechtsbehelfs nach Art. 78 DSGVO zu unterrichten. Dementsprechend gehört es zu den Aufgaben der Aufsichtsbehörde, sich mit Beschwerden zu befassen, den Gegenstand der Beschwerde in angemessenem Umfang zu untersuchen und den Beschwerdeführer innerhalb einer angemessenen Frist über den Fortgang und das Ergebnis der Untersuchung zu unterrichten (vgl. Art. 57 Abs. 1 Bst. f DSGVO).
- 23 Die **Konvention 108plus** des Europarats, welche die Schweiz mit dem Inkrafttreten des revidierten Datenschutzgesetzes ratifizieren wird, bestimmt in Art. 9 Ziff. 1 Bst. g, dass jede natürliche Person das Recht hat, bei der Ausübung ihrer Rechte aufgrund des Übereinkommens die Unterstützung einer Aufsichtsbehörde in Anspruch zu nehmen. Ferner hält die Konvention 108plus in Art. 15 Ziff. 4 fest, dass sich die zuständige Aufsichtsbehörde mit Anträgen und Beschwerden von Betroffenen hinsichtlich ihrer Datenschutzrechte **befassen** und die Betroffenen **über den Fortgang auf dem Laufenden halten** muss (im englischen Originalwortlaut: «*Each competent supervisory authority shall deal with requests and complaints lodged by data subjects concerning their data protection rights and shall keep data subjects informed of progress.*»). Demgegenüber sieht das Zusatzprotokoll zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung vom 8. November 2001 (SR 0.235.11) in Art. 1 Ziff. 2 Bst. b lediglich vor, dass die Aufsichtsbehörde die Beschwerden von Personen in Bezug auf den Schutz ihrer Rechte und grundlegenden Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Daten anhört.
- 24 Aus Art. 49 Abs. 4 DSG ergibt sich somit – weitergehend als bei einer gewöhnlichen Aufsichtsanzeige (vgl. vorne Art. 49 N 20) – eine **konventionsrechtlich vorgeschriebene Pflicht, sich mit der Anzeige einer betroffenen Person zu befassen**. Der EDÖB muss sich also mit der Anzeige auseinandersetzen und das weitere Vorgehen prüfen, um auf einen möglichen Verstoss gegen Datenschutzvorschriften zu reagieren. Kommt er dabei zum Schluss, dass der Sachverhalt mittels einer Untersuchung vertieft abzuklären ist (vgl. Art. 49 Abs. 1 und 2 DSG und zum Ganzen ausführlich vorne Art. 49 N 13), führt er eine Untersuchung durch, die

beim Feststellen eines Verstosses gegen Datenschutzvorschriften gegebenenfalls mit dem Erlass einer Verwaltungsmassnahme im Sinn von Art. 51 DSGVO enden kann. Schliesslich besteht eine **konventionsrechtlich vorgeschriebene Pflicht**, den betroffenen Anzeiger über die unternommenen Schritte und das Ergebnis einer allfälligen Untersuchung **zu informieren**.

- 25 Die betroffene Person, welche Anzeige beim EDÖB erstattet, hat aber keinen Anspruch auf die Eröffnung einer Untersuchung; die Einleitung einer Untersuchung steht immer unter dem Vorbehalt, dass der EDÖB im Rahmen der Vorabklärung zum Schluss kommt, dass eine Untersuchung zu eröffnen ist (vgl. zum Ganzen ausführlich vorne Art. 49 N 13). Der Gesetzgeber geht ausserdem davon aus, dass betroffene Personen, die Anzeige erstattet haben, ihre Rechte mit den anwendbaren Rechtsmitteln geltend machen müssen (Botschaft nDSG, S. 7090; vgl. auch Botschaft zur Genehmigung des Protokolls vom 10. Oktober 2018 zur Änderung des Übereinkommens zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten, vom 6. Dezember 2019, BBl 2020 565 ff., S. 591). Ihnen kommt nach dem Gesetzeswortlaut und den Materialien keine Parteistellung im Untersuchungsverfahren zu (vgl. Art. 52 Abs. 2 DSGVO e contrario und Botschaft nDSG, S. 7093; BJ, Erläuternder Bericht SDSG, S. 28; BJ, Erläuternder Bericht Vorentwurf, S. 80). Soweit aber keine Parteistellung gegeben ist, fehlt ihnen ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Eröffnung einer Untersuchung.
- 26 Eine Ausnahme vom soeben Ausgeführten gilt bei der **Amtshilfe zwischen Polizeibehörden des Schengen-Raums**: Gemäss Abs. 1 von Art. 349h StGB kann die betroffene Person, welche glaubhaft macht, dass ein Austausch von Personendaten über sie gegen die Vorschriften zum Schutz von Personendaten verstossen könnte, vom EDÖB die Eröffnung einer Untersuchung nach Art. 49 DSGVO verlangen. Partei sind nach Abs. 3 dieser Bestimmung die betroffene Person sowie die Bundesbehörde, gegen welche eine Untersuchung eröffnet wurde (vgl. bislang Art. 25 Abs. 2 SDSG und dazu BJ, Erläuternder Bericht SDSG, S. 28). Gemäss der Botschaft zum revidierten Datenschutzgesetz werden mit Art. 349h StGB die Art. 52 und 53 der Richtlinie (EU) 2016/680 umgesetzt, wonach die Schengen-Staaten für die betroffene Person das Recht auf eine Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde im Bereich des Datenschutzes sowie das Recht auf einen Rechtsbehelf gegen den allfälligen Entscheid dieser Behörde vorsehen müssen (vgl. Botschaft nDSG, S. 7159; siehe bereits BJ, Erläuternder Bericht Vorentwurf, S. 103).

IV. Untersuchungspflicht des EDÖB (Abs. 1 und Abs. 2)

- 27 Es stellt sich die Frage, wann der EDÖB verpflichtet ist, den Sachverhalt mittels Untersuchung zu erheben (vgl. dazu bereits vorne Art. 49 N 13). Art. 49 Abs. 1 DSGVO ist dabei zusammen mit Abs. 2 zu lesen, welcher es dem EDÖB erlaubt, von der Eröffnung einer Untersuchung abzusehen, wenn die Verletzung der Datenschutzvorschriften von geringfügiger Bedeutung ist.

1. Keine Untersuchungspflicht bei Verstössen von geringfügiger Bedeutung

- 28 Art. 49 Abs. 2 DSGVO räumt dem EDÖB bei Verstössen von geringfügiger Bedeutung ein Ermessen ein, auf die Eröffnung einer Untersuchung zu verzichten. Aus den Materialien im Gesetzgebungsprozess geht nicht eindeutig hervor, wann eine Verletzung der Datenschutzvorschriften von geringfügiger Bedeutung ist. Die Botschaft nennt als Beispiel den Fall, dass ein Sport- oder Kulturverein allen seinen Mitgliedern eine E-Mail sendet, ohne die

Identität der Empfängerinnen und Empfänger zu verbergen (vgl. Botschaft nDSG, S. 7090). In den parlamentarischen Beratungen wurde erwähnt, dass Art. 49 Abs. 2 DSG der Priorisierung der Ressourcen des EDÖB dient (vgl. Votum Bundesrätin Karin Keller-Suter, Nationalrat Herbstsession 2019 Dreizehnte Sitzung 25.09.19 09h00 17.059, AB 2019 N 1824).

- 29 Die Pflicht zur Eröffnung einer Untersuchung entfällt in Fällen geringfügiger Verletzungsintensität, also in Fällen, in denen die allfällige Verletzung der Privatsphäre oder informationellen Selbstbestimmung der potentiell betroffenen Personen von so geringfügiger Intensität ist, dass von der Eröffnung einer Untersuchung und der allfälligen Anordnung von Massnahmen nach Art. 51 DSG abgesehen werden kann. Die unbestimmte Begrifflichkeit der «geringfügigen Bedeutung» respektive «Bedeutung» des Verstosses lässt sodann einen gewissen Spielraum, um die Auslegung weiter zu konkretisieren. Für die Praxis muss einerseits der Wille des Gesetzgebers wegleitend sein, dass die Untersuchungspflicht des EDÖB den für die Schweiz verbindlichen Vorgaben auf europäischer Ebene entspricht und die Schweiz ein angemessenes Datenschutzniveau gewährleistet (vgl. vorne Art. 49 N 3). Andererseits ist der EDÖB bestrebt, seine Untersuchungskompetenzen über das gesetzlich geforderte Minimum hinaus auszuschöpfen, indem er – soweit es seine Ressourcen erlauben – auch dann zu Untersuchungen schreiten wird, wenn er zu solchen befugt, aber nicht verpflichtet ist.

2. Untersuchungspflicht bei Verstössen von Bedeutung

- 30 Nach bisherigem Recht bestand eine Pflicht, Untersuchungen zu eröffnen, bei Verstössen durch Bundesorgane (vgl. Art. 27 aDSG) oder durch private Personen, wenn eine grössere Anzahl von Personen betroffen war (vgl. den Wortlaut von Art. 29 Abs. 1 Bst. a aDSG). Neu untersucht der EDÖB jeden Fall, in welchem die Verletzung der Datenschutzvorschriften nicht von geringfügiger Bedeutung und damit von Bedeutung ist (vgl. Art. 49 Abs. 2 DSG e contrario; vorne Art. 49 N 29). Das Kriterium des **bedeutenden Verstosses** kann somit auch gegeben sein, wenn private Personen die Daten einiger weniger Personen oder einer Einzelperson bearbeiten. Erfährt der EDÖB **von Amtes wegen** oder auf die **Anzeige einer Drittperson** hin von einem potentiellen Verstoss, kann er z.B. trotz eines kleinen Kreises von Betroffenen untersuchungspflichtig werden, wenn sich der Verstoss mit hoher Verletzungsintensität auf deren Privatsphäre auswirken könnte.
- 31 Erhebt eine **betroffene Person** Anzeige beim EDÖB, ist Art. 49 Abs. 4 DSG zu beachten. Diese Bestimmung setzt Art. 15 Ziff. 4 der Konvention 108plus um, welcher eine Pflicht der Aufsichtsbehörde statuiert, sich mit Anträgen und Beschwerden von Betroffenen hinsichtlich ihrer Datenschutzrechte zu befassen und die Betroffenen über den Fortgang auf dem Laufenden zu halten (vgl. für den Schengen-Bereich das Recht auf eine Beschwerde in Art. 52 der Richtlinie (EU) 2016/680). Dadurch soll das Individuum bei der Wahrung der ihm zustehenden datenschutzrechtlichen Rechte und Freiheiten unterstützt werden (vgl. betr. Art. 15 Ziff. 4 Konvention 108plus Council of Europe, Explanatory Report to the Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, 10.X.2018, CETS 223, Rz. 122: *“Moreover, according to paragraph 4 every data subject should have the possibility to request the supervisory authority to investigate a claim concerning his or her rights and liberties in respect of personal data processing. This helps to guarantee the right to an appropriate remedy, in keeping with Articles 9 and 12. [...]”*). Der Anspruch besteht unabhängig davon, ob der angezeigte Verstoss eine Vielzahl von Personen oder nur die anzeigende Person betrifft. Der EDÖB setzt sich mit der Anzeige auseinander und prüft das weitere Vorgehen, um auf einen möglichen Verstoss gegen Datenschutzvorschriften zu reagieren (vgl. vorne Art. 49

N 24). Erweist sich der angezeigte Verstoss als bedeutend, ist der EDÖB verpflichtet, eine Untersuchung zu eröffnen und die betroffene Person über deren Ergebnis zu informieren. Ehe er ein zeitintensives Verwaltungsverfahren eröffnet, kann er in einer ersten Phase versuchen, den rechtmässigen Zustand mittels informeller Kontaktnahme zeitnah herzustellen (vgl. auch vorne Art. 49 N 13).

