

# Dokumentenherausgabe nach FIDLEG vs. datenschutzrechtliche Auskunftserteilung

Cornelia Stengel\* | Luca Stäuble\*\*

*The claim for disclosure according to FinSA is supposed to enable the customer to obtain evidence to effectively enforce his or her rights from the contractual relationship with the financial service provider. The right to request information according to FADP is meant to en-*

*able the data subject to control his or her personal data and thus to protect and enforce his or her personal rights. However, the two instruments differ not only in their purpose, but also in practically all aspects examined, even if only slightly in some cases.*

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Normzweck
  - 1. FIDLEG
  - 2. Datenschutz
- III. Normadressaten
  - 1. FIDLEG
  - 2. Datenschutz
- IV. Gegenstand
  - 1. FIDLEG
  - 2. Exkurs: Dokumentations- und Rechenschaftspflicht nach Art. 15 f. FIDLEG
  - 3. Datenschutz
- V. Modalitäten des Gesuchs
  - 1. FIDLEG
  - 2. Datenschutz
- VI. Modalitäten der Herausgabe bzw. Auskunftserteilung
  - 1. FIDLEG
  - 2. Datenschutz
- VII. Schranken
  - 1. FIDLEG
  - 2. Datenschutz
- VIII. Ergebnis der Gegenüberstellung

## I. Einleitung

Am 1. Januar 2020 ist das Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG) in Kraft getreten. Das Gesetz bezweckt insbesondere den Schutz der Kundinnen und Kunden von Finanzdienstleistern (Art. 1 Abs. 1 FIDLEG). Es enthält – neben Verhaltensregeln (Art. 7 ff.) und organisatorischen Massnahmen (Art. 21 ff.) – Regelungen, welche der erleichterten Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche der Kun-

dinnen und Kunden gegenüber ihren Finanzdienstleistern dienen sollen.<sup>1</sup> Hierzu gehört unter anderem der Herausgabeanspruch nach Art. 72 Abs. 1 FIDLEG, wonach der Kunde<sup>2</sup> jederzeit Anspruch hat auf Herausgabe einer Kopie seines Dossiers sowie sämtlicher weiteren ihn betreffenden Dokumente, die der Finanzdienstleister im Rahmen der Geschäftsbeziehung erstellt hat.

Der Anspruch des Kunden gegenüber seinem Finanzdienstleister auf die Herausgabe von gewissen ihn betreffenden Informationen stellt an sich kein Novum dar:

- Im Regelfall, wo das Rechtsverhältnis zwischen Kunde und Finanzdienstleister als Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. OR qualifiziert, unterliegt der Finanzdienstleister (als Beauftragter) der gesetzlichen Rechenschafts- und Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR.
- Dem Kunden steht ausserdem – unabhängig von der Qualifikation des Rechtsverhältnisses – das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSGVO zu. Dieses hat im Rahmen der verabschiedeten Totalrevision des Datenschutzgesetzes<sup>3</sup> einige Anpassungen erfahren und ist neu in Art. 25 revDSG verankert.

<sup>1</sup> Botschaft des Bundesrats zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015 8901–9092, 8941.

<sup>2</sup> Zugunsten der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden auf die gleichzeitige Verwendung von männlicher und weiblicher Sprachform verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für jedes Geschlecht.

<sup>3</sup> Geschäft-Nr. 17.059; der Schlussabstimmungstext ist abrufbar unter: <<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20170059/Schlussabstimmungstext%203%20NS%20D.pdf>> (zuletzt besucht am 9. Oktober 2020). Das Gesetz untersteht dem fakultativen Referendum. Mit dem Inkrafttreten des neuen Datenschutzgesetzes ist daher voraussichtlich nicht vor dem 1. Januar 2022 zu rechnen.

\* Prof. Dr. iur. Cornelia Stengel, Rechtsanwältin, Zürich.

\*\* MLaw Luca Stäuble, Rechtsanwalt, Zürich.

Mit dem Herausgabeanspruch nach Art. 72 Abs. 1 FIDLEG ist nunmehr eine weitere (spezialgesetzliche) Anspruchsgrundlage dazu gekommen. Finanzdienstleister haben neu also Herausgabe- bzw. Auskunftsbegehren zu gewärtigen, die sich auf drei unterschiedliche Rechtsgrundlagen stützen können. Die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Form diese Begehren zu beantworten sind, setzt ein umfassendes Verständnis sowohl der einzelnen Anspruchsgrundlagen als auch ihres Verhältnisses zueinander voraus.

Dieser Beitrag stellt nachfolgend die Anspruchsgrundlagen gemäss FIDLEG und DSGVO bzw. revDSG einander gegenüber und vergleicht den Normzweck, die Normadressaten, den Gegenstand, die Modalitäten und die Schranken. Abschliessend wird ein Fazit der Gegenüberstellung gezogen.

## II. Normzweck

### 1. FIDLEG

Das FIDLEG bezweckt, wie einleitend ausgeführt, insbesondere den Schutz der Kunden von Finanzdienstleistern (Art. 1 Abs. 1 FIDLEG). Dieser Schutz setzt gemäss Botschaft effektive Instrumente und Mittel zur Rechtsdurchsetzung voraus, weil erst die Durchsetzbarkeit des materiellen Rechts die Einhaltung und Anwendung gesetzlicher oder vertraglicher Verpflichtungen gewährleistet.<sup>4</sup> Hierzu wurden die Regelungen des 4. Titels (Art. 72 f.; «Herausgabe von Dokumenten») und des 5. Titels (Art. 74–86; «Ombudsstellen») in das neue Gesetz aufgenommen; sie sollen die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche der Kunden gegenüber den Finanzdienstleistern erleichtern und damit zu einem besseren Kundenschutz beitragen.<sup>5</sup>

Dieser Zweck gilt weiterhin, obwohl das Parlament im Laufe des Gesetzgebungsprozesses die Wendung «Erleichterung der Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche» aus dem Zweckartikel des bundesrätlichen Gesetzesentwurfs gestrichen hat. Denn diese Streichung erfolgte – wie sich aus der parlamentarischen Debatte ergibt – lediglich im Sinne einer «Konzeptabstimmung», weil die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) entgegen dem bundes-

rätlichen Entwurf in einer separaten Vorlage behandelt werden sollte.<sup>6</sup> Materielle Auswirkungen auf den Normzweck des FIDLEG hat die Streichung deshalb nicht. Den 4. und 5. Titel des Gesetzes – und damit insbesondere auch den Herausgabeanspruch nach Art. 72 f. FIDLEG – hat das Parlament denn auch wie vom Bundesrat vorgeschlagen verabschiedet.

Die Einführung des Herausgabeanspruchs nach Art. 72 f. FIDLEG erfolgte gestützt auf die Überlegung, dass eine effektive Rechtsdurchsetzung ausreichende Kenntnis über die Geschäfts- und Rechtsbeziehung zwischen dem Kunden und seinem Finanzdienstleister voraussetze und dabei den Dokumenten, welche der Finanzdienstleister im Rahmen seiner Tätigkeit für den Kunden erstellt, eine zentrale Bedeutung zukomme.<sup>7</sup> Zu einer effektiven Rechtsdurchsetzung gehört auch, dass der Kunde in der Lage ist, anhand der relevanten Unterlagen seine (Prozess-) Risiken abzuschätzen.<sup>8</sup> Dem Kunden sollte ein Anspruch auf Herausgabe derjenigen Dokumente eingeräumt werden, für welche eine Informations- bzw. Dokumentationspflicht besteht und die für die Überprüfung des vertrags- und gesetzeskonformen Verhaltens des Finanzdienstleisters relevant sind.<sup>9</sup> Im Ergebnis zielt die Bestimmung damit auf eine Erleichterung der Beweismittelbeschaffung des Kunden mit Blick auf eine potentielle Zivilklage gegen den Finanzdienstleister.<sup>10</sup>

Die Einführung des Herausgabeanspruchs sollte – so suggeriert es die Botschaft – eigentlich nur den Schutz jener Kunden verbessern, die sich mangels auftragsrechtlicher Beziehung zu ihrem Finanzdienstleister nicht bereits auf die gesetzliche Rechenschaftspflicht gemäss Art. 400 Abs. 1 OR berufen können;

<sup>6</sup> Amtliches Bulletin des Ständerats vom 14. Dezember 2016, Finanzdienstleistungsgesetz und Finanzinstitutsgesetz, 1160.

<sup>7</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG 2015 (Fn. 1), 8924.

<sup>8</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG 2015 (Fn. 1), 8996.

<sup>9</sup> Vgl. Botschaft FIDLEG/FINIG 2015 (Fn. 1), 8995.

<sup>10</sup> Vgl. etwa auch *Rolf Sethe/Moritz Seiler*, Dokumentation und Rechenschaft im geplanten FIDLEG, in: Robert Waldburger/Peter Sester/Christoph Peter/Charlotte M. Baer (Hrsg.), *Law & Economics*, Festschrift für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, 437, die von einer «pre-trial discovery schweizerischer Eigenart» sprechen; *Nicolas Dommer*, Die Auskunftspflichten der Bank gegenüber Vermögensverwaltungskunden, Diss. Universität St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2018, N 349; *Thomas Jutzi/Ksenia Wess*, Die neuen Pflichten im Execution-only-Geschäft: Zusammenspiel von FIDLEG und OR, SZW 2019, 589 ff., 614.

