

## **Zu den völker- und europarechtlichen Rahmenbedingungen der Revision des Datenschutzgesetzes**

*Astrid Epiney*

**Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:**  
*Astrid Epiney, Zu den völker- und europarechtlichen Rahmenbedingungen der Revision des Datenschutzgesetzes, in: Astrid Epiney/Patrick Hobi (Hrsg.), Die Revision des Datenschutzgesetzes / La révision de la Loi sur la protection des données, Zürich 2009, S. 1-28. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.*

### **A. Einleitung**

Die Revision des Datenschutzgesetzes ist auch vor dem Hintergrund der Sicherstellung der Kompatibilität des Datenschutzgesetzes (DSG) mit den Vorgaben des Zusatzprotokolls zur Europaratskonvention<sup>1</sup> zu sehen; hingegen war es nicht grundsätzlich Ziel der Revision, das schweizerische Recht in allen Punkten mit den in der Europäischen Union bzw. der Europäischen Gemeinschaft geltenden rechtlichen Vorgaben in Einklang zu bringen und damit „europarechtskonform“ auszugestalten,<sup>2</sup> wenn auch nicht zu verkennen ist, dass einige Aspekte der Revision – insbesondere die Stärkung von Rolle und Unabhängigkeit des EDÖB, die Informationspflicht bei der Erhebung von besonders schützenswerten Daten und Persönlichkeitsprofilen sowie die Forderung der Erkennbarkeit der Datenerhebung für die betroffenen Personen – zu einer (weiteren) Annäherung geführt haben.

---

<sup>1</sup> Der Volltext des Protokolls ist im Internet unter <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/181.htm> abrufbar. Eine deutsche Version ist unter <http://www.conventions.coe.int/Treaty/ger/Treaties/Html/181.htm> abrufbar.

<sup>2</sup> Vgl. die Ausführungen in der Botschaft zur Revision des DSG BBl 2003 2101 (2105 ff., 2110, 2117).

Vor diesem Hintergrund geht es im Folgenden darum, die Revision des Gesetzes und damit den *status quo* des schweizerischen Datenschutzrechts (auf Bundesebene) in Bezug zu den geltenden völker- und europarechtlichen Rahmenbedingungen zu setzen, wobei der Akzent auf den Konvergenzen und Divergenzen des Datenschutzgesetzes mit der RL 95/46 (Datenschutzrichtlinie der EG<sup>3</sup>) liegen wird (C.), während auf das Zusatzprotokoll zur Europaratskonvention nur kurz eingegangen wird (B.). Der Beitrag schliesst mit einer kurzen Schlussbemerkung (D.).

Dabei stützen sich die folgenden Ausführungen wesentlich auf die Ergebnisse eines durch den schweizerischen Nationalfonds geförderten Forschungsprojekts zur Thematik des Datenschutzrechts in der Europäischen Union und seiner Relevanz zur Schweiz, die Gegenstand eigener Veröffentlichungen sind bzw. waren<sup>4</sup>, an die sich der vorliegende Beitrag weitgehend anlehnt.

## **B. Zum Zusatzprotokoll des Europarates**

Ein bedeutender Schritt der Weiterentwicklung der im Rahmen des Europarates erarbeiteten Datenschutzkonvention (DSK) von 1981<sup>5</sup> erfolgte am 8.11.2001 mit der Unterzeichnung des Zusatzprotokolls (ZP) Nr. 181<sup>6</sup>, das zwei Lücken bzw. Defizite der Konvention<sup>7</sup> zu beheben versucht und am 1.7.2004 in Kraft getreten ist.

---

<sup>3</sup> Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281 v. 23.11.1995, 31.

<sup>4</sup> Vgl. *Astrid Epiney/Bernhard Hofstötter/Annekathrin Meier/Sarah Theuerkauf*, Schweizerisches Datenschutzrecht vor europa- und völkerrechtlichen Herausforderungen. Zur rechtlichen Tragweite der europa- und völkerrechtlichen Vorgaben und ihren Implikationen für die Schweiz, 2007; *Astrid Epiney/Sarah Theuerkauf*, Datenschutz in Europa – Überblick und Implikationen in den Bilateralen II, in: *Epiney/Theuerkauf* (Hrsg.), *Datenschutz in Europa und die Schweiz / La protection des données en Europe et la Suisse*, 2006, 45 ff.

<sup>5</sup> Konvention Nr. 108 zum Schutz des Einzelnen im Hinblick auf die automatische Verarbeitung personenbezogener Daten (Europäische Datenschutzkonvention, DSK). Die Konvention ist unter [www.conventions.coe.int/](http://www.conventions.coe.int/) im Internet abrufbar. Eine deutsche Übersetzung ist abgedruckt in *EuGRZ* 1981, 378.

<sup>6</sup> Der Volltext des Protokolls ist im Internet unter <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/181.htm> abrufbar. Eine deutsche Version ist unter <http://www.conventions.coe.int/Treaty/ger/Treaties/Html/181.htm> abrufbar.

Derzeit haben 16 Staaten das Protokoll Nr. 181 ratifiziert, weitere 16 haben es bislang lediglich unterzeichnet.<sup>8</sup> Nach den erforderlichen fünf Ratifikationen konnte es damit am 1.7.2004 in Kraft treten.

Die Schweiz hat das Protokoll am 17.10.2002 unterzeichnet und im Zuge der Revision des Bundesgesetzes über den Datenschutz am XXX<sup>9</sup> ratifiziert.

Das Protokoll enthält im Verhältnis zur Datenschutzkonvention zwei „Kategorien“ neuer Verpflichtungen.<sup>10</sup>

- Als erstes sieht es – letztlich in der Anlage parallel zu Art. 28 RL 95/46 – die Einrichtung unabhängiger nationaler Kontrollstellen vor, die darüber wachen, dass die im Vollzug des Übereinkommens und des Zusatzprotokolls erlassenen Gesetze und Vorschriften eingehalten werden (Art. 1 Abs. 1 ZP). Den Kontrollstellen sollen insbesondere Untersuchungs-, Interventions- und Klagerechte zustehen, so dass ihnen letztlich gegenüber öffentlichen Stellen und Privaten Weisungsbefugnisse zukommen. Ausserdem soll ihnen eine Anzeigebefugnis eingeräumt werden, um Verletzungen der Datenschutzkonvention und des Zusatzprotokolls den zuständigen Justizbehörden zur Kenntnis zu bringen (Art. 1 Abs. 2 lit. a ZP).<sup>11</sup>

Jede Kontrollstelle soll im Rahmen ihrer Zuständigkeiten Ansprüche, die von Personen in Bezug auf die Wahrung ihrer Rechte und Grundfreiheiten betreffend die Verarbeitung personenbezogener Daten geltend gemacht werden, behandeln (Art. 1 Abs. 2 lit. b ZP).

Gegen belastende Entscheidungen der Kontrollstellen steht der Rechtsweg offen (Art. 1 Abs. 4 ZP). Zudem sollen die Kontrollstellen miteinander kooperieren und alle sachdienlichen Informationen austauschen (Art. 1 Abs. 5 ZP).

---

<sup>7</sup> Zur DSK und ihrer Bewertung m.w.N. *Epiney/Hofstötter/Meier/Theuerkauf*, Schweizerisches Datenschutzrecht (Fn. 4), 50 ff.

<sup>8</sup> Stand: 10.7.2007. Im Internet ist der jeweilige Stand der Ratifikationen unter <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=181&CM=8&DF=4/5/05&CL=ENG> abrufbar.

<sup>9</sup> Vgl.

<sup>10</sup> Vgl. zum Inhalt des Protokolls *Gerri Hornung*, Die Fortentwicklung des datenschutzrechtlichen Regelungssystems des Europarates, DuD 2004, 719 (720 ff.).

<sup>11</sup> Zur Tragweite dieser Verpflichtung, Kontrollstellen einzurichten, etwa *Spiros Simitis*, in: Spiros Simitis et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 6. Aufl., 2006, Einleitung, Rz. 164.

- Zweitens wird die grenzüberschreitende Datenübermittlung an Drittstaaten geregelt (Art. 2 ZP). Diese ist nach Art. 2 Abs. 1 ZP nur gestattet, wenn der Empfängerstaat oder die empfangende internationale Organisation ein angemessenes Datenschutzniveau aufzuweisen hat. Allerdings wird dieser Grundsatz sogleich wieder eingeschränkt: Nach Art. 2 Abs. 2 ZP darf eine Konventionspartei die Datenweitergabe erlauben, wenn nationales Recht dies aufgrund spezifischer Interessen des Datensubjekts oder berechtigter überwiegender Interessen, vornehmlich wichtiger öffentlicher Interessen, vorsieht (Art. 2 Abs. 2 lit. a ZP) oder wenn Sicherungsmassnahmen, die sich insbesondere aus vertraglichen Klauseln ergeben können, durch den für den Datentransfer Verantwortlichen gewährleistet werden und durch die zuständigen Behörden in Übereinstimmung mit dem internen Recht als angemessen erachtet werden (Art. 2 Abs. 2 lit. b ZP).

Diese Regelung betreffend die grenzüberschreitende Datenübermittlung an Drittstaaten ist zwar grundsätzlich zu begrüßen; eine wirkliche Harmonisierung sowie ein effektiver Schutz der Betroffenen dürfte damit jedoch nur ansatzweise sichergestellt werden können, da die Ausnahmeklauseln in Art. 2 Abs. 2 Zusatzprotokoll denkbar weit und teilweise unbestimmt formuliert sind. Besonders zu erwähnen ist die relativ pauschale Ausnahmebestimmung, wonach bei Vorliegen berechtigter öffentlicher Interessen allgemein eine Weitergabe personenbezogener Daten möglich sein soll. Eine Definition oder auch nur annähernde Umschreibung, was unter solchen berechtigten öffentlichen Interessen zu verstehen ist, unterbleibt jedoch, so dass den Vertragsstaaten hier ein denkbar weiter Gestaltungsspielraum bleibt.

