



## Stand der Revision des Schweizer Datenschutzgesetzes (DSG)

Am 15. und 16. August 2019 hat die Staatspolitische Kommission des Nationalrats (SPK-N) ihre lange dauernde Beratung des Datenschutzgesetzes abgeschlossen. Die Vorlage wurde mit 9 zu 9 Stimmen bei 7 Enthaltungen und Stichentscheid des Präsidenten angenommen, was an einer «Links-Rechts Allianz» liegen dürfte. Während erstere Gruppierung offenbar der Meinung ist, die Vorlage gehe zu wenig weit, lehnt die andere die Vorlage, wie bereits seit Beginn der Beratungen, grundsätzlich ab.

Nun wird die Vorlage in der Herbstsession des Nationalrats beraten. Die SPK-N hat sehr viele Änderungsvorschläge (Mehr- und Minderheitsanträge) formuliert, weshalb die Gesetzesfahne nun über 260 Seiten umfasst, welche durchberaten werden müssen. Der AGVS wird gemeinsam mit den Wirtschaftsverbänden und seinem Projektpartner Schweizerischer Leasingverband SLV dafür kämpfen, dass das Gesetz tatsächlich beraten wird und an der Schlussabstimmung nicht durchfällt. Denn die Ungewissheit, wie die Prozesse in den Unternehmen in Zukunft datenschutzrechtlich korrekt ausgestaltet werden müssen, lähmt sehr viele Projekte und Unternehmen.

Der Nationalrat ist der erstbehandelnde Rat, was bedeutet, dass anschliessend auch der Ständerat noch über die Vorlage beraten wird.

**Entsprechend wird ein Inkrafttreten des totalrevidierten Datenschutzgesetzes in der Schweiz derzeit nicht vor Mitte, eher Ende 2021 erwartet.**

## Inhalte

Inhaltlich setzen wir uns weiterhin vor allem bei den zu Beginn des Gesetzgebungsprozesses definierten Schwerpunktthemen ein, welche wir an dieser Stelle noch einmal kurz für Sie darstellen. Selbstverständlich werden aber auch die übrigen Elemente der Gesetzgebung weiterhin beobachtet und begleitet.

### 1. Kein Datenschutz für Daten juristischer Personen

Der Entwurf für das neue Datenschutzgesetz verzichtet auf den Schutz von Daten juristischer Personen. Eine Minderheit der SPK-N will diesen Schutz nun jedoch wieder einbringen. Dieser Minderheitsantrag ist aus Sicht des AGVS abzulehnen, da der Schutz von Daten juristischer Personen bereits heute von geringer praktischer Bedeutung ist, aber oftmals die Bekanntgabe von Daten ins Ausland behindert. Zudem ist auch in der EU-DSGVO sowie im Übereinkommen des Europarats kein Schutz von Daten juristischer Personen vorgesehen. Ein Verzicht darauf führt damit nicht zu einem tieferen, nicht-äquivalenten Datenschutzniveau in der Schweiz.

### 2. Profiling

Der vorgeschlagene Begriff „Profiling“ meint die Bewertung bestimmter Merkmale einer Person auf der Grundlage von automatisiert bearbeiteten Personendaten, insbesondere um die Arbeitsleistung, die wirtschaftlichen Verhältnisse, die Gesundheit, das Verhalten, die Vorlieben, den Aufenthaltsort oder die Mobilität zu analysieren oder vorherzusagen. Damit soll gemäss Botschaft jede Auswertung von Personendaten mit Hilfe von computergestützten Analysetechniken erfasst sein.

Die von uns und vielen weiteren Vernehmlassungsteilnehmern geforderte Beschränkung auf elektronische bzw. automatisierte Aktivitäten wurde im Entwurf berücksichtigt und entspricht dem Mehrheitsantrag der SPK-N. Profiling ist Gegenstand verschiedener Bestimmungen des Gesetzes, wobei eine allzu strenge Behandlung aus Sicht des AGVS und des SLV ist nicht gerechtfertigt ist und bekämpft werden muss, weil Profiling für Konsumentinnen und Konsumenten auch positiven Nutzen haben kann (z.B. Überwachung des Zahlungsverkehrs auf Basis des typischen Kundenverhaltens zur Verhinderung von Betrug).

### **3. Möglichkeit eines branchenspezifischen Verhaltenskodex**

Berufs- und Wirtschaftsverbänden soll es möglich sein, dem öffentlichen Datenschutzbeauftragten einen von ihnen erstellten Verhaltenskodex vorzulegen. Der Datenschutzbeauftragte nimmt zu einem solchen Kodex Stellung und veröffentlicht seine Stellungnahme. Dies stellt eine Neuerung im Vergleich zum Vorentwurf dar.

