

# **JaSo 2022**

## **Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht**

**Herausgegeben von  
Ueli Kieser, Marc Hürzeler  
und Stefanie J. Heinrich**

**DIKE** 



# Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht 2022

**Herausgegeben von**

**Ueli Kieser**

Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt

**Marc Hürzeler**

Prof. Dr. iur.

**Stefanie J. Heinrich**

BSc Business Law

**DIKE** 

### Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und Downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© 2022 Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen  
ISBN 978-3-03891-439-6

[www.dike.ch](http://www.dike.ch)



# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis IX

## Teil 1

### Entwicklung der Gesetzgebung

STEFANIE J. HEINRICH 1

Zahlen zu den Leistungen und Beiträgen per 2022 11

## Teil 2

### Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht

15

## Teil 3

### Aufsätze

#### Von der Mutterschaftsversicherung zur Adoptionsentschädigung

Ein wichtiger Schritt in der Entwicklung der Erwerbsersatzordnung

JÜRGEN BRECHBÜHL 81

#### Gedanken zu Mitwirkungspflicht, Schadenminderungspflicht und Untersuchungsgrundsatz

THOMAS ACKERMANN 101

#### Long Covid

Ein neues Krankheitsbild und seine Herausforderungen  
für das Versicherungsrecht

NATHALIE LANG 117

**Revision des Datenschutzgesetzes und die Auswirkungen  
in den Sozialversicherungen**

URSULA UTTINGER 133

**Pension Fund Governance**

Unter Berücksichtigung der aktuellen Diskussion rund  
um das Pension Fund Diversity Management

ALINE KRATZ-ULMER 151

**Update und weitere Fragen zur Vorleistungspflicht  
nach Art. 26 Abs. 4 BVG**

MARC HÜRZELER 167

**Das Anrechnungsprinzip in der beruflichen Vorsorge –  
eine kritische Würdigung**

Blick auf ein zentrales Steuerungselement  
der beruflichen Vorsorge

KASPAR GEHRING/UELI KIESER 179

Stichwortverzeichnis 195

---

# Revision des Datenschutzgesetzes und die Auswirkungen in den Sozialversicherungen

URSULA UTTINGER\*

## Résumé

Die Revision des Datenschutzgesetzes bezweckt eine grössere Transparenz bei der Bearbeitung gegenüber betroffenen Personen, eine verstärkte Berücksichtigung der Risiken sowie mehr Aufgaben, Rechte und Pflichten des EDÖB.

Auch wenn das revidierte Datenschutzgesetz vieles beibehält und nach wie vor grundsätzlich eine Datenbearbeitung erlaubt mit einem Verbotsvorbehalt, im Gegensatz zur DSGVO, die von einem Verbot der Datenbearbeitung ausgeht mit einem Erlaubnisvorbehalt, gibt es einzelne Änderungen, die auch auf die Sozialversicherungen Auswirkungen haben. Diese sind nachfolgend näher dargelegt.

## Inhaltsübersicht

|  |     |
|--|-----|
| 1. Datenschutzrevision   | 134 |
| 1.1 DSG-Revision   | 134 |
| 1.2 Entwicklung der DSGVO  | 135 |
| 2. Auswirkungen der DSG-Revision auf die Sozialversicherungen              | 136 |
| 2.1 Neue Anforderungen aus Zweck und Geltungsbereich                       | 137 |
| 2.2 Neue Anforderungen aus den allgemeinen Bestimmungen                    | 137 |
| 2.3 Neue Pflichten des Verantwortlichen und des Auftragsbearbeiters        | 142 |
| 2.4 Neue Rechte für betroffene Personen                                    | 145 |
| 2.5 Neue Anforderungen aus Bestimmungen zur Bearbeitung durch Bundesorgane | 146 |
| 2.6 Strafbestimmungen  | 147 |
| 3. Fazit   | 149 |

---

\* Ursula Uttinger, lic. iur. / exec. MBA HSG, Zürich, Datenschutzspezialistin, Dozentin, Datenschutzberaterin für div. Organisationen.

## Literaturangaben

KIESER UELI, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil 1C\_506/2019 vom 28. Februar 2020, A. *gegen* B., Staatsanwaltschaft II des Kantons Zürich, Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich, Ermächtigung zur Eröffnung einer Strafuntersuchung, Urteilsbesprechung 1C\_506/2019 in: AJP 2020 2071; MAUSBACH JULIAN/STRAUB PETER, Art. 110 StGB, in: Graf Damian K. (Hrsg.), StGB Annotierter Kommentar, Bern 2020; POWELL JULIAN, Die Revision der kantonalen Datenschutzgesetze, in: Jusletter 31. Mai 2021; ROSENTHAL DAVID, Das neue Datenschutzgesetz, in: Jusletter 16. November 2020; Stockholm-Protokoll der EU.

## Materialien

Amtsblatt der Europäischen Union, C 115 vom 4.5.2010, Stockholmer Programm; Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBl 2017 6941 ff.; Erläuternder Bericht zum Bundesgesetz über die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zweck der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung, Oktober 2018 (zit. Erläuternder Bericht, Richtlinie); Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, Totalrevision der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 23. Juni 2021 (zit. Erläuternder Bericht, DSG); Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 10. August 2017 (zit. Vorentwurf).

## 1. Datenschutzrevision

### 1.1 DSG-Revision

Die Revision des schweizerischen Datenschutzgesetzes wurde bereits 2010 angestossen: In der Folge wurde das Gesetz 2010 und 2011 evaluiert mit dem Ergebnis, dass das Datenschutzgesetz aus dem Jahr 1992 nicht mehr ausreiche, um einen genügenden Schutz zu gewährleisten, insbesondere aufgrund der technologischen und gesellschaftlichen Entwicklungen<sup>1</sup>. Eine Arbeitsgruppe verfasste einen ersten Vorentwurf, der am 21. Dezember 2016 in die Vernehmlassung geschickt wurde.

