



A2012.11.05-0015 / 2012-00215

Bern, 15. Oktober 2012

## **Empfehlung**

**gemäss**

**Art. 29 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG),**

**betreffend**

**Übermittlung von Mitarbeiterdaten (inklusive ehemalige Mitarbeitende und externe Dritte) durch die HSBC Private Bank Suisse SA (HSBC) an US-Behörden**

### **I.**

**Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:**

#### **1. Genereller Sachverhalt:**

Mehrere Schweizer Banken haben im Rahmen von laufenden Verhandlungen mit den US-Behörden sehr grosse Mengen an Dokumenten, die das Geschäft mit US-Kunden betreffen, an die dortigen Behörden übermittelt. In den Unterlagen sind auch die Namen von aktuellen und ehemaligen Mitarbeitenden sowie Dritten enthalten. Mehrere dieser betroffenen Personen haben sich an den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) gewandt. Der EDÖB war damals davon ausgegangen, dass es sich bei diesen Übermittlungen um eine einmalige Angelegenheit handelte und hat demzufolge die betroffenen Personen, die sich an ihn gewandt haben, über ihre Rechtsansprüche gemäss DSG informiert. Weiter wurden sowohl eine der betroffenen Banken, wie auch die Schweizerische Bankiervereinigung und die Vereinigung der Schweizer Privatbankiers schriftlich an die Einhaltung der Datenschutzprinzipien erinnert.

Nachdem bekannt wurde, dass weitere Datenübermittlungen durch die Banken vorgenommen werden, hat der EDÖB zur Klärung der datenschutzrechtlichen Fragen am 17. August 2012 eine Sachverhaltsabklärung gemäss Art. 29 DSG eingeleitet und die betroffenen 11 Banken aufgefordert, bis zum Abschluss des Verfahrens keine weiteren Perso-



nendaten ausserhalb von konkreten Amts- bzw. Rechtshilfeverfahren mehr zu übermitteln.

- 1.1. Von sechs der betroffenen Banken erhielt der EDÖB dann die Bestätigung, dass bisher keine Übermittlungen von Personendaten an US-Behörden stattgefunden haben und auch keine solchen geplant seien bis zum Abschluss der Sachverhaltsabklärung.
- 1.2. Von den fünf anderen Banken kam die Antwort, dass Personendaten an US-Behörden geliefert worden seien, dass aber bis zu einem Gespräch mit dem EDÖB keine weiteren Lieferungen erfolgen würden.
- 1.3. In der Weiterführung seiner Sachverhaltsabklärung hat der EDÖB, mit Schreiben vom 24. August 2012, die Banken einerseits angewiesen Unterlagen (sämtliche relevante Korrespondenz mit den betroffenen Bundesämtern und den US-Behörden, Informationsschreiben an die Mitarbeitenden, Datenbearbeitungsreglemente, etc.) zuzustellen und andererseits Fragen (u.a. betreffend Rechtfertigungsgrund, Information der Mitarbeitenden, Auskunftsrecht, etc.) zu beantworten.
- 1.4. Im Rahmen seiner Abklärungen hat der EDÖB zwischen dem 29. August und dem 3. September 2012 mit dem Staatssekretariat für internationale Finanzfragen (SIF), der Finanzmarktaufsicht (FINMA) und dem Bundesamt für Justiz (BJ) Gespräche geführt. In diesen wurden dem EDÖB die Überlegungen erläutert, die zu den Beschlüssen des Bundesrates betreffend Kooperation der Banken mit US-Behörden geführt haben. Eine Übersicht über die erläuterten Schritte findet sich auf der Homepage des SIF unter <http://www.sif.admin.ch/themen/00502/00783/index.html?lang=de>.
- 1.5. Am 4. September 2012 wurden die betroffenen Banken durch den EDÖB empfangen. Dieser hat die Banken zum Schutz der betroffenen Personen als erste Massnahme zu einem transparenten Verhalten gegenüber den Mitarbeitenden angehalten. Dementsprechend haben sich die Banken mit Schreiben vom 6. September 2012 verpflichtet, während der laufenden Abklärungen, die Mitarbeitenden vor jeder weiteren Dokumentenlieferung an US-Behörden zu informieren, falls darin Namen von Mitarbeitenden enthalten sein sollten. Die Information hat in geeigneter Weise zu erfolgen. Insbesondere muss sie anführen, welche Kategorien von Dokumenten den US-Behörden offengelegt werden und aus welchem Zeitraum diese Dokumente stammen. Die jeweilige Bank hat dann den Mitarbeitenden eine angemessene Frist vor einer Dokumentenlieferung zu gewähren, um Auskunft darüber zu verlangen, ob ihr Name in den offenzulegenden Dokumenten vorkommt. Sie können ebenfalls Einsicht in die sie betreffenden Teile der Dokumente verlangen. Will eine Bank trotz eines allfälligen Widerspruchs eines Mitarbeitenden Dokumente ohne Abdeckung von dessen Namen liefern, hat sie auf eigene Verantwortung eine entsprechende Interessenabwägung vorzunehmen. Dies bedeutet, die Banken tragen damit weiterhin die volle zivilrechtliche Verantwortung für jede Übermittlung von Mitarbeiterdaten an die US-Behörden. Aufgrund dieser Verpflichtung beantragte der EDÖB keine vorsorglichen Massnahmen beim Bundesverwaltungsgericht.
- 1.6. Die betroffenen Banken haben die verlangten Dokumente geliefert und auf die entsprechenden Fragen geantwortet. In den Fällen, in denen die Unterlagen nicht aus-