Für die Mitglieder des AGVS und des SLV bzw. für die beiden Verbände selbst, bietet die Möglichkeit der Erstellung eines solchen Kodex eine grosse Chance, um für die eigene Branche geeignete Regeln zu entwerfen. Wenngleich aus einer positiven Stellungnahme des Datenschutzbeauftragten keine Rechte abgeleitet werden können, so darf in der Regel davon ausgegangen werden, dass ein dem Verhaltenskodex entsprechendes Verhalten keine Verwaltungsmassnahmen nach sich ziehen wird. Dies ist jedenfalls die Meinung des Bundesrates in der Botschaft. Zudem bringt die Beachtung eines Verhaltenskodex auch in Zusammenhang mit der Datenschutz-Folgenabschätzung Erleichterungen (vgl. unten).

### **4. Freiwilliger Datenschutzberater**

Der (interne) Datenschutzberater ist schon im bisherigen DSG vorgesehen. Es handelt sich dabei um eine vom Verantwortlichen ernannte Person, die primär für die Überwachung der Einhaltung der Datenschutzvorschriften und die Beratung des Verantwortlichen in Datenschutzbelangen zuständig sein dürfte. Der Entwurf sieht keine Pflicht zur Ernennung eines solchen Beraters vor, räumt aber den Verantwortlichen die Möglichkeit ein, durch Einsetzung und Konsultation eines Datenschutzberaters bei Datenschutz-Folgenabschätzungen auf die Konsultation des öffentlichen Datenschutzbeauftragten verzichten zu können.

Allerdings hat eine Minderheit der SPK-N die Ansicht vertreten, dass die beschriebenen Erleichterungen für Unternehmen, die einen Verantwortlichen ernennen, gestrichen werden sollen, was abzulehnen ist.

### **5. Informationspflichten**

Der Entwurf sieht eine gegenüber dem geltenden Recht deutlich erweiterte Informationspflicht vor, welche grundsätzlich jede Datenbeschaffung erfasst. Das bedeutet, dass die betroffene Person grundsätzlich immer informiert werden muss, wenn Daten über sie beschafft werden. Dies soll ausdrücklich auch dann gelten, wenn die Daten nicht bei der betroffenen Person selbst beschafft werden. Die vorsätzliche Verletzung der Informationspflichten hat gemäss dem Entwurf strafrechtliche Sanktionen zur Folge (vgl. unten).

In der Botschaft wird zur Informationspflicht ausgeführt, eine allgemeine Information könne genügen, wenn die Personendaten bei der betroffenen Person selbst beschafft werden. Als Beispiele werden Datenschutzerklärungen auf einer Website sowie Symbole und Piktogramme, soweit sie die nötigen Informationen wiedergeben, genannt.

Der Entwurf sieht zudem gewisse Ausnahmeregelungen vor, gemäss welchen der Verantwortliche auf die Information verzichten kann. In diesem Zusammenhang hat eine Mehrheit der SPK-N weitere Ausnahmen formuliert, welche jedoch mit Blick auf die Einhaltung der von der Schweiz ratifizierten Konvention 108+ nicht unproblematisch sind. Hier wird sich noch zeigen, in welche Richtung das Parlament geht.

## 6. Automatisierte Einzelentscheidung: weiterhin Informations- und Anhörungspflicht

### 6.1 Definition

Der Entwurf sieht im Falle automatisierter Einzelentscheidungen eine Informations- und Anhörungspflicht der betroffenen Person vor. Eine automatisierte Einzelentscheidung ist (i) die inhaltliche Beurteilung und Entscheidung eines Sachverhaltes ohne Zutun einer natürlichen Person ([ii] inkl. Profiling), die für die betroffene Person mit einer (iii) Rechtsfolge verbunden ist oder sie erheblich beeinträchtigt.

