

# VISCHER

## Secondary Use

Die rechtlichen und gefühlten Grenzen der  
Zweitnutzung von Personendaten – auch nach  
COVID-19

David Rosenthal  
15. September 2020

## Wovon reden wir?

- Eine Bank wertet die Zahlungsempfänger ihrer Kunden inhaltlich aus, um gestützt darauf Marketingmassnahmen für sich und Dritte zu steuern
- Eine Krankenkasse analysiert die Leistungsabrechnungen, um Patienten über gefährliche Kombinationen von Arzneimitteln zu warnen und zwecks Ermittlung von Kostensenkungspotenzialen beim Arzneimitteleinsatz Forschung zu betreiben
- Ein Detailhändler analysiert das Einkaufsverhalten, um daraus Erkenntnisse für die Produktentwicklung zu gewinnen
- Ein Unternehmen erwirbt EEG-Patientendaten einer Epilepsie-Klinik, um diese anonymisiert der Hirnerkrankungs-Forschung und Anbietern von Selbstdiagnose-Apps zu verkaufen



Handytracking gegen das Coronavirus

## Gravierender Nutzen

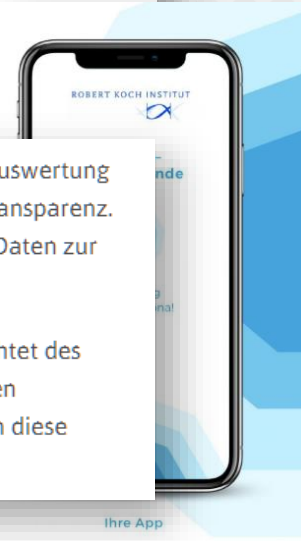
Gesundheitsminister Jens Spahn will ermitteln, wen Infizierte ansteckten. Diese Würde, ist nicht erwiesen

SCHWEIZ

## Wegen Verbreitung des Coronavirus: SwissCovid bewertet für den Bund

Die Datenspende-App selbst war nicht quelloffen und hatte Sicherheitsprobleme. Bei der Auswertung der gesammelten Daten setzt das Robert Koch-Institut (RKI) dafür nun auf möglichst viel Transparenz. Die ersten Auswertungsergebnisse sind online und zeigen vor allem, wie viele bislang ihre Daten zur Verfügung gestellt haben – und wie sie auf Deutschland verteilt sind.

Mehr als 500.000 Spender:innen nutzen laut Angaben des RKI inzwischen die App – ungeachtet des schlechten Abschneidens beim Datenschutz. Sie messen ohnehin schon ihren Puls oder ihren Schlafrhythmus mit Hilfe von tragbaren Sensoren, sogenannten Fitness-Trackern, und teilen diese Informationen nun täglich mit den Forscher:innen.



