

Prof. Dr. Rainer J. Schweizer / Dr. Alexander M. Glutz von Blotzheim

## **Wie die Empfehlungen des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten gegenüber privaten Datenbearbeitern umgesetzt werden**

---

Mit den enorm wachsenden, ubiquitären Angeboten der Internetkommunikation und der Mobiltelefonie werden die Möglichkeiten der Verletzung der Persönlichkeit von betroffenen Drittpersonen immer vielfältiger. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte muss in immer grösserer Masse gegenüber privaten Bearbeitern und privaten betroffenen Personen wichtige rechtliche Beratungsaufgaben sowie bei Bearbeitungen, die eine grössere Anzahl von Personen in ihrer Persönlichkeit gefährden oder verletzen, besondere Untersuchungspflichten wahrnehmen. Die daraus resultierenden Empfehlungen sind von allgemeinem, öffentlichem Interesse und sollen, wenn die beanstandeten Rechtsverletzungen von den Verantwortlichen nicht behoben werden, gerichtlich auch durchgesetzt werden. Nachfolgend werden die wesentlichen Aspekte dieser praktisch immer wichtigeren Verfahren vorgestellt.

---

Rechtsgebiet(e): Beiträge; Verwaltungsverfahren; Datenschutz

Zitiervorschlag: Rainer J. Schweizer / Alexander M. Glutz von Blotzheim, Wie die Empfehlungen des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten gegenüber privaten Datenbearbeitern umgesetzt werden, in: Jusletter 21. Februar 2011

## Inhaltsübersicht

1. Befugnisse des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB)
    - a) Abklärung
    - b) Empfehlung
    - c) «Klage» beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer)
    - d) Information der Öffentlichkeit, Einreichen einer Strafanzeige
  2. Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer) und Weiterzug an das Bundesgericht (BGer)
- Literaturverzeichnis

## 1. Befugnisse des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB)

[Rz 1] Der EDÖB erfüllt seine Beratungs- und Überprüfungsaufgaben unabhängig (Art. 26 Abs. 2 DSG). Dabei unterscheiden sich seine Kompetenzen bezüglich des öffentlichen bzw. privaten Bereichs. Dies zeigt sich bereits in den entsprechenden Überschriften der Art. 27 DSG und Art. 29 DSG. Während der Art. 27 DSG für den öffentlichen Bereich von «Aufsicht über Bundesorgane» spricht, beschränkt sich das Tätigkeitsfeld des EDÖB neben der «Beratung Privater» (Art. 28 DSG) gemäss Überschrift von Art. 29 DSG auf «Abklärungen und Empfehlungen im Privatbereich»<sup>1</sup>. Gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. a DSG klärt der Beauftragte von sich aus oder auf Meldung Dritter hin den Sachverhalt näher ab, wenn Bearbeitungsmethoden geeignet sind, die Persönlichkeit einer grösseren Anzahl von Personen zu verletzen (*Systemfehler*)<sup>2</sup>. Des weiteren klärt er den Sachverhalt ab, wenn Datensammlungen gemäss Art. 11a DSG registriert werden müssen (lit. b) sowie wenn eine Informationspflicht nach Art. 6 Abs. 3 DSG besteht (lit. c). Die Kontrollbefugnis im Privatbereich geht zwar weniger weit als jene im öffentlichen Bereich<sup>3</sup>, im privaten Bereich sind die Befugnisse des EDÖB aber dann in all seinen Tätigkeitsgebieten die gleichen.<sup>4</sup>

### a) Abklärung

[Rz 2] «Der Beauftragte klärt von sich aus oder auf Meldung Dritter hin den Sachverhalt näher ab [...]» (Art. 29 Abs. 1 DSG). Dabei kann er «[...] Akten herausverlangen, Auskünfte einholen und sich Datenbearbeitungen vorführen lassen» (Art. 29 Abs. 2 erster Satz DSG).