<sup>4</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG 2015 (Fn. 1), 8924.

<sup>5</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG 2015 (Fn. 1), 8941.

insoweit sollte mit der Einführung des Herausgabeanspruchs gemäss Art. 72 FIDLEG eine «Lücke des Kundenschutzes» geschlossen werden.<sup>11</sup> Allerdings schränkt die neue Bestimmung die Anspruchsberechtigung nicht explizit ein, weshalb Kunden, welche zu ihrem Finanzdienstleister in einem Auftragsverhältnis stehen, unseres Erachtens wählen können, ob sie ihren Rechenschaftsanspruch auf der Grundlage des Auftragsrechts oder derjenigen des Finanzdienstleistungsgesetzes geltend machen wollen.<sup>12</sup>

## 2. Datenschutz

Anders als Art. 72 FIDLEG bezwecken Art. 8 DSGVO bzw. Art. 25 f. revDSG gerade nicht, dem Kunden die Beweismittelbeschaffung mit Blick auf einen Zivilprozess zu erleichtern.<sup>13</sup> Das zeigt sich insbesondere darin, dass der Inhaber der Datensammlung bzw. neu der Verantwortliche nicht zur Auskunft gegenüber der betroffenen Person verpflichtet ist, sobald ein (Gerichts-)Verfahren geführt wird.<sup>14</sup> Ab diesem Zeitpunkt gelten für die Bearbeitung von Personendaten die entsprechenden Vorschriften des jeweils anwendbaren Verfahrensrechts, und das DSGVO tritt zurück (Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO bzw. Art. 2 Abs. 3 revDSG). Hier bedarf es keines Schutzes durch das DSGVO, weil den Persönlichkeitsrechten der betroffenen Personen in den anwendbaren Verfahrensrechten durch spezialgesetzliche Vorschriften Rechnung getragen wird (z.B. durch Anhörungs-, Akteneinsichts-, Mitwirkungs- oder Zeugnisverweigerungsrechte).<sup>15</sup>

Zwar erachtet das Bundesgericht die Beschaffung von Beweismitteln auf der Grundlage des datenschutzrechtlichen Auskunftsrechts auch im Vorfeld eines Gerichtsverfahrens als «verpönt» und «zweckwidrig» und damit grundsätzlich als «rechtsmissbräuchlich», sofern dieses einzig dazu ausgeübt wird, «die (spätere) Gegenpartei auszuforschen und Beweise zu beschaffen, an die eine Partei sonst nicht gelangen könnte».<sup>16</sup> Allerdings bilde «die Gefahr, dass ein datenschutzrechtliches Auskunftsbegehren zu einer verpönten Beweisausforschung des späteren Prozessgegners missbraucht werden könnte», *per se* noch keinen Grund, um den Geltungsbereich des Datenschutzgesetzes einzuschränken.<sup>17</sup> Insofern schränkt die blossе Aussicht auf ein künftiges Gerichtsverfahren den Geltungsbereich des DSGVO und damit den Auskunftsanspruch nicht ein.<sup>18</sup> Eine Einschränkung gestützt auf Art. 9 DSGVO bzw. Art. 26 revDSG lässt sich zudem in vielen Fällen nicht durchsetzen, weil der Auskunftsanspruch – unter dem Vorbehalt des Rechtsmissbrauchsverbots – keinen Interessennachweis voraussetzt;<sup>19</sup> selbst «blosse Neugier» reicht aus.<sup>20</sup> Es ist am Inhaber der Datensammlung bzw. am Verantwortlichen, zu beweisen, dass die betroffene Person mit ihrem Auskunftsbegehren datenschutzwidrige Zwecke verfolgt oder ein Dritter bzw. er selbst überwiegende Interessen hat, was in der Praxis regelmässig eine hohe Hürde darstellt.<sup>21</sup>

Das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht soll der betroffenen Person also nicht die Beweismittelbeschaffung erleichtern. *De facto* lässt sich aus den dargelegten Gründen indes regelmässig nicht verhindern, dass es just zu diesem Zweck genutzt wird.

Eigentlicher Zweck des Auskunftsrechts ist die Ermöglichung einer effektiven Durchsetzung des Persönlichkeitsschutzes, indem es der betroffenen Person erlaubt, die über sie bearbeiteten Personendaten zu kontrollieren und die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Grundsätze zu überprüfen und

Eine unkonventionelle Art der Beschaffung von Beweismitteln?, AJP 2010, 999 ff., *passim*.

<sup>11</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG 2015 (Fn. 1), 8995; *Sethe/Seiler* (Fn. 10), 443 f., die als Vertragsverhältnisse ohne Auftragskomponente den «reine[n] Verkauf von Finanzinstrumenten an Kunden (z.B. Festpreisgeschäfte, Blocktransaktionen, *Over-the-Counter*-Geschäfte und Platzierungen am Primärmarkt)» nennen (443 m.w.H.).

<sup>12</sup> So wohl auch *Sethe/Seiler* (Fn. 10), 447; *Peter Reichart/Richard Meyer*, Klagen gegen Finanzdienstleister im FIDLEG-Entwurf – eine kritische Würdigung, SZW 2016, 390 ff., 396; *Dommer* (Fn. 10), N 343.

<sup>13</sup> BGE 138 III 425 E. 5.5.

<sup>14</sup> *Sethe/Seiler* (Fn. 10), 447.

<sup>15</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 23. März 1988, BBl 1988 413–534, 442; *David Rosenthal/Yvonne Jöhri*, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen, Zürich 2008, Art. 2 N 29; *Beat Rudin*, Art. 2, in: Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli (Hrsg.), Datenschutzgesetz (DSG), SHK – Stämpfli Handkommentar, Bern 2015, 17 ff., Art. 2 N 26; *Lukas Wiget/Daniel Schoch*, Das Auskunftsrecht nach DSGVO,

<sup>16</sup> BGE 138 III 425 E. 5.5.

<sup>17</sup> BGE 138 III 425 E. 4.3.

<sup>18</sup> Vgl. *Rosenthal/Jöhri* (Fn. 15), Art. 2 N 32.

<sup>19</sup> BGE 138 III 425 E. 5.4.

<sup>20</sup> Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBl 2017 6941–7192, 7069.

<sup>21</sup> *Sethe/Seiler* (Fn. 10), 447.

durchzusetzen.<sup>22</sup> Nur wenn die betroffene Person Umfang und Inhalt der bearbeiteten, sie betreffenden Daten beurteilen kann, ist sie in der Lage, eine allfällige Persönlichkeitsverletzung festzustellen.

Insofern ist das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht die zentrale Voraussetzung für die Geltendmachung weiterer Ansprüche, insbesondere auf:

- Berichtigung unrichtiger Personendaten sowie auf Löschung und Vernichtung der Daten (Art. 5, Art. 15 und Art. 25 DSG bzw. Art. 32 revDSG);
- Unterlassung widerrechtlicher Datenbearbeitung, Beseitigung der Folgen eines widerrechtlichen Bearbeitens bzw. Feststellung der Widerrechtlichkeit eines Bearbeitens (Art. 25 DSG bzw. Art. 32 revDSG);
- Datenherausgabe bzw. -übertragung (Art. 28 revDSG).

Hingegen darf das Auskunftsrecht gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung<sup>23</sup> eben nicht der Beweisausforschung oder – wie ein deutsches Gericht unlängst erkannt hat – beispielsweise nur der vereinfachten Buchführung der betroffenen Person dienen.<sup>24</sup>

### III. Normadressaten

#### 1. FIDLEG

Indem Art. 72 Abs. 1 FIDLEG für die Festlegung von Aktiv- und Passivlegitimation an die Begriffe «Kundin»/«Kunde» und «Finanzdienstleister» knüpft, setzt der Herausgabeanspruch implizit eine vorbestehende (Kunden-)Beziehung zwischen den Parteien voraus.<sup>25</sup> Dies erscheint unseres Erachtens schlüssig, weil auch die für den Umfang des Herausgabeanspruchs relevanten Dokumentations- bzw. Rechenschaftspflichten (vgl. Ziff. IV.1) ihrem Wortlaut nach eine Kundenbeziehung voraussetzen.

Obwohl sich der Geltungsbereich des FIDLEG auch auf Kundenberater sowie Ersteller und Anbieter von Finanzinstrumenten (Art. 2 Abs. 1 FIDLEG) bezieht, gilt die Herausgabepflicht nach Art. 72 Abs. 1 FIDLEG, ebenso wie die Verhaltenspflichten (vgl. Art. 7 FIDLEG), ausschliesslich für die Finanzdienst-

leister. Als solche gelten gemäss Art. 3 lit. d FIDLEG alle (natürlichen oder juristischen) Personen, die (gewerbmässig) Finanzdienstleistungen in der Schweiz oder für Kunden in der Schweiz erbringen.

