

Angaben zur Stellungnahme

Thematik:

Totalrevision des Datenschutzgesetzes (KDSG). Vernehmlassungsverfahren

Teilnehmerangaben:

SOCIALBERN
Verband sozialer Institutionen Kanton Bern
Freiburgstrasse 255
3018 Bern

Kontaktangaben:

Direktion für Inneres und Justiz
Münstergasse 2
Postfach
3000 Bern 8

E-Mail-Adresse: info.ra.dij@be.ch
Telefon: +41 31 633 76 78

Teilnehmeridentifikation:

105141

Totalrevision des Datenschutzgesetzes (KDSG). Vernehmlassungsverfahren

Auszug der Stellungnahme vom 20. September 2023

Bereich	Kapitel	Antrag / Bemerkung	Begründung
Allgemeine Bemerkungen	Allgemeine Bemerkungen	<p>1. SOCIALBERN als Verband für stationäre, teilstationäre und ambulante Institutionen und Sozialfirmen im Kanton Bern vertritt die Interessen von über 220 Mitgliedinstitutionen, die insgesamt rund 10'000 Kinder, Jugendliche und Erwachsene mit besonderem Unterstützungsbedarf betreuen, begleiten, bilden und beraten.</p> <p>Diese Institutionen sind praktisch ausnahmslos privatrechtlich organisiert (überwiegend als Vereine und Stiftungen) und somit "Private", die - in der Regel gestützt auf eine Leistungsvereinbarung - im Auftrag des Kantons öffentliche Versorgungsleistungen erbringen. Insoweit gelten sie trotz ihrer Privatrechtsform als "Behörden" (Art. 2 Abs. 1 lit. h Ziffer 2 nKDSG) und sind somit dem kantonalen Datenschutzrecht unterstellt. Zugleich erbringen manche Mitgliedinstitutionen z. T. auch Versorgungsleistungen ausserhalb einer Leistungsvereinbarung mit dem Kanton, weshalb auf entsprechende Tätigkeiten das Bundesdatenschutzrecht zur Anwendung kommt. Diese bisweilen unterschiedliche Unterstellung führt in der alltäglichen Handhabung zu Unklarheiten und Schwierigkeiten, insbesondere falls das kantonale und das Bundesrecht voneinander abweichen.</p> <p>Charakterisch für die Mitgliedinstitutionen von SOCIALBERN ist zudem das regelmässige Vorhandensein von vielen "besonders schützenswerten Personendaten", die für die Ausübung begleitender, betreuender und beratender Tätigkeiten unerlässlich sind. Diesen Begriff auf kantonaler Ebene anders zu definieren als auf Bundesebene, schafft offensichtlich Unklarheiten und Unsicherheiten, zugleich aber keinerlei Mehrwert.</p> <p>Aus der Perspektive dieser besonderen Stellung und Situation ihrer Mitgliedinstitutionen befürwortet SOCIALBERN generell eine möglichst weitgehende Angleichung des revidierten KDSG an das neue DSGVO des Bundes, wie sie aus etlichen Bestimmungen denn auch ersichtlich ist.</p> <p>Abzulehnen sind insbesondere abweichende Definition zahlreicher Begriffe. Dies gilt namentlich für den Katalog in Art. 2 nKDSG. Jede unterschiedliche Definition gegenüber dem nDSG des Bundes erschwert ohne Notwendigkeit eine kohärente und praktikable Wahrnehmung des Datenschutzes im Alltag und bewirkt keinen ersichtlichen Vorteil.</p> <p>2. Unterliegen unsere Mitgliedinstitutionen als "Private" dem KDSG, soweit sie öffentlich-rechtliche Aufgaben erfüllen, werden sie auf diese Weise pauschal einer Ordnung unterstellt, die auf Verwaltungseinheiten zugeschnitten, für betreuende Institutionen aber nur beschränkt handhabbar ist. Die besondere Stellung der im sozialen Bereich verbreitet tätigen "Privaten" sollte deshalb generell überprüft, differenzierter geregelt bzw. klarer dargestellt (insbesondere hinsichtlich des Geltungsbereichs). Diese Optimierung kann teilweise auch in ausführenden Verordnungsbestimmungen erfolgen und bisweilen mag eine klärende Passage im Vortrag genügen.</p> <p>Gleiches gilt auch für mit dem KDSG in engem Zusammenhang stehende und nun mitrevidierte Erlasse (wie das Personendatensammlungsgesetz, das Informationsgesetz und das Gesetz über die Archivierung), welchen die "Privaten" ebenfalls tel quel unterstehen.</p>	

