



Rechtsvergleich: Schweizerisches Datenschutzgesetz (E-DSG) vs. EU-DSGVO Für einen angemessenen Datenschutz braucht es ein Widerspruchsrecht zum Profiling

Mit der Revision des Datenschutzgesetzes muss der Datenschutz für die Menschen in der Schweiz dringend gestärkt werden. Die neue Regelung muss zudem kompatibel zur europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) und zur Europarats-Konvention 108 sein, damit die Schweiz weiterhin zum europäischen Datenraum zählt und die Daten-Freizügigkeit nicht gefährdet ist. Die EU-Kommission will demnächst den betreffenden Angemessenheitsbeschluss neu beurteilen.

Sollte sich das Parlament zu einem risikobasierten Ansatz entscheiden, wie es der Ständerat als Kompromiss vorschlägt (oder gar der harten Haltung des Nationalrat folgen), muss ein Widerspruchsrecht zum Profiling geschaffen werden: Das Gesetz muss als Ausgleich überall dort, wo keine ausdrückliche Einwilligung für ein Profiling vorgesehen ist, eine einfache «Opt-out»-Möglichkeit für die betroffenen Personen verankern. Dieses Widerspruchsrecht muss ohne Nachteile wahrgenommen werden können. Die Zustimmung zum Profiling darf insbesondere nicht an die pauschale Zustimmung zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) oder gar einer Datenschutzerklärung gebunden sein. Das Widerspruchsrecht muss auch ohne aufwändige Klage zum Schutz der Persönlichkeit (Art. 28 Abs. 2 i.V.m. Art. 26 E-DSG) wahrgenommen werden können.

Warum ist ein Widerspruchsrecht beim Profiling erforderlich?

Einige Stimmen sind der Ansicht, dass ein Widerspruchsrecht auch in Fällen des Profilings bestehe, sodass kein weiterer Regelungsbedarf bestehe. Auch werde nach Art. 17 Abs. 2 lit d [E-DSG](#) auf dieses Recht hingewiesen werden. Insoweit sei weder eine (erneute) Regelung eines Widerspruchsrechts erforderlich, noch auf diese hinzuweisen.

Diese Argumentation ist unzutreffend. Ein Widerspruchsrecht des Betroffenen besteht derzeit weder, noch würde ein solches durch einen neuen Art. 17 Abs. 2 lit. d E-DSG geschaffen werden.

1. Art. 17 E-DSG bestimmt dem Wortlaut und der Systematik nach lediglich **Informationspflichten** (Überschrift). Art. 17 Abs. 2 lit. d E-DSG schafft keine neuen Rechte, sondern verweist lediglich auf andernorts begründete Rechte.
2. Zur Zeit ist ein Widerspruchsrecht des Betroffenen jedoch andernorts im DSG nicht geregelt. Zwar sind in Art. 17 E-DSG **Informationspflichten**, und in Art. 28 E-DSG ein **Berichtigungsanspruch** sowie die Möglichkeit der **Klage zum Schutz**

der Persönlichkeit vorgesehen. Ein Verweis auf die «Liste der Rechte» umfasst jedoch keinen Hinweis auf ein Widerspruchsrecht, da ein solches (bis jetzt) nicht geregelt ist.

Weder status quo noch der derzeit beabsichtigte Revisionsstand des DSG schaffen eine hinreichende Kompatibilität mit der europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO). Das Schutzniveau ist nicht gleichwertig.

