



17.059

**Datenschutzgesetz.
Totalrevision und Änderung weiterer
Erlasse zum Datenschutz****Loi sur la protection des données.
Révision totale et modification
d'autres lois fédérales***Differenzen – Divergences*

CHRONOLOGIE

NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 12.06.18 (ERSTRAT - PREMIER CONSEIL)
STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 11.09.18 (ZWEITRAT - DEUXIÈME CONSEIL)
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 17.09.18 (DIFFERENZEN - DIVERGENCES)
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 28.09.18 (SCHLUSSABSTIMMUNG - VOTE FINAL)
STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 28.09.18 (SCHLUSSABSTIMMUNG - VOTE FINAL)
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 24.09.19 (ERSTRAT - PREMIER CONSEIL)
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 25.09.19 (FORTSETZUNG - SUITE)
STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 18.12.19 (ZWEITRAT - DEUXIÈME CONSEIL)
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 05.03.20 (DIFFERENZEN - DIVERGENCES)
STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 02.06.20 (DIFFERENZEN - DIVERGENCES)
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 17.09.20 (DIFFERENZEN - DIVERGENCES)
STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 23.09.20 (DIFFERENZEN - DIVERGENCES)
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 24.09.20 (DIFFERENZEN - DIVERGENCES)
STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 24.09.20 (DIFFERENZEN - DIVERGENCES)
NATIONALRAT/CONSEIL NATIONAL 25.09.20 (SCHLUSSABSTIMMUNG - VOTE FINAL)
STÄNDERAT/CONSEIL DES ETATS 25.09.20 (SCHLUSSABSTIMMUNG - VOTE FINAL)

**3. Bundesgesetz über den Datenschutz
3. Loi fédérale sur la protection des données**

La présidente (Moret Isabelle, présidente): Nous sommes dans la troisième ronde de divergences. Je vous propose de mener une discussion commune sur toutes les divergences, et ensuite de voter séparément sur les trois propositions de minorité.

Wermuth Cédric (S, AG): Frau Präsidentin, wenn Sie einverstanden sind, würde ich nicht nur für meine Minderheit, sondern gleich auch noch für die Fraktion sprechen, dann ist das erledigt. – Sie sind einverstanden, wunderbar.

Ich sehe, das Datenschutzgesetz sorgt für grosse Begeisterung in diesem Saal. Ich kann Ihnen den fehlenden Enthusiasmus nicht übel nehmen; es ist wirklich eine unendliche Geschichte, die wir hoffentlich jetzt langsam auf die Zielgerade bringen. Die Argumente sind im Wesentlichen ausgetauscht, das ist mir auch klar. Ich versuche Sie trotzdem noch einmal davon zu überzeugen, dass es Sinn macht, diese unsinnige Differenz mit dem Ständerat beizulegen und dieses Datenschutzgesetz zu einem guten Abschluss zu bringen.

Es geht hier zuerst um Artikel 4 Litera fbis oder eben nur um Litera f, je nachdem, wie Sie es haben wollen. Es ist eine Konzeptabstimmung, zwischen dem Konzept der Mehrheit – nennen wir sie Mehrheit Jauslin – und dem Konzept des Ständerates bzw. meiner Minderheit zu mehreren Artikeln.

Um was geht es? Es geht zuerst einmal um die Frage, wie wir "Profiling" in diesem Gesetz definieren. "Profiling" ist der Begriff, der im Wesentlichen bezeichnet, was wir mit dem Phänomen Big Data machen. Big Data bedeutet nicht "viele Daten", sondern dass es um die Zusammenführung von Daten aus ganz unterschiedlichen Quellen zur Herstellung von dem geht, was wir im bisherigen Recht als "Persönlichkeitsprofile" benannt haben. Jetzt haben wir von der, sagen wir, links-grünen Seite in diesem Prozess bereits einen grossen Schritt



auf Sie, insbesondere von der CVP und der FDP, zu gemacht. Es war insbesondere Ihr Wunsch, in diesem Prozess den Begriff "Profiling" so zu präzisieren, dass zwischen einem normalen Profiling und einem Profiling mit hohem Risiko unterschieden werde. Ich muss Ihnen sagen, dass es ein bisschen enttäuschend ist zu sehen, dass wir wahrscheinlich mit der Bereitschaft, mit Ihnen hier eine Lösung zu suchen, einen taktischen Fehler gemacht haben. Das ist schade für die Qualität der Diskussion in diesem Saal.

Es hat ein Anliegen dahinter, das durchaus berechtigt ist, und darum wollten wir das aufnehmen. Jetzt aber haben wir zwei Definitionen, die sich gegenüberstehen. Die Mehrheit des Nationalrates definiert das Profiling nur anhand des Ergebnisses; sie sagt, es liege nämlich dann vor, wenn dabei schützenswerte Personendaten resultieren würden.

Ich kann Ihnen aber an einem simplen Beispiel zeigen, dass das in der Praxis überhaupt keinen Sinn macht. Nehmen wir einen Mischkonzern, der beispielsweise Detailhändler ist, aber auch noch Fitnesscenter betreibt, eigene Finanzdienstleistungen und vielleicht – das mag jetzt ein fiktives Beispiel sein – Versicherungen anbietet. Jede einzelne dieser Informationen dazu, was Sie tun, wenn Sie einkaufen, oder welches Kardiogerät Sie benutzen, ist an und für sich nicht ein schützenswertes Personendatum. Sie wissen auch nicht, welche Daten zusammengeführt werden und dann möglicherweise zu einem schützenswerten Datum führen, und Sie wissen vor allem nicht, wo im Prozess das geschieht.

In der Definition der Mehrheit ist aber das Profiling bereits geschehen, bevor Sie überhaupt feststellen können, ob schützenswerte Personendaten betroffen sind. Das widerspricht, wie das Bundesgericht mehrfach bestätigt hat, ganz grundsätzlich der Idee des Datenschutzes, der Grundrechte und der Privatsphäre, die Ihnen auch das Recht ermöglichen, überhaupt darüber zu entscheiden, was mit Ihren Daten geschieht, und das nicht erst anhand des Resultates.

Sie fallen damit auch hinter den Status quo zurück. Das aktuelle Datenschutzgesetz bezieht sich wie gesagt auf die Definition des Persönlichkeitsprofils. Der Ständerat hat jetzt in seinem Kompromissvorschlag des Profilings "mit hohem Risiko" versucht, genau diese Definition des Persönlichkeitsprofils wiederaufzunehmen.

Indem die Definition der Mehrheit des Nationalrates hinter dieser Formulierung zurückbleibt, schliessen Sie per definitionem den Status quo aus. Sie schaffen hier eine Lücke gegenüber dem heute im Datenschutzgesetz gültigen Schutzniveau, und wir sind weder bereit, das mitzutragen, noch können wir es. Wir sehen auch nicht ein, wie eine Mehrheit dieses Saales das ernsthaft wird mittragen können.

An diesem Punkt beginnt aber eigentlich erst die Schlaumeierei dieses Konzepts der Mehrheit, wenn ich das so benennen darf. Denn was die Mehrheit anschliessend mit ihrem Konzept tut, ist, dass sie nach der Begriffsdefinition jegliche Rechtsfolge derselben gestrichen hat, beispielsweise in der Frage der Einwilligung. Dann kann man natürlich vorne definieren, was immer man auch will. Man könnte in das Gesetz auch reinschreiben, was ein blauer Pavian sei; das hätte genau die gleiche Wirkung wie das, was die Mehrheit mit ihrem Konzept tut, bei dem jegliche Rechtsfolge dann auch ausgeschlossen wird. Das ist absurd, um es auf den Punkt zu bringen. Es kann doch nicht das Konzept sein, in einem Gesetz Begriffe zu definieren, die dann keine Rechtsfolge mehr zeitigen!

Der Datenschutzbeauftragte hat ausgeführt, was das für ihn bedeuten würde: Er müsste seine Interventionen aus den allgemeinen Grundsätzen und der bisherigen Praxis ableiten. Das ist nichts anderes als ein Arbeitsbeschaffungsprogramm für Datenschutzanwältinnen und -anwälte und ein Chaos für die betroffenen Unternehmen.

AB 2020 N 1597 / BO 2020 N 1597

Ich bitte Sie, hier in dieser entscheidenden Frage meiner Minderheit zu folgen. Zudem möchte ich Ihnen noch einmal in aller Transparenz darlegen, dass das für uns eine *Conditio sine qua non* ist: Finden wir hier keine Einigung auf die ständerätliche Variante, wird sich die sozialdemokratische Fraktion in der Schlussabstimmung gezwungen sehen, dieses Gesetz abzulehnen.