Die Revision des Datenschutzgesetzes trägt diesen Vorgaben insgesamt Rechnung: Nach Art. 26 Abs. 2 DSG ist der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) neu nicht mehr dem EJPD, sondern der Bundeskanzlei administrativ zugeordnet, und Art. 26 Abs. 3 DSG präzisiert, dass er auch über ein eigenes Budget verfügt. Neu wird in Art. 27 Abs. 6 DSG ein Beschwerderecht des EDÖB gegen die Verfügungen, die die Befolgung seiner Empfehlungen ablehnen, verankert.

### **C. Zur RL 95/46 – Konvergenzen und Divergenzen mit dem DSG**

Angesichts des Umstandes, dass die Revision des Datenschutzgesetzes – wie erwähnt<sup>12</sup> – gerade nicht anstrebte, eine in allen Punkten mit den Vorgaben der RL 95/46 in Einklang stehende Rechtslage zu schaffen, interessiert im Folgenden in erster Linie die Frage, ob und inwieweit damit (nach wie vor) gewisse Aspekte des Datenschutzgesetzes den Anforderungen der RL 95/46 nicht entsprechen.

Dabei sind ggf. in erster Linie diejenigen Aspekte problematisch, bei denen das schweizerische Recht (möglicherweise) hinter den Anforderungen der RL 95/46 zurückbleibt, spricht doch Vieles dafür, die Vorgaben der RL 95/46 als Mindestvorgaben auszulegen, sieht man einmal von den Bestimmungen über den freien Datenverkehr ab.<sup>13</sup>

Die Beschränkung bzw. das Herausgreifen möglicher Divergenzen zwischen dem Datenschutzgesetz einerseits und der RL 95/46 andererseits soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Datenschutzgesetz insgesamt in Grundausrichtung und Ausgestaltung mit den Vorgaben der RL 95/46 in Einklang steht.<sup>14</sup>

Dies gilt insbesondere auf der Grundlage der Revision des DSG: Denn diese verstärkt die Unabhängigkeit des EDÖB und erweitert seine Kompetenzen insbesondere in Bezug auf den gerichtlichen Zugang, trägt aber auch in eini-

---

<sup>12</sup> S.o. A.

<sup>13</sup> A.A. aber offenbar EuGH, Rs. C-101/01 (Lindqvist), Slg. 2003, I-12971, Rn. 95 f. Zur Problematik ausführlich *Epiney/Theuerkauf*, in: *Datenschutz in Europa und die Schweiz* (Fn. 4), 45 (67 ff.).

<sup>14</sup> So hat die Europäische Kommission der Schweiz schon im Jahr 2000 bescheinigt, dass sie insgesamt ein der EG gleichwertiges Datenschutzniveau aufweise, vgl. Entscheidung 2000/518 der Kommission vom 26. Juli 2000 gemäss der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Angemessenheit des Schutzes personenbezogener Daten in der Schweiz, ABl. 2000 L 215, 1. Vgl. *Simone Füzesséry Minelli/Stephan Brunner*, *La protection des données et les Accords Schengen/Dublin*, in: Christine Kaddous/Monique Jametti Greiner (Hrsg.), *Accords bilatéraux II Suisse – UE et autres accords récents / Bilaterale Abkommen II Schweiz-EU und andere neue Abkommen*, 2006, 425 (436). Zu den insgesamt weit überwiegenden Konvergenzen der RL 95/46 und des DSG auch etwa *Alain Brun*, *La directive européenne relative à la protection des données: convergences et divergences*, in: Astrid Epiney/Marianne Freiermuth (Hrsg.), *Datenschutz in der Schweiz und in Europa – La protection des données en Suisse et en Europe*, 1999, 11 ff.; *Rainer Schweizer*, in: *Datenschutz in der Schweiz und in Europa*, in: Astrid Epiney/Marianne Freiermuth (Hrsg.), *Datenschutz in der Schweiz und in Europa – La protection des données en Suisse et en Europe*, 1999, 25 (41 ff.).

gen anderen Punkten den Vorgaben der RL 95/46 Rechnung,<sup>15</sup> so dass sie insgesamt zu einer (weiteren) Annäherung des DSG an die RL 95/46 führt.

Nachdrücklich hinzuweisen ist auf den Umstand, dass mit Inkrafttreten der Revision des DSG der EDÖB – insbesondere durch die Einräumung einer Beschwerdebefugnis (Art. 27 Abs. 6 DSG) – nunmehr den in Art. 28 RL 95/46 formulierten (Mindest-) Anforderungen an eine unabhängige Kontrollstelle entspricht. Der Umstand, dass der EDÖB vom Bundesrat – also der Exekutive – gewählt wird, steht der Unabhängigkeit als solcher nicht entgegen, sind doch ansonsten hinreichende Garantien für seine Unabhängigkeit in Art. 26 ff. DSG vorgesehen.<sup>16</sup>

Diese insgesamt somit überwiegenden Konvergenzen sind insbesondere vor dem Hintergrund zu sehen, dass sich sowohl die RL 95/46 als auch das DSG an der DSK und ihrem Zusatzprotokoll orientieren, so dass es hier letztlich auch um eine „Harmonisierung“ des Gemeinschaftsrechts und des schweizerischen Rechts über den Abschluss multilateraler völkerrechtlicher Verträge, an denen sowohl die EG bzw. ihre Mitgliedstaaten als auch die Schweiz beteiligt sind, geht.<sup>17</sup>

Allerdings sind einzelne Bereiche zu erwähnen, in denen das DSG an die Vorgaben der RL 95/46 angepasst werden müsste bzw. in denen die Vereinbarkeit der Regelung im DSG mit der RL 95/46 fraglich sein könnte, die im Folgenden erörtert werden sollen.<sup>18</sup> Im Folgenden sollen –

---

<sup>15</sup> Vgl. den Überblick über die Neuerungen bei *Epiney/Hofstötter/Meier/Theuerkauf*, Schweizerisches Datenschutzrecht (Fn. 4), 226 ff.

<sup>16</sup> Ähnlich auch mit Bezug zu kantonalen Kontrollstellen *Beat Rudin/Bruno Baeriswyl*, „Schengen“ und der Datenschutz in den Kantonen: Anforderungen – Beurteilung – Handlungsbedarf, in: Astrid Epiney/Sarah Theuerkauf (Hrsg.), *Datenschutz in Europa und die Schweiz / La protection des données en Europe et la Suisse*, 2006, 169 (193 f.).

<sup>17</sup> Zu dieser Form der „Anpassung“ des schweizerischen Rechts an das Gemeinschaftsrecht etwa *Astrid Epiney/Nathalie Schneider*, Zu den Implikationen des gemeinschaftlichen Umweltrechts in der Schweiz, *EurUP* 2004, 252 (258 ff.).

<sup>18</sup> Wobei jedoch der Bereich der grenzüberschreitenden Datenübermittlung ausgespart werden soll, ist dieser Thematik doch ein eigener Beitrag in diesem Band gewidmet, vgl. den Beitrag von *Jean-Philippe Walter* (in diesem Band). S. ansonsten zu den Konvergenzen und Divergenzen in diesem Bereich die Bemerkungen bei *Epiney/Hofstötter/Meier/Theuerkauf*, Schweizerisches Datenschutzrecht (Fn. 4), 286 f.; von Bedeutung ist hier, dass das DSG in Bezug auf diese Frage letztlich strengere Datenschutzbestimmungen als die RL 95/46 – deren Zielsetzung eben auch der freie Datenverkehr ist – vorsieht, so dass auf der Grundlage der RL 95/46 eine grenzüberschreitende Datenübermittlung in Fällen zu gestatten sein kann, in denen dies nach dem DSG nicht möglich bzw. zulässig wäre.

aufbauend auf die bereits durchgeführten Untersuchungen<sup>19</sup> – diese Aspekte herausgegriffen werden,<sup>20</sup> während auf einen (nochmaligen) Überblick über die RL 95/46 verzichtet wird;<sup>21</sup> ebensowenig soll (nochmals) das Datenschutzgesetz zusammenfassend dargestellt werden.<sup>22</sup>

Auch wenn man davon ausgeht, dass die Vorgaben der RL 95/46 nicht umfassend im Rahmen der Bilateralen II zu beachten sind,<sup>23</sup> ist die Frage nach den Konvergenzen und insbesondere Divergenzen des Datenschutzgesetzes im Verhältnis zur RL 95/46 jedenfalls von Bedeutung: Erstens ist es aus rechtsvergleichender Sicht interessant, inwiefern sich die nationalen Regelungen von denjenigen Regelungen, die in immerhin 27 europäischen Staaten zum Zuge kommen, unterscheiden, und zweitens vermögen sie den Anpassungsbedarf des schweizerischen Rechts in diesem Bereich im Falle eines EU-Beitritts der Schweiz aufzuzeigen.

Bei der Frage, ob und inwieweit einzelne Aspekte des Datenschutzgesetzes den Vorgaben der RL 95/46 (nicht) Rechnung tragen, ist jedenfalls zu berücksichtigen, dass die RL 95/46 selbst den Mitgliedstaaten aufgrund der teilweise eher offenen Formulierungen und der durch einzelne Bestimmungen der RL 95/46 ausdrücklich eröffneten „Abweichungsmöglichkeiten“ einen relativ weiten Gestaltungsspielraum einräumt, so dass letztlich eine ganze Bandbreite nationaler (Umsetzungs-) Regelungen mit den Vorgaben der RL 95/46 in Einklang stehen kann.<sup>24</sup>

## I. Sachlicher Anwendungsbereich

---

<sup>19</sup> Vgl. die Nachweise in Fn. 4.

<sup>20</sup> Dabei folgt die Analyse im Wesentlichen den Ausführungen in *Epiney/Hofstötter/Meier/Theuerkauf*, Schweizerisches Datenschutzrecht (Fn. 4), 278 ff.

