RECHTSANWÄLTE

SCHELLENBERG WITTMER

MÄRZ 2017

Newsletter

Autoren:
Roland Mathys
Samuel Klaus



DATENSCHUTZ

Relevante Punkte der Revision des Datenschutzgesetzes

Die Revision des Datenschutzgesetzes nimmt starken Bezug auf die EU-Datenschutz-Grundverordnung. Damit soll sichergestellt werden, dass der Schweiz aus EU-Sicht auch weiterhin ein angemessenes Datenschutzniveau attestiert werden kann. Der Vorentwurf sieht dazu Neuerungen vor für die Verantwortlichen, die Auftragsbearbeiter wie auch die Betroffenen. Dieser Newsletter greift die geplanten Änderungen aus Sicht dieser drei Kreise auf.

1 STAND DER REVISION

Die Vorarbeiten zur Revision des Datenschutzgesetzes (**DSG**) laufen bereits seit 2010. Ende 2016 wurde der Vorentwurf des revidierten DSG publiziert (**VE-DSG**). Die Vernehmlassungsfrist läuft noch bis 4. April 2017. Da mit einer grossen Zahl von Eingaben zu rechnen ist, dürften die konsolidierten Ergebnisse in Form des Entwurfs mit Botschaft an die eidgenössischen Räte erst gegen Ende 2017 vorliegen. Mit dem Inkrafttreten des revidierten DSG ist frühestens auf Mitte 2018 bis Anfang 2019 zu rechnen.

Der VE-DSG berücksichtigt u.a. die Vorgaben der EU-Datenschutz-Grundverordnung (**EU-DSGVO**) und des revidierten Europarats-Übereinkommens SEV 108 zum Schutz des Menschen bei der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten, damit der schweizerischen Gesetzgebung aus EU-Sicht auch weiterhin ein angemessenes Datenschutzniveau attestiert werden kann. Daneben enthält der VE-DSG einige Verschärfungen gegenüber dem geltenden DSG. Auch wenn wohl nicht alle Bestimmungen des Vorentwurfs unverändert in die finale Revisionsvorlage Eingang finden werden, lohnt sich eine frühzeitige Auseinandersetzung mit diesen Anpassungen insbesondere für Unternehmen, die in ihrem Geschäftsmodell von den vorgeschlagenen Neuerungen stark betroffen werden.

Im Folgenden stellen wir die relevanten Punkte der Revision des DSG aus Sicht des Verantwortlichen (*Controller*), des Auftragsbearbeiters (*Processor*) sowie des Betroffenen (*Data Subject*) dar.

2 VERANTWORTLICHER (CONTROLLER)

Die bisherige Bezeichnung des Inhabers einer Datensammlung weicht der Bezeichnung als **Verantwortlicher**. Dieser untersteht neuen Informations- und Vorkehrungspflichten. Deren Absicherung erfolgt durch Strafbestimmungen, die im Vergleich zum heutigen Recht zwar strenger ausfallen, jedoch nicht den Härtegrad der unter der EU-DSGVO möglichen Bussen erreichen.

2.1 NEUE INFORMATIONSPFLICHTEN

Der Verantwortliche muss bei der Erhebung bzw. Beschaffung von Personendaten **weitergehend informieren** als bisher. Neu ist insbesondere, dass auch die Identität und Kontaktdaten des Auftragsbearbeiters bekanntgegeben werden müssen, falls die Datenbearbeitung einem Beauftragten übertragen wird. Ebenfalls neu ist die Informationspflicht im Falle von Verletzungen des Datenschutzes durch unbefugte Datenbearbeitung oder durch den Verlust von Daten (*Data Breaches*). Dies muss grundsätzlich dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (**EDÖB**) gemeldet werden und allenfalls auch den Betroffenen, sofern zu deren Schutz erforderlich (z.B. bei Verlust von Kreditkartendaten, Log-In Informationen, etc.).

