



10. Oktober 2006 / BRU

Änderung von Art. 12 Abs. 2 Bst. a DSG: Auslegungshilfe

1. Ausgangslage

Die Artikel 12 und 13 Datenschutzgesetz umschreiben die Voraussetzungen, unter denen eine Datenbearbeitung durch Private rechtmässig ist. Artikel 12 Datenschutzgesetz hält in Absatz 1 die Grundregel fest, dass wer Personendaten bearbeitet, die Persönlichkeit der betroffenen Person nicht widerrechtlich verletzen darf. Absatz 2 umschreibt verschiedene Verletzungstatbestände. So liegt eine Persönlichkeitsverletzung namentlich dann vor, wenn Personendaten entgegen den allgemeinen Datenschutzgrundsätzen (Artikel 4 [Rechtmässigkeit, Treu und Glauben, Verhältnismässigkeit, Zweckbindung], 5 Absatz 1 [Richtigkeit], 6 Absatz 1 [Datenübermittlung ins Ausland] und 7 Absatz 1 [Datensicherheit]) bearbeitet werden und dafür kein Rechtfertigungsgrund geltend gemacht werden kann. Rechtfertigungsgründe sind die Einwilligung des Verletzten (bzw. der betroffenen Person), überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder gesetzliche Vorschriften (Art. 13 Abs. 1). Artikel 13 Absatz 2 konkretisiert anhand einer Aufzählung von Beispielen, wann ein überwiegendes Interesse des Datenbearbeiters in Betracht fällt.

Im Zuge der Revision des Datenschutzgesetzes vom 24. März 2006 wurde bei Artikel 12 Absatz 2 Buchstabe a der Vorbehalt des Rechtfertigungsgrundes gestrichen¹. Zudem wurde bei den Datenschutzgrundsätzen mit einem neuen Artikel 4 Absatz 4 explizit der Grundsatz der Erkennbarkeit von Beschaffung und Zweck der Bearbeitung verankert. Diese Änderung hat unter Praktikern die Befürchtung hervorgerufen, dass viele bisher zulässige Datenbearbeitungen (z.B. Zweckänderungen gestützt auf die Einwilligung der Betroffenen, gesetzlich vorgeschriebene Bearbeitungen oder Bekanntgaben) künftig nicht mehr rechtmässig seien. Die nachstehenden Ausführungen sollen daher klären, wie die Änderung zu verstehen ist.

2. Parlamentarisches Verfahren

Der Antrag, der schliesslich zur beschriebenen Änderung geführt hat, war nicht im bundesrätlichen Entwurf vorgesehen, sondern wurde erst im parlamentarischen Verfahren eingebracht. Er wurde damit begründet, dass die Formulierung im geltenden Recht missverständlich sei. Mit der Änderung solle klargestellt werden, dass namentlich die in Artikel 4 DSG genannten Grundsätze der Datenbearbeitung generell gelten. Es sei insb. nicht denkbar, dass Datenbearbeitungen, die nicht rechtmässig sind, wider Treu und Glauben verstossen oder den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzen, als zulässig betrachtet werden können.

¹ Bei Art. 6 DSG wurde mit der Revision gestützt auf das Zusatzprotokoll zum Europäischen Datenschutzübereinkommen eine Änderung vorgenommen, die ein Abweichen per se ausschliesst. Die Bestimmung wurde daher schon im bundesrätlichen Entwurf aus der Aufzählung in Art. 12 Abs. 2 Bst. a gestrichen.

Im Nationalrat wurde die Änderung diskussionslos genehmigt (AB 2005 N 1450). Im Ständerat erläuterte der Berichterstatter der Kommission die Änderung ausführlich. Er betonte, dass es sich um eine Klarstellung dessen handle, was bereits bisher gelte. Der Vorsteher des EJPD bestätigte diese Darstellung und wies ausdrücklich darauf hin, dass Fälle, in denen eine gesetzliche Verpflichtung zur Datenbekanntgabe besteht, nicht betroffen seien (AB 2005 S 1159). Ein Antrag auf Festhalten an der Fassung des Bundesrates (und damit auf Verzicht auf die Änderung) wurde daraufhin zurückgezogen.