<sup>21</sup> Für einen Überblick über die Vorgaben der RL 95/46 m.w.N. *Epiney/Theuerkauf*, in: *Datenschutz in Europa und die Schweiz* (Fn. 4), 45 (54 ff.); *Epiney/Hofstötter/Meier/Theuerkauf*, Schweizerisches Datenschutzrecht (Fn. 4), 89 ff.

<sup>22</sup> Hierzu m.w.N. *Epiney/Hofstötter/Meier/Theuerkauf*, Schweizerisches Datenschutzrecht (Fn. 4), 225 ff. Spezifisch zur Revision *Bertil Cottier*, *La révision de la loi fédérale sur la protection des données : mieux vaut tard que jamais*, Jusletter, 17. Dezember 2007; *Christian Drechsler*, *Die Revision des Datenschutzrechts*, AJP 2007, 1471 ff.

<sup>23</sup> Zu dieser Problematik ausführlich *Epiney/Hofstötter/Meier/Theuerkauf*, Schweizerisches Datenschutzrecht (Fn. 4), 265 ff.; *Astrid Epiney*, *Datenschutz und „Bilaterale II“*, SJZ 2006, 121 ff.

<sup>24</sup> Vgl. hierzu *Epiney/Hofstötter/Meier/Theuerkauf*, Schweizerisches Datenschutzrecht (Fn. 4), 89 ff., 135 ff.

Der sachliche Anwendungsbereich der RL 95/46<sup>25</sup> erstreckt sich nach Art. 3 RL 95/46 auf die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie auf die nicht automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einer Datei gespeichert sind oder gespeichert werden sollen. Damit ist der Anwendungsbereich insgesamt recht weit,<sup>26</sup> dies letztlich ebenso wie der Anwendungsbereich des Datenschutzgesetzes, das allgemein für das Bearbeiten natürlicher und juristischer Personen (durch Private oder Bundesbehörden) einschlägig ist. Art. 3 Abs. 2 RL 95/46 sieht aber mehrere Ausnahmen vom Anwendungsbereich der RL 95/46 vor, die in zwei Kategorien unterteilt werden können,<sup>27</sup> wobei diese Ausnahmetatbestände aber eng auszulegen sind.<sup>28</sup>

- Zunächst sind nur Tätigkeiten erfasst, die in den Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts fallen.<sup>29</sup> Demnach sind insbesondere die Bearbeitungsvorgänge ausgeschlossen, die unter die Titel V (Bestimmungen über die Gemeinsame Aussen- und Sicherheitspolitik) und Titel VI (Bestimmungen über die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen) des EU-Vertrages fallen.<sup>30</sup> Weiter wird eine Anwendung der Richtlinie „auf Verarbeitungen betreffend die öffentliche Sicherheit, die Landesverteidigung, die Sicherheit des Staates (einschliesslich seines wirtschaftlichen Wohls, wenn die

---

<sup>25</sup> Zum persönlichen und räumlichen Anwendungsbereich der Richtlinie, auf die hier nicht im Einzelnen eingegangen werden soll, *Epiney/Hofstötter/Meier/Theuerkauf*, Schweizerisches Datenschutzrecht (Fn. 4), 92, 100 ff. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass sich das DSG nur auf die Datenverarbeitung durch Private und Bundesbehörden bezieht (Art. 2 Abs. 1 DSG), so dass eine vollständige „Umsetzung“ der Vorgaben der RL 95/46 von vornherein entsprechende kantonale Regelungen für die Datenbearbeitung durch kantonale Behörden impliziert.

<sup>26</sup> Vgl. im Einzelnen *Epiney/Hofstötter/Meier/Theuerkauf*, Schweizerisches Datenschutzrecht (Fn. 4), 93 ff.

<sup>27</sup> Vgl. *Eugen Ehmann/Markus Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie, Kurzkomentar, 1999, Art. 3, Rz. 17.

<sup>28</sup> Vgl. *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 27), Art. 3, Rz. 29.

<sup>29</sup> Hierzu *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 27), Art. 3, Rz. 18; *Ulrich Dammann/Spiros Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, Kommentar, 1997, Art. 3 Rz. 6.

<sup>30</sup> Dieser Ausnahme kann jedenfalls nicht entnommen werden, dass ein grenzüberschreitender Bezug notwendig ist. Vgl. EuGH, Rs. C-101/01 (Lindqvist), Slg. 2003, I-12971, Rz. 41 ff.; hierzu auch *Birte Siemen*, Grundrechtsschutz durch Richtlinien – die Fälle Österreichischer Rundfunk u.a. und Lindqvist, EuR 2004, 306 (312 f., 321).

Verarbeitung die Sicherheit des Staates berührt) und die Tätigkeiten des Staates im strafrechtlichen Bereich“ ausgeschlossen.<sup>31</sup> Im Falle einer Ausweitung des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts bleiben also die genannten Gebiete „*domaine réservé*“ der Mitgliedstaaten.<sup>32</sup>

- Zweitens kommt die Richtlinie bei der Verarbeitung zu ausschliesslich persönlichen oder familiären Tätigkeiten nicht zum Zuge.

In diesen besteht keine Gefahr für grundrechtliche Positionen Dritter, so dass Regelungskompetenz und Schutzbefugnis des Staates bzw. der EU hier enden sollen.<sup>33</sup> Zuzugeben ist aber, dass der Begriff der persönlichen oder familiären Aktivitäten unscharf ist, so dass die Grenze teilweise schwierig zu ziehen sein wird. Jedenfalls sollte diese Ausnahme im Hinblick auf den Schutzzweck der Richtlinie restriktiv ausgelegt werden,<sup>34</sup> so dass sie keinesfalls mit dem Erfordernis einer wirtschaftlichen Tätigkeit gleichgesetzt werden kann.<sup>35</sup> Weiter fällt eine Veröffentlichung auf dem Internet jedenfalls nicht unter diese Ausnahme, da diese impliziert, dass die Daten einer unbeschränkten Anzahl von Personen zugänglich gemacht werden.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> Hierzu *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 29), Art. 3, Rz. 6; *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 27), Art. 3, Rz. 18.

<sup>32</sup> Vgl. *Alexander Viethen*, Datenschutz als Aufgabe der EG – Bestandsaufnahme des datenschutzspezifischen Sekundärrechts und Analyse anhand der Kompetenzordnung des EG-Vertrages, 2003, 40; *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 29), Art. 3, Rz. 6; *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 27), Art. 3, Rz. 16 ff. Zur Reichweite dieser Ausnahme EuGH, verb. Rs. C-317, 318/04 (Parlament u.a./Rat und Kommission u.a.), Slg. 2006, I-4721.

<sup>33</sup> Vgl. *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 27), Art. 3, Rz. 23.

<sup>34</sup> Ebenso *Simitis*, in: Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz (Fn. 11), Einleitung, Rz. 224; *Johanna Kübler*, Die Säulen der Europäischen Union: Einheitliche Grundrechte? – Zur Grundrechtsdifferenz zwischen der ersten und dritten Säule am Beispiel des Datenschutzes, 2002, 64. I. Erg. auch EuGH, Rs. C-101/01 (Lindqvist), Slg. 2003, I-12971, Rz. 46 ff.

<sup>35</sup> So i.Erg. auch EuGH, Rs. C-101/01 (Lindqvist), Slg. 2003, I-12971, Rz. 46 ff. S. auch *Christoph von Burgsdorff*, Die Umsetzung der EG-Datenschutzrichtlinie im nicht-öffentlichen Bereich, 2003, 53, der die Ansicht vertritt, dass es sinnvoll gewesen wäre, weitere Ausnahmetatbestände für Organisationen, die ohne Gewinnerzielungsabsicht arbeiten, einzuführen. Dies hätte aber zu kaum überschaubaren Abgrenzungsproblemen geführt und letztlich die Gefahr mit sich gebracht, dass durchaus sensible Bereiche vom Geltungsbereich der RL 95/46 ausgeschlossen wären.

<sup>36</sup> EuGH, Rs. C-101/01 (Lindqvist), Slg. 2003, I-12971, Rz. 46 ff. S. auch *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 29), Art. 3, Rz. 8, die darauf hinweisen, dass die Ausnahme dann nicht greifen könne, wenn die Daten einer unbestimmten Zahl von Personen zugänglich gemacht werden.

Vereine und Gruppen sind damit als Verantwortliche der Verarbeitung nicht ausgeklammert, ihnen kommen jedoch partielle Erleichterungen zu (vgl. Art. 8 Abs. 2 lit. d).<sup>37</sup> Die persönlichen und familiären Tätigkeiten sind von beruflichen oder gewerblichen Funktionen abzugrenzen.<sup>38</sup>

Vergleicht man diese Ausnahmen mit der Regelung im Datenschutzgesetz, so wird deutlich, dass sich die in Art. 2 Abs. 2 DSG vorgesehenen Konstellationen, in denen die Anwendung des DSG<sup>39</sup> eingeschränkt bzw. ausgeschlossen ist, so nicht alle in der RL 95/46 wiederfinden, so die Ausnahmen der Datenverarbeitungen im Rahmen der politischen Beratungen auf Bundesebene, im Rahmen von hängigen Zivilprozessen, in verwaltungsrechtlichen Verfahren ab der zweiten Instanz sowie in Bezug auf öffentliche Register des Privatrechts.<sup>40</sup> Nun gibt es in diesen Bereichen durchaus sektorielle Regelungen, deren Schutzniveau – ohne dass dieser Frage hier nachgegangen werden kann – demjenigen des DSG (zumindest) gleichwertig sein dürfte,<sup>41</sup> so dass diese Divergenz in Bezug auf die Anwendungsbereiche der RL 95/46 einerseits und des DSG andererseits wohl nicht zum Schluss der Unvereinbarkeit der schweizerischen Regelung führen dürfte.<sup>42</sup>

Gleichwohl sei die Frage erlaubt, ob sich nicht eine allgemeine Anlehnung der Ausgestaltung des Anwendungsbereichs des DSG an den Geltungsbereich der RL 95/46 aufdrängen könnte, was im Übrigen in Bezug auf die zahlreichen sektoriellen Regelungen auch den Vorteil einer einfacheren Handhabung aufwiese. Zumindest jedoch würde es sich lohnen, die zahlreichen bereichsspezifischen Regelungen einer genaueren Analyse zu unterziehen und danach zu fragen, ob und inwieweit sie sich tat-

---

<sup>37</sup> *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 29), Art. 3, Rz. 7.