2.2 NEUE VORKEHRUNGSPFLICHTEN

Führt eine Datenbearbeitung voraussichtlich zu einem erhöhten Risiko für die Betroffenen, so hat der Verantwortliche vorgängig eine **Datenschutz-Folgenabschätzung** vorzunehmen (*Privacy Impact Assessment*). Sowohl deren Ergebnis als auch sämtliche Datenbearbeitungen sind zu dokumentieren. Diese umfassende **Dokumentationspflicht** ersetzt die bisherige Pflicht zur Anmeldung gewisser Datensammlungen. Zudem sind das Ergebnis der Datenschutz-Folgenabschätzung sowie die zur Risikominderung vorgesehenen Massnahmen dem EDÖB zu melden, der innert drei Monaten Einwände gegen die Massnahmen vorbringen kann.

> "Der Vorentwurf sieht neu Privacy by Design und Privacy by Default vor – und deren Absicherung durch Strafbestimmungen."

Wie bisher muss der Verantwortliche die **Datensicherheit** gewährleisten - wobei im Gegensatz zu heute eine Busse ausgefällt werden kann, wenn er es unterlässt, die notwendigen Massnahmen zu treffen. Ebenfalls mit Straffolge geahndet wird, wenn es der Verantwortliche unterlässt, die neu vorgeschriebenen Vorkehren zu **Privacy by Design** (Datenschutz durch Technik) und **Privacy by Default** (datenschutzfreundliche Voreinstellungen) zu treffen. Unter Privacy by Design versteht man vorbeugende technische und organisatorische Massnahmen (z.B. Anonymisierung); Privacy by Default verlangt, dass mittels geeigneter Voreinstellung nur die für den jeweiligen Verwendungszweck nötigen Daten im notwendigen Ausmass bearbeitet werden.

Eine Erleichterung für den Verantwortlichen können dagegen die neu eingeführten **Empfehlungen der guten Praxis (Best Practices) sein**: Befolgt ein Verantwortlicher solche Best Practices, so hält er gemäss gesetzlicher Definition die Datenschutzvorschriften ein, welche durch diese Best Practices konkretisiert werden. Best Practices können entweder durch den EDÖB oder Private erarbeitet werden, wobei sie im letzteren Fall vom EDÖB zu genehmigen sind.

2.3 STRENGE STRAFBESTIMMUNGEN

Im VE-DSG wird der **Anwendungsbereich der Strafbestimmungen** stark ausgeweitet: Strafbar ist sowohl die Verletzung von Informations-, Auskunfts- wie auch Dokumentationspflichten. Wer einer Verfügung des EDÖB nicht Folge leistet, Daten ohne Sicherstellung eines angemessenen Schutzes ins Ausland übermittelt, die Datenbearbeitung unrechtmässig an einen Auftragsbearbeiter delegiert, oder nicht für angemessene Datensicherheit sorgt, wird sich neu ebenfalls strafbar machen. Auch die Nichtvornahme einer Datenschutz-Folgenabschätzung sowie die Missachtung der Pflicht zu Privacy by Design und Privacy by Default sind gemäss VE-DSG strafbewehrt.

Vorgesehen sind **Bussen bis zu CHF 500'000 bei Vorsatz bzw. CHF 250'000 bei Fahrlässigkeit**. Diese Beträge sind zwar hoch im Vergleich zum Status Quo - im Vergleich zur EU-DSGVO jedoch immer noch relativ tief. Anders als beispielsweise im Kartellrecht handelt es sich bei diesen Bussen nicht um Verwaltungssanktionen gegenüber dem fehlbaren Unternehmen, sondern um Strafen gegenüber der einzelnen fehlbaren Person (z.B. dem Mitarbeitenden eines Unternehmens). Ob diese Konzeption sachlich gerechtfertigt und zielführend ist, scheint fraglich.

3 AUFTRAGSBEARBEITER (PROCESSOR)

Gegenüber der heutigen Regelung wird derjenige, der Personendaten im Auftrag des Verantwortlichen bearbeitet, im VE-DSG neu als **Auftragsbearbeiter** definiert. Während das geltende Gesetz nur vereinzelte Bestimmungen zum Auftragsbearbeiter enthält, wird er nach dem VE-DSG vielfältigen Pflichten wie auch den zugehörigen Strafbestimmungen unterstellt.