reichten, um die Sachverhaltsfeststellung durchzuführen, wurde zudem ein Augenschein vor Ort durchgeführt.

## 2. Sachverhalt die einzelne Bank betreffend:

Die HSBC reichte dem EDÖB mit Datum vom 24. August und vom 10. September die verlangten Unterlagen ein und beantwortete den Fragekatalog. Nach der Auswertung der Unterlagen und Fragen lässt sich der Sachverhalt somit wie folgt feststellen:

- 2.1. Die Bank hat aufgrund eines Schreibens des Departement of Justice (DOJ) Geschäftsunterlagen zum US-Geschäft, in denen Mitarbeiternamen und Namen von Dritten enthalten waren, übermittelt. Dieser Schritt sei unternommen worden, da sich die Bank durch unkooperatives Verhalten zweifellos erheblichen Risiken ausgesetzt hätte.
- 2.2. In einem ersten Schritt seien alle Dokumente nur über Amts- und Rechtshilfeverfahren übermittelt worden. Bis vor dem 4. April 2012 waren somit sämtliche Personendaten in den Dokumenten geschwärzt. Diese Unterlagen hätten den Forderungen der US-Behörden jedoch nicht genügt, weshalb in einem zweiten Schritt, ab dem 4. April 2012, den US-Behörden dann Personendaten von Mitarbeitenden und Dritten übermittelt worden seien. Zuerst sei der Index der anonymisierten Personen übermittelt worden. Die US-Behörden hätten sich jedoch geweigert, die Dokumente in diesem Rahmen zu akzeptieren, weshalb Ende Mai 2012 die gleichen Dokumente ohne Abdeckung der Mitarbeiterdaten übermittelt worden seien.
- 2.3. Die Unterlagen, die an die US-Behörden übermittelt worden seien, hätten verschiedene Kategorien von Dokumenten enthalten. Die HSBC habe mit Hilfe ihrer US-Anwälte die Kategorien der Dokumente selektioniert, die von den US-Behörden verlangt worden seien. Danach seien die Dokumente durch die US-Kanzlei gesichtet und auf die relevanten Dokumente reduziert worden. Es seien weder besonders schützenswerten Daten noch Persönlichkeitsprofile übermittelt worden.
- 2.4. Für die Information habe die HSBC eine Hotline und eine E-Mail Adresse eingerichtet, mittels derer die Mitarbeitenden sich melden konnten, wenn sie wissen wollten, ob sie in den übermittelten Unterlagen erscheinen. Sie hätten danach einen Termin abmachen können, um die Unterlagen, die ihren Namen enthalten, durchzuschauen. Die Mitarbeitenden seien über diese Möglichkeiten durch zwei E-Mails, die an alle Mitarbeitenden versendet wurden, informiert worden. Zwischen dem 19. April und dem 14. August 2012 habe die Bank 5 E-Mails versendet, die über den Ablauf dieses Prozesses informiert hätten. Bei zukünftigen Übermittlungen würden nur die tatsächlich betroffenen Personen informiert werden.
- 2.5. Da sich der Sachverhalt aus den Informationen, die die HSBC dem EDÖB zugestellt hatte, nicht vollständig und klar feststellen liess, führte der EDÖB am 25. September 2012 einen Augenschein bei der Bank vor Ort durch. Empfangen wurde der EDÖB durch die zuständigen Personen der Bank sowie der von HSBC beigezogenen Anwaltskanzlei. Die Fragen des EDÖB bezogen sich vor allem auf die Triage der Dokumente, die Information der Mitarbeitenden und das Auskunftsrecht. Die HSCB



bzw. die zuständige Person, stellte mittels einer Präsentation den Prozess zur Auswahl der übermittelten Daten vor.