Der Anspruch auf Herausgabe von Dokumenten steht gemäss dem Wortlaut von Art. 72 Abs. 1 FIDLEG den «Kundinnen und Kunden» zu. Als solche gelten alle Gläubigerinnen und Gläubiger sowie Anlegerinnen und Anleger, für die ein Finanzdienstleister eine Finanzdienstleistung erbringt. Dies können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein.<sup>26</sup>

Die Finanzdienstleister müssen die Kunden gemäss Art. 4 Abs. 1 FIDLEG segmentieren in Privatkunden, professionelle Kunden und institutionelle Kunden. Je nach Kundensegment gelangen unterschiedliche Verhaltenspflichten zur Anwendung. Gemäss Art. 20 Abs. 1 FIDLEG finden die Bestimmungen zur Dokumentations- und Rechenschaftspflicht keine Anwendung bei Geschäften mit institutionellen Kunden, während professionelle Kunden ausdrücklich darauf verzichten können. Art. 72 Abs. 1 FIDLEG sieht dagegen *keine* entsprechende Einschränkung vor, d.h., der Herausgabeanspruch steht grundsätzlich sowohl privaten und professionellen Kunden als auch institutionellen Kunden gleichermaßen zu.<sup>27</sup> Allerdings kann die Nichtanwendbarkeit der Dokumentations- und Rechenschaftspflicht nach Art. 15 f. FIDLEG den Herausgabeanspruch unseres Erachtens in inhaltlicher Hinsicht beschränken (vgl. Ziff. IV.1).

#### 2. Datenschutz

Auskunftspflichtig ist gemäss Art. 8 DSG der Inhaber der Datensammlung. Als solcher gelten nach Art. 3 lit. i DSG private Personen oder Bundesorgane, die über den Zweck und den Inhalt der Datensammlung entscheiden. Lässt der Inhaber der Datensammlung Personendaten durch einen Auftragsbearbeiter bearbeiten, so bleibt er grundsätzlich auskunftspflichtig. Der Auftragsbearbeiter ist nur dann ausnahmsweise auskunftspflichtig, wenn er den Inhaber nicht bekannt gibt oder dieser keinen Wohnsitz in der Schweiz hat (Art. 8 Abs. 4 DSG). Im Falle einer gemeinsamen Inhaberschaft der Datensammlung kann das Auskunftsrecht bei jedem Inhaber geltend gemacht werden, sofern nicht einer von ihnen für die

<sup>22</sup> BGE 138 III 425 E. 5.4; Botschaft DSG 1988 (Fn. 15), 433.

<sup>23</sup> BGE 138 III 425 E. 5.5; BGE 141 III 119 E. 7.1.1.

<sup>24</sup> LG Köln, Teilurteil v. 18.3.2019 – 26 O 25/18.

<sup>25</sup> *Sethe/Seiler* (Fn. 10), 437.

<sup>26</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG 2015 (Fn. 1), 8940.

<sup>27</sup> So auch *Jutzi/Wess* (Fn. 10), 614.

Behandlung aller Auskunftsbegehren verantwortlich ist. Gegebenenfalls hat ein (vertraglich) nicht ermächtigter Inhaber das Begehren an den zuständigen Inhaber weiterzuleiten (Art. 1 Abs. 5 VDSG).

In Zukunft wird gemäss Art. 25 Abs. 1 revDSG der Verantwortliche auskunftspflichtig sein. Als Verantwortlicher gilt nach Art. 5 lit. j revDSG eine private Person oder ein Bundesorgan, die oder das allein oder zusammen mit anderen («gemeinsam Verantwortliche») über den Zweck und die Mittel der Bearbeitung entscheidet. Hingegen sieht das neue DSG keine Auskunftspflicht des Auftragsbearbeiters mehr vor. Sollte die betroffene Person ihr Auskunftsbegehren also versehentlich an einen Auftragsbearbeiter richten, so muss dieser ihr den Verantwortlichen bekannt geben oder das Begehren an diesen weiterleiten. Er muss nicht selbst Auskunft geben, darf die betroffene Person bei der Ausübung ihres Auskunftsrechts aber auch nicht behindern.<sup>28</sup>

Auskunftsberechtigt sind die betroffenen Personen, über welche Personendaten bearbeitet werden. Darunter fallen nach geltendem Recht neben natürlichen auch juristische Personen (Art. 3 lit. b DSG). Es handelt sich um ein höchstpersönliches, nicht übertragbares und nicht vererbliches Recht.<sup>29</sup> In Zukunft fällt der Schutz von Personendaten juristischer Personen und damit entsprechend auch deren Betroffenenrechte – wie im europäischen Umland – weg (Art. 5 lit. b revDSG).

Das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht kann voraussetzungslos und unbefristet geltend gemacht werden.<sup>30</sup> Es setzt mithin kein vertragliches Verhältnis zwischen der betroffenen Person und dem Inhaber der Datensammlung bzw. dem Verantwortlichen voraus.

## IV. Gegenstand

### 1. FIDLEG

Gemäss Gesetzeswortlaut haben die Kunden Anspruch auf Herausgabe einer Kopie ihres Dossiers sowie sämtlicher weiteren sie betreffenden Dokumente.

Weder das Gesetz noch die Verordnung definieren die Begriffe des «Kundendossiers» und der «wei-

tere[n] sie [den Kunden] betreffenden Dokumente». Der Umfang des Herausgabeanspruchs, wie der Gesetz- bzw. Botschaftsgeber ihn sich vorgestellt hat, ergibt sich aus den entsprechenden Ausführungen in der Botschaft.

Demnach erfasst der Herausgabeanspruch «sowohl Dokumente oder Unterlagen in Papierform als auch entsprechende elektronische oder elektronisch geführte Dokumente, Dateien oder Aufzeichnungen aller Art, soweit es sich dabei um die massgebenden Informationen und Dokumentationen handelt, zu deren Führung der Finanzdienstleister nach Massgabe von Artikel 17 [E-FIDLEG] verpflichtet ist».<sup>31</sup> Die Herausgabepflicht stellt nach Ansicht des Gesetz- bzw. Botschaftsgebers eine «Ergänzung der Dokumentations- und Rechenschaftspflicht» gemäss Art. 15 und Art. 16 FIDLEG (= Art. 17 und Art. 18 E-FIDLEG) dar.<sup>32</sup> Diese Ergänzung ist unseres Erachtens dahingehend zu verstehen, dass sämtliche Informationen, welche der Finanzdienstleister aufgrund seiner aufsichtsrechtlichen Pflichten nach Art. 15 f. FIDLEG an den Kunden (als «Dokumentation»; vgl. Art. 19 Abs. 1 FIDLEV) herauszugeben hat, von diesem nunmehr auch auf dem Zivilweg herausverlangt werden können.<sup>33</sup>

Nicht erfasst sind dagegen – gleich wie im Auftragsrecht (Art. 400 Abs. 1 OR) – «rein interne Dokumente wie vorbereitende Studien, Notizen oder (Vertrags-)Entwürfe, bezüglich welcher gerade keine Informations- oder Dokumentationspflicht besteht und die daher für die Überprüfung des vertrags- und gesetzeskonformen Verhaltens des Finanzdienstleisters nicht relevant sind».<sup>34</sup> Auch nicht erfasst, ist im Übrigen die mit der Ombudsstelle im Rahmen einer Streitigkeit geführte Korrespondenz.<sup>35</sup>

Als *Zwischenergebnis* kann entsprechend festgehalten werden, dass der Gesetz- bzw. Botschaftsge-

<sup>28</sup> Botschaft DSG 2017 (Fn. 20), 7068.

<sup>29</sup> Rosenthal/Jöhri (Fn. 15), Art. 8 N 5.

<sup>30</sup> Rosenthal/Jöhri (Fn. 15), Art. 8 N 5; VPB 62.38 E. 2a.

<sup>31</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG 2015 (Fn. 1), 8995.

<sup>32</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG 2015 (Fn. 1), 8995.

<sup>33</sup> In diese Richtung auch *Dommer* (Fn. 10), N 341, der den Herausgabeanspruch gemäss Art. 72 FIDLEG jedoch ausschliesslich auf die Dokumentation gemäss Art. 15 FIDLEG beschränkt; *Dominic Christoph Schopf*, Kundenschutz im Aufsichtsrecht, recht 2020, 118 ff., 130, der den Herausgabeanspruch gemäss Art. 72 FIDLEG mitunter als «logische Konsequenz aus den umfangreichen Dokumentationspflichten» bezeichnet.

<sup>34</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG 2015 (Fn. 1), 8995; BGE 139 III 49 E. 4.

<sup>35</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG 2015 (Fn. 1), 8995.

ber davon ausgegangen sein dürfte, dass der Gegenstand des Herausgabeanspruchs auf die vom Finanzdienstleister aufgrund seiner Dokumentations- bzw. Rechenschaftspflicht im Sinne von Art. 15 f. FIDLEG dem Kunden bekannt zu gebenden Informationen, eingeschränkt ist.