3.1 WEITGEHENDE NEUE PFLICHTEN

Bei vielen der neu im Gesetz vorgesehenen Pflichten wird auch der **Auftragsbearbeiter direkt verpflichtet**, entweder kumulativ oder alternativ zum Verantwortlichem. So hat er z.B. in gleicher Weise wie der Verantwortliche die Datensicherheit zu gewährleisten, die Datenbearbeitung zu dokumentieren, und die Grundsätze von Privacy by Design und Privacy by Default umzusetzen. Bezüglich der Datenschutz-Folgenabschätzung werden der Verantwortliche und der Auftragsbearbeiter nur alternativ verpflichtet, unterstehen jedoch beide der entsprechenden Strafbestimmung.

Den Auftragsbearbeiter trifft weiter eine Pflicht, bei Verletzungen des Datenschutzes (unbefugte Datenbearbeitung, **Data Breaches**) den Verantwortlichen zu informieren, um diesem die Wahrnehmung seiner Informationspflicht gegenüber dem EDÖB und allenfalls den Betroffenen zu ermöglichen.

3.2 SUBPROCESSING NUR MIT GENEHMIGUNG

Will der Auftragsbearbeiter seinerseits die Datenbearbeitung (oder Teile davon) einem anderen Auftragsbearbeiter (*Sub-Processor*) übertragen, so ist dazu neu die **vorgängige schriftliche Zustimmung des Verantwortlichen** nötig. Dies kann durch eine allgemeine Einverständniserklärung erfolgen. Dann muss aber der Auftragsbearbeiter den Verantwortlichen jeweils vorab über alle Änderungen informieren, damit dieser allenfalls Einspruch erheben kann.

So ist sichergestellt, dass der Verantwortliche seinerseits die Informationspflichten gegenüber den Betroffenen erfüllen kann.

3.3 ADRESSAT VON STRAFBESTIMMUNGEN

Auch der Auftragsbearbeiter untersteht neu gleich wie der Verantwortliche den verschärften Strafbestimmungen mit **Bussen bis zu CHF 500'000 bei Vorsatz** bzw. **CHF 250'000 bei Fahrlässigkeit**.

"Der Auftragsbearbeiter wird neuen Pflichten unterstellt – und den zugehörigen Strafbestimmungen."

4 BETROFFENE PERSON (DATA SUBJECT)

Auch bei den **betroffenen Personen**, deren Daten bearbeitet werden, sieht der VE-DSG einige Neuerungen vor. Zum einen sollen nur noch die Daten natürlicher Personen geschützt werden, zum andern soll der Begriff der besonders schützenswerten Daten ausgeweitet werden. Ausgebaut werden soll auch das Auskunftsrecht.

4.1 NUR NATÜRLICHE PERSONEN

Während im geltenden Gesetz Daten sowohl von natürlichen wie auch von juristischen Personen geschützt werden, sollen neu nur noch die Daten **natürlicher Personen** in den Anwendungsbereich des Datenschutzes fallen. Dadurch würde zwar auf den Schutz von Daten juristischer Personen verzichtet, dafür aber deren Bekanntgabe ins Ausland erleichtert, wo ein solcher Schutz bereits heute mehrheitlich nicht besteht. Mit der Aufgabe des Schweizer Sonderfalls würde der Datenverkehr mit Drittstaaten erleichtert, weshalb diese Neuerung zu begrüssen wäre.

4.2 BESONDERS SCHÜTZENSWERTE DATEN

Der Begriff der besonders schützenswerten Daten wird auf **genetische Daten** (wie z.B. ein DNA-Profil) und **biometrische Daten**, die eine Person eindeutig identifizieren, ausgeweitet. Zu den biometrischen Daten gehören z.B. Gesichtsbilder, Iris-Scans, oder Fingerabdruckdaten (wie sie z.B. zum Entsperren von Smartphones verwendet werden).

4.3 INFORMATIONS- UND AUSKUNFTSRECHT

Die Revision des DSG soll insbesondere die Transparenz der Datenbearbeitungen erhöhen. Dazu werden einerseits die **Informationspflichten** seitens des Verantwortlichen verschärft (vgl. dazu oben Ziff. 2.1). Andererseits wird das **Auskunftsrecht** der Betroffenen inhaltlich ausgeweitet, und es wird klarer umschrieben, welche Informationen vom Verantwortlichen mindestens zu liefern sind.