Totalrevision des Datenschutzgesetzes (KDSG). Vernehmlassungsverfahren
Auszug der Stellungnahme vom 20. September 2023

Bereich	Kapitel	Antrag / Bemerkung	Begründung
Totalrevision des kantonalen Datenschutzgesetzes (KDSG)	Art. 2 Abs. 1 Bst. b	Identische Definition "besonders schützenswerter Personendaten", übereinstimmend mit Art. 5 lit. c nDSG	Vgl. allgemeine Bemerkungen. - Der Sinn bzw. Mehrwert abweichender Umschreibungen desselben Begriffs im kantonalen Recht ist nicht ersichtlich. Unterschiedliche Definitionen führen naturgemäss zu Schwierigkeiten und Unsicherheiten in der Anwendung. Dies gilt umso mehr, falls die Umschreibung im kantonalen Gesetz abschliessender Natur sein soll (so S. 14 des Vortrags).
Totalrevision des kantonalen Datenschutzgesetzes (KDSG)	Art. 2 Abs. 1 Bst. h Ziff. 2	Anpassung von Ziffer 2: Private, soweit sie ausschliesslich öffentlich-rechtliche Aufgaben des Kantons erfüllen,	Vgl. allgemeine Bemerkungen. - Dem kantonalen Datenschutzrecht sollten nur Private als Leistungserbringende unterstellt werden, die ausschliesslich öffentlich-rechtliche Aufgaben des Kantons erfüllen. Damit würde eine rechtlich klare Situation geschaffen und sichergestellt, dass Leistungserbringende nicht zugleich dem kantonalen und dem Bundesdatenschutzrecht unterliegen, falls sie parallel auch Tätigkeiten ausserhalb der Erfüllung kantonaler Aufgaben wahrnehmen. Eine gleichzeitige Doppelunterstellung ist mit grossen Schwierigkeiten und Unklarheiten verbunden und sie lässt sich praktisch nicht handhaben, weil die einen und anderen Tätigkeiten in aller Regel innerhalb derselben Infrastruktur durch dieselben Personen zu Gunsten eines sich häufig überlappenden Kreises von Klient/innen erfolgen.
Totalrevision des kantonalen Datenschutzgesetzes (KDSG)	Art. 3 Abs. 2 Bst. a	Klärung des Passus' "Eine Behörde steht mit privaten Personen im wirtschaftlichen Wettbewerb ..."	Der erwähnte Passus ist bezogen auf die Situation mancher Mitgliedinstitutionen von SOCIALBERN unklar. Sind sie aufgrund einer Leistungsvereinbarung mit dem Kanton Bern mit der Erbringung öffentlich-rechtlicher Leistungen beauftragt (und somit "Behörde"), zugleich aber auch ausserhalb dieser Leistungsvereinbarung tätig, lässt sich der Anwendungsbereich des Begriffs "Behörde" nicht eindeutig eingrenzen bzw. die Frage nicht klar beantworten, ob und inwiefern sie diesfalls auch als Private im rechtlichen Sinn mit anderen privaten Wettbewerbern (welche ihrerseits zum Teil auch als "Behörden" agieren können) konkurrenzieren und dabei nicht dem KDSG unterstehen.

Totalrevision des Datenschutzgesetzes (KDSG). Vernehmlassungsverfahren
Auszug der Stellungnahme vom 20. September 2023