Die Minderheit Glättli ist die zweite wichtige Minderheit. Sie will die Verankerung des expliziten Widerspruchsrechts, gerade im Bereich des Profilings. Wir bitten Sie, der Minderheit Glättli zu folgen. Wir haben zur Kenntnis genommen, dass sich Bundesrat und Verwaltung auf den Standpunkt stellen, dass dieses Widerspruchsrecht sich auch aus Artikel 17 ableiten lässt. Wir bitten die Frau Bundesrätin, zuhänden der Materialien noch einmal zu bestätigen, dass wir in jedem Fall davon ausgehen können, dass die Meinung des Gesetzgebers die gleiche ist. Wir bevorzugen aber die Minderheit Glättli, weil sie Klarheit und Rechtssicherheit am richtigen Ort schafft. Ich danke Ihnen, wenn Sie uns hier in beiden Punkten folgen.

Glättli Balthasar (G, ZH): Ich werde auch zuerst meine Minderheit begründen und dann, mit dem Einverständnis der Ratspräsidentin, etwas übermarchen und gleich noch die Fraktionsstellungnahme zu den anderen



Minderheitsanträgen abgeben.

Zuerst zu meiner Minderheit zu Artikel 5 Absatz 8: Damit man diesen Minderheitsantrag richtig verstehen kann, muss man sich zuerst nochmals vor Augen führen, dass die beiden Gesetzeswerke, die EU-Datenschutz-Grundverordnung einerseits und das schweizerische Datenschutzgesetz andererseits, deren Äquivalenz ja nun hergestellt werden soll – das ist die grundlegende Zielsetzung dieser Gesetzesrevision –, einen völlig unterschiedlichen Ansatz haben. Bei der EU-Datenschutz-Grundverordnung gilt grundsätzlich jede Verarbeitung von personenbezogenen Daten als rechtswidrig. Sie ist also nicht erlaubt, es sei denn, man kann sich auf einen Rechtsgrund stützen. Der häufigste Rechtsgrund ist dann die Zustimmung der betroffenen Person zur Bearbeitung der Daten.

In der Schweiz haben wir eigentlich das umgekehrte Prinzip. Eine Verarbeitung von Daten ist immer zulässig, es sei denn, es liegen Ausnahmetatbestände vor.

Das heisst also, es müssen sich zwei Rechtsordnungen irgendwo in der Mitte finden, von denen die eine sagt, alles sei verboten, ausser ..., und die andere, unsere, sagt, alles sei erlaubt, ausser ... Es ist klar, dass auf abstraktem Niveau natürlich die Datenschutz-Grundverordnung der EU ein höheres Schutzniveau bietet, weil sie eben immer die Zustimmung verlangt. Klammerbemerkung: Ich denke, das ist dann zum Teil auch ein wenig eine Zustimmungssillusion. Ich bin durchaus einverstanden, dass wir weiterhin unser System haben. Aber man muss dann natürlich schauen, dass am Schluss das Schutzniveau gleich hoch ist.

Wenn wir jetzt unsere Gesetzgebung mit der Datenschutz-Grundverordnung vergleichen, die wie erläutert bereits ein abstraktes Schutzniveau bietet, dann müssen wir zur Kenntnis nehmen, dass die Datenschutz-Grundverordnung zu diesem abstrakt höheren Schutzniveau zusätzlich ein allgemeines Widerspruchsrecht bietet. Eigentlich bräuchten wir das ganz generell auch bei uns. Hier schlage ich es zumindest dort vor, wo heute die häufigste unbewusste Datenbearbeitung stattfindet, nämlich beim Profiling.

Das Profiling beginnt in einem Moment, in dem Sie sich dessen gar nicht bewusst sind. Es beginnt in dem Moment, in dem Sie eine Website besuchen, in dem Moment, da Sie Ihr Handy einschalten – Sie müssen das Handy nicht einmal aus der Tasche nehmen. Deshalb ist es kein Behelf, wie jetzt die Mehrheit und auch der Bundesrat argumentieren, zu sagen, man könne ja dann allenfalls klagen. Klagen Sie gegen Google – viel Vergnügen!

Das ist nicht der Rechtsbehelf, den wir brauchen. Es ist auch nicht tauglich, wenn man sagt, Sie könnten sich ja dann bei den Betroffenen melden und sagen, Sie möchten, dass diese Daten wieder gelöscht werden, wenn Sie gar nicht wissen, wo Sie sich melden müssen. Denn das Profiling erfordert eben keine Zustimmung. Nur wenn Sie hier dieser Minderheit zustimmen, geben Sie uns als Betroffenen, den Menschen in der Schweiz, die Möglichkeit, dass sie überhaupt, wenn sie es auch wollen, einem solchen Profiling widersprechen können. Das zur Minderheit Glättli.

Jetzt noch ganz kurz, ich habe es erwähnt, zur Minderheit Wermuth. Wir haben immer betont, dass es für die Grünen zwei rote Linien gibt:

1. Die Gewissheit oder gute Chancen, dass es aufgrund dieses Gesetzes eine Äquivalenzanerkennung gibt. Das ist das Ziel des Gesetzes. Wenn man ein Gesetz macht, welches das Grundziel verfehlt, dann hat man sich irgendwie ins Out manövriert.

2. Wir wollen, dass im Vergleich zum heutigen Gesetz das tatsächliche Schutzniveau nicht gesenkt wird.

Wenn diese beiden Bedingungen nicht erfüllt sind, werden die Grünen in der Schlussabstimmung dieses Gesetz ablehnen. Der Minderheitsantrag Wermuth ist schon ein Kompromiss. Ich kenne ihn, ich habe den gleichen Antrag schon vor einem Jahr eingebracht. Der Ständerat hat ihn übernommen, und jetzt liegt er wieder als Minderheitsantrag Wermuth vor.

Es wird immer von diesem Moneyhouse-Beispiel gesprochen. Ich möchte einmal ein anderes Beispiel bringen, um zu sagen, worum es geht. Jedes Telefon, jedes Smartphone – Sie haben sicher auch eines im Hosensack – kann die Person bis auf wenige Meter lokalisieren. Es generiert Bewegungsdaten, und diese liefern natürlich, sage ich jetzt, relativ unsensitive Daten, sie liefern aber durchaus auch sehr sensitive Daten: Man weiss, an welchem Ort sich jemand zu welchem Zeitpunkt und wie lange aufgehalten hat; man weiss, wie häufig er oder sie wieder dort hingehet; und man kann auch schauen, wenn man Datenprofile mehrerer Personen hat, wer sich wann mit wem wie lange getroffen hat usw.

Wenn man jetzt sagt, ein Profiling betrifft nur Bewegungsdaten über einen beschränkten Zeitraum und über einen beschränkten Ort – zum Beispiel wenn jemand einen kurzen Aufenthalt an einem bestimmten Ort hat, in einem Einkaufszentrum oder in einem Bahnhof –, dann ist im üblichen Fall nicht von einem hohen Risiko auszugehen. Aber wenn diese Bewegungsdaten über eine lange Zeit und in einem grösseren geografischen Umfang gesammelt und ausgewertet werden, so können Rückschlüsse über die verschiedensten Lebensbereiche gemacht werden: Arbeit, Wohnen, Beziehungsverhalten, Essgewohnheiten, Konsumverhalten. Es entsteht



ein Persönlichkeitsprofil, das eines besonderen Schutzes bedarf. In einem solchen Fall wäre ein Profiling mit hohem Risiko anzunehmen.

Es geht nicht nur um die Definition, sondern es geht um die Rechtsfolgen, Herr Wermuth hat es gesagt. Ich möchte Sie einfach bitten, einmal auf Seite 8 der Fahne zu schauen, insbesondere all jene von der SVP-Fraktion, die sich sehr kritisch zu dieser Covid-19-App für das Contact-Tracing geäußert haben, zu einer App, die freiwillig ist, die niemand installieren muss und die "by design" nach den besten Grundlagen des Datenschutzes entworfen wurde. Was heisst es jetzt hier? Wenn wir hier nicht der Minderheit Wermuth zustimmen, dann muss der Staat bei einem Profiling durch ein Bundesorgan nicht mehr Ihre Einwilligung einholen, nicht mal bei einem Profiling mit hohem Risiko: Bei jedem Profiling muss der Staat Ihre Einwilligung nicht mehr einholen. Dem würden Sie zustimmen, dass der Staat ohne Ihre Einwilligung "profilen" darf. Wollen Sie das? Wenn Sie das nicht wollen, dann stimmen Sie mit der Minderheit Wermuth!

Der Minderheit Gredig werden wir auch überzeugt zustimmen. Wir haben ja immer einen Streit zwischen links und rechts: Wo fängt die Privatsphäre an, wo hört sie auf? Für Sie ist die heiligste Privatsphäre immer diejenige der Finanzen, oder? Steuern, Steuergeheimnisse usw. Es gibt aber auch eine finanzielle Privatsphäre derjenigen, die nicht mit dem goldenen Löffel im Mund unterwegs sind. Deshalb finde ich es richtig, dass man sagt: Nach fünf Jahre sollen solche Informationen über die finanzielle Solvenz wieder gelöscht werden. Es gibt auch im Wirtschaftsleben ein Recht auf einen zweiten Anfang.