<sup>38</sup> Dazu näher *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 29), Art. 3, Rz. 8.

<sup>39</sup> Vgl. ansonsten zu weiteren Unterschieden im Anwendungsbereich des DSG und der RL 95/46, die jedoch keine Auswirkungen auf die Kompatibilität des DSG mit der RL 95/46 entfalten, weil der Anwendungsbereich des DSG weiter ist, *Brun*, in: *La protection des données en Suisse et en Europe* (Fn. 14), 11 (13 ff.).

<sup>40</sup> In Bezug auf die internationale Rechtshilfe ist zu bemerken, dass diese auch von der RL 95/46 nicht erfasst wird, da es hier um Bereiche der Dritten Säule geht.

<sup>41</sup> Vgl. m.w.N. *Urs Maurer-Lambrou/Simon Kunz*, in: *Urs Maurer-Lambrou/Nedim Peter Vogt* (Hrsg.), *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz*, 2. Aufl., 2006, Art. 2, Rn. 27 ff.

<sup>42</sup> S. insoweit auch die Bemerkungen bei *Brun*, in: *La protection des données en Suisse et en Europe* (Fn. 14), 11 (15).

sächlich durch die Besonderheit des geregelten Sachbereichs rechtfertigen lassen.

Nur am Rande sei dabei darauf hingewiesen, dass auch dieser vorgeschlagene Ansatz nicht zwingend implizierte, dass spezifischen Regelungen gar keine Bedeutung mehr zukäme, denn möglich wären nach wie vor – wie dies ja auch heute etwa im Bereich der Polizei der Fall ist – spezielle Regelungen, die die Vorgaben des DSG konkretisieren bzw. präzisieren, so dass das DSG ggf. nur subsidiär Anwendung fände.

In engem Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich des DSG stehen die Begriffsdefinitionen: Das DSG verwendet gelegentlich nicht dieselben Begrifflichkeiten wie die RL 95/46, was aber nicht grundsätzlich zu eigentlichen Unvereinbarkeiten mit den Vorgaben der RL 95/46 führen dürfte,<sup>43</sup> wenn sich auch im Zuge einer Anpassung des DSG an die RL 95/46 eine Anlehnung an die Begrifflichkeiten der Richtlinie aufdrängen könnte.

So stimmen etwa die Begriffsdefinitionen für besonders schützenswerte Personendaten in Art. 8 Abs. 1 RL 95/46 einerseits und in Art. 3 lit. c DSG andererseits nicht vollständig überein: Art. 3 lit. c DSG führt über die in Art. 8 RL 95/46 aufgeführten Daten hinaus noch Daten über Massnahmen der sozialen Hilfe und über administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen auf und ist im Übrigen auch insofern präziser, als bei den religiösen, weltanschaulichen, politischen oder gewerkschaftlichen Ansichten auch ausdrücklich auf die „Tätigkeiten“ Bezug genommen wird. Da somit das Konzept der besonders schützenswerten Daten im DSG zum Teil weiter gefasst ist als in der RL 95/46, führt diese teilweise Inkongruenz der Begriffe gerade nicht zu einer Unvereinbarkeit des DSG mit der Richtlinie; vielmehr steht es den Mitgliedstaaten ja frei, (auch) hier strengere Voraussetzungen der Datenverarbeitung vorzusehen, so dass im Hinblick auf die Sicherstellung der Vereinbarkeit des DSG mit der RL 95/46 die Verankerung einer übereinstimmenden Begriffsdefinition nicht notwendig wäre.<sup>44</sup>

Etwas anderes gilt jedoch für das Merkmal der ethnischen Herkunft, das in Art. 8 Abs. 1 RL 95/46 explizit aufgeführt ist, während Art. 3 lit. c DSG nur die „Rassenzugehörigkeit“ erwähnt. Da die ethnische Herkunft durchaus etwas anderes ist oder zumindest sein kann als die Rassenzugehörigkeit, müsste Art. 3 lit. c DSG entsprechend ergänzt werden.<sup>45</sup>

---

<sup>43</sup> Etwas anders offenbar Botschaft zur Revision des DSG, BBl 2003 2101 (2110); nicht ganz klar *Füzesséry Minelli/Brunner*, in: *Accords Bilatéraux II Suisse – UE* (Fn. 14), 425 (436).

<sup>44</sup> Nicht ganz klar in dieser Beziehung die Botschaft zur Revision des DSG, vgl. BBl 2003 2101 (2118).

<sup>45</sup> Die sonstigen teilweise in Art. 8 Abs. 1 RL 95/46 einerseits und Art. 3 lit. c DSG andererseits verwandten unterschiedlichen Ausdrücke (z.B. „Sexualleben“ in der

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die RL 95/46 – im Gegensatz zum DSGVO – keine besonderen Anforderungen für Persönlichkeitsprofile kennt, deren Bearbeitung im DSGVO weitgehend parallelen Anforderungen wie diejenigen der besonders schützenswerten Daten unterliegt.

## II. Voraussetzungen der Bearbeitung von Personendaten

Art. 7 enthält die Voraussetzungen, unter denen eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten nach innerstaatlichem Recht erfolgen darf und konkretisiert damit das in Art. 6 Abs. 1 lit. a RL 95/46 bereits formulierte Rechtmässigkeitsprinzip. Die Bestimmung geht dabei insofern von einem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt aus,<sup>46</sup> als eine Datenverarbeitung grundsätzlich verboten ist und ihre Zulässigkeit damit vom Bestehen einer Rechtsgrundlage abhängt,<sup>47</sup> die ihrerseits wiederum den Vorgaben des Art. 7 RL 95/46 genügen muss.

Die sechs Erlaubnistatbestände umfassen folgende Fälle:

- die zweifelsfreie Einwilligung<sup>48</sup> der betreffenden Person (lit. a);
- die Notwendigkeit der Verarbeitung zur Anbahnung oder Erfüllung eines Vertrages (lit. b);
- die Notwendigkeit für die Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung (lit. c);
- die Wahrung lebenswichtiger Interessen der betroffenen Person (lit. d);

---

RL 95/46 und „Intimsphäre“ im DSGVO) dürften nichts daran ändern, dass die durch Art. 8 Abs. 1 RL 95/46 erfassten Daten auch unter Art. 3 lit. c DSGVO fallen.

<sup>46</sup> *Rudolf Gridl*, Datenschutz in globalen Telekommunikationssystemen – Eine völker- und europarechtliche Analyse der vom internationalen Datenschutzrecht vorgegebenen Rahmenbedingungen, 1999, 239; *Ferdinand Kopp*, Tendenzen der Harmonisierung des Datenschutzrechts in Europa, DuD 1995, 204 (208).

<sup>47</sup> *Kopp*, DuD 1995 (Fn. 46), 204 (208).

<sup>48</sup> Diese wird nach Art. 2 lit. h RL 95/46 als jede Willensbekundung verstanden, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden. Zur Problematik der Auslegung dieser Anforderung m.w.N. *Kübler*, Die Säulen der EU (Fn. 34), 71. Im Ergebnis dürften angesichts der Umschreibung des Art. 2 lit. h RL 95/46 die besseren Argumente dafür sprechen, dass zumindest in der Regel eine ausdrückliche Einwilligung erforderlich ist, ist es doch schwer vorstellbar, wie ansonsten die Anforderungen des Art. 2 lit. h RL 95/46 erfüllt sein können und die Einwilligung wirklich „zweifelsfrei“ vorliegen kann.

- die Notwendigkeit für die Erfüllung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung hoheitlicher Gewalt erfolgt (lit. e);
- eine erfolgte Interessenabwägung zugunsten des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen (lit. f).

Der EuGH hatte sich in den verb. Rs. C-465/00, C-138/01, C-139/01<sup>49</sup> mit der Auslegung der Art. 6 Abs. 1 lit. c und Art. 7 lit. c, e RL 95/46 – die jeweils in verschiedener Form und in unterschiedlichem Zusammenhang auf das Verhältnismässigkeitsprinzip Bezug nehmen<sup>50</sup> – zu befassen. Zur Debatte stand die Offenlegung der Höhe der Jahreseinkommen (bei Überschreiten eines bestimmten Betrages) sowie die Namen der Bezüger bestimmter Einkommen. Nach Ansicht des EuGH stehen die genannten Richtlinienbestimmungen – die unmittelbar anwendbar seien – einer solchen Offenlegung nicht entgegen, sofern die namentliche Veröffentlichung der Jahreseinkommen und ihrer Bezüger im Hinblick auf das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel der ordnungsgemässen Verwaltung notwendig und angemessen sei, was die nationalen Gerichte zu prüfen hätten, wobei der EuGH aber diese Verhältnismässigkeitsprüfung in weiten Teilen vorzeichnet, indem einige Eckpunkte (insbesondere mögliche mildere Massnahmen) formuliert werden.

