

B|R

ATTORNEYS AT LAW

Revision der Datenschutz- gesetzgebung

Überblick & Beurteilung
Entwurf neues DSG

RA Lukas Bühlmann, LL.M., Zürich

Bühlmann Rechtsanwälte AG

www.br-legal.ch



Übersicht

- Konzept der Revision - Überblick
- Wichtigste Eckpunkten des Entwurfes für das neue DSG
- Spezifische Auswirkungen auf Werbeaktivitäten
- Unnötiger «Swiss Finish»



Konzept der DSGVO-
Revision

Struktur der Revision

- Beibehaltung der Struktur des bestehenden Datenschutzgesetzes
- Risikobasierter Ansatz sowie technologieneutral
- Modernisierung der Terminologie:
 - „Profiling“ anstelle „Persönlichkeitsprofil“
 - „Verantwortlicher“ anstelle „Inhaber der Datensammlung“
 - „genetische und biometrische Daten, die eine Person eindeutig identifizieren“ als weitere Kategorie sog. besonders schützenswerter Personendaten
- Verbesserung grenzüberschreitender Datenverkehr:
 - Bundesrat entscheidet neu, ob lokale Gesetzgebung angemessener Schutz gewährleistet
 - VE-DSG sieht explizit verschiedene Möglichkeiten vor, fehlendes Schutzniveau zu gewährleisten
 - Wegfall des Schutzes von Daten juristischer Personen

Struktur der Revision

- Stärkung der Rechte der betroffenen Personen
- Präzisierung diverser Pflichten des Verantwortlichen:
 - Informationspflichten umfassender
 - Datenschutz-Folgenabschätzung
 - „Privacy by Default“ und „Privacy by Design“
 - Dokumentation der Datenbearbeitungen
- Nur punktuelle Regelung von Big Data (z.B. verstärktes Auskunftsrecht, Data Privacy by Design, Data Protection Impact Assessment, etc.)
- Detailregelungen (z.B. Auskunftsrechte und Sorgfaltspflichten) im Gesetz, durch Selbstregulierung oder die neuen sog. „Empfehlungen der guten Praxis“
- Diverse, teils sehr entscheidende Aspekte müssen über den Verordnungsweg noch präzisiert werden

Stärkung EDÖB & Sanktionen

- Stärkung des EDÖB durch neue Befugnisse
- Keine Befugnis direkte Verwaltungssanktionen auszusprechen, aber
- Erheblicher Ausbau des strafrechtlichen Teils des VE-DSG
- Erleichterung des gerichtlichen Zugangs für betroffene Personen:
 - Verfahren gegenüber privaten Verantwortlichen, Befreiung von den Gerichtskosten
 - Keine gesetzlich vorgesehene Umkehr der Beweislast

Wichtige Bestimmungen

**WHAT'S
NEW**



Informationspflicht

- Informationspflicht bei allen Datenbearbeitungen –mehr Informationen notwendig
 - Bearbeitete Daten oder Kategorien der bearbeiteten Daten
 - Zweck der Datenbearbeitung
 - Empfänger oder Kategorien von Datenempfängern
 - Rechte der betroffenen Person
 - Identität und Kontaktdaten der für die Datenbearbeitung verantwortlichen Person
 - Identität und Kontaktdaten des Auftragsdatenbearbeiters sowie die von diesem bearbeiteten Daten oder Datenkategorien
 - Beschaffung von Daten aus Drittquellen und Bearbeitungszweck
 - Weitergabe von Daten an Dritte
 - Information über automatisierte Einzelfallentscheidung
 - U.U. Meldung über Datenschutzverletzungen



Sorgfaltspflichten

▪ Katalog der Sorgfaltspflichten

- Technische und organisatorische Massnahmen (bereits bisher Art. 7 DSGVO)
- Privacy by Design (Datensparsamkeit, dezentrale Speicherung von Daten)
- Privacy by Default (datenschutzfreundlichste Option als Standard)
- Dokumentationspflicht (gilt auch für Auftragsdatenbearbeiter)
- Datenschutzfolgeabschätzung (bei Datenbearbeitungen mit erhöhtem Risiko)
- Meldepflicht bei Datenschutzverletzungen (an Aufsichtsbehörde, nicht in jedem Fall eine zwingende an betroffene Person)
- Keine zwingende Ernennung eines Datenschutzverantwortlichen vorgesehen
- Diverse Meldepflichten gegenüber Dritten als Datenempfänger



