VISCHER

Revision Datenschutzgesetz:

Neuerungen und Handlungsbedarf im Bereich der Werbung

Rolf Auf der Maur
24. November 2020

VISCHER

Revision Datenschutzgesetz:

Neuerungen und Handlungsbedarf im Bereich der Werbung

David Rosenthal
24. November 2020

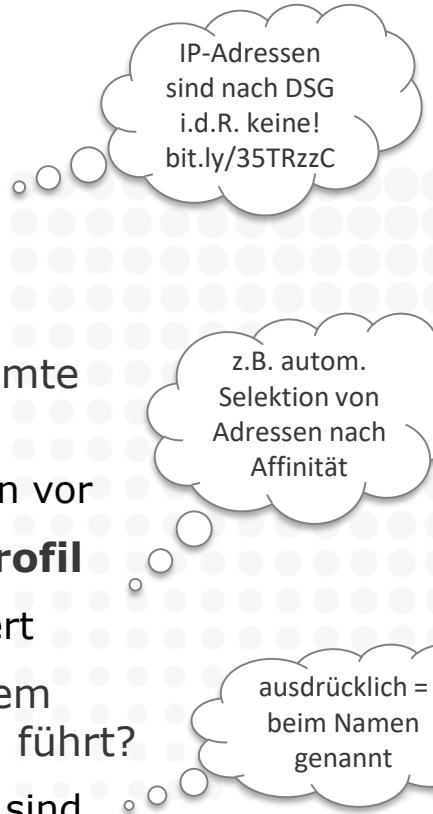
Ausgangslage

Ausführliche kostenlose Kommentierung: https://bit.ly/3kUfzqu

- Am 25. September 2020 verabschiedete das Parlament eine **Totalrevision des Datenschutzgesetzes** (DSG)
  - Text: https://bit.ly/34PmN9h (Vergleich: datenrecht.ch)
  - Jetzt folgen die Verordnungen, mit einer Vernehmlassung (Q1)
  - Inkrafttreten erst in 2022, aber *ohne* Übergangsfrist
- Die Schweiz **schliesst im Datenschutz zur EU auf**
- Aber: Materiell **keine fundamentale Veränderung**
  - Bisher erlaubte Bearbeitungen sind i.d.R. weiterhin erlaubt
  - Keine Kopie der EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO), aber Diverses wird übernommen → https://bit.ly/399bsEG
  - Ausgebaut werden die Governance und Betroffenenrechte

Damit wir vom Selben reden …

- **Personendaten** – nur Daten, die Rückschlüsse auf die Identität des Menschen erlauben, um den es geht
  - Das DSG gilt nur für den, der Personendaten bearbeitet
- **Besonders schützenswerte Personendaten** – bestimmte Arten von Personendaten (z.B. Gesundheitsdaten)
  - Das DSG sieht bei diesen leicht verschärfte Bestimmungen vor
- **Profiling** – ein Computer bewertet einen Menschen **≠ Profil**
  - Profiling als solches wird für Privatwirtschaft kaum reguliert
- **Profiling mit hohem Risiko** – Profiling, welches zu einem Persönlichkeitsprofil (= diverse Aspekte eines Menschen) führt?
  - Einwilligungen müssen ausdrücklich sein, damit sie gültig sind



Die "Cookie"-Ära

Stand der ePrivacy-Verordnung: https://bit.ly/3fnnrzt

Thema	DSGVO	eP-RL	ePVO	DSG	revDSG	FMG	UWG
Extraterritoriale Wirkung	●	(●)	●	●	●		(●)
Cookies zwingend, anonym		Info	Info				
Cookies andere, anonym		Consent	BI/Cons.				
Cookies 3rd party, anonym		Consent	Consent				
Cookies zwingend, personenbezogen	Info	Info	Info	(Info)	Info	Info	
Cookies andere, personenbezogen	BI/Cons.	Consent	BI/Cons.	Info	Info	Info	
Cookies 3rd party, personenbezogen	Consent	Consent	Consent	Info	Info	Info	
Werbe-Mailings postalisch	BI/Cons.			Info	Info		
Werbe-Mailings elektronisch	BI/Cons.	Consent	Consent	Info	Info		Consent
Definiert Gültigkeit einer Einwilligung	●	→ DSGVO	→ DSGVO	●	●		●