---

<sup>1</sup> BBl 2017, 6954.



Das Ergebnis dieser Vernehmlassung war nicht einheitlich. Unbestritten war, dass eine Anpassung beziehungsweise Annäherung insbesondere an die europäische Gesetzgebung sinnvoll ist, damit die Schweiz weiterhin eine Gleichwertigkeitsanerkennung behält. Denn inzwischen hatte die EU die DSGVO verabschiedet. Obwohl fast gleichzeitig an der Revision gearbeitet wurde, war die EU viel schneller im Abschluss (vgl. Kapitel 1.2). Begrüsst wurde die Stärkung der Transparenz sowie der Rechte der Betroffenen. Den einen ging die Revision jedoch zu weit, den anderen zu wenig weit, auch das angedachte Sanktionssystem wurde mehrheitlich kritisiert<sup>2</sup>.

Die Botschaft und der erste Entwurf wurden am 15. September 2017 vom Bundesrat verabschiedet<sup>3</sup> und das Gesetz ging zur Beratung in die Räte. Da bezüglich der Schengen-Besitzstandswahrung ein schnelleres Vorgehen notwendig war, kam es zu einer Aufspaltung in ein Schengen-Datenschutzgesetz und in die Revision des Datenschutzgesetzes. Das Bundesgesetz über den Datenschutz im Rahmen der Anwendung des Schengen-Besitzstandes in Strafsachen (SDSG – SR 235.3), verabschiedet am 28. September 2018, trat am 1. März 2019 in Kraft. Beim SDSG geht es um die Bearbeitung von Personendaten im Zusammenhang mit Strafsachen in der internationalen Rechtshilfe und es ist als Übergangsgesetz gedacht, da es mit dem Inkrafttreten des revidierten Datenschutzgesetzes wieder aufgehoben werden soll<sup>4</sup>. Das SDSG richtet primär sich an das Bundesamt für Polizei, das Bundesamt für Justiz und die Bundesanwaltschaft.

Die Beratung zur Revision des Datenschutzgesetzes dauerte lange<sup>5</sup>, erst am 25. September 2020 wurde die DSG-Revision vom Parlament verabschiedet. Das Inkrafttreten ist geplant für Sommer 2022, inzwischen dürfte es aber eher erst am 1. Januar 2023 in Kraft treten.

## 1.2 Entwicklung der DSGVO

Fast gleichzeitig mit den ersten Ideen, sich mit der Revision des DSG auseinanderzusetzen, wurde auch die europäische DSGVO angedacht, gab es

---

<sup>2</sup> Vorentwurf, S. 6.

<sup>3</sup> <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung.html> (Abruf 1.1.2021).

<sup>4</sup> Erläuternder Bericht, Richtlinie, Ziff. 1.

<sup>5</sup> <https://ictswitzerland.ch/publikationen/rueckblick-auf-die-fruehjhrssession-2020/> (Abruf 1.1.2021).

doch nur eine Richtlinie<sup>6</sup>, die als Mindeststandard galt und in den Mitgliedstaaten durch Umsetzung in nationale Gesetze sicherzustellen war. 2010 stiess die Europäische Union, im Rahmen des Stockholmer Programms, an, eine umfassende Strategie für den Datenschutz in der Union anzugehen<sup>7</sup>.

Am 25. Januar 2012 schlug die Europäische Kommission eine umfassende Reform dieser Datenschutzvorschriften aus dem Jahre 1995 vor. Bereits am 12. März 2014 verabschiedete das Europäische Parlament die DSGVO. Am 27. April 2016 wurde die DSGVO im Amtsblatt der EU veröffentlicht und trat am 24. Mai 2016 in Kraft; und war ab dem 25. Mai 2018 anzuwenden<sup>8</sup>.

Die DSGVO orientiert sich stark an der ehemals deutschen Datenschutzgesetzgebung<sup>9</sup>, musste aber, um einen Konsens zu erreichen, etwas offener werden, insbesondere bezüglich der Pflicht, einen betrieblichen Datenschutzbeauftragten zu haben. Im alten deutschen Datenschutzgesetz war ein solcher ab 10 Mitarbeitenden in der Datenverarbeitung obligatorisch, in der DSGVO abhängig von der Kerntätigkeit und weiteren Kriterien.

## **2. Auswirkungen der DSGVO-Revision auf die Sozialversicherungen**

Die Revision des DSG betrifft in den Sozialversicherungen nur diese, die auch unter die Bundesregelungen fallen. So hat diese Revision keine direkte Auswirkung auf die kantonalen Sozialhilfegesetze und kantonalen Sozialversicherungen. Diese unterstehen den kantonalen Datenschutzgesetzen, wobei die meisten kantonalen Datenschutzgesetze entweder revidiert werden oder bereits wurden mit Blick auf die neuen Anforderungen gestützt auf die DSGVO bzw. die Richtlinie 2016/680 – insbesondere

---

<sup>6</sup> Pressemitteilung vom 25. Januar 2012 der Europäischen Kommission: Kommission schlägt umfassende Reform des Datenschutzrechts vor, um Nutzern mehr Kontrolle über ihre Daten zu geben und die Kosten für Unternehmen zu verringern.

<sup>7</sup> ABl 2010/C 115/10, Ziff. 2.5.

<sup>8</sup> Art. 99 DSGVO.

<sup>9</sup> <https://www.handelsblatt.com/politik/international/jan-philipp-albrecht-das-ist-der-vater-der-dsgvo/22605018.html> (Abruf 16.7.2021).

was die Ressourcen, Aufgaben und Kompetenzen der kantonalen Datenschutzbehörden betrifft<sup>10</sup>.