V. Auskunfts- und Editionsspflicht der Partei (Abs. 3)

- 32 Im Untersuchungsverfahren, das sich nach dem VwVG richtet, stellt der EDÖB den Sachverhalt von Amtes wegen fest (vgl. Art. 52 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 12 VwVG). Es gilt die **Untersuchungsmaxime**, wonach es Sache der Behörde und nicht der Verfahrensparteien ist, den Sachverhalt festzustellen, das heisst die rechtserheblichen Tatsachen zu eruieren (vgl. AUER/BINDER, in: Auer et al., Art. 12 N 7).
- 33 Die Untersuchungsmaxime wird ergänzt und relativiert durch die **Mitwirkungspflicht** der Verfahrensparteien, das heisst die Verpflichtung, an der Feststellung des Sachverhalts mitzuwirken (vgl. Art. 13 VwVG; AUER/BINDER, in: Auer et al., Art. 12 N 1). Das DSG enthält mit Art. 49 Abs. 3 und Art. 50 DSG spezialgesetzliche Vorschriften zur Mitwirkungspflicht. Die Mitwirkung ist dabei zweistufig geregelt (vgl. auch ROSENTHAL, Datenschutzgesetz, S. 67): Zunächst bestimmt Art. 49 Abs. 3 DSG, dass das Bundesorgan oder die private Person dem EDÖB alle Auskünfte erteilt und alle Unterlagen zur Verfügung stellt, welche für die Untersuchung notwendig sind, statuiert also eine Auskunfts- und Editionsspflicht der Partei. Art. 50 DSG regelt sodann die Folgen bei unterlassener Mitwirkung der Partei, normiert aber auch Informationsbeschaffungsrechte, die erst bestehen, wenn der EDÖB den Sachverhalt mit dem mildesten Mittel der Parteiauskunft und -edition nicht ausreichend klären konnte. Dazu gehört zum Beispiel die Anordnung des Zugangs zu Informationen (vgl. Art. 50 Abs. 1 Bst. a) oder der Zeugeneinvernahme von Drittpersonen (vgl. Art. 50 Abs. 1 Bst. c).
- 34 Die Auskunfts- und Editionsspflicht der Partei erstreckt sich – vorbehaltlich des Auskunftsverweigerungsrechts (Art. 49 Abs. 3 Satz 2 DSG) – auf alle Informationen, die **«für die Untersuchung notwendig sind»** (Art. 49 Abs. 3 Satz 1 DSG). Der EDÖB darf Personendaten, aber auch Informationen ohne Personenbezug, von Verfassungen wegen nur erheben, soweit dies verhältnismässig, das heisst zur Erreichung des Untersuchungszwecks geeignet und erforderlich sowie der betroffenen Person zumutbar ist (vgl. Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV). Er darf somit lediglich Sachverhaltselemente untersuchen, welche für den Ausgang des Untersuchungsverfahrens wesentlich erscheinen (vgl. AUER/BINDER, in: Auer et al., Art. 12 N 2).
- 35 Unter dem bisherigen Recht versandte der EDÖB gleichzeitig mit der schriftlichen Mitteilung, dass eine Sachverhaltsabklärung eröffnet wird, jeweils einen Fragenkatalog, mit dem, soweit notwendig, auch gewisse Dokumente eingefordert wurden. Das Stellen von Fragen und Einverlangen von Dokumenten ist unter dem revidierten Recht grundsätzlich in derselben Form möglich.
- 36 Eine konkrete Beschreibung der einzelnen Unterlagen ist nicht zwingend; es genügt eine allgemeine Umschreibung der Informationen, aus welcher der Adressat erkennen kann, was zur Aufklärung des Sachverhalts verlangt wird und auf welche Unterlagen sich die vom EDÖB geforderte Edition bezieht (vgl. mit Bezug auf Art. 58 Abs. 1 Bst. a DSGVO POLENZ, in:

Simitis/Hornung/Spiecker, Art. 58 N 10). Die aVDSG enthielt mit Art. 34 eine explizite Aufzählung möglicher Auskünfte, welche der EDÖB vom Inhaber der Datensammlung verlangen kann. Gestützt auf Art. 49 Abs. 3 DSG eingefordert werden können zum Beispiel relevante vertragliche Vereinbarungen, interne Handlungsanweisungen und Richtlinien, einschlägige Verfahrens-, Programm- und Systemdokumentationen, aber auch Unterlagen zu personellen, technischen oder organisatorischen Vorkehren (vgl. BSK DSG-HUBER, Art. 27 N 8; mit Bezug auf Art. 58 Abs. 1 Bst. a DSGVO POLENZ, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Art. 58 N 10). Genügen die erhaltenen Auskünfte und Unterlagen nicht, um den rechterheblichen Sachverhalt festzustellen, oder ergeben sich auf deren Basis zusätzliche unklare Punkte, steht es dem EDÖB offen, mittels Zusatzfragen weitere notwendige Auskünfte oder Unterlagen einzufordern. Der EDÖB hat zudem die Möglichkeit, die Partei zur mündlichen Auskunftserteilung aufzufordern. Dies ist zum Beispiel angezeigt, wenn diese Schwierigkeiten bekundet, sich schriftlich präzise zu äussern.

- 37 Die Auskunfts- und Editionsspflicht der Partei steht unter dem Vorbehalt des **Auskunftsverweigerungsrechts**. Dieses richtet sich gemäss Art. 49 Abs. 3 DSG nach den Art. 16 und 17 VwVG, sofern Art. 50 Abs. 2 DSG nichts anderes bestimmt. Art. 16 Abs. 1 VwVG verweist dabei auf das Zeugnisverweigerungsrecht gemäss Art. 42 Abs. 1 und 3 BZP. Nach Art. 42 Abs. 1 Bst. b BZP kann das Zeugnis verweigert werden von den in Art. 321 Ziff. 1 StGB genannten Personen über Tatsachen, die nach dieser Vorschrift unter das Berufsgeheimnis fallen, sofern der Berechtigte nicht in die Offenbarung des Geheimnisses eingewilligt hat. Obwohl damit das Berufsgeheimnis beispielsweise von Anwältinnen oder Ärzten bereits geschützt ist, wurde im Ständerat beschlossen, in Art. 50 Abs. 2 DSG einen expliziten Vorbehalt des Berufsgeheimnisses anzubringen (Ständerat Wintersession 2019 Zehnte Sitzung 18.12.19 09h00 17.059, AB 2019 S 1247). Das Amtsgeheimnis kann dem Beauftragten hingegen nicht entgegengehalten werden (vgl. Botschaft aDSG, S. 480; statt vieler Rosenthal/Jöhri-JÖHRI, Art. 27 N 11).

Art. 50

Inhaltsübersicht

- I. Normzweck
- II. Anwendungsbereich
- III. Untersuchungsmassnahmen (Abs. 1)
 - 1. Zugang zu Informationen und Personendaten
 - 2. Zugang zu Räumlichkeiten und Anlagen
 - 3. Zeugeneinvernahmen
 - 4. Begutachtungen durch Sachverständige
- IV. Vorbehalt des Berufsgeheimnisses (Abs. 2)
- V. Vollstreckung der Massnahmen (Abs. 3)

I. Normzweck

- 1 Unter dem aDSG war der EDÖB nicht befugt, Verfügungen zu erlassen. Folglich konnte er auch nicht mittels Verfügungen verbindlich über prozessrechtliche Fragen entscheiden. Sodann verliehen zwar bereits Art. 27 Abs. 3 und Art. 29 Abs. 2 aDSG dem EDÖB recht weitgehende Untersuchungsbefugnisse (vgl. auch KERN/EPINEY, S. 29); gewisse Mittel der Informationsbeschaffung, insbesondere Zeugeneinvernahmen oder Begutachtungen durch Sachverständige, waren unter dem aDSG jedoch nicht erlaubt.
- 2 Mit dem revidierten DSG ändert sich dies: Art. 50 Abs. 1 DSG verleiht dem EDÖB die Kompetenz, im Fall, dass das Bundesorgan oder die private Person den Mitwirkungspflichten bei der Sachverhaltserstellung nicht nachkommt, **Anordnungen** zu treffen, um die für den Untersuchungszweck erforderlichen Informationen zu beschaffen. Auf Art. 50 DSG gestützte Anordnungen können als einfache prozessleitende Anordnungen ergehen, oder aber, soweit damit in einem konkreten Einzelfall einseitig-hoheitlich verwaltungsrechtliche Pflichten der Adressatinnen und Adressaten begründet werden, in der Form einer (Zwischen-) Verfügung (so der Wortlaut von Art. 52 Abs. 1 DSG, der von «Verfügungen nach den Artikeln 50 [...]» spricht; vgl. auch hinten Art. 52 N 10). Die besagten Anordnungen können sich nicht nur an Privatpersonen, sondern auch an Bundesorgane richten. Dabei sind nach Massgabe des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV) auch etwa Zeugeneinvernahmen oder Begutachtungen durch Sachverständige möglich (vgl. Art. 50 Abs. 1 Bst. c und d DSG). Art. 50 Abs. 3 DSG regelt die Vollstreckung mithilfe der Polizei.
- 3 Mit Art. 50 DSG kommt die Schweiz den Anforderungen der für sie verbindlichen Konvention 108plus nach, welche in Art. 15 Ziff. 2 Bst. a vorschreibt, dass die Aufsichtsbehörde über «Untersuchungs- und Einwirkungsbefugnisse» verfügen muss (vgl. Botschaft nDSG, S. 7091). Die Schweiz erfüllt damit ferner die Anforderungen von Art. 47 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2016/680, wonach die Schengen-Staaten wirksame Untersuchungsbefugnisse für die Aufsichtsbehörde vorzusehen haben, im Minimum die Befugnis, vom Verantwortlichen und vom Auftragsverarbeiter Zugang zu allen personenbezogenen Daten, die verarbeitet werden, und zu allen Informationen,

die zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendig sind, zu erhalten (siehe mit Bezug auf Art. 23 SDStG BJ, Erläuternder Bericht SDStG, S. 27).