[Rz 3] Der Bundesrat führte in der Botschaft zum DSG aus, dass den Datenbearbeiter bei Abklärungen des EDÖB eine «ähnliche Mitwirkungspflicht» treffe, wie sie in Art. 13 VwVG vorgesehen sei.<sup>5</sup> Eine Mitwirkungspflicht ergibt sich

jedenfalls daraus, dass die Verweigerung der Mitwirkung nach Art. 34 Abs. 2 lit. b DSG unter Strafe steht.<sup>6</sup> Freilich kann die Mitwirkung durch den Datenbearbeiter verweigert werden, wenn die Gefahr besteht, dass er sich strafrechtlicher Verfolgung aussetzt.<sup>7</sup> Auch allfällige Berufsgeheimnisse bleiben vorbehalten, solange die Person, in deren Interesse der Beauftragte ermittelt, den Geheimnisträger von seiner Pflicht nicht entbindet.<sup>8</sup>

### b) Empfehlung

[Rz 4] Wird im Rahmen der Abklärungen ein datenschutzrechtlicher Handlungsbedarf festgestellt, so empfiehlt der EDÖB gemäss Art. 29 Abs. 3 DSG eine Änderung oder die Unterlassung einer bestimmten Datenbearbeitung.<sup>9</sup>

[Rz 5] Diese Empfehlung ist zwar der förmliche Abschluss des Verfahrens, aber als blosse «Empfehlung» *keine rechtsverbindliche Verfügung*<sup>10</sup>. Dennoch entfaltet die Empfehlung des EDÖB indirekt Wirkungen, schon allein durch die Autorität der sie äussernden öffentlichen Behörde<sup>11</sup> und weil die Feststellung rechtswidriger Datenbearbeitungen straf- und haftpflichtrechtliche Wirkungen nach sich ziehen kann.<sup>12</sup>

[Rz 6] Selbstverständlich wird dem Datenbearbeiter vom EDÖB vor Erlass einer Empfehlung das rechtliche Gehör eingeräumt.<sup>13</sup> Sodann wird dem Datenbearbeiter nach Erlass der Empfehlung eine Frist angesetzt, in der er mitteilen soll, ob er die Empfehlung annimmt oder ablehnt.<sup>14</sup>

### c) «Klage» beim Bundesverwaltungsgericht (BVGer)

[Rz 7] Wird eine solche Empfehlung des Beauftragten nicht befolgt oder wird sie völlig oder in Teilen abgelehnt, so kann der EDÖB die Angelegenheit ganz oder teilweise erstinstanzlich dem Bundesverwaltungsgericht «zum Entscheid vorlegen».<sup>15</sup> Das ist eine «Klage» in Anführungszeichen, da es sich, trotz der nun in Art. 35 VGG explizit verwendeten Bezeichnung als Klage, lediglich um eine «klageähnliche»<sup>16</sup> Vorlage an das er-

Art. 29 N 2.

<sup>6</sup> HUBER, BasK-DSG, Art. 29 N 20, ROSENTHAL, Art. 29 N 2.

<sup>7</sup> Botschaft DSG (BBI 1988 II 413), S. 480.

<sup>8</sup> Botschaft DSG (BBI 1988 II 413), S. 480; HUBER, BasK-DSG, Art. 29 N 24.

<sup>9</sup> SAUTER, S. 109, ROSENTHAL, Art. 29 N 19 ff.

<sup>10</sup> Botschaft DSG (BBI 1988 II 413), S. 480; STEINAUER, ZBI 2007, S. 355, ROSENTHAL, Art. 29 N 2.

<sup>11</sup> MEIER, S. 617 N 1919.

<sup>12</sup> Botschaft DSG (BBI 1988 II 413), S. 480; HUBER, BasK-DSG, Art. 29 N 26 und N 30.

<sup>13</sup> HUBER, BasK-DSG, Art. 29 N 29, ROSENTHAL, Art. 29 N 2 und N 30.

<sup>14</sup> Botschaft DSG (BBI 1988 II 413), S. 480.