Die "Post-Cookie"-Ära

IAB Guide:
https://bit.ly/3pQMcci

- 3rd party Cookies werden **blockiert** oder es **fehlt am Consent**
- **Neue Ansätze** für Werbe-Targeting und Frequency Capping?
  - Technische Cookie-Alternativen (Fingerprinting, anonyme IDs)
  - Werbeträger liefern selbst die Daten (z.B. registrierte Benutzer)
  - Persönliche Werbung (z.B. CRMs, Ein- und Verkauf von Daten)
- Und was sagt der **Datenschutz**?
  - EU: Auch die technischen Alternativen erfordern i.d.R. Consent
  - Wo keine Personendaten vorliegen, greift das DSG aber nicht
  - Benutzer über Verwendung/Beschaffung/Weitergabe informieren
  - Einwilligung dort, wo die Nutzung besonders weit geht

eP-RL spricht vom Zugriff auf Information im Endgerät des Nutzers

… oder das UWG es verlangt

Informationspflicht?

- **Ausbau der Informationspflichten** im revidierten DSG
  - Pflicht zur Transparenz (wie bisher, weiterhin schwammig)
  - Pflicht zur Datenschutzerklärung (Scope und Inhalt erweitert)
- **Datenschutzerklärung** ("DSE")
  - Gesetz definiert Mindestangaben (Art. 19 revDSG)
  - Geht betreffend Export von Daten über die DSGVO hinaus
  - Normalerweise keine Nennung von Datenempfängern nötig
- Muss **bei der Beschaffung** der Daten zur Verfügung stehen
  - Angabe auf der Website
  - Was aber, wenn Daten aus Drittquellen beschafft werden?

Szenario 1: Profilbildung

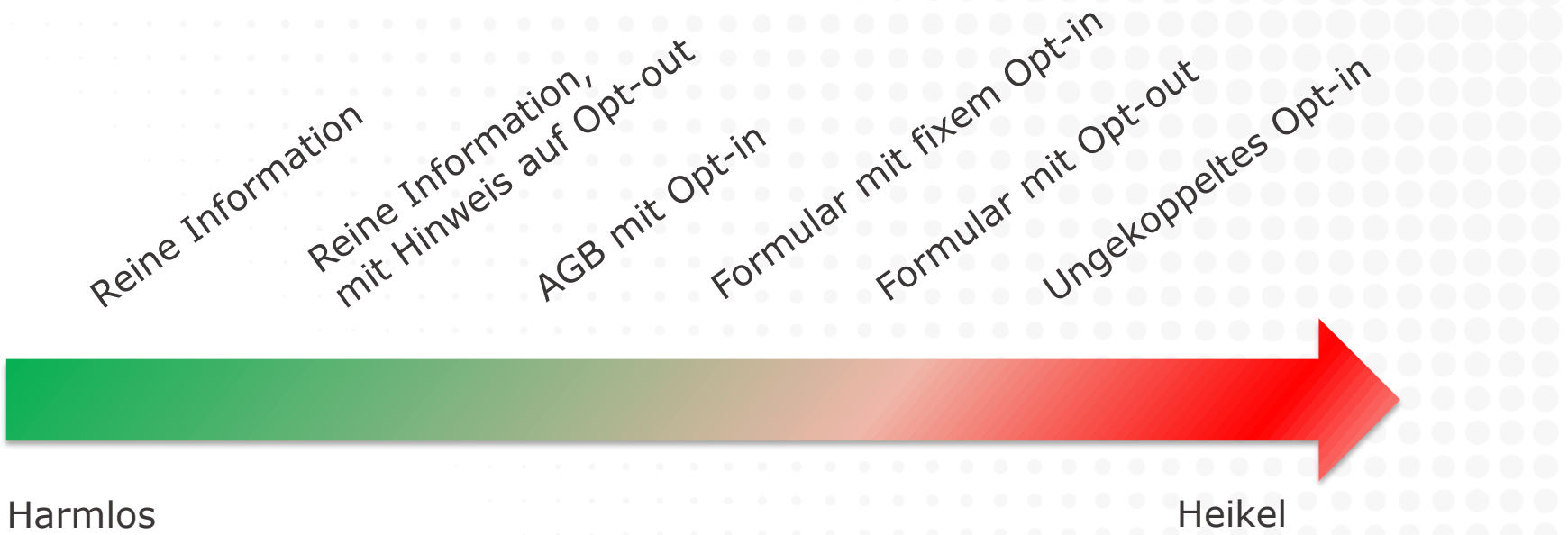
Nach DSG darf ein Kästchen auf einem Formular i.d.R. vorangekreuzt sein

