
Neuerungen im Datenschutzrecht

Medienrelevante Aspekte

ZAV Fachgruppe Medienrecht

6. September 2017

David Vasella

walderwyss rechtsanwälte

Ausgangslage

Bisheriger Verlauf

- 9. Dezember 2011: Auftrag ans EJPD
- 29. Oktober 2014: «Normkonzept»
- 21. Dezember 2016: **Vorentwurf** und Erläuterungsbericht
- 4. April 2017: Ablauf der **Vernehmlassungsfrist**
- 27. Juli 2017: Veröffentlichung der Vernehmlassungen:
 - Parteien: 7
 - Kantone: 26
 - Private: 9
- Organisationen: 180
- total 222 Eingaben mit 3573 Seiten (<http://datenrecht.ch>)

Weitere Planung des Bundesrats

- **Mitte September 2017: Entwurf und Botschaft**
- Z.Zt. unklar, ob erhebliche Änderungen ggü. dem Vorentwurf
- Beratung evtl. bereits in der Wintersession 2017 (27. 11-15.12.18) und Frühjahrsession 2018 (26.2-16.3.18)
- Referendumsfrist: März bis Juni 2018
- **frühestes Inkrafttreten: August 2018**

Hauptpunkte der Revision (Auswahl)

Neu oder geändert:

- keine Anwendung mehr auf juristische Personen
- «Verantwortlicher» statt «Inhaber»; keine «Datensammlungen»
- «Profiling» statt Persönlichkeitsprofil
- Ausbau der Transparenz (Informationspflicht, Auskunftsrecht)
- Änderungen bei der Übermittlung ins Ausland
- Selbstregulierung durch Codes of Conduct
- automatisierte

Einzelfallentscheidungen

- Datenschutz-Folgenabschätzung
- Data breach notifications
- Dokumentationspflicht
- Verfügungsmacht des EDÖB
- strafrechtliche Sanktionen

Wohl keine Änderungen:

- Begriff der Einwilligung
- «Recht auf Vergessen» (Art. 23 Abs. 2 lit. b = Art. 12 Abs. 2 lit. b DSGVO)
- Datenportabilität

Anwendung des Datenschutzrechts auf Medien

DSG: keine Änderung

- Anwendung auf jeden Umgang mit Personendaten; journalistische Tätigkeit weiterhin nicht ausgenommen.
- aber: «**Medienprivileg**»: Art. 10 (Auskunftspflicht), Art. 11a (Anmeldung von Datensammlungen) und Art. 13 Abs. 2 lit. d DSG (Rechtfertigung)
- **unbestritten**: Anwendung auf Medien (i) ausserhalb journalistischen Arbeit und (ii) auf die Recherchetätigkeit
- **strittig**: Anwendung auf veröffentlichte Berichte vs. Anwendungsvorrang von Art. 28 ff. ZGB (Vernehmlassung Ringier: «heute faktisch bestehende Grenzziehung»)

Anwendung der DSGVO: territorial

- Niederlassung in der EU
- **Marktbearbeitung** (Art. 3 Abs. 2 lit. a DSGVO): gezielte Angebote an Personen in der EU
- **Verhaltensbeobachtung** (Art. 3 Abs. 2 lit. b DSGVO): Beobachtung von «Internetaktivitäten», soweit personenbezogen
- Anwendung auf **Auftragsbearbeiter/Auftraggeber** in der Schweiz?
- Person mit gewöhnlichem Aufenthalt in der EU behauptete Verletzung durch CH-Medium: **Rechtswahl** (Art. 139 IPRG: CH zieht den Anwendungsbereich noch weiter als DSGVO!)

Anwendung der DSGVO: sachlich

- **kein Ausschluss für Medien**; kein genereller Vorrang der Medienfreiheit vor dem Persönlichkeitsrecht
- Berücksichtigung **öffentlicher Interessen...**
...bei der Bearbeitungsfreiheit, Löschungspflicht, Datenportabilität, Übermittlung in Drittländer – aber: nur öffentliche Interessen *der Mitgliedstaaten*?
- Privilegierung von **Archiven**
- Medienprivileg in Art. 85 (ErwG

153): **Öffnungsklausel** für Abweichungen durch Mitgliedstaaten (ausser Kap. VIII – Haftung und Sanktionen)

Deutschland: bisher § 41 BDSG; im DSAnpUG-EU nicht geregelt (Kompetenz der Bundesländer)

Österreich: § 9 des rev. Datenschutzgesetzes: keine Anwendung der meisten Bestimmungen der DSGVO soweit erforderlich u.a. für den Schutz der Meinungsäusserungsfreiheit (Ausnahmen: allg. Bearbeitungsgrundsätze, Auftragsbearbeiter, Datensicherheit)