Die Umsetzung der kantonalen Anpassungen erfolgte aber in unterschiedlichen Tempi, abgesehen davon, dass je nach Kanton auch das Informationsgesetz (z.B. Kt. Zürich oder Basel-Stadt: IDG) oder sogar das Archivgesetz (Kt. Aargau: IDAG) darin verpackt wurde.

Für diejenigen Sozialversicherer, die das ATSG anwendbar erklären wie beispielsweise Art. 1 KVG oder Art. 1 UVG, ist das Bundesgesetz über den Datenschutz anwendbar, das revidiert wurde.

## **2.1 Neue Anforderungen aus Zweck und Geltungsbereich**

Mit der Revision fallen die juristischen Personen nicht mehr unter den Geltungsbereich des Datenschutzgesetzes. Dies hat in der Praxis kaum Auswirkungen, da es kaum Anwendungsfälle gab, in denen sich juristische Personen auf das Datenschutzgesetz berufen haben; zudem sind juristische Personen durch diverse Spezialgesetze bereits genügend geschützt<sup>11</sup>. Folglich können Sozialversicherer nicht mehr eigene Rechte aus dem Datenschutzgesetz geltend machen, z.B. dass deren Daten nach den Grundsätzen des DSG zu bearbeiten sind. In der Praxis hat dies für die Sozialversicherer keine Auswirkung, da diese, wie die meisten juristischen Personen, sich bisher kaum auf das Datenschutzgesetz und deren Grundsätze berufen haben.

## **2.2 Neue Anforderungen aus den allgemeinen Bestimmungen**

Als besonders schützenswerte Personendaten gelten neu auch genetische und biometrische Daten. Bis anhin wurden genetische Daten auch bereits als besonders schützenswert angesehen, über den Umweg der Gesundheitsdaten: Die Grundsätze für genetische Untersuchungen sind im GUMG geregelt, für deren Bearbeitung im Allgemeinen gelten die datenschutzrechtlichen Grundsätze. In Art. 25 ff. GUMG ist zusätzlich geregelt, was bezüglich Untersuchungen im Versicherungsbereich gilt, was jedoch primär an Privatversicherer gerichtet ist.

Rein sprachlicher Natur ist der Wechsel von «Inhaber der Datensammlung» (Art. 3 lit. i DSG) zu «Verantwortlicher» (Art. 5 lit. j nDSG); zwar wird

---

<sup>10</sup> POWELL, S. 3.

<sup>11</sup> BBI 2017 6972.

der Verweis auf den Begriff «Datensammlung» aufgehoben, dies bleibt aber ohne materielle Änderung<sup>12</sup>.

Neu sind, bis auf die Datensicherheit, die in Art. 8 nDSG geregelt ist und auch nicht ein Grundsatz im engeren Sinne ist, sämtliche datenschutzrechtlichen Grundsätze in einem einzigen Artikel zusammengenommen: Art. 6 nDSG.

Bezüglich Rechtmässigkeit, Treu und Glauben, Verhältnismässigkeit, Zweckbindung und Richtigkeit ergeben sich keine wesentlichen Änderungen. Neu ist jedoch ein Absatz 4, der verlangt, dass Daten vernichtet oder anonymisiert werden müssen, sobald sie zum Zweck der Bearbeitung nicht mehr erforderlich sind, dafür fehlt der bisherige Art. 4 Abs. 4 DSG (Erkennbarkeit der Datenbearbeitung).

Die Erkennbarkeit/Transparenz fehlte im ursprünglichen Datenschutzgesetz (Version bis zur Teilrevision, aufgenommen mit der Teilrevision, am 24. März 2006 verabschiedet und per 1. Januar 2008 in Kraft getreten) und liess sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben<sup>13</sup> herleiten und wird nun mit der Zweckbindung<sup>14</sup> in Absatz 3 zusammengeführt.

In Absatz 4 wird ausdrücklich die Dauer der Aufbewahrung hervorgehoben mit der Vorgabe, Daten, sobald sie nicht mehr benötigt werden, zu vernichten oder zumindest zu anonymisieren. Die Erläuterungen dazu betonen, dass diese Vorgabe nicht notwendig wäre, da sich die Verpflichtung bereits aus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz ergebe. Es bestehe jedoch die Befürchtung, dass aufgrund der technologischen Entwicklung und der einfachen Speichermöglichkeiten dieser Aspekt der Verhältnismässigkeit vernachlässigt würde<sup>15</sup>.

In der Praxis kann regelmässig beobachtet werden, dass Daten zu lange aufbewahrt werden. Die Gründe sind vielfältig:

- Angst, wenn wegen fehlender Daten etwas nicht mehr bewiesen werden kann;
- Nachlässigkeit: fehlende Definitionen/Überlegung, wann Daten tatsächlich gelöscht werden sollen;
- Aufwand wird gescheut, vor allem wenn die Systeme eine automatische Löschung nicht vorsehen.

---

<sup>12</sup> BBI 2017 7023.

<sup>13</sup> ROSENTHAL, N 15.

<sup>14</sup> BBI 2017 7024 f.

<sup>15</sup> BBI 2017 7026.

Nebst der Datensicherheit, die in Art. 8 nDSG geregelt ist, verlangt das revidierte Datenschutzgesetz in Art. 7 nDSG Datenschutz durch Technik und datenschutzfreundliche Voreinstellungen (Privacy by Design und Privacy by Default); auch wenn dieser Artikel neu erscheint, ist es doch nur das, was bisher in Art. 7 enthalten war<sup>16/17</sup>. Privacy by Design und Privacy by Default stellen eine technische Unterstützung der Datenschutzgrundsätze dar. Die technischen Systeme sollten zur Vermeidung oder zumindest Reduzierung von Datenschutzverstössen beitragen; stark betont wird in der Botschaft wiederum die Datenminimierung<sup>18</sup>. Die Angemessenheit der Vorkehrungen im Verhältnis zu den Risiken bestand bereits zuvor. Die datenschutzfreundlichen Voreinstellungen sollten dazu beitragen, dass so wenige Personendaten als möglich bearbeitet werden. Für Sozialversicherer sollte dieser letzte Punkt aber keine grosse Bedeutung haben, da für die Datenbearbeitung gesetzliche Grundlagen bestehen, die auch den Umfang bestimmen.