Einwilligung und Kontrollrechte

- **Anforderungen an Einwilligung**
 - In Art. 4 Abs. 6 VE-DSG wird das Einwilligungserfordernis neu formuliert: nur gültig ist, wenn sie nach angemessener Information freiwillig und eindeutig erfolgt.
 - Terminologische Annäherung an die DSGVO. Es wird allerdings nicht klargestellt, ob damit eine inhaltliche Annäherung bezweckt wird.
 - Unklare Anforderungen an eine ausdrückliche Einwilligung (wichtig insb. i.Z.m. Profiling!)
- **Rechte der betroffenen Person – Katalog**
 - **Ergänzung Auskunftsrecht:** Aufbewahrungsdauer und logischer Aufbau von automatisierten Datenbearbeitungen (z.B. Profiling) – letzteres umstritten und unklar
 - **Berichtigungsrecht** – Information an Dritte bei Weitergabe der Daten!
 - Recht auf Löschung
 - Recht auf Sperrung einer widerrechtlichen Datenbearbeitung
 - Bestreitungsvermerk
 - Recht auf Widerspruch gegen Datenbearbeitungen ohne Rechtfertigungsgrund
 - **Recht, keiner auf einer rein automatisierten Bearbeitung von Daten basierenden Entscheidung unterworfen zu sein, welche die Person in massgeblicher Weise betrifft** (z.B. Bonitätsprüfung, wohl aber nicht Profiling für Werbeaktivitäten)
 - **Kein Recht auf Dataportabilität**

„Empfehlungen der guten Praxis“

- Ziel: Förderung Entwicklung Selbstregulierung und Eigenverantwortung der Verantwortlichen
- EDÖB soll inskünftig sog. „Empfehlungen der guten Praxis“ erarbeiten
- Einbezug der Empfehlungen der „interessierten“ Kreise
- Interessierte Kreise können auch selbst solche Empfehlungen erarbeiten und sie vom EDÖB genehmigen lassen
- Keinen bindenden Charakter
- Beachtung der Empfehlungen führt jedoch zur Annahme, dass massgebliche gesetzliche Vorgaben eingehalten sind
- Problematisch:
 - „interessierte Kreise“ – wer soll das jeweils sein?
 - Handelt es sich bei der Genehmigung um eine Verfügung?
Rechtsmittelmöglichkeit?

„Profiling“ – offene Fragen....

- In Art. 3 lit. f VE-DSG wird der Begriff des „Profiling“ anstelle Persönlichkeitsprofil eingeführt.
- Gemäss erläuterndem Bericht geht es dabei im Gegensatz zum statischen Persönlichkeitsprofil um einen dynamischen Prozess.
- Profiling ist jede Auswertung von Personendaten oder nicht-personenbezogenen Daten, um wesentliche persönliche Merkmale zu analysieren oder Entwicklungen vorherzusagen.
- Bedeutung des Begriffs «Personendaten» gem. VE-DSG widersprüchlich, unklar, muss geklärt werden.
- Profiling verlangt neu eine ausdrückliche Einwilligung
- Daten, die aufgrund eines Profiling entstehen, sind gemäss erläuterndem Bericht grundsätzlich Personendaten. Erläuternder Bericht zum VE-DSG, S. 44.
- **Es dürfte beim Profiling z.B. nie ein überwiegendes Interesse des Datenbearbeiters vorliegen. Profiling und personalisierte Werbung dürften damit ohne ausdrückliche Einwilligung nicht zulässig sein.**

Auftragsdatenbearbeitung (Art. 7 VE-DSG)

- Art. 7 VE-DSG enthält eine Neuregelung der Auftragsdatenbearbeitung. Diese war bis anhin in Art. 10a DSG enthalten.
- neu vorgesehen:
 - dass ein Auftragsbearbeiter die Datenbearbeitung seinerseits nicht ohne vorgängige schriftliche Zustimmung des Verantwortlichen an einen Sub-Unternehmer weiterdelegieren darf;
 - dass betroffene Person transparent über die Auftragsdatenbearbeitung und die Identität der Auftragsbearbeiter informiert werden müssen.
- Vorschriften werden in der Praxis immer schriftlichen Vertrag über die ADV notwendig machen

Kompetenzen
EDÖB und
Sanktionen.....