Der Regelungsansatz des Datenschutzgesetzes differiert hier: Dieses geht davon aus, dass Daten grundsätzlich bearbeitet werden dürfen, Private jedoch einen Rechtfertigungsgrund haben müssen (Art. 12 f. DSGVO) und Bundesorgane einer gesetzlichen Grundlage bedürfen (Art. 17 Abs. 1 DSGVO). Allerdings dürfte sich hieraus keine Unvereinbarkeit mit den Vorgaben der RL 95/46 ergeben: Denn Art. 7 RL 95/46 kann wohl nicht entnommen werden, dass ausdrücklich ein „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ festzuschreiben ist, sondern nur (aber immerhin), dass die Verarbeitung personenbezogener Daten von den Mitgliedstaaten nur dann erlaubt werden darf, wenn eine der Voraussetzungen des Art. 7 lit. a-f RL 95/46 vorliegt. Diese Auslegung trägt auch dem Grundgedanken der Effektivität der Umsetzung und Wirkung der Richtlinie Rechnung, reicht es für diese doch aus, dass die „Ausnahmetatbestände“ erfüllt sind und die mitgliedstaatlichen Regelungen keine Durchbrechung der Anforderung des Art. 7 RL 95/46, dass eine Datenbearbeitung eben nur unter

<sup>49</sup> EuGH, verb. Rs. C-465/00, C-138/01, C-139/01 (Rechnungshof/Österreichischer Rundfunk), Slg. 2003, I-4989, Rz. 64 ff.

<sup>50</sup> S. denn auch Kübler, Die Säulen der EU (Fn. 34), 71 f.; Christian Oliver Dressel, Die Gemeinschaftsrechtliche Harmonisierung des Europäischen Datenschutzrechts, 1995, 259; Thomas Zerdick, European Aspects of Data Protection: What Rights for Citizen?, LIEI 1995, 59 (67), die darauf hinweisen, dass für jeden Einzelfall eine Erforderlichkeitsprüfung stattzufinden habe.

einer der in dieser Bestimmung vorgesehenen Voraussetzungen zulässig sein darf, ermöglichen. Diesen Vorgaben trägt die Regelung im DSG aber Rechnung:

- Was die Bearbeitung durch Private betrifft, so entsprechen Art. 12, 13 DSG den Vorgaben des Art. 7 lit. a, b, f RL 95/46, ist doch auch im DSG jedenfalls eine Einwilligung oder ein überwiegendes Interesse des Datenverarbeiters vorausgesetzt. Zudem ist in verfassungskonformer Auslegung auch im Falle der Verarbeitung aufgrund einer gesetzlichen Grundlage zu fordern, dass das öffentliche Interesse oder das berechtigte Interesse des Verarbeiters überwiegen, so dass zumindest die Voraussetzungen des sehr weit gefassten Art. 7 lit. f RL 95/46 erfüllt sind.
- In Bezug auf die Bearbeitung durch Organe des Bundes ist jedenfalls eine gesetzliche Grundlage erforderlich (Art. 17 Abs. 1 DSG). In dieser darf aber – in verfassungskonformer Auslegung vor dem Hintergrund des Schutzes der Persönlichkeit der betroffenen Personen – eine Bearbeitung nur erlaubt werden, wenn sie den bei Grundrechtseingriffen üblichen Voraussetzungen (neben der gesetzlichen Grundlage) des öffentlichen Interesses und der Verhältnismässigkeit genügt, womit den Anforderungen des Art. 7 RL 95/46 jedenfalls grundsätzlich entsprochen werden dürfte.<sup>51</sup>

### III. Bearbeitung besonders schützenswerter Daten

Für besonders „sensible“ Kategorien von Daten<sup>52</sup> formuliert Art. 8 RL 95/46 spezielle Voraussetzungen für die Verarbeitung: Nach Art. 8 Abs. 1 RL 95/46 ist die Verarbeitung von personenbezogenen Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehö-

---

<sup>51</sup> Eine andere, hier nicht zu erörternde Frage (die nur in Bezug auf jede einzelne gesetzliche Grundlage beantwortet werden kann) ist aber, ob die konkrete gesetzliche Grundlage den Anforderungen des Art. 7 RL 95/46 und den verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht.

<sup>52</sup> Zur Frage der diesbezüglichen Begriffsdefinitionen bereits oben C.I., am Ende.

rigkeit hervorgehen, sowie die Verarbeitung von Daten über Sexualleben und Gesundheit<sup>53</sup> grundsätzlich verboten.

Hinzuweisen ist auf den Umstand, dass die Definition der sensiblen Daten durchaus Fragen aufwirft, gerade im Zuge der Anwendung neuer Technologien: So fragt es sich etwa, ob Videoaufnahmen, auf denen Gesichter erkennbar sind, die Rückschluss auf die ethnische Zugehörigkeit erlauben, sensible Daten im Sinne des Art. 8 RL 95/46 enthalten.<sup>54</sup>

Ausnahmen von diesem grundsätzlichen Verbot des Art. 8 Abs. 1 RL 95/46 sind (zunächst) nur in relativ klar umschriebenen Fällen möglich, nämlich

- wenn der Betroffene eingewilligt hat (lit. a);
- wenn die Verarbeitung erforderlich ist für die Berücksichtigung der Rechte und Pflichten des für die Verarbeitung Verantwortlichen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts, sofern dies nach nationalem Recht, das „angemessene Garantien“ vorsieht, zulässig ist (lit. b);
- zum Schutz lebenswichtiger Interessen der betroffenen Person oder eines Dritten (lit. c);
- wenn die Verarbeitung auf der Grundlage angemessener Garantien durch gemeinnützige Organisationen, politische Parteien, etc. erfolgt und sich nur auf Mitglieder und andere Kontaktpersonen bezieht (lit. d);
- oder wenn die betroffene Person die Daten selbst öffentlich gemacht hat oder diese zur Durchsetzung gerichtlicher Ansprüche notwendig sind (lit. e).

Art. 8 Abs. 3-5 RL 95/46 enthalten aber noch weitere Ausnahmetatbestände: So ist eine Verarbeitung nach Art. 8 Abs. 3 RL 95/46 möglich, wenn die personenbezogenen Daten der Gesundheitsvorsorge oder ähnlichen medizinischen Zwecken dienen und von ärztlichem Personal verarbeitet werden, das einer Geheimhaltungspflicht unterliegt. Aus Gründen eines besonders wichtigen öffentlichen Interesses und vorbehaltlich angemessener Garantien können weitere Ausnahmen vorgesehen werden

---

<sup>53</sup> Dabei sind unter Daten über Gesundheit alle Aspekte der menschlichen Gesundheit (in körperlicher und psychischer Hinsicht) zu verstehen, unter Einschluss (vermeintlich) „unwichtiger“ Informationen. Vgl. EuGH, Rs. C-101/01 (Lindqvist), Slg. 2003, I-12971, Rz. 50 f.

<sup>54</sup> Zur Problematik etwa *Mads Andenas/Stefan Zleptnig*, Surveillance and Data Protection: Regulatory Approaches in the EU and Member States, *European Business Law Review* 2003, 765 (776 f.), mit Hinweisen auf die unterschiedliche Umsetzung in den Mitgliedstaaten.

(Art. 8 Abs. 4 RL 95/46).<sup>55</sup> Die Verarbeitung von Daten, die Straftaten, strafrechtliche Verurteilungen oder Sicherungsmassregeln betreffen, darf nur unter behördlicher Aufsicht oder in durch Gesetz bestimmten begrenzten Fällen erfolgen (Art. 8 Abs. 5 RL 95/46).

Aufgrund dieser zahlreichen, recht unübersichtlichen<sup>56</sup> und teilweise wenig präzisen Ausnahmetatbestände<sup>57</sup> wird den Mitgliedstaaten letztlich in nur begrenzt voraussehbarer Weise die Möglichkeit eingeräumt, den grundsätzlich in Art. 8 Abs. 1 RL 95/46 formulierten Schutzstandard zu relativieren.<sup>58</sup> Damit soll nicht die Notwendigkeit bestritten werden, hier Ausnahmen vorzusehen; allerdings hätte nach der hier vertretenen Ansicht eine präzisere Umschreibung den Vorteil mit sich gebracht, dass die Ausnahmen voraussehbarer und damit auch die Angleichung des Datenschutzniveaus in den Mitgliedstaaten effektiver wäre.

Weiter ist im Zusammenhang mit dem besonderen Schutz sensibler Daten darauf hinzuweisen, dass dieser – trotz aller Berechtigung – nicht den Blick darauf verstellen sollte, dass es aus der Sicht des Schutzes der informationellen Selbstbestimmung häufig nicht die Art der erhobenen Daten ist, die einen besonderen Schutz verlangen, sondern deren Verarbeitung bzw. Verwendung.<sup>59</sup>

---

<sup>55</sup> Man wird aus dieser Bestimmung jedenfalls ableiten können, dass das besonders wichtige Interesse ausdrücklich genannt sein muss, so dass eine Art general-klauselartiger Vorbehalt (besonders wichtiger) öffentlicher Interessen jedenfalls nicht mit Art. 8 Abs. 4 RL 95/46 in Einklang stehen dürfte. Ähnlich wohl *Brun*, in: *La protection des données en Suisse et en Europe* (Fn. 14), 11 (19).

<sup>56</sup> Die Unübersichtlichkeit beruht insbesondere darauf, dass Ausnahmetatbestände geschaffen werden, deren Heranziehung dann ihrerseits wieder eingeschränkt wird, wobei diese Einschränkungen (etwa „angemessene Garantien“ oder Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips) aber für die verschiedenen Ausnahmetatbestände unterschiedlich ausfallen. Vgl. zu diesem Aspekt auch etwa *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 29), Art. 8, Rz. 2.

<sup>57</sup> S. etwa die Formulierung in Art. 8 Abs. 2 lit. b RL 95/46 (Verweis auf einzelstaatliches Recht, das „angemessene Garantien“ vorsieht) und insbesondere die „Generalklausel“ in Art. 8 Abs. 4 RL 95/46, wonach allgemein „vorbehaltlich angemessener Garantien aus Gründen eines wichtigen öffentlichen Interesses“ Ausnahmen vorgesehen werden können. Auch Art. 8 Abs. 5 RL 95/46 ist wenig präzisierten Ausnahmen zugänglich.