Journalistische Arbeit

walderwys **w** rechtsanwälte

Öffentlichkeitsprinzip

- keine Anwendung mehr auf **juristische Personen**: dadurch etwas Anwendung des Zugangsrechts (Art. 9 BGÖ: Schutz von «Personendaten»)
- **Korrektur** über Art. 7 Abs. 3 E-BGÖ:
 - Einschränkung der Bekanntgabe zum Schutz der «Privatsphäre» Dritter; das schliesst. jur. P. ein
 - Bezugnahme in
 - Art. 11 Abs. 1 E-BGÖ (Anhörungsrecht)
 - Art. 12 (Aufschub) und
 - Art. 15 (Verfügung)

Exkurs: Anwendung der DSGVO

- Anwendung der DSGVO, sofern ein **Markt** in der EU online oder offline bearbeitet wird (Art. 3 Abs. 2 lit. a DSGVO)
- ErwG 23: *«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, anzubieten»*
- Anwendung auch auf den **Verkauf von Medienprodukten**
- Anwendung auch auf **Recherchen?** D.h. was sind Datenbearbeitungen «im Zusammenhang» mit einem Angebot?

Informationspflicht

- **Informationspflicht** (Art 13 f.): Ausweitung auf alle Personendaten; auch inhaltlich Ausweitung
- **Direkterhebung**: Information bei «Beschaffung»; Ausnahme nur aufgrund überwiegender Drittinteressen (nicht öffentliche Interessen!)
- **Dritterhebung**: Information bei «Speicherung»; Ausnahme, falls Information unmöglich oder unverhältnismässig aufwendig wäre
- Einschränkung aufgrund von Eigeninteressen: nicht bei Drittweitergabe (Medien!)
- **kein eigener Ausnahmetatbestand für Medien** (Sonderausnahmen beim Auskunftsrecht nicht anwendbar; keine Berufung auf öffentliche Interessen)
- grds. also Informationspflicht auch bei **Recherchen**, ausser im Fall von Unmöglichkeit/Unverhältnismässigkeit des Aufwands (nicht der Folgen!)

Auskunftsrecht

- keine **Missbrauchsregelung**, kein Vorbehalt für Abweichungen von der Kostenlosigkeit (heute: Art. 8 Abs. 5 DSG und Art. 2 VDSG)
- **Sonderausnahmen** für Medien (Art. 22 DSG) wie heute (Art. 10 DSG), d.h. für redaktionelle Arbeit periodisch erscheinender Medien:
 - Aufschluss über Informationsquellen
 - Einblick in Entwürfe für Publikationen
- freie Meinungsbildung des Publikums gefährdet
- ausschliesslich persönliches Arbeitsinstrument

Transparenz: Übersicht

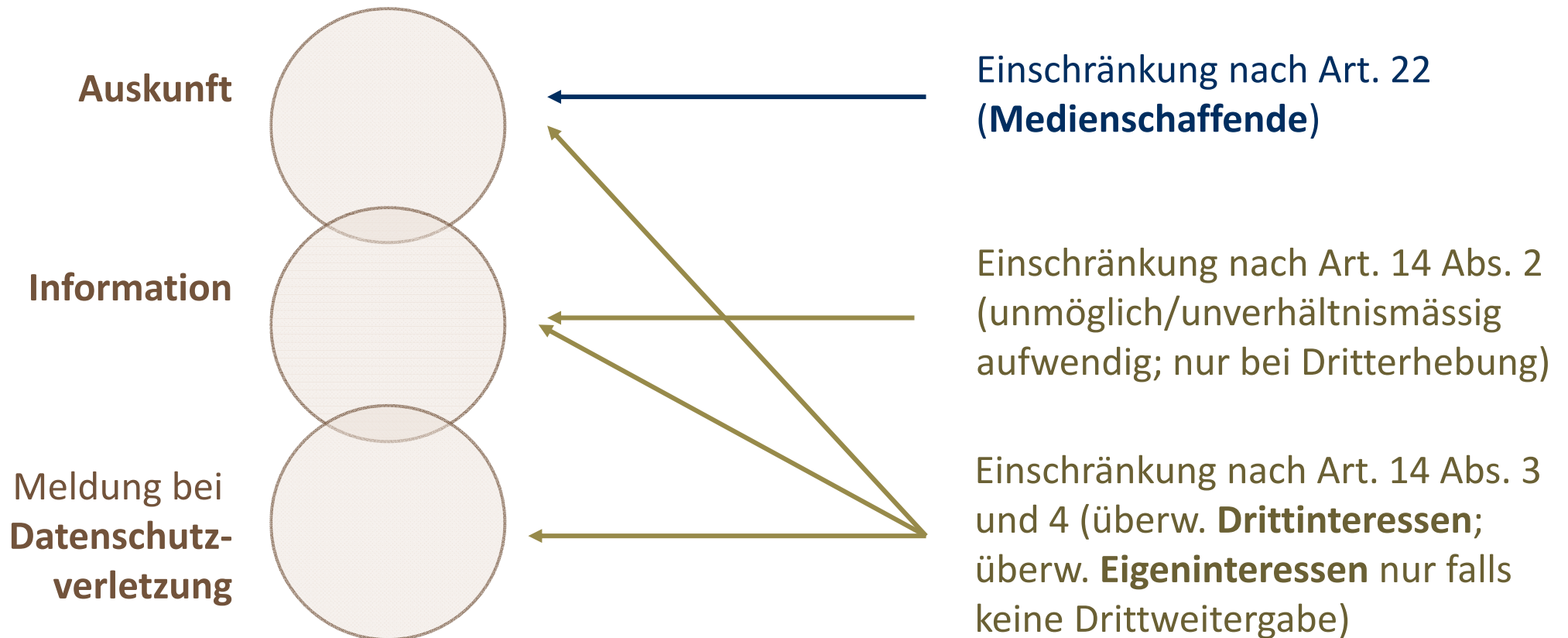
I: Information
 A: Auskunft
 I**: wie vom MGS vorgesehen
 I*: nur falls konkret erforderlich
 DPA: Aufsichtsbehörde

