

Das Auskunftsrecht nach DSG – eine unkonventionelle Art der Beschaffung von Beweismitteln?



LUKAS WIGET
Dr. iur., Rechtsanwalt,
Zürich



DANIEL SCHOCH
lic. iur., LL.M., Rechtsanwalt,
Zürich

Inhaltsübersicht

1. Einführung
2. Anwendungsbereich des DSG
 - a. Grundlagen
 - b. Bisherige Lehre und Rechtsprechung
 - aa. Zum Begriff der Hängigkeit
 - bb. Zur Frage des persönlichen Umfangs der Ausnahmebestimmung
 - cc. Zum Auskunftsrecht ausserhalb des Prozesses
 - dd. Notwendigkeit einer vertieften Analyse
 - c. Ermittlung des wahren Sinns der Norm mit Hilfe der Auslegungselemente
 - aa. Wortlaut
 - bb. Systematisches Auslegungselement
 - cc. Historisches Auslegungselement
 - dd. Teleologisches Auslegungselement
 - aaa. Zweck des DSG
 - bbb. Verhältnis zu den Zivilprozessordnungen
 - ccc. Schlussfolgerungen
 - ee. Schlussfolgerungen, Auseinandersetzung mit Lehre und Rechtsprechung
 - aaa. Einschränkung in zeitlicher Hinsicht
 - bbb. Einschränkung in persönlicher Hinsicht
 - ccc. Einschränkung in sachlicher Hinsicht
3. Ergebnis

In Zivilprozessen ist oft entscheidend, ob eine Partei das Gericht mit Hilfe von Beweismitteln von ihrer Sachverhaltsdarstellung überzeugen kann. Gelegentlich versuchen die Parteien, die eigene Beweislage mittels eines Auskunfts-

begehrens nach Datenschutzgesetz¹ (DSG) zu verbessern. Dazu wird die Gegenpartei gestützt auf Art. 8 DSG beispielsweise aufgefordert, Kopien des gesamten Dossiers aus der vorausgegangenen Geschäftsbeziehung und Kopien sämtlicher Korrespondenz zwischen den Parteien herauszugeben, wobei auch noch auf die Strafbestimmung in Art. 34 DSG hingewiesen wird.

Nachfolgend wird geprüft, ob die Gegenpartei verpflichtet ist, einem solchen Auskunftsbegehren nachzukommen.

1. Einführung

Das Auskunftsrecht ist in Art. 8 DSG geregelt. Gemäss dessen Abs. 1 kann jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden. Gemäss Art. 8 Abs. 2 lit. a DSG muss der Inhaber der Datensammlung der betroffenen Person alle über sie in der Datensammlung vorhandenen Daten einschliesslich der verfügbaren Angaben über die Herkunft der Daten mitteilen. Gemäss Art. 8 Abs. 5 DSG ist die Auskunft in der Regel schriftlich, in Form eines Ausdrucks oder einer Fotokopie, sowie kostenlos zu erteilen.

Die Ansprüche aus Art. 8 DSG bestehen allerdings nur, wenn das DSG überhaupt anwendbar ist². Die Anwendbarkeit des DSG im Zusammenhang mit hängigen Zivilprozessen ist nachfolgend vertieft zu prüfen.

2. Anwendungsbereich des DSG

a. Grundlagen

Das DSG gilt für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch private Personen und Bundesorgane (Art. 2 Abs. 1 DSG). Es ist jedoch unter anderem nicht anwendbar auf «hängige Zivilprozesse»³ (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG). Der Sinn dieser Bestimmung ist allerdings unklar. Insbesondere ist aus dem Wortlaut nicht ersichtlich, zwischen welchen Beteiligten eines Zivilprozesses das DSG nicht anwendbar ist: soll nur das Verhältnis zwischen dem Gericht

¹ SR 235.1.

² JÖRG SCHMID, Das Recht auf Auskunft über Datenbearbeitung nach Art. 8 DSG – Privatrechtliche Fragen, FZR 1995, 3 ff., 6.

³ Die nachfolgende Untersuchung beschränkt sich auf das Verhältnis des DSG zu Zivilprozessen; das Verhältnis zu Strafverfahren, Rechtshilfeverfahren usw. bleibt ausgeklammert.

und den Parteien vom Anwendungsbereich ausgenommen sein? Oder auch das Verhältnis zwischen den Parteien untereinander? Wo ist die zeitliche Grenze zu ziehen? Was gilt, wenn zwar ein Zivilprozess hängig ist, ein Auskunftsbefahren jedoch «ausserhalb des Prozesses» gestellt wird?

b. Bisherige Lehre und Rechtsprechung

Lehre und Rechtsprechung haben sich bis anhin soweit ersichtlich unterschiedlich intensiv mit diesen Fragen befasst.

aa. Zum Begriff der Hängigkeit

Zur Frage, ab wann ein Verfahren als «hängig» zu betrachten ist, äusserte sich unter anderem der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte. Dieser hielt in einem Gutachten⁴ fest, dass der Gesetzgeber «bewusst eine breite Formulierung gewählt [hat], um sicherzustellen, dass die Ausnahme von Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSG sämtliche darin umschriebenen hängigen Verfahren» umfasse, unabhängig davon, von welcher Behörde sie durchgeführt werden. Deshalb müsse gegebenenfalls unter Beizug des entsprechenden Verfahrensgesetzes von Fall zu Fall bestimmt werden, ob ein «hängiges» Verfahren vorliege oder nicht⁵.

Bereits mit Urteil vom 28. Mai 1998 hatte die damalige Eidgenössische Datenschutzkommission entschieden, dass die Hängigkeit *bis zur rechtskräftigen Erledigung* eines Verfahrens, allerdings inklusive ausserordentlicher Rechtsmittel, andauere⁶. Damit wurde wohl stillschweigend angenommen, dass «hängig» mit «rechtshängig» gleichzusetzen sei.

MAURER-LAMBROU/KUNZ wollen dem bereits erwähnten Gutachten des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten folgend *von Fall zu Fall* prüfen, wann ein Verfahren hängig sei⁷. Wenn ein Verfahren *in rechtsmissbräuchlicher Weise* eingeleitet worden sei, soll das DSG wieder anwendbar werden, wenn die Behörden über ein Jahr lang untätig geblieben seien⁸. Sodann wollen die genannten Autoren das DSG nur dann nicht anwenden, wenn das einschlägige Prozessgesetz einen gleichwertigen Schutz biete⁹. Bezüglich des Zeitpunktes, ab welchem ein Verfahren nicht mehr hängig sei, verweisen sie auf das bereits erwähnte Urteil der ehemaligen Datenschutzkommission¹⁰.

ROSENTHAL/JÖHRI setzen den Begriff «hängig» (zumindest implizit) mit «rechtshängig» gleich. Sie sind der Ansicht, dass bereits das Verfahren vor dem Friedensrichter beziehungsweise Sühnbeamten zum Zivilprozess gehöre, «vorausgesetzt, die Einleitung des Sühneverfahrens führt nach dem jeweiligen schweizerischen Prozessrecht zur (mindestens teilweisen) Rechtshängigkeit (z.B. bezüglich des Gerichtsstands [...])»¹¹. ROSENTHAL/JÖHRI lehnen die Voraussetzung des gleichwertigen Schutzes, welchen MAURER-LAMBROU/KUNZ für die Nichtanwendbarkeit des DSG im hängigen Zivilprozess fordern, ab¹². Für die Frage, ab welchem Zeitpunkt das DSG wieder Anwendung finde, verweisen ROSENTHAL/JÖHRI ebenfalls auf das bereits zitierte Urteil der Eidgenössischen Datenschutzkommission¹³. Unseres Erachtens ist näher zu prüfen, ob mit «hängig» wirklich *rechtshängig* gemeint ist. Ausserdem ist die Figur der teilweisen Rechtshängigkeit abzulehnen. Wann Rechtshängigkeit eintritt, ist in aller Regel gesetzlich definiert¹⁴. Eine «teilweise Rechtshängigkeit» gibt es wohl nicht; lediglich die *einzelnen Wirkungen* der Rechtshängigkeit können allenfalls ausnahmsweise ausbleiben oder nur beschränkt eintreten.

