

Revision des DSGVO

Stand und Ausblick

4. Februar 2020

13. Tagung zum Datenschutz – Jüngste Entwicklungen

David Vasella

walderwyss rechtsanwälte

Übersicht

- Einleitung:
 - Bisheriger Verlauf
 - Zwischenstand (Übersicht)
- ausgewählte Themen:
 - Profiling
 - Informationspflicht
 - Auskunftsrecht
 - Übergangsrecht
- Fortsetzung der Beratung

Bisheriger Verlauf

21. Dez. 2016	Vorentwurf des revidierten DSG; Vernehmlassung
15. Sep. 2017	Entwurf des BR: nachgebesserte Version
25. Sep. 2019	Entwurf des NR
18. Dez. 2019	Entwurf des SR
24. Jan. 2020	Entscheid der SPK-N zu den Differenzen

→ <https://datenrecht.ch/dsg-revision>

Zwischenstand (Übersicht)

Einigkeit der Räte in den meisten Punkten (Auswahl):

- keine Regelung von Daten Verstorbener (E-DSG 16)
- Grundsatz der aktiven Informationspflicht mit Generalklausel; strafbar: «nulla poena sine lege certa»? (E-DSG 17 und 54 I b)
- Datenschutzberater (E-DSG 9)
- Verhaltenskodizes mit Stellungnahme EDÖB (E-DSG 10)
- Verzeichnis der Bearbeitungstätigkeiten; KMU-Ausnahme < 250 Mitarbeiter (99% der Unternehmen) (E-DSG 11)
- Vertreter ausländischer Verantwortlicher in der Schweiz (E-DSG 12a)
- Bekanntgabe ins Ausland im Grundsatz (E-DSG 13 ff.)
- automatisierte Einzelentscheidung (E-DSG 19)
- Datenschutz-Folgenabschätzung (E-DSG 20 f.)
- Breach Notification (E-DSG 22)
- Datenportabilität (E-DSG 25 ff.)
- Rechtsansprüche (E-DSG 28)
- Bearbeitung durch Bundesorgane (E-DSG 30 ff.)
- Stellung und Kompetenzen des EDÖB (weitgehend) (E-DSG 39 ff.)
- Amtshilfe (E-DSG 48 f.)
- Strafbestimmungen (weitgehend) (E-DSG 54 ff.)
- Schlussbestimmungen (E-DSG 62 ff.)

Zwischenstand (Übersicht)

- **gemäss Vorschlag SPK-N vorläufig ausgeräumte Differenzen:**
 - ★ kein abschliessender Katalog der Auskunft – nulla poena? (E-DSG 17 und 54 I a)
 - ★ Ausnahme bei Informations- und Auskunftspflicht:
 - unverhältnismässiger Aufwand: nur bei Drittbeschaffung (E-DSG 18 II b)
 - überwiegende eigene Interessen: nicht bei Weitergabe ausserhalb des Konzerns (E-DSG 18 III und 24 II)
 - Wirtschaftsauskunfteien: keine Prüfung Minderjähriger (E-DSG 27 II c)
 - Strafbarkeit der Sicherheitsvorschriften gemäss Verordnung (E-DSG 55 c)

Zwischenstand (Übersicht)

– bestehende Differenzen (Auswahl):

- Definition der besonders schützenswerten Personendaten; unproblematisch (E-DSG 4 c)
- ★ Profiling «mit hohem Risiko» (s.u.)?
- Bekanntgabe ins Ausland: Information des EDÖB auf Anfrage bei bestimmten Ausnahmen (z.B. Wahrung von Rechten) (E-DSG 14)
- ★ Umfang der Informationspflicht (auch Liste der Rechte und Bekanntgabe an Wirtschaftsauskunfteien)? (E-DSG 17 II d und e)
- ★ Gegenstand der Auskunft:
 - Personendaten «als solche»? (E-DSG 23 II b)
 - Datenbearbeitung zur Prüfung der Kreditwürdigkeit? (E-DSG 23 II h)
- Rechtfertigung durch Wettbewerb ausser bei Drittbekanntgabe: Konzernprivileg? (E-DSG 27 II b)
- Wirtschaftsauskunfteien: Maximalalter der Rohdaten 10 oder 5 Jahre? (E-DSG 27 II c)