In der Lehre wird mit Blick auf die Schaffung von Rechtssicherheit allerdings zu Recht die kritische Frage aufgeworfen, weshalb der Bezug zwischen Art. 15 (sowie Art. 16) und Art. 72 FIDLEG nur in der Botschaft und nicht auch im Gesetz hergestellt werde.<sup>36</sup>

Einige Autoren halten aufgrund der offenen Formulierung von Art. 72 FIDLEG – entgegen den Ausführungen in der Botschaft – dafür, dass die Herausgabepflicht inhaltlich über die Dokumentations- und Rechenschaftspflicht nach Art. 15 f. FIDLEG hinausgehen dürfte<sup>37</sup> und alle möglichen, den Kunden betreffenden Dokumente erfasse, welche der Finanzdienstleister im Rahmen der Geschäftsbeziehung selbst hergestellt<sup>38</sup> oder darüber hinaus auch solche, welche er von Dritten erhalten hat.<sup>39</sup>

Dieser weiten Auslegung ist unseres Erachtens aus den nachstehenden Gründen nicht zu folgen:

Der in der Botschaft umschriebene – gegenüber dem weiten Wortlaut von Art. 72 FIDLEG<sup>40</sup> eingeschränkte – Umfang des Herausgabeanspruchs steht im Einklang mit dem eingangs beschriebenen Zweck, wonach dem Kunden ein Herausgabeanspruch in Bezug auf diejenigen Dokumente eingeräumt werden soll, welche er zur Durchsetzung seiner privatrechtlichen Ansprüche gegen den Finanzdienstleister benötigt: Die Botschaft setzt für eine effektive Rechtsdurchsetzung eine «genügende» Kenntnis der Geschäfts- und Rechtsbeziehung voraus.<sup>41</sup> Genügend ist die Kenntnis dann, wenn sie eine Überprüfung des

Verhaltens des Finanzdienstleisters auf Gesetzes- und Vertragskonformität erlaubt. Die von der Dokumentations- und Rechenschaftspflicht gemäss Art. 15 f. FIDLEG erfassten Angaben zur Geschäfts- bzw. Rechtsbeziehung zwischen dem Finanzdienstleister und dem Kunden ermöglichen diese Überprüfung.<sup>42</sup> Es bedarf hierfür keines Zugriffs auf weitere, vom Finanzdienstleister allenfalls (freiwillig) hergestellte oder von Dritten (aufgefordert oder unaufgefordert) erhaltene Dokumente, zumal sich diese Unterlagen nicht zwingend auf die in Frage stehende Finanzdienstleistung beziehen müssen.

Dokumente, welche sich zwar auf eine Geschäftsbeziehung zwischen Kunde und Finanzdienstleister, nicht jedoch auf eine Finanzdienstleistung im Sinne des FIDLEG<sup>43</sup> beziehen,<sup>44</sup> unterliegen unseres Erachtens auch deswegen nicht nach Art. 72 FIDLEG der Herausgabepflicht, weil bereits die entsprechende Leistung an sich nicht in den Geltungsbereich des FIDLEG fällt. Dieser bezieht sich gemäss Art. 2 Abs. 1 FIDLEG abschliessend auf Finanzdienstleister, Kundenberaterinnen und -berater sowie Ersteller und Anbieter von Finanzinstrumenten, wobei als Finanzdienstleister gilt, wer (gewerbsmässig) Finanzdienstleistungen im Sinne von Art. 3 lit. c FIDLEG in der Schweiz oder für Kunden in der Schweiz erbringt (Art. 3 lit. d FIDLEG).

Der Argumentation, wonach sich die Pflicht zur Herausgabe der relevanten Unterlagen bereits aufgrund der Rechenschaftspflicht gemäss Art. 16 FIDLEG ergebe, weshalb Art. 72 FIDLEG keine eigenständige Bedeutung zukommen würde, wenn er nicht umfassender zu verstehen sei, kann zudem Folgendes entgegengehalten werden: Aufgrund ihrer aufsichtsrechtlichen Natur helfen Art. 15 f. FIDLEG den Kunden wenig zur Durchsetzung ihrer zivilrechtlichen Rechtsansprüche. Die Kunden haben in einem Verfahren der Aufsichtsbehörde gegen einen Finanzdienstleister keine Parteistellung.<sup>45</sup> Kunden von nicht prudentiell beaufsichtigten Finanzdienstleistern können sich zudem nicht darauf verlassen, dass die aufsichtsrechtlichen Vorschriften nach Art. 15 f. FIDLEG behördlich durchgesetzt werden. Art. 72 FIDLEG ist

<sup>36</sup> Vgl. *Dommer* (Fn. 10), N 339; *Sethe/Seiler* (Fn. 10), 438; *Flavio Amadò/Giovanni Molo/Raffaëke De Vecchi*, Die regulatorischen und zivilrechtlichen Aspekte des FIDLEG-Projektes: eine kritische Auseinandersetzung, *AJP* 2013, 1783–1805, 1803.

<sup>37</sup> *Amadò/Molo/De Vecchi* (Fn. 36), 1803 (noch zum Vernehmlassungsentwurf).

<sup>38</sup> *Jutzi/Wess* (Fn. 10), 614.

<sup>39</sup> *Sethe/Seiler* (Fn. 10), 438; *David Jost*, Der Anlegerschutz im Finanzdienstleistungsgeschäft, Eine Untersuchung zum Informationszugang und zur Rechtsdurchsetzung des Anlegers, *Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht (SSFM)* 2018, 326 ff., 333 f.

<sup>40</sup> *Sethe/Seiler* (Fn. 10), 437.

<sup>41</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG 2015 (Fn. 1), 8924.

<sup>42</sup> Vgl. Exkurs Ziff. IV.2.

<sup>43</sup> Art. 3 lit. c FIDLEG.

<sup>44</sup> Beispielsweise eine Kreditgewährung, welche nicht zur Durchführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten im Sinne von Art. 3 lit. a FIDLEG erfolgt.

<sup>45</sup> BGE 139 II 279 E. 2 und 4.

in diesem Sinne nur, aber immerhin das zivilrechtliche Instrument, welches bewirken soll, dass alle Finanzdienstleister ihren aufsichtsrechtlichen Dokumentations- und Rechenschaftspflichten gegenüber ihren Kunden tatsächlich nachkommen.<sup>46</sup>

Zudem verhindert die offene Formulierung in Art. 72 FIDLEG auch ein «selektives» Führen von Kundendossiers, sodass Unterlagen, welche zur Dokumentation nach Art. 15 f. FIDLEG gehören, immer an den Kunden herauszugeben sind, auch wenn diese allenfalls separat bzw. ausserhalb des eigentlichen Kundendossiers abgelegt wurden.

Schliesslich passt zu dieser Auslegung auch, dass der Finanzdienstleister für die Dokumentenherausgabe nach Art. 72 FIDLEG grundsätzlich keinen Anspruch auf Entschädigung oder Aufwendungsersatz hat. Denn dies wird u.a. damit begründet, dass die Herausgabepflicht in unmittelbarem Zusammenhang mit den aufsichtsrechtlichen Pflichten des Finanzdienstleisters stehe.<sup>47</sup>

Es bleibt damit unseres Erachtens beim Ergebnis, dass sich der Gegenstand des Herausgabeanspruchs nach Art. 72 FIDLEG auf die vom Finanzdienstleister zu dokumentierenden bzw. herauszugebenden Informationen, also die Dokumentations- und Rechenschaftspflicht nach Art. 15 f. FIDLEG, bezieht. Umgekehrt unterstehen unseres Erachtens Dokumente, die nicht unter die Dokumentations- bzw. Rechenschaftspflicht von Art. 15 f. FIDLEG fallen (z.B. Dokumentationen aufgrund von GwG-Pflichten) sowie rein interne Dokumente nicht der Herausgabepflicht von Art. 72 FIDLEG.<sup>48</sup>

## 2. Exkurs: Dokumentations- und Rechenschaftspflicht nach Art. 15 f. FIDLEG

Gemäss Art. 15 Abs. 1 lit. a FIDLEG sind zunächst die vereinbarten Finanzdienstleistungen zu dokumentieren. Der Begriff der Finanzdienstleistung ist wiederum in Art. 3 lit. d FIDLEG definiert und umfasst den Erwerb und die Veräusserung von Finanzinstrumenten<sup>49</sup> (Ziff. 1), die Annahme und Übermittlung von

Kundenaufträgen (Ziff. 2) sowie die Vermögensverwaltung und die Anlageberatung (Ziff. 3 und 4). Auch die Gewährung von Krediten für die Durchführung von Geschäften mit Finanzinstrumenten stellt eine Finanzdienstleistung dar (Ziff. 5).<sup>50</sup>