Bereich	Kapitel	Antrag / Bemerkung	Begründung
Totalrevision des kantonalen Datenschutzgesetzes (KDSG)	Art. 20 Vorabkontrolle	Art. 20 ersatzlos streichen. Eventualantrag: Ergänzung «... wiederkehrende Bearbeitungen von besonders schützenswerten Personendaten ...»	Art. 20 KDSG-E erweitert den Umfang der bundesrechtlichen Pflichten des für die Datenbearbeitung Verantwortlichen, gegebenenfalls eine Datenschutz-Folgeabschätzung vorzunehmen bzw. unter bestimmten Voraussetzungen den EDÖB zu konsultieren (Art. 22 f. nDSG), indem eine zusätzliche Verpflichtung geschaffen wird, welche das Bundesrecht in dieser Form nicht vorsieht. Es besteht auf kantonaler Ebene kein über die Bundesregelung hinausgehendes Bedürfnis für eine Vorabkontrolle durch die Datenschutzbehörde, wenn die eigenverantwortlich vorgenommene Beurteilung des Verantwortlichen ergibt, dass mit den ergriffenen Massnahmen das Bearbeitungsrisiko in einem vertretbaren Rahmen gehalten werden kann. Diesfalls besteht kein begründeter Bedarf für eine präventive Tätigkeit der Datenschutzbehörde. Das Bundesrecht verlangt eine Datenschutz-Folgeabschätzung «bei einem hohen Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person» (Art. 22 Abs. 1 nDSG), welches sich bei der Bearbeitung durch Private grundsätzlich auf besonders schützenswerte Personendaten beschränkt (darauf lässt Art. 22 Abs. 2 lit. a nDSG schliessen). Zum Vortrag: Sofern Art. 20 nicht ohnehin ersatzlos gestrichen wird, sollte im Vortrag verdeutlicht werden, dass sich die für eine Vorabkontrolle relevante Grenze auf die Bearbeitung unbeschränkt vieler besonders schützenswerter Daten von mindestens 1000 Personen bezieht.
Totalrevision des kantonalen Datenschutzgesetzes (KDSG)	Art. 51 Abs. 1	Klärung der Verfügungskompetenz von "Privaten"	"Private" Leistungserbringer verfügen, anders als Verwaltungsbehörden, nicht über eine allgemeine Verfügungskompetenz und häufig kommt ihnen eine solche auch nicht aufgrund einer hinreichend klaren Grundlage in einem formellen Gesetz zu. In Bezug auf sie ist die Tragweite von Art. 51 deshalb unklar.
Vortrag	Art. 2 Abs. 1 Bst. h	Bst. h Ziffer 2: Begriff "Behörde" in Bezug auf Private ausführlicher bzw. differenzierter erläutern.	Die gesamte KDSG-Vorlage ist offensichtlich in erster Linie auf die in Bst. h Ziffer 1 genannten Organe und Verwaltungseinheiten ausgerichtet, welche öffentliche Aufgaben unmittelbar wahrnehmen und dabei hoheitlich handeln. Die blossе Aussage zu Ziffer 2 "Private Träger öffentlicher Aufgaben sind jedoch nur erfasst, soweit sie ihnen übertragenen Aufgaben erfüllen" genügt nicht, um die besondere Stellung und die Befugnisse Privater hinreichend zu klären. Unklar bleibt, ob "Private" in jeder Hinsicht wie die in Ziffer 1 Genannten zu behandeln sind, soweit sie in Erfüllung einer ihnen übertragenen öffentlichen Aufgabe handeln. Dies zeigt sich z. B. in Art. 51, wonach die verantwortlichen Behörden in verschiedenen Situationen Verfügungen erlassen. "Privaten" gemäss Ziffer 2 wird häufig aber keine Kompetenz eingeräumt, Verfügungen zu erlassen.
Vortrag	Art. 13 Beschaffen	Ergänzen mit einer Aussage, wonach der Vorrang der Datenbeschaffung bei der betroffenen Person zu relativieren ist in Fällen, in welchen die betroffene Person (aus gesundheitlichen bzw. behinderungsbedingten Gründen) selber nicht in der Lage ist, ihre Personendaten zur Verfügung zu stellen und diese stattdessen z. B. bei Familienangehörigen bzw. der gesetzlichen Vertretung beschafft werden müssen.	vgl. Antrag

Totalrevision des Datenschutzgesetzes (KDSG). Vernehmlassungsverfahren
Auszug der Stellungnahme vom 20. September 2023

Bereich	Kapitel	Antrag / Bemerkung	Begründung
Vortrag	Art. 16 Abs. 1	Ergänzen mit einer Aussage, wonach "benötigt" auch die allfällige Verwendung während noch laufender Verjährungsfristen umfasst.	Die Vielfalt vieler und bisweilen sehr langer Verjährungsfristen (z. B. 20 Jahre gemäss Art. 128a OR) führt zum Bedürfnis, jedenfalls einen Teil von Personendaten aus einem früheren Rechtsverhältnis (z. B. Arbeits- oder Betreuungsvertrag) langfristig aufzubewahren, um zwecks Abwehr von Ansprüchen und Forderungen über eine Dokumentation zu verfügen, bis die Verjährungsfrist abgelaufen ist. Allenfalls ist mit einer Aussage im Vortrag diesbezüglich das Verhältnis von Abs. 1 gegenüber Abs. 3 lit. a (Beweiszwecke) zu klären.
Vortrag	Art. 51 Anfechtungsobjekt	Aussagen zum Rechtsmittelweg gegen Verfügungen von "Privaten"	Soweit "Private" überhaupt verfügungskompetent sind, ist für Rechtsanwendende nicht ohne weiteres erkennbar, bei welcher Instanz ihre Verfügungen anfechtbar sind.