II. Anwendungsbereich

- 4 Die in Art. 50 DStG genannten Anordnungen können allein anlässlich einer Untersuchung des EDÖB ergehen (Botschaft nDStG, S. 7091). Ihrem Wortlaut nach regelt die Bestimmung Anordnungen für den Fall, dass das Bundesorgan oder die private Person den **Mitwirkungspflichten nicht nachkommt**. In der Botschaft heisst es diesbezüglich schlicht, der Beauftragte könne die Massnahmen nach Art. 50 Abs. 1 Bst. a–d DStG nur anordnen, wenn er vergeblich versucht habe, die Mitwirkung des Verantwortlichen einzuholen (vgl. Botschaft nDStG, S. 7091). Insoweit befasst sich die Bestimmung mit den Folgen einer unterlassenen Auskunft oder Edition nach Art. 49 Abs. 3 DStG (zur Auskunfts- und Editionsspflicht gemäss Art. 49 Abs. 3 DStG vgl. vorne Art. 49 N 33 ff.). Art. 50 DStG normiert indes auch Informationsbeschaffungsrechte, die erst entstehen, wenn trotz der im Rahmen von Art. 49 Abs. 3 DStG erfolgten Mitwirkung der **Sachverhalt nicht ausreichend geklärt werden konnte**. Mit den Anordnungen des EDÖB gehen Mitwirkungspflichten einher, etwa die Pflicht, den Zugang zu bestimmten Informationen zu gewähren (Abs. 1 Bst. a) oder einen Augenschein von Räumlichkeiten zu dulden (Abs. 1 Bst. b).
- 5 Anordnungen nach Art. 50 DStG können sich gegen die **Verfahrenspartei** richten, so beispielsweise die Anordnung des Zugangs nach Art. 50 Abs. 1 Bst. a oder b DStG (vgl. betr. Art. 41 Abs. 3 Bst. b VE-DStG explizit BJ, Erläuternder Bericht Vorentwurf, S. 79: «Er [der EDÖB] hat das Recht, [...] die Räumlichkeiten der privaten Person oder des Bundesorgans zu inspizieren.»). Bei dem in Art. 50 Abs. 1 Bst. c DStG erwähnten Fall der Zeugeneinvernahme richtet sich die Anordnung indessen zwangsläufig gegen unbeteiligte Drittpersonen, also gegen Personen, welche im Verfahren keine Parteistellung (vgl. Art. 6 VwVG) haben (vgl. Art. 12 Bst. c VwVG und statt vieler AUER/BINDER, in: Auer et al., Art. 12 N 35; siehe auch etwa BVGer, A-6567/2008, 7.4.2009, E. 5.3).
- 6 Art. 50 DStG ist für sich betrachtet zu unbestimmt, um als Rechtsgrundlage für weitere **Beweisanordnungen gegenüber Dritten** in Frage zu kommen. Allerdings verweist Art. 52 Abs. 1 DStG für das Untersuchungsverfahren auf das VwVG. Dieses sowie die nach Art. 19 VwVG sinngemäss anwendbaren Vorschriften der BZP sehen für Drittpersonen nebst der Zeugnispflicht (vgl. Art. 12 Bst. c und Art. 15 VwVG) eine Auskunftspflicht (vgl. Art. 12 Bst. c VwVG, Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 49 BZP), die Pflicht zur Edition der in ihren Händen befindlichen Urkunden (vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 51 Abs. 1 BZP) sowie zur Duldung eines Augenscheins an den in ihrem Gewahrsam stehenden Sachen (vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 55 Abs. 2 BZP) vor. Darüber hinaus statuiert Art. 17 VwVG für Dritte – unter dem Vorbehalt der Verweigerungsrechte nach Art. 16 VwVG – eine allgemeine Pflicht zur Mitwirkung an der Beweiserhebung (vgl. GÜNGERICH/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 15 N 1; RÜTSCHKE BERNHARD/SCHNEIDER DANIELLE, Die Sachverhaltsfeststellung als arbeitsteiliger Prozess: Ein neuer Blick auf den Untersuchungsgrundsatz im öffentlichen Verfahren, in: Bommer Felix/Berti Stephen V. (Hrsg.), Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche, Zürich/Basel/Genf 2011, S. 67 ff., S. 77). Sodann ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber dem EDÖB auch unter dem revidierten Recht weiterhin Informationsbeschaffungsrechte gegenüber Drittpersonen zugestehen wollte (vgl. zur Rechtslage unter dem aDStG Rosenthal/Jöhri-ROSENTHAL, Art. 29 N 14). Die im VwVG und in der BZP statuierten Mitwirkungspflichten Dritter werden demnach auch im Anwendungsbereich

des DSG bestehen und als Grundlage für Beweisanordnungen des EDÖB in Frage kommen (im Ergebnis ähnlich ROSENTHAL, Datenschutzgesetz, S. 67).

III. Untersuchungsmassnahmen (Abs. 1)

- 7 Der Katalog der Massnahmen nach Art. 50 Abs. 1 DSG ist, wie aus dem Wortlaut ersichtlich, beispielhafter Natur. Er erinnert an den Katalog der in Art. 12 VwVG genannten zulässigen Beweismittel (vgl. Botschaft nDSG, S. 7091), bzw. erweitert diesen teilweise. Letzterer ist gemäss Rechtsprechung und herrschender Lehre entgegen seinem Wortlaut nicht abschliessend (vgl. z.B. BVGer, B-1113/2021, 10.8.2021, E. 2.4; BVGer, B-880/2012, 25.6.2018, E. 8.4.2; statt vieler AUER/BINDER, in: Auer et al., Art. 12 N 20; a.M. MARC ALEXANDER NIGGLI, Die Verfügung als Falschbeurkundung, *ContraLegem* 2021/1, S. 7 ff., S. 31). Die Frage der abschliessenden Nennung der zulässigen Beweismittel ist in einem Verwaltungsverfahren nach VwVG allerdings eher theoretischer Natur, denn das Bedürfnis nach einem Beweismittel, das sich nicht unter Art. 12 VwVG subsumieren lässt, dürfte in der Praxis nur selten bestehen (AUER/BINDER, in: Auer et al., Art. 12 N 20). Es ist denn auch noch offen, inwieweit im Untersuchungsverfahren des EDÖB nebst den in Art. 50 DSG explizit genannten Beweisanordnungen weitere erforderlich werden könnten (für Beweisanordnungen gegenüber Drittpersonen vgl. vorne Art. 50 N 6).

1. Zugang zu Informationen und Personendaten

- 8 Unterlässt das Bundesorgan oder die private Person die nach Art. 49 Abs. 3 DSG geschuldete Mitwirkung, oder kann der Sachverhalt ungeachtet der erteilten Auskünfte und editierten Unterlagen nicht ausreichend geklärt werden, hat der EDÖB gestützt auf Art. 50 Abs. 1 Bst. a DSG die Möglichkeit, den Zugang zu allen Auskünften, Unterlagen, Verzeichnissen der Bearbeitungstätigkeiten und Personendaten, die für die Untersuchung erforderlich sind, anzuordnen. Obwohl nur in Art. 50 Abs. 1 Bst. a DSG erwähnt, werden auch die Verzeichnisse der Bearbeitungstätigkeiten (vgl. Art. 12 DSG) und die für die Untersuchung erforderlichen Personendaten zu den Unterlagen zählen, welche gegebenenfalls im Rahmen der Mitwirkungspflicht nach Art. 49 Abs. 3 DSG zu editieren sind.
- 9 Das Recht auf Zugang gemäss Art. 50 Abs. 1 Bst. a DSG dürfte dem europäischen Recht entliehen worden sein. So sieht Art. 58 Abs. 1 Bst. e DSGVO vor, dass die Aufsichtsbehörde Untersuchungsbefugnisse haben muss, die es ihr gestatten, von dem Verantwortlichen und dem Auftragsdatenverarbeiter Zugang zu allen personenbezogenen Daten und Informationen, die für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendig sind, zu erhalten. In den Materialien nicht thematisiert wird, wie das Zugangsrecht nach Art. 50 Abs. 1 Bst. a DSG von der Auskunfts- und Editionsspflicht gemäss Art. 49 Abs. 3 DSG abzugrenzen ist.
- 10 Der Unterschied zwischen der Auskunfts- und Editionsspflicht gemäss Art. 49 Abs. 3 DSG und dem Zugang zu entsprechenden Informationen nach Art. 50 Abs. 1 Bst. a DSG dürfte – analog der Rechtslage bei der DSGVO (vgl. dort Art. 58 Abs. 1 Bst. a sowie Art. 58 Abs. 1 Bst. e DSGVO) – darin liegen, dass der EDÖB im Rahmen der Auskunfts- bzw. Editionsspflicht von der Verfahrenspartei ein aktives Verhalten in der Form der Bereitstellung verlangt, während er bei Art. 50 Abs. 1 Bst. a DSG selber tätig wird, um die erforderlichen Informationen zu beschaffen, die Verfahrenspartei also lediglich den Zugang zu gewähren bzw. zu dulden hat (vgl. mit Bezug auf

Art. 58 Abs. 1 Bst. e DSGVO POLENZ, in: Simitis/Hornung/Spiecker, Art. 58 N 18; KÖRFFER, in: Paal/Pauly, Art. 58 N 13).

- 11 Der Zugang im Sinne von Art. 50 Abs. 1 Bst. a DSG ermöglicht dem EDÖB einen **Augenschein**, welcher sich auf die in der Bestimmung genannten Informationen beschränkt. Dieser Augenschein ist regelmässig nicht möglich ohne einen Zugang zu Räumlichkeiten und Anlagen gemäss Art. 50 Abs. 1 Bst. b DSG (vgl. mit Bezug auf Art. 58 Abs. 1 Bst. e DSGVO KÖRFFER, in: Paal/Pauly, Art. 58 N 13). Der Augenschein wird als Instrument der Sachverhaltserhebung auch im Beweismittelkatalog von Art. 12 VwVG aufgeführt (vgl. Art. 12 Bst. d VwVG; siehe ausserdem Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 55 Abs. 1 BZP).

2. Zugang zu Räumlichkeiten und Anlagen

- 12 Verweigert eine Partei die im Rahmen von Art. 49 Abs. 3 DSG geforderten Auskünfte oder Editionen oder reichen sie nicht aus, um den Sachverhalt abzuklären, hat der EDÖB die Möglichkeit, den Zugang zu Räumlichkeiten und Anlagen zu verlangen und einen Augenschein vor Ort zu nehmen (vgl. Art. 50 Abs. 1 Bst. b DSG; siehe auch 12 Bst. d VwVG). Bereits das aDSG erlaubte es dem Beauftragten, sich an Ort und Stelle Datenbearbeitungen vorführen zu lassen, um festzustellen, welche Bearbeitungsmöglichkeiten effektiv bestehen (vgl. Art. 27 Abs. 3 und Art. 29 Abs. 2 aDSG; Botschaft aDSG, S. 479). Der Augenschein stellt in der Praxis ein grundlegendes Element im Kontrollablauf dar, denn Sachverhalte lassen sich allein aufgrund einer Analyse der vom Datenbearbeiter gelieferten Dokumentation oftmals nicht ausreichend erfassen (EDÖB, 18. Tätigkeitsbericht 2010/2011, S. 95). So kann ein Augenschein vor Ort nähere Erkenntnisse über die konkrete Funktionsweise einer Datenverarbeitungsanlage liefern oder, beispielsweise bei Kamerainstallationen, die für die rechtliche Beurteilung relevanten räumlichen Gegebenheiten aufzeigen.

3. Zeugeneinvernahmen

- 13 Gemäss Art. 14 Abs. 1 VwVG darf die Anordnung einer Zeugeneinvernahme allein durch eine in dieser Bestimmung genannte Behörde erfolgen; andere Behörden sind dazu nur befugt, wenn dies spezialgesetzlich so geregelt ist (vgl. z.B. Art. 42 Abs. 1 KG betreffend Zeugeneinvernahmen durch die Wettbewerbsbehörden). Aufgrund von Art. 50 Abs. 1 Bst. c DSG ist nun auch der EDÖB kompetent, Zeugeneinvernahmen anzuordnen.
- 14 Falsches Zeugnis ist strafbar (vgl. Art. 307 und 309 StGB). Die Anordnung einer Zeugeneinvernahme darf nach Art. 52 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 14 Abs. 1 VwVG nur dann erfolgen, wenn sich der Sachverhalt auf andere Weise nicht abklären lässt; sie ist also lediglich dann zulässig, wenn die übrigen Beweismittel, welche die betroffene Person weniger stark belasten, nicht zielführend sind (vgl. betr. Art. 14 Abs. 1 VwVG AUER/BINDER, in: Auer et al., Art. 14 N 2). Zur Ablegung eines Zeugnisses ist aufgrund von Art. 15 VwVG jedermann verpflichtet. Zeuge kann aber nur eine Drittperson sein (vgl. Art. 12 Bst. c VwVG), also eine an der Untersuchung unbeteiligte Person, die nicht Partei im Sinne von Art. 6 VwVG ist (vgl. AUER/BINDER, in: Auer et al., Art. 12 N 39; siehe bereits vorne Art. 50 N 5).