<sup>58</sup> Vgl. insoweit auch die Bemerkung von *Kübler*, *Die Säulen der EU* (Fn. 34), 75, wonach es letztlich auch bei Art. 8 RL 95/46 auf die in Art. 6, 7 RL 95/46 formulierten Anforderungen ankomme.

<sup>59</sup> Vgl. auch *Georgios Gounalakis/Lema Mand*, *Die neue EG-Datenschutzrichtlinie – Grundlagen einer Umsetzung in nationales Recht*, CR 1997, 431 (437); *Kübler*, *Die Säulen der EU* (Fn. 34), 74. S. in diesem Zusammenhang auch *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 27), Art. 8, Rz. 9, die die Berechtigung der Unterscheidung zwischen sensiblen und sonstigen Daten überhaupt in Frage stellen; skeptisch auch *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 29), Art. 8, Rz. 3.

In der Schweiz besteht kein solches grundsätzliches Verbot der Bearbeitung besonders sensibler Daten, sondern es kommen folgende Grundsätze zum Zuge:

- Private müssen für die Bearbeitung besonders schützenswerter Daten einen Rechtfertigungsgrund haben (Art. 12 ff. DSG), so dass für sie auch bei besonders schützenswerten Daten im Wesentlichen die allgemeinen Grundsätze greifen, woran auch die besondere Erwähnung der Notwendigkeit eines Rechtfertigungsgrundes im Falle der Weitergabe besonders schützenswerter Personendaten an Dritte nichts ändert.
- Bundesorgane dürfen besonders schützenswerte Daten nur bearbeiten, wenn ein formelles Gesetz eine solche Bearbeitung ausdrücklich vorsieht oder wenn diese unentbehrlich ist, um eine in einem Gesetz im formellen Sinne klar umschriebene Aufgabe zu erfüllen (Art. 17 Abs. 2 lit. a DSG), wenn der Bundesrat es bewilligt (Art. 17 Abs. 2 lit. b DSG) oder – entsprechend Art. 7 lit. a und e RL 95/46/EG – die Person einwilligt oder die Daten allgemein zugänglich gemacht hat (Art. 17 Abs. 2 lit. c DSG).

Damit dürfte zunächst die Regelung der Bearbeitung besonders schützenswerter Daten durch Private nicht mit den Vorgaben der RL 95/46 in Einklang stehen: Auch wenn die Ausnahmen des Art. 8 Abs. 2-5 RL 95/46 durchaus teilweise recht offen formuliert sind, dürfte eine nationale Vorschrift, die auch die Bearbeitung besonders schützenswerter Daten durch Private allgemein im Falle des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes erlaubt, nicht mit der RL 95/46 vereinbar sein: Denn zum einen ist der Regelung in der Richtlinie jedenfalls zu entnehmen, dass die Ausnahmen genau bzw. genauer als im DSG zu umschreiben sind, und zum anderen ist der Kreis der zulässigen Ausnahmen eben – trotz der weiten Formulierung – eingegrenzt.

Aber auch Art. 17 Abs. 2 DSG bezüglich der Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten durch Bundesorgane dürfte nicht mit den Vorgaben der RL 95/46 in Einklang stehen: Zwar erlaubt Art. 8 Abs. 4 RL 95/46 nicht näher spezifizierte weitere Ausnahmen aus „Gründen eines wichtigen öffentlichen Interesses“ durch eine nationale Rechtsvor-

---

die Art. 8 als eines der problematischsten Elemente der RL 95/46 bezeichnen. Dagegen weist *Dressel*, Gemeinschaftsrechtliche Harmonisierung (Fn. 50), 260, darauf hin, dass die sensiblen Daten bereits aufgrund ihres Inhalts ein sehr hohes Risikopotential für die Betroffenen mit sich brächten.

schrift; allerdings muss dieses wichtige öffentliche Interesse jedenfalls ausdrücklich benannt werden, so dass das allgemeine Vorbehalten eines „formellen Gesetzes“ wohl zu weit gehen dürfte, wenn auch in diesem Rahmen in verfassungskonformer Auslegung nur im Falle des Vorliegens wichtiger öffentlicher Interessen und der Beachtung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes eine Bearbeitung besonders schützenswerter Daten zulässig ist. Ähnliches gilt für Art. 17 Abs. 2 lit. a DSGVO, da hier nur von einer „klar umschriebenen Aufgabe“ die Rede ist, was nicht gleichbedeutend mit „besonders wichtigem öffentlichen Interesse“ ist.<sup>60</sup> Zweifel könnten weiter bezüglich Art. 17 Abs. 2 lit. b DSGVO bestehen, wonach der Bundesrat eine Bearbeitung bewilligen kann, weil die Rechte der betroffenen Personen nicht gefährdet sind. Eine solche Ausnahme lässt sich wohl kaum unter eine der in Art. 8 Abs. 2-5 RL 95/46 formulierten Ausnahmen subsumieren, so dass sie nicht mit den Anforderungen der Richtlinie in Einklang steht.

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang bemerkt, dass diese Bestimmung auch insofern etwas merkwürdig anmutet, als kaum ersichtlich ist, in welchen Fallgestaltungen die Rechte der betroffenen Personen bei einer solchen Bearbeitung wirklich nicht gefährdet sind, obwohl sie nicht in die Bearbeitung eingewilligt hat (sonst würde ja Art. 17 Abs. 2 lit. c DSGVO greifen). Auch wird es häufig Zweifeln unterworfen sein, ob eine bestimmte Bearbeitung tatsächlich die Rechte der betroffenen Personen beeinträchtigt oder nicht, so dass die dem Bundesrat eingeräumte Befugnis auch vor diesem Hintergrund nicht allzu glücklich erscheint. In der Praxis hat diese Bestimmung denn auch keine Bedeutung; Anwendungsfälle sind offenbar nicht bekannt.<sup>61</sup>

#### IV. Einwilligung

Art. 7 lit. a RL 95/46 erwähnt als „Erlaubnistatbestand“ für eine Datenverarbeitung die „zweifelsfreie Einwilligung“ der betreffenden Person. Als Einwilligung wird nach Art. 2 lit. h RL 95/46 jede Willensbekundung verstanden, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kennt-

---

<sup>60</sup> I. Erg. ähnlich *Brun*, in: La protection des données en Suisse et en Europe (Fn. 14), 11 (19); wohl auch auch, wenn die Differenzen auch für vernachlässigbar gehalten werden, *Füzesséry Minelli/Brunner*, in: Accords Bilatéraux II Suisse – UE (Fn. 14), 425 (436 f.).

<sup>61</sup> Vgl. *Yvonne Jöhri/Marcel Studer*, in: Urs Maurer-Lambrou/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, 2. Aufl., 2006, Art. 17, Rz. 48.

nis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden.<sup>62</sup> Im Ergebnis dürften angesichts der Umschreibung des Art. 2 lit. h RL 95/46 die besseren Argumente dafür sprechen, dass zumindest in der Regel eine ausdrückliche Einwilligung erforderlich ist, ist es doch ansonsten schwer vorstellbar, wie ansonsten die Anforderungen des Art. 2 lit. h RL 95/46 erfüllt sein können und die Einwilligung wirklich „zweifelsfrei“ vorliegen kann.

Hingegen ist auf der Grundlage des Datenschutzgesetzes in den Fällen, in denen eine Einwilligung erforderlich ist (vgl. insbesondere Art. 12 Abs. 2 lit. b, Art. 17 Abs. 2 lit. c, Art. 19 Abs. 1 lit. b DSG), nicht ausdrücklich eine stillschweigende Einwilligung ausgeschlossen, wenn auch im Rahmen des Art. 17 Abs. 2 lit. c DSG – im Gegensatz zu Art. 19 Abs. 1 lit. b DSG – eine mutmassliche Einwilligung gerade nicht ausreichend ist.<sup>63</sup> Insofern wäre also eine Anpassung des DSG in Bezug auf Einwilligungen, die sich nicht auf die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten beziehen, erforderlich.<sup>64</sup>

## V. Recht auf Information

Art. 10 RL 95/46 sieht für den Fall, dass die Daten beim Betroffenen selbst erhoben werden, eine umfassende Informationspflicht vor: Der Betroffene hat zumindest einen Anspruch, Informationen über die Identität des für die Verarbeitung Verantwortlichen, die Zweckbestimmung der Verarbeitung und weitere Informationen, u.a. zu Empfängern oder über das Bestehen von Auskunfts- und Berichtigungsrechten, sofern sie

---

<sup>62</sup> Zur Problematik der Auslegung dieser Anforderung m.w.N. *Kübler*, Die Säulen der EU (Fn. 34), 71.

<sup>63</sup> Vgl. nur *Jöhri/Studer*, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz (Fn. 61), Art. 17, Rz. 52 f., Art. 19, Rz. 59, m.w.N.; hingegen gehen *Füzesséry Minelli/Brunner*, in: *Accords Bilatéraux II Suisse – UE* (Fn. 14), 425 (437) davon aus, dass allgemein eine stillschweigende bzw. konkludente Einwilligung genüge. In der Revision des DSG wird nunmehr (Art. 4 Abs. 5 S. 2 DSG) explizit die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Einwilligung der betroffenen Personen in Bezug auf die Einwilligung zur Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten oder von Persönlichkeitsprofilen geregelt.