Bei der Neubeschaffung von IT-Systemen gilt es, ein Augenmerk auf eine datenschutzfreundliche Technik zu richten. In der Praxis wird bei der Beschaffung oft zu wenig auf die datenschutzrechtlichen Grundsätze und deren Anforderungen geachtet; dies kann dann zu Mehraufwand und -kosten führen, wenn aufgrund dieser Anforderungen die Systeme nachträglich angepasst werden müssen.

Mit dem neuen Art. 8 «Datensicherheit» wird vom Verantwortlichen verlangt, «durch geeignete technische und organisatorische Massnahmen eine dem Risiko angemessene Datensicherheit» zu gewährleisten. Im Entwurf der eVDSG<sup>19</sup> werden als Schutzziele der Datensicherheit dieselben Kontrollen aufgezählt, die aktuell in Art. 9 VDSG zu finden sind, plus noch die Themen Wiederherstellung (Art. 2 lit. i eVDSG – Daten müssen nach einem Zwischenfall schnell wiederhergestellt werden können), Verfügbarkeit, Zuverlässigkeit und Datenintegrität (Art. 2 lit. j eVDSG) sowie die schnelle Erkennbarkeit bei einer Verletzung der Datensicherheit (Art. 2 lit. k eVDSG).

Die Datensicherheit ist stark auf eine den Risiken angepasste Sicherheitsarchitektur ausgerichtet.

---

<sup>16</sup> BBl 2017 7031.

<sup>17</sup> ROSENTHAL, N 21.

<sup>18</sup> BBl 2017 7029.

<sup>19</sup> Entwurf der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz – Vernehmlassung 2021/26.

Weiterhin ist in der Privatwirtschaft eine Datenschutzberaterin oder ein Datenschutzberater freiwillig (Art. 10 nDSG), anders sieht es jedoch für Bundesorgane aus: Sämtliche Bundesorgane müssen neu eine Datenschutzberaterin/einen Datenschutzberater bezeichnen. Die Begrifflichkeit hat sich geändert: statt Datenschutzverantwortliche/r heisst es neu Datenschutzberater/in; die Aufgaben und die Stellung sind nun auf Gesetzesstufe und nicht mehr nur in der Verordnung zu finden. Im eVDSG ist vorgesehen, dass mehrere Bundesorgane auch gemeinsam eine Person mit dieser Funktion betrauen können (Art. 27 eVDSG). Dies dürfte vor allem für kleinere Sozialversicherer interessant sein, um zu verhindern, dass es aufgrund diverser Aufgaben in einer Person zu nicht erlaubten Interessenkonflikten kommt<sup>20</sup>.

Datenschutzberaterinnen/Datenschutzberater müssen über die erforderlichen Fachkenntnisse verfügen und sollen fachlich unabhängig sowie weisungsungebunden sein. Die im eVDSG angedachten Aufgaben sind zu den heute bestehenden Aufgaben in Art. 12b VDSG erweitert: So muss bei der Erstellung der Datenschutz-Folgenabschätzung und der Meldung von Verletzungen der Datensicherheit mitgewirkt werden, soll doch diese Funktion Anlaufstelle für betroffene Personen sein und das Bundesorgan und dessen Mitarbeitende bei Datenschutzfragen beraten. Auch fungiert diese Funktion als Anlaufstelle für den EDÖB (Art. 30 eVDSG).

Die Unabhängigkeit der Funktion ist organisatorisch sicherzustellen; diese Funktion ist nicht als Überwachungsorgan zu verstehen, sondern als beratende und unterstützende Stelle<sup>21</sup>. Ob dies in der Praxis dann tatsächlich so sein wird, dürfte einerseits vom Funktionsinhaber und andererseits vom Unternehmen selbst abhängen. Wichtig ist das Bewusstsein, dass die Datenschutzberaterin/der Datenschutzberater **berät**, die Entscheidung auf einer anderen Stufe gefällt wird. Insofern ist ein gemeinsames Verständnis notwendig und vor allem ein klares Bekenntnis der Führung zu Datenschutz und Datensicherheit. Noch zu oft wird Datenschutz als Hemmnis und unnötiger Aufwand gesehen.

Im Gegensatz zu heute sind nicht mehr die Datensammlungen zu melden, sondern das Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeit (Art. 12 nDSG). Der Inhalt ist analog zu Art. 30 DSGVO mit minim unterschiedlichen Begrifflichkeiten. Das bedeutet, dass man sich auf die Muster, die es bereits für die DSGVO gibt, abstützen kann. Ein gutes Muster findet man auf der Home-

---

<sup>20</sup> ROSENTHAL, N 169.

<sup>21</sup> Erläuternder Bericht, DSG, S. 40 f.

page der Datenschutzstelle des Fürstentums Liechtenstein<sup>22</sup>. Wichtig ist auch, beim Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeit zu definieren, wie lange die Daten aufbewahrt werden. Hier wiederholt sich also der Grundsatz von Art. 6 Abs. 4 nDSG, wobei zu beachten ist, dass sich die Aufbewahrungsdauer nach dem Verwendungszweck richtet und allenfalls nicht genau definiert werden kann. Dann sollten Kriterien definiert werden. Bezüglich der Kategorie der betroffenen Personen sind typisierte Gruppen gemeint wie beispielsweise Mitarbeitende oder Konsumenten<sup>23</sup>.