Kompetenzen EDÖB und Sanktionen

- Kompetenzen des EDÖB
 - Durchführung einer Vorabklärung
 - Formelle Untersuchung
 - Informationsbeschaffungsbefugnisse (z.B. Recht auf Zutritt in Räumlichkeiten)
 - Verfügungskompetenzen (Sistierung oder Unterlassung von Datenbearbeitungen, Geldsanktionen)
 - Keine aufschiebende Wirkung von RM gegen Verfügungen des Beauftragten
 - Pflicht des Beauftragten der Erstattung von Strafanzeigen, bei Kenntnis von sanktioniertem Verhalten
 - Keine Administrativbussen / direkte Verwaltungssanktionen durch Beauftragten

ABER:

Kompetenzen EDÖB und Sanktionen

▪ Strafrechtliche Sanktionen

- Richten sich grundsätzlich gegen die handelnden natürlichen Personen, nicht gegen die Unternehmen
- Bussen von bis zu CHF 500'000, resp. CHF 250'000 bei Fahrlässigkeit
- Bussen gegen Unternehmen nur bis CHF 100'000 möglich, bei höheren Bussen muss handelnde natürliche Person ermittelt werden
- Kein Konnex an Umsatz der allenfalls betroffenen Unternehmen
- Zuständigkeit bei den kantonalen Staatsanwaltschaften
- Pflicht zur Erstattung von Strafanzeigen durch den Beauftragten
- Die meisten Pflichten der Verantwortlichen sind sanktioniert
- Ausgestaltung als Übertretungen, resp. Straftat (neues Berufsgeheimnis)
- Antrags- und Offizialdelikte
- Entspricht nicht den Vorgaben der E-K108, resp. der EU-Datenschutzgrundverordnung

Kompetenzen EDÖB und Sanktionen

- Verletzung von **Auskunfts-, Melde- und Mitwirkungspflichten** (Art. 50 VE-DSG)
 - Übertretung, Busse bis zu CHF 500'000 (vorsätzliches Verhalten), resp. CHF 250'000 (fahrlässiges Verhalten)
 - Als Antragsdelikte sanktioniert sind:
 - Informationspflichten bei der Beschaffung von Daten (Art. 13 VE-DSG)
 - Informations- und Anhörungspflicht bei einer automatisierten Einzelfallentscheidung (Art. 15 VE-DSG)
 - Auskunftsrecht (Art. 20 VE-DSG)
 - Meldung von Verletzungen des Datenschutzes (Art. 17 VE-DSG)
 - Mitteilung der Datenschutzfolgen-Abschätzung an den Beauftragten (Art. 16 VE-DSG)
 - Information von Datenempfänger über Berichtigung, Löschung, Vernichtung, Datenschutzverletzungen oder Beschränkungen der Datenbearbeitungen (Art. 19 lit. b VE-DSG)
 - Informationspflicht Auftragsbearbeiter über unbefugte Datenbearbeitungen (Art. 17 Abs. 4 VE-DSG)
 - Als **Offizialdelikt** sanktioniert sind:
 - Information EDÖB bei Datenbekanntgabe in Land ohne angemessenen Datenschutz (Art. 5 VE-DSG)
 - Genehmigungspflicht standardisierter Garantien oder unternehmensinterne Vorschriften zur Sicherstellung eines angemessenen Datenschutzes (Art. 5 VE-DSG)
 - Falsche Auskünfte oder Verweigerung Mitwirkung bei Untersuchungen durch EDÖB (Art. 41 VE-DSG)
 - Verletzung Meldepflicht bei Datenschutzverletzungen (Art. 17 VE-DSG)
 - Nichtbefolgung Verfügung EDÖB

