

2021

W0001_05.Juni.2021

Die Entwicklung des Datenschutzes in der Schweiz

Die Entwicklung des Datenschutzes in der Schweiz im Kontext der Europäischen Datenschutzgrundverordnung (DSGV), der ePrivacy-Verordnung und dem Entwurf des Eidgenössischen Datenschutzgesetzes (E-DSG).

DATENSCHUTZ
 **TREUHAND**

Das aktuelle Bundesgesetz über den Datenschutz DSG stammt aus dem Jahre 1992 und ist veraltet.

Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass einzelne Artikel des Gesetzes im Laufe der Zeit dem Computerzeitalter angepasst wurden.

Was hat sich in den vergangenen 30 Jahren technologisch verändert? Die kurze Antwort lautet: Alles. Die Entwicklungen verdeutlicht, wie weit sich das Normenwerk von der technischen und gesellschaftlichen Realität entfernt hat, und wie notwendig eine umfassende Revision des Datenschutzes in der Schweiz geworden ist, selbst ohne Druck der Europäischen Union.

Vom Mobiltelefon zum Internet

Im Jahre 1992 befanden wir uns im «digitalen Steinzeitalter». Damals war das Datenschutzgesetz den Verhältnissen und Anforderungen angepasst. Mit anderen Worten: Der Schutz personenbezogener Daten war gewährleistet.

Die ersten Mobiltelefone Mitte der 1980er Jahre konnten wegen der hohen Preise meist nur von Geschäftsleuten erworben werden. Erst als die Preise Mitte der 90er-Jahre sanken, setzte sich die Mobiltelefonie durch. Damals war das aktuelle Datenschutzgesetz bereits mehrere Jahre in Kraft.

Das Internet begann 1969 als Arpanet. Es wurde zur Vernetzung der Grossrechner von Universitäten und Forschungseinrichtungen in den USA genutzt. In den 80er Jahren verbreitete es sich immer mehr, auch über die USA hinaus. Im Jahr 1990 beschloss die National Science Foundation NSA, das Internet für kommerzielle Zwecke nutzbar zu machen. Dadurch wurde es über die Universitäten hinaus öffentlich zugänglich. Rasanten Auftrieb erhielt es ab 1993, als der erste grafikfähige Webbrowser namens Mosaic zum kostenlosen Download angeboten wurde. In der Folge kam es zu einer wachsenden Zahl von Nutzern und vielen kommerziellen Angeboten. Heute kann man sagen, dass die digitale Revolution auf das Internet zurückzuführen ist. Mit der Verbesserung der Datenübertragungsraten und der Einführung normierter Protokolle wurde die Nutzung der Internet-Infrastruktur auch für die Telefonie attraktiv.

Mit Social-Media-Plattformen wie Facebook, Twitter oder YouTube trat nach der Jahrtausendwende der Tausch von Inhalten unter den Nutzern in den Vordergrund, allerdings auf zentralen, geschlossenen Plattformen und mittels Webbrowser. Später etablierten sich unter dem Begriff «Internet der Dinge» Technologien, die den direkten Austausch zwischen Geräten, Maschinen, Anlagen, mobilen Systemen

usw. über das Internet ermöglichen. Sie dienen der Interaktion dieser Dinge untereinander bzw. dem Fernzugriff auf sie durch den Menschen. Diese Technologien umfassen auch cloudbasierte Dienste.

Transparenz schaffen

Im September 2017 hat der Bundesrat den Entwurf eines totalrevidierten Datenschutzgesetzes (E-DSG) präsentiert. Das Gesetz soll mehr Transparenz schaffen und die Mitbestimmungsrechte der Personen stärken, über die Daten bearbeitet werden. Der Entwurf lehnt sich an die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) der EU an, die seit dem 25. Mai 2018 anwendbar ist. Eng damit verknüpft ist die ePrivacy-Verordnung, die ebenfalls von der EU verabschiedet wurde, aber noch nicht in Kraft ist. Sie soll als «Lex Specialis» die Privatsphäre im Internet und in der elektronischen Kommunikation regeln.

Seit Inkrafttreten der DSGVO im Mai 2018 herrscht in der Schweiz Unsicherheit, welche Unternehmen ihr unterstellt sind. Diese Unsicherheit konnte bis heute nicht restlos beseitigt werden.

Marktortprinzip

Welche Unternehmen sind der Europäischen Datenschutzgrundverordnung DSGVO unterstellt und welche dem Entwurf des Schweizerischen Bundesgesetz über den Datenschutz E-DSG?

Für Schweizer Unternehmen ist die geografische Anwendbarkeit von Bedeutung. Dabei gelangt das «Marktortprinzip» zur Anwendung. Sobald der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter eine Niederlassung in der Europäischen Union hat, ist die DSGVO anwendbar, unabhängig davon, ob die Datenverarbeitung selbst in der Union stattfindet.