Ebenfalls gemäss Art. 15 Abs. 1 lit. a FIDLEG hat der Finanzdienstleister die über den Kunden erhobenen Informationen in geeigneter Weise zu dokumentieren. Diese Formulierung könnte bei einer rein grammatikalischen Auslegung so verstanden werden, dass sämtliche Informationen, die sich auf einen Kunden beziehen und vom Finanzdienstleister – aus welchen Gründen auch immer – erhoben werden, zu dokumentieren sind. Eine derart weitgehende Dokumentationspflicht kann der Gesetzgeber aber nicht gewollt haben. Die Dokumentationspflicht hat sich vielmehr auf diejenigen Angaben zu beschränken, welche der Finanzdienstleister gemäss FIDLEG einholen muss. Die Dokumentation dieser Angaben erlaubt ihm den Nachweis, dass er seinen «Erkundungspflichten» im Rahmen der Angemessenheits- und Eignungsprüfung im Zusammenhang mit der Anlageberatung und der Vermögensverwaltung tatsächlich nachgekommen ist. Umgekehrt kann der Kunde – im Zivilprozess – bei Fehlen einer entsprechenden Dokumentation den Nachweis einer Pflichtverletzung durch seinen Finanzdienstleister (leichter) erbringen.<sup>51</sup>

Bei blosser Annahme bzw. Ausführung oder Übermittlung von Kundenaufträgen (sog. Execution-only-Geschäfte) können die Finanzdienstleister gemäss Art. 13 Abs. 1 FIDLEG auf die Durchführung einer Angemessenheits- und Eignungsprüfung verzichten. Sie sind jedoch verpflichtet, die Kunden vor der Erbringung einer entsprechenden Dienstleistung darüber zu informieren, dass keine Angemessenheits- oder Eignungsprüfung durchgeführt wird (Art. 13 Abs. 2 FIDLEG). Und dies wiederum ist gemäss Art. 15 Abs. 1 lit. b FIDLEG entsprechend zu dokumentieren. Ebenso zu dokumentieren ist gegebenenfalls die Tatsache, dass der Finanzdienstleister den Kunden von der Inanspruchnahme einer Dienstleistung abgeraten hat (Art. 15 Abs. 1 lit. b FIDLEG).

Gemäss Art. 15 Abs. 1 lit. c FIDLEG hat der Finanzdienstleister schliesslich die für die Kunden erbrach-

<sup>46</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG 2015 (Fn. 1), 8921.

<sup>47</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG 2015 (Fn. 1), 8996.

<sup>48</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG 2015 (Fn. 1), 8995; *Dommer* (Fn. 10), N 376; a.A. *Sethe/Seiler* (Fn. 10), 438; *Jutzi/Wess* (Fn. 10), 614; *Amadó/Molo/De Vecchi* (Fn. 36), 1803; *Jost* (Fn. 39), 333 f.

<sup>49</sup> Vgl. zum Begriff des Finanzinstruments Art. 3 lit. a FIDLEG.

<sup>50</sup> Vgl. ausführlich hierzu die Botschaft FIDLEG/FINIG 2015 (Fn. 1), 8946 f.

<sup>51</sup> Gleicher Meinung *Dommer* (Fn. 10), N 356.

ten Finanzdienstleistungen zu dokumentieren. Bei Execution-only-Geschäften sind das insbesondere die entsprechenden Weisungen der Kunden, die vor der Auftragserteilung den Kunden erteilten Informationen, der Ausführungsort, der Preis, die Kosten und allfällige Schwierigkeiten bei der Auftragsdurchführung.<sup>52</sup>

In der Lehre wird schliesslich dafür gehalten, dass die Dokumentation nach Art. 15 FIDLEG jedenfalls diejenigen Informationen enthalten müsse, welche der Finanzdienstleister im Zusammenhang mit seiner Dienstleistung dem Kunden aufgrund von Art. 8 Abs. 1 und 2 FIDLEG erteilen muss.<sup>53</sup>

Bei einer Anlageberatung müssen schliesslich zusätzlich die Bedürfnisse der Kunden sowie die Gründe für jede Empfehlung, die zum Erwerb oder zur Veräusserung eines Finanzinstruments führt, dokumentiert werden (Art. 15 Abs. 2 FIDLEG).

Gemäss Art. 16 Abs. 1 FIDLEG stellt der Finanzdienstleister seinen Kunden auf Anfrage eine Kopie der Dokumentation nach Art. 15 FIDLEG zu oder macht sie ihnen in anderer geeigneter Weise zugänglich. Zudem legt er gemäss Art. 16 Abs. 2 FIDLEG auf Anfrage der Kunden Rechenschaft ab über die vereinbarten und erbrachten Finanzdienstleistungen, die Zusammensetzung, Bewertung und Entwicklung des Portfolios und die mit den Finanzdienstleistungen verbundenen Kosten. Der entsprechende Mindestinhalt dieser Informationen ist in Art. 19 Abs. 1 FIDLEG geregelt, wobei dieser wiederum als Dokumentationspflicht ausgestaltet ist. Die Rechenschaftspflicht nach Art. 16 Abs. 2 FIDLEG – in Kombination mit Art. 19 Abs. 1 FIDLEG – stellt somit nicht nur die kundenseitige Zugänglichkeit der Dokumentation nach Art. 15 FIDLEG sicher,<sup>54</sup> sondern statuiert selbst weitere Dokumentationspflichten des Finanzdienstleisters.

### 3. Datenschutz

Das datenschutzrechtliche Auskunftsbegehren ist – auch unter neuem Recht – zweistufig ausgestaltet. Dabei sind folgende Auskünfte zu erteilen:

1. Die betroffene Person muss auf jeden Fall Auskunft darüber erhalten, ob überhaupt Personen-

daten bearbeitet werden, die sie betreffen (Art. 8 Abs. 1 DSG bzw. Art. 25 Abs. 1 revDSG).

2. Falls dies der Fall ist, kann die betroffene Person weitere Informationen über diese Datenbearbeitung verlangen. Gemäss geltendem Art. 8 Abs. 2 DSG muss der Inhaber der Datensammlung der betroffenen Person
  - a) alle über sie in der Datensammlung vorhandenen Daten einschliesslich der verfügbaren Angaben über die Herkunft der Daten;
  - b) den Zweck und gegebenenfalls die Rechtsgrundlagen des Bearbeitens sowie die Kategorien der bearbeiteten Personendaten, der an der Sammlung Beteiligten und der Datenempfänger mitteilen.

Im neuen DSG wird die Auskunftspflicht in einer nicht abschliessenden Liste in Art. 25 Abs. 2 revDSG präzisiert.<sup>55</sup> Neu ist insbesondere eine Information über die Aufbewahrungsdauer und gegebenenfalls das Vorliegen einer automatisierten Einzelentscheidung vorgesehen. Subsidiär kann die betroffene Person über die Generalklausel im Einleitungssatz (Art. 25 Abs. 2 revDSG) zusätzlich noch weitere Informationen verlangen, wenn diese erforderlich sind, um Rechte nach dem revDSG geltend zu machen und eine transparente Datenbearbeitung zu gewährleisten.<sup>56</sup>

Bei der Bearbeitung einer grossen Datenmenge soll der Auskunftspflichtige nach Ansicht des Gesetz- bzw. Botschaftsgebers verlangen können, dass die betroffene Person präzisiert, auf welche Informationen bzw. Bearbeitungsvorgänge sich ihr Auskunfts-gesuch bezieht.<sup>57</sup> Unklar ist, was unter einer «grossen Datenmenge» zu verstehen ist und inwiefern das Auskunftsrecht damit «eingeschränkt» werden darf.

Eine mit Blick auf die Beantwortung von Auskunftsbegehren für den Inhaber der Datensammlung bzw. den Verantwortlichen interessante – und entsprechend umstrittene – Frage stellt sich angesichts der Formulierung im künftigen Art. 25 Abs. 2 lit. b

<sup>52</sup> Jutzi/Wess (Fn. 10), 613.

<sup>53</sup> Sethe/Seiler (Fn. 10), 433; Jutzi/Wess (Fn. 10), 613.

<sup>54</sup> Vgl. auch Schopf (Fn. 33), 129.

<sup>55</sup> In Art. 15 Abs. 1 EU-DSGVO – welcher ebenfalls einen zweistufigen Aufbau vorsieht – ist demgegenüber eine abschliessende Liste mit Informationen enthalten, die der Auskunftspflicht unterliegen. Gegenüber der Regelung im revDSG ist zusätzlich zwingend über die Kategorien der bearbeiteten Personendaten sowie über das Bestehen der Datenschutzrechte und des Beschwerderechts Auskunft zu erteilen.

<sup>56</sup> Botschaft DSG 2017 (Fn. 20), 7068.

<sup>57</sup> Botschaft DSG 2017 (Fn. 20), 7068.

revDSG, wonach Personendaten «als solche» dem Auskunftsrecht unterliegen. Es stellt sich die Frage, ob diese Formulierung bedeutet, dass explizit kein Anspruch auf Urkundenedition besteht. Bei einer solchen (engen) Auslegung müssten – anders als bei einer Herausgabe nach Art. 72 FIDLEG – keine Kopien der gesamten Dokumente herausgegeben werden, welche die Personendaten enthalten. Vielmehr müsste nur über die «blossenen Personendaten» Auskunft erteilt werden, womit diese beispielsweise in einer Tabelle oder Liste zusammengefasst und in dieser Form an die betroffene Person ausgehändigt werden könnten.