<sup>15</sup> Art. 29 Abs. 4 erster Satz DSG, Art. 35 lit. b VGG; BVGE A-3908/2008 E. 1.; MOSER/BEUSCH/ KNEUBÜHLER, S. 236, ROSENTHAL, Art. 29 N 36 ff.

<sup>16</sup> SCHWEIZER, S. 101.

<sup>1</sup> HUBER, BasK-DSG, Art. 29 N 1; MEIER, S. 610 ff. N 1894 ff.

<sup>2</sup> Zum Begriff des «Systemfehlers»: Urteil EDSK VPB 69.105 E.3.2; BVGE 2009/44 E. 1.2.1.

<sup>3</sup> HUBER, BasK-DSG, Art. 29 N 5, RUDIN, S. 379 f., SAUTER, S. 109.

<sup>4</sup> DESCHENAUX/STEINAUER, S. 286.

<sup>5</sup> Botschaft DSG (BBI 1988 II 413), S. 480; SAUTER, S. 164, a.M. ROSENTHAL,

stinstanzlich verfügende Bundesverwaltungsgericht handelt. Dabei kann der Beauftragte, wenn den betroffenen Personen ein nicht leicht wieder gutzumachender Nachteil droht, beim Bundesverwaltungsgericht vorsorgliche Massnahmen beantragen (Art. 33 Abs. 2 DSG).<sup>17</sup> Passivlegitimiert ist nach Art. 29 Abs. 4 DSG nur, wer Adressat der weitergezogenen Empfehlung nach Art. 29 Abs. 3 DSG ist.<sup>18</sup>

#### d) Information der Öffentlichkeit, Einreichen einer Strafanzeige

[Rz 8] Daneben kann der EDÖB in Fällen von allgemeinem Interesse die Öffentlichkeit über seine Feststellungen und Empfehlungen informieren (Art. 30 Abs. 2 DSG)<sup>19</sup>. Diese Möglichkeit erzeugt indirekt einen gewissen Druck, da die betroffenen Privaten so auf eine datenschutzrechtliche Beurteilung des persönlichkeitsverletzenden Verhaltens des Datenbearbeiters hingewiesen werden, wogegen sie sich mit den Mitteln des Zivilrechtes zur Wehr setzen können.<sup>20</sup>

[Rz 9] Schliesslich steht dem EDÖB auch die Möglichkeit offen, wenn er im Rahmen seiner Abklärungen auf strafbare Handlungen bei der Datenbearbeitung aufmerksam wird, diese den Strafverfolgungsbehörden anzuzeigen.<sup>21</sup>

## 2. Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts (BVGer) und Weiterzug an das Bundesgericht (BGer)

[Rz 10] Wie erwähnt, kann der EDÖB, wenn ein Datenbearbeiter seiner Empfehlung nicht nachkommt oder erklärt, sie nicht befolgen zu wollen, die Sache dem Bundesverwaltungsgericht (BVGer) mittels «Klage»<sup>22</sup> «zum Entscheid vorlegen»<sup>23, 24</sup>. Das Bundesverwaltungsgericht als Nachfolgebehörde der Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitskommission (EDÖK) bzw. der früheren Eidgenössischen Datenschutzkommission (EDSK), nimmt in diesem Fall eine *Zwischenstellung zwischen Beschwerde- und Schiedsinstanz* ein.<sup>25</sup> Das Bundesverwaltungsgericht ist nicht Beschwer-