Hat ein in der Schweiz ansässiges Unternehmen keine Niederlassung in der Europäischen Union, ist gleichwohl die DSGVO anwendbar, wenn Waren oder Dienstleistungen in der Europäischen Union angeboten werden oder das Verhalten von Personen in der Europäischen Union beobachtet wird, falls damit personenbezogene Daten verarbeitet werden.

Europa ist der wichtigste Markt für die Schweizer Exportindustrie. Jedes Jahr werden Waren im Wert von über 100 Milliarden Franken in EU-Länder exportiert. Das ist mehr als die Hälfte aller Exporte. Demzufolge sind viele Firmen mit der Europäischen Union «verbandelt», sie müssen somit die Vorgaben der DSGVO einhalten.

Unterschiede

Während das DSG noch den Schutz von Daten sowohl natürlicher als auch juristischer Personen regelt, beschränkt sich der E-DSG auf Daten natürlicher Personen. Die Auflistung besonders schützenswerter Personendaten ist im E-DSG stark ausgeweitet worden. So werden genetische sowie biometrische Daten (z.B. Fingerabdruck), die eine natürliche Person eindeutig identifizieren, ebenfalls berücksichtigt. Datenverarbeitern werden erhöhte Sorgfaltspflichten auferlegt, die zudem präziser definiert sind.

So müssen Verantwortliche und Auftragsbearbeiter bereits bei der Planung der Datenbearbeitung das Risiko einer Persönlichkeitsverletzung durch angemessene Massnahmen verringern. Zudem sind sie verpflichtet, durch Voreinstellungen zu gewährleisten, dass standardmässig nur diejenigen Personendaten bearbeitet werden, die für den jeweiligen Verwendungszweck erforderlich sind (Privacy by Default).

Verantwortliche oder Auftragsbearbeiter sind zudem verpflichtet, eine Datenschutz-Folgenabschätzung vorzunehmen, wenn die vorgesehene Datenbearbeitung zu einem erhöhten Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Personen führt. Dabei müssen sowohl Risiken als auch geeignete Massnahmen umschrieben werden. Verantwortliche haben dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) im Falle einer Datenschutzverletzung so rasch wie möglich Meldung zu erstatten, wenn ein grosses Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Personen besteht. Sofern erforderlich, sind auch die betroffenen Personen zu informieren.

Vergleich DSGVO und E-DSG

Der E-DSG gilt für alle Einheiten, die in der Schweiz ansässig sind. Dies bedeutet, dass für sehr viele Unternehmen künftig sowohl das E-DSG der Schweiz als auch die DSGVO zur Anwendung gelangt.

Die Bussgelder bei Datenschutzverletzungen sind unterschiedlich definiert. Die DSGVO sieht Bussen bis zu 20 Millionen Euro oder 4% des vorjährigen Unternehmensumsatzes vor. Der höhere der beiden Beträge definiert die Maximalstrafe. Gemäss E-DSG hingegen können Bussen bis zu 250'000 Schweizer Franken gegen private Personen (nicht gegen juristische Personen!) verhängt werden.

In der DSGVO gilt bezüglich der Verarbeitung personenbezogener Daten ein generelles Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Für die Erlaubnis der Verarbeitung braucht es eine rechtliche Grundlage. Beim E-DSG ist

es umgekehrt: Es gilt eine Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt. Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist grundsätzlich erlaubt, es sei denn, die Persönlichkeit einer betroffenen Person wird verletzt.

Bei einer Datenschutzverletzung sind die Fristen für eine Meldung unterschiedlich geregelt. Die DSGVO ist konkret: Die Meldung hat innerhalb 72 Stunden zu erfolgen. Beim E-DSG muss die Meldung «so rasch wie möglich» erfolgen. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff muss durch Auslegung konkretisiert werden.

Hinsichtlich Datenschutzrechten ist die DSGVO klarer und differenzierter, indem die Rechte einzeln aufgeführt werden, wie das Recht auf Berichtigung falscher oder ungenauer personenbezogener Daten, das Recht auf Auskunft, das Recht auf Einschränkung der Verarbeitung, das Recht auf Vergessenwerden (Löschung), das Widerspruchsrecht, das Recht, die Einwilligung zu widerrufen, das Recht, nicht Gegenstand einer ausschliesslich automatisierten Verarbeitung zu sein.

Der E-DSG hingegen erwähnt lediglich das Auskunftsrecht. Das bedeutet jedoch nicht, dass die übrigen in der DSGVO enthaltenen Rechte nicht existieren. Auch wenn sie nicht explizit im E-DSG formuliert sind, sind sie durch das Schweizer Rechtssystem, mit Ausnahme des Rechts auf Löschung, anderweitig geregelt und durchsetzbar. Im Gegensatz zur DSGVO besteht im E-DSG kein Recht auf Übertragbarkeit der persönlichen Daten.

