

Datenschutz in der Schweiz

5 Irrtümer zu DSGVO und DSG

Dr. iur. Cornelia Stengel, Rechtsanwältin

Veranstaltung von **strassenschweiz** – Verband des Strassenverkehrs FRS

19. Juni 2018

INTERNATIONALES UMFELD

- **Europarat**

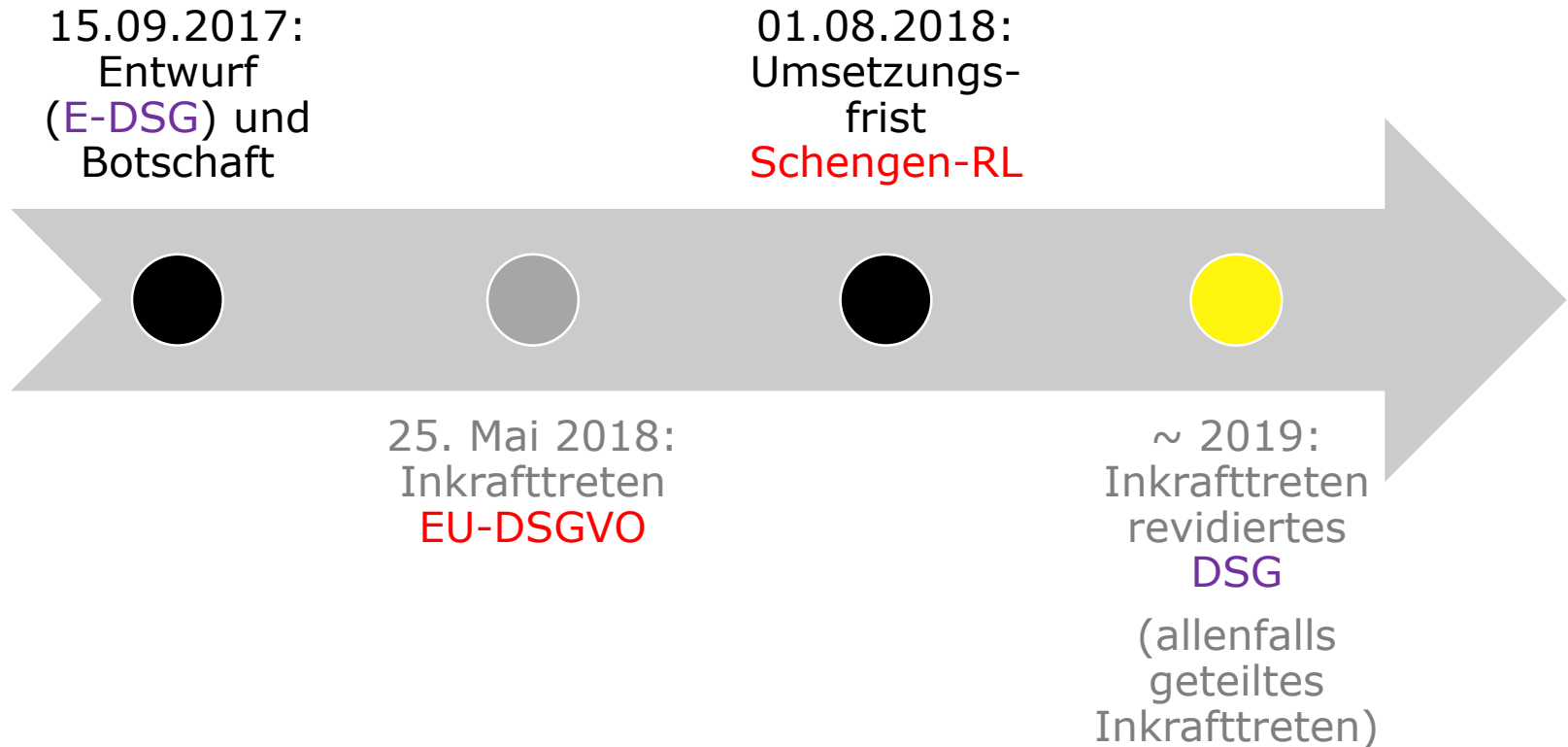
Anfang 2017: Revision des Übereinkommens SEV 108 zum Schutz des Menschen bei der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten

- **EU**

April 2016: Revision Datenschutzgesetzgebung, diese umfasst zwei Rechtsakte:

- Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (DSGVO, GDPR); direkt geltendes Recht in EU ab: 25. Mai 2018
- Richtlinie (EU) 2016/680 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich des Strafrechts (Schengen-RL)

FAHRPLAN SCHWEIZ: IM MOMENT NOCH OFFEN



EU-DSGVO: RÄUMLICHER ANWENDUNGSBEREICH



Artikel 3

Räumlicher Anwendungsbereich

(1) Diese Verordnung findet Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten, soweit diese im Rahmen der Tätigkeiten einer **Niederlassung** eines Verantwortlichen oder eines Auftragsverarbeiters in der Union erfolgt, unabhängig davon, ob die Verarbeitung in der Union stattfindet.

(2) Diese Verordnung findet Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten von betroffenen Personen, die sich in der Union befinden, durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter, wenn die Datenverarbeitung im Zusammenhang damit steht

a) betroffenen Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen **anzubieten**, unabhängig davon, ob von diesen betroffenen Personen eine Zahlung zu leisten ist;

b) das Verhalten betroffener Personen zu **beobachten**, soweit ihr Verhalten in der Union erfolgt.

[...]

Irrtum Nr. 1

Die EU-DSGVO ist anwendbar, sobald ein Schweizer Unternehmen Daten von EU-Bürgern bearbeitet.

MARKTORTPRINZIP

1. **Anbieten von Waren oder Dienstleistungen** gegenüber Personen in der EU, z.B.:

- Webseite mit Preisangabe in Euro oder beispielsweise in spanischer Sprache und mit spanischer Domain
- Angebote für Lieferungen in die EU

2. **Verhaltensbeobachtung** von Personen in der EU, z.B.:

- Webseite, welche Cookies oder Google Analytics benutzt

in Erwägung nachstehender Gründe:

- (23) Damit einer natürlichen Person der gemäß dieser Verordnung gewährleistete Schutz nicht vorenthalten wird, sollte die Verarbeitung personenbezogener Daten von betroffenen Personen, die sich in der Union befinden, durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter dieser Verordnung unterliegen, wenn die Verarbeitung dazu dient, diesen betroffenen Personen gegen Entgelt oder unentgeltlich Waren oder Dienstleistungen anzubieten. Um festzustellen, ob dieser Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter betroffenen Personen, die sich in der Union befinden, Waren oder Dienstleistungen anbietet, sollte festgestellt werden, ob der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter offensichtlich beabsichtigt, betroffenen Personen in einem oder mehreren Mitgliedstaaten der Union Dienstleistungen anzubieten. Während die bloße Zugänglichkeit der Website des Verantwortlichen, des Auftragsverarbeiters oder eines Vermittlers in der Union, einer E-Mail-Adresse oder anderer Kontaktdaten oder die Verwendung einer Sprache, die in dem Drittland, in dem der Verantwortliche niedergelassen ist, allgemein gebräuchlich ist, hierfür kein ausreichender Anhaltspunkt ist, können andere Faktoren wie die Verwendung einer Sprache oder Währung, die in einem oder mehreren Mitgliedstaaten gebräuchlich ist, in Verbindung mit der Möglichkeit, Waren und Dienstleistungen in dieser anderen Sprache zu bestellen, oder die Erwähnung von Kunden oder Nutzern, die sich in der Union befinden, darauf hindeuten, dass der Verantwortliche beabsichtigt, den Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten.

Irrtum Nr. 2

Bietet ein Schweizer Unternehmen Waren oder Dienstleistungen an Endkunden in der EU an, ist die EU-DSGVO auf alle Datenverarbeitungen anwendbar.

Artikel 3

Räumlicher Anwendungsbereich

(1) Diese Verordnung findet Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten, soweit diese im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung eines Verantwortlichen oder eines Auftragsverarbeiters in der Union erfolgt, unabhängig davon, ob die Verarbeitung in der Union stattfindet.