Kompetenzen EDÖB und Sanktionen

- Verletzung von **Sorgfaltspflichten** (Art. 51 VE-DSG)
 - Übertretung, Busse bis zu CHF 500'000 (vorsätzliches Verhalten), resp. CHF 250'000 (fahrlässiges Verhalten)
 - Als Antragsdelikte sanktioniert sind:
 - Datenbekanntgabe ins Ausland (Art. 5 i.V.m. Art. 6 VE-DSG)
 - Auftragsdatenbearbeitung (Art. 7 VE-DSG)
 - Sicherheit von Personendaten (Art. 11 VE-DSG)
 - Keine Datenschutz-Folgenabschätzung (Art. 16 VE-DSG)
 - Verletzung „Privacy by Default“ und „Privacy by Design“ (Art. 18 VE-DSG)
 - Keine Dokumentation der Datenbearbeitung (Art. 19 VE-DSG)

Kompetenzen EDÖB und Sanktionen

- Verletzung der **beruflichen Schweigepflicht** (Art. 52 VE-DSG)
 - Straftat (Vergehen), Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe
 - Antragsdelikt
 - Vorsätzliche Bekanntgabe von geheimen Personendaten:
 - „von denen er im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit, welche die Kenntnis solcher Daten erfordert, Kenntnis erlangt hat;
 - welche er selbst zu kommerziellen Zwecken bearbeitet hat;
 - von denen er bei der Tätigkeit für einen Geheimhaltungspflichtigen oder während der Ausbildung bei diesem erfahren hat.
- Neu alle geheimen Personendaten, nicht nur besonders schützenswerte Daten und Persönlichkeitsprofile
- Hingewiesen wird im erläuternden Bericht z.B. auf Onlinehändler oder soziale Netzwerke, welche Personendaten zu Werbezwecken kaufen oder verkaufen.

Was bedeuten Revisionen für die Werbebranche?

- Graubereiche werden gefährlicher – Verschärfung der Sanktionen und Durchsetzungsmöglichkeiten
- Neue Vorschriften werden Werbemaßnahmen entweder „nur“ verteuern oder aber beschränken, resp. verbieten





Graubereiche werden gefährlicher –
Verschärfung der Sanktionen und
Durchsetzungsmöglichkeiten



Neue Vorschriften werden Werbemaßnahmen entweder „nur“ verteuern oder aber beschränken, resp. verbieten

Kostenerhöhende Vorschriften

„Kostenerhöhende Vorschriften“:
Vorschriften, welche die
administrativen Kosten und
Aufwände und damit die Kosten
der betreffenden
Werbeaktivitäten erhöhen.



Kostenerhöhende Vorschriften

- **Ausbau der Informations- und Transparenzpflichten**
 - Ausbau erhöht den administrativen Aufwand. Die Menge der leicht und kostengünstig beschaffbaren Daten wird reduziert.
- **Data Privacy by Design / Data Privacy by Default**
 - Applikationen und Aktivitäten mit Personendaten sind datenschutzfreundlich ausgeschaltet. Erhöhung der Kosten, weil betriebswirtschaftlich günstigste Variante allenfalls nicht mehr zulässig wäre.
- **Data Protection Impact Assessment**
 - Unternehmen müssen bei datenschutzrechtlich besonders riskanten Aktivitäten ein Impact Assessment durchführen. Profiling und personalisierte Werbung dürften darunter fallen. Das Impact Assessment erhöht die Kosten für solche Datenbearbeitungen

Kostenerhöhende Vorschriften

- **Dokumentation aller Datenbearbeitungen**
 - Alle Datenbearbeitungen sind schriftlich zu dokumentieren (Beschreibung Datenbearbeitung, Verfahren, Abläufe, Organisation und Zuständigkeiten). Dies wird zu erheblichem administrativem Aufwand führen.
- **Notwendigkeit eines Datenschutzverantwortlichen**
 - Bis anhin ist die Bestellung eines internen Datenschutzverantwortlichen freiwillig.
 - Bei Unternehmen mit erhöhtem Datenschutzrisiko wird zukünftig zur Sicherstellung von Compliance zwingend ein interner oder externer Datenschutzverantwortlicher notwendig sein.