- 2.6. Aufgrund der Forderung des DOJ hätten zuerst US-Anwälte angegeben, welche Dokumente relevant seien. HSBC selektionierte mit Hilfe von Suchwörtern die Dokumente. Es würde sich sowohl um elektronische Dokumente, wie auch um Archivdaten auf Papier handeln. Die Dokumente seien sodann vor allem manuell bearbeitet worden. Nicht für das US-Geschäft relevante Daten seien geschwärzt (auch einzelne Passagen) worden. Alle Kundendaten seien anonymisiert worden (betrifft alle Daten, die direkt oder indirekt dazu führen könnten, dass der Kunde identifiziert werden kann). Sämtliche ehemalige und jetzige Mitarbeitende und Dritte seien markiert und mit einem Code in einer internen Datensammlung abgelegt worden. Dieser Vorgang würde der Identifizierung und der Suche von Dokumenten dienen, wenn betroffene Personen ihr Auskunftsrecht geltend machen wollen. Alle relevanten Dokumente befänden sich in einer relationalen Datenbank. Auf diese Datenbank hätten drei Personen einer Consulting Firma Zugriff. Gearbeitet werde mit dem Relativity System. In allen Phasen seien verschiedene Stufen des Controlling und Quality Checks vorgesehen worden. Involviert in das Verfahren waren und seien eine US-Kanzlei, eine Schweizer Anwaltskanzlei und zwei Consulting Firmen. Die Unterlagen würden alle intern bei der HSBC in einem separaten, geschlossenen IT-System bearbeitet. Die finale Version der zu übermittelnden Dokumente sei verschlüsselt und via FTP auf ein separates System für die Speicherung auf CD kopiert worden. Diese sei danach per US-Anwälte ans DOJ geliefert worden.
- 2.7. Die Information an die Mitarbeitenden über die Übermittlung von Dokumenten an die US-Behörden sei per E-Mail erfolgt. Weiter seien dann an bisher 12 Anlässen die Übermittlungen genauer erläutert worden. Personen, die von den Übermittlungen stärker betroffen waren, seien detaillierter informiert worden, als Personen, die nicht direkt ins US-Geschäft involviert gewesen sind.
- 2.8. Den betroffenen Personen werde das Auskunftsrecht insofern gewährt, als dass sie sich über ein Helpdesk melden können, um anzufragen, ob ihr Name in den übermittelten Unterlagen vorkommt. Sei dies der Fall, können sie einen Termin abmachen, um danach Auskunft über sämtliche Dokumente, die ihren Namen enthalten, zu erhalten. Dafür wird eigens ein Batch (elektronische Datensammlung) kreiert, in dem nur diese Daten gespeichert werden können und für die betroffenen Person zur Einsicht bereit gestellt werden. Die Einsicht wird in den geschützten Räumlichkeiten in Genf, Zürich und Lugano gewährt. Betroffenen Personen aus dem Ausland können sich nur telefonisch erkunden.

Kopien der Unterlagen wurden und werden keine herausgegeben, da es sich gemäss der Bank um vertrauliche Geschäftsunterlagen handelt.

Sämtliche Dokumente, die den Namen einer betroffenen Person enthalten, seien genau so gezeigt worden, wie sie übermittelt wurden. Dies bedeute aber auch, dass nur die nicht relevanten Daten und die Kundendaten abgedeckt worden seien, nicht aber die Daten von Dritten (zum Beispiel weitere Mailempfänger). Dem EDÖB wurde der entsprechende Raum und das System vorgeführt, in welchem die Dokumente gesichtet werden können.



Bis zum Zeitpunkt des Augenscheins habe es 1440 Anfragen gegeben. Von diesen hätten 670 keine Treffer ergeben. Unter den 770 Personen, die in den Unterlagen erwähnt seien, befänden sich 480 Mitarbeitende und 282 externe Personen. Je ca. 80% beider Gruppen hätten die Unterlagen bei HSBC vor Ort eingesehen. Der Prozess von der Anfrage bis zum Termin würde ca. 10 Tage dauern.