Bezüglich der Bekanntgabe ins Ausland ist der bisherige Artikel 6 erweitert worden in Art. 16–18 nDSG. Inhaltlich hat sich nicht viel geändert – wobei neu der Bundesrat feststellt, ob die Gesetzgebung im betreffenden Staat einen angemessenen Datenschutz gewährleistet. Dies ist ähnlich wie im EWR bzw. in der EU, wo die Gleichwertigkeit ebenfalls durch die Europäische Kommission festgestellt wird<sup>24</sup>.

Eine solche Liste soll in einer Verordnung des Bundesrates veröffentlicht und in die amtliche Sammlung aufgenommen werden. Dabei soll diese Verordnung als Positivliste abgefasst sein. Fehlt ein Staat, wurde dessen Gesetzgebung (noch) nicht geprüft oder als nicht angemessen beurteilt. Diese Liste ist, entgegen der bisherigen Liste des EDÖB, die als Hilfsmittel gedacht war, nun verbindlich<sup>25</sup>.

Weiterhin besteht die Möglichkeit der Datenbearbeitung im Ausland auch ohne gleichwertigen Schutz, sofern ein Vertrag, Standardklauseln, die vom EDÖB genehmigt, ausgestellt oder anerkannt werden, oder verbindliche unternehmensinterne Datenschutzrichtlinien (sogenannte Binding Corporate Rules = BCR) existieren. Im öffentlichen Sektor dürfte vor allem lit. c relevant sein: Es müssen spezifische Garantien erarbeitet und dem EDÖB vorgängig mitgeteilt werden. Eine Zustimmung des EDÖB ist nicht Voraussetzung, im Entwurf zur VDSG ist in Art. 9 detailliert geregelt, welche Punkte in den Klauseln bzw. Garantien enthalten sein müssen.

In Art. 17 nDSG sind noch weitere Ausnahmen für eine Datenbekanntgabe ins Ausland aufgelistet wie ausdrückliche Einwilligung durch die betroffene Person, Zusammenhang mit Vertragsabschluss oder -abwicklung, Wahrung weiterer Interessen oder auch dass die Daten allgemein zugäng-

---

<sup>22</sup> <https://www.datenschutzstelle.li/services-und-downloads/muster-und-checklisten> (Abruf 8.8.2021).

<sup>23</sup> BBl 2017 7036.

<sup>24</sup> <https://www.datenschutzstelle.li/datenschutz/themen-z/internationaler-daten-transfer> (Abruf 19.10.2021).

<sup>25</sup> BBl 2017 7038 f.

lich sind oder aus einem Register stammend und die Voraussetzungen einer Einsichtnahme erfüllt sind.

Wichtige Anpassungen aus diesem Kapitel sind:

Die Aufbewahrungsdauer der einzelnen Daten muss zum Voraus bestimmt werden; nach Ablauf der Aufbewahrungsdauer muss sichergestellt werden, dass diese korrekt entsorgt werden – sofern nicht einzelne Daten beispielsweise dem Bundesarchiv anzubieten sind.

Auch die Datensparsamkeit und schnellstmögliche Vernichtung oder Anonymisierung wird zu einem zentralen Element, das beachtet werden muss.

Falls noch keine Funktion Datenschutzberater/in ernannt ist, muss diese eingestellt/ernannt werden! Dabei ist darauf zu achten, dass diese Person die entsprechende Ausbildung mitbringt – und sie dann auch die notwendigen Ressourcen erhält: Ressourcen sind Zeit und Finanzen.

Mit gewissem Aufwand dürfte das Erstellen des Verzeichnisses der Bearbeitungstätigkeit verbunden sein, das neu erstellt und dem EDÖB gemeldet werden muss. Doch wie bereits dargelegt, gibt es gute Vorlagen. Wichtig ist dabei, eine vernünftige Tiefe zu haben.

### **2.3 Neue Pflichten des Verantwortlichen und des Auftragsbearbeiters**

Mit der Revision werden die Rechte der betroffenen Personen gestärkt. So wird insbesondere die Informationspflicht erweitert, es wird eine Datenschutz-Folgenabschätzung verlangt, wenn die Bearbeitung ein hohes Risiko für die betroffene Person darstellt, und Verletzungen der Datensicherheit müssen dem EDÖB gemeldet werden.

Mit Art. 19 nDSG soll die Transparenz gestärkt und verhindert werden, dass ohne Wissen der betroffenen Personen Daten über sie bearbeitet werden; dabei wird nicht definiert, wie zu informieren ist; beispielsweise kann die Information mittels einer Datenschutzerklärung auf der Homepage erfolgen, wie dies in der Botschaft ausdrücklich erwähnt wird<sup>26</sup>. Eine bestimmte Form wird nicht gefordert, jedoch muss sichergestellt sein,

---

<sup>26</sup> BBl 2017 7050.



dass sie «dem Zweck einer transparenten Datenbearbeitung gerecht wird»<sup>27</sup>.

Im bisherigen DSG war diese ausdrückliche Information auf besonders schützenswerte Daten beschränkt. Die Informationspflicht muss innert eines Monats seit der Beschaffung erfolgen, sofern die Informationen bei Dritten eingeholt worden sind.

Wobei diese Informationspflicht wieder eingeschränkt wird beziehungsweise entfällt, sofern eine der in Art. 20 nDSG erwähnten Ausnahmen gegeben ist. Absatz 1 formuliert allgemeine Ausnahmen von der Informationspflicht wie:

- Die betroffene Person ist bereits informiert,
- die Bearbeitung erfolgt gestützt auf eine gesetzliche Vorgabe,
- der Bearbeiter untersteht einer gesetzlichen Schweigepflicht oder
- es gibt einen Bezug zu Medien nach Art. 27 nDSG.

