
Botschaft zum DSGVO

Profiling, Einzelentscheidungen,
Datenübermittlung ins Ausland

RA Dr. David Vasella, CIPP/E

7. November 2017

walderwyss rechtsanwälte

Profiling und automatisierte Einzelentscheidungen

Profiling: Legaldefinition

Legaldefinition (Art. 4 lit. f):

- nur *vollständig* automatisierte Abläufe seien erfasst (Bot, 84: automatisierte Auswertung und automatisierte Bewertung; fraglich; a.A. WP251)
- keine Änderung: sachlicher Geltungsbereich, weiter gefasste Aufzählung möglicher Gegenstände der Bewertung nur beispielhaft

f. Profiling: ~~jede Auswertung von Daten~~ oder die Bewertung bestimmter Merkmale einer Person auf der Grundlage von automatisiert bearbeiteten Personendaten, ~~um wesentliche persönliche Merkmale zu analysieren oder Entwicklungen vorherzusagen~~, insbesondere bezüglich die Arbeitsleistung, ~~wirtschaftlicher Lage, Gesundheit, Intimsphäre oder die wirtschaftlichen Verhältnisse, die Gesundheit, das Verhalten, die Vorlieben, den Aufenthaltsort oder die~~ Mobilität zu analysieren oder vorherzusagen;

Profiling: Regelung im Entwurf

Weiterhin kein eigenständiger Regelungsbereich:

- eine Einwilligung muss ggf. *ausdrücklich* sein
- Klarstellung (Bot, 89): eine Einwilligung ist *nicht* immer erforderlich (vgl. Art. 23 Abs. 2 lit. d VE; a.A. bisher EDÖB)
- neu ist die (sachlich und systematisch verfehlte) Fiktion eines «*hohen Risikos*» im Sinne der Datenschutz-Folgenabschätzung (Art. 20 Abs. 2 lit. b)
- Ausschluss der Rechtfertigung durch *Bonitätsprüfung* (Art. 24 Abs. 2 lit. c Ziff. 1)
- viel zu weite Formulierung (die Bonitätsprüfung stellt immer ein Profiling dar)
- gemeint ist: keine Verwendung von Profiling als *Ausgangsmaterial* für die Bonitätsprüfung (Bot, 140) – Präzisierung dringend notwendig

AEE: Allgemeines

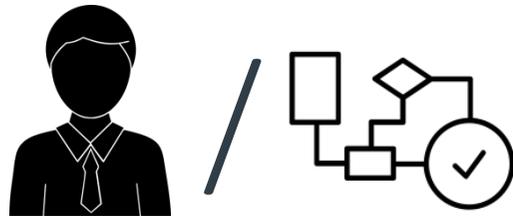
Regelungskonzept:

- Automatisierte Einzelentscheidungen (AEE) grds. zulässig
- «heikle» AEE lösen i.d.R besondere, abgestufte Rechtsfolgen aus (Information, Anhörung, Überprüfung)
- *Ausnahme*: keine Information, Anhörung und Überprüfung Rechtsfolgen, wenn die betroffene Person ausdrücklich in die AEE eingewilligt hat

Anders nach DSGVO:

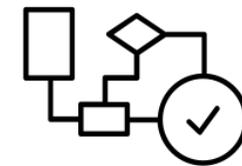
- «heikle» automatisierte Einzelentscheidungen (AEE) sind verboten
- Ausnahme: Erforderlichkeit zur Abwicklung eines Vertrags oder ausdrückliche Einwilligung (oder Erfüllung von EU-Recht)
- *immer*: Information, Anhörung und Überprüfung

AEE: Begriff (1)

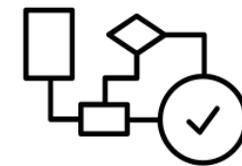


Regel

Aufbereitung
Sachverhalt



Entscheidung



AEE: Begriff (2)

Art. 19 Abs. 1: «...Entscheidung, die **ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung**, einschliesslich Profiling, beruht...»

- Individuell-konkrete Entscheidung gestützt auf Datenbearbeitung
- Botschaft: Vollständige Automatisierung sowohl der «inhaltlichen Beurteilung des Sachverhalts» als auch der «Entscheid» - ?
- Ergebnis: Entscheidung, die im Ergebnis **insgesamt nicht durch einen Menschen zu verantworten** ist

Also nicht erfasst:

- Entscheidungen, die vollständig oder teilweise, aber relevant durch Menschen **vorgespart...**
 - z.B. Erstellung oder Prüfung einer Bonitätsbeurteilung durch einen Menschen
- ... oder **gefällt...**
 - z.B. Vergabe eines Kredits nach (automatisierter) Bonitätsprüfung
- oder **überprüft** werden
 - bis wann?
 - was gilt bei Stichproben?