deinstanz, weil die Empfehlungen des EDÖB – im Gegensatz zu Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG – nicht bindend sind, also keine materiell-rechtliche Beschwer vorliegt. Von einer Schiedsinstanz unterscheidet das Bundesverwaltungsgericht aber seine Rolle als erstinstanzlich entscheidende bzw. nun nach Art. 5 VwVG verfügende *Datenschutzaufsichtsbehörde*.<sup>26</sup> Als solche ist sie *nicht eine uninteressierte blosse Schiedsinstanz*, sondern vertritt das *öffentliche Interesse* an einem wirksamen Datenschutz.<sup>27</sup> Für die Zuordnung dieser *Aufsichtsfunktion* zu einer gerichtlichen Institution ist der Grund vor allem darin zu sehen, dass für die aus grundrechtlicher Perspektive äusserst sensible *Datenschutzaufsicht* die *Unabhängigkeit* von der Verwaltung sichergestellt wird. Eine (funktional echte) *gerichtliche Überprüfung* findet erst nach einem Weiterzug des Entscheides des Bundesverwaltungsgerichts vor Bundesgericht statt. Die Stellung des Bundesverwaltungsgerichts ähnelt somit in etwa derjenigen der Wettbewerbskommission (WEKO) im verwaltungsrechtlichen Verfahren<sup>28</sup>, nur dass nicht eine behördeninterne Stelle (wie das Sekretariat der WEKO<sup>29</sup>), sondern eine institutionell unabhängige Behörde, der EDÖB, die Untersuchung leitet.<sup>30</sup> Die Sonderstellung, welche das Bundesverwaltungsgericht

---

festgelegt: «Die Eidgenössische Datenschutzkommission ist eine Schieds- und Rekurskommission im Sinne von Artikel 71a–c des Verwaltungsverfahrensgesetzes. [...]».

<sup>26</sup> Die Botschaft DSG weist deutlich auf die Funktion des Gerichts als erstinstanzlich entscheidende Behörde hin: «Wird eine Angelegenheit der Datenschutzkommission vorgelegt, so prüft sie die umstrittenen Frage neu und erlässt eine Verfügung» (Botschaft DSG, BBl 1988 II 413, S. 481). In diesem Sinne auch VPB 64.74 E. 3 und VPB 64.42 E. 2c.

<sup>27</sup> Eine Partei, welche die Funktion des Bundesverwaltungsgerichts als unabhängige Datenschutzaufsichtsbehörde verkennt, wird allenfalls dessen im öffentlichen Interesse an einem wirksamen Datenschutz gefällte Entscheide als einseitig und voreingenommen kritisieren.

<sup>28</sup> Art. 18 KG.

<sup>29</sup> Art. 23 KG; zur Stellung des Sekretariats der WEKO siehe auch die Botschaft KG (BBl 1995 I 486), S. 470, S. 597 sowie S. 599 ff.

<sup>30</sup> Die verfahrensrechtliche Parallelität ist wohl auf die materiell-rechtliche Verwandtschaft des Datenschutz- und des Wettbewerbsrechts zurückzuführen. Beide Gebiete betreffen die staatliche Aufsichtstätigkeit im privaten Bereich. In beiden Gebieten werden Institutionen der *Freiheit*, nämlich der *freie Wettbewerb* sowie die *informationelle Selbstbestimmung*, durch staatliche Behörden unterstützt bzw. verteidigt. Auch die rechtlich-historischen Wurzeln der beiden Gebiete gleichen sich: Beide haben sich erst allmählich über die grundrechtliche Drittwirkung aus dem privatrechtlichen Persönlichkeitsschutz herausentwickelt. Für das Wettbewerbsrecht belegt dies der bekannte Vertglas-Entscheid des Bundesgerichts (BGE 86 II 365, insbesondere E. 4 sowie dort zitierte BGE und Literatur). Zur allmählichen Entwicklung eines verwaltungsrechtlichen Verfahrens im Bereich des Kartellrechts siehe HOFFET, S. 191 ff. Auch im Bereich des Kartellrechts, wurde diskutiert die erstinstanzliche Verfügungskompetenz – wie dies heute im Datenschutzrecht der Fall ist – bei einer von der Untersuchungsbehörde unabhängigen gerichtlichen Instanz anzusiedeln (S. 205). HOFFET kritisiert die nun heute geltende Regelung u.a. wegen der fehlenden Unabhängigkeit der WEKO vom Sekretariat der WEKO bzw. die ungenügende Trennung von Instruktions- und Entscheidungsverfahren trotz Sanktionsbefugnissen der WEKO (S. 206 ff.).