Auch die Pflicht zur korrekten Auskunftserteilung ist **strafbewehrt**: Wer vorsätzlich falsche oder unvollständige Auskunft erteilt, wird mit Busse bis zu CHF 500'000 bestraft.

Speziell geregelt wird neu, wie mit **Daten Verstorbener** umzugehen ist. Insbesondere können Angehörige Einsicht nehmen in die Daten des Verstorbenen und gegebenenfalls verlangen, dass diese gelöscht werden.

5 SCHLUSSBEMERKUNGEN

Der VE-DSG enthält Neuerungen für alle involvierten Kreise. Am stärksten betroffen sind die für die Datenbearbeitung **Verantwortlichen**, die sich einer Reihe neuer Pflichten gegenübersehen und bei deren Nichtbefolgung mit empfindlichen Bussen rechnen müssen.

Neu und stärker in die Verantwortung genommen werden zudem die **Auftragsbearbeiter**, die im bisherigen Recht kaum direkt angesprochen wurden. Der VE-DSG nimmt sie in vielen Fällen kumulativ oder alternativ zum Verantwortlichen in die Pflicht und unterstellt sie denselben Strafbestimmungen wie die Verantwortlichen.

Auch für die **betroffenen Personen** sieht der Vorentwurf relevante Änderungen vor. Während juristische Personen gänzlich vom Schutzbereich ausgenommen werden, sollen die Informations- und Auskunftsrechte der natürlichen Personen gestärkt werden.

Es ist damit zu rechnen, dass nicht sämtliche der im VE-DSG enthaltenen Vorschläge schliesslich umgesetzt werden. In einem ersten Schritt werden die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens Eingang finden in den Entwurf zu Handen des Parlaments. In einem zweiten Schritt ist dann mit einer intensiven Beratung in den Räten unter Einbezug einer mittlerweile an Datenschutzfragen stark interessierten und sensibilisierten Bevölkerung zu rechnen.

Während die **EU-DSGVO ab 25. Mai 2018** direkt Wirkung entfalten und auch Schweizer Unternehmen direkt oder indirekt betreffen wird, ist **nicht damit zu rechnen, dass bis dann auch das revidierte Schweizer Datenschutzgesetz bereits in Kraft treten wird**. Dennoch ist es für Schweizer Unternehmen ratsam, die Entwicklung der Revision aufmerksam zu verfolgen und ihre internen Datenschutzprozesse möglichst frühzeitig auf die sich abzeichnenden Entwicklungen anzupassen. Mit einer vorausschauenden Koordination kann unter Umständen nämlich eine zweifache Anpassung der Compliance-Strukturen an die Anforderungen der EU-DSGVO einerseits und die wohl erst später in Kraft tretenden Anforderungen des revidierten Schweizer DSG andererseits vermieden werden.

"Schweizer Unternehmen sollten die DSG-Revision aufmerksam verfolgen, um eine zweifache Anpassung ihrer Compliance-Strukturen an die EU-DSGVO einerseits und an das revidierte DSG andererseits zu vermeiden."

Kontakte

Der Inhalt dieses Newsletter stellt keine Rechts- oder Steuerauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Sollten Sie eine auf Ihre persönlichen Umstände bezogene Beratung wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Schellenberg Wittmer oder an eine der folgenden Personen:

In Zürich:



Roland Mathys

Partner
roland.mathys@swlegal.ch



Samuel Klaus

Rechtsanwalt
samuel.klaus@swlegal.ch

In Genf:



Vincent Carron

Partner
vincent.carron@swlegal.ch



Catherine Weniger

Counsel
catherine.weniger@swlegal.ch

SCHELLENBERG WITTMER AG / Rechtsanwälte

ZÜRICH / Löwenstrasse 19 / Postfach 2201 / 8021 Zürich / Schweiz / T +41 44 215 5252
GENF / 15bis, rue des Alpes / Postfach 2088 / 1211 Genf 1 / Schweiz / T +41 22 707 8000
SINGAPUR / Schellenberg Wittmer Pte Ltd / 6 Battery Road, #37-02 / Singapur 049909 / www.swlegal.sg

www.swlegal.ch

Dieser Newsletter ist auf unserer Website www.swlegal.ch auf Deutsch, Englisch und Französisch verfügbar.