AB 2020 N 1598 / BO 2020 N 1598

Gredig Corina (GL, ZH): Es verbleibt eine weitere Minderheit bei der Frage, wie lange Wirtschaftsauskunftsdienste die Daten, welche sie gesammelt haben, aufbewahren dürfen. Die Minderheit ist gleich wie der Bundesrat im ursprünglichen Entwurf und der Ständerat der Ansicht, dass die Daten, die gesammelt werden, nach fünf Jahren gelöscht werden sollen. Dies entspricht der gleichen Frist, welche auch im Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vorgesehen ist. Private Dritte können gemäss Artikel 8a Absatz 4 SchKG fünf Jahre lang Einsicht in das Betreibungsregister haben. Danach ist Schluss – Schluss, weil es, etwas salopp formuliert, irgendwann auch ein Recht auf Vergessen geben sollte. Erhielt ein 20-Jähriger eine Betreibung, soll ihm dies nicht auch noch als 30-Jährigem beim Hauskauf im Wege stehen.

Die Mehrheit möchte für die Wirtschaftsauskunftsdienste aber eine Aufbewahrungsdauer von zehn Jahren. Zehn Jahre sind eine lange Zeit, gerade auch, wenn man bedenkt, dass solche riesigen Datenbanken auch inhaltliche Fehler aufweisen können. Die Minderheit ist der Ansicht, dass die Rechte von Wirtschaftsauskunftsdiensten nicht weiter gehen sollten und ein Blick fünf Jahre in die Vergangenheit eines Menschen reichen sollte, um die Bonität einer Person zu prüfen. Ich bitte Sie im Namen der Minderheit, hier für einen starken Schutz zu stimmen.

Wie es die Präsidentin gesagt hat, werde ich jetzt noch gleich für die Fraktion sprechen. Wir Grünliberalen haben während der ganzen Beratung zwei Ziele verfolgt: Wir wollen mit der Revision die EU-Äquivalenz erreichen, und wir wollen das Schutzniveau des heute geltenden Rechts nicht senken. Die wichtigste noch verbleibende Differenz, wir haben es bereits gehört, betrifft immer noch das Profiling und damit einen Kernpunkt dieser Revision.

Es gibt, das wissen wir mittlerweile auch, verschiedene Formen von Profiling: Profiling ist beispielsweise, wenn ein Unternehmen seine Kunden nach deren persönlichen Vorlieben und Interessen filtert, um ein bestimmtes Werbeangebot zu machen, beispielsweise ein Online-Kleiderhändler, der Eltern, die er aufgrund ihres bisherigen Kaufverhaltens als solche identifiziert hat, auf die neue Herbst-Kinderkleidmode aufmerksam machen möchte. Profiling ist es aber auch dann, wenn ein Unternehmen Daten aus verschiedenen Quellen, beispielsweise Telefonbüchern, dem Handelsregisteramt, der Google-Recherche – wir wissen, man findet mittlerweile sehr viele Daten, wenn man sich selber googelt –, miteinander verknüpft und analysiert. Das können Daten sein über den Wohnort, den Beruf, das Alter, die Familiensituation oder die bewohnte Liegenschaft, dies hier als Beispiel. Je nachdem, wie viele verschiedene Datensätze man auswertet, erhält man quasi ein biografieähnliches Bild einer Person. Als Resultat müssen nicht unbedingt besonders schützenswerte Daten entstehen. Diese Daten ergeben einzeln quasi noch kein biografieähnliches Bild, aber wenn man all diese Daten über den Kunden X auf einen Blick vor sich hat, eben schon.

Es gibt also unterschiedliche Formen von Profiling, welche ein unterschiedliches Risiko haben und deshalb auch unterschiedliche Rechtsfolgen nach sich ziehen sollten. Die ständerätliche Kommission hat nochmals an einer Lösung gearbeitet, welche den Bedenken des Nationalrates entgegenkommt. Etwas banal ausgedrückt, ist das vom Ständerat definierte Profiling mit hohem Risiko ein Profiling, das zu einem Persönlichkeitsprofil nach geltendem Recht führt. Damit bleibt das heutige Schutzniveau im neuen Datenschutzgesetz erhalten,



und man kann sich an der bisherigen Rechtsprechung orientieren. Diesen Kompromiss hat der Ständerat mit 39 zu 5 Stimmen beschlossen.

Auch unsere Position bleibt dieselbe: Wir wollen den Schutz des heutigen Datenschutzgesetzes nicht zurückbauen und unterstützen deshalb die ständerätliche Version und somit die entsprechende Kommissionsminderung.

Eine weitere Minderheit in Bezug auf das Profiling gibt es in Artikel 5. Die von uns unterstützte Minderheit fordert ein generelles Widerspruchsrecht, also quasi eine Art Opt-out-Möglichkeit für betroffene Personen. Auf dieses Widerspruchsrecht muss ausdrücklich hingewiesen werden.

Bei den Bonitätsprüfungen bleiben wir ebenfalls bei den fünf Jahren, weil wir der Ansicht sind, dass fünf Jahre genug sind. Wir wollen hier die gleiche Frist haben, die auch im Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz gilt.

La présidente (Moret Isabelle, présidente): Je vous informe que le groupe UDC suivra la majorité.

Romano Marco (M-CEB, TI): Diese intensive Beratung nähert sich dem Ende. Bei den zwei bestehenden Differenzen wünscht sich die Mitte-Fraktion, dass die Räte die Lösungen finden, welche am meisten Rechtssicherheit, Wirtschaftsfreundlichkeit – auch im Interesse des Bürgers als Kunde – und Äquivalenz mit dem europäischen System gewährleisten.

Nach der erneuten Diskussion in der SPK-N unterstützen unsere Delegation und unsere Fraktion die Entscheidung der Mehrheit der Kommission. Die EVP-Mitglieder werden auf der anderen Seite, bei der Minderheit sein.

Bei der Definition von "Profiling" haben beide Räte und die SPK zusammen mit der Verwaltung lange nach der besten Lösung gesucht. Die vertiefte Arbeit führt uns zum Schluss, dass die ursprüngliche erste Lösung des Nationalrates die besten Voraussetzungen zur Realisierung der Ziele dieser Reform aufweist. Man hat nach einer besseren Lösung gesucht, man muss aber ehrlich sein und sagen, dass man sich im Kreis dreht. Die nationalrätliche Definition ist sehr nahe am EU-Konstrukt. Sie muss deswegen zur Äquivalenz führen. Sie gewährleistet auch ein hohes Schutzniveau bei Profilingverfahren, bei denen besonders schützenswerte Daten verknüpft werden oder ein Resultat entsteht, das – um die Wortwahl des Gesetzes zu nehmen – "wesentliche Aspekte der Persönlichkeit" analysiert und vorhersagt. Diese Elemente sind explizit in der Definition erwähnt und können weiter in der Verordnung und mit der Rechtsprechung präzisiert werden.

Als weiteres wichtiges Element muss für die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten die Einwilligung ausdrücklich erfolgen. Das Profiling ist ein Vorgehen, eine automatisierte Bearbeitung von Daten, welche in unserer digitalen Welt bereits Teil vieler täglichen Situationen ist. Nur schon aus diesem Grund ist es politisch falsch und nicht objektiv, diese Entwicklung a priori zu beeinträchtigen und sie immer an besondere Auflagen zu knüpfen. Wir sind uns im Klaren, dass es strengere Regeln braucht, sobald besonders schützenswerte Personendaten ins Spiel kommen, sowohl beim Input als auch beim Output der Bearbeitung. Diese systematisch zu wollen, ist Swiss Finish und nicht zielführend.

Nicht zu unterschätzen ist auch, dass das europäische Recht Profiling heute weniger präzise schützt, als die von uns vorgeschlagene Version dies tut. Das heutige Schutzniveau ist gewährleistet. Die nationalrätliche Variante knüpft am europäischen System an, welches bereits heute Teil unserer Realität ist. Die vom Ständerat erarbeitete Version ist nicht falsch, sie generiert nur mehr Unsicherheit gegenüber dem europäischen Konstrukt und somit auch mehr Unsicherheit im Inland. Die bundesrätliche Botschaft sagt auf den Seiten 6971 und 7021 klipp und klar, dass der Begriff "Persönlichkeitsprofil" überholt ist. Das gesamte Konstrukt gewährleistet im Rahmen der Grundsätze der Bearbeitung, der Beschaffung der Daten, der Informationspflicht und der Einwilligung genügend Schutz. Sobald besonders schützenswerte Personendaten betroffen sind, dies sowohl bei der Bearbeitung als auch beim Output eines "Profils", gelten strengere Rechtsfolgen. Ein Persönlichkeitsprofil beinhaltet per se besonders schützenswerte Daten, und so geniesst die Person auch mit der nationalrätlichen Variante den gleichen Rechtsschutz.