Kostenerhöhende Vorschriften

- Erweiterung / Verschärfung der Auskunftsrechte zugunsten der betroffenen Personen
 - Werbeaktivitäten werden dadurch nicht verunmöglicht. Der administrative Aufwand wird jedoch erheblich erhöht.
 - Insbesondere die vorgesehene Kostenlosigkeit der Ausübung der Auskunftsrechte ist unnötig und gerade für KMU sehr problematisch.
- Einführung einer Regelung zu Daten verstorbener Personen
 - Durch SEV-108 nicht vorgesehen, daher nicht zwingend notwendig
 - Erheblicher administrativer Mehraufwand

Werbebeschränkende Vorschriften

„Werbebeschränkende Vorschriften“: Vorschriften, welche, auch im Vergleich zur heutigen Ausgangslage, gewisse Werbeaktivitäten neu beschränken oder gar verunmöglichen.



Werbebeschränkende Vorschriften

- **Regelung von Persönlichkeitsprofilen und Profiling**
 - Profiling sind erhöhte Sorgfaltspflichten vorgesehen, was in vielen Konstellationen eine aktive Zustimmung der betroffenen Personen verlangen würde.
 - Die vorgesehene Definition des «Profiling» sowie das geplante Erfordernis einer ausdrücklichen Einwilligung wird für viele Schweizer Unternehmen Profiling faktisch verunmöglichen.
- **Starker Ausbau der Informations- und Transparenzpflichten**
 - Betroffen ist insbesondere die Anreicherung aus Drittquellen.
 - Je höher das Informationserfordernis, desto schwerwiegender die Beschränkungen bei Werbeaktivitäten.

Werbebeschränkende Vorschriften

- **Data Privacy by Design / Data Privacy by Default**
 - Ziel von **Data Privacy by Design** ist Datensparsamkeit. So wenige Daten wie möglich sollen bearbeitet werden. Widerspricht den Bedürfnissen der personalisierten Werbung fundamental
 - **Data Privacy by Default** will den Nutzern datenschutzfreundliche Optionen liefern. Könnte, je nach Ausgestaltung, zum vermehrten Angebot von Opt-In-Optionen führen. Aktives Opt-In reduziert, was Studien zeigen, den für Marketingzwecke verfügbaren Datenpool.

Werbebeschränkende Vorschriften

- Informations- und Anhörungsrecht bei automatisierten Einzelfallentscheidungen
 - Nur bei Entscheiden mit rechtlicher Wirkung oder erheblicher Beeinträchtigung
 - Nur Informationspflicht und Anhörungsrecht. Kein Vetorecht
 - Einordnung des Profilings für personalisierte Werbung unsicher

Werbebeschränkende Vorschriften

- **Rechtfertigungsgründe bei Datenschutzverletzungen**
 - Für Werbeaktivitäten ist entscheidend, wann ein überwiegendes Interesse geltend gemacht werden kann und wann eine aktive Einwilligung notwendig ist.
 - Bei personalisierter Werbung und Profiling dürfte regelmässig eine Rechtfertigung notwendig sein.
 - Je häufiger eine Einwilligung notwendig ist, desto negativer ist dies für Werbeaktivitäten.
- **Verstärkung der Kompetenzen der Datenschutzbehörden, insb. strafrechtliche Sanktionen**
 - Der Graubereich, in welchem sich Marketingaktivitäten heute teilweise bewegen, würde kleiner werden. Entsprechende Werbeaktivitäten wären daher vor einem Compliance-Hintergrund allenfalls nicht mehr möglich oder nur noch in eingeschränktem Umfang.