4. Begutachtungen durch Sachverständige

- 15 Das Beweismittel des Gutachtens wird auch in Art. 12 Bst. e VwVG erwähnt. Die Begutachtung durch einen Sachverständigen ist erforderlich, wenn die Erhebung des Sachverhalts besondere Sachkenntnisse erfordert. Der oder die Sachverständige hat unabhängig zu sein, es dürfen also keine Ausstandsgründe vorliegen (vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 58 Abs. 1 BZP). Gemäss VwVG und BZP ist eine Expertin nicht verpflichtet, einen Sachverständigenauftrag anzunehmen (AUER, in: Auer et. al., Art. 12 N 70). Dem Sachverständigen dürfen nur Fragen im Bereich der Tatsachenfeststellung oder -würdigung unterbreitet werden, nicht aber Rechtsfragen (vgl. BGE 132 II 257 E. 4.4.1). Vorstellbar ist beispielsweise, dass für das Verständnis einer bestimmten Datenbearbeitung ausserordentliches technisches Spezialwissen erforderlich ist, welches die beim EDÖB angestellten Informatikfachleute nicht zur Verfügung stellen können.

IV. Vorbehalt des Berufsgeheimnisses (Abs. 2)

- 16 Art. 50 Abs. 2 DSG wurde in den parlamentarischen Beratungen in das Gesetz eingefügt. Mit der Bestimmung soll ausdrücklich erwähnt werden, dass die Befugnis des EDÖB, mittels Anordnungen nach Art. 50 DSG Informationen von der Verfahrenspartei zu beschaffen – gleich wie die Verpflichtung zur Mitwirkung im Rahmen von Art. 49 Abs. 3 DSG – unter dem generellen Vorbehalt des Berufsgeheimnisses steht (vgl. Ständerat Wintersession 2019 Zehnte Sitzung 18.12.19 09h00 17.059, AB 2019 S 1247; vgl. bereits vorne Art. 49 N 37).

V. Vollstreckung der Massnahmen (Abs. 3)

- 17 Gemäss Art. 50 Abs. 3 DSG kann der EDÖB zum Vollzug der Massnahmen nach Abs. 1 andere Bundesbehörden sowie die kantonalen oder kommunalen Polizeiorgane beiziehen. Die jetzige Formulierung der Bestimmung ging aus den parlamentarischen Beratungen hervor; der Entwurf des Bundesrates regelte demgegenüber die Vollstreckung von vorsorglichen Massnahmen, welche der EDÖB für die Dauer der Untersuchung angeordnet hat (vgl. Art. 44 Abs. 2 E-DSG). Art. 50 Abs. 3 DSG spricht vom «Vollzug» der Massnahmen nach Art. 50 Abs. 1; es dürfte aber deren **Vollstreckung** gemeint sein (gl. M. BAERISWYL, in: Baeriswyl/Pärli/Blonski, Art. 50 N 17).
- 18 Das VwVG, auf welches Art. 52 Abs. 1 DSG verweist, sieht in Art. 41 die möglichen **Zwangsmittel** vor, mit denen Verfügungen, welche nicht auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung lauten, vollstreckt werden können. Zu den möglichen Zwangsmitteln gehört mitunter der unmittelbare Zwang gegen die Person des Verpflichteten oder an seinen Sachen (vgl. Art. 41 Abs. 1 Bst. b VwVG). Für das VwVG ist umstritten, ob die Mitwirkungspflichten von Verfahrensparteien erzwingbare Pflichten darstellen oder aber bloss Obliegenheiten, die bei Nichtbeachtung Rechtsnachteile mit sich ziehen. Dementsprechend ist auch umstritten, ob bzw. inwieweit bei einer Verletzung von Mitwirkungspflichten die Anwendung der Zwangsmittel nach Art. 41 VwVG statthaft ist (vgl. KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN, Rz. 700-714; AUER, in: Auer et al., Art. 13 N 9 f. und N 41; KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 13 N 70 f.; KÖLZ ALFRED/HÄNER ISABELLE/BERTSCHI MARTIN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2013, N 467). Beispielsweise wird für den Fall, dass eine Verfahrenspartei die Mitwirkung bei einem Augenschein verweigert, auf Art. 19 VwVG i.V.m. 55 Abs. 1 BZP verwiesen, wonach die Weigerung im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen ist (vgl. AUER, in Auer et al., Art. 13 N 41).

- 19 Abweichend vom VwVG stellt das DSG in Art. 60 Abs. 2 DSG die vorsätzliche Verweigerung der Mitwirkung unter Strafe, soweit es um private Personen geht (vgl. bisher Art. 34 Abs. 2 Bst. b i.V.m. Art. 29 aDSG). Die Mitwirkung der Verfahrenspartei ist im Rahmen von Art. 60 DSG also indirekt erzwingbar. Mit Art. 50 Abs. 3 DSG besteht eine weitere *lex specialis*: Aus dieser Bestimmung geht hervor, dass andere Bundesbehörden sowie die kantonalen und kommunalen Polizeiorgane dem EDÖB bei der Vollstreckung der nach Art. 50 Abs. 1 DSG angeordneten Massnahmen Amtshilfe bzw. Vollstreckungshilfe leisten müssen (vgl. betr. Art. 43 VwVG GÄCHTER/EGLI, in: Auer et al., Art. 43 N 1 ff.; WIEDERKEHR RENÉ/MEYER CHRISTIAN/BÖHME ANNA, Kommentar VwVG, Zürich 2022, Art. 43 N 1). Da Art. 50 Abs. 3 DSG explizit den Beizug von Polizeiorganen erwähnt, dürfte damit der unmittelbare Zwang gegen eine Verfahrenspartei (vgl. Art. 41 Abs. 1 Bst. b VwVG), soweit verhältnismässig, ein zulässiges Zwangsmittel darstellen. Unmittelbarer Zwang mithilfe von Polizeigewalt ist primär dann vorstellbar, wenn eine Verfahrenspartei dem EDÖB den physischen Zugang zu Informationen (vgl. Art. 50 Abs. 1 Bst. a DSG) bzw. zu Räumlichkeiten und Anlagen (vgl. Art. 50 Abs. 1 Bst. b DSG) verweigert. Auch wird der EDÖB Polizeiorgane beiziehen dürfen, um eine Zeugin, welche ohne genügende Entschuldigung ausbleibt, zwangsweise vorführen zu lassen (vgl. auch Art. 52 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 19 VwVG und Art. 44 Abs. 2 BZP; gl. M. BAERISWYL, in: Baeriswyl/Pärli/Blonski, Art. 50 N 17). Unklar und auch aus den Materialien nicht ersichtlich ist, inwiefern der EDÖB «andere Bundesbehörden» zur Vollstreckung der Massnahmen nach Art. 50 DSG beiziehen kann.
- 20 Gemäss Art. 54 Abs. 2 Bst. c DSG gibt der EDÖB den Bundesbehörden sowie den kantonalen und kommunalen Polizeiorganen für den Vollzug der Massnahmen nach Art. 50 Abs. 3 und Art. 51 DSG die Informationen und Personendaten bekannt, die für die Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben erforderlich sind.

Art. 51

Inhaltsübersicht

- I. Normzweck
- II. Kategorien von Verwaltungsmassnahmen
- III. Anwendbarkeit von Art. 51 DSG
- IV. Handlungsspielraum des EDÖB
- V. Verfahren bei der Anordnung von Verwaltungsmassnahmen
- VI. Vollstreckung von Verwaltungsmassnahmen

I. Normzweck

- 1 Zu den zentralen Neuerungen der DSG-Revision zählt, dass der EDÖB mit Art. 51 DSG die Kompetenz erhält, bei Verstössen gegen Datenschutzvorschriften Verwaltungsmassnahmen zu verfügen. Der Schweizer Gesetzgeber kommt damit weitgehend den Anforderungen der Konvention 108plus nach, welche in Art. 15 Ziff. 2 Bst. c vorschreibt, dass die Aufsichtsbehörden die Befugnis haben, Entscheidungen im Hinblick auf Verstösse gegen Bestimmungen dieses Übereinkommens zu treffen, und verwaltungsrechtliche Sanktionen verhängen können (vgl. Botschaft nDSG, S. 7092). Im Bereich des Datenschutzes im Rahmen der Anwendung des Schengen-Besitzstands in Strafsachen steht dem EDÖB die Befugnis, Verfügungen zu erlassen, bereits seit dem 1. Januar 2019 zu; der Gesetzgeber setzte mit Art. 24 SDSG den Art. 47 Abs. 2 der Richtlinie (EU) 2016/680 um und kam den Empfehlungen der Schengen-Evaluatoren nach, dem EDÖB Verfügungskompetenzen zu erteilen (vgl. Botschaft nDSG, S. 7092; Normkonzept, S. 10). Das DSG beinhaltet nun mit Art. 51 einen umfangreichen Katalog von Verwaltungsmassnahmen, die verfügt werden können. Trotz des Ausbaus seiner Kompetenzen hat der EDÖB – anders als die Datenschutzbehörden im EU-Raum – aber nach wie vor nicht die Möglichkeit, bei Verstössen gegen Datenschutzvorschriften Verwaltungssanktionen zu verhängen (vgl. Botschaft nDSG, insb. S. 6944, S. 6971 f. und S. 6973; siehe demgegenüber Art. 58 Abs. 2 Bst. i DSGVO betreffend die Verhängung von Geldbussen gemäss Art. 83 DSGVO). Das DSG beschränkt sich darauf, einen gegenüber dem aDSG erweiterten Katalog von Strafbestimmungen vorzusehen (vgl. Art. 60 ff. DSG). Für die Verfolgung dieser Delikte sind die Strafverfolgungsorgane der Kantone zuständig (vgl. Art. 65 DSG). In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass anlässlich der Beratungen des DSG beschlossen wurde, die Frage der Verwaltungssanktionen im Rahmen des Erlasses eines Bundesgesetzes über Verwaltungssanktionen zu klären. Der Bundesrat hat inzwischen aber beschlossen, den Erlass eines solchen Gesetzes nicht weiterzuverfolgen. Es stellt sich somit die Frage, ob entsprechende Sanktionen im Zuge einer nächsten Revision nicht doch ins DSG aufgenommen werden sollten.
- 2 Die Kompetenz, Verfügungen zu erlassen, stärkt formal die Stellung des EDÖB. Unter dem aDSG waren die Möglichkeiten des Beauftragten, Verantwortliche ins Recht zu fassen, stark eingeschränkt. Er konnte sowohl gegenüber Bundesorganen als auch Privaten lediglich unverbindliche Empfehlungen erlassen (vgl. Art. 27 Abs. 4 und Art. 29 Abs. 3 aDSG). Wurden diese nicht akzeptiert und freiwillig umgesetzt, musste er bei der Aufsicht über Bundesorgane einen Antrag an das zuständige Departement oder die Bundeskanzlei richten, das

Bundesorgan mittels Verfügung zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen zu verpflichten (vgl. Art. 27 Abs. 5 aDSG). Lehnte das Departement bzw. die Bundeskanzlei diesen Antrag ab, verblieb dem EDÖB einzig der Weg, gegen diesen Entscheid Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht führen (vgl. Art. 27 Abs. 6 aDSG). Über nicht angenommene Empfehlungen im Privatrechtsbereich hatte bislang das Bundesverwaltungsgericht im Klageverfahren zu entscheiden (vgl. Art. 29 Abs. 4 aDSG und aArt. 35 Bst. b VGG).