Bei Artikel 5 Absatz 8 will die Minderheit Glättli ein neues Widerspruchsrecht gegen jede Form des Profilings einführen. Dieser Vorschlag beweist, dass man das Profiling als Methode a priori nur unter strengeren Voraussetzungen zulassen will, als ob es immer negativ sei. Dies kommt aus einer ausschliesslich negativen Betrachtung dieses Systems und läuft der Entwicklung der Digitalisierung zuwider. Dort, wo besonders schützenswerte Personendaten betroffen sind, gibt es genügend Schutz – auch ohne diesen Minderheitsantrag, den wir ablehnen. Wir dürfen nicht riskieren, dass das Gesetz wegen diesem Punkt stürzt. Mit der nationalrätlichen Version

AB 2020 N 1599 / BO 2020 N 1599

haben wir eine modernere Definition, welche sich in den kommenden Jahren in der Praxis und mit der Recht-



sprechung konsolidieren wird.

Bei Artikel 27 Absatz 2 Litera c Ziffer 3 hält unsere Fraktion mit der Mehrheit der Kommission an der nationalrätlichen Version fest. Die Argumente dafür wurden schon mehrmals geschildert. Zehn Jahre sind klar viel besser als fünf Jahre und knüpfen an andere institutionelle Elemente dieser Situation an. Deswegen schlagen wir vor, dass wir dort an unserem Beschluss festhalten.

Silberschmidt Andri (RL, ZH): Die FDP-Fraktion hat sich in der Beratung an drei Grundsätzen orientiert: Erstens wollen wir ein Datenschutzrecht, das kongruent ist mit der Datenschutz-Grundverordnung der EU. Zweitens wollen wir die Privatsphäre der Menschen, die in der Schweiz leben, hochhalten und das heutige Niveau nicht unterbieten. Drittens wollen wir die administrativen Belastungen von Unternehmen, insbesondere von KMU, so gering wie möglich halten.

Im Sinne einer Kompromissfindung – zur Erinnerung: Wir befinden uns in der dritten und somit letzten Runde der Gesetzgebung – ist die FDP-Deputation in den meisten noch offenen Punkten dem Ständerat gefolgt. Wenige, aber wichtige Differenzen bestehen in folgenden Bereichen:

Beim Profiling bitten wir Sie, der Kommissionsmehrheit zu folgen und am Beschluss des Nationalrates vom 25. September 2019 festzuhalten. Auch das europäische Recht macht keinen Unterschied zwischen dem Profiling und dem Profiling mit hohem Risiko. Wenn ein Profiling unter dem neuen Recht zu besonders schützenswerten Daten führt, dann sind diese im neuen Recht auch besonders geschützt. Die Formulierung des Ständerates führt lediglich zu mehr Unsicherheiten, zu mehr Bürokratie, aber nicht zu mehr Schutz der privaten Daten.

Sie haben in den letzten Tagen ein Schreiben erhalten, in dem behauptet wird, dass beim Profiling ein Widerspruchsrecht fehlt. Hierzu kann ich wie folgt Stellung nehmen: Das Datenschutzniveau ist auch in diesem Punkt unseres Erachtens gleichwertig: In Artikel 21 der Datenschutz-Grundverordnung wird ein Widerspruchsrecht für betroffene Personen vorgesehen, wenn die Verarbeitung der personenbezogenen Daten aufgrund von Artikel 6 Absatz 1 Buchstaben e oder f der Verordnung erfolgt. In diesen Fällen braucht es gemäss Datenschutz-Grundverordnung keine Einwilligung der betroffenen Personen in die Datenverarbeitung – gerade deshalb gilt das Widerspruchsrecht. Dies gilt für alle Formen der Datenverarbeitung, auch für das Profiling. Im Entwurf des Schweizer Datenschutzgesetzes ist ein Widerspruchsrecht der betroffenen Person vorgesehen, es ist lediglich umgekehrt formuliert, und zwar in Artikel 26 Absatz 2 Litera b.

Eine Bearbeitung von Personendaten entgegen der ausdrücklichen Willenserklärung der betroffenen Person stellt eine Persönlichkeitsverletzung dar und ist widerrechtlich. Das gilt für alle Formen der Datenbearbeitung, auch für das Profiling.

Bei der zweiten wesentlichen Differenz geht es um das Schutzniveau der Daten, die zur Kreditprüfung verwendet werden. Dort werden wir ebenfalls der Mehrheit folgen. Die FDP-Fraktion wird am Beschluss des Nationalrates vom September 2019 festhalten. Daten sollen bis zu zehn Jahre zur Kreditprüfung verwendet werden dürfen. Eine Beschränkung auf fünf Jahre, wie dies der Ständerat will, hätte zur Folge, dass die Kreditprüfung nur ungenügend durchgeführt werden könnte, was wiederum zur Folge hätte, dass Kredite an Personen ausbezahlt würden, deren Kreditwürdigkeit und -fähigkeit mangelhaft ist. Dies kann nicht im Interesse des Gesetzgebers sein.

Ich appelliere an dieser Stelle an die Fronten links und rechts aussen.

An linksausen: Mit diesem Gesetz stellen wir sicher, dass der Mensch und seine Daten auch im digitalen Zeitalter gut und in Übereinstimmung mit dem europäischen Standard geschützt sind. Auch wenn dieses Gesetz nicht den Maximalforderungen entspricht, liegt hier ein Gesetzeswerk vor, das deutlich strenger ist als das aus dem Jahr 1992 datierende aktuelle Datenschutzgesetz.

An rechtsausen: Mit diesem Gesetz stellen wir sicher, dass Firmen in der Schweiz nur das Schweizer Gesetz anwenden müssen und nicht zusätzlich viel Bürokratie haben, weil sie auch europäisches Recht in ihren Anwendungen berücksichtigen müssen.

Das schlechteste Gesetz wäre, wenn wir keines hätten. Deshalb bitte ich Sie wirklich alle, einen Schritt aufeinander zuzugehen. Sie stellen damit sicher, dass wir ein modernes Datenschutzgesetz haben, das die Privatsphäre des Bürgers schützt und die Bürokratie des Unternehmers tief hält.

Keller-Sutter Karin, Bundesrätin: Einige Rednerinnen und Redner haben es gesagt: Nationalrat und Ständerat haben sich in dieser Differenzbereinigung zur Totalrevision des Datenschutzgesetzes inzwischen viele Schritte aufeinander zubewegt. Es verbleiben noch wenige Differenzen. Ich danke beiden Kommissionen, beiden Räten für diese Arbeit. Ich werde nachfolgend noch zu einzelnen Punkten, die aus Sicht des Bundesrates besonders wichtig sind, Stellung nehmen.

Die wohl bedeutsamste Differenz betrifft das Profiling. Sie erinnern sich, es hat sich gezeigt, dass der Entwurf



des Bundesrates, in welchem das Profiling per se als problematisch betrachtet wird, zu strikt war. Der Nationalrat wollte deshalb für das Profiling durch private Datenbearbeiter zunächst gar keine besonderen Rechtsfolgen mehr vorsehen. In der Differenzbereinigung ist er dann aber dem Ständerat gefolgt und hat sich für einen risikobasierten Ansatz ausgesprochen. Demnach sollen bei privaten Datenbearbeitern nicht für jedes Profiling, sondern grundsätzlich nur für ein Profiling mit hohem Risiko strengere Rechtsfolgen gelten. Das Profiling mit hohem Risiko wird aber nicht verboten.

Nicht einigen konnten sich die beiden Kammern bei der Frage, was unter einem Profiling mit hohem Risiko zu verstehen ist. Der Nationalrat hat deshalb den Wunsch geäußert, dass sich der Ständerat nochmals eingehend mit der Legaldefinition des Profilings mit hohem Risiko auseinandersetzt und eine Kompromisslösung sucht. Eine solche Lösung hat der Ständerat in der Sommersession 2020 gefunden: Ein Profiling mit hohem Risiko soll dann vorliegen, wenn es zu einer Verknüpfung von Daten führt, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt. Diese Umschreibung ist nichts Neues, sie entspricht dem heutigen Begriff des Persönlichkeitsprofils in Artikel 3 Buchstabe d des Datenschutzgesetzes. Die neue Legaldefinition des Ständerates hat drei grosse Vorteile:

1. Das geltende Schutzniveau wird weitgehend gewahrt und zugleich an die modernisierten Datenverarbeitungsmethoden angepasst; wir sind ja heute im elektronischen Zeitalter und nicht mehr im Zeitalter von irgendwelchen Karten oder manuellen Akten.