AEE: Begriff (3)

- erforderlich ist neu zudem eine «**gewisse Komplexität**»; nicht erfasst sind «reine wenn-dann»-Entscheidungen
- es braucht eine «inhaltliche Beurteilung» bzw. «Bewertung» (Bot, 120)
- nicht erfasst:
 - Geldbezug am Bankomat
 - Zutritt mit Chipkarte
 - Zulassung von Kreditkartenzahlungen
 - Ausfilterung einer Mail durch einen Spamfilter

AEE: Qualifizierung

«... und die für sie mit einer Rechtsfolge verbunden ist oder sie erheblich beeinträchtigt»:

- **Rechtsfolge:** «unmittelbare, rechtlich vorgesehene Konsequenzen»:
 - nur negative Rechtsfolgen: Analogie zu «erhebliche Beeinträchtigungen»; Rechtsschutzbedürfnis
 - offen: Vertragsschluss mit suboptimalen Konditionen? Laut Bot erfasst.
 - keine Rechtsfolge: Verweigerung eines Vertrags
- **Erhebliche Beeinträchtigung** = «nachhaltige Einschränkung»:
 - Verweigerung eines Vertrags: nur bei Monopolstellung (vgl. Bot, 121)
 - nicht: «blosse Belästigung»; (zielgerichtete) Werbung daher i.d.R. nicht erfasst

AEE: Rechtsfolgen

Gestufte Rechtsfolgen bei erfassten AEE:

- spontan: *Information* (Art. 19 Abs. 1) «über die Entscheidung»; keine Zusatzinformationen; vor oder nach AEE
- auf Verlangen: *Auskunft* auch über zugrundeliegende «Logik» (Art. 23 Abs. 2 lit. f); m.E. nur bei *qualifizierten* AEE
- auf Verlangen: *Anhörung* («Standpunkt darlegen»; Art. 19 Abs. 2)
- auf Verlangen: «*Überprüfung*» des Entscheids durch einen Menschen (keine Begründung verlangt; unklar: erforderliche Entscheidbefugnisse?)

Ausnahmen:

- unmittelbarer *Zusammenhang mit einem Vertrag*, den die betroffene Person wollte und bekommt (dann ist die AEE allerdings nicht qualifiziert)
- *informierte und ausdrückliche Einwilligung*, dass Entscheidung automatisiert erfolgt
 - Weshalb ausdrücklich?
 - Welche Information ist erforderlich?

Datenübermittlungen ins Ausland

Regelungskonzept

Grundsatz: wie im Vorentwurf...

- Verbot der Übermittlung in unsichere Drittländer
- abschliessende Positivliste durch den BR
- Übermittlung erlaubt mit geeigneten Garantien; Unterscheidung zw. ad-hoc- und Standardklauseln
- Übermittlung erlaubt in bestimmten Ausnahmefällen

...aber Verbesserungen:

- Klärungen bei der Terminologie
- (leicht) grosszügigere Ausnahmetatbestände
- Erleichterungen bei Informationspflichten
- leider nicht bei Art. 15 (elektronische Veröffentlichungen)

Übermittlung bei Angemessenheit

- keine Änderung: Definition der «Angemessenheit»: weiterhin über ERK 108
- keine Änderung: Feststellung durch den BR mit abschliessender Positivliste (Art. 13 Abs. 1)
 - Berücksichtigung der Angemessenheitsentscheidungen der EU
 - Überführung der heutigen Staatenliste des EDÖB

Gewährleistung geeigneten Datenschutzes (1)

Gewährleistung durch geeignete Garantien (Art. 13 Abs. 2):

- private Bearbeiter:
 - «Datenschutzklauseln» für jeweils *eine konkrete Übermittlung* → *Mitteilung* an den EDÖB; keine Wartepflicht
 - «Standarddatenschutzklauseln» für eine *unbegrenzte Zahl* von Übermittlungen → *Genehmigung, Ausstellung* oder *Anerkennung* durch den EDÖB; Wartepflicht; keine Einzelmeldung
 - Binding Corporate Rules als (seltene) Alternative → *Genehmigung* durch den EDÖB oder einen angemessenen Staat; Wartepflicht
- Bundesorgane: «spezifische Garantien»
- neu: Rechtssetzungskompetenz des BR für andere Garantien (Art. 13 Abs. 3)

Gewährleistung geeigneten Datenschutzes (2)

Offene Fragen:

- «Datenschutzklauseln»: andere Instrumente als «Verträge», z.B. Reglemente?
- Abgrenzung Datenschutzklauseln/Standarddatenschutzklauseln?
- Verwendung noch nicht genehmigter Standarddatenschutzklauseln vorab mit Mitteilung?

Ausnahmen

Zulässigkeit in abschliessenden Ausnahmen (Art. 14):

- *Einwilligung*: neu ausdrücklich (statt «im Einzelfall»; ERK 108)
- *Vertragskontext*: neu auch bei Drittbetroffenen, falls in ihrem Interesse:
 - Bestellung von Geschenken; Buchungen im Ausland; Mitarbeiterversicherungen
 - eher nicht: HR-Zentralisierung
- *Rechtsdurchsetzung*: Gerichte und neu generell Behörden
- keine Änderungen zum VE:
 - öffentliches Interesse
 - nicht: privates Interesse
 - Schutz von Leib und Leben
 - veröffentlichte Daten
 - Registerdaten
- Verbesserungen bei den Informationspflichten:
 - Information nur auf Anfrage des EDÖB
 - Einschränkung beim Vertragskontext

RA Dr. David Vasella, CIPP/E
Walder Wyss AG

david.vasella@walderwyss.com

+41 58 658 52 87

+41 79 417 23 22

walderwyss rechtsanwälte