

Per E-Mail an:

jonas.amstutz@bj.admin.ch

Herr
Jonas Amstutz
Bundesrain 20
3003 Bern

Dübendorf, 14. Oktober 2021

Vernehmlassungsantwort: Totalrevision der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (E-VDSG)

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne äussern wir uns im Rahmen der oben genannten Vernehmlassung innert Frist zum Verordnungsentwurf zum Bundesgesetz über den Datenschutz. Einleitend werden wir unsere grundlegenden Bemerkungen darlegen. In der Folge werden wir zu einzelnen Artikeln Kommentierungen vornehmen und jeweils konkrete Änderungsanträge stellen.

swissstaffing ist das Kompetenz- und Servicezentrum der Schweizer Personaldienstleister. Als Arbeitgeberverband vertritt swissstaffing die Anliegen seiner rund 430 Mitglieder gegenüber Politik, Wirtschaft und Gesellschaft. Swissstaffing fördert die Interessen der Personal-dienstleistungs-Branche und setzt sich aktiv für das Image der Temporärarbeit ein.

Grundsätzliche Bemerkungen:

- Die E-VDSG enthält entgegen ihrer Natur als reine Ausführungsverordnung zum revDSG mehrere Bestimmungen, welche über eine blosser Konkretisierung des revDSG hinausgehen. Der Sinn und Zweck von Ausführungsverordnungen beschränkt sich darauf, die Bestimmungen des betreffenden Bundesgesetzes durch Detailvorschriften näher auszuführen und zur verbesserten Anwendbarkeit des Gesetzes beizutragen. Keinesfalls darf eine Ausführungsverordnung zu einer eigentlichen Parallelgesetzgebung führen.
- Den von der E-VDSG zusätzlich aufgestellten Bestimmungen fehlt es nicht nur an einer Rechtsgrundlage im revDSG. Sie gehen teilweise sogar weiter als die Bestimmungen in der europäischen Datenschutzgrundverordnung (DSGVO).
- Es wäre praktisch, bei den Verordnungsbestimmungen jeweils auf denjenigen Artikel der revDSG zu verweisen, um dessen Konkretisierung es geht.
- Wir erachten es als notwendig, den Unternehmen eine angemessene Frist für die Umsetzungsarbeiten einzuräumen. Insbesondere für die Erstellung von Verzeichnissen und - sofern darauf entgegen unserem Antrag (vgl. hiernach zu Art. 4) nicht verzichtet wird – von Bearbeitungsreglementen braucht es Übergangsfristen.

Zu den einzelnen Artikeln der E-VDSG

Art. 1 Grundsätze

Absatz 1: *Art. 1 lit. d nennt die «Implementierungskosten» als Angemessenheitskriterium für die Datensicherheit.*

Hier sollte nebst den geldwerten Umsetzungsaufwendungen auch der Arbeitsaufwand mitberücksichtigt werden.

Antrag: Wir beantragen den Begriff «**Implementierungsaufwand**» anstatt «Implementierungskosten» zu verwenden.

Absatz 2: *Dieser Absatz verlangt, dass die Massnahmen über die gesamte Bearbeitungsdauer hinweg in angemessenen Abständen zu überprüfen sind.*

Eine Überprüfung macht jedoch vor allem dann Sinn, wenn es wirklich zu relevanten Veränderungen eines Risikos kommt. Somit ist es nicht zweckmässig, die Überprüfung ausschliesslich von zeitlichen Aspekten abhängig zu machen. Wir erachten eine Überprüfung in «angemessener Weise» als zielführender.

Antrag: Wir beantragen eine Pflicht zur Überprüfung der Massnahmen in **angemessener Weise** anstatt in angemessenen Abständen.

Art. 2 Schutzziele

Soweit angemessen, müssen die Massnahmen zur Gewährleistung der Datensicherheit folgende Schutzziele erreichen....

Der Terminus «erreichen» ist unseres Erachtens zu absolut. Eine absolute Datensicherheit kann nicht erfüllt werden. Möglich ist es lediglich, diese anzustreben.

Antrag: Soweit angemessen, müssen die Massnahmen zur Gewährleistung der Datensicherheit folgende Schutzziele **anstreben**.

Art. 3 Protokollierung

Der in Art. 3 statuierten *Protokollierungspflicht* fehlt es an einer Rechtsgrundlage im revDSG. Selbst die DSGVO sieht eine solche Protokollierungspflicht nicht vor.

Antrag: Die Protokollierungspflicht im Sinne von Art. 3 E-VDSG ist zu streichen.

Art. 4 Bearbeitungsreglement von privaten Personen

Art. 4 Abs. 1 verlangt, dass Private ein Reglement erstellen, wenn sie a) umfangreiche besonders schützenswerte Personendaten bearbeiten oder b) ein Profiling mit hohem Risiko durchführen.