ausgewählte Themen: Profiling

BR	NR	SR	SPK-N
Ausdrücklichkeit einer etwaigen Einwilligung (E-DSG 5 VI)	✗	nur bei Hochrisikoprofiling	✗
Datenschutz-Folgenabschätzung (E-DSG 20 II b)	✗	✗	✗
keine Prüfung der Kreditwürdigkeit durch Wirtschaftsauskunfteien (E-DSG 27 II c 1)	✗	nur bei Hochrisikoprofiling	✗

ausgewählte Themen: Profiling

Was ist “Profiling”?

- **automatisierte** Bearbeitung von Personendaten...
- ... mit dem Ziel, **persönliche Aspekte** zu bewerten (Arbeitsleistung, Gesundheit, Affinitäten, Verhalten, Bewegungen etc.)

Was ist “Profiling mit hohem Risiko”?

- Profiling, das...
- ... ein hohes Risiko für die Betroffenen bringt (Generalklausel!)
 - Regelbeispiel 1: **systematische Verknüpfung** von Daten unterschiedlicher Herkunft, die **“verschiedene Lebensbereiche”** betreffen
 - Regelbeispiel 2: **systematische** und **umfangreiche Bearbeitung** mit dem Ziel, Rückschlüsse auf **“verschiedene Lebensbereiche”** zu ziehen

ausgewählte Themen: Profiling

Inkonsistente Risikobewertung:

	automatisierte Bearbeitung	umfangreiche Bearbeitung	systema- tisches Vor- gehen	persönliche Bewertung	verschiedene Quellen betr. verschiedene Lebensbereiche	Rückschlüsse auf verschiedene Lebensbereiche
Profiling	✓			✓		
hohes Risiko 1	✓		✓	✓	✓	
hohes Risiko 2	✓	✓	✓	✓		✓

ausgewählte Themen: Profiling

- **Schlussfolgerungen für das «hohe Risiko»:**
 - es braucht mindestens drei Elemente:
 - ein Profiling
 - ein systematisches Vorgehen (Regelbeispiele)
 - «verschiedene Lebensbereiche» sind betroffen (Regelbeispiele: als Rohdaten oder Ziel des Profilings)
 - hilfsweise Anlehnung an Art. 20 (DSFA)?
 - die Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten genügt für sich genommen nicht
 - heikel ist die Verwendung nicht erprobter Technologien

ausgewählte Themen: Profiling

– Beispiele:

- wohl erfasst:
 - Bestimmung von Affinitäten auf der Basis von Transaktionsdaten (Kreditkarten, Verwendung von Suchmaschinen und Cloud-Speicher, Social Media, Nachrichten-Apps etc.)
- m.E. nicht erfasst:
 - automatische Prüfung von Bewerbungen (keine Daten aus verschiedenen Quellen; keine Rückschlüsse auf verschiedene Lebensbereiche)
 - E-Mail-Tracking, Tracking auf Websites usw. (betrifft i.d.R. nicht verschiedene Lebensbereiche)
 - Prüfung der Kreditwürdigkeit als solche

ausgewählte Themen: Informationspflicht

- **Umfang der Informationspflicht** gemäss SR (E-DSG 17 II d und e)
 - «Liste der Rechte» (SR): welche Rechte?
 - Absicht, Daten zur Bonitätsprüfung zu bearbeiten und Dritten bekanntzugeben (SR): betrifft wohl nur die Auskunftsei (nicht ihren Kunden)