2. Die Legaldefinition ist ergebnisorientiert und trägt der Kritik des Nationalrates Rechnung. Vereinfacht gesagt, liegt ein Profiling mit hohem Risiko nämlich dann vor, wenn es ein Persönlichkeitsprofil nach geltendem Datenschutzgesetz zum Ergebnis hat.

3. Schliesslich schafft die Legaldefinition auch Rechtssicherheit. Der Edöb und die zuständigen Gerichte können bei der Auslegung an die fast dreissigjährige Praxis zum Persönlichkeitsprofil anknüpfen; die Wirtschaft hat in der Vergangenheit damit gelebt, und es wird nicht geltend gemacht, dass die Praxis zu unzumutbaren Ergebnissen geführt habe. In dieser Zeit hat die Praxis den Begriff des Persönlichkeitsprofils im Übrigen auch präzisiert. Hier besteht heute hohe Rechtssicherheit. Denken Sie vor allem an die wegweisenden Urteile des Bundesverwaltungsgerichtes in Sachen Moneyhouse.

Aus Sicht des Bundesrates bietet der Kompromissvorschlag des Ständerates eine geeignete Lösung für den Umgang mit Profiling.

Die knappe Mehrheit Ihrer Kommission – es waren 13 zu 12 Stimmen – beantragt Ihnen, auf den ursprünglichen Beschluss des Nationalrates zurückzukommen. Sie will den risikobasierten Ansatz aufgeben und die qualifizierten Rechtsfolgen beim Profiling durch private Datenbearbeiter ersatzlos streichen. Eine solche Lösung würde einen wesentlichen Rückschritt gegenüber dem geltenden Recht bedeuten, denn bereits heute gibt es ja besondere Regeln für

AB 2020 N 1600 / BO 2020 N 1600

Persönlichkeitsprofile – das können Sie in Artikel 3 Buchstabe d des Datenschutzgesetzes nachlesen.

Wir befinden uns hier bei einem Kernpunkt der Revisionsvorlage. Das Profiling wird angesichts der Entwicklungen im Bereich von Big Data und der künstlichen Intelligenz zukünftig noch mehr an Bedeutung gewinnen. Eine Schutzlücke in diesem Bereich soll unbedingt vermieden werden und könnte – Sie haben es heute gehört – die Totalrevision des Datenschutzgesetzes in der Schlussabstimmung gefährden.

Nun, ich habe die Berichterstatter Romano und Silberschmidt gehört. Herr Romano hat gesagt, die Mitte-Fraktion wolle Rechtssicherheit, sie wolle auch eine wirtschaftsfreundliche Lösung; sie wolle eine Lösung, die dem Angemessenheitsbeschluss der EU entsprechen könnte. Herr Silberschmidt hat gesagt, das heutige Datenschutzniveau solle nicht unterboten werden und das europäische Datenschutzrecht solle beachtet werden.

Ich muss Ihnen sagen: Ich verstehe hier nicht ganz, wie man jetzt zum Schluss kommen kann, dass der Antrag der Mehrheit Ihrer Kommission diese Vorgaben erfüllt. Ich habe den Eindruck, wir reden hier etwas aneinander vorbei. Ich muss Ihnen sagen: Die Wirtschaft kann absolut damit leben respektive unterstützt wahrscheinlich am Schluss die Variante des Ständerates, weil es für die Wirtschaft entscheidend ist, dass wir eine Lösung haben. Wenn das Datenschutzgesetz hier scheitert, ist das eine grosse Behinderung für die KMU-Wirtschaft in der Schweiz. Die Analyse der beiden Berichterstatter der Mitte-Fraktion CVP-EVP-BDP und der FDP-Liberalen Fraktion war richtig, aber die Schlussfolgerung ist aus meiner Sicht nicht richtig: Hier ist die Minderheit Wermuth zu unterstützen.

Ich komme zum Widerspruchsrecht beim Profiling in Artikel 5 Absatz 8. Hier gibt es eine Minderheit Glättli, und Herr Wermuth hat gewünscht, dass ich mich auch dazu äussere – auch zuhanden der Materialien. Die Anliegen der Minderheit Glättli sind durch den Entwurf zum totalrevidierten DSG bereits abgedeckt. Sowohl das aktuelle als auch das totalrevidierte DSG sehen ein allgemeines Widerspruchsrecht vor. Dieses gilt nicht



nur beim Profiling, sondern bei allen Datenbearbeitungen durch private Personen.

Das Widerspruchsrecht ergibt sich aus Artikel 26 Absatz 2 Buchstabe b des neuen Datenschutzgesetzes. Danach liegt eine Persönlichkeitsverletzung vor, wenn Personendaten entgegen der ausdrücklichen Willenserklärung der betroffenen Person bearbeitet werden. Die betroffene Person kann das Bearbeiten ihrer Daten also voraussetzungslos und ohne Nachweis eines besonderen Interesses verbieten. In einem solchen Fall darf die Datenbearbeitung nur dann fortgesetzt werden, wenn ein Rechtfertigungsgrund dafür gegeben ist, namentlich eine gesetzliche Grundlage oder eben ein überwiegendes Interesse – das ist in Artikel 27 Absatz 1 E-DSG geregelt. Ausserdem schreibt Artikel 17 Absatz 2 E-DSG vor, dass die betroffene Person vom Datenbearbeiter alle Informationen erhalten muss, die erforderlich sind, damit sie ihre Rechte nach dem E-DSG geltend machen kann und eine transparente Datenbearbeitung gewährleistet ist. Dazu kann auch eine Information über das Widerspruchsrecht beim Profiling gehören, insbesondere, wenn dies aufgrund des Risikos der Datenbearbeitung erforderlich ist.

Ich denke, vor diesem Hintergrund und aufgrund der Bestimmungen, die bereits vorgesehen sind, kann der Minderheitsantrag Glättli zu Artikel 5 Absatz 8 abgelehnt werden.

Nun komme ich noch zur Frage des Alters der Daten beim Rechtfertigungsgrund der Kreditwürdigkeitsprüfung. Ich möchte hier noch kurz die praktische Bedeutung dieses Artikels in Erinnerung rufen.

Es geht nicht um eine allgemeine Regulierung der Kreditwürdigkeitsprüfung. Artikel 27 Absatz 2 Buchstabe c kommt nämlich erst dann zur Anwendung, wenn für eine Datenbearbeitung ein Rechtfertigungsgrund benötigt wird, weil die Persönlichkeit der betroffenen Person verletzt wird. Die Kreditwürdigkeitsprüfung wird also hier gewissermassen privilegiert, indem sie unter bestimmten Voraussetzungen auch dann erfolgen kann, wenn damit eine Persönlichkeitsverletzung verbunden ist. In der Fassung des Ständerates und des Bundesrates kommt der Rechtfertigungsgrund aber nur dann in Betracht, wenn die Daten, die bei der Kreditwürdigkeitsprüfung bearbeitet werden, nicht älter als fünf Jahre sind; und nach dem Nationalrat sollen es ja zehn Jahre sein. Natürlich ergibt sich die Kreditwürdigkeit einer Person vor allem aus den Zahlungserfahrungen der Vergangenheit. Es ist aber auch zu berücksichtigen, dass sich die wirtschaftliche Situation einer Person verändern kann, und in den vom Nationalrat beschlossenen zehn Jahren kann sich wirtschaftlich nun wirklich sehr viel entwickeln. Aus diesen Gründen bitte ich Sie, hier der Minderheit Gredig und auch dem Ständerat zu folgen. Zur Begriffsdefinition der genetischen Daten muss ich mich nicht mehr äussern. Ich danke Ihnen, dass Sie hier bereit sind, dem Ständerat zu folgen. Ich bitte Sie, hier dem Antrag Ihrer Kommission zuzustimmen.

Fluri Kurt (RL, SO): Frau Bundesrätin, Sie haben vorhin beim Profiling darauf beharrt, dass der Begriff des Persönlichkeitsprofils nach wie vor angebracht sei und damit die Fassung des Ständerates, was auch den Interessen der Wirtschaft entspreche. Nun erhalten wir aus sämtlichen Wirtschaftsverbänden andere Reaktionen, nämlich solche, die der Botschaft des Bundesrates entsprechen. Wie verhält sich Ihre Aussage zur Aussage in der Botschaft des Bundesrates auf Seite 7021, wonach der Begriff des Persönlichkeitsprofils durch die Entwicklung neuer Technologien überholt sei, weshalb der Bundesrat eben den Begriff des Profilings eingesetzt habe, der im Unterschied zum Persönlichkeitsprofil eben einen dynamischen Prozess umschreibe und damit zeitgemäss sei?