## II.

### **Erwägungen des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten:**

1. In den Dokumenten, die von den Banken an die US-Behörden übermittelt wurden, sind Namen und Vornamen, E-Mail Adressen und Telefonnummern von aktiven und ehemaligen Mitarbeitenden sowie externen Dritten aufgeführt. Diese Daten beziehen sich auf bestimmte Personen. Es handelt sich somit um Personendaten gemäss Art. 3 Bst. a DSG. Werden diese Personendaten zugänglich gemacht, das heisst wird Einsicht gewährt, werden sie weitergegeben oder veröffentlicht, handelt es sich um eine Bekanntgabe nach Art. 3 Bst. f DSG. Die Personendaten wurden durch die Bank an US-Behörden übermittelt. Dies stellt eine Bekanntgabe dar.
2. Die Voraussetzungen für das Eröffnen einer Sachverhaltsabklärung sind gegeben, da die Bearbeitungsmethoden grundsätzlich geeignet sind, die Persönlichkeit einer grösseren Anzahl von Personen zu verletzen (Art. 29 Abs. 1 Bst. a DSG). Der EDÖB ist dazu berechtigt, den Sachverhalt näher abzuklären und gestützt auf Art. 29 Abs. 3 DSG zu empfehlen, die Datenbearbeitung zu ändern, einzustellen oder zu unterlassen.

### **Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung/Rechtfertigungsgrund**

3. Wer gemäss Art. 12 DSG Personendaten bearbeitet, darf dabei die Persönlichkeit der betroffenen Personen nicht widerrechtlich verletzen. Er darf dabei insbesondere nicht Personendaten entgegen den Grundsätzen der Artikel 4, 5 Abs. 1 und 7 Abs. 1 DSG bearbeiten. Zudem dürfen Personendaten nach Art. 6 DSG nicht ins Ausland übermittelt werden, wenn die Möglichkeit einer Persönlichkeitsverletzung besteht, namentlich weil eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleistet. Im vorliegenden Fall wurden Dokumente, die Personendaten wie Namen, Vornamen, E-Mail
4. Adressen und Telefonnummern von aktiven und ehemaligen Mitarbeitenden, sowie externen Dritten enthalten, durch die Banken an die US-Behörden übermittelt. Es stellt sich somit die Frage, ob durch dieses Vorgehen eine Persönlichkeitsverletzung stattgefunden hat und ob diese allenfalls durch einen Rechtfertigungsgrund nach Art. 13 DSG gerechtfertigt werden kann. Zudem muss untersucht werden, ob eine der Voraussetzungen gemäss Art. 6 Abs. 2 DSG vorliegt, unter welcher Personendaten auch in ein Land übermittelt werden können, das keinen angemessenen Datenschutz gewährleistet.
5. Eine Verletzung der Persönlichkeit ist gemäss Art. 13 DSG widerrechtlich, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist. Eine Einwilligung der betroffenen Personen sowie eine gesetzliche Grundlage liegt offensichtlich nicht vor. Grundsätzlich ist anzumerken, dass im Arbeitsbereich die Freiwilligkeit einer Einwilligung nur in Ausnahmefällen angenommen werden kann. Im vorliegenden Fall könnte klarerweise nicht von der



Freiwilligkeit der Einwilligung ausgegangen werden. Es kommen somit nur die Rechtfertigungsgründe des überwiegenden privaten oder öffentlichen Interesses in Frage.