II. Kategorien von Verwaltungsmassnahmen

- 3 Art. 51 DSG sieht zwei Kategorien von Verwaltungsmassnahmen vor. Die erste Kategorie betrifft Massnahmen für den Fall, dass **Datenbearbeitungen** die bundesrechtlichen Datenschutzvorschriften verletzen, also das DSG oder die übrigen Datenschutzvorschriften des Bundes. Zu denken ist namentlich an eine Verletzung der in Art. 6 oder Art. 16 DSG festgelegten Grundsätze bzw. von Art. 31 DSG betreffend die Rechtfertigungsgründe (bei privaten Personen) und Art. 34 DSG betreffend die Rechtsgrundlagen (bei Bundesorganen). Liegt eine Verletzung von Datenschutzvorschriften vor, kann der EDÖB verfügen, dass die Bearbeitung ganz oder teilweise angepasst, unterbrochen oder abgebrochen wird und die Personendaten ganz oder teilweise gelöscht oder vernichtet werden (vgl. Art. 51 Abs. 1 DSG). Bei Datenübermittlungen ins Ausland kann er die Bekanntgabe ins Ausland aufschieben oder untersagen, wenn sie gegen die Voraussetzungen nach Art. 16 und 17 DSG oder gegen Bestimmungen betreffend die Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland in anderen Bundesgesetzen verstösst (vgl. Art. 51 Abs. 2 DSG). Hat das Bundesorgan oder die private Person während der Untersuchung die erforderlichen Massnahmen getroffen, um die Einhaltung der Datenschutzvorschriften wiederherzustellen, kann sich der EDÖB auf eine Verwarnung beschränken (vgl. Art. 51 Abs. 5 VwVG).
- 4 Die zweite Kategorie von Massnahmen betrifft solche Fälle, in denen **Ordnungsvorschriften** oder **Rechte der betroffenen Person** nicht beachtet werden (vgl. Art. 51 Abs. 3 und 4 DSG sowie Botschaft nDSG, S. 7093). Sie wurden im VE-DSG und im SDSG nicht erwähnt, bedeuten gemäss der Botschaft zum nDSG aber keine Erweiterung der Verfügungskompetenzen des EDÖB, sondern lediglich eine Präzisierung derselben (vgl. Botschaft nDSG, S. 6980). Die Liste in Art. 51 Abs. 3 DSG ist nicht abschliessend. Gemäss Art. 51 Abs. 3 DSG kann der EDÖB beispielsweise verfügen, dass das Bundesorgan oder die private Person die Vorkehren nach Art. 7 und 8 DSG trifft (Bst. b). Der EDÖB hat aber auch die Befugnis zu verfügen, dass eine Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 22 DSG vorzunehmen ist (Bst. d), so etwa, wenn das Bundesorgan oder die private Person dem EDÖB einen Verhaltenskodex nach Art. 11 DSG vorlegt, welcher nicht die Voraussetzungen erfüllt, unter denen von der Erstellung einer Datenschutz-Folgenabschätzung abgesehen werden kann (vgl. Art. 22 Abs. 5 DSG; Art. 43 DSV), und nicht bereit ist, diesen freiwillig anzupassen (vgl. BJ, Erläuternder Bericht E-VDSG, S. 48; BJ, Erläuternder Bericht DSV, S. 59). Weigert sich eine private Person oder ein Bundesorgan, einer betroffenen Person die ihr zustehenden Auskünfte nach Art. 25 DSG zu erteilen, kann der EDÖB verfügen, dass der betroffenen Person diese Auskünfte erteilt werden (Bst. g).

III. Anwendbarkeit von Art. 51 DSG

- 5 Art. 51 DSG figuriert unter dem 2. Abschnitt, welcher sich mit der «Untersuchung von Verstössen gegen Datenschutzvorschriften» befasst. Jedoch setzt die Anwendbarkeit von Art. 51 DSG nicht zwingend voraus, dass vorgängig der Anordnung einer Verwaltungsmassnahme eine

Untersuchung gemäss Art. 49 DSG stattgefunden hat. Ist der EDÖB nämlich um eine **Beratung** angefragt worden (vgl. Art. 58 Abs. 1 Bst. a DSG), kennt er den Sachverhalt meistens genug gut, um beurteilen zu können, ob ein Verstoß gegen Datenschutzvorschriften vorliegt. So ist beispielsweise denkbar, dass eine private Unternehmung den EDÖB um Beratung bezüglich eines in Planung stehenden Datenbearbeitungsprojekts ersucht hat, jedoch nicht bereit ist, den auf der Basis der eingereichten Unterlagen ergehenden Hinweis des EDÖB, dass eine Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 22 DSG zu erstellen ist, zu berücksichtigen. Sind in einem solchen Fall die tatsächlichen Grundlagen ausreichend klar und nicht umstritten, braucht der EDÖB keine Untersuchungshandlungen vorzunehmen. Er kann nach der Eröffnung des Verfahrens grundsätzlich direkt den rechtserheblichen Sachverhalt festhalten, gemäss Art. 30 VwVG das rechtliche Gehör gewähren und anschliessend verfügen, dass eine Datenschutz-Folgenabschätzung vorzunehmen ist (vgl. Art. 51 Abs. 3 Bst. d DSG und Art. 52 Abs. 1 DSG, wonach sich Verfügungen gemäss Art. 51 DSG nach dem VwVG richten; siehe zum Verfahren bei der Anordnung von Verwaltungsmassnahmen auch hinten Art. 51 N 9 und Art. 52 N 18 ff.).

- 6 Im Rahmen seiner Beratungs- und Aufsichtstätigkeit ist der EDÖB angesichts von digitalen Projekten der Bundesverwaltung und Privater häufig mit **geplanten, künftig bevorstehenden Datenbearbeitungen** konfrontiert. Art. 51 Abs. 2 DSG betreffend die Anordnung des Aufschubs oder des Verbots einer Datenbekanntgabe ins Ausland zeigt, dass sich Verwaltungsmassnahmen auch auf bevorstehende Datenbearbeitungen beziehen können. Gleiches muss aufgrund teleologischer Überlegungen für Massnahmen nach Art. 51 Abs. 1 DSG gelten; es muss also grundsätzlich möglich sein, die Anpassung einer bevorstehenden Datenbearbeitung zu verfügen.

IV. Handlungsspielraum des EDÖB

- 7 Bei Art. 51 DSG handelt es sich um eine **Kann-Bestimmung**. Sie belässt dem EDÖB einen Handlungsspielraum bezüglich der Frage, ob und welche Verwaltungsmassnahme er verfügt (Botschaft nDSG, S. 7092). Ordnet er eine Massnahme an, muss diese verhältnismässig sein (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV). So hat der EDÖB, statt den Abbruch einer Datenbearbeitung anzuordnen, die Massnahme wenn möglich auf den problematischen Teil der Bearbeitung zu beschränken (vgl. Botschaft nDSG, S. 7093; BJ, Erläuternder Bericht SDSG, S. 28).
- 8 Hat sich im Verlauf einer Untersuchung nach Art. 49 DSG bestätigt, dass ein Verstoß gegen Datenschutzvorschriften vorliegt, dürfte der EDÖB allerdings regelmässig keine andere Wahl haben, als eine Verwaltungsmassnahme anzuordnen. Eine Ausnahme ist dann denkbar, wenn der Verantwortliche während der Untersuchung die erforderlichen Massnahmen trifft, um die Einhaltung der Datenschutzvorschriften wiederherzustellen. Art. 51 Abs. 5 DSG sieht für diesen Fall vor, dass der EDÖB sich darauf beschränken kann, eine **Verwarnung** auszusprechen. Eine Verwarnung darf jedoch nur dann angeordnet werden, wenn eine solche bezogen auf den individuell-konkreten Fall verhältnismässig ist. Abgesehen davon ist ein Verzicht auf die Anordnung einer Verwaltungsmassnahme etwa dann vorstellbar, wenn der EDÖB im Rahmen eines Untersuchungsverfahrens statt des vermuteten gröberen Rechtsverstosses lediglich einen **Bagatelldelikt** feststellt. Im Bagatelldelikt hätte der EDÖB nämlich nach pflichtgemäßem Ermessen von der Eröffnung einer Untersuchung absehen dürfen (vgl. Art. 49 Abs. 2 DSG und dazu vorne Art. 49 N 28 f.).

V. Verfahren bei der Anordnung von Verwaltungsmassnahmen

- 9 Die Massnahmen nach Art. 51 DSG ergehen in Verfügungsform (vgl. Art. 52 Abs. 1 DSG). Die Anordnung erfolgt – wie die Durchführung der Untersuchung nach Art. 49 DSG – in einem **Verwaltungsverfahren nach VwVG** (vgl. Art. 52 Abs. 1 DSG). Dies hat unter anderem zur Folge, dass das Bundesorgan oder die private Person vor dem Erlass der Verfügung anzuhören (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 30 VwVG) und die angeordnete Massnahme jeweils zu begründen ist (vgl. Art. 35 VwVG und BJ, Erläuternder Bericht SDSG, S. 28; vgl. zur Durchführung des Verwaltungsverfahrens im Einzelnen hinten Art. 52 N 2 ff.).
- 10 Der EDÖB kann zur **Koordination** mit anderen Stellen verpflichtet sein. So lädt er gemäss Art. 41 Abs. 2 DSV das Nationale Zentrum für Cybersicherheit (NCSC) zur Stellungnahme ein, bevor er gestützt auf Art. 51 Abs. 3 Bst. b DSG gegenüber einem Bundesorgan anordnet, dass dieses die Vorkehren nach Art. 8 DSG betreffend die Datensicherheit trifft (vgl. BJ, Erläuternder Bericht E-VDSG, S. 47; BJ, Erläuternder Bericht DSV, S. 58).

VI. Vollstreckung von Verwaltungsmassnahmen

- 11 Der EDÖB kann nicht nur zur Vollstreckung von Massnahmen nach Art. 50 Abs. 1 DSG andere Bundesbehörden sowie die kantonalen oder kommunalen Polizeiorgane beiziehen (vgl. Art. 50 Abs. 3 DSG und vorne Art. 50 N 17 ff.), sondern auch zur Vollstreckung von Verwaltungsmassnahmen gemäss Art. 51 DSG (vgl. Art. 54 Abs. 2 Bst. c DSG).

Art. 52

Inhaltsübersicht

- I. Allgemeines
- II. Anwendbarkeit des VwVG (Abs. 1)
 - 1. Formlose Vorabklärungen
 - 2. Verfahrenseröffnung
 - 3. Weiterer Verfahrensablauf
 - 4. Insbesondere: Vorsorgliche Massnahmen während des Untersuchungsverfahrens
 - 5. Verfahrensabschluss
- III. Parteistellung (Abs. 2)
- IV. Beschwerderecht des EDÖB (Abs. 3)

I. Allgemeines

- 1 Art. 52 DSG stellt klar, dass sich das Untersuchungsverfahren sowie Verfügungen nach den Art. 50 und 51 nach dem VwVG richten (Abs. 1). Ausserdem hält die Bestimmung fest, dass Verfahrenspartei jeweils nur das Bundesorgan oder die private Person ist, gegen das oder die eine Untersuchung eröffnet wurde (Abs. 2). Schliesslich wird dem EDÖB die Befugnis verliehen, Beschwerdeentscheide des Bundesverwaltungsgerichts anzufechten (Abs. 3).

II. Anwendbarkeit des VwVG (Abs. 1)

- 2 Gemäss Art. 50 Abs. 1 DSG richten sich das Untersuchungsverfahren sowie Verfügungen nach den Art. 50 und Art. 51 DSG nach dem VwVG. Das Verfahren vor dem EDÖB lässt sich dabei grundsätzlich in drei Abschnitte gliedern (vgl. zum Nachfolgenden sinngemäss BSK FINMAG-LEBRECHT, Art. 53 N 4 ff., betreffend das Verwaltungsverfahren vor der FINMA):

(1) Am Anfang des Verfahrens stehen jeweils erste Anzeichen für einen Verstoß gegen Datenschutzvorschriften, entstanden im Rahmen der laufenden Aufsichts- oder Beratungstätigkeit oder aufgrund einer Anzeige beim EDÖB (vgl. Art. 49 Abs. 1 DSG). Der EDÖB untersucht dabei regelmässig im Rahmen einer formlosen **Vorabklärung**, ob sich diese Anzeichen bestätigen und damit genügend Anzeichen bestehen, dass eine Datenbearbeitung gegen Datenschutzvorschriften verstossen könnte (vgl. nachfolgend 1.).