Unter geltendem Recht wird die Ansicht vertreten, dass das Auskunftsrecht weit auszulegen sei, womit ein Recht auf Herausgabe der die Personendaten enthaltenden Dokumente bestehe.<sup>58</sup> Diese Lehrmeinung stützt sich namentlich auf den geltenden Art. 8 Abs. 5 DSGVO, wo festgehalten ist, dass die (datenschutzrechtliche) Auskunft «in der Regel schriftlich in Form eines Ausdrucks oder einer Fotokopie» zu erteilen ist. Daraus wird abgeleitet, dass die Auskunft in der Form eines Ausdrucks oder einer Fotokopie der Datenträger, auf dem die Personendaten festgehalten sind, zu erteilen sei, womit der betroffenen Person eine Kopie bzw. ein Ausdruck der Akten und Dokumente, welche die Personendaten enthalten, herauszugeben sei.<sup>59</sup>

Allerdings greift diese Argumentation künftig nicht mehr, weil Art. 8 Abs. 5 DSGVO nicht ins neue Recht überführt wurde. Zudem lässt sich der parlamentarischen Debatte entnehmen, dass der Zusatz «als solche» gerade deshalb ins Gesetz aufgenommen wurde, um den Auskunftsanspruch auf die Personendaten zu beschränken bzw. ein Recht auf Urkundenedition zu verhindern: «In Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe b – es geht um das Auskunftsrecht – muss die Präzisierung «als solche» zwingend bleiben. Die Mitte-Fraktion will erheblichen Aufwand und Mehrkosten, insbesondere für KMU, verhindern. Mit «bearbeiteten Personendaten» sind die Daten und nicht sämtliche Dokumente gemeint.»<sup>60</sup>

In der EU sieht die Regelung von Art. 15 Abs. 3 DSGVO vor, dass die betroffene Person das Recht hat auf eine «Kopie der personenbezogenen Daten, die Gegenstand der Verarbeitung sind». Auch hier besteht sowohl in der Lehre<sup>61</sup> als auch in der Gerichts-<sup>62</sup> und Behördenpraxis<sup>63</sup> keine Einigkeit darüber, ob der betroffenen Person eine Kopie der Dokumente, welche die Personendaten enthalten, zuzustellen ist oder ob eine Aushändigung der Personendaten in aufbereiteter Form ausreichend ist.

Die soweit ersichtlich aktuellste Rechtsprechung zu dieser Frage erfolgte durch das Landgericht Köln, welches in seinem Urteil vom 18. März 2019 (Aktenzeichen: 17 Sa 11/18) der engen Auslegung des Auskunftsrechts bzw. des Rechts auf eine Kopie gefolgt ist, und zwar mit folgender Begründung: «Der Anspruch aus Art. 15 DSGVO dient nicht der vereinfachten Buchführung des Betroffenen, sondern soll sicherstellen, dass der Betroffene den Umfang und Inhalt der gespeicherten personenbezogenen Daten beurteilen kann. Folgerichtig bestimmt Art. 15 Abs. 3 DSGVO, dass der Betroffene eine Kopie (lediglich) der personenbezogenen Daten, die Gegenstand der Verarbeitung sind, erhält.»<sup>64</sup> Das Landgericht Köln versteht unter der «Kopie» nach Art. 15 Abs. 3 DSGVO mithin gerade nicht eine Kopie von Unterlagen und Dokumenten, die personenbezogene Daten enthalten, sondern eine Kopie der personenbezogenen Daten selbst.

Erlasse zum Datenschutz, 145.

<sup>61</sup> Für eine weite Auslegung: Matthias Bäcker, in: Jürgen Kühling/Benedikt Buchner (Hrsg.), DS-GVO, Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar, München 2017, Art. 15 N 40; Louisa Specht, in: Gernot Sydow (Hrsg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung, Handkommentar, Zürich/St. Gallen 2018, Art. 15 N 18; für eine enge Auslegung: Sebastian Laoutoumai/Adrian Hoppe, Das Recht auf Erhalt einer Kopie personenbezogener Daten, Gewährt Art. 15 Abs. 3 S. 1 DSGVO ein Recht auf Herausgabe von Dokumenten?, Kommunikation & Recht 2019, 296 ff., *passim*; Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht, Das Recht auf Auskunft nach der Datenschutz-Grundverordnung, Orientierungshilfe, 1. Dezember 2019, N 132 und 135; Philipp Zikesch/Thorsten Sörup, Der Auskunftsanspruch nach Art. 15 DS-GVO, Zeitschrift für Datenschutz 2019, 240 ff.

<sup>62</sup> Für eine weite Auslegung: LArbG, 17 Sa 11/18.

<sup>63</sup> Für eine enge Auslegung Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht, 8. Tätigkeitsbericht 2017/2018, 46 f.; Landgericht Köln, 26 O 25/18.

<sup>64</sup> Landgericht Köln, 26 O 25/18, N 21.

<sup>58</sup> Sethe/Seiler (Fn. 10), 446 m.w.H.; Christian Peter, DSGVO und E-DSG fordern Schweizer Spitäler, Praxen, Heime und Spitex, Jusletter vom 26. Februar 2018, N 146.

<sup>59</sup> Oliver Gnehm, Das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht, Forum Europarecht 35/2015, 77 ff., 94 f.

<sup>60</sup> Amtliches Bulletin des Nationalrats vom 5. März 2020, Datenschutzgesetz. Totalrevision und Änderung weiterer

Unseres Erachtens gewährt das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht – jedenfalls in der revidierten Fassung – dem Betroffenen keinen Anspruch auf Kopien von Originaldokumenten.<sup>65</sup> Allerdings wird unseres Erachtens durch die Übermittlung einer völlig kontext- oder zusammenhangslosen Auflistung der bearbeiteten Personendaten die Auskunftspflicht nicht erfüllt. Die Kopie kann zwar in einer von den Dokumenten unabhängigen Form übergeben werden, muss aber vollständig und übersichtlich sein. In der Praxis können sich in diesem Zusammenhang interessante Konstellationen ergeben, gerade auch in Zusammenhang mit dem neuen Recht auf Datenherausgabe und -übertragung (sog. «Datenportabilität») im Sinne von Art. 28 revDSG.

## V. Modalitäten des Gesuchs

### 1. FIDLEG

Der Herausgabeanspruch kann gemäss Wortlaut von Art. 72 Abs. 1 FIDLEG jederzeit geltend gemacht werden. Ein bestehendes Vertragsverhältnis zwischen dem Kunden und dem Finanzdienstleister ist nicht vorausgesetzt, womit der Anspruch also auch nach Beendigung der vertraglichen Beziehung noch geltend gemacht werden kann. Immerhin ist – da es sich beim Herausgabeanspruch nach Art. 72 FIDLEG gemäss Botschaft um einen privatrechtlichen Anspruch handelt,<sup>66</sup> die zehnjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 127 OR zu beachten.<sup>67</sup> Dabei muss (gleich wie für den Anspruch auf Rechenschaftsablegung<sup>68</sup> und Herausgabe<sup>69</sup> nach Art. 400 Abs. 1 OR) gelten, dass

die Verjährungsfrist mit Beendigung des Vertragsverhältnisses zu laufen beginnt. Dadurch ist ein Gleichlauf mit der Verjährung allfälliger vertraglicher Ansprüche des Kunden gegen den Finanzdienstleister gewährleistet, zu deren Geltendmachung er auf die Herausgabe von Dokumenten angewiesen sein kann.

Gemäss Art. 73 Abs. 1 FIDLEG ist der Anspruch mit einem Gesuch in schriftlicher oder «in anderer durch Text nachweisbaren Form» geltend zu machen. Damit werden technologieneutral sämtliche Formen erfasst, welche den Nachweis durch Text ermöglichen (wie z.B. Fax, E-Mail, SMS etc.). Nicht vorgesehen sind dagegen mündliche Herausgabegesuche.<sup>70</sup>

Das FIDLEG schreibt nicht vor, dass ein Kunde einen Identitätsnachweis gegenüber dem Finanzdienstleister erbringen muss, wenn er ein Herausgabegesuch stellt. Insbesondere Banken werden jedoch – zu Recht – einen entsprechenden Nachweis einfordern, um die Herausgabe von geheimen Informationen an unbefugte Personen und damit sanktionsbedrohte Verletzungen des Bankkundengeheimnisses zu vermeiden.

Das Gesetz und die Verordnung stellen schliesslich auch keine Anforderungen an den (Mindest-)Inhalt des Herausgabegesuchs. Insbesondere bedarf das Gesuch keiner Begründung. Es muss daher nur, aber immerhin, als solches erkennbar sein, damit es der Finanzdienstleister prüfen und in angemessener Weise darauf reagieren kann.