Gegenstand	VE-DSG Information	E-K108	Schengen-RL	DSGVO
Angaben zum Verantwortlichen	I, A	I, A	I	I
bearbeitete Daten bzw. Kategorien	I, A	I, A	A	I, A
Bearbeitungszweck(e)	I, A	I, A	I, A	I, A
ggf. Empfänger (Dritte, Auftragsbearbeiter)	I, A	I, A	I*, A	I, A
ggf. Auslandsübermittlung				I
Rechtsgrundlage			I**, A	I
Datenquelle	A	A	A	I*, A
Speicherdauer oder -logik	A	A	I*, A	I*, A
ggf. AEFE	A	A		I*, A
ggf. Angaben zu Entscheidungen (ohne AEFE)	A	A		
ggf. Breach notification	DPA/Betroffener	nur DPA	DPA/Betroffener	DPA/Betroffener
Beschwerderecht			I, A	I*, A
Aufklärung über Betroffenenrechte		I, A	I, A	I*, A
ggf. weitere (Generalklausel)	I	I, A	I**	I*

Meldung von Verletzungen

- Meldung **jeder unbefugten Bearbeitung** an den EDÖB, sofern ein Restrisiko besteht (Art. 17 DSGVO)
- Meldung auch z.B. bei unverhältnismässig langer Aufbewahrung?
- ggf. **Informationspflicht** ggü. dem Betroffenen
- **Ausnahme** nur nach Art. 14 Abs. 3 und 4 DSGVO: keine Sonderausnahmen für Medien

Übersicht Ausnahmeregelungen



Datenschutz-Folgenabschätzung

- strukturierte Risiko-dokumentation und -bewertung, falls geplante Bearbeitung «voraussichtlich zu einem **erhöhten Risiko**» führt (Art. 16)
 - stets Meldepflicht ggü. dem EDÖB
 - ggf. Meldung ggü. den betroffenen Personen, falls zum Schutz erforderlich
 - «erhöhtes Risiko» nicht definiert:
- Folgenabschätzung und Meldung an den EDÖB bereits
- bei kritischer Berichterstattung?
 - Übermittlung in Drittländer?
 - etc.

Rechtfertigung

- **Rechtfertigungsbedarf** (Art. 24 DSGVO): u.a. bei
 - Verletzung von Bearbeitungsgrundsätzen (überlange Speicherung, Zweckerweiterung etc.)
 - Weitergabe besonders schützenswerter Daten an (echte) Dritte
 - Profiling ohne ausdrückliche Einwilligung
- **Rechtfertigung:**
 - wie heute (Einwilligung/überw. Interessen)
 - Art. 14 und 22 DSGVO aber *leges speciales* bei der Informations- und Auskunftspflicht
 - berufliche Bearbeitung ausschliesslich für redaktioneller Veröffentlichungen in periodisch erscheinen Medien: wie heute

Finanzierung durch Werbung

walderwys **w** rechtsanwälte

Exkurs: Anwendbarkeit der DSGVO

- Anwendung der DSGVO auf **Verhaltensbeobachtung**, sofern sie **personenbezogen** erfolgt (Art. 3 Abs. 2 lit. b DSGVO)
- **jedes Tracking** erfasst, sofern personenbezogen
- Was heisst «personenbezogen?»