DROESE¹⁵ vertritt die Ansicht, dass die Informationssammlung als Bestandteil eines Zivilprozesses zu betrachten, beziehungsweise dass «auch die Prozessvorbereitung zum Zivilprozess zu zählen» sei. Da vor Eintritt der Rechtshängigkeit unter Umständen ein Sühnverfahren stattzufinden habe, sei der Beginn eines Zivilprozesses *jedenfalls vor dessen Rechtshängigkeit* anzusetzen¹⁶. Wir gehen mit dem Autor einig, dass ein Zivilprozess vorbereitet werden muss, wozu auch die Sammlung von Beweismitteln usw. gehört. Ob sich die Ansicht von DROESE allerdings mit dem Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG vereinbaren lässt, ist zu bezweifeln. Zudem bleibt offen, ab welchem Zeitpunkt von «Handlungen zur Prozessvorbereitung» gesprochen werden soll.

Das Bundesverwaltungsgericht setzte sich im Urteil A-3144/2008 vom 27. Mai 2009 ebenfalls mit dem Begriff der Hängigkeit sowie mit Lehre und Rechtsprechung dazu auseinander. In diesem Verfahren argumentierte die Beklagte unter Hinweis auf DROESE, dass die Informationssammlung

⁴ Gutachten des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten vom 12. Juni 2001 (publiziert in VPB 65.98).

⁵ VPB 65.98 (FN 4), E. 4 a.E.

⁶ Vgl. Urteil der Eidgenössischen Datenschutzkommission vom 28. Mai 1998 (publiziert in VPB 64.69), insbesondere E. 3.

⁷ URS MAURER-LAMBROU/SIMON KUNZ, in: Urs Maurer-Lambrou/Nedim Peter Vogt (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, 2. A., Basel/Genf/München 2006, Art. 2 N 26.

⁸ MAURER-LAMBROU/KUNZ (FN 7), Art. 2 N 26 f. – Auf diesen Spezialfall ist hier nicht weiter einzugehen.

⁹ MAURER-LAMBROU/KUNZ (FN 7), Art. 2 N 27.

¹⁰ VPB 64.69 (FN 6), Erw. 3. Siehe dazu schon vorne.

¹¹ DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich/Basel/Genf 2008, Art. 2 N 36.

¹² ROSENTHAL/JÖHRI (FN 11), Art. 2 N 30.

¹³ VPB 64.69 (FN 6), vgl. ROSENTHAL/JÖHRI (FN 11), Art. 2 N 31.

¹⁴ Vgl. etwa §§ 102 ff. der Zivilprozessordnung (ZPO) des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976, LS 271, oder Art. 62 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, welche voraussichtlich am 1. Januar 2011 in Kraft treten wird.

¹⁵ LORENZ DROESE, Die Akteneinsicht des Geschädigten in der Strafuntersuchung vor dem Hintergrund zivilprozessualer Informationsinteressen, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2008, 262 f.

¹⁶ DROESE (FN 15), 264 f.

für einen bevorstehenden Straf- beziehungsweise Zivilprozess als Bestandteil desselben zu betrachten und daher vom sachlichen Geltungsbereich des DSGVO auszunehmen sei¹⁷. Das Bundesverwaltungsgericht folgte im konkreten Fall zwar nicht der Ansicht der Beklagten, hielt diese aber immerhin für «allenfalls vertretbar», wenn der Gegner bereits bekannt sei und es um die Sammlung konkreter Beweise gehe¹⁸. Im Übrigen schloss sich das Bundesverwaltungsgericht dem erwähnten Gutachten¹⁹ an, wonach die Frage der Hängigkeit von Fall zu Fall zu prüfen sei²⁰.

Nach dem Gesagten erscheint vor allem als umstritten, ab welchem Verfahrensstadium (Vorbereitung des Prozesses? Sühnbegehren? Rechtshängigkeit?) das DSGVO nicht mehr zur Anwendung kommt. Diese Frage wird nachfolgend unter dem Titel der *zeitlichen Einschränkung des Anwendungsbereichs* des DSGVO untersucht.

bb. Zur Frage des persönlichen Umfangs der Ausnahmebestimmung

Auf die Frage, auf welche der an einem Prozess beteiligten Personen beziehungsweise Organe sich die Ausnahme von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO erstreckt, wurde soweit ersichtlich bisher nicht näher eingegangen.

Immerhin scheinen ROSENTHAL/JÖHRI davon auszugehen, dass in den Fällen von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO auch die (privaten) Parteien eines Verfahrens vom Anwendungsbereich des DSGVO ausgenommen sind²¹.

Diese Frage wird nachfolgend unter dem Titel der *persönlichen Einschränkung des Anwendungsbereichs* des DSGVO untersucht.

cc. Zum Auskunftsrecht ausserhalb des Prozesses

SCHMID erklärt, dass das DSGVO nicht anwendbar sei auf Personendaten, «die ausschliesslich im Rahmen eines hängigen Zivilprozesses zusammengestellt worden sind». In diesem Bereich könne nicht gestützt auf Art. 8 DSGVO Auskunft verlangt werden²².

ROSENTHAL/JÖHRI sind der Ansicht, dass auf «Datenbearbeitungen ausserhalb eines hängigen Verfahrens [...] das DSGVO aber regulär Anwendung» finde, so z.B. auf die Berichterstattung der Presse über ein Verfahren, auf die Datenbearbeitung zur Vorbereitung eines Verfahrens oder im Rahmen der Begleitung eines Prozesses ausserhalb des eigentlichen Verfahrens, auf die Information von Dritten oder der Öffentlichkeit über das Verfahren usw.²³. Das Unterscheidungskriterium soll demnach sein, ob man sich «ausserhalb des eigentlichen Verfahrens» befinde oder nicht. Unseres Erachtens ist dieses Kriterium allerdings reichlich vage und ist (wie noch zu zeigen sein wird) auch aus teleologischen Überlegungen abzulehnen. Ausserdem müsste unserer Ansicht nach präziser differenziert werden: Es macht doch einen grossen Unterschied, ob es um die Berichterstattung der Presse oder um vorbereitende Handlungen der Parteien geht; sodann ist unseres Erachtens klar zu unterscheiden zwischen Recherchen zur blossen Vorbereitung eines Verfahrens und dem Verfassen von weiteren Eingaben oder der Vorbereitung eines Plädoyers²⁴.

DROESE will die Sammlung von Informationen für einen Zivilprozess als Bestandteil desselben betrachten und «vom sachlichen Geltungsbereich des DSGVO» ausnehmen²⁵.

Die Frage, ob es ein Auskunftsrecht ausserhalb des Prozesses gebe, wird nachfolgend unter dem Titel der *sachlichen Einschränkung des Anwendungsbereichs* des DSGVO näher untersucht.

dd. Notwendigkeit einer vertieften Analyse

Nicht alle der angesprochenen Fragen sind bis jetzt in Lehre und Rechtsprechung vertieft behandelt worden. Teilweise erscheinen die zitierten Auffassungen als zu wenig differenziert. Da aus dem Wortlaut des Gesetzes allein der wahre Sinn der Bestimmung nicht zweifelsfrei zutage tritt, muss dieser mit Hilfe der Auslegung ergründet werden. Abzustellen ist dabei insbesondere auf die Entstehungsgeschichte, auf den Zweck und die zugrundeliegenden Wertungen sowie auf die Bedeutung, die der Norm in Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt²⁶. Es geht dabei insbesondere darum, welche Bereiche in zeitlicher, sachlicher und persönlicher Hinsicht von der Anwendung des DSGVO ausgenommen sind.