(2) Diese Verordnung findet Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten von betroffenen Personen, die sich in der Union befinden, durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter, wenn die Datenverarbeitung im Zusammenhang damit steht

a) betroffenen Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten, unabhängig davon, ob von diesen betroffenen Personen eine Zahlung zu leisten ist;

b) das Verhalten betroffener Personen zu beobachten, soweit ihr Verhalten in der Union erfolgt.

[...]

Irrtum Nr. 3

Cookies auf einer Webseite oder in Newslettern führen immer zur Anwendbarkeit der EU-DSGVO.



Funktionalitäts- und Performance-Cookies



Tracking- und Targeting-Cookies

Artikel 3

Räumlicher Anwendungsbereich

(1) Diese Verordnung findet Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten, soweit diese im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung eines Verantwortlichen oder eines Auftragsverarbeiters in der Union erfolgt, unabhängig davon, ob die Verarbeitung in der Union stattfindet.

(2) Diese Verordnung findet Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten von betroffenen Personen, die sich in der Union befinden, durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter, wenn die Datenverarbeitung im Zusammenhang damit steht

a) betroffenen Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten, unabhängig davon, ob von diesen betroffenen Personen eine Zahlung zu leisten ist;

b) das Verhalten betroffener Personen zu beobachten, soweit ihr Verhalten in der Union erfolgt.

[...]

in Erwägung nachstehender Gründe:

- (24) Die Verarbeitung personenbezogener Daten von betroffenen Personen, die sich in der Union befinden, durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter sollte auch dann dieser Verordnung unterliegen, wenn sie dazu dient, das Verhalten dieser betroffenen Personen zu beobachten, soweit ihr Verhalten in der Union erfolgt. Ob eine Verarbeitungstätigkeit der Beobachtung des Verhaltens von betroffenen Personen gilt, sollte daran festgemacht werden, ob ihre **Internetaktivitäten nachvollzogen** werden, einschließlich der möglichen nachfolgenden Verwendung von Techniken zur Verarbeitung personenbezogener Daten, durch die von einer natürlichen Person ein **Profil erstellt wird**, das insbesondere die Grundlage für sie betreffende Entscheidungen bildet oder anhand dessen ihre persönlichen Vorlieben, Verhaltensweisen oder Gepflogenheiten analysiert oder vorausgesagt werden sollen.

ANWENDBARKEIT DER EU-DSGVO



Funktionalitäts- und Performance-Cookies



Tracking- und Targeting-Cookies

ZULÄSSIGKEIT VON TRACKING-COOKIES (CH)

- Keine direkte Regelung im DSG, aber Art. 45c lit. b FMG (Fernmeldegesetz): «Bearbeiten von Daten auf fremden Geräten durch fernmeldetechnische Übertragung»
- Erlaubt, wenn Information und **Opt-Out**-Möglichkeit gegeben
- Achtung, es gibt auch Lehrmeinungen, wonach eine ausdrückliche Einwilligung nötig sei, bei Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen

ZULÄSSIGKEIT VON TRACKING-COOKIES (EU)

- Unter DSGVO keine direkte Regelung
- Seit ca. 6 Jahren gibt es die „**Cookie-Richtlinie**“ der EU (offizieller Name: E-Privacy-Richtlinie 2009/136/EG)
Ziel: nicht absolut notwendige Cookies dürfen nur mit Zustimmung der Nutzer gesetzt werden; v.a. Tracking- und Targeting-Cookies
- Die **ePrivacy-Verordnung** sollte ursprünglich gleichzeitig mit der EU-DSGVO in Kraft treten, wird aber immer noch beraten; voraussichtliches Inkrafttreten Anfang 2019.
- Aktueller Stand Cookie-Richtlinie: **Opt in** (Funktionalitäts- und Performance-Cookies wohl auch mit Opt-out Möglichkeit zulässig)

Irrtum Nr. 4

Für jeden Newsletter ist die Einwilligung des Betroffenen notwendig.