In Absatz 2 geht es um spezifische Einschränkungen der Informationspflicht, wenn die Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben werden: Ist die Information nicht und nur mit unverhältnismässig grossem Aufwand möglich, entfällt sie. Als Beispiele werden in der Botschaft das Foto einer unbekannt Person oder wenn das Verhältnis des Informationszugewinns mit dem zu betreibenden Aufwand, die Person zu erreichen, übermässig gross sind, aufgeführt. Eine enge Auslegung dieser Ausnahme ist notwendig<sup>28</sup>.

Grundsätzlich kann gemäss Absatz 3 auch aufgrund einer Interessenabwägung die Information eingeschränkt, aufgeschoben oder sogar ganz darauf verzichtet werden, und zwar bei überwiegenden Interessen Dritter (lit. a), falls dadurch Informationen über Dritte weitergegeben würden unter Beeinträchtigung von deren Interessen, oder wenn der Zweck der Bearbeitung vereitelt (lit. b) würde. Bei Bundesorganen, und dies ist für Sozialversicherungen relevant, entfällt die Informationspflicht, wenn dadurch «eine Untersuchung oder ein behördliches oder gerichtliches Verfahren» gefährdet wäre (Abs. 3 lit. d Ziff. 2).

---

<sup>27</sup> BBl 2017 7051.

<sup>28</sup> BBl 2017 7053 f.

Mit Art. 21 nDSG kommt die Informationspflicht bei automatisierten Einzelentscheidungen, entsprechend Art. 8 lit. a SEV 108<sup>29</sup>, müssen betroffene Person informiert sein, dass eine Einzelentscheidung auf einer automatisierten Datenbearbeitung beruht und mit einer Rechtsfolge für die betroffene Person verbunden ist oder diese erheblich beeinträchtigt. Auch das Protokoll vom 10. Oktober 2018 zur Änderung des Übereinkommens SEV 108 zum Schutz der Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten, abgeschlossen am 10. Oktober 2018 in Strassburg, wurde vom Parlament am 19. Juni 2020 genehmigt<sup>30</sup>, ohne dass das Referendum bis am 8. Oktober 2020 ergriffen worden wäre.

Durch Art. 21 nDSG werden die Rechte der betroffenen Personen gestärkt, indem diese verlangen können, dass ein automatisierter Einzelentscheid von einer natürlichen Person überprüft wird. Bundesorgane müssen zudem solche Entscheide, die grundsätzlich Verfügungen sein dürften, ausdrücklich kennzeichnen (Abs. 4)<sup>31</sup>. Dies dürfte im Rahmen der Digitalisierung auch bei Sozialversicherern relevant sein, wenn Verfügungen vermehrt automatisiert erlassen werden. Grundsätzlich haben betroffene Personen die Möglichkeit, den Rechtsweg gegen solche Entscheide zu beschreiten und eine Verfügung anzufechten.

Ebenfalls eine wichtige Neuerung ist die geforderte Datenschutz-Folgenabschätzung in Art. 22 nDSG: Führt eine Datenbearbeitung voraussichtlich zu einem hohen Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person, muss eine Datenschutz-Folgenabschätzung vorgenommen werden. Das heisst, bevor eine geplante Datenbearbeitung vorgenommen werden darf, muss eine Einschätzung bezüglich möglicher Risiken erfolgen. Zentral sind dabei die informationelle Selbstbestimmung und die Privatsphäre der betroffenen Personen<sup>32</sup>. Was die Datenschutz-Folgenabschätzung beinhaltet, ist in Art. 22 Abs. 3 nDSG genau beschrieben. So müssen auch Massnahmen zum Schutz der Betroffenen getroffen werden.

Ergeben sich aus der Datenschutz-Folgenabschätzung, dass die Risiken hoch sind, so muss der Verantwortliche beim EDÖB eine Stellungnahme

---

<sup>29</sup> Sammlung Europäischer Verträge Nr. 108: Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten vom 28.1.1981 – SR 0.235.1.

<sup>30</sup> <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20190068> (Abruf 7.10.2021).

<sup>31</sup> BBl 2017 7059.

<sup>32</sup> BBl 2017 7059 f.

einholen, dabei sind auch die geplanten Massnahmen zu beschreiben. Der EDÖB muss innert 2 Monaten, bei komplexen Fällen innert 3 Monaten, zu den geplanten Massnahmen Stellung nehmen beziehungsweise Einwände gegen die geplante Bearbeitung mitteilen; erfolgt keine Stellungnahme, darf davon ausgegangen werden, dass gegen die Bearbeitung und die Massnahmen keine Einwände bestehen<sup>33</sup>.

Als letzter Punkt besteht neu eine Meldepflicht bei Verletzungen der Datensicherheit (Art. 24 nDSG). Eine solche Meldung muss – im Gegensatz zur europäischen DSGVO, die eine Meldung innert 72 Stunden verlangt (Art. 33 DSGVO) und von einem allgemeinen Risiko ausgeht – «so rasch als möglich» erfolgen, sofern die Verletzung zu einem **hohen Risiko** bezüglich der Grundrechte oder der Persönlichkeit führt. Die Details der Meldung werden in den Absätzen 2–6 beschrieben. Bei der Datenschutzverletzung ist es nicht relevant, aus welchen Gründen diese erfolgt ist.

Wichtigste Punkte:

Die Pflichten des Datenbearbeiters wurden erweitert: So müssen mehr Informationen – sei es über die Beschaffung der Daten im Allgemeinen oder über eine automatisierte Bearbeitung – den betroffenen Personen gegeben werden, aber auch eine Risiko-Folgenabschätzung bezüglich einer Persönlichkeitsverletzung oder einer Verletzung der Grundrechte sowie im Falle einer Verletzung der Datensicherheit eine rasche Meldung an den EDÖB gehören neu zu den Pflichten eines Datenbearbeiters.