(2) Bestehen genügend Anzeichen für einen Verstoß und sind auch alle anderen Voraussetzungen für eine Untersuchung gegeben, eröffnet der EDÖB gestützt auf Art. 49 Abs. 1 DSG ein **Untersuchungsverfahren**, welches sich gemäss Art. 52 Abs. 1 DSG nach dem VwVG richtet (vgl. nachfolgend 2.). In diesem Verfahren holt er weitere Informationen ein und untersucht den Sachverhalt (vgl. nachfolgend 3.). Während des Untersuchungsverfahrens hat der EDÖB die Möglichkeit, vorsorgliche Massnahmen anzuordnen (vgl. nachfolgend 4.).

(3) Ergibt sich aufgrund der Untersuchung des Sachverhalts, dass ein Verstoß gegen die Datenschutzvorschriften vorliegt, kann der EDÖB unter Beachtung der Vorschriften des VwVG **Verwaltungsmassnahmen nach Art. 51 DSG** verfügen (vgl. nachfolgend 5.).

1. Formlose Vorabklärungen⁴

- 3 Nimmt der EDÖB Kenntnis von allfälligen Verstößen gegen Datenschutzvorschriften, muss er sich eine Meinung dazu bilden, ob die Voraussetzungen zur Eröffnung einer Untersuchung gegeben sind. Namentlich ist zu prüfen, ob der EDÖB zuständig ist und ob genügend Anzeichen vorliegen, dass eine Datenbearbeitung gegen Datenschutzvorschriften verstossen könnte (vgl. Art. 49 Abs. 1 und 2 DSG; vgl. zum Ganzen ausführlich vorne Art. 49 N 13). Zu diesem Zweck kann er Vorabklärungen treffen. Das Stadium der Vorabklärungen zeichnet sich durch seinen formlosen Charakter aus und ist dem **«informellen Verwaltungshandeln»** zuzuordnen. Das VwVG gelangt erst ab dem Zeitpunkt der Eröffnung des Untersuchungsverfahrens zur Anwendung (vgl. Art. 52 Abs. 1 DSG und zum Ganzen vorne Art. 49 N 14 ff.).
- 4 Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das VwVG vor der Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens grundsätzlich nicht anwendbar ist, aber die rechtsstaatlichen Anforderungen an staatliches Handeln (wie Legalitätsprinzip und Verhältnismässigkeitsgrundsatz) zu beachten sind (vgl. BGE 136 II 304 E. 6.3). Der EDÖB ist also auch im Rahmen formloser Vorabklärungen an die Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns gebunden (vgl. Art. 5 BV) und darf weder willkürlich noch rechtsungleich handeln (vgl. UHLMANN, S. 8 f.). Nach der Eröffnung der Untersuchung sind den Betroffenen die Parteirechte vollumfänglich zu gewähren. Dabei müssen sie sich insbesondere auch zu den bereits getroffenen Abklärungen äussern können (vgl. BGE 136 II 304 E. 6.3).
- 5 Im Rahmen der Vorabklärungen kann der EDÖB aus öffentlich zugänglichen Quellen, aber auch vom Verantwortlichen selbst, von betroffenen Personen oder von Dritten, etwa Konsumentenschutzorganisationen, nähere Informationen zu einem eventuell gegebenen Verstoß gegen Datenschutzvorschriften beschaffen. Die Beantwortung von Fragen des EDÖB ist in diesem Stadium freiwillig; den Verantwortlichen treffen – anders als während einer Untersuchung (vgl. dort Art. 49 Abs. 3 DSG) – keine Mitwirkungspflichten, und die Strafnorm von Art. 60 Abs. 2 DSG greift nicht. Liefert der Verantwortliche im Rahmen der Vorabklärungen schlüssige Argumente dafür, dass kein Verstoß gegen Datenschutzvorschriften vorliegt, erübrigt sich die Eröffnung einer Untersuchung in aller Regel. Ergeben sich demgegenüber genügend Anzeichen für einen Verstoß und sind auch die weiteren Voraussetzungen für eine Untersuchung gegeben, eröffnet der EDÖB eine solche (vgl. zum Ganzen ausführlich vorne Art. 49 N 16).

2. Verfahrenseröffnung

- 6 Eröffnet der EDÖB ein Untersuchungsverfahren, gelangt ab diesem Zeitpunkt das VwVG zur Anwendung (vgl. Art. 52 Abs. 1 DSG). Ein Untersuchungsverfahren wird grundsätzlich formlos eröffnet (vgl. statt vieler UHLMANN, S. 2 f.). Das Spezialgesetz kann die Notifikation der Verfahrenseröffnung an die Parteien (vgl. Art. 30 FINMAG) oder die amtliche Publikation eines Verfahrens (vgl. Art. 28 Abs. 1 KG) vorschreiben. Das DSG kennt keine entsprechende Vorschrift,

⁴ Vgl. zu den nachfolgenden Ausführungen bereits LOBSIGER, S. 314.

jedoch teilt der EDÖB der Verfahrenspartei die Eröffnung einer Untersuchung standardmässig mittels Eröffnungsschreiben mit und verschickt gleichzeitig einen Fragenkatalog, mit welchem er gestützt auf Art. 49 Abs. 3 DSG die zur Klärung des Sachverhalts erforderlichen Auskünfte und Unterlagen einverlangt (vgl. vorne Art. 49 N 35).

- 7 Die Eröffnung eines eingreifenden Verwaltungsverfahrens wie einer Untersuchung stellt, da sich nichts am Rechtsstatus der betroffenen Partei ändert, eine verwaltungsinterne Handlung und keine anfechtbare Verfügung dar (vgl. BGer, 2C_167/2016, 17.3.2017, E. 3.3.1 ff., und mit Bezug auf Art. 30 FINMAG BSK FINMAG-ROTH PELLANDA/KOPP, Art. 30 N 17; siehe auch SEILER, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 56 N 22; UHLMANN, S. 3). Für das Verwaltungsverfahren vor der FINMA geht auch die Botschaft zum Finanzmarktaufsichtsgesetz (FINMAG) davon aus, dass der Eröffnungsbeschluss bzw. die Eröffnungsanzeige nicht anfechtbar ist (vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG), vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2829 ff., S. 2881; referierend BSK FINMAG-LEBRECHT, Art. 53 N 10). Nichts Anderes gilt bei der Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens gemäss Art. 49 DSG; auch diese ist also nicht anfechtbar.
- 8 Das Bundesgericht hat in älteren Entscheiden die Verfahrenseröffnung zwar teils noch als Zwischenverfügung im Sinne von Art. 46 VwVG eingestuft (vgl. BGer 1P.555/2001, 3.1.2002, E. 5.1.1; BGE 124 II 215 E. 2), und ein Teil der Lehre unterstützt diese Sichtweise (vgl. JÜRGEN BICKEL, Auslegung von Verwaltungsrechtsakten, Diss. Freiburg, Bern 2014, § 13 Rz. 44, m.w.H.). Gemäss Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG steht gegen eine Zwischenverfügung jedoch nur dann die Beschwerde offen, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann. Dies ist nach der Rechtsprechung nicht der Fall, sofern der Beschwerdeführer alle Rechte vollumfänglich im weiteren Verfahren wahrnehmen kann und die Möglichkeit hat, sich gegen eine ihn belastende Massnahme mit Beschwerde gegen die Endverfügung zur Wehr zu setzen. Allein die Tatsache, dass ein Verfahren – vorliegend: eine Untersuchung – hängig ist, rechtfertigt es also nicht, einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil anzunehmen (vgl. BGer, 2C_167/2016, 17.3.2017, E. 3.3.3; BGE 131 II 587 E. 4.1.2; referierend BSK FINMAG-ROTH PELLANDA/KOPP, Art. 30 N 17. Siehe auch WALDMANN/BICKEL, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 29 N 42).

3. Weiterer Verfahrensablauf

- 9 Im Untersuchungsverfahren geht der EDÖB den Anzeichen, dass eine Datenbearbeitung gegen Datenschutzvorschriften verstossen könnte (vgl. Art. 49 Abs. 1 DSG), auf den Grund. Er hat dabei von Amtes wegen den rechtserheblichen Sachverhalt festzustellen und soweit nötig Beweis zu erheben; es gilt die **Untersuchungsmaxime** (vgl. Art. 52 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 12 VwVG). Das VwVG regelt den Kreis der zulässigen Beweismittel in Art. 12 und die Mitwirkungspflicht in Art. 13 VwVG. Im DSG existieren diesbezüglich allerdings Spezialvorschriften in Art. 49 Abs. 3 und Art. 50 (vgl. dazu ausführlich vorne Art. 49 N 33; siehe auch Art. 50 N 4).
- 10 **Anordnungen nach Art. 50 DSG** dienen der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts. Dabei kann es sich einerseits um einfache prozessleitende Anordnungen handeln, welchen nicht der Charakter einer Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG zukommt. Möglich sind andererseits auch (Zwischen-)Verfügungen, die, wenn sie selbständig eröffnet worden sind, unter den Voraussetzungen von Art. 46 VwVG anfechtbar sind (vgl. Art. 52 Abs. 1 DSG und zum Ganzen sinngemäss AUER/BINDER, in: Auer et al., Art. 13 N 8 f. und Art. 12 N 24 f.). Die Beurteilung, ob die Voraussetzungen von Art. 46 VwVG im jeweiligen Fall erfüllt sind, ist Sache der zuständigen

Beschwerdeinstanz, vorliegend des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Art. 52 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG). Da (Zwischen-)Verfügungen nach Art. 50 DSG keine Geldleistung zum Gegenstand haben, kann der Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen werden (vgl. Art. 52 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 55 Abs. 2 VwVG). Der Entzug der aufschiebenden Wirkung muss allerdings vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip standhalten (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV) und zusätzlich durch überzeugende Gründe gerechtfertigt sein (vgl. KIENER, in: Auer et al., Art. 55 N 16; BGE 129 II 286 E. 3 und E. 3.1.).