GRUNDSÄTZE DER BEARBEITUNG (SCHWEIZ)

Bearbeitung von Personendaten **grundsätzlich erlaubt**, wenn Grundsätze eingehalten sind.

- Bearbeitungsgrundsätze (Art. 4 DSGVO)
- Rechtmässig, nach Treu & Glauben und verhältnismässig
- Zweckgebunden: wie angegeben, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen (gemäss E-DSG: «wie vereinbar»)
- Transparent; für die betroffene Person erkennbar
- Sicherstellung der Richtigkeit der Daten (Art. 5 DSGVO)
- Sicherheit: Angemessene technische und organisatorische Massnahmen gegen unbefugtes Bearbeiten (Art. 7 DSGVO)

Grundsätze der Datenbearbeitung sollen durch die Revision des Gesetzes im Übrigen keine materiellen Änderungen erfahren.

NEWSLETTERVERSAND (CH)


DSG

- Newsletter-Anmeldung muss so ausgestaltet sein, dass insbesondere der Zweck der Bearbeitung der geforderten Angaben wie E-Mail-Adresse und Name erkennbar ist.

FMG und UWG

- Art. 45a Abs. 1 FMG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG: Einwilligung ist nötig (**Opt-in**)
- Bestätigungs-E-Mail (**Double Opt-in**) sinnvoll zu Beweis Zwecken.
- Entbehrlich ist Einwilligung nur beim Werbeversand an (frühere) Kunden, die beim Erstkontakt ausreichend deutlich auf die Ablehnungsmöglichkeit hingewiesen worden sind, und nur insoweit, als die Werbung eigene und «ähnliche» Leistungen betrifft (**Opt-out**).

GRUNDSÄTZE DER BEARBEITUNG (EU-DSGVO)

- Verbotssprinzip (Art. 6), d.h. Verarbeitung verboten ausser 
 - Einwilligung der betroffenen Person
 - für Erfüllung des Vertrags oder rechtlicher Verpflichtungen notwendig
 - Schutz lebenswichtiger Interessen
 - Öffentliches oder überwiegendes, berechtigtes privates Interesse

- Bearbeitungsgrundsätze
 - Nach Treu und Glauben
 - «verhältnismässig» (Datenminimierung, Speicherbegrenzung)
 - Zweckgebunden (für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke)
 - Transparent; erkennbar (für die betroffene Person)

NEWSLETTERVERSAND (EU)

DSGVO

- Verbotssprinzip (Art. 6), d.h. Verarbeitung verboten ausser:
 - Einwilligung der betroffenen Person
 - für Erfüllung des Vertrags oder rechtlicher Verpflichtungen notwendig
 - Schutz lebenswichtiger Interessen
 - öffentliches oder überwiegendes, berechtigtes privates Interesse
- Erwägung 47 zur DSGVO:
*«Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der **Direktwerbung** kann als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden.»*
- Wohl zulässig ohne Einwilligung (nicht aber Profiling), falls Bearbeitungsgrundsätze (Art. 5) und Informationspflichten (Art. 12 f.) eingehalten (str.!).
- Widerspruchsrecht (Art. 21)

NEWSLETTERVERSAND (EU)

Zukünftige E-Privacy-Verordnung

Ergänzung zur DSGVO; soll künftig u.a. Cookies und Newsletter regeln

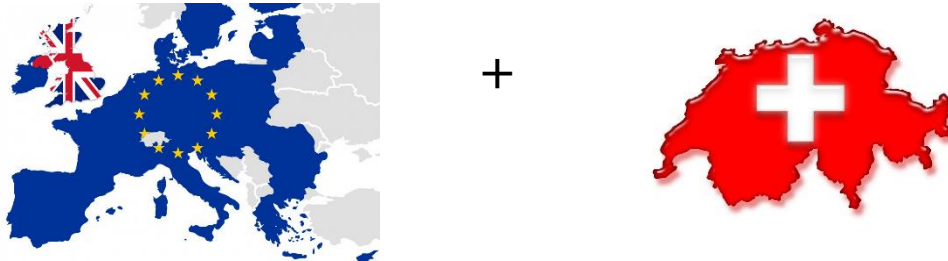
- Unter der E-Privacy-Verordnung wird der Versand von Newslettern (mit oder ohne Tracking-Cookies) voraussichtlich nur noch mit ausdrücklicher Einwilligung (z.B. mittels **Double-Opt-in**) gemäss den Anforderungen nach Art. 7 DSGVO möglich sein.