Bertelsmann-Bericht zu Covid-Dateninitiativen:  
<https://bit.ly/2GqVWHW>

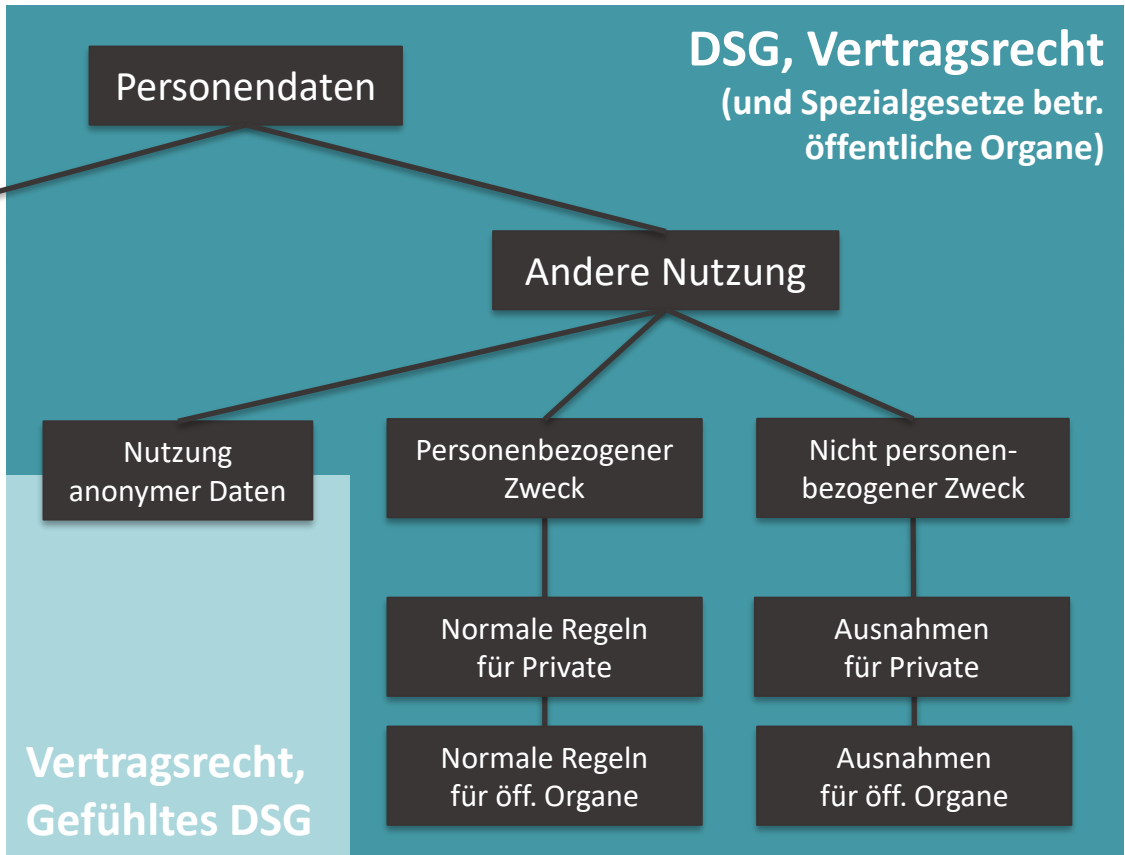
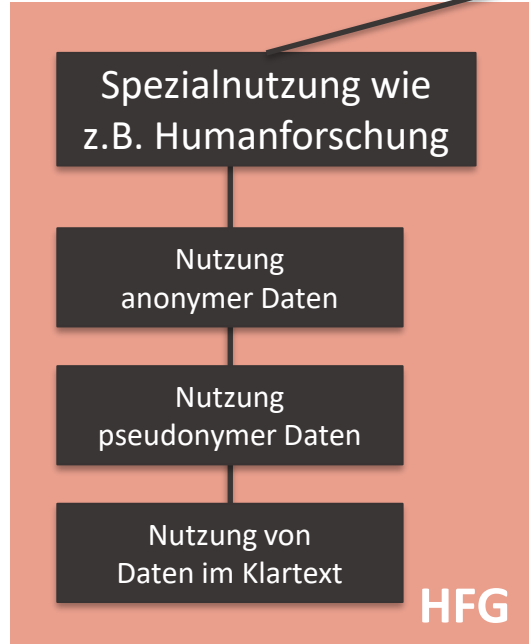
## COVID 19

Sekundärnutzung für einen "guten" Zweck?

## Ist Sekundärnutzung erlaubt?

- Die kurze Antwort
  - Zu nicht personenbezogenen Zwecken meistens ja
  - Zu personenbezogenen Zwecken meistens nur mit rechtzeitiger Ankündigung oder sonst Einwilligung
- Personenbezogener Zweck?
  - Beispiel der Auswertung der Kundendaten
  - Kundschaft besser verstehen = nicht personenbezogener Zweck
  - Einzelne Kunden besser ansprechen = personenbezogener Zweck
- Sekundärnutzung erlaubt? → mehrstufige Prüfung erforderlich

# Wo geregelt?



## Spezialnutzungen

- Unterscheiden:
  - Abschliessend spezialgesetzlich geregelte Nutzungen
    - Beispiel Humanforschungsgesetz (HFG) gilt für "die Forschung zu Krankheiten des Menschen sowie zu Aufbau und Funktion des menschlichen Körpers, die durchgeführt wird ... mit gesundheitsbezogenen Personendaten" (Art. 2 Abs. 1 HFG)
    - HFG verdrängt als *lex specialis* das DSG in seinem Bereich
  - Nutzungen mit spezialgesetzlicher Rechtsgrundlage
    - Beispiele Geldwäschereibekämpfung (Art. 6 GWG) und Jagd auf Raubkopierer im Netz (Art. 77i URG) → DSG gilt weiterhin
- Von einer Verdrängung des DSG ist nicht leichthin auszugehen (BGE 126 II 126, E. 5) → i.d.R. erst bei gleichwertigem Schutz