- Eine **Profilbildung** (≠ Profiling) für Werbezwecke kann mehr oder weniger weit gehen
  - Tracking auf Website, Kaufprofil, Interaktionen, Social Media, etc.
  - Wirft Frage der Verhältnismässigkeit auf, d.h. ob die Bearbeitung noch einfach so zumutbar ist: Falls nein → Rechtfertigung nötig
  - Wirft Frage der Ungewöhnlichkeit der in der DSE ggf. erläuterten Profilbildung auf: Falls ungewöhnlich → spezieller Hinweis nötig
  - Widerspruch (d.h. Opt-out) bleibt so oder so möglich
- **Rechtfertigungsgründe** für Profilbildung?
  - Falls nicht personenbezogen: "Überwiegendes Interesse"
  - Falls personenbezogen: Einwilligung → via AGB oder gesondert einholen, jedoch auf einen allfälligen Widerruf vorbereitet sein

Quellennennung bei Auskunftsersuchen

Hinweis auf Opt-out-Recht ist im DSG nicht Pflicht, aber im Trend

Je heikler, desto stärker Betroffene einbinden …



Szenario 2: Weitergabe an Dritte

Koppelungsverbot: In der DSGVO sehr umfassend, im DSG nur beschränkt

- Eine **Weitergabe von Daten** an Dritte für deren eigene Werbezwecke erfordert meistens eine Rechtfertigung
  - Falls nicht von den Zwecken der DSE gedeckt oder unzumutbar
  - In jedem Fall bei besonders schützenswerten Personendaten
  - Was wird weitergegeben? Nur Affinitäten oder auch Rohdaten?
  - Rechtfertigung: Einwilligung via AGB oder gesondert einholen, jedoch auf einen allfälligen Widerruf vorbereitet sein

Ungewöhnlichkeits-regel gilt auch hier

- **Ferner:** Information in der DSE bleibt so oder so nötig
  - Kategorien von Empfängern (aber i.d.R. keine Namensnennung)
  - Nutzung von Daten für Werbezwecke Dritter erwähnen

Art. 62 revDSG: Busse bis CHF 250'000

- **Achtung:** Neues Berufsgeheimnis "für jedermann" beachten

Szenario 3: Kooperation mit Dritten

Ausführlicher Beitrag zu Controller & Processor: https://bit.ly/3nPTawa

- Revidiertes DSG übernimmt Konzept vom **"Controller"** und **"Processor"** aus der DSGVO
  - Wer zusammen mit anderen den Zweck und die Mittel einer Datenbearbeitung bestimmt, ist für diese gemeinsam verantwortlich
  - Beispiel: Eigene Website enthält Analyse- und Werbe-Tools von Dritten, welche die Daten auch für eigene Zwecke nutzen (vgl. DSK zu Google Analytics: https://bit.ly/2USiTrr)
- **Vertrag** ist nach revDSG (anders als unter der DSGVO) zwar nicht Pflicht, aber Regelung der Verantwortlichkeit ist sinnvoll
- **Information** in der DSE über Kooperation mit den Dritten und ggf. je nach Situation ggf. auch **Einwilligung** oder Opt-out

Neue Governance-Pflichten

- Pflicht zur Erstellung einer **Datenschutzfolgen-Abschätzung**
  - Bei allen heiklen Datenbearbeitungs-Vorhaben
  - (Selbst-)Darstellung (i) der Datenbearbeitung und Massnahmen zum Datenschutz, (ii) der Risiken (d.h. Nachteile) für betroffene Person, (iii) etwaiger noch nötige Massnahmen, (iv) Beurteilung, ob ein "hohes" Risiko vorliegt (falls ja → Konsultation EDÖB)
- **Verzeichnis aller Datenbearbeitungen** des Unternehmens
- **Meldung von Verletzungen der Datensicherheit**
  - Unplanmässige Verletzung der Vertraulichkeit, Integrität oder Verfügbarkeit von Daten (d.h. nicht jede Datenschutzverletzung)
  - Meldung an EDÖB falls "hohes Risiko" für betroffene Personen

VISCHER

Melden Sie sich für Updates unseres **Data & Privacy Blogs** an auf www.vischer.com

Und nun zur Diskussion …

Bei späteren Fragen: drosenthal@vischer.com

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

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

www.vischer.com

VISCHER

Diskussion!

mit Rolf Auf der Maur und David Rosenthal

iab switzerland

LEADING SWISS AGENCIES

SCHWEIZER MEDIEN

IGEM