¹⁷ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3144/2008 vom 27. Mai 2009, E. 3.1. und 3.2.1.

¹⁸ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3144/2008 vom 27. Mai 2009, E. 3.2.3.

¹⁹ VPB 65.98 (FN 4).

²⁰ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3144/2008 vom 27. Mai 2009, Erw. 3.2.

²¹ Das ist zu schliessen aus ihren Ausführungen (FN 11), Art. 2 N 32.

²² SCHMID (FN 2), 6. Allerdings beschäftigt sich SCHMID nicht vertieft mit den hier aufgeworfenen Fragen. Möglicherweise sollte seine Aussage einfach den Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO wiedergeben.

²³ ROSENTHAL/JÖHRI (FN 11), Art. 2 N 32.

²⁴ Beispiele entnommen bei ROSENTHAL/JÖHRI (FN 11), Art. 2 N 32.

²⁵ DROESE (FN 15), 264. Unklar bleibt, ob er wirklich den *sachlichen* Anwendungsbereich einschränken will oder ob er nicht richtigerweise von einer Einschränkung des Anwendungsbereiches *in zeitlicher Hinsicht* sprechen müsste.

²⁶ Vgl. etwa BGE 133 V 11.

c. Ermittlung des wahren Sinns der Norm mit Hilfe der Auslegungselemente

aa. Wortlaut

Der Wortlaut ist Ausgangspunkt jeder Auslegungstätigkeit²⁷.

Der Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG ist denkbar knapp: Das DSG «ist nicht anwendbar auf [...] hängige Zivilprozesse [...]».

Aus dem Wortlaut lassen sich vor allem wertvolle Hinweise gewinnen, während welcher Zeitdauer das DSG nicht anwendbar sein soll (Einschränkung des Anwendungsbereichs in zeitlicher Hinsicht).

Die Verwendung des Begriffes «Zivilprozess» impliziert, dass eine Auseinandersetzung bereits in das Stadium der gerichtlichen Auseinandersetzung gekommen sein muss; eine Meinungsverschiedenheit, ein Streit oder blosses «Vor-geplänkel» (Anwaltsbrief, Androhung rechtlicher Schritte) dürften nicht genügen.

Nach allgemeinem Sprachverständnis ist ein Zivilprozess «hängig», wenn sich eine gerichtliche Instanz damit befasst. Ob das ein staatliches Gericht oder ein Schiedsgericht ist, spielt keine Rolle, ja sogar der Friedensrichter dürfte genügen. Nimmt man hingegen an, dass der Gesetzgeber den Begriff «hängig» in technischer Weise – im Sinne von «rechtshängig» – verwendet hat, wäre in zeitlicher Hinsicht genauer bestimmbar (und im Ergebnis enger definiert), wann das DSG nicht anwendbar sein soll. In der anwendbaren Prozessordnung wird nämlich in aller Regel definiert sein, wann die Rechtshängigkeit eintritt (vgl. etwa §§ 102 ff. ZPO/ZH²⁸ beziehungsweise Art. 62 ZPO²⁹). Zu beachten ist immerhin, dass es sich beim DSG um ein Bundesgesetz und damit beim Begriff «hängig» in Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG um einen Begriff des Bundesrechts handelt, während zur Zeit noch verschiedene kantonale Definitionen der Rechtshängigkeit bestehen³⁰. Auch nach Einführung der Schweizerischen Zivilprozessordnung werden in Schiedsordnungen eigenständige, möglicherweise abweichende Definitionen bestehen bleiben. Immerhin kann gesagt werden, dass die allgemeinen Wirkungen der Rechtshängigkeit³¹ – im Wesentlichen der Ausschluss einer identischen Klage, die Fortführungslast und die Fixationswirkungen – wohl den meisten Prozessordnungen bekannt sind. Auch wenn der Begriff «hängig» in Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG nicht derselbe sein kann wie die

Rechtshängigkeit, wie sie in den Prozessordnungen definiert ist, könnte dennoch ab dem Zeitpunkt, in welchem diese Wirkungen vorhanden sind, davon gesprochen werden, dass ein Verfahren «hängig» im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG ist.

Nimmt man weiter an, dass der Gesetzgeber den Begriff «hängig» im technischen Sinne verwendet hat, dann wäre auch genau definiert, wann das DSG wieder anwendbar ist. Die Rechtshängigkeit *endet* nämlich, wenn die Klage zurückgezogen wird, oder wenn der Prozess rechtskräftig erledigt ist³².

Zur Einschränkung des Anwendungsbereichs in sachlicher Hinsicht ist aus dem Wortlaut wenig zu gewinnen. Aus der Verwendung des Begriffes «Zivilprozess» lässt sich schliessen, dass jede Auseinandersetzung über ein durch das Privatrecht geregeltes Rechtsverhältnis umfasst ist³³. Die Verwendung des Wortes «auf» könnte darauf hindeuten, dass das DSG lediglich bezüglich des Prozessverhältnisses nicht anwendbar sei, dass es mit anderen Worten einen Bereich ausserhalb des Prozesses gebe. Hätte der Gesetzgeber das DSG umfassend ausschliessen wollen, hätte er das Wort «während» verwendet. Dieses Argument ist allerdings nicht schlüssig, da das Wort «auf» einfach zu den Ausnahmen in lit. a, d und e zu passen scheint. (Fraglich wäre ausserdem, ob sich der Gesetzgeber dieser feinen sprachlichen Unterscheidung überhaupt bewusst war.)

Zur Einschränkung des Anwendungsbereichs in persönlicher Hinsicht lässt sich auf den ersten Blick ebenfalls wenig gewinnen. Immerhin lässt sich *e contrario* sagen, dass Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG in persönlicher Hinsicht gar keine Einschränkung bezüglich der Nichtanwendbarkeit des DSG vornimmt. Daraus muss gefolgert werden, dass das DSG, sobald ein Zivilprozess hängig ist, nach dem Wortlaut *bezüglich keines der Beteiligten* zur Anwendung kommt. Weder das Gericht noch die Parteien noch am Prozess beteiligte Dritte (z.B. Zeugen) sollen sich auf Rechte des DSG stützen können; keiner der Genannten soll vom DSG verpflichtet sein.

Aus dem französischen und dem italienischen Gesetzestext sind keine weitergehenden Schlussfolgerungen möglich.

bb. Systematisches Auslegungselement

Art. 2 DSG regelt gemäss Marginalie den Geltungsbereich des DSG. Während in Abs. 1 der Geltungsbereich positiv umschrieben wird, finden sich in Abs. 2 lit. a–e verschiedene Bereiche, welche vom Anwendungsbereich des DSG ausgenommen sind.

Gemäss Abs. 1 gilt das DSG für das Bearbeiten von Daten natürlicher und juristischer Personen durch private Perso-

²⁷ Vgl. etwa BGE 133 III 499.

²⁸ Zivilprozessordnung (ZPO) des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976, LS 271 (nachfolgend zit.: ZPO/ZH).

²⁹ Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008, welche voraussichtlich am 1. Januar 2011 in Kraft treten wird (nachfolgend zit. ZPO).

³⁰ Vgl. OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, 8 N 31.

³¹ Siehe hierzu VOGEL/SPÜHLER (FN 30), 8 N 39 ff.; MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 1979, 234 ff.