## 2.4 Neue Rechte für betroffene Personen

Das Auskunftsrecht hat sich nur minim verändert: Neu soll das Auskunftsrecht nur noch geltend gemacht werden können im Zusammenhang mit Rechten aus dem Datenschutzgesetz. Damit sollen querulatorische Anfragen oder Auskunftsbegehren, die zur Beschaffung von Beweismitteln (miss-)braucht wurden, eingedämmt werden<sup>34</sup>. An der grundsätzlichen Kostenlosigkeit sowie der Frist von 30 Tagen für die Erfüllung des Begehrens ändert sich nichts, wobei diese Bestimmungen neu aus der Verordnung ins Gesetz übernommen wurden. Weitere Modalitäten und Präzisierungen werden in der Verordnung geregelt. Im Entwurf der Verordnung finden sich die Bestimmungen in Art. 20 ff.

---

<sup>33</sup> BBl 2017 7063.

<sup>34</sup> BBl 2017 7066.

Ein wichtiges neues Recht ist das Recht auf Datenherausgabe oder -übertragung (Art. 28 nDSG). Dieses Recht ist angelehnt an Art. 20 DSGVO. Damit soll das Recht an den eigenen Daten gestärkt werden: Hat man die Daten dem Datenbearbeiter selbst bekanntgegeben, soll man diese auch wieder zurückverlangen oder bestimmen können, wer die Daten weiterbearbeiten darf. Eine Einschränkung ist – formuliert in Art. 29 nDSG – analog zum Auskunftsbegehren möglich: gestützt auf eine gesetzliche Grundlage, überwiegende Interessen Dritter oder des verantwortlichen Bearbeiters selbst oder unbegründete/querulatorische Begehren (Art. 26 nDSG).

Der Inhalt von Art. 28 nDSG war im ursprünglichen Entwurf nicht enthalten, obwohl Nationalrat Fathi Derder im Jahr 2015 ein Postulat zum Recht auf Nutzung der eigenen Daten und zum Recht auf Kopie eingereicht hat<sup>35</sup>. In seiner Antwort hatte der Bundesrat damals die Annahme des Postulats beantragt und die Prüfung im Rahmen der DSG-Revision vorgebracht<sup>36</sup>. In den Entwurf selbst hat es die Idee des Rechts auf die eigenen Daten nicht geschafft, wurde danach aber wiederaufgenommen.

## **2.5 Neue Anforderungen aus Bestimmungen zur Bearbeitung durch Bundesorgane**

Da Sozialversicherungen hauptsächlich als Bundesorgane gelten, wird auf das 5. Kapitel «Besondere Bestimmungen zur Datenbearbeitung durch private Personen» nicht eingegangen, sondern gleich das 6. Kapitel angegangen.

Für die Sozialversicherer ergeben sich hier nicht sehr viele Neuerungen. Der Begriff des Persönlichkeitsprofils wird durch Profiling ersetzt, was aufgrund der geänderten Begrifflichkeiten zwingend notwendig ist.

Dass Bundesorgane eine Rechtsgrundlage brauchen für die Bearbeitung von Personendaten, bleibt gleich; das Erfordernis einer formal gesetzlichen Grundlage ist weiterhin notwendig bei der Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten und aufgrund der Begriffsanpassungen statt bei der Bearbeitung von Persönlichkeitsprofilen nun beim Profiling (Art. 24 Abs. 2 lit. b nDSG). Zusätzlich ist in lit. c festgehalten, dass bei

---

<sup>35</sup> Postulat 15.4045 «Recht auf Nutzung der persönlichen Daten. Recht auf Kopie» – Fathi Derder.

<sup>36</sup> Stellungnahme und Antrag des Bundesrates am 11.11.2015, <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20154045> (Abruf 17.10.2021).

«einem schwerwiegenden Eingriff in die Grundrechte der betroffenen Person» ebenfalls eine gesetzliche Grundlage im formellen Sinn notwendig ist. Dies wäre nicht notwendig, da diese Anforderung bereits aus Art. 36 BV hervorgeht. Konkrete Anwendungsfälle für die Sozialversicherungen lassen sich herleiten, da Abklärungen bezüglich Anspruchsberechtigungen und deren Resultate regelmässig einen schweren Eingriff in ein Grundrecht darstellen. Dazu müssen betroffene Personen zulassen, dass in ihre Privatsphäre eingedrungen wird.

Die grösste Änderung ergibt sich bei den Ansprüchen und Verfahren, neu in Art. 41 Abs. 3 nDSG, indem eine weniger weitgehende Massnahme möglich ist: Statt einer Löschung oder Vernichtung der Daten kann deren Bearbeitung eingeschränkt werden, dies in Anlehnung an die EU-Regelung 2016/680<sup>37</sup>. Die Daten dürfen also weiterbearbeitet werden, aber nur zu dem Zweck, der einer Löschung oder Vernichtung entgegensteht – also beispielsweise wegen überwiegender Interessen Dritter oder öffentlicher Interessen<sup>38</sup>. In lit. a wird als Grund für eine eingeschränkte Bearbeitung angegeben, dass «die betroffene Person die Richtigkeit der Personendaten bestreitet und weder die Richtigkeit noch die Unrichtigkeit festgestellt werden kann». Im Alltag eines Sozialversicherers könnte beispielsweise die Richtigkeit von Daten bestritten und dann deren Löschung verlangt werden. Dies könnte insbesondere im Zusammenhang mit psychischen Erkrankungen relevant werden: Psychische Erkrankungen werden meist gestützt auf bestimmtes Verhalten diagnostiziert. Hier kann nicht von einer objektiven Tatsache gesprochen werden.