Werbebeschränkende Vorschriften

- Ausbau der Rechtsansprüche der betroffenen Personen
 - Ziel ist es, mehr Verfahren wegen Datenschutzverletzungen zu ermöglichen.
 - Kostenerleichterung für klagende betroffene Personen.
 - «Einfaches und schnelles Mittel» durch Strafanzeige.
 - Viele Marketingaktivitäten bewegen sich in einem Graubereich. Mit Verfahrenserleichterungen würde der Graubereich von betroffenen Personen regelmässiger gerichtlich geprüft werden.



„Swiss Finish“ – Mythos?

Swiss Finish =
Standortnachteil
Schweiz

Jede «überschiessende»
Regelung im Vergleich
zur SEV-108 ist zu
unterlassen.

Swiss Finish – wo versteckt er sich?

- Art. 3 DSG – Begriff des Personenbezuges: Klarstellung, dass Personenbezug im Einzelfall beurteilt werden muss, objektiver Bezug nicht ausreichend sein kann.
- Art. 3 VE-DSG – Begriff Profiling ist viel zu weit
- Art. 4 Abs. 3 VE-DSG – Erkennbarkeit: Verzicht auf Zusatz «klare» Erkennbarkeit der Datenbearbeitung und deren Zwecke
- Art. 6 Abs. 1 VE-DSG – Datenbekanntgabe ins Ausland: Vorgaben sind strenger, als notwendig
- Art. 7 VE-DSG – zwingende Zustimmung zum Beizug von Sub-Auftragsdatenbearbeiter ist weder durch die internationalen Verpflichtungen gefordert, noch entspricht sie der bisher geltenden Rechtslage
- Art. 12 VE-DSG – Einführung einer Regelung zu Daten verstorbener Personen
- Art. 13 Abs. 3 VE-DSG – Abschliessende Liste der Informationspflichten, beschränkt auf den Umfang gem. SEV-108
- Art. 13 Abs. 4 VE-DSG – keine zusätzlichen Informationspflichten betr. Auftragsdatenbearbeitung
- Art. 13 Abs. 5 VE-DSG – Information über Datenbeschaffung bei Dritten muss nachgängig möglich sein
- Art. 14 Abs. 4 VE-DSG – Katalog der Ausnahmen von der Informationspflicht ist enger gefasst als gemäss SEV-108 notwendig
- Art. 15 VE-DSG – Regelung betr. automatisierte Einzelfallentscheidungen ist auf die Vorgaben der SEV-108 zu begrenzen
- Art. 16 VE-DSG – Pflicht zur Durchführung einer Datenschutz-Folgeabschätzung geht über die Vorgaben der SEV-108 und der DSGVO hinaus (bspw. bei «erhöhten Risiken», resp. Beschränkung der Pflicht auf den Verantwortlichen)
- Art. 17 VE-DSG – Meldepflichten bei Datenschutzverstössen strenger als gem. SEV-108 oder DSGVO vorgesehen
- Art. 19 VE-DSG – Dokumentationspflicht viel umfangreicher als gem. SEV-108 oder DSGVO notwendig. Zudem ist auch die vorgesehene Mitteilungspflicht nicht notwendig
- Art. 20 VE-DSG – Kostenlosigkeit des Auskunftsrechtes ist gem. SEV-108 und DSGVO nicht vorgesehen
- Art. 23 VE-DSG – generelles Erfordernis einer ausdrücklichen Einwilligung beim Profiling ist nicht notwendig
- Art. 25 VE-DSG – mit dem Bestreitungsvermerk verbundenes Recht die weitere Datenbearbeitung zu untersagen ist überschüssend
- Art. 50 ff. VE-DSG – Sanktionssystem: die strafrechtliche Verantwortung der natürlichen Personen über vorgesehene massive Bussen sowie Freiheitsstrafen gehen weit über die notwendige Verschärfung hinaus

Beteiligen Sie sich an der laufenden
Vernehmlassung !

Termin: 4. April 2017

B|R

ATTORNEYS AT LAW

Fragen & Diskussion

RA Lukas Bühlmann, LL.M.,
Zürich

Bühlmann Rechtsanwälte AG
www.br-legal.ch