Keller-Sutter Karin, Bundesrätin: Herr Nationalrat Fluri, bitte sehen Sie es mir nach, dass ich Seite 7021 der Botschaft nicht vor mir habe. Aber ich kann Ihnen sagen: Die Sorge, die ich geäussert habe, ist die, dass mit der Fassung des Nationalrates das geltende Datenschutzniveau unterboten wird. Herr Silberschmidt hat gesagt, die FDP-Liberale Fraktion wolle das nicht. Wir sind der Auffassung, auch nach Überprüfung mit dem Bundesamt für Justiz, dass dies so ist. Ich weiss, dass insbesondere Economiesuisse diese Haltung nicht teilt. Vielleicht ist es jetzt am Schluss auch eine Glaubensfrage.

Aber es stellt sich auch die Frage: Möchte man wirklich darauf beharren, oder kann man auf einen Kompromiss einschwenken, der sich auf das geltende Recht abstützt, mit dem man eine dreissigjährige Praxis hat? Das war meine Aussage. Ist man hier jetzt, ich sage einmal, etwas stur, obwohl eigentlich am Schluss entscheidend ist, dass wir ein Datenschutzgesetz haben, das tatsächlich eben die Angemessenheitsprüfung übersteht, weil eben auch das Schutzniveau nicht unterboten wird? Das ist eigentlich heute die Grundfrage. Gut – wenn wir heute die Kurve nicht kriegen, kriegen wir sie vielleicht später noch. Die Passstrasse ist ja noch nicht ganz "ausgeschöpft". Aber ich möchte einfach darauf hinweisen, dass am Schluss für die Wirtschaft und vor allem auch für die KMU-Wirtschaft entscheidend ist, dass wir eine mehrheitsfähige Lösung finden, die tatsächlich auch die Angemessenheitsprüfung übersteht.

Jauslin Matthias Samuel (RL, AG), für die Kommission: Das Datenschutzgesetz ist zum dritten Mal in unserem Rat, es geht um die fast finale Bereinigung. Ich möchte an dieser Stelle eigentlich zuerst allen danken, die hier



über mehrere Monate, ja sogar über mehrere Jahre hinweg aktiv an diesem Datenschutzgesetz mitgearbeitet haben. Ein besonderer Dank geht an das Bundesamt für Justiz, das uns tatkräftig unterstützt hat und mit guten Lösungen auch immer wieder dazu beigetragen hat, dass wir hier an diesem Punkt stehen. Wir sind noch nicht ganz am Ende. Ja, wir haben noch eine starke offene Position, das sogenannte Profiling. Ich komme noch kurz darauf zurück.

Zuerst zu Artikel 4 Buchstabe c Ziffer 3, auf der deutschen Fahne auf Seite 2, und damit zu den genetischen Daten: Es wurde bereits genannt, da hat der Ständerat an seiner Lösung festgehalten. Ihre Kommission, die SPK-N, folgt hier einstimmig dem Ständerat; daher gibt es keine Minderheit.

AB 2020 N 1601 / BO 2020 N 1601

Das ist der Grund, warum es auf der Fahne so nicht ersichtlich ist.

Dann komme ich zu Artikel 4 Buchstabe fbis, zum Profiling, auf der deutschen Fahne auf Seite 4 und folgende. Bei Artikel 4 geht es nicht um das Profiling, sondern um den Begriff. Mit dem Begriff "Profiling" will man den alten Begriff "Persönlichkeitsprofil" aus dem geltenden Datenschutzgesetz, der bereits von der Frau Bundesrätin angesprochen worden ist, durch ein zeitgemässes, international anerkanntes Konzept aus der Datenschutz-Grundverordnung der EU ersetzen. In einer ersten Beratung dieses Gesetzes haben wir als Kommission tatsächlich darauf hingewiesen, dass die SPK-S zu bitten sei, sich nochmals Gedanken darüber zu machen, ob es zum neuen Profiling-Begriff noch Präzisierungen braucht. Der Ständerat will nun zwei unterschiedliche Profiling-Definitionen ins Gesetz schreiben, nämlich zum normalen Profiling und zum Profiling "mit hohem Risiko".

Für die Mehrheit der SPK-N schafft diese doppelte Profiling-Definition des Ständerates gegenüber der Datenschutz-Grundverordnung einen Swiss Finish mit negativen Folgen für die Schweizer Wirtschaft und das Gewerbe. Eine vom Nationalrat eingebrachte Zwischenlösung passte dem Ständerat nicht. Dafür hat der Ständerat seine Version des Profilings mit hohem Risiko noch mit dem Wortlaut aus dem alten Datenschutzgesetz ergänzt, nämlich mit "Verknüpfung von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt".

Der auslegungsbedürftige Begriff "wesentliche Aspekte der Persönlichkeit" wurde entgegen der Aussage der Frau Bundesrätin nie genügend konkretisiert und schafft für die Wirtschaft eben keine Rechtssicherheit. Die heutige Gerichtspraxis bezieht sich auf das alte Datenschutzgesetz. In der Botschaft des Bundesrates – ich komme nochmals auf die Seiten 6771 und 7021 – wird der Begriff "Persönlichkeitsprofil" sogar als überholt bezeichnet.

Das Ergebnis, das nun nach diversen Differenzbereinigungen vorliegt, ist nach Ansicht der Mehrheit der SPK-N aber weder für die Wirtschaft noch für die Datenbearbeiter eine praxistaugliche Lösung. Diese Unterscheidung vermochte die Mehrheit der Kommission nicht zu überzeugen. Daher entschied sich die Kommission an der Sitzung vom 2. Juli 2020, auf den ursprünglichen Vorschlag der nationalrätlichen Kommission zurückzukommen. Dabei hat sie eine Profiling-Definition analog zur europäischen Datenschutzverordnung im Entwurf verankert, dabei aber auf besondere Voraussetzungen, wie namentlich die Einwilligung, verzichtet. Dem liegt zugrunde, dass eben nicht das Profiling an und für sich risikobehaftet ist, sondern das Resultat daraus. Die Kommissionsminderheit möchte dem Ständerat folgen und sieht beim Profiling die Gefahr, dass dies ein risikobehafteter Vorgang sei. Zudem ist die Minderheit der Ansicht, dass das geltende Schutzniveau mit der Version der SPK-N nicht erreicht wird. Der Entscheid fiel in der Kommission mit 13 zu 12 Stimmen.

Artikel 5 Absatz 8, Minderheit Glättli, Widerspruchsrecht: Dieser Zusatzartikel ist nicht nötig. Es gibt im neuen Datenschutzgesetz bereits ein Widerspruchsrecht der betroffenen Person, es ist gegenüber der europäischen Datenschutzverordnung lediglich umgekehrt formuliert. Die Minderheit Glättli will nun einen zusätzlichen Absatz einfügen und ein Widerspruchsrecht unter "Grundsätze" festlegen. Der Entscheid in der Kommission fiel mit 15 zu 10 Stimmen. Die Mehrheit bittet Sie, den Antrag dieser Minderheit abzulehnen.

Dann noch zu den Rechtfertigungsgründen, Artikel 27 Absatz 2: Hier geht es darum, wie alt Daten sein dürfen, um für eine Beurteilung der Kreditwürdigkeit herangezogen zu werden. Bei Artikel 27 Absatz 2 Buchstabe c hat der Ständerat an seiner Lösung von fünf Jahren festgehalten. Die Kommission empfiehlt Ihnen mit 15 zu 10 Stimmen, an der Version des Nationalrates festzuhalten und hier auf zehn Jahre zu gehen.

Sie sehen, es wurde mit harten Bandagen gekämpft. Wir sind noch nicht ganz am Ende. Es kann durchaus sein, dass wir noch eine Runde in der Einigungskonferenz werden machen müssen. Ich bitte Sie aber, hier der Kommissionsmehrheit zu folgen.

Cottier Damien (RL, NE), pour la commission: Nous arrivons à la fin des travaux de ce grand dossier, et je dois me joindre aux remerciements qui ont été évoqués par la représentante du Conseil fédéral et par l'autre



représentant de la commission. Je remercie pour les travaux qui ont été faits au cours de ces longs débats. Permettez-moi aussi d'apporter un petit peu de langue française dans ce débat, pour la première fois ce matin, sachant qu'en commission également, le débat s'est tenu exclusivement en allemand pour le reste.

Avec ce troisième passage, il nous reste deux divergences, et nous sommes en présence d'une proposition d'ajout par une minorité.

Votre commission a éliminé une divergence avec le Conseil des Etats sur la question de la définition des données génétiques. Jusqu'à présent, le Conseil national voulait préciser une définition qu'il estimait trop large. La commission a jugé que les garanties données au cours du processus parlementaire par le Conseil fédéral et par l'administration, ainsi que par le préposé en la matière, étaient suffisantes pour que l'on puisse assurer que la définition proposée ne restreindra pas la pratique actuelle. La commission a ainsi pu se rallier au Conseil fédéral, et donc à la version du Conseil des Etats. Il n'y a pas d'autre proposition, et cet article 4 lettre c chiffre 3 est donc ainsi sous toit.