Auftragsverarbeitungsvertrag

Bei der Auftragsverarbeitung ist zudem zu beachten, dass gemäss DSGVO eine Datenverarbeitung nur zulässig ist, wenn auf einer ersten Stufe ein Auftragsverarbeitungsvertrag vorliegt. Ein solcher Vertrag ersetzt die Einwilligung der von der Datenverarbeitung betroffenen Person. Wird die Datenverarbeitung an einen Auftragsverarbeiter ausgelagert, muss der Datenfluss aus wirtschaftlichen und praktikablen Gründen ohne zusätzlichen Zusatzaufwand möglich sein, sprich: «Einwilligungspraxis». Von Bedeutung ist hierbei, dass es für Konzerne kein Konzernprivileg gibt. Deshalb bedarf es für den Datenfluss zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften auch einen Vertrag zur Auftragsverarbeitung. Für die Datenübermittlung in Drittländer wie die Schweiz, ist auf einer zweiten Stufe ein sogenannter Angemessenheitsbeschluss notwendig, in der die EU-Kommission prüft, ob das Land ein mit der EU vergleichbares Schutzniveau aufweist. Die Schweiz gehört – wie beispielsweise Andorra, Argentinien, Kanada und Neuseeland – zu diesen datenschutzrechtlich sicheren Drittstaaten. Ein

solcher Durchführungsrechtsakt ist durch die EU-Kommission alle vier Jahre zu überprüfen. Man muss davon ausgehen, dass ohne neues Datenschutzgesetz ein solcher Angemessenheitsbeschluss in Zukunft für die Schweiz nicht mehr erteilt würde. Dadurch entstünden zusätzliche Hürden für den einfachen und effizienten Datenfluss zwischen der Schweiz und der EU.

Die ePrivacy-Verordnung

Die ePrivacy-Verordnung stellt eine «lex specialis» zur DSGVO dar, mit ihrer verbindlichen Anwendbarkeit ist frühestens Ende 2021 zu rechnen.

Die ePrivacy, die das Recht auf Achtung des Privatlebens und der Kommunikation schützt, gehört zu den Eckpfeilern der EU-Strategie für einen digitalen Binnenmarkt. Diese neue Regelung soll zukunftssicher sein, sie bezieht sich auf alle bestehenden und zukünftigen Kommunikationstechnologien.

Die ePrivacy-Verordnung wird die bestehende ePrivacy-Richtlinie ersetzen, die 2009 überarbeitet wurde. Die frühere ePrivacy-Richtlinie wurde in Deutschland grösstenteils im Telemediengesetz (TMG) und im Telekommunikationsgesetz (TKG) umgesetzt, die trotz DSGVO immer noch in gewissen Bereichen relevant ist. Klar ist, dass mit Inkrafttreten der ePrivacy-Verordnung diese beiden Gesetze obsolet werden. Die neue Verordnung umfasst mehrere Anpassungen, um den aktuellen Trends auf den digitalen Märkten Rechnung zu tragen, und weitet den Anwendungsbereich erheblich aus. Das Hauptziel der ePrivacy-Verordnung besteht darin, die elektronische Kommunikation natürlicher und juristischer Personen sowie die in ihren Endgeräten gespeicherten Informationen zu schützen. Die ePrivacy-Verordnung wird nach Inkrafttreten in den Mitgliedstaaten direkt anwendbar und wirksam sein.

Grundsatz der Vertraulichkeit

Die gesamte elektronische Kommunikation erfordert ein hohes Mass an Vertraulichkeit. Das Anhören, Abhören, Scannen und Speichern von beispielsweise Textnachrichten, E-Mails oder Sprachanrufen ist ohne die Zustimmung des Benutzers nicht erlaubt. Der neu eingeführte Grundsatz der Vertraulichkeit der elektronischen Kommunikation gilt für gegenwärtige und künftige Kommunikationsmittel, einschliesslich aller mit dem Internet der Dinge verbundenen Geräte.

Die Vertraulichkeit des Online-Verhaltens und der Geräte der Nutzer muss gewährleistet sein. Für den Zugriff auf Informationen eines Benutzergeräts ist die

Zustimmung des Nutzers erforderlich. Benutzer müssen auch zustimmen, wenn Webseiten Cookies oder andere Technologien verwenden, um auf die auf ihrem Computer gespeicherten Informationen zuzugreifen oder um das Online-Verhalten zu verfolgen.

Die Verarbeitung von Kommunikationsinhalten und Metadaten erfordert die Zustimmung der betroffenen Person. Der Datenschutz ist somit sowohl für den Inhalt der Kommunikation als auch für die Metadaten gewährleistet. Metadaten umfassen Informationen darüber, wer angerufen wurde, Zeitpunkt, Ort und Dauer des Anrufs sowie alle besuchten Webseiten.