³² RICHARD FRANK/HANS STRÄULI/GEORG MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 102 N 13; GULDENER (FN 31), 240.

³³ VOGEL/SPÜHLER (FN 30), 13 N 130.

nen und Bundesorgane. Betrachtet man Abs. 1 isoliert, fällt auf, dass der positive Geltungsbereich des DSG zunächst relativ umfassend abgesteckt wird: In zeitlicher Hinsicht ist der Geltungsbereich überhaupt nur durch das Inkrafttreten des Gesetzes beschränkt. In persönlicher Hinsicht ist zwischen den betroffenen Personen und denjenigen Personen, welche die Daten bearbeiten, zu unterscheiden. Als betroffene Personen geschützt sind sowohl natürliche als auch juristische Personen. Als potenzielle Bearbeiter von Daten sind – im Gegensatz zu den «Bundesorganen» – lediglich die «kantonalen Organe» vom Geltungsbereich ausgenommen³⁴. In sachlicher Hinsicht knüpft der Geltungsbereich an das «Bearbeiten» von «Daten» an, wobei diese beiden Begriffe in Art. 3 DSG (relativ weit) definiert werden.

Die Bereiche, in welchen das DSG nicht anwendbar sein soll, werden aufgrund verschiedener Anknüpfungspunkte bestimmt. Lit. a knüpft beispielsweise an ein *persönliches* Merkmal (Bearbeitung durch eine natürliche Person) und an ein *sachliches* Merkmal (ausschliesslich persönlicher Bearbeitungszweck und keine Bekanntgabe an Aussenstehende) an. Die Ausnahme gemäss lit. b knüpft ebenfalls an ein *persönliches* Merkmal (Eidgenössische Räte und parlamentarische Kommissionen) und an ein *sachliches* Merkmal (Beratungen) an. Die Ausnahme gemäss lit. e knüpft ausschliesslich an ein *persönliches* Merkmal, nämlich an die Bearbeitung durch das IKRK, an. Lit. d nimmt den gesamten *sachlichen* Bereich der «öffentlichen Register des Privatrechtsverkehrs» vom Anwendungsbereich aus.

Betrachtet man nun lit. c im Verhältnis zu den übrigen Ausnahmebestimmungen, fällt auf, dass lediglich an *zeitliche* und an *sachliche* Merkmale angeknüpft wird: Zeitlich sind nur «hängige» Zivilprozesse, Strafverfahren usw. vom Anwendungsbereich ausgenommen, sachlich sind die Ausnahmen auf Zivilprozesse, Strafverfahren, Rechtshilfverfahren sowie staats- und verwaltungsrechtliche Verfahren beschränkt. Die Ausnahmen gemäss lit. c knüpfen jedoch *nicht* an persönliche Merkmale an. Wenn aber der Gesetzgeber in Art. 2 Abs. 1 DSG erklärt, das DSG gelte für private Personen und Bundesorgane, und in Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG bestimmte Verfahren während ihrer Hängigkeit vom Anwendungsbereich ausschliesst, ohne diese Ausnahmen auch in persönlicher Hinsicht einzugrenzen, ist daraus zu folgern, dass der Ausschluss von der Anwendbarkeit sowohl für die beteiligten privaten Personen als auch für Bundesorgane gilt.

cc. Historisches Auslegungselement

Das DSG stammt von 1992. Bereits im Entwurf des Bundesrates von 1988 war ein Art. 2 DSG enthalten, welcher

den Geltungsbereich festlegte und Ausnahmen vom Anwendungsbereich vorsah³⁵.

Der Gesetzgeber wollte mit dem Erlass des DSG «Leitplanken für die Datenbearbeitung» setzen und damit sicherstellen, dass die Entfaltung der Persönlichkeit nicht durch «unnötige und unerwünschte Informationstätigkeiten beeinträchtigt» werde³⁶. Soweit die Rechtsordnung nichts anderes vorsehe, sollte jedermann selber über die Preisgabe und Verwendung seiner Daten bestimmen und über die Aufnahme und Gestaltung seiner «Informations- und Kommunikationsbeziehungen» entscheiden können³⁷. Die bestehenden Rechtsgrundlagen im Datenschutz – im privatrechtlichen Bereich nur Art. 28 ff. ZGB und von der Rechtsprechung erarbeitete Grundsätze – wurden als «sehr bruchstückhaft» und ungenügend empfunden³⁸.

Die Ausnahmen gemäss heutiger lit. c wurden eingefügt, weil die jeweils anwendbaren Prozessgesetze ihrerseits bereits Garantien zum Schutz der Persönlichkeit vorsähen³⁹. Man wollte verhindern, dass diese Gesetze durch das DSG «überlagert» werden⁴⁰. Zur Ausnahme für Zivilprozesse wurde insbesondere ausgeführt, dass verschiedene Bestimmungen der Prozessgesetze bezwecken, die Persönlichkeit der in ein Verfahren Einbezogenen zu schützen⁴¹. Dies gelte namentlich für die Bestimmungen über die Anhörungs-, Akteneinsichts- und Mitwirkungsrechte der Betroffenen⁴². Die Prozessgesetze enthielten aber auch «eigentliche Bestimmungen über die Informationsbearbeitung, indem sie etwa festlegen, wie der Prozessstoff gesammelt und gewürdigt wird»⁴³. Prozessrecht sei in einem gewissen Sinne auch Datenschutzrecht, insbesondere, weil auch «die Interessen des Richters und der Parteien an einer Information gegenüber dem Geheimhaltungsinteresse derjenigen Person, welche die Angaben machen könnte, abgewogen» würden⁴⁴. Mit der Ausnahmebestimmung sollte eine Überlagerung zweier Gesetze mit gleicher Zielrichtung verhindert werden⁴⁵.

Zwar waren im Entwurf des Bundesrates die verschiedenen Verfahren gemäss heutigem Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG

³⁵ Siehe BBl. 1988 II 516.

³⁶ Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23. März 1988, BBl. 1988 II 413 ff. (nachfolgend zit.: Botschaft DSG), 417 f.

³⁷ Botschaft DSG (FN 36), 418.

³⁸ Botschaft DSG (FN 36), 418–421. Zu den Motiven, welche zum Erlass des DSG führten, siehe auch ROLF BRÜNDLER, Das erste Schweizerische Datenschutzgesetz im Überblick, SJZ 89 (1993), 129 ff., sowie die Protokolle der Diskussionen in den Eidgenössischen Räten, Sten.Bull. StR 1990, 125 ff., und Sten. Bull. NR, 938 ff.

³⁹ Botschaft DSG (FN 36), 432.

⁴⁰ Botschaft DSG (FN 36), 432.

⁴¹ Botschaft DSG (FN 36), 442.

⁴² Botschaft DSG (FN 36), 432.

⁴³ Botschaft DSG (FN 36), 432.

⁴⁴ Botschaft DSG (FN 36), 432.

⁴⁵ Botschaft DSG (FN 36), 433.

³⁴ Für kantonale Organe kommen allerdings kantonale Datenschutzerlasse zur Anwendung, vgl. etwa für den Kanton Zürich das Gesetz über die Information und den Datenschutz (IDG) vom 12. Februar 2007, LS 170.4.

noch auf die lit. d–g aufgeteilt; sie wurden erst auf Antrag der Kommission in lit. c zusammengefasst⁴⁶. Anstatt von «hängigen Zivilprozessen» war in der bundesrätlichen Fassung noch von «Rechtsprechungsverfahren vor gerichtlichen Behörden» die Rede. Es ist aber nicht ersichtlich, dass damit eine materielle Änderung beabsichtigt gewesen wäre; der ständerätliche Berichterstatter sprach ausdrücklich von einer lediglich redaktionellen Änderung⁴⁷. Im National- und Ständerat wurde zwar kurz über Art. 2 DSG diskutiert – allerdings nicht über die hier interessierenden Ausnahmen der heutigen lit. c. Aus den Protokollen der Beratungen im National- und Ständerat lassen sich daher keine zusätzlichen Erkenntnisse gewinnen⁴⁸.