6. Konkret macht die Bank geltend, dass ohne eine Übermittlung der Dokumente (die auch Personendaten beinhalten), wie sie von den US-Behörden gefordert wurde und wird, die wirtschaftliche Existenz der Bank bedroht wäre. Eine Anklage, wie sie von den US-Behörden angedroht wurde, würde die Bank einem erheblichen Risiko aussetzen. Als Beispiel dafür wird die kürzlich aufgelöste Bank Wegelin vorgebracht, welche im Januar 2012 von den USA angeklagt wurde. Die Bank beruft sich bei ihrer Argumentation auch auf einen früheren Bundesgerichtsentscheid, in dem das Gericht die Auffassung vertrat, dass im Falle einer damaligen Anklage gegen die UBS, dies mit hoher Wahrscheinlichkeit existenzbedrohende Folgen gehabt hätte. Wie hinlänglich bekannt sei, führe eine Anklageerhebung in den USA, unabhängig von ihrem Ausgang, für das betroffene Unternehmen zu einem nichtwiedergutzumachenden Reputations- und Vermögensverlust, der im Bankenbereich verheerende Folgen habe und rasch zu einer Überschuldung führe (BGE 137 II 431, E.4.3.1, S. 447).
7. Damit ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse angenommen werden kann, müssen gewisse Anforderungen erfüllt sein. Ob ein Rechtfertigungsgrund gegeben ist, muss aufgrund der konkreten Umstände im Einzelfall anhand einer sorgfältigen Interessensabwägung entschieden werden (Urteil der EDSK vom 21. November 1996, VPB 62.42B, E. V 1b). Als schützenswerte Interessen können hierbei alle „Interessen von allgemein anerkanntem Wert“ angesehen werden (A. Bucher, natürliche Personen, S. 536 in Basler Kommentar zum DSG Corrado Rampini zu Art. 13 DSG Rz. 22). Bei der Interessensabwägung sind insbesondere die Sensitivität der bearbeiteten Personendaten sowie das Verletzungspotential der Datenbearbeitung zu beachten.
8. Aufgrund der Schilderungen der HSBC einerseits und der verschiedenen involvierten Bundesämter andererseits, können wir das Interesse der HSBC an der Abwehr einer Strafanlage der USA grundsätzlich nachvollziehen. Welche Gefahr eine Anklage der US-Behörden für eine Bank darstellen würde, ist mittlerweile bekannt. Weiter geht aus den verschiedenen Unterlagen und Erläuterungen hervor, dass vor einer direkten Lieferung von Dokumenten ohne Schwärzung der Personendaten aktueller und ehemaliger Mitarbeitenden sowie weiterer Dritter versucht wurde, die Dokumente über Rechts- und Amtshilfverfahren zu übermitteln. Dies wurde aber von den US-Behörden nicht akzeptiert.
9. Gegen das private Interesse der Bank sind die Interessen der betroffenen Personen (ehemalige und jetzige Mitarbeitende und Dritte) abzuwägen. Diese bestehen im Schutz der Privatsphäre bzw. der persönlichen Freiheit. So besteht die Angst, durch die Übermittlung des eigenen Namens und E-Mail Adresse, in den USA allenfalls strafrechtlich belangt zu werden. Zudem besteht die Gefahr, dass betroffene Personen aufgrund dieser Übermittlung keine neue Anstellung mehr finden.
10. Die Banken machen weiter geltend, dass durch einen allfälligen Konkurs einer der betroffenen Banken, nicht nur die Bank selbst, sondern auch die Schweiz als Finanzplatz gefährdet wäre. Dies umso mehr, wenn es sich um eine systemrelevante Bank handeln würde. Zudem werde auch politisch nach einer Globallösung gesucht, die für alle Banken gelten solle. Aus diesem Grunde habe der Bundesrat den Banken auch die Bewilligung nach Art. 271 StGB für eine straflose, direkte Datenübermittlung erteilt, nachdem die vor-



herigen Datenübermittlungen im Rahmen von Amts- und Rechtshilfeverfahren von den US-Behörden nicht akzeptiert worden seien.

