

Besprechung / Comptes rendu

Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen

DAVID ROSENTHAL / YVONNE JÖHRI

Schulthess Juristische Medien AG, Zürich 2008, 1171 Seiten, CHF 248.–, EUR 178.–,
ISBN 978-3-7255-5564-2

DAVID ROSENTHAL und YVONNE JÖHRI legen mit ihrem sogenannten Handkommentar ein eindrückliches Werk vor. Die Bezeichnung «Handkommentar» trifft auf das Format des Buchs zu, der Inhalt steht einem «richtigen» Kommentar in nichts nach. Man mag sich angesichts des Trends zu Handkommentaren und das vorliegende Werk in der Hand haltend fragen, ob denn immer das kleine Format gewählt werden muss, gehen doch damit auch gewisse Nachteile einher. Die ins kleine Format gepackte Inhaltsfülle des Handkommentars von ROSENTHAL/JÖHRI hat zur Folge, dass die Schriftgrösse gewisse Leser vor die Frage stellt, nicht doch langsam eine Lesebrille anzuschaffen. Zudem musste eine Papierstärke gewählt werden, die einen – dem Inhalt durchaus angemessenen – sorgfältigen Umgang mit dem Buch nahelegt.

Schon das Inhaltsverzeichnis zeigt auf, dass es sich keineswegs bloss um einen Kommentar zum DSG handelt. Vielmehr finden sich im Buch auch für die Praxis wertvolle englische Übersetzungen des DSG, der VDSG und der VDSZ. Auch enthält das Werk ein Verzeichnis der Leitfäden, Merkblätter, Empfehlungen und Tätigkeitsberichte des EDÖB, welches dem Leser diese Quellen dank ihrer alphabetischen Ordnung rasch und einfach erschliesst. Überraschend lang ist die Übersicht über die Bestimmungen von anderen Bundesgesetzen, die Datenschutzfragen ansprechen; erstaunlich, dass der Gesetzgeber nicht versucht hat, diese weit verstreuten Bestimmungen stärker ins DSG zu integrieren. Wertvoll ist die Kommentierung der wichtigsten einschlägigen Bestimmungen aus anderen Bundesgesetzen. Dabei ist insbesondere die Kommentierung von Art. 273 StGB zu erwähnen, eine Bestimmung, die im Zusammenhang mit internationalen Datenexporten im Wirtschaftsbereich nichts an Brisanz verloren hat und daher nicht vergessen werden darf. Schliesslich macht das ausführliche Stichwortverzeichnis die Kommentierung auch nach Schlagwörtern einfach erschliessbar.

Anspruch der Autoren ist es, nicht nur einen Kommentar für die Praxis zu schreiben, sondern auch Zusammenhänge für die Rechtsanwendung und zudem wissenschaftliche Ansprüche zu erfüllen. Dem Anspruch, Zusammenhänge aufzuzeigen, wird ein Flow-Chart in optima forma gerecht, das aufzeigt, wie die wichtigsten Fragen bei privaten Datenbearbeitungen zu beantworten und wo die entsprechenden Informationen im Kommentar zu finden sind. Das unleserlich klein abgedruckte Schema kann über mehrere Websites kostenlos bezogen werden.

Wird das Werk anhand der aktuellen Praktikerfrage, ob Whistleblowing ein datenschutzrechtliches Problem darstellt, geprüft, ergibt sich Folgendes: Zulässig ist die Verfolgung des Verdachts rechtswidrigen Handelns eines Mitarbeiters durch den Arbeitgeber – aufgrund von Art. 717 OR dürfte das sogar eine Pflicht sein. Datenschutzrechtlich zulässig ist auch die Einrichtung einer Meldestelle, da es sich bei solchen Meldungen um Daten zur Durchführung des Arbeitsvertrags handelt (OR 328b N 45). Die Beschaffung von Daten über einen Mitarbeiter ist aber eine datenschutzrelevante Bearbeitung und müsste daher der betroffenen Person gegenüber erkennbar gemacht werden (Art. 4 Abs. 4 DSGVO). Der Hinweis des Unternehmens auf eine Whistleblowing-Hotline ist nicht genügend (DSG 4 N 54). Allerdings besteht ein Rechtfertigungsgrund zur Nichtoffenlegung, solange der Mitarbeiter die Untersuchung eines Vorwurfs gegen ihn vereiteln könnte. Besteht keine Vereitelungsgefahr mehr, ist dann aber die Datenbearbeitung offenzulegen (DSG 4 N 54). Gleiches gilt, wenn in diesem Zusammenhang