Aus den Materialien ergibt sich demnach eindeutig, dass der Ausschluss des DSG in persönlicher Hinsicht umfassend sein sollte: Der Gesetzgeber wollte sowohl das Verhältnis zwischen Privaten und Gericht als auch das Verhältnis zwischen den Parteien untereinander und zu beteiligten Dritten vom Anwendungsbereich des DSG ausnehmen. In zeitlicher Hinsicht ist zu folgern, dass das DSG dann nicht anwendbar sein sollte, sobald und solange ein Prozessgesetz anwendbar ist.

In zeitlicher Hinsicht kann aus den Materialien abgeleitet werden, dass mit dem Begriff «hängig» wohl nicht unbedingt «rechtshängig» gemeint war. Die Fassung des Bundesrates sah noch eine andere, untechnische Formulierung vor; materielle Änderungen waren aber nicht gewollt⁴⁹.

dd. Teleologisches Auslegungselement

aaa. Zweck des DSG

Das DSG bezweckt gemäss Art. 1 DSG den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von Personen, über die Daten bearbeitet werden.

Dieser Zweck soll einerseits durch allgemeine Bestimmungen über die Datenbearbeitung erreicht werden (vgl. Art. 4–11a DSG)⁵⁰. So dürfen Personendaten nur *rechtmässig* bearbeitet werden; ihre Bearbeitung hat *nach Treu und Glauben* zu erfolgen und muss *verhältnismässig* sein (Art. 4 Abs. 1 und 2 DSG). Weitere Bestimmungen regeln die Bekanntgabe von Daten ins Ausland, die Datensicherheit und die Informationspflicht (Art. 6–7 DSG, Art. 4 Abs. 5 DSG und Art. 7a DSG). Die Daten sollen sodann *richtig* sein (Art. 5 Abs. 1 DSG). Der Datenschutzbeauftragte führt ein Register über Datensammlungen (Art. 11a DSG).

Andererseits verleiht das Gesetz den Betroffenen individuelle Ansprüche: Ein Betroffener kann etwa verlangen, dass unrichtige Daten berichtigt werden (Art. 5 Abs. 2 DSG) und zudem kommt jeder Person ein Auskunftsrecht gegenüber dem Inhaber einer Datensammlung zu (Art. 8 DSG). Die Auskunft kann nur, aber immerhin unter den Voraussetzungen von Art. 9 f. DSG verweigert, eingeschränkt oder aufgeschoben werden. Der Inhalt und die Durchsetzung der Ansprüche gegen private Personen sind in Art. 15 DSG geregelt.

Gemäss Botschaft ist das Auskunftsrecht das bedeutendste Institut des Datenschutzgesetzes, weil es der betroffenen Person überhaupt erst erlaube, ihre datenschutzrechtlichen Ansprüche durchzusetzen⁵¹. Das leuchtet ein: Wer nicht weiss, ob Daten über ihn bearbeitet werden, kann diese weder berichtigen oder löschen lassen (Art. 15 Abs. 1 DSG) noch deren Richtigkeit bestreiten (Art. 15 Abs. 2 DSG).

bbb. Verhältnis zu den Zivilprozessordnungen

Im Zivilprozess geht es darum, den Bestand und den Inhalt der Rechtsbeziehungen zwischen zwei Parteien autoritativ festzustellen⁵². Hierfür muss das Gericht entscheiden, welcher Sachverhalt dem Urteil zugrunde zu legen ist. Falls sich die Behauptungen der Parteien im rechtserheblichen Sachverhalt nicht decken, wird ein Beweisverfahren durchgeführt⁵³. Oft werden die Parteien zum Beweis Urkunden einreichen, die Daten enthalten oder möglicherweise als Bestandteil einer «Datensammlung» qualifiziert werden könnten. Schliesslich hat das Gericht zu entscheiden, ob die beweisbelastete Partei den rechtserheblichen Sachverhalt beweisen konnte.

Beim Erlass des DSG war der Gesetzgeber der Ansicht, dass die Prozessgesetze bereits Bestimmungen zum Schutz der Persönlichkeit beziehungsweise der Grundrechte der betroffenen Personen enthalten (s. vorne bei der historischen Auslegung). So enthalten die Zivilprozessordnungen⁵⁴ zahlreiche Bestimmungen über die Mitwirkungsrechte der Parteien. Durch das kontradiktorische Verfahren mit (mindestens) je zwei Vorträgen ist beispielsweise sichergestellt, dass sich die Parteien zu allen Behauptungen der Gegenpartei äussern können⁵⁵. Jede Partei kann Beweismittel offerieren⁵⁶. Die Parteien dürfen an der Beweiserhebung teilnehmen und

⁴⁶ Sten.Bull. StR 1990, 137.

⁴⁷ Sten.Bull. StR 1990, 137.

⁴⁸ Vgl. Sten.Bull. StR 1990, 125 ff., insbesondere 137 f.; Sten. Bull. NR 1991, 938 ff., insbesondere 950 f.

⁴⁹ Vgl. Sten.Bull. StR 1990, 137, und bereits vorne.

⁵⁰ Im dritten Abschnitt wird dann das Bearbeiten von Personendaten durch private Personen und im vierten Abschnitt dasselbe durch Bundesorgane näher geregelt.

⁵¹ Botschaft DSG (FN 36), 452.

⁵² In Anlehnung an GULDENER (FN 31), 50.

⁵³ Vgl. etwa § 133 ZPO/ZH und Art. 150 ZPO.

⁵⁴ Die Verfasser beschränken sich bei der nachfolgenden Untersuchung beispielhaft auf die Zivilprozessordnung des Kantons Zürich und die zukünftige Schweizerische Zivilprozessordnung. Anzuführen bleibt, dass die kantonalen Gerichte kaum als «Bundesorgane», die dem DSG unterworfen sind, zu qualifizieren sein dürften.

⁵⁵ Vgl. etwa §§ 121 und 128 ZPO/ZH sowie Art. 220 ff. und Art. 228 ff. ZPO.

⁵⁶ Vgl. etwa § 137 ZPO/ZH sowie Art. 152 und Art. 221 ZPO.

sich zum Beweisergebnis äussern⁵⁷. Sodann haben die Parteien im Grundsatz ein jederzeitiges und umfassendes Akteneinsichtsrecht⁵⁸. Der gerichtliche Entscheid schliesslich ist grundsätzlich zu begründen, was wiederum eine sachgerechte Anfechtung des Entscheides ermöglichen soll⁵⁹. Es kann demnach gesagt werden, dass die Zivilprozessordnungen den Betroffenen *im Verhältnis zum autoritativ entscheidenden Gericht* in jedem Abschnitt des Verfahrens umfassende Mitwirkungsrechte gewähren.

Doch auch die Ansprüche der (privaten) Parteien des Zivilprozesses auf Vorlage von Urkunden im Besitz der Gegenpartei werden in den Prozessordnungen detailliert und differenziert geregelt. Wenn eine Partei eine solche Urkunde als Beweismittel offeriert, können Einwendungen dagegen erhoben werden⁶⁰. Urkunden, die sich im Gewahrsam einer Partei befinden, sind auf gerichtliche Aufforderung hin einzureichen⁶¹. Urkunden müssen grundsätzlich vollständig vorgelegt werden. Stellen, welche für den Prozess unerheblich sind, dürfen allerdings mit Bewilligung des Gerichts unzugänglich gemacht werden⁶². Werden durch die Beweisabnahme schutzwürdige Interessen einer Partei gefährdet, ordnet das Gericht das zu ihrem Schutz Geeignete an⁶³. Weigert sich eine Partei, eine Urkunde vorzulegen, hat das Gericht dieses Verhalten im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigen⁶⁴. Die Folgen der Beweislosigkeit sind schliesslich in Art. 8 ZGB geregelt.