- 11 Zeigt sich im Untersuchungsverfahren, dass andere Behörden über für das Verfahren notwendige Informationen und Unterlagen verfügen, hat der EDÖB die Möglichkeit, diese auf dem **Amtshilfegeweg** zu beschaffen (vgl. Art. 54 Abs. 1 und Art. 55 Abs. 1 und 2 DSG; siehe betr. VwVG KRAUSKOPF/EMMENEGGER/BABEY, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 12 N 179; mit Bezug auf das Untersuchungsverfahren der FINMA BSK FINMAG-LEBRECHT, Art. 53 N 45).
- 12 Da sich das Untersuchungsverfahren nach dem VwVG richtet, stehen der Verfahrenspartei vom Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens bis zur Beendigung des Verfahrens sämtliche **Parteirechte** nach dem VwVG zu. Namentlich hat sie einen Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. Art. 29 VwVG) sowie auf Akteneinsicht (vgl. Art. 26 VwVG) – beides Ansprüche, die sich auf Verfassungsstufe aus Art. 29 Abs. 2 BV ergeben.
- 13 Als Ausfluss des Anspruchs auf rechtliches Gehör hat die Verfahrenspartei einen grundrechtlichen Anspruch auf **Teilnahme an der Abklärung des Sachverhalts** (weiterführend MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. Bern 2008, S. 863 ff.). Der verfassungsrechtliche Gehörsanspruch umfasst unter anderem den Anspruch, erhebliche Beweise beizubringen, an der Erhebung von Beweisen mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis äussern zu können (vgl. BGE 124 I 49 E. 3a). So hat die Verfahrenspartei das Recht, mit rechtzeitig und formgültig angebotenen Beweisanträgen und Vorbringen gehört zu werden, soweit diese erhebliche Tatsachen betreffen und nicht offensichtlich beweisuntauglich sind (BGE 138 V 125 E. 2.1; vgl. Art. 33 VwVG). Ihr steht grundsätzlich aber auch das Recht zu, einem Augenschein gemäss Art. 50 Abs. 1 Bst. a und b DSG beizuwohnen (vgl. betr. Art. 12 Bst. d VwVG AUER/BINDER, in: Auer et al., Art. 12 N 54), oder sie ist zur Ernennung des Sachverständigen und zum Sachverständigengutachten nach Art. 50 Abs. 1 Bst. d DSG anzuhören und kann der sachverständigen Person Ergänzungsfragen stellen (vgl. Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 57 Abs. 2 BZP; siehe mit Bezug auf Art. 53 FINMAG BSK FINMAG-LEBRECHT, Art. 53 N 43). Bei Zeugeneinvernahmen nach Art. 50 Abs. 1 Bst. c DSG hat die Verfahrenspartei einen Anspruch darauf, diesen beizuwohnen und dem Zeugen Ergänzungsfragen zu stellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 VwVG und Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 46 BZP).

4. Insbesondere: Vorsorgliche Massnahmen während des Untersuchungsverfahrens

- 14 Gemäss Art. 33 Abs. 2 aDSG war der EDÖB befugt, dem Präsidenten der auf dem Gebiet des Datenschutzes zuständigen Abteilung des Bundesverwaltungsgerichts **vorsorgliche Massnahmen** zu beantragen, wenn er bei einer Sachverhaltsabklärung nach Art. 27 Abs. 2 oder nach Art. 29 Abs. 1 aDSG feststellte, dass den betroffenen Personen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil drohte. Daran anknüpfend erwähnte der E-DSG in Art. 44 Abs. 2 die Kompetenz des EDÖB, für die Dauer der Untersuchung selbst vorsorgliche Massnahmen anzuordnen (vgl. auch Art. 23 Abs. 2 SDSG) und sie durch eine Bundesbehörde oder die kantonalen oder kommunalen Polizeiergane vollstrecken zu lassen (vgl. dazu Botschaft

nDSG, S. 7092). Die Befugnis zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen wurde in den parlamentarischen Beratungen zwar aus nicht genannten Gründen aus der betreffenden Bestimmung gestrichen (vgl. Nationalrat Herbstsession 2019 Dreizehnte Sitzung 25.09.19 09h00 17.059, AB 2019 N 1828 f.). Jedoch erwähnt das DSG die Anordnung vorsorglicher Massnahmen durch den EDÖB im Abschnitt über die Gebühren (vgl. Art. 59 Abs. 1 Bst. d DSG). Damit ist klar, dass diese Kompetenz fortbesteht. Im Übrigen sieht das VwVG, auf welches Art. 52 Abs. 1 DSG für das Untersuchungsverfahren verweist, das Ergreifen von vorsorglichen Massnahmen zwar nur für das Beschwerdeverfahren ausdrücklich vor (vgl. Art. 56 VwVG). Der Lehre und Rechtsprechung zufolge sind vorsorgliche Massnahmen aber auch ohne spezialgesetzliche Grundlagen in analoger Anwendung von Art. 56 VwVG im erstinstanzlichen Verwaltungsverfahren zulässig sowie bereits vor der Eröffnung eines Verfügungsverfahrens, sofern in der Folge zügig das Hauptverfahren eröffnet wird (vgl. BVGer, 5242/2018, 9.3.2020, E. 1.2.1; SEILER, in: Waldmann/Weissenberger, Art. 56 N 18 und N 23). Es ist davon auszugehen, dass der EDÖB vorsorgliche Massnahmen ausnahmsweise auch **superprovisorisch**, also ohne vorgängige Anhörung der Betroffenen, anordnen darf (vgl. Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG).

- 15 Das Bundesgericht fasst die im Verwaltungsverfahren geltenden **allgemeinen Regeln** mit Bezug auf vorsorgliche Massnahmen wie folgt zusammen (vgl. BGE 127 II 132 E. 3 m.w.H.; referierend BSK KG-SCHOTT, Art. 39 N 94; weiterführend HÄNER ISABELLE, Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, ZSR 1997 [116] II S. 253 ff., S. 322 ff.): Vorsorgliche Massnahmen, welche vor der Anordnung einer Verfügung ergehen, bezwecken, die Wirksamkeit derselben sicherzustellen. Mit sichernden Massnahmen soll sichergestellt werden, dass der bestehende tatsächliche oder rechtliche Zustand einstweilen unverändert erhalten bleibt. Mit gestaltenden Massnahmen wird ein Rechtsverhältnis provisorisch geschaffen oder einstweilig neu geregelt. Vorsorgliche Massnahmen beruhen auf einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. Die Anordnung vorsorglicher Massnahmen setzt Dringlichkeit voraus, es muss also notwendig sein, die fraglichen Vorkehren sofort zu treffen. Ausserdem muss der Verzicht auf Massnahmen für die Betroffenen einen nicht leicht wiedergutzumachenden Nachteil zur Folge haben, wobei ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse ausreichen kann. Schliesslich wird vorausgesetzt, dass eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen den Ausschlag für den einstweiligen Rechtsschutz gibt und dieser verhältnismässig erscheint. Jedoch darf der durch die Endverfügung zu regelnde Zustand dadurch weder präjudiziert noch verunmöglicht werden. Die genannten Grundsätze werden auch für das Untersuchungsverfahren vor dem EDÖB relevant sein (betr. vorsorgliche Massnahmen gestützt auf Art. 33 Abs. 2 aDSG vgl. BVGer, A-8028/2008, 14.1.2009, E. 2 ff.; BVGer, A-3831/2012, 6.8.2012, E. 2).
- 16 Das Verfahren für Beschwerden gegen vorsorgliche Massnahmen richtet sich nach Art. 44 ff. VwVG. Vorsorgliche Massnahmen ergehen in der Form einer Zwischenverfügung und sind selbständig durch Beschwerde anfechtbar, wenn sie einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken (vgl. Art. 46 Abs. 1 Bst. a VwVG). Dies ist regelmässig der Fall (vgl. KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 488 und 1236). Während der VE-DSG bestimmte, dass Beschwerden gegen vorsorgliche Massnahmen keine aufschiebende Wirkung zukommt (vgl. Art. 44 Abs. 3 VE-DSG), sind nun die Bestimmungen des VwVG massgeblich. Dieses regelt die aufschiebende Wirkung der Beschwerde in Art. 55 (vgl. Botschaft nDSG, S. 7092).

5. Verfahrensabschluss

- 17 Im Rahmen der Untersuchung klärt der EDÖB, ob ein bestimmter Sachverhalt vorliegt und aus rechtlicher Sicht ein Verstoss gegen Datenschutzvorschriften gegeben ist. Ist dies nicht der Fall, stellt er das Verfahren ein bzw. schreibt es wegen Gegenstandslosigkeit ab, so namentlich, wenn der die Untersuchung auslösende vermutete Sachverhalt nicht bestätigt werden kann, sich also beispielsweise herausstellt, dass der Verantwortliche Personendaten gar nicht so bearbeitet, wie es der EDÖB zunächst angenommen hat.
- 18 Liegt ein Verstoss gegen Datenschutzvorschriften vor, hat der EDÖB die Möglichkeit, **Verwaltungsmassnahmen** nach Art. 51 DSG anordnen. Die Massnahmen nach Art. 51 DSG zeichnen sich – bis auf die Verwarnung nach Art. 51 Abs. 5 DSG – dadurch aus, dass sie Rechte oder Pflichten der Adressaten begründen, ändern oder aufheben (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG). Sie ergehen denn auch in Verfügungsform (vgl. Art. 52 Abs. 1 DSG). Nach der Lehre und Rechtsprechung können Verwarnungen, Androhungen oder auch Missfallensäusserungen dann Verfügungscharakter aufweisen, wenn sie geeignet sind, die Rechtsstellung des Betroffenen zu beeinträchtigen (vgl. TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. Bern 2014, § 28 Rz. 27 f.; MÜLLER, in: Auer et al., Art. 5 N 90). Der Erlass einer positiven oder negativen **Feststellungsverfügung** kommt lediglich subsidiär in Frage und nur, wenn ein schutzwürdiges Interesse besteht (vgl. Art. 52 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Bst. b und Art. 25 VwVG). Vorstellbar ist etwa eine positive Feststellungsverfügung des Inhalts, dass ein Datenbearbeiter in der Vergangenheit gegen Datenschutzvorschriften verstossen hat, verbunden mit einer Verwarnung gemäss Art. 51 Abs. 5 DSG.
- 19 Aus dem **Anspruch auf rechtliches Gehör** (vgl. Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 29 VwVG) folgt, dass die Parteien vor dem Erlass einer Verfügung anzuhören sind (vgl. Art. 30 Abs. 1 VwVG). Von einer vorgängigen Anhörung darf nur unter den Voraussetzungen von Art. 30 Abs. 2 VwVG abgesehen werden, namentlich bei Anordnung einer superprovisorischen Massnahme, weil Gefahr im Verzug ist (vgl. Art. 30 Abs. 2 Bst. e VwVG und vorne Art. 52 N 14; weiterführend KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 660 ff.). Um das rechtliche Gehör zu gewähren, gibt der EDÖB der Partei deshalb Gelegenheit, sich zum erstellten Sachverhalt und zum anwendbaren Recht zu äussern, bevor er verfügt. Hinsichtlich der rechtlichen Würdigung von Tatsachen durch die Behörde besteht hingegen lediglich ausnahmsweise eine Pflicht, das rechtliche Gehör zu wahren (vgl. BGE 132 II 485 E. 3.2). Nur wenn die Behörde ihren Entscheid auf eine völlig neue, von den Parteien in keiner Weise zu erwartende rechtliche Begründung stützen will, muss sie den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme geben (vgl. BGer 2C_251/2016, 30.12.2016, E. 2.3; BGE 114 Ia 97 E. 2a). Das kann namentlich dann aktuell werden, wenn der Behörde in der Auslegung und Rechtsanwendung ein gewisser Spielraum zusteht (vgl. SUTTER, in: Auer et al., Art. 29 N 12). Nach der bundesgerichtlichen Praxis verlangt der Anspruch auf rechtliches Gehör jedoch nicht, dass die Parteien sich zu jedem möglichen Ergebnis, welches von der entscheidenden Behörde ins Auge gefasst wird, äussern können müssen. Die Behörde hat in diesem Sinne nicht ihre Begründung oder ihren Verfügungsentwurf den Parteien vorweg zur Stellungnahme zu unterbreiten (vgl. BGE 132 II 485 E. 3.4; BGE 132 II 257 E. 4.2; siehe statt vieler auch SUTTER, in: Auer et al., Art. 29 N 14; KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Rz. 651).
- 20 Bei der Eröffnung und Begründung von Verfügungen sind die Anforderungen von Art. 34-38 VwVG zu beachten. Demnach eröffnet die Behörde Verfügungen den Parteien schriftlich (Art. 34 Abs. 1 VwVG), und schriftliche Verfügungen sind als solche zu bezeichnen, zu begründen und

mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Bei Verwaltungsmassnahmen nach Art. 51 DSG muss der Verantwortliche aufgrund der Begründung insbesondere in der Lage sein zu bestimmen, welche Datenbearbeitungen unter den Beschluss des EDÖB fallen (vgl. Botschaft nDSG, S. 7093). Gegebenenfalls kann der EDÖB die Verwaltungsmassnahme mit einer Strafdrohung nach Art. 63 DSG versehen (vgl. Botschaft nDSG, S. 7093 und 7103).