ausgewählte Themen: Informationspflicht

- **Ausnahmen von der Informationspflicht** (E-DSG 18 II d)
 - unverhältnismässiger Aufwand:
 - NR: generell als Ausnahme zugelassen
 - SR: nur bei Dritterhebung zugelassen
 - m.E. richtig wäre die Position des NR: Prüfung der (Un-)Verhältnismässigkeit trägt den Umständen Rechnung

ausgewählte Themen: Informationspflicht

- **Ausnahmen von der Informationspflicht** (E-DSG 17 II d)
 - überwiegende eigene Interessen:
 - NR: für Private immer zugelassen
 - SR: nicht zugelassen bei Weitergabe ausserhalb des Konzerns
 - grundsätzlich verfehlte Einschränkung
(Risiken der Weitergabe wären bei der Interessenabwägung zu prüfen)
 - missglückte Formulierung des Konzerns: Bekanntgabe «*zwischen Unternehmen, die von derselben juristischen Person kontrolliert werden*»

ausgewählte Themen: Auskunft

- **Gegenstand des Auskunftsrechts** (E-DSG 23 II)
 - abschliessende Aufzählung der Angaben (NR) oder Generalklausel (Information, die *«erforderlich sind, damit sie ihre Rechte nach diesem Gesetz geltend machen kann»*) (SR und SPK-N)?
 - was sind «Rechte nach diesem Gesetz»? Ist das die «Liste der Rechte» aus der Informationspflicht?
 - ist «Geltendmachen» etwas anderes als «Durchsetzen»?
 - nochmals: Verletzungen sind strafbar (E-DSG 54 I a)
 - Auskunft über die «Personendaten» oder die «Personendaten als solche»? Recht auf Aktenkopie?
 - Absicht und Logik der Bonitätsprüfung (SR): nur Auskunftfeien?
- **Ausnahmen:** analog zur Informationspflicht (E-DSG 24 II a)

ausgewählte Themen: Übergangsrecht

- Einigkeit von NR und SR: **Übergangsbestimmungen** nur betr.
 - laufende «Datenbearbeitungen», wenn Zweck und Datengrundlage unverändert bleiben: (E-DSG 64)
 - keine Pflicht zu Privacy by Design/Default (E-DSG 6)
 - keine Pflicht zur Datenschutz-Folgenabschätzung (E-DSG 20 f.)
 - laufende Untersuchungen des EDÖB (E-DSG 65)
 - für Bundesorgane: Daten juristischer Personen (E-DSG 65)
 - Wahl und Amtsdauer des EDÖB (E-DSG 6)

ausgewählte Themen: Übergangsrecht

– **alles andere:**

- keine Anwendung, wenn Tatbestandselement nicht nach Inkrafttreten erfüllt ist (Bsp. Informationspflicht: Auslöser ist *Beschaffung*, nicht *Bearbeitung* – nur, was ist «Beschaffung»..?)
- SchIT ZGB 1 ff.:
 - keine Anwendung auf Verletzungen vor Inkrafttreten und abgeschlossene Bearbeitungen (rev-DSG: m.E. kein ordre public i.S.v. SchIT 2)
 - wohl Anwendung auf fortgesetzte Bearbeitungen (SchIT 4; vgl. E-DSG BR 64 II)
- Verfahrensrecht (Kostenlosigkeit E-ZPO 99 III d, 113 II g, 114 f):
Anwendung ab der nächsten Instanz

Fortsetzung der Beratung

1. Woche Frühlingsession 2020 (2.-7.3.)	Beratung im NR
Frühlingsession 2020 (bis 20.3.)	ggf. Fortsetzung der Bereinigung im SR
max. drei Beratungen pro Rat; anschliessend Einigungskonferenz	
Q2 2020	Ausarbeitung der Verordnung (VDSG), Vernehmlassung in den Kommissionen

Vielen Dank!

RA Dr. David Vasella, CIPP/E

david.vasella@walderwyss.com • +41 58 658 52 87
www.walderwyss.com

walderwyss rechtsanwälte