besonders schützenswerte Personendaten anfallen (DSG 7a N 10). Wenn aufgrund einer Meldung die Konzernzentrale (und nicht die Konzerntochter, welche Arbeitgeberin ist) die Untersuchungen durchführt, erfolgt dies im Auftrag der Konzerntochter, was eine zulässige Bearbeitung durch Dritte ist, wenn die Konzerngesellschaften inter-company agreements abgeschlossen haben, die sicherstellen, dass – in unserem Beispiel – die Muttergesellschaft nur in dem Umfange Daten bearbeitet, als es der Tochtergesellschaft erlaubt ist (DSG 10a N 20 und 37 ff.). Schliesslich stellt die Sammlung von Whistleblowing-Meldungen eine Datensammlung dar, die aber dem EDÖB nicht gemeldet werden muss, solange sie keine besonders schützenswerten Daten oder Persönlichkeitsprofile enthält (DSG 11a N 45). Was in dieser, über das Schlagwortverzeichnis erschlossenen, praxisnahen Darstellung nicht aufscheint, ist, dass der Export von Whistleblowing-Meldungen nur zulässig ist, wenn die Vorschriften von Art. 6 DSG eingehalten sind. Dazu dürften sich – falls das Bestimmungsland kein adäquates Datenschutzniveau kennt – intercompany agreements geradezu anbieten (vgl. zur vertraglichen Gewährleistung eines adäquaten Schutzes DSG 6 N 38 ff.) oder es werden Binding Corporate Rules für den Konzern eingegangen (vgl. dazu DSG 6 N 76 ff.). Schliesslich kann die Bekanntgabe ins Ausland gegen Art. 273 StGB verstossen (insbesondere StGB 273 N 54 ff.).

Dieses Beispiel will nicht Kritik sein. Vielmehr zeigt es, dass beim Leser eine gewisse Vorbefassung mit der Thematik vorhanden sein sollte. Ist dies der Fall, gibt es so weit ersichtlich keine Frage, die unbeantwortet bleibt. Vielmehr findet der Leser auch zu jedem Teilaspekt seiner Frage fundierte Ausführungen, Hinweise auf die Praxis und immer wieder einen Blumenstrauss von Beispielkonstellationen.

ROSENTHAL/JÖHRI beschränken sich nicht auf eine dogmatisch ausgerichtete Kommentierung; vielmehr nehmen die Autoren auch mit wirtschaftlichen und rechtspolitischen Argumentationen Stellung zu einzelnen Fragen. So machen sie klar, dass sie gegenüber dem neuen Instrument des Zertifizierungsverfahrens kritisch eingestellt sind (vgl. ausdrücklich DSG 11 Abs. 1 N 13 ff.). Sie meinen, dass sich die Vorgaben des Datenschutzes in vielen Fällen rascher, besser und mit sehr viel weniger Bürokratie umsetzen lassen als über eine Zertifizierung. Voraussetzung sei, dass Datenschutz ein Anliegen des Unternehmens sei, andernfalls nütze aber auch eine Zertifizierung nichts. Interessant kann aber eine Zertifizierung dennoch insbesondere aus Marketinggründen sein oder zur Erleichterung des Nachweises der erforderlichen Sorgfalt bei Datenschutzverletzungen. Wenig attraktiv sei die Zertifizierung zudem, weil die rechtliche Privilegierung von Unternehmen, die sämtliche Datenbearbeitungsverfahren haben zertifizieren lassen, auf die Befreiung von der Pflicht zur Anmeldung der Datensammlungen beschränkt bleibe. Angesichts des Aufwands für die Zertifizierung stelle sich die Frage, ob die Anmeldung und Nachführung der Anmeldungen der Datensammlungen beim EDÖB nicht einfacher sei. Insgesamt sagen die Autoren dieser Bestimmung daher keine grosse Zukunft voraus.

Auch einem anderen neuen Instrument des revidierten Datenschutzgesetzes stehen ROSTENTHAL/JÖHRI skeptisch gegenüber. Das Gesetz sieht keine Pflicht zur Bestellung eines betriebsinternen Datenschutzverantwortlichen vor. Betriebe, die solches auf freiwilliger Basis dennoch tun, sind von der Pflicht, Datensammlungen bei EDÖB anzumelden, befreit. Bestehen bleibt aber die Pflicht, dem EDÖB zu melden, dass ein Datenschutzverantwortlicher bestellt worden ist. Dieser hat sodann intern ein Verzeichnis der Datensammlungen zu führen. Der Aufwand steige daher, wenn ein solcher Datenschutzverantwortlicher bestellt werde. Dieser Mehraufwand könne aber allenfalls durch die besondere Sensitivität der Daten, Anforderungen ausländischen Rechts, anwendbare Corporate-Governance-Grundsätze oder allgemeines rechtliches Risikomanagement geboten sein (DSG 11a N 75 ff.).

Die Autoren möchten gemäss dem Vorwort mit ihrem Kommentar dem Dasein des Datenschutzrechts als «Blackbox» entgegenwirken. Ob dies gelingt, bezweifelt der Schreiber. Das Buch lädt nicht zur gänzlichen Lektüre ein und vermag daher dem «Neuling» im Datenschutzrecht kaum Zugang zur Materie zu gewähren. Dies mag vornehmlich am Datenschutzrecht liegen. Zu komplex ist die Materie, um sie auf die Schnelle erfassen zu wollen. Wer sich schon etwas mit dem Datenschutzrecht auseinandergesetzt hat, der aber findet im ROSENTHAL/JÖHRI Antworten auf alle Fragen und wird mit Interesse etwas verweilen und sich vertiefen. Das Buch wird allen, die sich in Wissenschaft, Verwaltung, Justiz oder Praxis mit Datenschutzrecht befassen, ein unerlässlicher Ratgeber sein; von ihrem Schreibtisch ist das Werk nicht wegzudenken.

Dr. Mathis Berger, Rechtsanwalt, LL.M., Zürich