SBV
SSE
SSIC
Schweizerischer Baumeisterverband
Société Suisse des Entrepreneurs
Società Svizzera degli Impresari-Costruttori
Societad Svizra dals Impressaris-Constructurs

Schweizerischer Gewerbeverband sgv
Dieter Kläy
Schwarztorstrasse 26
Postfach
3001 Bern

Zürich, 21. März 2017

Zirkular Nr. 193 / 2016
Stellungnahme zur Totalrevision des Datenschutzgesetzes

Sehr geehrter Herr Kläy

Mit Schreiben vom 22. Dezember 2016 laden Sie zur Stellungnahme zur Vernehmlassung betreffend Totalrevision des Datenschutzgesetzes ein. Gerne nutzen wir die Gelegenheit, uns mit folgender Stellungnahme an der Vernehmlassung zu beteiligen:

Der SBV beantragt aufgrund der Schaffung massiver Rechtsunsicherheit die Ablehnung der Totalrevision des Datenschutzgesetzes.

Der Schweizerische Baumeisterverband (SBV) begrüsst zwar die Stossrichtung, den Datenschutz technologieneutral an internationale Verhältnisse anzupassen. Die schnelllebige, technologische Realität verändert sich in regelmässigen Abständen, weswegen durchaus gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht. Jedoch lehnt der SBV insbesondere aufgrund der nachstehend aufgeführten Punkte die Totalrevision ab.

- **Die Ausweitungen der Pflichten von Personen welche Daten bearbeiten, sind unverhältnismässig und führen zu Rechtsunsicherheiten.**
- **Die Ausweitung der Kompetenzen des Datenschutzbeauftragten führen ebenso zu Rechtsunsicherheit.**

Weinbergstr. 49 Postfach 198 8042 Zürich Tel. 044 258 81 11 Fax 044 258 83 35 verband@baumeister.ch

1. Grundsätzliches

Wie der erläuternde Bericht unter Ziff. 1.3. darlegt, bestehe das Ziel der Revision in der Modernisierung des Datenschutzrechts, in der Anpassung an die rasante technologische Entwicklung, in der Förderung der Eigenverantwortung der verantwortlichen Personen sowie in der Erhaltung der Wettbewerbsfähigkeit des Landes. Dies sei im Datenschutzrecht umso notwendiger, da dieses von EU Richtlinien (Besonders EU 2016/679 und EU 2016/680) und internationalen Abkommen des Europarates (Übereinkommen SEV 108) direkt oder indirekt beeinflusst wird. Diese Anpassungen sind auch aus Unternehmersicht grundsätzlich zu begrüssen. Durch die Angleichung der gesetzlichen Regeln an EU Richtlinien wird insbesondere begriffliche Klarheit geschaffen, was vor allem für auf den EU Raum ausgerichtete Unternehmen nützlich erscheint.

Im Vordergrund der vorliegenden Revision steht deshalb das Anliegen, den Datenschutz an das europäische Recht und an internationale Abkommen anzugleichen. Von den vorgesehenen Änderungen sind, wie der erläuternde Bericht in Ziff. 1.7.2. erwähnt, alle in der Schweiz tätigen Unternehmen betroffen. Deshalb scheint es umso wichtiger, einzelne Punkte der Revision, insbesondere die Ausweitungen der Informationspflichten und den Ausbau der Kompetenzen des Datenschutzbeauftragten genauer zu prüfen.

2. Zu den wichtigsten Punkten

2.1 Empfehlung und Einhaltung der guten Praxis

Die vorliegende Gesetzesrevision sieht die Einführung neuer Art. 8 und 9 DSG vor:

Art. 8 Empfehlungen der guten Praxis

[1] Der Beauftragte erarbeitet Empfehlungen der guten Praxis, welche die Datenschutzvorschriften konkretisieren. Er zieht dazu die interessierten Kreise bei und berücksichtigt die Besonderheiten des jeweiligen Anwendungsbereichs sowie den Schutz von besonders schutzbedürftigen Personen.