Irrtum Nr. 5

Wenn alle Anforderungen der EU-DSGVO eingehalten werden, sind auch diejenigen des DSG erfüllt.

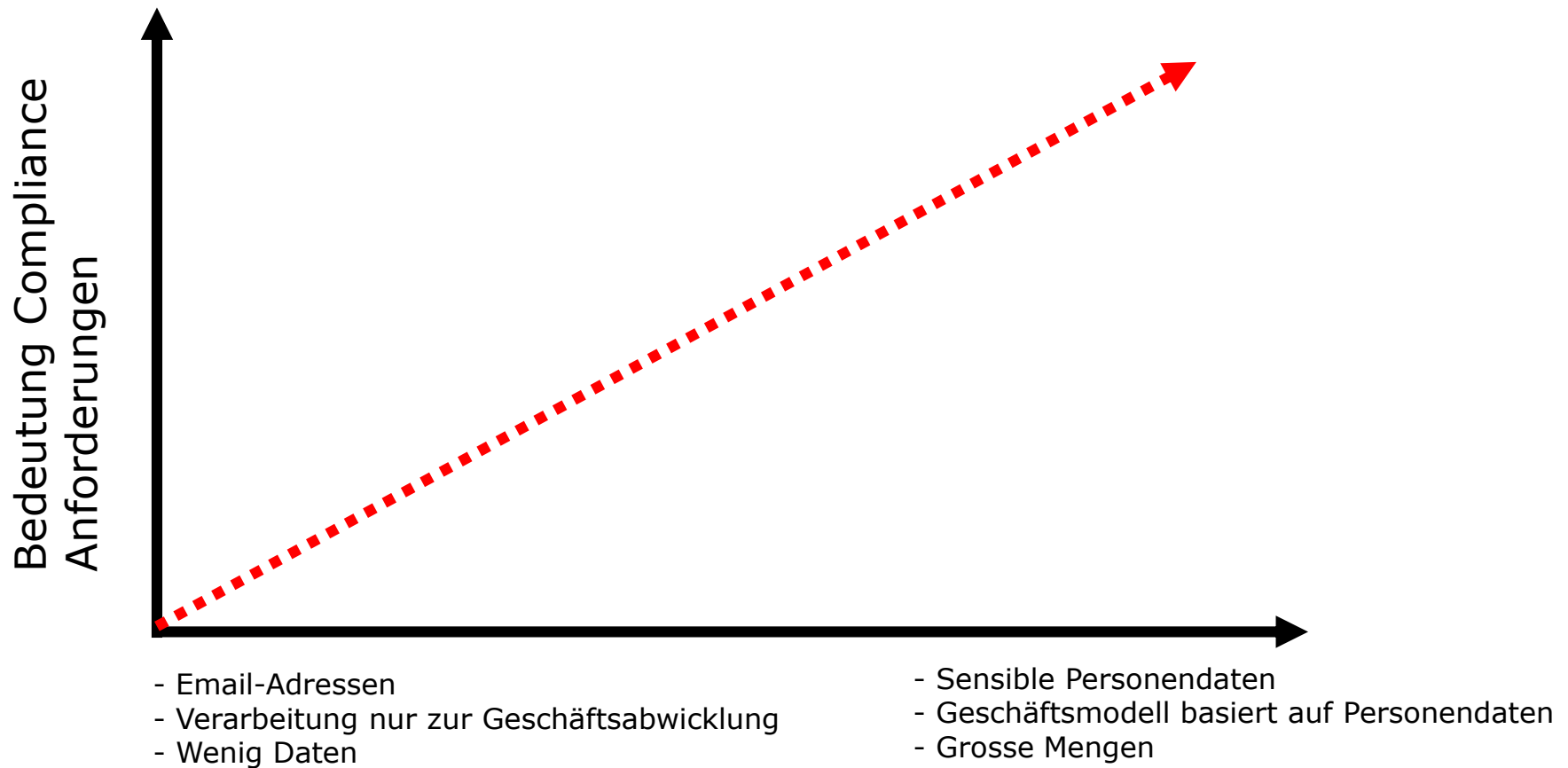
VERHÄLTNIS **DSG** ZU **EU-DSGVO**

- Auch bei Anwendbarkeit der EU-DSGVO ist das DSG immer noch zu beachten (selbst wenn die betroffene Person einen zivilrechtlichen Anspruch auf die EU-DSGVO stützen würde).



- Dies betrifft insbesondere:
 - Melde- und Genehmigungspflichten bei Transfer ins Ausland
 - Informationspflichten (Data Breach Notification)
 - Meldungen von Datensammlungen etc.

BEDEUTUNG DES DATENSCHUTZES FÜR UND ANFORDERUNGEN AN UNTERNEHMEN



FAZIT

Laisser-faire keine Option mehr (Sanktionen!)

Massnahmen:

- Stelle/Abteilung mit Datenschutzkompetenz
- Dokumentation (ggf. Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten)
- Prüfung der Anwendbarkeit von DSG, E-DSG und EU-DSGVO
- Überprüfung der Rechtmässigkeit der Verarbeitung resp. Einhaltung der Bearbeitungsgrundsätze
- Überarbeitung von Verträgen (ADV) und Datenschutzerklärungen, insbes. Prüfung von Einwilligungen
- Interne Prozesse und Richtlinien überarbeiten (z.B. bezüglich Auskunftsrechte, ggf. Datenportabilität)
- Ggf. Bestellung eines Vertreters in der EU



Dr. Cornelia Stengel

Rechtsanwältin, Partnerin bei Kellerhals Carrard Zürich