11. Aufgrund der Ausführungen der HSBC und der involvierten Bundesämter, können wir die Interessen der HSBC an der Abwehr einer Strafanklage der USA grundsätzlich nachvollziehen, dies auch im öffentlichen Interesse der Sicherung des schweizerischen Finanzplatzes. Welche Gefahr eine Anklage der US-Behörden für die Schweiz und den Finanzplatz darstellen kann, wurde im vorher genannten Bundesgerichtsentscheid (BGE 137 II 431) ausgeführt. Darauf gestützt kann durchaus ein öffentliches Interesse begründet werden, obschon der Sachverhalt, der dem genannten Entscheid zugrunde liegt, nur beschränkt mit der vorliegenden Übermittlung verglichen werden kann. Weiter geht aus den verschiedenen Unterlagen und Erläuterungen hervor, dass vor einer direkten Lieferung Dokumente ohne Schwärzung der Personendaten aktueller und ehemaliger Mitarbeitenden und weiterer Dritter versucht wurde, die Dokumente über Rechts- und Amtshilfeverfahren zu übermitteln. Dies wurde aber von den US-Behörden nicht akzeptiert, weshalb der Bundesrat, mit Entscheid vom 4. April 2012, den Banken erlaubte, ohne strafrechtliche Konsequenzen, ihre Geschäftsunterlagen direkt an die US-Behörden zu übermitteln. Diese Bewilligung kann aber nicht als Rechtfertigungsgrund nach DSGVO akzeptiert werden. Der Bundesrat hat, gemäss den uns vorliegenden Informationen, den Banken gegenüber ausdrücklich festgehalten, dass das Einhalten von datenschutzrechtlichen Bestimmungen auch mit dieser Bewilligung in der Verantwortung der betroffenen Banken liegt. Jedoch kann das Vorgehen des Bundesrates dahingehend gewertet werden, dass grundsätzlich ein Interesse der Regierung an einem kooperativen Verhalten der Banken zur Abwehr von Anklagen bestand, was wiederum für ein öffentliches Interesse sprechen würde. Diese Beurteilung wurde im Übrigen auch vom SIF, der FINMA und dem BJ geteilt. Demgegenüber sind aber auch die Interessen der betroffenen Personen sehr wohl vorhanden und verständlich, zumal diese teilweise weder von der Übermittlung ihrer Namen wussten, noch die Auswirkungen dieser Übermittlung abgeschätzt werden kann.
12. Gemäss Art. 6 Abs. 2 DSGVO dürfen Personendaten nur unter gewissen Voraussetzungen in ein Land bekannt gegeben werden, in welchem eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Datenschutz gewährleistet. Die USA gelten gemäss der Staatenliste des EDÖB als Land ohne angemessenen Schutz. Für eine datenschutzkonforme Übermittlung muss dementsprechend eine der Voraussetzungen nach Art. 6 Abs. 2 DSGVO erfüllt sein. Im vorliegenden Fall kommt nur die Voraussetzung des Art. 6 Abs. 2 Bst. d DSGVO in Frage. Eine Bekanntgabe ist erlaubt, wenn diese im Einzelfall entweder für die Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses oder für die Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht unerlässlich ist. Vorliegend kommt nur die Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen in Betracht. Nicht gefolgt werden kann der Argumentation der Bank betreffend die Voraussetzung der Feststellung, Ausübung oder Durchsetzung von Rechtsansprüchen vor Gericht, da es sich bisher nur um die Androhung einer allfälligen Anklage handelt und demnach nicht um die Geltendmachung oder die Verteidigung eines Anspruchs bzw. Rechts vor Gericht. Eine Einwilligung nach Abs. 2 lit. b DSGVO kommt nicht in Frage, da die Definition der freiwilligen Einwilligung im Arbeitsbereich dagegen spricht (siehe Ziffer 4). Das Vorliegen eines überwiegenden privaten Interesses kann im Rahmen von Artikel 6 Absatz 2 DSGVO nicht geltend gemacht werden.
13. Die Interessenabwägung, die hier vorliegend durch den EDÖB durchgeführt wird, bezieht sich jedoch nicht auf Einzelfälle, sondern auf die Datenübermittlung als Ganzes. In die-



sem Rahmen kann nach den Erläuterungen der involvierten Bank und der involvierten Bundesorgane von einem überwiegend öffentlichen Interesse der Banken ausgegangen werden. Nichtsdestotrotz müssen die Interessen der betroffenen Mitarbeitenden beachtet und gewichtet werden. Dabei handelt es sich vor allem um die Information der betreffenden Mitarbeitenden und um die Einsicht in die sie betreffenden Dokumente. Dies wird in den folgenden Ziffern näher erläutert. Zudem bleibt anzumerken, dass neben dieser generellen Interessenabwägung durch den EDÖB Raum für die individuelle Interessenabwägung im Einzelfall bleibt.

### **Treu und Glauben sowie Transparenzprinzip**

14. Gemäss Art. 12 Abs. 2 Bst. a DSG begeht eine Persönlichkeitsverletzung, wer Personendaten unter anderem entgegen den Grundsätzen von Art. 4 DSG bearbeitet. Zwar wurde in der vorhergehenden Ziffer ein Rechtfertigungsgrund für die Datenübermittlung bejaht, was jedoch nicht bedeutet, dass die Daten entgegen den Prinzipien des Datenschutzgesetzes bearbeitet werden dürfen. Dies gilt auch für eine Bekanntgabe ins Ausland nach Art. 6 DSG. Die Beschaffung von Personendaten und insbesondere der Zweck ihrer Bearbeitung müssen für die betroffenen Personen erkennbar sein.
15. Die Bearbeitung von Personendaten muss nach Treu und Glauben erfolgen (Art. 4 Abs. 2 DSG). Daten sollen nicht in einer Art erhoben und bearbeitet werden, mit der die betroffene Person aus den Umständen heraus nicht rechnen musste und mit der sie nicht einverstanden gewesen wäre. Gegen diesen Grundsatz verstösst beispielsweise derjenige, der Daten nicht offen bearbeitet, ohne dabei gegen eine Rechtsnorm zu verstossen (Botschaft DSG BBI 1988 II 449). Demzufolge muss eine Datenbearbeitung für die betroffenen Personen transparent erfolgen. Dies bedeutet gemäss Art. 4 Abs. 4 DSG, dass für betroffene Personen die Datenbeschaffung und jede weitere Datenbearbeitung (BSK-DSG, Urs Maurer-Lambrou/Andrea Steiner, Art. 4 N 8), der Zweck jeder (weiteren) Datenbearbeitung, die Identität des Datenbearbeiters und – bei einer Datenbekanntgabe an Dritte – die Kategorien von möglichen Datenempfängern erkennbar sein müssen (Botschaft DSG BBI 2003 2125). Auch die Beschaffung von Personendaten bei Dritten muss erkennbar sein (Botschaft DSG BBI 2003 2126).