[2] Der Verantwortliche sowie interessierte Kreise können die Empfehlungen des Beauftragten ergänzen oder eigene Empfehlungen der guten Praxis ausarbeiten. Sie können ihre Empfehlungen dem Beauftragten zur Genehmigung vorlegen. Sind die Empfehlungen mit den Datenschutzvorschriften vereinbar, genehmigt er sie.

[3] Er veröffentlicht die von ihm erarbeiteten sowie die von ihm genehmigten Empfehlungen der guten Praxis.

Art. 9 Einhaltung der Empfehlungen der guten Praxis

[1] Befolgt der Verantwortliche die Empfehlungen der guten Praxis, hält er diejenigen Datenschutzvorschriften ein, welche die Empfehlungen konkretisieren.

[2] Die Datenschutzvorschriften können auch auf andere Weise eingehalten werden, als in Empfehlungen der guten Praxis vorgesehen.

Bei diesen Empfehlungen der guten Praxis handelt es sich um ein gänzlich neues Instrument im Datenschutzbereich. Dem Datenschutzbeauftragten wird die Möglichkeit gegeben, mittels sog. Empfehlungen die Vorschriften des Datenschutzgesetzes zu konkretisieren.

Zwar besteht (noch) keine Pflicht, diese Empfehlungen einzuhalten, jedoch bleibt offen, wie denn die Datenschutzbestimmungen auf andere Weise als nach den Empfehlungen des Datenschutzbeauftragten eingehalten werden können.

Es ist zum heutigen Zeitpunkt völlig offen, wie die „gute Praxis" des Datenschutzbeauftragten aussehen wird und mit welchen Mitteln dieses Ziel zu erreichen ist. **Dies führt zu einer enormen Rechtsunsicherheit für alle Betroffenen.**

Antrag SBV: Die Einführung solcher Empfehlungen ist abzulehnen. Die Konkretisierung von Datenschutzbestimmungen sollte grundsätzlich nur über den vorgesehenen gesetzgeberischen Prozess und mittels Verordnung erfolgen. Dies war bis anhin mit der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 14. Juni 1993 (SR 235.11) der Fall.

2.2 Informationspflichten des Verantwortlichen

Die vorliegende Revision sieht weiter die Schaffung eines neuen Art. 13 DSG vor:

Art. 13 Informationspflicht bei der Beschaffung von Personendaten

[1] Der Verantwortliche informiert die betroffene Person über die Beschaffung von Personendaten; diese Informationspflicht gilt auch, wenn die Daten bei Dritten beschafft werden.

[2] Er teilt der betroffenen Person spätestens bei der Beschaffung diejenigen Informationen mit, die erforderlich sind, damit sie ihre Rechte nach diesem Gesetz geltend machen kann, und eine transparente Datenbearbeitung gewährleistet ist, insbesondere:

a. die Identität und die Kontaktdaten des Verantwortlichen;

b. die bearbeiteten Personendaten oder die Kategorien der bearbeiteten Personendaten;

c. den Zweck der Bearbeitung.

[3] Werden Personendaten Dritten bekanntgegeben, so teilt er der betroffenen Person zudem die Empfängerinnen und Empfänger oder die Kategorien der Empfängerinnen und Empfänger mit.

[4] Wird die Bearbeitung von Personendaten einem Auftragsbearbeiter übertragen, so teilt der Verantwortliche der betroffenen Person die Identität und Kontaktdaten des Auftragsbearbeiters sowie die Daten oder Kategorien von Daten, die er bearbeitet, mit.

[5] Werden die Personendaten nicht bei der betroffenen Person beschafft, so muss die betroffene Person spätestens bei der Speicherung der Daten informiert werden; werden die Daten nicht gespeichert, so muss die betroffene Person bei der ersten Bekanntgabe an Dritte informiert werden.