Auch Sekundärnutzungsverbote  
sind denkbar: Art. 50e AHVG  
betr. AHV-Nummer

## Beispiel HFG

+ Genehmigung der Ethikkommission  
(für Forschungsprojekt und ggf.  
Ausnahmen)

	Genetische Daten	Nichtgenetische Daten
Unverschlüsselt (identifizierend)	Spezifische Einwilligung (Art. 32 Abs. 1 HFG, Art. 28 HFV)	Generaleinwilligung (Art. 33 Abs. 1 HFG, Art. 31 HFV)
Verschlüsselt (pseudonymisiert)	Generaleinwilligung (Art. 32 Abs. 2 HFG, Art. 29 HFV)	Kein Widerspruch nach Information (Art. 33 Abs. 2 HFG, Art. 32 HFV)
Anonymisiert	Kein Widerspruch nach Information (Art. 32 Abs. 3 HFG, Art. 30 HFG)	Nicht im Anwendungsbereich des HFG (Art. 2 Abs. 2 lit. c HFG)

Achtung: Reguliert ist nicht nur die Bearbeitung durch den Sekundärforschenden, sondern auch die Bearbeitung desjenigen, der ihm die Daten zur Verfügung stellt (z.B. Krankenhaus)

## DSG: Vorgaben zur Zweitnutzung

- Heutige Vorgaben (Art. 4, 12, 14 DSG)
  - Daten müssen zulässigerweise vorliegen
  - Beschaffung und Zweck der Zweitnutzung muss erkennbar sein (damit die betroffene Person widersprechen kann)
  - Separate Informationspflicht (u.a. zum Zweck) bei besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen
  - Verhältnismässige Nutzung (z.B. in Form von Datenminimierung)
  - Keine Weitergabe besonders schützenswerter Personendaten oder Persönlichkeitsprofile an einen Dritten (d.h. für dessen Zwecke) und kein Widerspruch der betroffenen Person
- Umnutzung bereits vorhandener Daten war bisher *nicht* gedeckt



## DSG: Vorgaben zur Zweitnutzung

- Künftige Vorgaben (Art. 5, 17, 26 revDSG)
  - Daten müssen zulässigerweise vorliegen
  - Zweck der Zweitnutzung muss bei der Beschaffung erkennbar oder damit vereinbar sein [= neu]
  - Zweck der Zweitnutzung muss in der Datenschutzerklärung zum Zeitpunkt der Beschaffung aufgeführt sein [= neu]
    - Beschaffung ist die planmässige Erhebung der Daten, die auch nachträglich in internen Beständen (= indirekt) erfolgen kann
  - Verhältnismässige Nutzung (z.B. in Form von Datenminimierung)
  - Keine Weitergabe besonders schützenswerter Personendaten an einen Dritten und kein Widerspruch der Person

### Art. 5 Grundsätze

- <sup>1</sup> Personendaten müssen rechtmässig bearbeitet werden.
  - <sup>2</sup> Die Bearbeitung muss nach Treu und Glauben erfolgen und verhältnismässig sein.
  - <sup>3</sup> Personendaten dürfen nur zu einem bestimmten und für die betroffene Person erkennbaren Zweck beschafft werden; sie dürfen nur so bearbeitet werden, dass es mit diesem Zweck vereinbar ist.
  - <sup>4</sup> Sie werden vernichtet oder anonymisiert, sobald sie zum Zweck der Bearbeitung nicht mehr erforderlich sind.
- [...]