Il nous reste deux divergences: l'une sur un point central de la loi, à savoir la définition du profilage, à l'article 4 lettre fbis. Ici, votre commission estime qu'il faut revenir à la version initiale du Conseil national. Le Conseil des Etats avait voulu différencier entre le profilage et le profilage à risque élevé. En définissant cette notion, il avait déterminé qu'elle s'appliquait lorsque ce processus entraîne un risque pour la personnalité et les droits fondamentaux de la personne concernée. Il avait assorti cette définition de critères exemplatifs. Votre commission, suivie par ce conseil, n'avait pas été convaincue de cette tentative de définition, estimant notamment que ce n'est pas le profilage lui-même – qui est un processus – qui présente des risques, mais que c'est le résultat de ce processus qui peut aboutir à des données sensibles.

Ainsi il est possible, dans certains cas, en croisant un grand nombre de données qui ne sont pas sensibles, d'arriver à un résultat qui, lui, présente une certaine sensibilité. C'est donc bien sur le résultat qu'il faut porter notre attention. Dans sa dernière délibération, le Conseil national avait retenu une tentative de définition en ce sens. C'était tendre la main au Conseil des Etats, puisque sur le fond notre conseil, comme sa commission, estimait plutôt qu'il n'y avait pas lieu de faire cette différenciation et de créer un "Swiss finish", la notion de profilage à risque élevé n'existant pas dans la réglementation européenne, ce qui créerait un risque de complication et d'insécurité juridique pour les acteurs économiques suisses et constituerait donc une moins bonne solution pour l'économie de notre pays.

Le Conseil des Etats a rejeté la définition proposée par le Conseil national, tentant plutôt d'améliorer sa propre définition en se basant sur la notion de profil de personnalité du droit actuel. Cette tentative n'a pas convaincu votre commission, qui estime d'une part que la définition reste trop large, risquant de remplacer de fait le profilage par un profilage à risque élevé dans la grande majorité des cas, et qu'elle constituerait par ailleurs un "Swiss finish" indésirable. Elle estime par ailleurs que le niveau de protection actuel ne baisse pas, car partout où cela manquait dans le projet, on a ajouté le devoir d'information envers la personne concernée.

Par une courte majorité de 13 voix contre 12, la commission vous propose donc de revenir à la position initiale du Conseil national et de biffer cette notion de profilage à risque élevé. La minorité Wermuth estime que la définition du Conseil des Etats est convaincante et qu'il a défini une méthode qui, si elle ne figure pas explicitement sous ces termes dans la réglementation européenne, s'inscrit dans la logique de celle-ci. Cette minorité craint que si cette notion devait être biffée, il ne s'agisse d'un recul par rapport à la situation et la protection de la loi actuelles.

La deuxième divergence, à l'article 27 alinéa 2 lettre c, traite de l'évaluation de la solvabilité d'une personne. La divergence entre le Conseil des Etats et le Conseil national porte

AB 2020 N 1602 / BO 2020 N 1602

sur la durée. Le Conseil national avait fixé une durée de 10 ans, le Conseil des Etats maintient la durée à 5 ans. La commission estime que l'accès à ce type de documents, et notamment aux actes de défaut de bien – qui ont une validité de 10 ans –, doit être la même et qu'il faut donc maintenir cette durée. La minorité Gredig propose, elle, de suivre le Conseil des Etats avec un délai de 5 ans, et Mme Gredig l'a dit tout à l'heure, elle parle d'un droit à l'oubli.

Enfin, à l'article 5, la minorité Glättli propose d'ajouter un alinéa qui autoriserait une personne concernée par un profilage à s'opposer à celui-ci, moyennant quelques exceptions. Selon le Conseil fédéral, le droit de s'opposer figure déjà d'une manière générale à l'article 26 alinéa 2 lettre b de la loi au sujet du traitement des données personnelles. Il n'y a pas besoin de le répéter s'agissant du profilage.

La commission a suivi, par 15 voix contre 10, cette argumentation du Conseil fédéral et elle vous propose de ne pas ajouter cette disposition.



Michaud Gigon Sophie (G, VD): Cher collègue Cottier, le "Swiss finish" voudrait dire que la Suisse est plus prudente, précautionneuse, exigeante, qu'elle veut davantage que ses voisins. Comment peut-on dire ça? Comment la commission peut-elle parler de "Swiss finish" alors qu'elle propose de revenir en arrière par rapport au Conseil fédéral en voulant en fait une réglementation bien moins stricte que le RGPD européen?

Cottier Damien (RL, NE), pour la commission: Non, je ne crois pas que ce soit le cas. Avec la décision du Conseil des Etats, en retenant la notion de profilage à risque élevé, on ajouterait une notion qui ne figure pas dans la réglementation européenne. Cela créerait une insécurité juridique et ajouterait des obligations pour les entreprises suisses qui travaillent d'ailleurs aussi pour la plupart dans l'Union européenne, et on courrait le risque que ces entreprises soient soumises à deux types de législations différentes et, sur ce point-là, pas compatibles ou du moins pas suffisamment proches. Cela compliquerait et renchérirait les opérations pour ces entreprises. C'est cela que la commission définit comme étant du "Swiss finish", à savoir ajouter une couche d'obligations supplémentaires en Suisse, qui n'existent pas ou ne correspondent pas à la réglementation européenne. C'est cela que la commission veut éviter, ou en tout cas une majorité de ses membres.

Art. 4*Antrag der Mehrheit**Bst. c Ziff. 3*

Zustimmung zum Beschluss des Ständerates

Bst. fbis

Streichen

Antrag der Minderheit

(Wermuth, Barrile, Glättli, Gredig, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Streiff)

Bst. fbis

Zustimmung zum Beschluss des Ständerates

Art. 4*Proposition de la majorité**Let. c ch. 3*

Adhérer à la décision du Conseil des Etats

Let. fbis

Biffer

Proposition de la minorité

(Wermuth, Barrile, Glättli, Gredig, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Streiff)

Let. fbis

Adhérer à la décision du Conseil des Etats

La présidente (Moret Isabelle, présidente): Le vote vaut aussi pour les articles 5 alinéas 6 et 7; 27 alinéa 2 lettre c chiffre 1; 111d alinéa 2 lettre a LEI chiffre 1; 102c alinéa 2 lettre a LAsi chiffre 2; 32e alinéa 2 lettre a LArm chiffre 31; 110 alinéa 2; 112 alinéa 2, phrase introductive; 113 et 114 alinéa 2 LD chiffre 35; 76 alinéa 3, phrase introductive; 76b alinéa 2 LTVA chiffre 36; 21c alinéa 1bis LA chiffre 47; 96 alinéa 2 LAA chiffre 59; 94a alinéa 2 LAM chiffre 60; 23 alinéa 3 LFINMA chiffre 66.

Abstimmung – Vote

(namentlich – nominatif; 17.059/21285)

Für den Antrag der Mehrheit ... 98 Stimmen

Für den Antrag der Minderheit ... 88 Stimmen

(5 Enthaltungen)

Art. 5*Antrag der Mehrheit**Abs. 7*

Für die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten muss die Einwilligung ausdrücklich erfolgen.



Antrag der Minderheit

(Wermuth, Barrile, Glättli, Gredig, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Streiff)

Abs. 7

Zustimmung zum Beschluss des Ständerates

Antrag der Minderheit

(Glättli, Barrile, Gredig, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Wermuth)

Abs. 8

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.

Art. 5

Proposition de la majorité

Al. 7

Lorsqu'il s'agit de données sensibles, son consentement doit être exprès.

Proposition de la minorité

(Wermuth, Barrile, Glättli, Gredig, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Streiff)

Al. 7

Adhérer à la décision du Conseil des Etats

Proposition de la minorité

(Glättli, Barrile, Gredig, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Wermuth)

Al. 8

La personne concernée dispose d'un droit d'opposition à toute forme de profilage. Elle doit être informée de l'existence de ce droit. Si elle fait opposition, les données ne peuvent pas être traitées plus avant; dans certains cas, le traitement peut être poursuivi si, en cas de risque important, des motifs impératifs dignes de protection nécessitent la poursuite du traitement. La décision et les motifs doivent être communiqués à la personne concernée.

Abs. 7 – Al. 7

La présidente (Moret Isabelle, présidente): Nous nous sommes déjà prononcés sur la proposition de la minorité Wermuth à l'article 4 lettre fbis.