Vorgeschlagen wird hier die Zusammenführung bestehender Informationspflichten unter einem Artikel. Die im erläuternden Bericht unter Ziff. 8.1.3.1. aufgeführte Absicht, die Transparenz bei der Datenbearbeitung zu erhöhen und die betroffenen Personen besser zu schützen, ist an sich sehr zu begrüssen.

Im Gegensatz zu den geltenden Datenschutzbestimmungen, wo nur bei der Beschaffung besonders schützenswerter Personendaten eine Informationspflicht besteht, wird diese in der Vorlage auf die Beschaffung **sämtlicher Personendaten** ausgeweitet und ist **nicht mehr ausgewogen**. Durch die Ausweitung auf alle Personendaten müsste bei jeder Auskunft über eine betroffene Person eine Meldung an dieselbe erfolgen.

Der Begriff der Personendaten ist dabei ausserordentlich weit. Namen, als Namensersatz dienende Angaben, (äusserliche) körperliche Merkmale, (innere) geistige Zustände, Handlungen, Äusserungen, Verbindungen und Beziehungen usw. können dafür in Frage kommen. Aber auch Aussagen wie bspw.: „guter Mitarbeiter", „schwieriger Mensch", „treuer Kunde", „einfaches Gemüt" oder „Querulant" sind relevante Personendaten, sobald sich diese Aussagen auf eine Person beziehen oder beziehen lassen.

Der Werkvertrag beispielsweise sagt direkt etwas zum Objekt aus, indirekt aber auch zum Bauherrn (bspw. „besitzt eine Liegenschaft im Wert von ..."). Aus Sachdaten werden zudem häufig über die Verknüpfung mit Lokalisierungsdaten Personendaten. Nur schon die Angabe eines Namens mit einer Adresse kann den Personenbezug oder die Personenbeziehbarkeit herstellen.

Antrag SBV: Der Umfang der Informationspflicht gegenüber dem betroffenen Dritten ist nur schwer abschätzbar. Dies würde ebenfalls zu einer enormen Rechtsunsicherheit führen. **Die Ausweitung auf sämtliche Personendaten muss daher abgelehnt werden.**

2.3 Datenschutz-Folgenabschätzung

Die vorliegende Gesetzesrevision sieht weiter die Einführung eines neuen Art. 16 DSG vor:

Art. 16 Datenschutz-Folgenabschätzung

[1] Führt die vorgesehene Datenbearbeitung voraussichtlich zu einem erhöhten Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person, so muss der Verantwortliche oder der Auftragsbearbeiter vorgängig eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchführen.

[2] Die Datenschutz-Folgenabschätzung umschreibt die geplante Bearbeitung, die Risiken für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person sowie die Massnahmen, die vorgesehen sind, um das Risiko einer Verletzung der Persönlichkeit oder der Grundrechte der betroffenen Person zu verringern.

[3] Der Verantwortliche oder der Auftragsbearbeiter benachrichtigt den Beauftragten über das Ergebnis der Datenschutz-Folgenabschätzung und die vorgesehenen Massnahmen.

[4] Hat der Beauftragte Einwände gegen die vorgesehenen Massnahmen, so teilt er dies dem Verantwortlichen oder dem Auftragsbearbeiter innerhalb von drei Monaten nach Erhalt aller erforderlichen Informationen mit.

Gemäss Ziff. 8.1.3.4. ist immer dann ein erhöhtes Risiko für die Persönlichkeit einer betroffenen Person gegeben, wenn besonders schützenswerte Daten (gem. Art. 3 lit. c Entwurf DSG) betroffen sind. Dies würde grundsätzlich dazu führen, dass jeder Arbeitgeber, welcher ein Personaldossier führt und darin bspw. Gesundheitsdaten oder Vermerke über gewerkschaftliche Zugehörigkeiten aufnimmt oder aufnehmen könnte, eine umfassende Datenschutz-Folgenabschätzung durchführen muss. Ein Verstoss gegen die Erstellung einer Folgenabschätzung kann zudem mit Strafen bis zu CHF 500'000.00 sanktioniert werden (Art. 50 Abs. 1 lit. c DSG).