Analoges gilt für das Verhältnis der Parteien zu Dritten, insbesondere zu Zeugen oder zu Inhabern von Urkunden. Die Parteien können zum Beweis ihrer Behauptungen Zeugen offerieren. Der Zeuge ist grundsätzlich zur Aussage verpflichtet⁶⁵. Nur ausnahmsweise, unter genau definierten Voraussetzungen, darf er das Zeugnis verweigern⁶⁶. Ein Dritter ist verpflichtet, die in seinem Gewahrsam befindlichen Urkunden dem Gericht einzureichen, sofern er nicht bei sinnemässiger Anwendung der Zeugnisverweigerungsrechte zur Weigerung berechtigt ist⁶⁷. Die Zeugnispflicht und die Edionspflicht Dritter sind überdies strafbewehrt⁶⁸.

In den Zivilprozessordnungen bestehen demnach umfassende Regelungen über die Mitwirkungsrechte der Parteien im Zivilprozess. Es gibt detaillierte Bestimmungen über die Pflicht der Parteien und Dritter zur Vorlage von Urkunden zu Beweis Zwecken, ebenso über die Folgen bei ungerechtfertigter Weigerung einer Partei, eine Urkunde vorzulegen. Auf der anderen Seite sehen die Prozessordnungen aber auch Schutzmassnahmen zugunsten derjenigen Partei beziehungsweise desjenigen Dritten vor, welche(r) im Besitz einer Urkunde ist, die von der Gegenpartei herausverlangt wird. Analoges gilt für Zeugen mit der Zeugnispflicht und den Verweigerungsrechten.

Anzumerken ist ferner, dass der Zweck des DSG *nicht* darin besteht, die Beweismittelbeschaffung zu erleichtern oder überhaupt in das Zivilprozessrecht einzugreifen. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Zweckartikel nichts dergleichen erwähnt. Sodann ist zu bedenken, dass der Gesetzgeber 1992, als das DSG erlassen wurde, auch gar nicht kompetent gewesen wäre, in diesem Bereich zu legislieren. Art. 122 der Bundesverfassung, wonach die «Gesetzgebung auf dem Gebiet [...] des Zivilprozessrechts [...] Sache des Bundes» ist, wurde erst am 12. März 2000 angenommen und auf den 1. Januar 2007 in Kraft gesetzt.

ccc. Schlussfolgerungen

Welche Folgen haben nun die teleologischen Überlegungen?

Eigentlich müsste man folgern, dass ausschliesslich *auf das Motiv* eines Auskunftsbegehrens abzustellen sei. Sofern es einer Person bloss darum geht, mit Hilfe des DSG Beweismittel zu beschaffen, besteht die Gefahr, dass dadurch die (später anwendbaren) zivilprozessualen Vorschriften umgangen beziehungsweise ausgehebelt werden. Konsequenterweise dürfte das DSG schon dann nicht mehr anwendbar sein, wenn sich ein Zivilprozess bloss *abzeichnet*⁶⁹, schliesslich soll das DSG wie gezeigt nicht die Beweislage der Parteien verbessern. Zudem stellen die Zivilprozessordnungen bereits vor Einleitung des Hauptprozesses Behelfe zur Verfügung, um Beweismittel zu sichern beziehungsweise zu beschaffen⁷⁰. Allerdings ist einzuräumen, dass eine solche Auslegung nicht praktikabel wäre. Es könnte kaum je zuverlässig festgestellt werden, ab welchem Zeitpunkt sich ein Zivilprozess «abzeichnet», und schon gar nicht, was die wahren Motive hinter einem Auskunftsbegehren sind.

Immerhin sprechen diese teleologischen Überlegungen gegen ein Auskunftsrecht während, aber «ausserhalb» eines

⁵⁷ Vgl. etwa §§ 146 f. ZPO/ZH sowie Art. 155 Abs. 3 und Art. 232 ZPO.

⁵⁸ Vgl. etwa § 56 Abs. 2 ZPO/ZH sowie Art. 53 Abs. 2 ZPO.

⁵⁹ Vgl. etwa §§ 157–159 des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976, LS 211.1, sowie Art. 238 f. ZPO.

⁶⁰ Vgl. etwa § 139 ZPO/ZH.

⁶¹ So § 183 Abs. 1 ZPO/ZH; vgl. auch Art. 160 ZPO.

⁶² So § 186 Abs. 1 und 3 ZPO/ZH.

⁶³ So § 145 ZPO/ZH; vgl. auch Art. 156 ZPO.

⁶⁴ So §§ 183 Abs. 2 und 148 ZPO/ZH; vgl. auch Art. 164 ZPO.

⁶⁵ So § 157 ZPO/ZH sowie Art. 160 ZPO.

⁶⁶ Vgl. §§ 158 ff. ZPO/ZH sowie Art. 165 f. ZPO.

⁶⁷ So § 184 Abs. 1 ZPO/ZH; vgl. auch Art. 165 f. ZPO.

⁶⁸ Vgl. etwa §§ 163 Abs. 2 und 184 Abs. 2 ZPO/ZH sowie Art. 167 ZPO; siehe sodann die Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28. Juni 2006, BBl. 2006 7221 ff. (nachfolgend zit.: Botschaft ZPO), 7317 ff.

⁶⁹ Die Beklagte im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts 3144/2008 vom 27. Mai 2009 argumentierte u.a., dass der Ausschlussgrund von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG «bereits auf die Sammlung [von technischen Informationen zur Belastung des Gegners] im Vorfeld der Verfahrenseinleitung anwendbar [sei], da diese Tätigkeit ausschliesslich im Hinblick auf die Einleitung der Straf- und allfälliger anschliessender Zivilverfahren erfolge».

⁷⁰ Vgl. beispielsweise § 231 ff. ZPO/ZH; ferner Art. 158 ZPO.

Zivilprozesses. Zwar sind die Persönlichkeitsrechte einer betroffenen Person nicht ausser Kraft gesetzt, nur weil sie sich in einem Zivilprozess befindet. Würde man jedoch das DSG ausserhalb des Zivilprozesses für anwendbar halten, würden die Normen der Zivilprozessordnungen über die Mitwirkungsrechte und -pflichten der Parteien und Dritter umgangen und ausgehebelt. Die Anwendbarkeit des DSG würde im Prinzip dazu führen, dass eine Partei via Auskunftsbegehren den Wissensstand der Gegenpartei ausforschen und sich umfassend über die potenziellen Beweismittel informieren könnte⁷¹. Jeder forensisch tätige Anwalt wird zustimmen, dass eine solche Konsequenz unhaltbar wäre.

Zu ergänzen ist selbstverständlich, dass das DSG nur zwischen denjenigen Personen oder Organen nicht anwendbar sein darf, deren Rechtsstellung in der einschlägigen Zivilprozessordnung geregelt wird, sei es als Gericht, als Partei, als Zeuge oder als editionspflichtiger Dritter. Auf unbeteiligte Dritte, deren Rechtsstellung nicht von der anwendbaren Prozessordnung geregelt wird, ist das DSG natürlich trotz des hängigen Zivilprozesses weiterhin anwendbar.

ee. Schlussfolgerungen, Auseinandersetzung mit Lehre und Rechtsprechung

Nach dem Gesagten können u.E. klare Aussagen gemacht werden, inwiefern der Anwendungsbereich des DSG gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG eingeschränkt ist.

aaa. Einschränkung in zeitlicher Hinsicht

In zeitlicher Hinsicht sind «hängige Zivilprozesse» vom Anwendungsbereich ausgenommen.