---

<sup>17</sup> STEINAUER, ZBl 2007, S. 356.

<sup>18</sup> VPB 69.106 E. 4.3.

<sup>19</sup> MEIER, S. 617 N 1921.

<sup>20</sup> Siehe auch die Einschätzung von ROSENTHAL, Art. 29 N 26, welcher der Veröffentlichung einer Empfehlung «erhebliche öffentliche Wirkung» zuschreibt.

<sup>21</sup> ROSENTHAL, Art. 29 N 3, HUBER, BasK-DSG, Art. 29 N 43.

<sup>22</sup> Missverständlich so nun Art. 35 VGG. Besser, weil näher am Wortlaut des DSG, würde man von einer «Vorlage» sprechen.

<sup>23</sup> Art. 29 Abs. 4 erster Satz DSG.

<sup>24</sup> Art. 29 Abs. 4 erster Satz DSG i.V.m. Art. 35 lit. b VGG; BVGE A-3908/2008 E. 1.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, S. 236, ROSENTHAL, Art. 29 N 36 ff., UEBERSAX, S. 1232.

<sup>25</sup> Der aufgehobene Art. 33 Abs. 1 aDSG zur Eidgenössischen Datenschutzkommission hat sich denn auch nicht auf eine der beiden Funktionen

als Datenschutzgericht einnimmt, schlägt sich auch im anwendbaren Verfahren nieder.

[Rz 11] Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich, soweit das VVG nichts anderes bestimmt, grundsätzlich nach dem VwVG (Art. 37 VGG). Eine solche abweichende Regelung sieht Art. 44 Abs. 1 VGG vor, wenn das Bundesverwaltungsgericht als erste Instanz entscheidet, und verweist auf die Art. 3–73 BZP und 79–85 BZP. Der Verweis auf den Bundeszivilprozess, speziell Art. 3 Abs. 2 BZP, der die *Dispositionsmaxime* für anwendbar erklärt<sup>31</sup>, widerspricht dem zwingenden, nichtdispositiven Charakter des DSG, welches gemäss Art. 29 DSG im *öffentlichen Interesse* durchgesetzt werden soll. Es findet sich in den Materialien zur Totalrevision der Bundesrechtspflege<sup>32</sup> auch kein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber bei der Integration der Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitskommission (EDÖK) in das Bundesverwaltungsgericht eine Rechtsänderung herbeiführen wollte, weshalb der Verweis auf die Art. 3–73 BZP im verwaltungsrechtlichen Datenschutzrecht wohl auf ein Versehen des Gesetzgebers zurückzuführen ist. Es gilt daher, trotz des vermutlich versehentlichen Verweises in Art. 44 Abs. 1 VGG auf den Art. 3 Abs. 2 BZP, vor Bundesverwaltungsgericht im Bereich der Datenschutzaufsicht *nicht* etwa die *Dispositionsmaxime*. Bezüglich der Sachverhaltsabklärung sieht Art. 44 Abs. 2 VGG schon spezialgesetzlich vor, dass diese von Amtes wegen durchzuführen ist. Doch auch bezüglich der Rechtsbegehren muss sich das Bundesverwaltungsgericht gegen den Wortlaut von Art. 44 Abs. 1 VGG im Sinne einer *teleologischen Reduktion* aufgrund seiner Aufgabe als erstinstanzliche richterliche Datenschutzaufsichtsbehörde an der verfahrensrechtlichen Praxis der Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitskommission (EDÖK) bzw. der Eidgenössischen Datenschutzkommission (EDSK) orientieren und die im öffentlichen Verfahrensrecht massgebliche *Offizialmaxime* verfolgen.<sup>33</sup>