Die Anforderungen, welche an die Erkennbarkeit gestellt werden, sind nach den Umständen sowie den Grundsätzen der Verhältnismässigkeit und von Treu und Glauben zu beurteilen (Botschaft DSG BBI 2003 2125). Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit ist zu prüfen, in welchem Mass die betroffene Person auf die wesentlichen Rahmenbedingungen der Beschaffung aufmerksam gemacht werden muss, welche Mittel dem Inhaber der Datensammlung zur Verfügung stehen, um diese Rahmenbedingungen erkennbar zu machen, und in welchem Umfang von ihm erwartet werden kann, dass er diese Mittel auch einsetzt, namentlich unter Berücksichtigung ihrer Kosten und ihrer Wirksamkeit.

16. Die HSBC hat bei der ersten Übermittlung die Mitarbeitenden erst im Nachhinein informiert. Bei allen weiteren Übermittlungen wurden die Mitarbeitenden im Voraus informiert. Die Bank hat sich zudem am 6. September 2012 gegenüber dem EDÖB verpflichtet, während der laufenden Sachverhaltsabklärung die Mitarbeitenden im Voraus über eine Datenübermittlung zu informieren. Damit kann sie dem Transparenzprinzip nachkommen. Für zukünftige Datenübermittlungen muss die Bank somit weiterhin die Mitarbeitenden





vorzeitig über den Umfang und die Art der Dokumente, sowie den Zeitraum, aus dem sie stammen, informieren. Diese Information hat mit einer angemessenen Frist vor einer jeweiligen Übermittlung zu erfolgen. Zudem muss die Information so erfolgen, dass sie geeignet ist, die potentiell betroffenen Personen zu erreichen.

17. Des Weiteren stellt sich die Frage, wie die Information an ehemalige Mitarbeitende und externe Dritte zu erfolgen hat. Diese haben gemäss DSG grundsätzlich das gleiche Anrecht auf Information wie aktuelle Mitarbeitende. Soweit zumutbar, müssen demnach sämtliche Personen vor einer Übermittlung informiert werden, die von dieser betroffen sind.

### **Auskunftsrecht**

18. Gemäss Art. 8 DSG kann jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob und welche Daten über sie bearbeitet werden.
19. Gemäss Art. 3 Bst. g DSG gilt als Datensammlung jeder Bestand von Personendaten, der so aufgebaut ist, dass die Daten nach betroffenen Personen erschliessbar sind. Eine Datensammlung im Sinne des Gesetzes ist ein Bestand von Daten, der auf mehr als eine Person Bezug nimmt. Sie kann ganz unterschiedlich organisiert und aufgebaut sein. Datenschutzrechtlich entscheidend ist, dass die zu einer bestimmten Person gehörenden Daten auffindbar sind (Botschaft DSG, BBl 1988 II 447).
20. Den betroffenen Personen ist demnach das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG zu gewähren. Einschränkungen können unter den Voraussetzungen von Art. 9 DSG durch die Bank geltend gemacht werden, z.B. dass überwiegende Interessen von Dritten vorliegen. Diese Einschränkung müsste jedoch im Einzelfall durch die Bank begründet werden.
21. In Art. 8 Abs. 5 DSG heisst es, dass die Auskunft in der Regel schriftlich, in Form eines Ausdrucks oder einer Fotokopie sowie kostenlos zu erteilen ist. Die Bank gibt jedoch grundsätzlich keine Kopien der gesichteten Dokumente ab. Es handelt sich um eine Frage der Modalität des Auskunftsrechts nach Art. 1 der Verordnung zum Datenschutzgesetz (VDSG, SR 235.11). Darin heisst es in Abs. 3, dass im Einvernehmen mit dem Inhaber der Datensammlung oder auf dessen Vorschlag hin, die betroffene Person ihre Daten auch an Ort und Stelle einsehen kann. Die Bank macht geltend, dass aufgrund der Sensitivität der Dokumente betreffend Bank- und Kundengeheimnis keine Kopien abgegeben werden können. Zudem würde ein Abgeben von Kopien den allgemeinen Sicherheitsregeln der Bank widersprechen. Der EDÖB kann dieser Argumentation insofern folgen, als dass es beim Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG vor allem darum geht, dass die betroffenen Personen Zugang zu allen Dokumenten und Informationen haben, die ihre Person betreffen. Gleichzeitig sprechen allenfalls andere gesetzliche Grundlagen, wie das Bankgeheimnis nach Bankengesetz, gegen eine Abgabe von Kopien. Zudem dürfte es den Mitarbeitenden gemäss Vertrag und internen Weisungen klar sein, dass sie grundsätzlich keine Kopien von internen Dokumenten nach Hause nehmen dürfen.