Cornelia Stengel ist Rechtsanwältin für Finanzdienstleistungsrecht sowie Datenschutz mit spezieller Erfahrung in der rechtlichen Analyse neuer Produkte, Systeme und Technologien auf dem Finanzmarkt (Fintech). Sie berät in allen Phasen eines Projektes von der Prüfung und Umsetzung betriebswirtschaftlicher und regulatorischer Anforderungen über die vertragliche Ausgestaltung bis hin zur Gestaltung interner Prozesse.

Daneben engagiert sich Cornelia Stengel in Arbeitsgruppen und Verbänden zu ihren Tätigkeitsbereichen, beispielsweise in ihrer Funktion als stv. Geschäftsführerin des Schweizerischen Leasingverbands (SLV), als Co-Director von Swiss Fintech Innovations (SFTI), als Mitglied der Arbeitsgruppen Finanzmarktpolitik, Datenschutz und Datenpolitik der economiesuisse oder auch als Mitglied der Blockchain Taskforce. Sie ist vorgeschlagen als ständiger Gast der neu gegründeten Fachkommission Digitalisierung der Schweizerischen Bankiervereinigung.

Rämistrasse 5
Postfach
8024 Zürich

Telefon +41 58 200 39 00
cornelia.stengel@kellerhals-carrard.ch

Basel

Hirschgässlein 11
Postfach 257
CH-4010 Basel
Tel. +41 58 200 30 00
Fax +41 58 200 30 11

Bern

Effingerstrasse 1
Postfach
CH-3001 Bern
Tel. +41 58 200 35 00
Fax +41 58 200 35 11

Lausanne

Place Saint-François 1
Postfach 7191
CH-1002 Lausanne
Tel. +41 58 200 33 00
FAX +41 58 200 33 11

Lugano

Via Luigi Canonica 5
Postfach 6280
CH-6901 Lugano
Tel. +41 58 200 31 00
Fax +41 58 200 31 11

Sion

Rue du Scex 4
Postfach 317
CH-1951 Sion
Tel. +41 58 200 34 00
Fax +41 58 200 24 11

Zürich

Rämistrasse 5
Postfach
CH-8024 Zürich
Tel. +41 58 200 39 00
Fax +41 58 200 39 11