### 2. Datenschutz

Die Modalitäten eines datenschutzrechtlichen Auskunftsbegehrens unter geltendem Recht ergeben sich aus Art. 1 VDSG. Die Verordnung zum neuen DSG liegt demgegenüber noch nicht vor.

Gemäss Art. 1 Abs. 1 VDSG muss ein Auskunftsbegehren grundsätzlich schriftlich und unter Nachweis der Identität eingereicht werden. Art. 1 Abs. 2 VDSG ermöglicht die elektronische Einreichung des Begehrens (z.B. per E-Mail), wenn der Inhaber der Datensammlung dies ausdrücklich vorsieht und angemessene Massnahmen trifft, um die Identifizierung der betroffenen Personen sicherzustellen und die persönlichen Daten der betroffenen Person bei der Auskunftserteilung vor dem Zugriff unberechtigter Dritter zu schützen.

<sup>65</sup> So wohl auch *David Rosenthal*, Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz, Was uns erwartet und was noch zu korrigieren ist, Jusletter vom 27. September 2017, N 113.

<sup>66</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG 2015 (Fn. 1), 8995.

<sup>67</sup> *Dommer* (Fn. 10), N 378 m.w.H.

<sup>68</sup> Vgl. hierzu etwa *Walter Fellmann*, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Art. 394–406 OR, Bern 1992 (zit. *BK-Fellmann*), Art. 400 N 99; *Carole Gehrler Cordey/Gion Giger*, in: Markus Müller-Chen/Claire Huguenin (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 400 N 8; BGer 5C.305/2005 vom 18. April 2006 E. 2.2; BGer 5A\_638/2009 vom 13. September 2010 E. 3.4.5.

<sup>69</sup> Vgl. hierzu etwa *BK-Fellmann* (Fn. 68), Art. 400 N 168 f.; *Gehrler Cordey/Giger* (Fn. 68), Art. 400 N 20; BGE 81 II 358 E. 3; Urteil BGer 4A\_94/2014 vom 1. Juli 2014 E. 4.3.

<sup>70</sup> So auch *Dommer* (Fn. 10), N 384.

Die Geltendmachung des Auskunftsrechts setzt weder einen Interessennachweis noch eine Begründung voraus.<sup>71</sup> Das Auskunftsrecht kann mithin auch aus blosser Neugier geltend gemacht werden.<sup>72</sup> Immerhin hielt das Bundesgericht diesbezüglich fest, dass eine Begründung für das Auskunftsbegehren verlangt werden kann, wenn im konkreten Fall eine rechtsmissbräuchliche Nutzung des Auskunftsrechts in Frage stehe.<sup>73</sup> Entsprechend sieht Art. 26 Abs. 1 lit. c revDSG neu vor, dass der Verantwortliche die Auskunft unter anderem dann verweigern, einschränken oder aufschieben kann, wenn das Auskunftsbegehren offensichtlich unbegründet ist, «namentlich wenn es einen datenschutzwidrigen Zweck verfolgt, oder offensichtlich querulatorisch» ist.

## VI. Modalitäten der Herausgabe bzw. Auskunftserteilung

### 1. FIDLEG

Der Finanzdienstleister ist verpflichtet, dem Kunden innert 30 Tagen nach Erhalt des Gesuchs kostenlos eine Kopie der betreffenden Dokumente zukommen zu lassen (Art. 73 Abs. 2 FIDLEG). Die Möglichkeit einer Verlängerung der Frist sieht das Gesetz nicht vor.

Der Finanzdienstleister hat grundsätzlich keinen Anspruch auf Entschädigung oder Aufwendungsersatz. Dies wird damit begründet, dass einerseits die Herausgabepflicht des Finanzdienstleisters in unmittelbarem Zusammenhang mit seinen aufsichtsrechtlichen Pflichten stehe und andererseits der Herausgabebanspruch des Kunden nicht mit Kostenrisiken und -folgen belastet werden soll, weil damit gerade auch die (Prozess-)Kosten vermindert werden sollen.<sup>74</sup> Verlangt der Kunde diese Kopie jedoch ohne hinreichende Begründung ein weiteres Mal, so kann der Finanzdienstleister dafür eine Entschädigung verlangen (Art. 97 Abs. 2 FIDLEV). Was unter einer «hinreichenden Begründung» zu verstehen ist, ergibt sich indes nicht aus der Verordnung. Unseres Erachtens muss der Kunde – wie bei der wiederholten Geltendmachung des datenschutzrechtlichen Auskunfts-

rechts (vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. a DSG) – ein «schutzwürdiges Interesse» an der erneuten Herausgabe nachweisen.

Der Finanzdienstleister hat die Dokumente grundsätzlich in Form einer Kopie an den Kunden herauszugeben (Art. 72 Abs. 1 FIDLEG). Mit Einverständnis des Kunden kann dies auch in elektronischer Form geschehen (Art. 72 Abs. 2 FIDLEG), wobei es sich gemäss Art. 97 Abs. 1 FIDLEV aber jedenfalls um einen «dauerhaften Datenträger» handeln muss. Als dauerhafter Datenträger gilt gemäss Art. 3 Abs. 9 FIDLEV «Papier und jedes andere Medium, das die Speicherung und die unveränderte Wiedergabe einer Information ermöglicht». Die Herausgabe kann damit insbesondere auch per E-Mail erfolgen.

### 2. Datenschutz

Die Auskunft oder der begründete Entscheid über die Beschränkung des Auskunftsrechts muss unter geltendem Recht innert 30 Tagen seit dem Eingang des Auskunftsbegehrens erteilt werden (Art. 1 Abs. 4 Satz 1 VDSG). Ist das nicht möglich, so muss der Inhaber der Datensammlung den Gesuchsteller hierüber benachrichtigen und ihm die Frist mitteilen, in der die Auskunft erfolgen wird (Art. 1 Abs. 4 Satz 2 DSG). Der Auskunftspflichtige darf die Frist somit selbst erstrecken.<sup>75</sup>

Das geltende Datenschutzrecht sieht in Art. 8 Abs. 5 DSG und Art. 1 VDSG vor, dass das Auskunftsbegehren grundsätzlich kostenlos ist. Eine Ausnahme in der Höhe von bis zu CHF 300 ist gemäss Art. 2 Abs. 1 VDSG möglich, wenn:

- die Auskunft in 12 Monaten vor dem Gesuch bereits erteilt wurde, kein Nachweis eines schutzwürdigen Interesses (Personendaten ohne Mitteilung an die betroffene Person verändert) an einer neuen Auskunftserteilung nachgewiesen wird;<sup>76</sup> oder
- wenn die Auskunftserteilung mit besonders grossem Arbeitsaufwand verbunden ist.<sup>77</sup>

Der Gesuchsteller ist über die Höhe der Beteiligung vor der Auskunftserteilung in Kenntnis zu setzen und

<sup>71</sup> Ausnahmen gelten in Bezug auf Daten verstorbener Personen (Art. 1 Abs. 7 VDSG) sowie bei der Frage nach der Kostenlosigkeit (Art. 2 Abs. 1 VDSG).

<sup>72</sup> Botschaft DSG 2017 (Fn. 20), 7069.

<sup>73</sup> BGE 138 III 425 E. 5.4 f.; BGE 123 II 534 E. 2c.

<sup>74</sup> Botschaft FIDLEG/FINIG 2015 (Fn. 1), 8996.

<sup>75</sup> Rosenthal/Jöhri (Fn. 15), Art. 8 N 21.

<sup>76</sup> Rosenthal/Jöhri (Fn. 15), Art. 8 N 26 m.w.H. auf die Praxis.

<sup>77</sup> Rosenthal/Jöhri (Fn. 15), Art. 8 N 26 m.w.H. auf die Praxis.

kann sein Gesuch innert zehn Tagen zurückziehen (Art. 2 Abs. 2 VDSG). Grundsätzlich ist die Auskunft nach geltendem Recht schriftlich, als Ausdruck oder Fotokopie, zu erteilen (Art. 8 Abs. 5 DSG). Eine Auskunftserteilung auf elektronischem Weg ist zulässig, wenn der Inhaber der Datensammlung dies ausdrücklich vorsieht und angemessene Massnahmen trifft, um die Identifizierung der betroffenen Person sicherzustellen und die persönlichen Daten der betroffenen Person bei der Auskunftserteilung vor dem Zugriff unberechtigter Dritter zu schützen. Im Einvernehmen mit dem Inhaber der Datensammlung oder auf dessen Vorschlag hin kann die betroffene Person ihre Daten auch an Ort und Stelle einsehen. Die Auskunft kann schliesslich auch mündlich erteilt werden, wenn die betroffene Person eingewilligt hat und vom Inhaber identifiziert worden ist (Art. 1 Abs. 3 VDSG).

Die Details der Ausgestaltung der Auskunft nach neuem Recht werden sich zu gegebener Zeit der neuen Verordnung entnehmen lassen. Fest steht, dass die Beantwortung des Auskunftsbegehrens auch zukünftig innerhalb von 30 Tagen seit dessen Eingang erfolgen muss (vgl. Art. 25 Abs. 7 revDSG).