Die Pflicht betreffend Erstellung eines Reglements hat im revDSG keine Rechtsgrundlage. Auch Art. 8 revDSG kann nicht als Rechtsgrundlage dienen, da dieser Artikel lediglich die Datensicherheit im engeren Sinne regelt. Überdies sieht auch die DSGVO keine Pflicht zur Erstellung eines Reglements vor.

Antrag: Die Pflicht zur Erstellung eines Bearbeitungsreglements gemäss Art. 4 E-VDSG ist zu streichen.

Art. 6 Modalitäten

Art. 6 Abs. 1 statuiert die Pflicht, für den Verantwortlichen, die vertrags- und gesetzesmässige Bearbeitung durch den Auftragsbearbeiter «sicherzustellen».

Die Formulierung «Sicherstellung» der vertrags- und gesetzesgemässen Bearbeitung impliziert, dass eine solche «Sicherstellung» möglich ist, was jedoch nicht zutrifft. Der Verantwortliche kann nur, aber immerhin, dafür Sorge tragen, dass das revDSG eingehalten wird.

Gemäss Art. 9 Abs. 2 revDSG muss sich der Verantwortliche vergewissern, dass die Datenbearbeitung korrekt erfolgt. Unseres Erachtens bietet sich hier eine solche Formulierung an.

Antrag zu Art. 6 Abs. 1: Streichung des Terminus «Sicherstellung» und Ersatz durch eine weniger verpflichtende Formulierung wie bspw.: «Der Verantwortliche vergewissert sich, dass die Daten vertrags- und gesetzesgemäss bearbeitet werden.

Die Vorschrift von **Art. 6 Abs. 2**, *wonach der Verantwortliche sich vergewissern muss, dass andere Bestimmungen einen gleichwertigen Datenschutz gewährleisten, sofern der Auftragsbearbeiter nicht dem DSG untersteht*, macht für uns deshalb wenig Sinn, weil bereits Art. 16 und 17 revDSG die Thematik abdecken.

Antrag zu Art. 6 Abs. 2: Streichung von Art. 6 Abs. 2 E-VDSG.

Art. 9 Datenschutzklauseln und spezifische Garantien

Gemäss Art. 9 Abs. 2 E-VDSG muss der Verantwortliche in angemessener Weise Massnahmen treffen, um sicherzustellen, dass die Empfängerin oder der Empfänger die Datenschutzklauseln in einem Vertrag oder die spezifischen Garantien einhält.

Eine solche «Sicherstellung» ist nicht möglich. Der Begriff «Sicherstellung» suggeriert zu Unrecht, dass es eine Garantie für die Einhaltung der Klauseln gibt.

Antrag zu Art. 9 Abs. 2: Der Terminus «sicherstellen» sollte ersetzt werden, (bspw.) durch die Formulierung «darauf hinwirken».

Art. 10 Standarddatenschutzklauseln

Gibt der Verantwortliche Personendaten mittels Standarddatenschutzklauseln nach Art. 16 Abs. 2 lit. d DSG ins Ausland bekannt, so trifft er angemessene Massnahmen, um sicherzustellen, dass die Empfängerin oder der Empfänger diese beachtet.

Hier gelten die zu Art. 9 Abs. 2 E-VDSG gemachten Ausführungen analog.

Antrag: Der Terminus «sicherstellen» sollte ersetzt werden, (bspw.) durch die Formulierung «darauf hinwirken».

Art. 13 Modalitäten der Informationspflichten

Art. 19 revDSG sieht nur für den Verantwortlichen, nicht aber für den Auftragsbearbeiter, eine Informationspflicht vor. Mangels gesetzlicher Grundlage im revDSG kann eine solche Pflicht daher auch nicht in der E-VDSG statuiert werden.

Antrag zu Art. 13 Abs. 1: Der Auftragsbearbeiter ist aus der Bestimmung zu streichen.

Art. 15 Information bei der Bekanntgabe von Personendaten

Gemäss Art. 15 E-VDSG informieren der Verantwortliche und der Auftragsbearbeiter die Empfängerin bzw. den Empfänger über die Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der von ihnen bekannt gegebenen Personendaten, soweit sich diese Informationen nicht aus den Daten selbst oder aus den Umständen ergeben.

Diese Regelung entbehrt einer gesetzlichen Grundlage in der revDSG. Es kommt hinzu, dass der Auftragsbearbeiter gemäss revDSG nicht informationspflichtig ist (vgl. die Ausführungen hiervoor zu Art. 13 E-VDSG).

Antrag: Art. 15 E-VDSG streichen.

Art. 16 Information über die Berichtigung, Löschung oder Vernichtung sowie die Einschränkung der Bearbeitung von Personendaten

Die unter diesem Titel statuierten Informationspflichten entbehren einer gesetzlichen Grundlage und sind daher zu streichen.

Antrag: Art. 16 E-VDSG streichen.