## 2.6 Strafbestimmungen

Auffallend bei den Strafbestimmungen ist die neue Maximalbusse von CHF 250'000 sowie die Verdoppelung der Strafbestimmungen. Im bisherigen Datenschutzgesetz sind es zwei: Verletzung der Auskunft-, Melde- und Mitwirkungspflichten in Art. 34 DSG und Verletzung der beruflichen Schweigepflicht in Art. 35 DSG.

---

<sup>37</sup> EU-Richtlinie 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zweck der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/997/JI des Rates.

<sup>38</sup> BBl 2017 7084 f.

Die Verletzung der Informations-, Auskunfts- und Mitwirkungspflichten ist nun in Art. 60 nDSG, die Verletzung der beruflichen Schweigepflicht in Art. 62 nDSG, beide ohne wesentliche Änderungen zu den bisherigen Artikeln; neu hinzu kommen die Verletzung der Sorgfaltspflichten in Art. 61 nDSG sowie die Missachtung von Verfügungen des EDÖB oder einer Rechtsmittelinstanz für private Personen in Art. 63 nDSG; zuständig für die Verfolgung sind ausdrücklich die Kantone, der EDÖB kann gemäss Art. 65 nDSG Anzeige erstatten und die Rechte einer Privatklägerschaft wahrnehmen.

Für Bundesorgane ist nur Art. 62 nDSG relevant, in welchem es um die berufliche Schweigepflicht geht; die Art. 60, 61 und 63 nDSG sind nur auf private Personen anwendbar. Der Geheimnisschutz der Personendaten wird mit der Revision des Gesetzes erweitert und umfasst neu sämtliche Personendaten und nicht mehr nur die besonders schützenswerten. Relevant bleibt aber, dass es sich um geheime Daten handelt, also Daten, die nicht allgemein bekannt sind und bezüglich derer die betroffene Person auch einen Geheimhaltungswillen hat und an denen ein schutzwürdiges Interesse besteht. Analog zum Amtsgeheimnis von Art. 320 StGB und zum Berufsgeheimnis von Art. 321 StGB ist die Strafbarkeit auch auf Hilfspersonen und die Ausbildungszeit ausgedehnt und bleibt auch nach Beendigung der Berufsausübung bestehen. Mit diesem Artikel werden Lücken, die bis anhin bestanden, geschlossen – so dass die Schweigepflicht nun auch auf Personen ausgedehnt wird, die nicht bereits Art. 320 StGB oder Art. 321 StGB unterstehen<sup>39</sup>.

Die Schweigepflicht der Sozialversicherungen ist bereits in Art. 33 ATSG geregelt; die Anwendbarkeit des ATSG wiederum ist bei den Sozialversicherungen in deren Spezialgesetz in Art. 1 geregelt, so beispielsweise in Art. 1 UVG, IVG, MVG und AHVG. Eine eigene Strafbestimmung mit Strafrahmen ist aber nicht im ATSG zu finden, vielmehr bedeutet dies, dass die Sozialversicherungen beziehungsweise deren Mitarbeitende direkt dem Amtsgeheimnis von Art. 320 StGB unterstehen.

Dem Amtsgeheimnis unterstehen Personen gemäss Art. 110 Abs. 3 StGB, die eine amtliche Funktion innehaben; der Begriff ist grundsätzlich weit zu fassen und nicht vom konkreten Anstellungsverhältnis abhängig. Ent-

---

<sup>39</sup> BBI 2017 7102.

scheidender ist die Wahrnehmung einer öffentlichen Funktion im Dienst der Öffentlichkeit<sup>40/41/42/43</sup>.

Die Verletzung von Art. 62 nDSG hat folglich für die Sozialversicherungen keine oder nur geringe Relevanz, da der Strafrahmen von Art. 320 StGB grösser ist und es sich um ein Officialdelikt handelt.

### **3. Fazit**

Die Revision des Datenschutzgesetzes bringt zwar einige Neuerungen mit sich, insbesondere bezüglich weitergehender Transparenzvorgaben, verstärkter Risikoabschätzung und grundsätzlich höherer Bussen. Es müssen zudem gewisse administrative Aufgaben ein Datenverarbeitungsverzeichnis oder auch Risikoabschätzungen vorgenommen werden. Bundesorgane brauchen neu zwingend eine/n Datenschutzberater/in. Insgesamt aber ist die Revision keine Revolution, sondern eher eine Evolution mit kleineren Anpassungen, wohl auch wegen des Drucks, DSGVO-kompatibel zu sein.

---

<sup>40</sup> MAUSBACH/STRAUB, Art. 110 StGB N 6 ff.

<sup>41</sup> BGE 142 IV 68.

<sup>42</sup> BGer 2A.78/2001 vom 18.7.2001.

<sup>43</sup> KIESER, S. 2071.

Das JaSo 2022 überzeugt mit Praxisbezogenheit und Aktualität. Wie gewohnt finden sich im ersten Teil Entwicklungen in der Gesetzgebung. Hier sind vor allem die per 1. Januar 2022 in Kraft getretenen Änderungen durch die Weiterentwicklung der IV sowie die Tonaufnahmen bei Gutachten zentral. Im zweiten Teil folgt die systematische Darstellung der Rechtsprechung des Bundesgerichts von Juli 2020 bis Juli 2021.

Den dritten Teil des Buches bilden Aufsätze, die sich mit zahlreichen grundlegenden Fragen des Sozialversicherungsrechts und angrenzender Gebiete befassen: dem Anrechnungsprinzip in der beruflichen Vorsorge, den Auswirkungen der Revision des DSG auf das Sozialversicherungsrecht, der Pension Fund Governance und dem Untersuchungsgrundsatz sowie dem höchst aktuellen Thema Long Covid.