[Rz 12] Welche *prozessuale Maxime* gilt, richtet sich nach dem zu beurteilenden *materiellen Recht*, da – worauf bereits GULDENER hinweist – sonst eigentlich zwingendes materielles Recht von den Parteien über den prozessualen Weg unter

Zuhilfenahme der *Dispositionsmaxime* gleichsam in dispositives Recht gewandelt werden könnte.<sup>34,35</sup>

[Rz 13] Im Gegensatz zum privatrechtlichen Datenschutz kann im verwaltungsrechtlichen Verfahren nicht jeweils durch die betroffenen Personen im Einzelfall über ihre Rechte disponiert werden. Niemand kann z.B. in einen Systemfehler einwilligen und diesen dadurch gleichsam als Streitgegenstand verschwinden lassen. Entweder liegt ein Systemfehler vor, welcher im öffentlichen Interesse korrigiert werden muss, oder eben nicht. Für das Klageverfahren gemäss Art. 35 lit. b VGG i.V.m. Art. 29 DSG muss jedenfalls – mit der einzigen Einschränkung, dass es der «Klage» zur Auslösung des Verfahrens vor Verwaltungsgericht bedarf – die *Offizialmaxime* gelten.<sup>36</sup>

[Rz 14] Die Empfehlung des EDÖB bzw. seine Anträge sind für das Bundesverwaltungsgericht sowenig verbindlich, wie für den von der Empfehlung erfassten Bearbeiter von Personendaten, solange er sie nicht akzeptiert hat. Die Kognition des Bundesverwaltungsgerichts wird – wie schon jene der EDÖK – durch keine gesetzlichen Bestimmungen eingeschränkt, weshalb es mit *voller Kognition* entscheidet.<sup>37</sup> Gemäss Botschaft DSG *prüft* das Gericht «[...] die umstrittene Frage neu und erlässt eine Verfügung», womit klar zum Ausdruck kommt, dass dem Gericht die gleichen von Parteibehörden völlig uneingeschränkten Entscheidbefugnisse, wie sie auch der EDÖB hat, zukommen.<sup>38</sup> Bei der Überprüfung

<sup>31</sup> MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, S. 239.

<sup>32</sup> Botschaft Justizreform (BBl 2001 4202), insbesondere S. 4392; auch in den Parlamentsdebatten wurde das Problem nicht behandelt. Vgl. insbesondere StenBull 2002 NR, S. 1209, StenBull 2003 SR, S. 860, StenBull 2004 NR, S. 1646, StenBull 2005 SR, S. 139.

<sup>33</sup> Bezüglich Anwendbarkeit des VwVG siehe z.B. VPB 64.67 E. 1, E. 3 sowie VPB 68.68 E. 2a. Botschaft DSG (BBl 1988 II 413, S. 480 f.). Vgl. die Regelung in den aufgehobenen Art. 33 aDSG, Art. 71a ff. VwVG sowie die Regelung in der aufgehobenen Verordnung über Organisation und Verfahren eidgenössischer Rekurs- und Schiedskommissionen vom 3. Februar 1993 (VOK, SR 173.31), wo sich jedenfalls kein Verweis auf die *Dispositionsmaxime* findet. Soweit ersichtlich wurde denn auch richtigerweise die Geltung der *Dispositionsmaxime* nie in den Entscheiden diskutiert.

<sup>34</sup> «Die *Offizialmaxime* gilt in Prozessen über Rechte und Rechtsverhältnisse, die nicht der freien Verfügung der Beteiligten unterliegen, d.h. von den Beteiligten nicht nach freiem Belieben begründet, abgeändert oder aufgehoben werden können. Es darf daher auch nicht von der Art, wie sie einen Prozess über ein solches Rechtsverhältnis führen, abhängen, inwiefern ein solches Rechtsverhältnis Rechtsschutz findet. Andernfalls hätten es die Parteien in der Hand, wenn nicht durch Vertrag, so doch auf dem Umweg über den Prozess – vermittelt einer im gegenseitigen Einverständnis festgelegten Prozesstaktik – über solche Rechtsverhältnisse frei zu verfügen.» (GULDENER, S. 170).