Der Entwurf lässt dabei offen, wie detailliert diese Folgenabschätzung auszusehen hat und nennt nur die wesentlichsten inhaltlichen Eckpunkte. Grundsätzlich lässt sich allerdings festhalten, dass diese Folgenabschätzung zu einem enormen Mehraufwand für betroffene Unternehmen führen kann. Es ist zudem fraglich ob der Aufwand einer solchen Folgenabschätzung überhaupt in einem vernünftigen Verhältnis zum damit erreichten Schutz der betroffenen Person steht. Es bleibt deshalb fraglich, ob der derart starke Eingriff wirklich gerechtfertigt ist.

Antrag SBV: Die Datenschutz-Folgenabschätzung ist aufgrund des damit einhergehenden, unvernünftigen Mehraufwandes im Verhältnis zum damit erreichten Schutz der betroffenen Person abzulehnen.

2.4 Datenschutz durch Technik

Die vorliegende Gesetzesrevision sieht weiter die Einführung eines neuen Art. 18 DSG vor:

> **Art. 18 Datenschutz durch Technik und datenschutzfreundliche Voreinstellungen**
>
> [1] Der Verantwortliche und der Auftragsbearbeiter sind verpflichtet, angemessene Massnahmen zu treffen, die ab dem Zeitpunkt der Planung der Datenbearbeitung das Risiko von Verletzungen der Persönlichkeit oder der Grundrechte verringern und solchen Verletzungen vorbeugen.
>
> [2] Sie sind darüber hinaus verpflichtet, mittels geeigneter Voreinstellungen sicherzustellen, dass standardmässig nur diejenigen Personendaten bearbeitet werden, die für den jeweiligen Verwendungszweck erforderlich sind.

Die Grundidee dieses Artikels basiert darauf, dass der Datenschutz durch technische Vorkehrungen so ausgestaltet wird, dass ein Verstoss gegen Datenschutzvorschriften ausgeschlossen oder zumindest erheblich verringert werden kann. Die Grundidee ist grundsätzlich zu begrüssen.

Der Artikel lässt jedoch offen, welche technischen Mittel geeignet sein sollen und ab welchem Zeitpunkt das Risiko effektiv minimiert werden kann. Wiederum können hier sämtliche Personaldossiers, welche besonders schützenswerte Daten enthalten, als Beispiel angeführt werden. Diese Daten müssten besonders geschützt werden und das dafür nötige technische Equipment müsste regelmässig ersetzt und auf den neusten Stand angepasst werden.

Antrag SBV: Die zu erwartenden **massiven Investitionen** dürften wiederum **in keinem Verhältnis zum nötigen Schutz der Daten** stehen. Die vorgesehene Pflicht lässt sich daher nicht rechtfertigen und **ist daher abzulehnen**.

2.5 Untersuchungen

Die vorliegende Gesetzesrevision sieht weiter die Einführung von neu Art. 41 und neu Art. 42 DSG vor:

Art. 41 Untersuchung

[1] Der Beauftragte kann von Amtes wegen oder auf Anzeige hin eine Untersuchung gegen ein Bundesorgan oder eine private Person eröffnen, wenn Anzeichen bestehen, dass eine Datenbearbeitung gegen die Datenschutzvorschriften verstossen könnte.

[2] Das Bundesorgan oder die private Person erteilt dem Beauftragten die von ihm verlangten Auskünfte und stellen ihm alle für die Untersuchung notwendigen Unterlagen zur Verfügung. Das Auskunftsverweigerungsrecht richtet sich nach den Artikeln 16 und 17 des Verwaltungsverfahrensgesetzes.