Hierfür bietet  
Art.18  
zusätzliche  
Ausnahmen an

## Vereinbarkeit?

- Konzept aus der DSGVO übernommen
  - Art. 5 Abs. 1 Bst. b DSGVO (keine Bearbeitung in einer mit dem Primärzweck "nicht zu vereinbarenden Weise"; Forschungszwecke gelten u.U. als vereinbar)
  - Art. 6 Abs. 4 DSGVO definiert Kriterien, die bei der Prüfung der Vereinbarkeit zu berücksichtigen sind (z.B. Anonymisierung)
  - Art. 14 Abs. 4 DSGVO schreibt Information der Betroffenen vor
- DSG: Gemäss Botschaft ist unvereinbar, was angesichts des Primärzwecks als "unerwartet, unangebracht oder beandstandbar" gelten muss (BBl 2017 7025)
  - Geht das etwas weiter als "aus den Umständen erkennbar"?

### Art. 5 Grundsätze

<sup>1</sup> Personendaten müssen rechtmässig bearbeitet werden.

<sup>2</sup> Die Bearbeitung muss nach Treu und Glauben erfolgen und verhältnismässig sein.

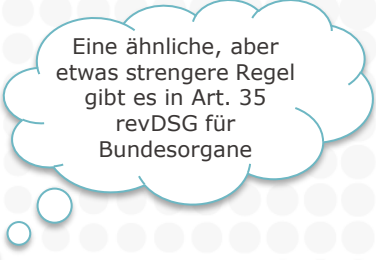
<sup>3</sup> Personendaten dürfen nur zu einem bestimmten und für die betroffene Person erkennbaren Zweck beschafft werden; sie dürfen nur so bearbeitet werden, dass es mit diesem Zweck vereinbar ist.

<sup>4</sup> Sie werden vernichtet oder anonymisiert, sobald sie zum Zweck der Bearbeitung nicht mehr erforderlich sind.


[...]

## DSG: Rechtfertigung einer Zweitnutzung

- Durch Einwilligung (z.B. über einen Studienteilnahmevertrag)
  - Anders als unter der DSGVO ist die Weiternutzung auch nach einem Rückzug denkbar (Vertrag, überwiegendes Interesse)
- Durch überwiegendes privates Interesse (Art. 27 revDSG)
  - z.B. für nicht personenbezogene Zwecke wie Forschung, Planung, oder Statistik, unter folgenden Bedingungen (Abs. 2 Bst. e):
    - Anonymisierung so bald wie möglich (ausser wo unmöglich oder mit einem unverhältnismässigem Aufwand verbunden)
    - Besonders schützenswerte Personendaten nur anonym an Dritte; wo nicht möglich, reichen andere Schutzmassnahmen
    - Keine Personendaten in den publizierten Ergebnissen



Eine ähnliche, aber etwas strengere Regel gibt es in Art. 35 revDSG für Bundesorgane



Neu im revidierten DSG

# Open Data? Anonym?

« Perfect steganography

The smoking gun that may prove our climate models wrong »

## Breaking the Netflix Prize dataset

 Netflix data

Hell, this is good work. In October last year, Netflix released over 100 million movie ratings made by 500,000 subscribers to their online DVD rental service. The company then offered a prize of \$1million to anyone who could better the company's system of DVD recommendation by 10 per cent or more.

Of course, Netflix assured everybody that the data had been anonymized by removing any personal details.

That turns out to have been a tad optimistic. Arvind Narayanan and Vitaly Shmatikov at the the University of Texas at Austin have just de-anonymized it.

Here's how: turns out that an individual's set of ratings and the dates on which they were made are pretty unique, particularly if the ratings involve films outside the most popular 100 movies. So it's straightforward to find a match by comparing the anonymized data against publicly available ratings on the Internet Movie Database (IMDb).

Quelle: <http://arxivblog.com/?p=142> (2007)

10-02-14 | FAST FEED

## NYC Taxi Data Blunder Reveals Which Celebs Don't Tip—And Who Frequents Strip Clubs

By cross-referencing de-anonymized trip data with paparazzi photos, a privacy research could tell how much Bradley Cooper paid his driver.