- 21 Die Verfahrenspartei ist berechtigt, Verwaltungsmassnahmen im Sinne von Art. 51 DSG gemäss den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege mit Beschwerde anzufechten (vgl. Art. 52 Abs. 1 DSG i.V.m. Art. 44 VwVG; Botschaft nDSG, S. 7093). Zuständige Beschwerdeinstanz ist das Bundesverwaltungsgericht (vgl. Art. 52 Abs. 3 DSG e contrario; Art. 47 Abs. 1 Bst. b VwVG).

III. Parteistellung (Abs. 2)

- 22 Art. 52 Abs. 2 DSG präzisiert, dass Verfahrenspartei nur das Bundesorgan oder die private Person ist, gegen das oder die eine Untersuchung eröffnet worden ist. Folglich kann lediglich diese gegen Massnahmen nach den Art. 51 DSG Beschwerde führen. Gemäss der Botschaft ist die betroffene Person nicht Partei, und zwar auch dann nicht, wenn der EDÖB die Untersuchung auf deren Anzeige hin eröffnet hat. Die Botschaft geht davon aus, dass die betroffene Person ihre Rechtsansprüche vor dem zuständigen Zivilgericht gelten machen, bzw. im öffentlichen Sektor den Entscheid des verantwortlichen Bundesorgans bei der zuständigen Beschwerdeinstanz anfechten muss (vgl. Botschaft nDSG, S. 7093; siehe zum Ganzen vorne Art. 49 N 19 und N 25).

IV. Beschwerderecht des EDÖB (Abs. 3)

- 23 Gemäss Art. 52 Abs. 3 DSG kann der EDÖB Beschwerdeentscheide des Bundesverwaltungsgerichts vor Bundesgericht anfechten. Die Kompetenz, Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts anzufechten, kam ihm bereits unter dem früheren Recht zu (vgl. Art. 27 Abs. 6 und Art. 29 Abs. 4 aDSG). Bei der Beschwerde des EDÖB handelt sich um einen Anwendungsfall der Behördenbeschwerde (vgl. Art. 89 Abs. 2 Bst. d BGG; betr. Art. 29 Abs. 4 aDSG SCHINDLER, in: Auer et al., Art. 48 N 35).

Art. 53

Inhaltsübersicht

- I. Normzweck
- II. Anwendungsbereich
- III. Einladung des EDÖB zur Stellungnahme (Abs. 1)
- IV. Koordination der Verfahren (Abs. 2)

I. Normzweck

- 1 Verschiedene Bundesbehörden (Art. 53 DSG spricht von «Bundesverwaltungsbehörden») beaufsichtigen Private oder ausserhalb der Bundesverwaltung stehende Organisationen. Zu erwähnen ist etwa das Bundesamt für Gesundheit (BAG), welches die Aufsicht über die Krankversicherungen ausübt, oder die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA), welche die Banken und andere Finanzdienstleisterinnen beaufsichtigt (vgl. Botschaft nDSG, S. 7094). Im Rahmen eines solchen Aufsichtsverfahrens, das gegebenenfalls zu einem Entscheid der zuständigen Behörde führen kann, können sich datenschutzrechtliche Fragen stellen (siehe auch ROSENTHAL DAVID, in: Passadelis Nicolas/Rosenthal David/Thür Hanspeter (Hrsg.), Datenschutzrecht, Basel 2015, § 7 Sanktionierung von Wirtschaftsverstössen, Rz. 7.64 ff.). Art. 53 DSG regelt für diesen Fall die Einladung des EDÖB zur Stellungnahme (Abs.1) bzw. eine Koordination mit einem Verfahren des EDÖB gegen die gleiche Partei (Abs. 2). Bezweckt wird eine einheitliche Auslegung der bundesrechtlichen Datenschutzvorschriften bzw. eine koordinierte Rechtsanwendung. Die Pflicht zur Koordination ist vor allem im Raumplanungs- und Umweltrecht entwickelt worden, muss aber auch in anderen Rechtsbereichen berücksichtigt werden, sofern sich dort ähnliche Situationen ergeben (BJ, Gesetzgebungsleitfaden: Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes, 4. Aufl. 2019, Rz. 810). Mit Art. 53 hat der Gesetzgeber nun erstmals eine Koordinationsnorm in das DSG integriert.

II. Anwendungsbereich

- 2 Art. 53 DSG betrifft die Koordination mit Bundesverwaltungsbehörden, die nach einem anderen Bundesgesetz private Personen oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung beaufsichtigen (vgl. Art. 53 Abs. 1 DSG). Was die Beaufsichtigten anbelangt, deckt sich der in Art. 53 Abs. 1 DSG verwendete Begriff der «Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung» gemäss der Botschaft mit der in Art. 1 Abs. 2 Bst. e VwVG verwendeten Bezeichnung («andere Instanzen oder Organisationen ausserhalb der Bundesverwaltung, soweit sie in Erfüllung ihnen übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügen») (Botschaft nDSG, S. 7094). Unter die betreffenden Organisationen fallen beispielsweise die Krankenkassen zur Durchführung der obligatorischen Versicherung (vgl. Art. 2 KVAG und TSCHANNEN, in: Auer et al., Art. 1 N 24).

III. Einladung des EDÖB zur Stellungnahme (Abs. 1)

- 3 Stellen sich der zuständigen Bundesverwaltungsbehörde in einem Aufsichtsverfahren datenschutzrechtliche Fragen, ohne dass der EDÖB gegen die gleiche Partei eine eigene Untersuchung führt, sieht Art. 53 Abs. 1 DSG vor, dass die Aufsichtsbehörde den EDÖB zur Stellungnahme einlädt, bevor sie eine Verfügung erlässt, die Fragen des Datenschutzes betrifft. Die betreffende Aufsichtsbehörde hat dabei nicht nur die Möglichkeit, beim EDÖB eine Stellungnahme einzuholen, sondern sie ist dazu **verpflichtet**. Das Normkonzept zur Revision des DSG (vgl. dort S. 34, 40 und 46) sah demgegenüber vor, dass Zivilgerichte oder erstinstanzlich verfügende Verwaltungsbehörden oder Beschwerdeinstanzen die Möglichkeit haben, dem EDÖB Datenschutzfragen zur Stellungnahme vorzulegen.
- 4 Der Zweck von Art. 53 Abs. 1 DSG besteht darin, die einheitliche Anwendung der bundesrechtlichen Datenschutzvorschriften zu fördern. Der EDÖB als spezialisierte Behörde erhält Gelegenheit, sich zu **Rechtsfragen** zu äussern, die sich aufgrund eines bereits feststehenden Sachverhalts stellen (vgl. zur sachverständigen rechtlichen Würdigung eines Sachverhalts AUER/BINDER, in: Auer et al., Art. 12 N 47; siehe auch ALBERTINI MICHÈLE, Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates, Diss. Bern 1999, S. 230 ff.). Eine vergleichbare Bestimmung findet sich etwa in Art. 5 Abs. 4 PüG, wonach der Preisüberwacher oder die zuständige Behörde (Art. 15 PüG) für Fragen des persönlichen Geltungsbereichs (Art. 2 PüG) und des wirksamen Wettbewerbs (Art. 12 PüG) die Wettbewerbskommission zu konsultieren haben, bevor sie eine Verfügung treffen. Dieser Konsultationspflicht kommt die Wettbewerbskommission mit einer entsprechenden Stellungnahme nach (vgl. zum Ganzen Botschaft zu einem Preisüberwachungsgesetz (PüG), vom 30. Mai 1984, BBI 1984 II 755 ff., S. 784 f.; Botschaft zur Volksinitiative "zur Überwachung der Preise und der Kreditzinsen" und zur Revision des Preisüberwachungsgesetzes, vom 27. November 1989, BBI 1990 I 97 ff., S. 115).
- 5 Der Stellungnahme des EDÖB kommt **kein bindender Charakter** zu (vgl. in diesem Zusammenhang auch AUER/BINDER, in Auer et al., Art. 12 N 61, betreffend die Frage der Zulässigkeit von Rechtsgutachten in der verwaltungsinternen Rechtspflege). Da der EDÖB als eine vom Gesetzgeber berufene Fachbehörde Stellung nimmt, hat die zur Erledigung des Falls zuständige Aufsichtsbehörde dessen Ausführungen jedoch sorgfältig abzuwägen und Abweichungen davon hinreichend zu begründen (vgl. betr. Art. 5 Abs. 4 PüG WEBER, Art. 5 N 19; KÜNZLER/LÖTSCHER, in: Oesch et al. (Hrsg.), Kommentar Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl., Zürich 2021, Art. 5 N 7; BVGer, A-2121/2013, 27.1.2015, E. 4.2.2.1, mit Hinweis auf eine faktische Expertenstellung der Weko). Sind die Verfahrensparteien mit der Stellungnahme des EDÖB nicht einverstanden, können sie diese nicht anfechten. Einwände gegen die Stellungnahme oder gegen eine Abweichung davon sind durch Beschwerde gegen die Endverfügung der jeweiligen Aufsichtsbehörde geltend zu machen (vgl. betr. Art. 5 Abs. 4 PüG WEBER, Art. 5 N 20).

IV. Koordination der Verfahren (Abs. 2)

- 6 Ist die zuständige Bundesverwaltungsbehörde mit datenschutzrechtlichen Fragen konfrontiert, und führt der EDÖB gegen die gleiche Partei eine eigene Untersuchung gemäss Art. 49 DSG durch, müssen die beiden Behörden ihre Verfahren koordinieren (vgl. Art. 53 Abs. 2 DSG).

- 7 Die in Art. 53 Abs. 2 DSG vorgesehene Koordination muss gemäss der Botschaft in zweierlei Hinsicht stattfinden: einerseits zur Abklärung, ob die beiden Verfahren parallel geführt werden können oder ob eines der Verfahren suspendiert oder eingestellt werden soll, und andererseits mit Bezug auf den Inhalt des jeweiligen Entscheids für den Fall, dass die Verfahren parallel geführt werden (Botschaft nDSG, S. 7094). Die Verfahren müssen also in formeller wie auch in materieller Hinsicht koordiniert werden (vgl. zur formellen und materiellen Verfahrenskoordination allgemein etwa KARLEN PETER, Schweizerisches Verwaltungsrecht: Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich 2018, S. 252). Besteht in einer bestimmten Konstellation ein Kompetenzkonflikt zwischen dem EDÖB und der zuständigen Bundesverwaltungsbehörde, soll gemäss der bundesrätlichen Botschaft der Bundesrat gestützt auf Art. 9 Abs. 3 VwVG entscheiden (vgl. Botschaft nDSG, S. 7094). Dieser Lösungsweg ist mit Blick auf die Unabhängigkeit des EDÖB indessen nicht sachgerecht: Der EDÖB untersteht wie das Bundesverwaltungsgericht, welches in Art. 9 Abs. 3 VwVG von der entsprechenden Regelung ausgenommen wird, nicht der Aufsicht durch den Bundesrat. Sodann bleibt unklar, wie Verfügungen des EDÖB und einer parallel zuständigen anderen Aufsichtsbehörde inhaltlich aufeinander abgestimmt, das heisst materiell koordiniert werden sollen. Letztlich wird bei einer abweichenden Beurteilung durch den EDÖB und die jeweilige Bundesverwaltungsbehörde, soweit zuständig, das Bundesgericht die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung herbeiführen müssen.