Spam- und Direktmarketing-Kommunikation erfordern vorherige Zustimmung. Unabhängig von der verwendeten Technologie (z.B. Anrufautomaten, SMS oder E-Mail) müssen Benutzer ihre Zustimmung geben, bevor sie zu kommerziellen Zwecken kontaktiert werden. Werbeanrufer müssen ihre Telefonnummer anzeigen oder eine spezielle Vorwahlnummer verwenden, die auf einen Marketing-Anruf hinweist.

Die ePrivacy soll die Anforderungen der DSGVO ergänzen und präzisieren. Die beiden Regelungen können Überschneidungen aufweisen. Im Konfliktfall hat die ePrivacy Vorrang, unter der Voraussetzung, dass nicht das Schutzniveau verringert wird, das natürliche Personen im Rahmen der DSGVO geniessen.

Für Schweizer Unternehmen wird die ePrivacy-Verordnung unter den gleichen Voraussetzungen der Anwendbarkeit der DSGVO relevant sein, d.h. wenn der Ort der Nutzung des Dienstes sich in der Europäischen Union befindet. Mit Diensten ist die Erbringung von Online-Kommunikationsdienstleistung, Online-Tracking-Technologien oder elektronisches Marketing gemeint.

Schnelle Umsetzung

Es ist notwendig, dass das neue E-DSG so schnell wie möglich in Kraft tritt. Der Druck der EU auf die Schweiz, ihre Datenschutzgesetzgebung dem europäischen Niveau anzupassen, hat zugenommen. Aus wirtschaftlichen Gründen sollte das E-DSG schnellst möglich inkrafttreten. Das Parlament hat 2020 das Gesetz verabschiedet, ohne dass es in der Folge zu einem Referendum kam. Es ist nun Sache des Bundesrates, den Zeitpunkt des Inkrafttretens des neuen Datenschutzgesetzes festzulegen. Voraussichtlich wird dies 2022 der Fall sein.

Unterstützung durch Experten

Aus den dargelegten Ausführungen kann man schliessen, dass Firmen für komplexere Anforderungen der

DSGVO und des Datenschutzmanagements Unterstützung durch Experten benötigen. In der Schweiz gibt es aktuell zu wenig spezialisierte Juristen und IT-Fachkräfte für eine kompetente datenschutzrechtliche Beratung. Juristen, Anwälte und digitale Experten mit umfassenden Kenntnissen der Europäischen Datenschutzgrundverordnung, die zudem über das Zertifikat Datenschutzbeauftragter DSB-TÜV, und sogar über das Zertifikat Datenschutzauditor DSA-TÜV verfügen, können an einer Hand abgezählt werden. Selbst in Deutschland herrscht ein Mangel.

Dennoch empfiehlt es sich, das Thema nicht aufzuschieben. Auf das revidierte Datenschutzgesetz der Schweiz zu warten, ist keine empfehlenswerte Strategie, auch nicht für Unternehmen, die lediglich den heimischen Markt und/oder aussereuropäische Märkte abdecken und somit nicht der DSGVO unterstellt sind. Man kann sich der DSGVO nicht entziehen, indem man abwartet, um zu sehen, wie das revidierte Datenschutzgesetz aussehen wird. Wer seine Datenschutzbemühungen heute an die Anforderungen der DSGVO anpasst, wird später auch jene des totalrevidierten eidgenössischen Datenschutzes erfüllen.

Datenschutztreuhand – Ihr Partner

Die Mitarbeitenden von datenschutztreuhand.ch beschäftigen sich seit 20 Jahren mit der Digitalisierung und der Transformation von Unternehmen und deren Geschäftsbereichen. Nutzen Sie unsere langjährige Kompetenz und machen Sie Ihr Unternehmen datenschutzkonform.

Unsere Dienstleistungen

Beratung

- Ersteinschätzung, Bedarfsprüfung, Analyse, Massnahmen-Empfehlung
- DSGVO Konformität erstellen: Datenschutzerklärung, Webseite, Auftragsverarbeitung, Einwilligungsprozess

Schulung

- Mitarbeitersensibilisierung

Auditing

- Konzept prüfen, Schwachstellen identifizieren, Verbesserungen initiieren.

Hermann Reiff

- Datenschutzauditor DSA-TÜV
- Datenschutzbeauftragter DSB-TÜV
- lic.oec.HSG et lic.iur.HSG
- Rechtsanwalt
- dipl. Wirtschaftspädagoge

[Datenschutztreuhand.ch](https://www.datenschutztreuhand.ch)

c/o swissclick ag
Gertrudstr. 17
8400 Winterthur

Tel: 044 804 24 24
beratung@datenschutztreuhand.ch