Im Zuge des Differenzbereinigungsverfahrens kam die nationalrätliche Kommission auf die Änderung zurück. Ein Vorschlag, zwischen den verschiedenen Grundsätzen zu differenzieren und bezüglich der Grundsätze der Zweckbindung und der Erkennbarkeit Abweichungen bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes zuzulassen, wurde nicht aufgenommen. Ein modifizierter Antrag, gerechtfertigte Abweichungen nur bezüglich des Erkennbarkeitsgrundsatzes zu ermöglichen, wurde nach längerer Diskussion ganz knapp abgelehnt. Ein Rückkommen auf die bereits durch beide Räte beschlossene Änderung wurde damit verworfen. Es wurde im Zuge der Beratungen wiederum betont, dass die Änderung lediglich eine Präzisierung, und keine Änderung der bisherigen Praxis bedeute.

3. Beurteilung der Tragweite der Änderung

3.1 Allgemeines

Der Mechanismus, wie er in den Artikeln 12 und 13 DSGVO nach geltendem Recht formuliert ist, ist nicht in jeder Hinsicht überzeugend. Nach dem Wortlaut werden Rechtfertigungsgründe auch bezüglich solcher Grundsätze vorgesehen, die gar nicht relativiert werden können (insb. Rechtmässigkeit sowie Treu und Glauben). Mit der Änderung sollte diesbezüglich Klarheit geschaffen werden.

Aus den vorangegangenen Darlegungen werden zwei Grundanliegen der Änderung deutlich:

- der Gesetzgeber wollte nicht grundsätzlich vom heutigen System abweichen;
- er wollte die Rechtfertigungsgründe bei Abweichungen von den allgemeinen Datenschutzgrundsätzen nicht generell ausschliessen, wohl aber:
 - durch die textliche Änderung verdeutlichen, dass eine Rechtfertigung nicht vorschnell angenommen werden darf;
 - Missverständnisse vermeiden bei Grundsätzen, bei denen kaum denkbar ist, dass ihre Verletzung zu rechtfertigen ist.

Daraus ist zu schliessen, dass Datenbearbeitungen, die gemäss geltendem DSGVO rechtmässig sind, dies auch in Zukunft sein sollen. Die Änderung hat lediglich zur Folge, dass künftig rechtfertigende Umstände primär bei der Auslegung der allgemeinen Grundsätze zu berücksichtigen sein werden.

3.2 Hinweise zur Beurteilung der Rechtmässigkeit von Datenbearbeitungen

- Vorliegen einer Einwilligung: Ist die Bearbeitung für die Betroffenen erkennbar (Art. 4 Abs. 4 revDSG) oder wurden sie hinreichend darüber informiert (Art. 7a revDSG) und entspricht die Einwilligung den Voraussetzungen nach Art. 4 Abs. 5 revDSG, so ist die darauf gestützte Datenbearbeitung zulässig.
- Überwiegende Interessen der Datenbearbeiter: Dass überwiegende Interessen der Datenbearbeiter bei der Beurteilung der Rechtmässigkeit zu berücksichtigen sind, ergibt sich bereits aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz. Dieser verlangt – auch bei Datenbearbeitungen durch Private – die Prüfung von Geeignetheit, Erforderlichkeit

sowie (im Rahmen der Prüfung des Verhältnisses von Bearbeitungszweck und –mitteln) die Abwägung der entgegenstehenden Interessen.

- Spezialgesetzlich geregelte Bearbeitung: Wenn eine spezialgesetzliche Rechtsgrundlage eine Bearbeitung von Personendaten vorsieht, so ist die Rechtmässigkeit der Bearbeitung weiterhin grundsätzlich gegeben. Das bringt schon der geltende Art. 4 Abs. 3 DSGVO zum Ausdruck, der bezüglich von Abweichungen vom Zweckbindungsgrundsatz spezialgesetzliche Bestimmungen vorbehält. Beispiele für solche spezialgesetzlichen Rechtsgrundlagen sind etwa die an Private gerichteten Mitteilungspflichten nach dem Konsumkreditgesetz², dem Epidemiengesetz³ oder dem Geldwäschereigesetz⁴.

R:\SVR\RSPM\Projekte\DSG Revision\Art. 12 Abs. 2 DSGVO Auslegungshilfe_3.doc

² Art. 25 ff. Bundesgesetz über den Konsumkredit, SR 221.214.1

³ Art. 27 Epidemiengesetz, SR 818.101

⁴ Art. 9 Geldwäschereigesetz, SR 955.0