<sup>64</sup> Ähnlich wohl auch *Füzesséry Minelli/Brunner*, in: *Accords Bilatéraux II Suisse – UE* (Fn. 14), 425 (437).

unter Berücksichtigung der spezifischen Verarbeitungsumstände notwendig sind, um eine Verarbeitung nach Treu und Glauben zu gewährleisten, zu erhalten.<sup>65</sup> Diese Information hat vorab und unaufgefordert zu erfolgen.<sup>66</sup>

Falls Daten nicht beim Betroffenen erhoben werden oder falls die bei ihm erhobenen Daten nachträglich an Dritte weitergegeben werden, kommt Art. 11 RL 95/46 zum Zuge, der parallele Informationspflichten vorsieht, wobei jedoch nach Art. 11 Abs. 2 RL 95/46 Ausnahmen für die Fälle vorgesehen sind, dass die Information der betreffenden Person unmöglich ist, einen unverhältnismässigen Aufwand erfordert oder eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist. Die beiden Informationspflichten unterscheiden sich damit im Wesentlichen in Bezug auf den Mitteilungszeitpunkt.

Art. 4 Abs. 4 DSGVO sieht hingegen (lediglich) vor, dass die Datenverarbeitung für die betroffene Person „erkennbar“ sein muss. Vor dem Hintergrund des Art. 10 RL 95/46 ist Art. 4 Abs. 4 DSGVO in zweierlei Hinsicht problematisch:

- Erstens dürfte die „Informationspflicht“ in Art. 4 Abs. 4 DSGVO insofern – im Verhältnis zu Art. 10 RL 95/46 (in Bezug auf bei den Betroffenen selbst erhobene Daten) – nicht „weit“ genug gehen, als die Richtlinie eine aktive Information erfordert, so dass es eben gerade nicht ausreicht, dass die Erhebung und Bearbeitung in „irgendeiner Form“ – etwa, weil sie aus den Umständen ersichtlich ist<sup>67</sup> – erkennbar ist. Hier könnte sich daher eine Anpassung des Art. 4 Abs. 4 DSGVO in Richtung einer aktiven Informationspflicht des für die Verarbeitung Verantwortlichen aufdrängen.
- Zweitens fehlt in Art. 4 Abs. 4 DSGVO die Pflicht, ggf. über weitere Aspekte zu informieren, sofern die Umstände dies nahe legen (vgl. Art. 10 lit. c RL 95/46).

Eine Angleichung an die Richtlinie erfolgte indes im Zusammenhang mit besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen, da für diese im Rahmen der Revision eine detaillierte Informationspflicht eingeführt wird (vgl. Art. 7a DSGVO).<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> Vgl. hierzu *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 29), Art. 10, Rz. 7 ff.

<sup>66</sup> *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 27), Art. 10, Rz. 7 ff.; *Kübler*, Die Säulen der EU (Fn. 34), 76.

<sup>67</sup> Was im Übrigen regelmässig Unsicherheiten unterworfen sein wird.

<sup>68</sup> S. hierzu die Botschaft vom 19. Februar 2003 zur Änderung des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) und zum Bundesbeschluss betreffend den Beitritt der Schweiz zum Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Übereinkommen zum

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass das DSG keine Art. 11 RL 95/46 entsprechende Informationspflicht für den Fall, dass die Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben wurden, kennt.

Immerhin sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass die erwähnten Differenzen letztlich einen vernachlässigbaren Unterschied im Datenschutzniveau implizieren dürften, da auch die schweizerische Regelung von der Notwendigkeit der hinreichenden Information der Betroffenen ausgeht. Den Anforderungen an eine Umsetzung – so wie sie auch vom EuGH formuliert werden<sup>69</sup> – genügen die Regelungen im DSG jedoch nicht, da sie nicht hinreichend klar und nicht hinreichend präzise sind.<sup>70</sup>

## VI. Auskunftsrecht

Die Auskunftsrechte sind in Art. 12 RL 95/46 einerseits und Art. 8 DSG andererseits weitgehend parallel ausgestaltet; im Datenschutzgesetz fehlt jedoch eine ausdrückliche Verpflichtung des Inhabers einer Datensammlung, auch Dritte, denen die Daten übermittelt wurden, über allfällige Berichtigungen, Löschungen oder Sperrungen zu unterrichten (vgl. Art. 12 lit. c RL 95/46).<sup>71</sup>

## VII. Widerspruchsrecht

Nach Art. 14 lit. b RL 95/46 ist im Falle der Verwendung von Daten für Zwecke der Direktwerbung die Möglichkeit der Einlegung eines Widerspruchs vorzusehen. Wird Widerspruch eingelegt, kann sich die vom für die Verarbeitung Verantwortlichen vorgenommene Verarbeitung nicht

---

Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung; BBl 2003 2101 (2110 f.).

<sup>69</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. C-441/02 (Kommission/Deutschland), Urt. v. 27.4.2006. Aus der Literatur z.B. *Astrid Epiney/Andreas Felder*, Überprüfung internationaler wasserwirtschaftlicher Übereinkommen im Hinblick auf die Implementierung der Wasserrahmenrichtlinie, 2002, 19 ff.; *Konrad Westbomke*, Die Umsetzung von EU-Richtlinien in nationales Recht, EurUP 2004, 122 ff.

<sup>70</sup> I. Erg. wohl auch *Füzesséry Minelli/Brunner*, in: *Accords Bilatéraux II Suisse – UE* (Fn. 14), 425 (437).

<sup>71</sup> S. insoweit auch etwa *Brun*, in: *La protection des données en Suisse et en Europe* (Fn. 14), 11 (20).

mehr auf diese Daten beziehen, wobei die Rechtswirkung grundsätzlich *ex nunc* eintritt.<sup>72</sup>

Das Datenschutzgesetz kennt ein solches Recht auf Widerspruch nicht.<sup>73</sup> Art. 12 Abs. 2 lit. b DSGVO sieht zwar vor, dass gegen den ausdrücklichen Willen einer Person keine Daten dieser Person bearbeitet werden dürfen, lässt aber die Bearbeitung im Falle eines „Rechtfertigungsgrundes“ gleichwohl zu, so dass auch diese Bestimmung nichts an dem Anpassungsbedarf des DSGVO in dieser Hinsicht ändern dürfte.<sup>74</sup>

Weiter müsste ein Widerspruchsrecht des Betroffenen auch ausdrücklich in Bezug auf die Bearbeitung von Personendaten durch Bundesorgane vorgesehen werden, erstreckt sich der Anwendungsbereich des Art. 14 RL 95/46 doch auf den privaten und öffentlichen Bereich, so dass Art. 12 Abs. 2 lit. b DSGVO – der als Verankerung eines Widerspruchsrechts angesehen werden kann, allerdings nur in Bezug auf die Datenbearbeitung durch Private Anwendung findet – nicht ausreicht.<sup>75</sup>

### VIII. Automatisierte Einzelentscheidungen

Nach Art. 15 RL 95/46 ist jeder Person das Recht einzuräumen, keiner für sie rechtliche Folgen nach sich ziehenden und keiner sie erheblich beeinträchtigenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ausschliesslich aufgrund einer automatisierten Datenverarbeitung zum Zwecke der Bewertung einzelner Aspekte dieser Person ergeht. Die Vorschrift beruht auf dem Grundgedanken, dass Entscheidungen, die das Persönlichkeitsrecht einer Person zentral berühren, nicht einem Computerprogramm überlassen werden dürfen, sondern stets personal verantwortet werden müssen.<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> Hierzu *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 27), Art. 14, Rz. 21 ff.; *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 29), Art. 14, Rz. 4.

<sup>73</sup> Auf diese Divergenz auch hinweisend Botschaft zur Revision des DSGVO, BBl 2003, 2102 (2118).

<sup>74</sup> Nicht ganz klar insoweit *Brun*, in: La protection des données en Suisse et en Europe (Fn. 14), 11 (21).

<sup>75</sup> Vgl. insoweit auch *Schweizer*, in: Datenschutz in der Schweiz und in Europa (Fn. 14), 25 (42).

<sup>76</sup> *Brun*, in: Datenschutz in der Schweiz und in Europa (Fn. 14), 11 (17); *Kübler*, Die Säulen der EU (Fn. 34), 83 f.; *Gounalakis/Mand*, CR 1997 (Fn. 59), 431, 497 (499); *von Burgsdorff*, Umsetzung der EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 35), 68; *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 29), Art. 15, Rz. 1. Zur Bedeu-

Nach Art. 15 Abs. 2 RL 95/46 sind die Mitgliedstaaten jedoch verpflichtet, in zwei Fallgruppen automatisierte Entscheidungen zuzulassen (also kein Verbot oder Widerspruchsrecht einzuführen<sup>77</sup>):

- bei Entscheidungen im Rahmen des Abschlusses oder der Erfüllung eines Vertrags, wenn der Betroffene dies ersucht hat oder er die Möglichkeit hat, seinen Standpunkt geltend zu machen (lit. a);
- wenn dies durch ein Gesetz zugelassen ist, das Garantien zur Wahrung der berechtigten Interessen der betroffenen Person festlegt.

Dem schweizerischen Recht ist ein solches grundsätzliches Verbot, ausschliesslich aufgrund einer automatisierten Einzelentscheidung eine beschwerende Verfügung zu erlassen, (noch) unbekannt.<sup>78</sup>

## IX. Vorabkontrolle

Nach Art. 20 RL 95/46 unterliegen Verarbeitungen mit spezifischen Risiken für die Rechte und Freiheiten der Personen einer Vorabkontrolle<sup>79</sup> durch die Kontrollstelle; der Datenschutzbeauftragte kann vorge-schaltet werden. In diesem Fall ist die Zulässigkeit der Datenverarbeitung und damit die Erfüllung der Rechtmässigkeitsanforderungen vor der Durchführung der Verarbeitung zu prüfen; insofern handelt es sich um eine echte Genehmigung der Datenverarbeitung.

Allerdings wird den Mitgliedstaaten bei der Umschreibung des materiellen Anwendungsbereichs dieser Bestimmung ein denkbar weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt: Sie legen fest, welche Verarbeitungen spezifische Risiken für die Rechte und Freiheiten der Personen beinhalten können und damit der Vorabkontrolle zu unterwerfen sind. Die Bestimmung präzisiert also weder die Voraussetzungen, unter denen vom Bestehen solcher Risiken aus-

---

tung dieser Bestimmung *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 27), Art. 15, Rz. 8 ff.