## VII. Schranken

### 1. FIDLEG

Das Gesetz sieht keine expliziten Schranken für die Herausgabepflicht nach Art. 72 FIDLEG vor. Dergleichen ergibt sich insbesondere auch nicht aus der Dokumentations- bzw. Rechenschaftspflicht nach Art. 15 f. FIDLEG. Der Finanzdienstleister kann die Herausgabe des Kundendossiers insbesondere nicht gestützt auf seine Geheimhaltungsinteressen oder die Geheimhaltungsinteressen von Dritten verweigern.<sup>78</sup>

Eine Verweigerung der Herausgabe muss hingegen – nach den allgemeinen rechtlichen Grundsätzen – dann erlaubt sein, wenn der Anspruch rechtsmissbräuchlich geltend gemacht wird.<sup>79</sup> Dies wäre – wie im Datenschutzrecht – etwa bei querulatorischen Begehren der Fall, wenn die Dokumentenherausgabe

in kurzen Abständen wiederholt verlangt wird, ohne dass dafür ein berechtigtes Interesse besteht.<sup>80</sup>

Weitere Schranken ergeben sich – wie bereits ausgeführt – aus der Anspruchsverjährung<sup>81</sup> und dem Gegenstand der Herausgabepflicht, welcher sich mit demjenigen der Dokumentations- und Rechenschaftspflicht nach Art. 15 f. FIDLEG deckt.<sup>82</sup>

## 2. Datenschutz

Die Einschränkungen des datenschutzrechtlichen Auskunftsrechts sind im geltenden Recht in Art. 9 f. DSG bzw. neu in Art. 26 f. revDSG enthalten. Es handelt sich dabei um einen abschliessenden Katalog, wobei mehrere Gründe für eine Einschränkung auch parallel angerufen werden können.<sup>83</sup>

Zunächst nennt das Gesetz das Vorliegen eines Gesetzes im formellen Sinne, welches eine entsprechende Einschränkung vorsieht (Art. 9 Abs. 1 lit. a DSG bzw. Art. 26 Abs. 1 lit. a revDSG). Als besonders relevante Beispiele sind etwa das Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB) und das Bankkündengeheimnis (Art. 47 BankG) zu erwähnen. Die Einschränkung ist jedoch insofern zu relativieren, als es in der Praxis oft möglich ist, die geheimen Informationen zu schwärzen, um so die Geheimhaltung zu gewährleisten.<sup>84</sup>

Weiter nennen das DSG und das revDSG die «überwiegenden Interessen Dritter» als Einschränkungsground (Art. 9 Abs. 1 lit. b DSG bzw. Art. 26 Abs. 1 lit. b revDSG). Auch überwiegende Interessen des Inhabers der Datensammlung können ein Grund für eine Einschränkung der Auskunft sein, jedoch nur, wenn dieser die Personendaten nicht Dritten bekannt gibt. Dies gilt auch im revidierten Datenschutzgesetz, wobei Unternehmen, welche zum selben Konzern wie der Verantwortliche gehören, neu ausdrücklich nicht als «Dritte» gelten (vgl. Art. 26 Abs. 2 lit. a revDSG).

Sonderregelungen sind im geltenden und neuen Recht für die Medien in Art. 10 DSG bzw. Art. 27 revDSG vorgesehen.

Neu soll gemäss Art. 26 Abs. 1 lit. c revDSG die Auskunft auch eingeschränkt werden können, wenn das Gesuch «offensichtlich unbegründet ist, namentlich wenn es einen datenschutzwidrigen Zweck ver-

<sup>78</sup> Dommer (Fn. 10), N 373.

<sup>79</sup> Sethe/Seiler (Fn. 10), 439; Dommer (Fn. 10), N 375.

<sup>80</sup> Dommer (Fn. 10), N 375 m.w.H.

<sup>81</sup> Vgl. Ziff. V.1.

<sup>82</sup> Vgl. Ziff. IV.1.

<sup>83</sup> Rosenthal/Jöhri (Fn. 15), Art. 9 N 1.

<sup>84</sup> BGE 141 III 119 E. 5.3.

folgt oder offensichtlich querulatorisch ist». Die Formulierung ist im Laufe des Gesetzgebungsprozesses noch leicht angepasst worden. Ursprünglich lautete sie: «das Auskunftsgesuch offensichtlich unbegründet oder querulatorisch ist.» Durch die Ergänzung mit der Wendung «datenschutzwidrigen Zweck verfolgt» sollte offenbar ein Hinweis auf das Verbot von Beweisausforschung aufgenommen werden, welches sich sonst «nur» aus Art. 2 Abs. 3 revDSG zum Geltungsbereich ergeben hätte. So stützt sich die Botschaft auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach die Verwendung des Auskunftsrechts zu «datenschutzwidrigen Zwecken, bspw. um sich die Kosten einer Beweisbeschaffung zu sparen, oder um eine mögliche Gegenpartei auszuforschen» potentiell rechtsmissbräuchlich ist.<sup>85</sup>

Diese Ausnahme ist gemäss Botschaft jedoch eng auszulegen.<sup>86</sup> Zunächst darf der Verantwortliche «nicht leichthin annehmen», dass ein Auskunftsgesuch offensichtlich unbegründet oder querulatorisch sei. Liegt ein solches Gesuch tatsächlich vor, so habe der Verantwortliche «die für die betroffene Person günstigste Lösung zu wählen». Hierzu müsse er soweit als möglich die Einschränkung oder den Aufschub wählen. Eine Verweigerung komme nur in den «absolut eindeutigen, offensichtlichen, Fällen» in Betracht. Unserer Auffassung nach muss ein offensichtlich unbegründetes Gesuch für eine Verweigerung der Auskunft genügen, weil ein solches stets einen «absolut eindeutigen» Fall darstellen dürfte. Andernfalls liessen sich Abgrenzungsschwierigkeiten und -streitigkeiten nicht vermeiden. In jedem Fall hat der Verantwortliche die betroffene Person über die Verweigerung, die Einschränkung oder den Aufschub zu informieren und diesen zu begründen (Art. 26 Abs. 3 revDSG).

### VIII. Ergebnis der Gegenüberstellung

Als Ergebnis der Gegenüberstellung lässt sich festhalten: Der Herausgabeanspruch nach FIDLEG soll dem Kunden die Beschaffung von Beweismitteln zur effektiven Durchsetzung seiner Rechte aus dem Vertragsverhältnis mit dem Finanzdienstleister ermöglichen. Das Auskunftsrecht nach DSG bzw. revDSG soll der betroffenen Person demgegenüber die Kontrolle über

ihre Personendaten und damit den Schutz und die Durchsetzung ihrer Persönlichkeitsrechte ermöglichen.

Dabei unterscheiden sich die Herausgabe nach FIDLEG und die Auskunft nach Datenschutzrecht nicht nur im Zweck, sondern in praktisch allen geprüften Aspekten, wenn teilweise auch nur geringfügig. Lediglich als Beispiele seien die folgenden drei Unterschiede und ihre jeweiligen Konsequenzen für die Beantwortung von (kombinierten) Herausgabe- bzw. Auskunftsbegehren noch einmal hervorgehoben:

- Die datenschutzrechtliche Auskunftspflicht geht – sowohl nach geltendem als auch nach künftigen Recht – über die Herausgabepflicht nach Art. 72 FIDLEG hinaus, weil der Finanzdienstleister regelmässig auch Personendaten bearbeiten dürfte, die nicht Gegenstand der Dokumentations- und Rechenschaftspflicht von Art. 15 f. FIDLEG sind.
- Anders als Art. 72 FIDLEG gewährt das Datenschutzrecht der betroffenen Person keinen Anspruch auf Kopien der Originaldokumente, welche Personendaten enthalten, sondern lediglich einen Anspruch auf die bearbeiteten Personendaten «als solche». Das künftige Recht hält dies – im Gegensatz zum geltenden Recht – ausdrücklich fest. Dementsprechend können Personendaten künftig wohl auch in einer übersichtlich aufbereiteten Form (bspw. als tabellarische Zusammenfassung) ausgehändigt werden.
- Schliesslich kann die datenschutzrechtliche Auskunft unter bestimmten Voraussetzungen verweigert bzw. eingeschränkt oder aufgeschoben werden. Eine Verweigerung der Herausgabe von Dokumenten nach FIDLEG kommt dagegen nur (ausnahmsweise) bei rechtsmissbräuchlicher Geltendmachung oder Anspruchsverjährung in Betracht.

Falls sich ein Begehren auf beide Rechtsgrundlagen stützt, so ist dem datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruch mit einer Herausgabe von Kopien der Dokumente gemäss FIDLEG nicht in allen Fällen Genüge getan, und umgekehrt reicht allein die Auskunftserteilung nach Datenschutzrecht nicht unbedingt, um dem Anspruch auf Herausgabe von Dokumenten nach FIDLEG nachzukommen.

<sup>85</sup> Botschaft DSG 2017 (Fn. 20), 7069.

<sup>86</sup> Botschaft DSG 2017 (Fn. 20), 7069 f.