[PHOTO: FLICKR USER PAULTOM2104]

Quelle: [www.fastcompany.com](http://www.fastcompany.com) [<https://bit.ly/3bssrB9>] (2014)

## Und andere Grenzen?

- Vertragliche Regelungen
  - Viele NDAs enthalten ein Verbot der zweckentfremdeten Nutzung von Daten
- Gefühlter Datenschutz
  - Selbst eine datenschutzrechtlich an sich zulässige Nutzung kann sozial nicht akzeptiert und "gefühlter" den Datenschutz verletzen
    - z.B. bei Versilberung von Daten, Angst um Privatsphäre
  - Öffentliche Meinung zählt – Missbrauchspotenzial und negative Publicity hat viel Gewicht, aber Gewöhnung führt zur Akzeptanz
  - Sanktionierung der Verletzung: Medienecho, Shitstorm, Boykotte, behördliche Untersuchung, Vertragsfolgen

Privatsphäre 06.04.2020, 09:22 Uhr

### Datenschützer hält Handy-Auswertung für **erlaubt**

Das Bundesamt für Gesundheit möchte zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie Handy-Daten auswerten. Hierzu hat der Bundesrat den Datenschutzbeauftragten Adriaan

Die Schweiz will Smartphones überwachen, um Menschenansammlungen zu erkennen und die Verbreitung des Coronavirus zu bekämpfen. Ohne klare und transparente Regeln könnte diese Massnahme die Bürger und Bürgerinnen einer **dauerhaften staatlichen Überwachung** aussetzen, warnt Alessandro Trivilini, ein Experte für Informationssicherheit und neue Technologien.

Quellen: computerworld.ch, swissinfo.ch

Abo

# Postfinance droht Online-Kunden mit dem Rauswurf

Die Post-Tochter will ein neues Schnäppchenportal aufbauen. Doch zuerst mü...

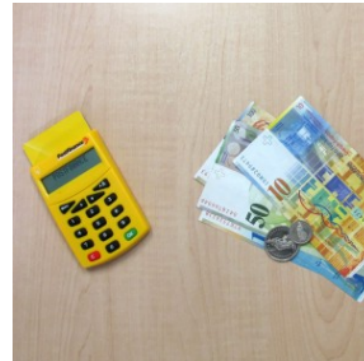
Mittwoch, 3. Juni 2015

## Zahlungsverkehrsdaten: Postfinance krebst zurück

Letzten Herbst kündigte die Postfinance an, die Zahlungsverkehrsdaten aller Kunden auszuwerten und ihnen entsprechende Angebote von Drittfirmen anbieten. Sie änderte hierfür ihre Teilnahmebedingungen und wollte die Nutzer des Onlinebanking-Portals E-Finance zwingen, diesen zuzustimmen, indem sie die Weiterführung der Onlinebanking-Vertrags von der Zustimmung abhängig machte.

Die Stiftung für Konsumentenschutz schritt energisch ein und stellte den Postfinance-Kunden einen [Musterbriefe zur Verfügung](#), um sich die Auswertung ihrer persönlichen Zahlungsverkehrsdaten zu wehren.

Nach Verhandlungen mit der Datenschutzbehörde (EDÖB) muss die Postfinance nun zurückkriechen: **Sie darf die Zustimmung zur Auswertung der Zahlungsverkehrsdaten nicht von der Zustimmung zu den Teilnahmebedingungen abhängig machen.** Alle Kundinnen und Kunden, die den neuen Teilnahmebedingungen fürs E-Finance im Herbst bereits zugestimmt haben, werden ausdrücklich angefragt, ob sie in Zukunft Angebot von Dritten erhalten möchten oder nicht.



Je stärker ein Anbieter in der Öffentlichkeit steht, desto wichtiger ist der gefühlte Datenschutz

Quellen: tagesanzeiger.ch, konsumentenschutz.ch

Zweitnutzungen sind oft  
zulässig, aber sie müssen richtig  
verpackt und verkauft werden.

# VISCHER

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

Bei Fragen: [drosenthal@vischer.com](mailto:drosenthal@vischer.com)

**Zürich**

Schützengasse 1  
Postfach  
8021 Zürich, Schweiz  
T +41 58 211 34 00

[www.vischer.com](http://www.vischer.com)

**Basel**

Aeschenvorstadt 4  
Postfach  
4010 Basel, Schweiz  
T +41 58 211 33 00

**Genf**

Rue du Cloître 2-4  
Postfach  
1211 Genf 3, Schweiz  
T +41 58 211 35 00