22. Betreffend bisherige Übermittlungen ist demnach hier festzuhalten, dass den betroffenen Personen das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG, in die über sie bearbeiteten Daten, vollumfänglich zu gewähren ist.
23. Für die zukünftigen Übermittlungen gilt folgendes Vorgehen: Durch eine vorgehende Information der Mitarbeitenden wie sie in Ziffer 13 ff. beschrieben wird, hat die betroffene Person die Möglichkeit, über die sie betreffenden Daten Auskunft zu verlangen. Dabei muss sie Zugang zu sämtlichen Dokumenten erhalten, die Daten über sie enthalten. Will die Person nach dieser Auskunft gegen die Übermittlung ihrer Daten opponieren, muss die Bank nochmals eine auf den Einzelfall bezogene Güterabwägung durchführen. Will die Bank danach die Dokumente trotzdem ohne Schwärzung des Namens übermitteln, muss die HSBC die betroffene Person darüber informieren und über seine Rechte aufklären. Damit bleibt der betroffenen Person die Möglichkeit, ihre Rechte wahrzunehmen.
24. Der tatsächlich erfolgte Antrag für vorsorgliche Massnahmen eines Mitarbeiters von einer der involvierten Banken bei einem Gericht in Genf zeigt, dass durch eine vorgehende Information durch die Bank, dem Mitarbeitenden die Möglichkeit bleibt, seine individuellen Rechte wahrzunehmen.

### III.

#### **Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte:**

1.

In Bezug auf die bereits erfolgten Datenlieferungen gewährt die HSCB den betroffenen Personen (aktuelle und ehemalige Mitarbeitende sowie externe Dritte) das Auskunftsrecht gemäss Artikel 8 DSG im Sinne der Erwägungen.

2.1

In Bezug auf jede zukünftige Datenlieferung an US-Behörden informiert die HSBC gemäss Art. 4 Abs. 2 und 4 DSG im Voraus die betroffenen Personen über Umfang und Art der Dokumente, die übermittelt werden sollen sowie über den Zeitraum aus dem sie stammen. Bei ehemaligen Mitarbeitenden und externen Dritten hat die HSBC diese Information vorzunehmen, sofern dies mit einem verhältnismässigen Aufwand möglich ist.

2.2

Die HSBC gewährt den betroffenen Personen eine angemessene Frist, um gemäss Art. 8 DSG Auskunft über sämtliche, sie betreffende Dokumente zu erhalten.

2.3

Spricht sich eine betroffene Person gegenüber der HSBC gegen die Übermittlung von Dokumenten aus, die ihren Namen enthalten, so nimmt die HSBC eine Interessenabwägung für den konkreten Einzelfall vor. Will die HSBC dann die Dokumente trotzdem ohne Schwärzung des Namens übermitteln, muss sie die betroffene Person darüber informieren und über ihre Rechte aufklären.



Die HSBC teilt dem EDÖB innerhalb von 14 Tagen ab Erhalt dieser Empfehlung mit, ob sie die Empfehlung annimmt oder ablehnt. Wird diese Empfehlung nicht befolgt oder abgelehnt, so kann der EDÖB die Angelegenheit dem Bundesverwaltungsgericht zum Entscheid vorlegen (Art. 29 Abs. 4 DSG).

Es ist vorgesehen, dass die vorliegende Empfehlung in Anwendung von Art. 30 Abs. 2 DSG publiziert wird.

**Eidgenössischer Datenschutz- und  
Öffentlichkeitsbeauftragter**

Hanspeter Thür