Art. 18 Form und Aufbewahrung der Datenschutz-Folgenabschätzung

Art. 18 E-VDSG schreibt eine zweijährige Aufbewahrungsfrist nach Beendigung der Datenbearbeitung vor. Für eine solche Aufbewahrungsfrist fehlt es in der revDSG an einer gesetzlichen Grundlage. Das revDSG enthält abgesehen vom Verzeichnis keine Dokumentationspflichten. Auch die DSGVO sieht keine Aufbewahrungspflicht vor.

Antrag: Der Passus «Sie muss während zwei Jahren nach Beendigung der Datenbearbeitung aufbewahrt werden.» ist zu streichen.

Art. 19 Meldung von Verletzungen der Datensicherheit

Eine Dokumentations- und Aufbewahrungspflicht wie sie Art. 19 Abs. 5 E-VDSG vorsieht, kennt das revDSG nicht. Daher können entsprechende Pflichten mangels gesetzlicher Grundlage auch nicht via Verordnung eingeführt werden.

Antrag: Streichung von Art. 19 Abs. 5 E-VDSG.

Art. 20 Modalitäten des Auskunftsrechts

Gemäss Art. 20 Abs. 1 E-VDSG wird das Auskunftsbegehren schriftlich gestellt. Ist der Verantwortliche einverstanden, so kann das Begehren auch mündlich gestellt werden. In der heutigen Zeit der fortgeschrittenen Digitalisierung muss präzisiert werden, dass auch die elektronische Form ohne Einschränkung zugelassen ist.

Antrag zu Art. 20 Abs. 1: Wir schlagen vor, dass die Auskunft ermöglicht wird, sofern ein Begehren schriftlich oder in einer anderen durch Text nachweisbaren Form gestellt wird.

Art. 20 Abs. 5 E-VDSG sieht eine Aufbewahrungspflicht der Dokumentation von mindestens drei Jahren vor. Mangels einer gesetzlichen Grundlage für diese Pflicht im revDSG ist diese Bestimmung zu streichen.

Antrag: Streichung von Art. 20 Abs. 5 E-VDSG.

Art. 23 Ausnahmen von der Kostenlosigkeit

Die gemäss Art. 23 Abs. 2 statuierte Kostenbeteiligung von maximal CHF 300.00 ist angesichts der Kosten, welches ein Auskunftsbegehren verursachen kann, klar zu tief. Hier ist der Vergleich zur DSGVO angebracht, welche keine betragsmässige Höchstgrenze kennt, sondern auf die «Angemessenheit» abstellt. Der Höchstbetrag ist daher auch in der E-VDSG angemessen zu erhöhen.

Antrag: Angemessene Erhöhung des Maximalbeitrags an der Kostenbeteiligung für ein Auskunftsbegehren (mindestens CHF 1'000.--).

Art. 26 Ausnahme von der Pflicht zur Führung eines Verzeichnisses der Bearbeitungstätigkeiten

Unternehmen und andere privatrechtliche Organisationen, die am Anfang eines Jahres weniger als 250 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter beschäftigen, sowie natürliche Personen sind von der Pflicht befreit, ein Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten zu führen, ausser eine der folgenden Voraussetzungen ist erfüllt: a. Es werden umfangreich besonders schützenswerte Personendaten bearbeitet oder b. Es wird ein Profiling mit hohem Risiko durchgeführt.

Unklar ist, was unter «umfangreich besonders schützenswerten Personendaten» zu verstehen ist. Dies sollte genauer definiert werden, andernfalls Rechtsunsicherheit besteht.

Zu präzisieren ist unseres Erachtens zudem, wie die 250 Mitarbeitenden zu zählen sind. Sind hier auch Teilzeitstellen miteingerechnet?

Antrag: Der Begriff Mitarbeitende ist durch «Vollzeitstellen» zu ersetzen. Der Begriff «umfangreich besonders schützenswerten Personendaten» ist genauer zu definieren.

Inkraftsetzung und Übergangsbestimmungen

Die Totalrevision des Datenschutzrechts bringt gewichtige Änderungen mit sich und hat weitreichende neue Verpflichtungen für die Unternehmen zur Folge. Eine angemessene Umsetzungsfrist ist notwendig, zumal im neuen DSG keine Übergangsfristen vorgesehen sind und sowohl das totalrevidierte DSG als auch die totalrevidierte Verordnung bei Inkrafttreten bereits vollständig implementiert sein sollten.

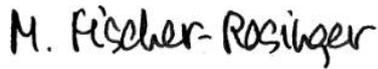
Insbesondere die Erstellung von Verzeichnissen und Bearbeitungsreglementen (sofern darauf entgegen unserem Antrag nicht verzichtet wird) bedarf einer Übergangsfrist.

Für die Umsetzungsarbeiten in den Unternehmen erachten wir einen Zeitraum von einem Jahr, laufend ab Inkraftsetzung des revidierten Gesetzes / Verordnung, als zweckmässig und notwendig.

Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme und die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Bei allfälligen Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Myra Fischer-Rosinger
Direktorin



Boris Eicher
Leiter Rechtsdienst