<sup>35</sup> Der Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts A-7040/2009 vom 23. Dezember 2009, in Sachen «Google Street View» übersieht diesen Zusammenhang zwischen formellem und materiellem Recht, wenn eingangs der E. 3.6 die Geltung einer «strengen *Dispositionsmaxime*» im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht angenommen wird, um dann ausgangs der gleichen Erwägung zum (übrigens richtigen, aber widersprüchlichen) Schluss zu kommen, dass es den Parteien «[...] angesichts der zwingenden Natur des öffentlichen Rechts im Bereich des Datenschutzes ohnehin nicht [zustehe], frei über den Streitgegenstand zu disponieren [...]».

<sup>36</sup> Diese Einschränkung der *Offizialmaxime* ist auf die Rollenverteilung bei der erstinstanzlichen Entscheidungsfindung zwischen EDÖB und BVGer zurückzuführen. Der EDÖB hat hier, wie schon gezeigt, eine mit dem Sekretariat der WEKO vergleichbare entscheidungsvorbereitende Funktion. Sowohl im Verfahren vor EDÖB als auch jenem vor BVGer gilt die *Offizialmaxime*. Während das Resultat der Abklärungen des EDÖB, die Empfehlung, noch nicht bindend ist, ergeht dann durch die gerichtliche Instanz eine verbindliche Verfügung.

<sup>37</sup> VPB 68.68 E. 2a; MEIER, S. 621 N 1934. Einschränkend BVGer Urteil A-3144/2008, E. 6.

<sup>38</sup> Botschaft DSG (BBl 1988 II 413, S. 481, Hervorhebung zugefügt).

der vom EDÖB vorgelegten Empfehlung kann das Gericht diese folglich entweder bestätigen, abändern, und dabei auch über die Empfehlung hinausgehen, bzw. diese ganz oder teilweise «aufheben» (bzw. nicht bestätigen).<sup>39</sup>

[Rz 15] Ein Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts bewirkt, dass die Empfehlung, soweit sie vom Gericht übernommen wurde, gegenüber der verfahrensbeteiligten Partei *verbindlich* wird<sup>40</sup>. Geht das Gericht über die Anträge des EDÖB hinaus, muss der durch eine allfällige Anordnung des Gerichts beschwerten Partei vorgängig zum Entscheid das rechtliche Gehör eingeräumt werden.

[Rz 16] Das Bundesverwaltungsgericht kann sodann *vorsorgliche Massnahmen* erlassen, wenn die Rechte der betroffenen Personen gefährdet sind<sup>41</sup>, und zwar nach der hier vertretenen Ansicht aufgrund der *Offizialmaxime* selbst dann, wenn solche vom EDÖB nicht beantragt worden sind.

[Rz 17] Die verbindlichen Anordnungen des Gerichts sind nach Eintritt der Rechtskraft vollstreckbar.<sup>42</sup> Lautet die Empfehlung auf Unterlassung einer bestimmten Datenbearbeitung, erfolgt die Vollstreckung durch Androhung der Ungehorsamsstrafe gemäss Art. 292 StGB (Art. 41 Abs. 1 lit. d VwVG).<sup>43</sup>

[Rz 18] Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts kann sodann von den Beteiligten mit *Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten* an das Bundesgericht weitergezogen werden.<sup>44</sup> In Fragen des grundrechtlichen Datenschutzes bzw. Persönlichkeitsschutzes soll es grundsätzlich, wie schon nach dem alten OG, keinen Ausschlussgrund geben (vgl. Art. 83 BGG).

## Literaturverzeichnis

DESCHENAUX HENRI/STEINAUER PAUL-HENRI, *Personnes physiques et tutelle*, Bern 1986.

GULDENER MAX; *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Zürich 1979.