<sup>77</sup> Es ist umstritten, ob Art. 15 Abs. 1 RL 95/46 als Verbotstatbestand oder als Verpflichtung zur Einführung eines entsprechenden Widerspruchsrechts auszulegen ist und damit nur die Zulässigkeit einer entsprechenden Verarbeitung begrenzt. Vgl. hierzu *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 27), Art. 15, Rz. 3 ff.; *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 29), Art. 15, Rz. 1; *Kübler*, Die Säulen der EU (Fn. 34), 84 f.; *von Burgsdorff*, Umsetzung der EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 35), 69 (die sich mit der wohl herrschenden Ansicht gegen einen „absoluten“ Verbotstatbestand aussprechen).

<sup>78</sup> Zur Differenz zum DSG auch *Brun*, in: *Datenschutz in der Schweiz und in Europa* (Fn. 14), 11 (17); *Füzesséry Minelli/Brunner*, in: *Accords Bilatéraux II Suisse – UE* (Fn. 14), 425 (437).

<sup>79</sup> Zum Verhältnis zwischen Vorabkontrolle und Meldepflicht vgl. *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 27), vor Art. 18, Rz. 12.

zugehen ist, noch ist ihr eine Verpflichtung zu entnehmen, in allen Fällen des Bestehens eines solchen Risikos auch tatsächlich eine Vorabkontrolle vorzusehen. Immerhin wird man aus der effektiven Wirksamkeit der Bestimmung ableiten können, dass eine solche Vorabkontrolle zumindest in einigen (wenn auch wenigen) Fällen durchzuführen ist und dass die Mitgliedstaaten tatsächlich das Vorliegen spezifischer Risiken für die Rechte und Freiheiten der Personen evaluieren müssen und auf der Grundlage vertretbarer Kriterien zu entscheiden haben, ob sich eine Vorabkontrolle rechtfertigt.<sup>80</sup> Nur auf der Grundlage dieser Auslegung kann die Zielsetzung des Art. 20 RL 95/46, im Falle besonders „risikoreicher“ Datenverarbeitungen eine vorgängige Kontrolle sicherzustellen, zumindest annähernd erreicht werden.

Dem schweizerischen Recht ist eine solche rechtliche Verpflichtung bislang unbekannt.

## X. Meldepflicht

Art. 18 Abs. 1 RL 95/46 sieht eine grundsätzliche Meldepflicht für den für die Verarbeitung Verantwortlichen bei der nationalen Kontrollstelle vor, bevor er eine vollständig oder teilweise automatisierte Verarbeitung oder eine Mehrzahl von Verarbeitungen vornimmt. Die gemeldeten Verarbeitungen werden in ein Register aufgenommen, das von den nationalen Kontrollstellen zu führen ist und das von jedermann eingesehen werden kann (Art. 21 RL 95/46). Die Meldung zum Register der Kontrollstelle hat jedoch nur informatorischen Charakter;<sup>81</sup> sie stellt daher keine Genehmigung für die Datenverarbeitung dar, und aus ihr können damit auch keine Aussagen über die Rechtmässigkeit der Verarbeitung abgeleitet werden.<sup>82</sup> Daher ist die Kontrollstelle auch nicht verpflichtet, alle gemeldeten Verarbeitungen auf ihre Rechtmässigkeit zu prüfen.<sup>83</sup> Umge-

---

<sup>80</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Rechtsprechung des EuGH zu der strukturell parallel gelagerten Frage der Ausdehnung der Verpflichtung, eine UVP durchzuführen, auf (weitere) besonders umweltgefährdende Projekte: EuGH, Rs. C-301/95 (Kommission/Deutschland), Slg. 1998, Rz. 38 ff.; EuGH, Rs. C-392/96 (Kommission/Irland), Slg. 1999, I-5901, Rz. 64; EuGH, Rs. C-72/95 (Kraaijeveld), Slg. 1996, I-5403, Rz. 50; EuGH Rs. C-474/99 (Kommission/Spanien), Slg. 2002, I-5293, Rz. 30; EuGH, Rs. C-87/02 (Kommission/Italien), Slg. 2004, I-5975, Rz. 38 ff.

<sup>81</sup> *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 29), Art. 18, Rz. 3.

<sup>82</sup> *Gridl*, Datenschutz in globalen Telekommunikationssystemen (Fn. 46), 240.

<sup>83</sup> *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 27), Art. 18, Rz. 2; *Gridl*, Datenschutz in globalen Telekommunikationssystemen (Fn. 46), 240.

kehrt stellen weder die Meldung noch die Aufnahme in das Register Rechtmässigkeitsvoraussetzungen für die Verarbeitung als solche dar. Vielmehr muss der Verantwortliche ganz unabhängig davon für die Rechtmässigkeit der Verarbeitung sorgen und einstehen.<sup>84</sup>

Inhaltlich muss die Meldung folgende Angaben enthalten (Art. 19 Abs. 1 lit. a-f RL 95/46):

- Name und Anschrift des für die Verarbeitung Verantwortlichen und ggf. seines Vertreters (lit. a);
- die Zweckbestimmung(en) der Verarbeitung (lit. b);
- eine Beschreibung der Kategorie(n) der betroffenen Personen und der diesbezüglichen Daten oder Datenkategorien (lit. c);
- die Empfänger oder Kategorien von Empfängern, denen die Daten mitgeteilt werden können (lit. d);
- eine geplante Datenübermittlung in Drittländer (lit. e);
- eine allgemeine Beschreibung, die es ermöglicht, vorläufig zu beurteilen, ob die Massnahmen nach Art. 17 RL 95/46 zur Gewährleistung der Sicherheit der Verarbeitung angemessen sind.

Bezüglich nicht-automatisierter Verarbeitungen gilt der Grundsatz der Meldefreiheit. Allerdings kann der nationale Gesetzgeber gemäss Art. 18 Abs. 5 RL 95/46 auch eine Meldepflicht einführen oder eine vereinfachte Meldung vorsehen, ohne die Voraussetzungen des Art. 18 Abs. 2-4 RL 95/46 beachten zu müssen.<sup>85</sup>

Die Mitgliedstaaten können aber auch Ausnahmen von oder eine Vereinfachung der Meldepflicht vorsehen, insbesondere bei Verarbeitungskategorien, bei denen eine Beeinträchtigung der Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen unwahrscheinlich ist (Art. 8 Abs. 2 RL 95/46).<sup>86</sup> Damit ist der Anwendungsbereich der Meldepflicht letztlich auf die Konstellationen beschränkt, bei denen eine Beeinträchtigung der Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen „wahrscheinlich“ ist, womit diese letztlich sehr relativiert wird, insbesondere auch angesichts des Umstands, dass die Beurteilung der „Wahrscheinlichkeit“ einer solchen Beeinträchtigung weitgehend im Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten stehen dürfte.

---

<sup>84</sup> *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 29), Art. 18, Rz. 3.

<sup>85</sup> *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn. 27), vor Art. 18, Rz. 11; Art. 18, Rz. 26 f.

<sup>86</sup> Weiter können Register, die ausschliesslich der Information der Öffentlichkeit dienen (Art. 18 Abs. 3 RL 95/46), und bestimmte Verarbeitungen von Organisationen, die keinen Erwerbszweck erfüllen (Art. 18 Abs. 4 i.V.m. Art. 8 Abs. 2 lit. d RL 95/46), von der Meldepflicht ausgenommen werden.

Immerhin müssen im Falle der Einführung einer solchen Ausnahme von der Meldepflicht gewisse „Kompensationsmassnahmen“ ergriffen werden (Festlegung der Einzelheiten der Verarbeitung und/oder Bestellung eines Datenschutzbeauftragten). Es bleibt aber offen, ob solche Massnahmen tatsächlich die mit einer Meldung und der damit verbundenen Öffentlichkeit implizierte Transparenz zu ersetzen vermögen.

Trotz dieser den Mitgliedstaaten eingeräumten Spielräume in Bezug auf die Meldepflicht entspricht die in Art. 11a DSGVO vorgesehene Meldepflicht den erwähnten Vorgaben der RL 95/46 nicht, unterliegen doch Private nur im Falle der regelmässigen Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten oder von Persönlichkeitsprofilen oder im Falle der regelmässigen Bekanntgabe von Personendaten an Dritte einer Meldepflicht. Diese allgemeine Regelung erfüllt auch nicht die Anforderungen an die nach der RL 95/46 möglichen Ausnahmen.<sup>87</sup>

#### **D. Schluss**

Insgesamt sind – trotz der grundsätzlichen Konvergenz der Vorgaben der RL 95/46 einerseits und des Datenschutzgesetzes andererseits – einige Aspekte zu verzeichnen, in denen das Datenschutzniveau in der Schweiz (etwas) hinter den Anforderungen der Richtlinie zurückbleibt. Bemerkenswert ist der Umstand, dass diese Divergenzen im Wesentlichen die Rechte der Betroffenen beschlagen, dies in unterschiedlicher Form. Unabhängig von der Frage, ob und inwieweit dies nicht bereits heute schon ein rechtliches Problem darstellt,<sup>88</sup> sollte m.E. bei nächster Gelegenheit die Frage überdacht werden, ob und inwieweit es tatsächlich sinnvoll ist, in diesen Bereichen im Verhältnis zur Rechtslage in den 27 EU-Mitgliedstaaten ein niedrigeres Datenschutzniveau anzulegen, selbst wenn im Ergebnis und insbesondere in der praktischen Handhabung das Datenschutzniveau in der Schweiz sicherlich demjenigen in den (meisten) EU-Mitgliedstaaten vergleichbar ist.

---

<sup>87</sup> Vgl. zu dieser Divergenz auch Botschaft zur Revision des DSG, BBl 2003 2101 (2118).

<sup>88</sup> Hierzu die Nachweise in Fn. 23.