ErwG 24: «... ihre Internetaktivitäten nachvollzogen werden, einschließlich der möglichen nachfolgenden ... 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 auf Werbung

- Personenbezug: keine Änderung im DSG
- Konzept der «**Singularisierung**» (vgl. Art. 57n RVOG; Stellungnahme 4/2007 der Art.-29-Arbeitsgruppe)?
- DSGVO: Singularisierung (z.B. durch Cookies) als Indiz für Personenbezug (Art. 4 Nr. 1; ErwG 30)
- These: Singularisierung als Konzept verbreitet sich langsam.

Bsp. Vernehmlassung Ringier zu DSG:

«Es ist nicht nachvollziehbar, dass personalisierte Werbung, welche nicht einmal eine Singularisierung bedingt, als ein schlimmerer Eingriff in die Persönlichkeit eines Bürgers gewichtet wird, als die Einsicht in seine Gesundheitsdaten.»

Zulässigkeit der Werbung

- Allgemeine **Bearbeitungsgrundsätze** (Zweckbindung, Transparenz etc.)
- Was heisst «klare» Erkennbarkeit des Zwecks? Was «mit dem Zweck vereinbar»?
- Werbezwecke sind wohl (noch) nicht selbstverständlich und daher transparent zu machen
- i.d.R. **Einwilligung** über AGB/eine Datenschutz-erklärung/eine Checkbox (ggf. heikel bei Anwendbarkeit der DSGVO)
- im Normalfall auch **konkludente** Einwilligung möglich (Art. 4 Abs. 6 DSGVO; Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG)
- Ausnahme: **Profiling** (ausdrückliche Einwilligung oder überwiegende Interessen)
- was heisst «ausdrücklich»?

«Profiling»

- **Begriff des Profiling** (Art. 3 lit. f DSGVO):
*«jede Auswertung von **Daten** oder **Personendaten**, um wesentliche persönliche Merkmale zu analysieren oder Entwicklungen vorherzusagen, insbesondere bezüglich Arbeitsleistung, wirtschaftlicher Lage, Gesundheit, Intimsphäre oder Mobilität»*
- Ersetzt den Begriff des Persönlichkeitsprofils
- Verwendung auch von Sachdaten («Daten»)?
- Auch bei Profiling **«von Hand»** – z.B. durch Journalisten
- Profiling ist per se **rechtfertigungsbedürftig** (ausdrückliche Einwilligung oder überwiegende Interessen – letzteres ist im Einzelfall zu beurteilen und zu dokumentieren)
- Schwierig für Marketing durch Adresskäufer; einfacher für Grossunternehmen mit Nutzeraccounts (Google, Facebook etc.)
- Unklarheiten der Terminologie führt zu Rechtsunsicherheit

Weitere Punkte

Empfehlungen der guten Praxis

- Empfehlungen der guten Praxis als «safe harbor» (Art. 9 Abs. 1):

Befolgt der Verantwortliche die Empfehlungen der guten Praxis, hält er diejenigen Datenschutzvorschriften ein, welche die Empfehlungen konkretisieren.

- unklare **Rechtsnatur**
(Verordnungskompetenz des EDÖB? Allgemeinverfügung? Auslegungshilfe? Vermutung?)
- Verbindlichkeit nicht nur bei Genehmigung, sondern auch bei

Erarbeitung durch den EDÖB nach «Anhörung» interessierter Kreise:
verordnete Selbstregulierung?

Automatisierte Einzelentscheidungen

- Informations- und Anhörungspflicht bei einer Entscheidung,
*die ausschliesslich auf einer automatisierten Datenbearbeitung beruht, und diese **rechtliche Wirkungen** oder **erhebliche Auswirkungen** auf die betroffene Person hat.*
- Was ist bei personalisierter Werbung? Differenzierte Preise, etc...?

Sonstiges

- Medienberichte als **Datenbekanntgabe ins Ausland?**
 - ggf. in unsichere Drittländer: ohne Vertrag oder Einwilligung ist dies nur durch überwiegende Interessen zu rechtfertigen – und hier Meldepflicht ggü. dem EDÖB (Art. 6-DSG)!
 - Ausnahme für Printmedien analog zu Art. 5 VDSG nicht vorgesehen
- Regelung der Daten **Verstorbener** (Auskunfts- und Löschungsrecht): Lex Facebook; postmortaler Persönlichkeitsschutz via Datenschutz?
- **Meldepflicht** ggü. Empfängern bei Löschung etc. (Art. 19 lit. b): auch gegenüber Lesern? Verhältnis zum Gegen-darstellungsrecht?
- Ausdehnung der strafrechtlichen **Schweigepflicht** auf alle Personendaten: auch für Medienschaffende?

Kontakt

David Vasella

david.vasella@walderwyss.com

+41 58 658 52 87

walderwyss rechtsanwälte