[3] Kommt das Bundesorgan oder die private Person der Mitwirkungspflicht nicht nach und hat der Beauftragte vergeblich versucht, Auskünfte und Unterlagen einzuholen, so kann der Beauftragte im Rahmen einer Untersuchung:
a. ohne Vorankündigung Räumlichkeiten inspizieren;
b. Zugang zu allen notwendigen Daten und Informationen verlangen.

[4] Ausserhalb eines Untersuchungsverfahrens darf der Beauftragte überprüfen, ob private Personen oder Bundesorgane die Datenschutzvorschriften einhalten und sie beraten.

[5] Wenn die betroffene Person Anzeige erstattet hat, informiert der Beauftragte sie über sein weiteres Vorgehen und das Ergebnis einer allfälligen Untersuchung.

Neben der Kompetenz eine Untersuchung zu eröffnen, wenn Anzeichen für Verletzungen des Datenschutzes vorliegen, erhält der Datenschutzbeauftragte in Abs. 4 zudem die Kompetenz auch ausserhalb eines Verfahrens Überprüfungen durchzuführen. Diese Überprüfungen kann der Datenschutzbeauftragte ohne konkrete Hinweise und nach seinem eigenen Gutdünken durchführen. Es handelt sich hierbei um nichts anderes als sog. „Fishing expeditions".

Antrag SBV: So erstrebenswert das Ziel eines funktionierenden Datenschutzes auch sein mag, so sind **Kontroll- und Überwachungsmassnahmen abzulehnen, welche ohne Voraussetzungen und ohne geregeltes Verfahren möglich sind.**

2.6 Vorsorgliche Massnahmen

Die vorliegende Gesetzesrevision sieht weiter die Anpassung von Art. 42 DSG vor:

Art. 42 Vorsorgliche Massnahmen

[1] Der Beauftragte kann vorsorgliche Massnahmen verfügen, um einen bestehenden Zustand aufrechtzuerhalten, gefährdete rechtliche Interessen zu schützen oder Beweismittel zu sichern.

[2] Für die Vollstreckung vorsorglicher Massnahmen kann der Beauftragte andere Bundesbehörden sowie die kantonalen und kommunalen Polizeibehörden beiziehen.

Bislang mussten vorsorgliche Massnahmen vom Datenschutzbeauftragten beim Bundesverwaltungsgericht beantragt werden. Die Massnahmen waren damit jeweils durch eine unabhängige Instanz auf ihre Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit geprüft worden.

Die neue Vorlage sieht hingegen vor, dass der Datenschutzbeauftragte direkt selbst vorsorgliche Massnahmen erlassen kann.

Antrag SBV: Damit entfällt die Überprüfung durch eine unabhängige, gerichtliche Instanz, was zu weiterer **Rechtsunsicherheit** führt. Es bleibt hier mehr als **fraglich, ob** ein derart starker Eingriff und eine derartige Kompetenz des Datenschutzbeauftragten wirklich **gerechtfertigt** ist. Dies ist daher **abzulehnen**.

3. Fazit

Der SBV begrüsst die Bestrebungen, das Datenschutzrecht zu modernisieren und an die heutigen, schnelllebigen Realitäten anzupassen. Die vorliegende Revision ist allerdings nicht der richtige Weg. Durch Ausweitung des Datenschutzes, unbestimmten Pflichten der Verantwortlichen und der Kompetenzen des Datenschutzbeauftragten werden Rechtsunsicherheiten geschaffen, welche letztlich eine Schwächung des Wirtschaftsstandortes Schweiz nach sich ziehen könnten.

Wir danken Ihnen, dass Sie unsere Anträge, Bemerkungen und Begründungen berücksichtigen. Für weitere Fragen und Konsultationen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
Schweizerischer Baumeisterverband

Patrick Hauser
Vizedirektor
Leiter Dept. Unternehmung + Dienstleistungen

Romina Harast
Leiterin Rechtsdienst