- (i) Massgebend ist gemäss Botschaft, inwieweit eine natürliche Person eine inhaltliche Prüfung vornehmen und darauf aufbauend eine endgültige, allenfalls vom automatischen Ergebnis abweichende Entscheidung fällen kann. Eine automatisierte Einzelentscheidung kann somit selbst dann vorliegen, wenn die Entscheidung nach ihrer Fällung durch eine natürliche Person mitgeteilt wird, diese die automatisch gefällte Entscheidung aber nicht mehr beeinflussen kann. In der Botschaft wird vorgebracht, eine automatisierte Einzelentscheidung liege nur dann vor, wenn die Entscheidung eine gewisse Komplexität aufweise. Reine „Wenn-Dann-Entscheidungen“ seien vom Begriff nicht erfasst. Als Beispiel einer solchen „Wenn-Dann-Entscheidung“ wird der Banco-matbezug genannt, bei dem der Geldbetrag ausgegeben werde, wenn die Kontodeckung genügend sei. Nachdem jede automatisierte Entscheidung letztlich immer auf (oftmals mehreren) „Wenn-Dann-Entscheidungen“ beruht, ist der Anwendungsbereich dieser Regelung hinlänglich unklar. Allerdings wird gerade die Kreditfähigkeitsprüfung in der Botschaft als möglicher Anwendungsfall automatisierter Einzelentscheidungen angeführt.
- (ii) Erfasst wird auch ein Profiling, wenn dieses zu einer Entscheidung führt, welche für die betroffene Person mit einer Rechtsfolge verbunden ist oder sie erheblich beeinträchtigt. Als Beispiel nennt die Botschaft den Fall, in dem die betroffene Person ausschliesslich aufgrund eines negativen Kredit Scorings keinen Kreditvertrag abschliessen kann. Eine Mehrheit der SPK-N will den Begriff „Profiling“ zwar streichen, das wird jedoch aus unserer Sicht an der Rechtslage nichts ändern, da es sich lediglich um eine beispielhafte Nennung handelt und alle automatisierten Bearbeitungen erfasst sind und bleiben.
- (iii) Auch die Begriffe „Rechtsfolge“ und „erhebliche Beeinträchtigung“ bringen Rechtsunsicherheit mit sich. Die Entscheidung – so wiederum die Botschaft – sei mit einer *Rechtsfolge* verbunden, wenn sie unmittelbare, rechtlich vorgesehene Konsequenzen für die betroffene Person nach sich ziehe. Dies sei im privatrechtlichen Bereich namentlich beim Abschluss eines Vertrages oder dessen Kündigung, nicht jedoch bei einem Verzicht auf einen Vertragsabschluss der Fall. Eine *erhebliche Beeinträchtigung* der betroffenen Person ist demgegenüber anzunehmen, wenn diese auf nachhaltige Weise z.B. in ihren wirtschaftlichen oder persönlichen Belangen eingeschränkt ist. Massgebend sollen die konkreten Umstände des Einzelfalles sein. Je nach den konkreten Auswirkungen kann ein nicht abgeschlossener Vertrag daher eine erhebliche Beeinträchtigung der betroffenen Person darstellen oder nicht.

### 6.2 Informations- und Anhörungspflicht

Auf Antrag muss der betroffenen Person die Möglichkeit eingeräumt werden, ihren Standpunkt darzulegen. Sie kann verlangen, dass die automatisiert durchgeführte Entscheidung von einer natürlichen Person überprüft wird. Die Anhörung kann vor oder nach der Entscheidung erfolgen.

### 6.3 Ausnahmen

Die Informations- und Anhörungspflicht gilt nicht, wenn (i) die Entscheidung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags zwischen dem Verantwortlichen und der betroffenen Person steht und ihrem Begehren stattgegeben wird oder (ii) die betroffene Person ausdrücklich eingewilligt hat, dass die Entscheidung automatisiert erfolgt.

- (i) Gemäss Botschaft wird einem Begehren stattgegeben, wenn der Vertragsabschluss genau zu den Konditionen erfolgt, wie sie z.B. in der Offerte dargestellt wurden oder wie sie die betroffene Person verlangt hatte. So werde z.B. ihrem Begehren stattgegeben, wenn ein Leasingvertrag zum im Angebot aufgeführten Zins abgeschlossen wird. Anderes gelte, wenn der Leasingvertrag zwar abgeschlossen werde, aber aufgrund eines schlechten Kreditratings der betroffenen Person zu einem weniger vorteilhaften Zins als im Angebot genannt. Abzustellen sei dabei darauf, ob gesamthaft den Begehren der betroffenen Person stattgegeben worden sei. Es reiche nicht aus, wenn dies nur in Bezug auf einzelne Elemente der Fall sei.
- (ii) Die Pflicht zur Information und Anhörung entfällt auch dann, wenn die betroffene Person ausdrücklich eingewilligt hat, dass eine Entscheidung automatisiert erfolgt. Diese Ausnahme sei folgerichtig, hält die Botschaft fest, weil die betroffene Person bereits informiert werden müsse, um rechtsgültig einzuwilligen.