1. Nach der EU DSGVO ist die Verarbeitung personenbezogener Daten grundsätzlich rechtswidrig, es sei denn, dass der Verarbeiter die Verarbeitung auf einen Rechtsgrund stützen kann, vgl. Art. 6 EU DSGVO. In der Schweiz ist eine Verarbeitung von Daten hingegen grundsätzlich immer zulässig, es sei denn es liegen Ausnahmetatbestände vor. Dennoch ist selbst in der DSGVO, die bereits aufgrund des unterschiedlichen Ansatzes ein abstrakt höheres Schutzniveau bietet, in Art. 21 DSGVO zusätzlich ein Widerspruchsrecht geregelt.
2. **Aus der Kombination des Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt (Art. 6 EU-DSGVO) mit einem Widerspruchsrecht (Art. 21 EU-DSGVO) folgt, dass die Schweiz ein gleichwertiges Schutzniveau vis-à-vis der EU-DSGVO nur erreichen kann, wenn spiegelbildlich ein umfangreicheres Widerspruchsrecht als in der EU-DSGVO geschaffen wird.**
3. Bezogen auf das Profiling bedeutet dies nach der EU-DSGVO:
 1. In den meisten Fällen wird ein Profiling mangels Einwilligung – oder anderes Rechtfertigungsgrunds – rechtswidrig sein.
 2. Das Widerspruchsrecht nach Art. 21 Abs. 1 EU-DSGVO bezieht dezidiert auf die Fälle des Art. 6 Abs. 1 lit. e EU-DSGVO (Verarbeitung zur Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe) und lit. f (Wahrung berechtigter Interessen mit Grundrechtsabwägung).
 3. Folge des Widerspruchs ist es, dass Daten nicht weiter verarbeitet werden dürfen, es sei denn, dass eine Verarbeitung aus zwingenden schutzwürdigen Gründen weiterhin erforderlich ist (vgl. Art. 21 Abs. 1 Satz 2 EU-DSGVO).
4. Um ein gleichwertiges Schutzniveau in der Schweiz zu erreichen, wären daher folgende Anpassungen erforderlich:
 1. Ein (näher auszugestaltendes) Widerspruchsrecht kann die Grundrechte der Betroffenen in einem der EU DSGVO vergleichbaren Weise schützen. Die – derzeit – einzige Möglichkeit der Klageerhebung stellt eine wesentliche Erschwerung der Geltendmachung der Betroffenen dar. Es besteht die Gefahr, dass allein aus Kostengründen von einer Klageerhebung Abstand genommen werden könnte, was faktisch einem Rechtsverzicht gleich käme. Die Kompatibilität mit der DSGVO erfordert

es, dass dem Betroffenen einfache Möglichkeiten geschaffen werden müssen, seine Rechte geltend zu machen.

2. Dem risikobasierten Ansatz beim Profiling folgend sollte in Fällen des erhöhten Risikos ein materielles Widerspruchsrecht mit Interessenabwägung, in Fällen ohne erhöhtes Risiko ein materielles Widerspruchsrecht ohne Interessenabwägung geschaffen werden.
3. Ist der Verarbeitung widersprochen, und fiel eine ggf. vorzunehmende Interessenabwägung zugunsten der Rechtsgüter des Betroffenen aus, so dürfen die Daten nicht weiter verarbeitet werden.

Es besteht weiterhin Handlungsbedarf, um die Kompatibilität des DSG mit der EU-DSGVO beim Profiling herzustellen.

1. Notwendig dürfte eigentlich sein, dass ein separater Artikel im DSG geschaffen wird, der ein Widerspruchsrecht allgemein, d.h. über den Unterfall des Profilings hinaus, begründet.
2. Entgegen der üblichen Systematik wäre – jedoch dem Zustand des fortgeschrittenen Bearbeitungsstands der Revision Rechnung tragend – erforderlich, dass zumindest in die revidierten Grundsätze ein Widerspruchsrecht betreffend dem Profiling geschaffen wird.

Antrag der Kommissions-Minderheit zuhanden des Nationalrats

Eine Minderheit in der zuständigen Staatspolitischen Kommission des Nationalrats schlägt eine entsprechende [Ergänzung durch Art. 5 Abs. 8](#) vor:

Gegen jede Form des Profilings steht der betroffenen Person ein Widerspruchsrecht zu. Die betroffene Person muss auf dieses Widerspruchsrecht hingewiesen werden. Ist Widerspruch eingelegt, dürfen die Daten nicht weiter verarbeitet werden; im Einzelfall kann die Verarbeitung fortgesetzt werden, wenn bei erhöhtem Risiko zwingende schutzwürdige Gründe die weitere Verarbeitung erfordern. Entscheidung und Gründe sind der betroffenen Person mitzuteilen.

Der Vorschlag wird im Nationalrat in der Herbstsession am 17. September diskutiert.

Basel, 25. August 2020