Angenommen gemäss Antrag der Mehrheit

Adopté selon la proposition de la majorité

AB 2020 N 1603 / BO 2020 N 1603

Abs. 8 – Al. 8

Abstimmung – Vote

(namentlich – nominatif; 17.059/21280)

Für den Antrag der Minderheit ... 84 Stimmen

Dagegen ... 105 Stimmen

(2 Enthaltungen)

Art. 27 Abs. 2 Bst. c

Antrag der Mehrheit

Ziff. 1

1. Es handelt sich nicht um besonders schützenswerte Personendaten.



Ziff. 3
Festhalten

Antrag der Minderheit
(Wermuth, Barrile, Glättli, Gredig, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Streiff)
Ziff. 1
Zustimmung zum Beschluss des Ständerates

Antrag der Minderheit
(Gredig, Barrile, Glättli, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Wermuth)
Ziff. 3
Zustimmung zum Beschluss des Ständerates

Art. 27 al. 2 let. c

Proposition de la majorité
Ch. 1
1. Il ne s'agit pas de données particulièrement sensibles.
Ch. 3
Maintenir

Proposition de la minorité
(Wermuth, Barrile, Glättli, Gredig, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Streiff)
Ch. 1
Adhérer à la décision du Conseil des Etats

Proposition de la minorité
(Gredig, Barrile, Glättli, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Wermuth)
Ch. 3
Adhérer à la décision du Conseil des Etats

Ziff. 1 – Ch. 1

La présidente (Moret Isabelle, présidente): Nous nous sommes déjà prononcés sur la proposition de la minorité Wermuth à l'article 4 lettre fbis.

Angenommen gemäss Antrag der Mehrheit
Adopté selon la proposition de la majorité

Ziff. 3 – Ch. 3

Abstimmung – Vote
(namentlich – nominatif; 17.059/21281)
Für den Antrag der Mehrheit ... 104 Stimmen
Für den Antrag der Minderheit ... 87 Stimmen
(1 Enthaltung)

Aufhebung und Änderung anderer Erlasse
Abrogation et modification d'autres actes

Ziff. II Ziff. 35 Art. 110 Abs. 2; 112 Abs. 2; 113; 114 Abs. 2
Antrag der Mehrheit
Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates



Antrag der Minderheit

(Wermuth, Barrile, Glättli, Gredig, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Streiff)
Zustimmung zum Beschluss des Ständerates

Ch. II ch. 35 art. 110 al. 2; 112 al. 2; 113; 114 al. 2

Proposition de la majorité

Adhérer au projet du Conseil fédéral

Proposition de la minorité

(Wermuth, Barrile, Glättli, Gredig, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Streiff)
Adhérer à la décision du Conseil des Etats

La présidente (Moret Isabelle, présidente): Nous nous sommes déjà prononcés sur la proposition de la minorité Wermuth à l'article 4 lettre fbis.

Angenommen gemäss Antrag der Mehrheit

Adopté selon la proposition de la majorité

Ziff. II Ziff. 36 Art. 76 Abs. 3

Antrag der Mehrheit

Zur Erfüllung ihrer Aufgaben ist sie überdies zum Profiling nach Artikel 4 Buchstabe f des Datenschutzgesetzes vom ... (DSG) befugt: ...

Antrag der Minderheit

(Wermuth, Barrile, Glättli, Gredig, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Streiff)
Zustimmung zum Beschluss des Ständerates

Ch. II ch. 36 art. 76 al. 3

Proposition de la majorité

Elle est également habilitée à faire du profilage au sens de l'article 4 lettre f de la loi fédérale du ... sur la protection des données (LPD) pour l'accomplissement de ses tâches: ...

Proposition de la minorité

(Wermuth, Barrile, Glättli, Gredig, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Streiff)
Adhérer à la décision du Conseil des Etats

La présidente (Moret Isabelle, présidente): Nous nous sommes déjà prononcés sur la proposition de la minorité Wermuth à l'article 4 lettre fbis.

Angenommen gemäss Antrag der Mehrheit

Adopté selon la proposition de la majorité

Ziff. II Ziff. 36 Art. 76b Abs. 2

Antrag der Mehrheit

Die ESTV darf den in der EZV mit der Erhebung und dem Einzug der Mehrwertsteuer sowie mit der Durchführung von Straf- und Administrativverfahren betrauten Personen die Personendaten aus einem Profiling nach Artikel 76 Absatz 3 und die Daten nach Artikel 76a Absatz 3 bekannt geben oder im Abrufverfahren zugänglich machen, sofern dies für die Erfüllung von deren Aufgaben nötig ist.

Antrag der Minderheit

(Wermuth, Barrile, Glättli, Gredig, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Streiff)
Zustimmung zum Beschluss des Ständerates

Ch. II ch. 36 art. 76b al. 2

Proposition de la majorité

L'AFC peut communiquer les données personnelles issues d'un profilage au sens de l'article 76 alinéa 3 ainsi



que les données visées à l'article 76a alinéa 3 aux collaborateurs de l'AFD chargés de la perception et de l'encaissement de la TVA ou de l'exécution des procédures administratives ou pénales, ou leur donner accès à ces données en ligne, dans la mesure où l'accomplissement des tâches de ces personnes l'exige.

Proposition de la minorité

(Wermuth, Barrile, Glättli, Gredig, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Streiff)
Adhérer à la décision du Conseil des Etats

AB 2020 N 1604 / BO 2020 N 1604

La présidente (Moret Isabelle, présidente): Nous nous sommes déjà prononcés sur la proposition de la minorité Wermuth à l'article 4 lettre fbis.

Angenommen gemäss Antrag der Mehrheit

Adopté selon la proposition de la majorité

Ziff. II Ziff. 47 Art. 21c Abs. 1bis

Antrag der Mehrheit

Zur Beurteilung des Gefährlichkeitsgrades der in Absatz 1 genannten Personen ist fedpol zum Profiling nach Artikel 4 Buchstabe f Bundesgesetz vom ... über den Datenschutz (DSG) befugt.

Antrag der Minderheit

(Wermuth, Barrile, Glättli, Gredig, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Streiff)
Zustimmung zum Beschluss des Ständerates

Ch. II ch. 47 art. 21c al. 1bis

Proposition de la majorité

Fedpol est habilité à faire du profilage au sens de l'article 4 lettre f de la loi fédérale du ... sur la protection des données (LPD) pour évaluer le menace que représentent les personnes visées à l'alinéa 1.

Proposition de la minorité

(Wermuth, Barrile, Glättli, Gredig, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Streiff)
Adhérer à la décision du Conseil des Etats

La présidente (Moret Isabelle, présidente): Nous nous sommes déjà prononcés sur la proposition de la minorité Wermuth à l'article 4 lettre fbis.

Angenommen gemäss Antrag der Mehrheit

Adopté selon la proposition de la majorité

Ziff. II Ziff. 59 Art. 96 Abs. 2

Antrag der Mehrheit

Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

Antrag der Minderheit

(Wermuth, Barrile, Glättli, Gredig, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Streiff)
Zustimmung zum Beschluss des Ständerates

Ch. II ch. 59 art. 96 al. 2

Proposition de la majorité

Adhérer au projet du Conseil fédéral

Proposition de la minorité

(Wermuth, Barrile, Glättli, Gredig, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Streiff)
Adhérer à la décision du Conseil des Etats



La présidente (Moret Isabelle, présidente): Nous nous sommes déjà prononcés sur la proposition de la minorité Wermuth à l'article 4 lettre fbis.

*Angenommen gemäss Antrag der Mehrheit
Adopté selon la proposition de la majorité*

Ziff. II Ziff. 60 Art. 94a Abs. 2

Antrag der Mehrheit
Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

Antrag der Minderheit
(Wermuth, Barrile, Glättli, Gredig, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Streiff)
Zustimmung zum Beschluss des Ständerates

Ch. II ch. 60 art. 94a al. 2

Proposition de la majorité
Adhérer au projet du Conseil fédéral

Proposition de la minorité
(Wermuth, Barrile, Glättli, Gredig, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Streiff)
Adhérer à la décision du Conseil des Etats

La présidente (Moret Isabelle, présidente): Nous nous sommes déjà prononcés sur la proposition de la minorité Wermuth à l'article 4 lettre fbis.

*Angenommen gemäss Antrag der Mehrheit
Adopté selon la proposition de la majorité*

Ziff. II Ziff. 66 Art. 23 Abs. 3

Antrag der Mehrheit
Zustimmung zum Entwurf des Bundesrates

Antrag der Minderheit
(Wermuth, Barrile, Glättli, Gredig, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Streiff)
Zustimmung zum Beschluss des Ständerates

Ch. II ch. 66 art. 23 al. 3

Proposition de la majorité
Adhérer au projet du Conseil fédéral

Proposition de la minorité
(Wermuth, Barrile, Glättli, Gredig, Gysin Greta, Kälin, Marra, Marti Samira, Masshardt, Moser, Streiff)
Adhérer à la décision du Conseil des Etats

La présidente (Moret Isabelle, présidente): Nous nous sommes déjà prononcés sur la proposition de la minorité Wermuth à l'article 4 lettre fbis.

*Angenommen gemäss Antrag der Mehrheit
Adopté selon la proposition de la majorité*

La présidente (Moret Isabelle, présidente): Il reste des divergences. Le projet va au Conseil des Etats.