Die Bestimmung des Vorentwurfs, wonach die Informations- und Anhörungspflicht nicht gelte, wenn ein Gesetz eine automatisierte Einzelentscheidung vorsieht, wurde dem Entwurf gestrichen. Gemäss der Mehrheit der SPK-N soll diese Bestimmung nun wieder ins Gesetz aufgenommen werden.

#### 6.4 Auskunftspflichten

Der Entwurf sieht vor, dass der betroffenen Person gegebenenfalls das Vorliegen einer automatisierten Einzelentscheidung sowie die Logik, auf der die Entscheidung beruht, mitzuteilen sind. Gemäss Botschaft müssten nicht unbedingt die Algorithmen mitgeteilt werden, die Grundlage der Entscheidung sind, weil es sich dabei regelmässig um Geschäftsgeheimnisse handle. Vielmehr müssten die Grundannahmen der Algorithmus-Logik genannt werden, auf der die automatisierte Einzelentscheidung beruht. Das bedeute beispielsweise, dass die betroffene Person Auskunft darüber erhalte, dass sie aufgrund eines negativen Scoring-Resultats einen Vertrag zu schlechteren Konditionen abschliessen könne, als dies offeriert wurde. Darüber hinaus müsse sie aber auch über die Menge und die Art der für das Scoring herangezogenen Informationen sowie deren Gewichtung informiert werden. Eingriffe in relevante Geschäftsgeheimnisse dürften mit dieser Regelung nach wie vor möglich sein.

### 7. Datenschutz-Folgenabschätzung

Mit dieser gesetzlichen Pflicht setzt der Entwurf mit dem Datenschutz bereits in der eigentlichen Planungsphase einer Bearbeitung an. Der Verantwortliche erstellt vorgängig eine solche Abschätzung, wenn eine Bearbeitung voraussichtlich ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringen kann. Bestätigt sich im Rahmen der Abschätzung ein solches hohes Risiko für den Fall, dass keine Massnahmen getroffen würden, ist der öffentliche Datenschutzbeauftragte zu involvieren.

Diese Konsultation des Beauftragten kann durch die Einsetzung eines (internen) Datenschutzberaters verhindert werden. Gerade Unternehmen von einer gewissen Grösse werden zu evaluieren haben, ob die Einsetzung eines solchen Datenschutzberaters in Frage kommt. Diese Erleichterung will eine Minderheit der SPK-N streichen, was abzulehnen ist.

Die Pflicht zur Datenschutz-Folgenabschätzung trifft sodann jene nicht, die sich einer Zertifizierung unterzogen haben oder einen bestehenden Verhaltenskodex beachten. Damit bietet die Möglichkeit zur Erstellung eines branchenweiten Verhaltenskodex auch in Zusammenhang mit der Datenschutz-Folgenabschätzung eine grosse Chance.

## 8. Sanktionen

Der Entwurf bleibt beim stark kritisierten Sanktionensystem über den Weg des Strafrechts. Die Höhe der Maximal-Busse für natürliche Personen wurde von CHF 500'000 auf CHF 250'000 gesenkt und eine fahrlässige Begehung ist nicht mehr strafbewehrt.

Die Botschaft hält fest, dass die in der Vernehmlassung geäusserte Sorge, dass jeder beliebige Angestellte eines Unternehmens bestraft werden könnte, unbegründet sei. In der Schweiz werde die Einhaltung verwaltungsrechtlicher Pflichten mit dem Verwaltungsstrafrecht sichergestellt, dessen Normadressaten natürliche Personen seien. Es verhalte sich so, dass die verwaltungsrechtliche Pflicht dem Unternehmen obliege und ihre Verletzung dessen (natürlichen) Leitungspersonen zugerechnet werde.

Das Sanktionssystem bleibt stark umstritten und die vorliegende Lösung ist nicht abschliessend befriedigend. Angesichts der bestehenden Strafrechts-Struktur in der Schweiz erscheint jedoch ein Systemwechsel im Rahmen der DSG-Totalrevision als unrealistisch. Längerfristig sollte aber eine Ausrichtung des Sanktionensystem auf Unternehmen in Erwägung gezogen werden.

Eine Minderheit I der SPK-N will die Sanktionen anheben auf bis zu CHF 20 Mio. oder 4% des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes, wobei unklar bleibt, wie sich der „Jahresumsatz“ einer natürlichen Person berechnet. Die Minderheit II will die Busse auf CHF 500'000 anheben. Beides ist aus unserer Sicht abzulehnen.