Nach dem Wortlaut ist ein Zivilprozess «hängig», sobald er vor eine gerichtliche Instanz gebracht wurde (wozu auch der Friedensrichter zählt), spätestens aber mit Eintritt der (zivilprozessual definierten) Rechtshängigkeit.

Das historische Auslegungselement könnte darauf hindeuten, dass nicht der technische Begriff der Rechtshängigkeit massgebend ist.

Teleologische Überlegungen und auch die Erkenntnisse aus dem historischen Auslegungselement könnten nahelegen, dass ein Verfahren dann als «hängig» zu betrachten ist, wenn die Mitwirkungsrechte und -pflichten der Parteien und mitbeteiligter Dritter beziehungsweise die Editionsspflichten und Schutzbestimmungen einer einschlägigen Prozessordnung zur Anwendung kommen⁷². Allenfalls könnte man unter teleologischen Gesichtspunkten sogar versucht sein, dem DSG schon im Vorfeld eines Prozesses – im Stadium, wo erst Beweismittel gesammelt werden – die Anwendung zu ver-

sagen. Diese weite Interpretation, wie sie anscheinend von DROESE⁷³ vertreten und vom Bundesverwaltungsgericht⁷⁴ offenbar nicht ausgeschlossen wird, ist jedoch abzulehnen. Zwar sollen die Parteien nicht via Datenschutzgesetz (und unter Umgehung der zivilprozessualen Regeln) Beweismittel beschaffen können. Eine derart extensive Auslegung ist jedoch vom Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG nicht mehr gedeckt und würde der Rechtssicherheit schaden, da schlicht nicht festgestellt werden kann, ab wann die Vorbereitung für einen Zivilprozess beginnt. Ein auf die Beschaffung von Beweismitteln gerichtetes Auskunftsbegehren vor Hängigkeit des Zivilprozesses kann daher nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden, das DSG sei nicht anwendbar. Hingegen wird hier höchstwahrscheinlich ein Grund für den Aufschub oder die (zumindest teilweise) Verweigerung der Auskunft wegen überwiegender eigener Interessen vorliegen (Art. 9 Abs. 3 DSG)⁷⁵.

Nach dem Gesagten erscheint es als gerechtfertigt, den Zivilprozess als hängig anzusehen und dem DSG die Anwendbarkeit zu versagen, sobald ein Sühnbegehren gestellt wurde⁷⁶. Diese Auslegung ist in zeitlicher Hinsicht die weiteste, welche vom Wortlaut noch gedeckt ist, und verwirklicht die Erkenntnisse aus der teleologischen und historischen Auslegung am ehesten. Allerdings müsste das DSG wieder anwendbar werden, wenn die Weisung in der Folge «verfällt», also nicht fristgerecht eingereicht wird.

Bezüglich der Frage, wann die «Hängigkeit» endet, schliessen wir uns der einstimmigen Lehre und Praxis an. Ein Zivilprozess ist so lange als hängig im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG zu betrachten, bis das Verfahren rechtskräftig erledigt ist; danach wird das DSG im Grundsatz wieder anwendbar. Wenn allerdings später ausserordentliche Rechtsmittel ergriffen werden, ist das DSG wiederum nicht mehr anwendbar⁷⁷.

bbb. Einschränkung in persönlicher Hinsicht

Gemäss Wortlaut von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG kommt das DSG auf hängige Zivilprozesse überhaupt nicht zur Anwendung. Nach dem Wortlaut ist also nicht bloss das Verhältnis zwischen einer betroffenen Person und einem Bundesorgan (z.B. einem Gericht) von Anwendungsbereich ausgenommen.

⁷¹ Natürlich immer unter der Voraussetzung, dass die weiteren Voraussetzungen von Art. 8 DSG gegeben sind, was nicht ausgeschlossen scheint.

⁷² So im Ergebnis auch das Bundesverwaltungsgericht im Urteil A-3144 vom 27. Mai 2009, E. 3.2.3. a.E.

⁷³ DROESE (FN 15), 263 ff., insbesondere 265.

⁷⁴ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-3144/2008 vom 27. Mai 2009, E. 3.2.3.

⁷⁵ Ähnliche Überlegungen stellte auch die Eidgenössische Datenschutzkommission im Urteil vom 28. Mai 1998, publiziert in VPB 64.69, an. Zwar ging es dort um die Herausgabe des «Prozessdossiers» nach Abschluss eines gerichtlichen Verfahrens (a.a.O., E. 5.a.). Die dort angestellten Überlegungen müssen aber umso mehr für die Zeit der Vorbereitung eines Prozesses gelten.

⁷⁶ So auch ROSENTHAL/JÖHRI (FN 11), Art. 2 N 36, allerdings mit anderer Begründung.

⁷⁷ VPB 64.69 (FN 6).

Das systematische Auslegungselement stützt dieses Verständnis.

Das historische und das teleologische Auslegungselement bestätigen in aller Klarheit, dass das DSG auch im Verhältnis zwischen den (privaten) Parteien eines Zivilprozesses und im Verhältnis zu prozessbeteiligten Dritten nicht zur Anwendung kommen soll. Präzisierend muss jedoch ergänzt werden, dass das DSG nur im Verhältnis zu denjenigen Personen nicht zur Anwendung kommt, deren Rechtsstellung bezüglich Mitwirkungsrechte und -pflichten durch die einschlägige Zivilprozessordnung geregelt ist, d.h. nur dann, wenn die Anwendbarkeit des DSG zu einer Normenkollision mit der anwendbaren Zivilprozessordnung führen würde⁷⁸. Allerdings ist zu betonen, dass die Zivilprozessordnungen zumindest das Verhältnis zwischen den Parteien und dem Gericht und zwischen den Parteien untereinander sehr umfassend und wohl abschliessend regeln. Eine parallele Anwendbarkeit des DSG im Verhältnis zwischen den Parteien erscheint daher als ausgeschlossen.

ccc. Einschränkung in sachlicher Hinsicht

Bleibt die Frage, ob während eines Zivilprozesses, aber «ausserhalb» desselben, das DSG anwendbar sei, also ein Auskunftsersuchen weiterhin möglich wäre⁷⁹.

Nach dem Gesagten ist diese Ansicht im Grundsatz abzulehnen, zumindest soweit sie das Verhältnis zwischen den Prozessbeteiligten betrifft. Wer ein Auskunftsrecht ausserhalb des Prozesses befürwortet, verkennt, dass damit sämtliche Schutzvorkehrungen und Interessenabwägungen des (Zivilprozess-)Gesetzgebers unterlaufen würden⁸⁰. Auch die in den Prozessordnungen vorgesehenen Abläufe und Formen für das Beweisverfahren⁸¹ (Beweisantrittung, Beweiseinwendungen) würden umgangen. Sodann widerspricht diese Ansicht den Erkenntnissen aus dem historischen Auslegungselement, wonach Normenkollisionen zwischen DSG und Prozessgesetzen vermieden werden sollten. Ausserdem bezweckt das DSG gerade nicht die Beweismittelbeschaffung im Zivilprozess. Ein anderes Motiv für ein Auskunftsersuchen der einen Partei an die Gegenpartei während eines hängigen Zivilprozesses ist aber schwer vorstellbar⁸². Die Frage, wie Urkunden im Besitz der Gegenpartei in den Prozess

eingeführt werden, ist abschliessend in den Prozessgesetzen geregelt.

Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber in Art. 15 Abs. 4 DSG einen eigenen Mechanismus zur gerichtlichen Durchsetzung des Auskunftsanspruches vorsah. Es wäre unsinnig und widerspräche dem Prinzip der Verfahrensökonomie, während eines laufenden, ersten Zivilprozesses (Hauptverfahren) einen zweiten Richter darüber entscheiden zu lassen, ob gewisse Beweismittel zu einer Datensammlung gehören, ob ein Auskunftsrecht bestehe und für welche dieser Daten der Gegner allenfalls eine Einschränkung des Auskunftsrechts (Art. 9 DSG) geltend machen könnte – noch bevor der erste Richter überhaupt bestimmt hat, welche Elemente des Sachverhalts erheblich und bestritten sind und worüber demzufolge Beweis abzunehmen ist⁸³. Zudem ist nur der erste Richter in der Lage, vor dem Hintergrund des Hauptverfahrens abzuschätzen, welche Teile einer Datensammlung allenfalls relevant sind.

Unseres Erachtens sind die Ausführungen von ROSENTHAL/JÖHRI⁸⁴ daher einzuschränken und zu präzisieren. Wenn eine Partei während eines Zivilprozesses ein Auskunftsersuchen an die Gegenpartei stellt, wird das Motiv in der Regel die Ausforschung oder Beschaffung von Beweismitteln unter Umgehung der Verfahrensvorschriften der Zivilprozessordnung sein. Das war weder vom historischen Gesetzgeber gewollt noch ist dies vom Zweck des DSG gedeckt und würde zu unhaltbaren Ergebnissen führen. Könnten die Normen der anwendbaren Zivilprozessordnung einfach ausgeschaltet werden, indem das Auskunftsersuchen «ausserhalb des Prozesses» gestellt würde, käme dies einer Umgehung dieser Normen gleich. Zwischen den Parteien eines hängigen Zivilprozesses kann das DSG daher nicht anwendbar sein⁸⁵. Ausnahmen sind nur denkbar, wenn das Auskunftsersuchen thematisch unzweifelhaft nicht in Zusammenhang mit dem Streitgegenstand des hängigen Zivilprozesses steht. Im Verhältnis zu Dritten, welche in keiner Weise am Prozess beteiligt sind, und deren Rechtsstellung demnach nicht durch die einschlägige Prozessordnung geregelt ist, ist das DSG hingegen selbstverständlich anwendbar⁸⁶. Bei Personen zwischen diesen beiden Extremen – z.B.

⁷⁸ Möglicherweise meinen MAURER-LAMBROU/KUNZ (FN 7), Art. 2 N 27, dasselbe, wenn sie dem DSG nur dann die Anwendung versagen wollen, wenn das einschlägige Prozessgesetz einen «gleichwertigen Schutz» bietet.

⁷⁹ So ROSENTHAL/JÖHRI (FN 11), Art. 2 N 32.

⁸⁰ Siehe dazu die Erkenntnisse aus der teleologischen Auslegung.

⁸¹ Vgl. etwa §§ 136 ff. ZPO/ZH sowie Art. 150 ff. ZPO; siehe auch Botschaft ZPO (FN 68), 7341 f.

⁸² Immerhin sind Ausnahmen denkbar, beispielsweise, wenn ein Zivilprozess zwischen zwei Parteien auf die Bezahlung einer einzigen Rechnung beschränkt ist und das Auskunftsersuchen offensichtlich und unzweifelhaft nicht im Zusammenhang mit dem Streit um diese eine Rechnung gestellt wird.

⁸³ Vgl. § 133 ZPO/ZH und Art. 150 ZPO; siehe auch Botschaft ZPO (FN 68), 7341 f.

⁸⁴ ROSENTHAL/JÖHRI (FN 11), Art. 2 N 32.

⁸⁵ Selbst wenn man das DSG für anwendbar hielte, müsste ein solches Auskunftsersuchen als zweckwidrig und damit als rechtsmissbräuchlich (Art. 2 Abs. 2 ZGB) qualifiziert werden. Allenfalls könnte die Gegenpartei auch gestützt auf Art. 9 Abs. 3 DSG die Auskunft verweigern. Angesichts der Bestimmung von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG und in Anbetracht der Tatsache, dass das Prozessverhältnis zwischen den Parteien umfassend in der Zivilprozessordnung geregelt ist, halten wir es jedoch für richtiger, dem DSG die Anwendung überhaupt zu versagen.

⁸⁶ So beispielsweise für die von ROSENTHAL/JÖHRI (FN 11), Art. 2 N 32 erwähnte Presse.

bei Zeugen, editionspflichtigen Dritten – muss im Einzelfall aufgrund der vorne diskutierten teleologischen Überlegungen genau untersucht werden, ob das DSG anwendbar ist oder nicht. Dabei ist insbesondere zu prüfen, was das Motiv des Auskunftersuchens ist, und ob die Rechtsstellung des beteiligten Dritten – insbesondere dessen Mitwirkungsrechte und -pflichten – bezüglich des in Frage stehenden Begehrens bereits durch die anwendbare Prozessordnung geregelt ist. Pauschale Aussagen sind diesbezüglich unseres Erachtens kaum möglich.

3. Ergebnis

Auf «hängige Zivilprozesse» ist das DSG nicht anwendbar. Die «Hängigkeit» im Sinne von Art. 2 Abs. 2 lit. c DSG tritt grundsätzlich bereits mit dem Sühnbegehren ein. Das hat zur Folge, dass das DSG unter den Prozessbeteiligten – insbesondere zwischen den Parteien – nicht mehr anwendbar ist. Daher können die betroffenen Personen keine Auskunftsbegehren nach DSG an die Gegenpartei richten und die Gegenpartei ist nicht verpflichtet, solche zu beantworten. Ein Auskunftsbegehren «ausserhalb des Prozesses» gibt es – jedenfalls zwischen den Parteien – im Grundsatz nicht. Im Verhältnis zu den übrigen am Prozess Beteiligten ist die Anwendbarkeit des DSG im Einzelfall zu untersuchen.

Es erübrigt sich daher, an dieser Stelle näher zu prüfen, ob die einzelnen Voraussetzungen des Auskunftsrechts gegeben wären (Art. 8 DSG; Stichworte: Liegt überhaupt eine Datensammlung vor? Ist der Prozessgegner als Inhaber der Datensammlung zu qualifizieren?). Ebenfalls nicht zu untersuchen ist, ob allenfalls Gründe bestünden, um die Auskunft zu verweigern, zu beschränken oder aufzuschieben (Art. 9 DSG).

Aux termes de l'art. 8 de la loi sur la protection des données (LPD), toute personne peut demander au maître d'un fichier si des données la concernant sont traitées. Les renseignements sont, en règle générale, fournis gratuitement et par écrit, sous forme d'imprimé ou de photocopie.

Occasionnellement, des personnes tentent de se servir du droit d'accès pour récolter des preuves dans le cadre de procédures civiles, malgré l'inapplicabilité de cette loi aux procédures civiles pendantes, conformément à l'art. 2 al. 2 let. c LPD. La portée concrète de cet article est toutefois peu claire et en partie controversée.

L'interprétation des dispositions pertinentes et l'étude de la doctrine et de la jurisprudence révèle, de l'avis des auteurs, que la LPD n'est plus applicable entre les parties à la procédure dès le dépôt d'une requête de conciliation. En effet, dans le cas contraire, les règles de procédure civile relatives aux droits et devoirs de participation des parties pourraient être éludées et une partie à la procédure pourrait se faire une idée des preuves à disposition de l'autre partie hors du cadre de la procédure en tant que telle. En ce qui concerne les autres personnes concernées par une procédure civile, l'applicabilité de la LPD doit être examinée au cas par cas.

(trad. LT LAWANK, Berne)