HOFFET FRANZ; *Die schweizerische Kartellgesetzrevision von*

2003 – ein zweiter Paradigmenwechsel? in: Brinker/Scheuing/Stockmann (Hrsg.), *FS Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, München/Würzburg/Berlin, S. 191 ff.

HUBER RENÉ, in: Maurer/Vogt (Hrsg.), *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz*, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2006 (zit.: *BasK-DSG*).

MEIER PHILIPPE, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne 2011.

MOSER ANDRÉ/BEUSCH MICHAEL/KNEUBÜHLER LORENZ; *Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht*, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band X, Basel 2008.

ROSENTHAL DAVID; in: Rosenthal/Jöhri (Hrsg.), *Handkommentar zum Datenschutzgesetz*, sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich/Basel/Genf 2008.

RUDIN BEAT; *Datenschutzaufsicht – vom Kontrolleur zum Kompetenzzentrum*, in: Baeriswyl/Rudin (Hrsg.), *Perspektive Datenschutz, Praxis und Entwicklungen in Recht und Technik*, Zürich 2002, S. 373 ff.

SAUTER REGINE MARTINA; *Die institutionalisierte Kontrolle im Bundesgesetz über den Datenschutz vom 19. Juni 1992, Eine rechtsvergleichende Analyse*, (Diss. St. Gallen), Zürich 1995.

SCHWEIZER RAINER J.; *Die Aufsicht über die privaten Datenbearbeitungen und die Beschwerdemöglichkeiten privater Bearbeiter und betroffener Personen gegen Aufsichtsentscheide*, in: Schweizer (Hrsg.), *Das neue Datenschutzgesetz des Bundes*, Zürich 1993, S. 91 ff.

STEINAUER PAUL-HENRI; *La jurisprudence de la Commission fédérale de la protection des données par des personnes privées*, in: ZBI 2007, S. 354 ff.

UEBERSAX PETER; *Zur Entlastung der eidgenössischen Gerichte durch eidgenössische Schieds- und Rekurskommissionen sowie durch die Neuregelung des verwaltungsrechtlichen Klageverfahrens*, in: AJP 1994, S. 1223 ff.

---

Rainer J. Schweizer, Prof. Dr. iur., Advokat.

Alexander M. Glutz von Blotzheim, Dr. iur., Rechtsanwalt.

Die Verfasser arbeiten an einer wissenschaftlichen und gutachterlichen Untersuchung über Datenschutzfragen internationaler sozialer Netzwerke.

---

<sup>39</sup> VPB 68.68 E. 2a.

<sup>40</sup> Botschaft DSG (BBI 1988 II 413), S. 480; VPB 68.68 E. 2a, VPB 64.74; vgl. HUBER, *BasK-DSG*, Art. 29 N 37, STEINAUER, ZBI 2007, S. 355, ROSENTHAL, Art. 29 N 47.

<sup>41</sup> Art. 33 Abs. 2 DSG; vgl. Näheres bei MEIER, S. 622 ff. N 1944 ff.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-8028/2008 vom 14. Januar 2008.

<sup>42</sup> Art. 29 Abs. 4 i.V.m. Art. 39 f. VwVG, durch Verweis von Art. 70 Abs. 2 Bst. BGG (und nicht Abs. 2 Bst. b); vgl. MEIER, S. 622 N 1941; ROSENTHAL, Art. 29 N 46; VPB 64.74.

<sup>43</sup> VPB 64.74.

<sup>44</sup> Art. 82 lit. a BGG und Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG i.V.m. Art. 35 VGG und Art. 29 Abs. 4 DSG. Art. 29 Abs. 4 DSG räumt auch dem EDÖB eine Beschwerdebefugnis ans Bundesgericht ein; Botschaft Justizreform (BBI 2001 4202), S. 4323; ROSENTHAL, Art. 29 N 49, STEINAUER, ZBI 2007, S. 355 f., vgl. auch UEBERSAX, S. 1232; zum Entscheid zuständig ist die erste öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts.

\* \* \*