

# Neuer Datenschutz: Auswirkungen auf die Kommunikation

St. Gallen, 1. Oktober 2019



## Wirtschaftskompetenz mit mehr als 85 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten

6 Niederlassungen mit über 160 Mitarbeitenden

### 10 Practice Groups

- Staat und Verwaltung
- Unternehmen und Transaktionen
- Familie und Erbschaft
- Prozessführung und Insolvenz
- Wettbewerb, Medien und Immaterialgüter
- Compliance and Investigations

### 8 Industry Groups

- Finanzdienstleistungen
- Bau, Immobilien und Hotels
- Internationale Praxis
- Telekommunikation, IT und Energie



- Steuern
- Verträge
- Schiedsverfahren
- Notariat

- Pharma und Healthcare
- Private Clients
- Öffentlicher Sektor
- Sport


DER TAGESSPIEGEL

Wirtschaft › Verstöße gegen Datenschutz: 50.000 Euro Bußgeld gegen Onlinebank N26

Verstöße gegen Datenschutz 23.05.2019, 15:29 Uhr

## 50.000 Euro Bußgeld gegen Onlinebank N26

Es ist eine der bislang höchsten Strafen wegen Verstößen gegen die Datenschutzgrundverordnung: N26 führte wohl eine „schwarze Liste“ mit Daten von Ex-Kunden. VON OLIVER VOSS



Neuer Ärger für den Gründer der N26 Bank, Valentin Staff. FOTO: WOLFGANG KUMMI/DPA

Die Berliner Datenschutzbeauftragte hat mit 50.000 Euro eine der bislang höchsten Strafen wegen Verstößen gegen die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) verhängt. Betroffen ist dabei nach Informationen des Fachdienstes

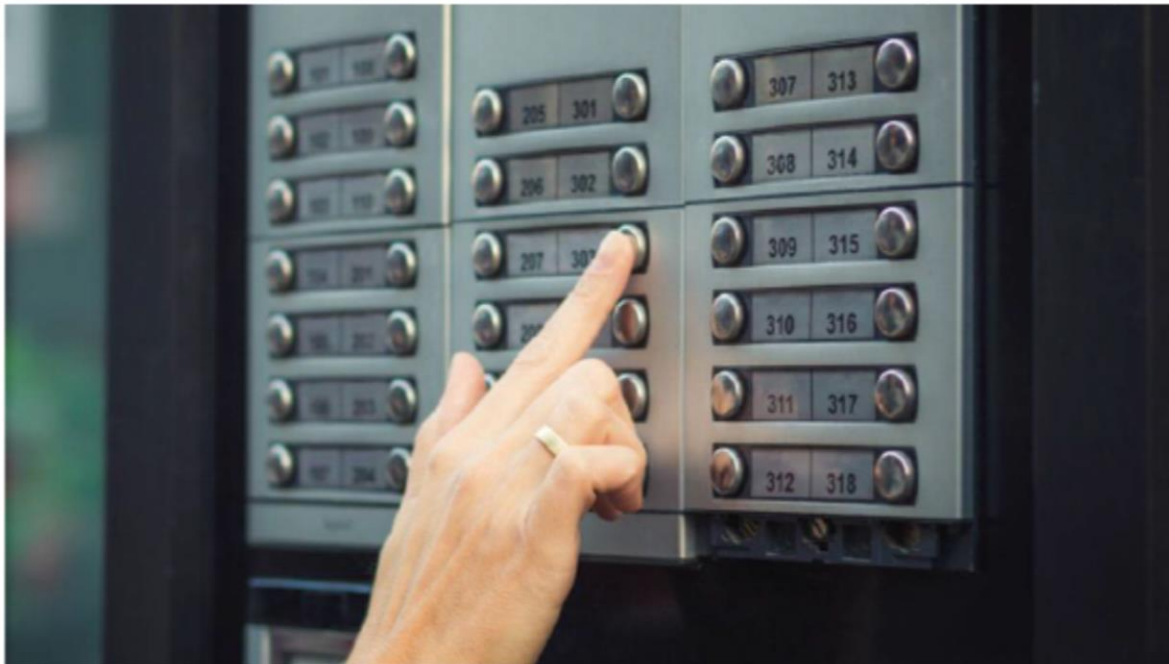
Anzeige

Wegen DSGVO

18. Oktober 2018 12:55 Uhr

## Müssen Vermieter die Namen von Klingelschildern entfernen?

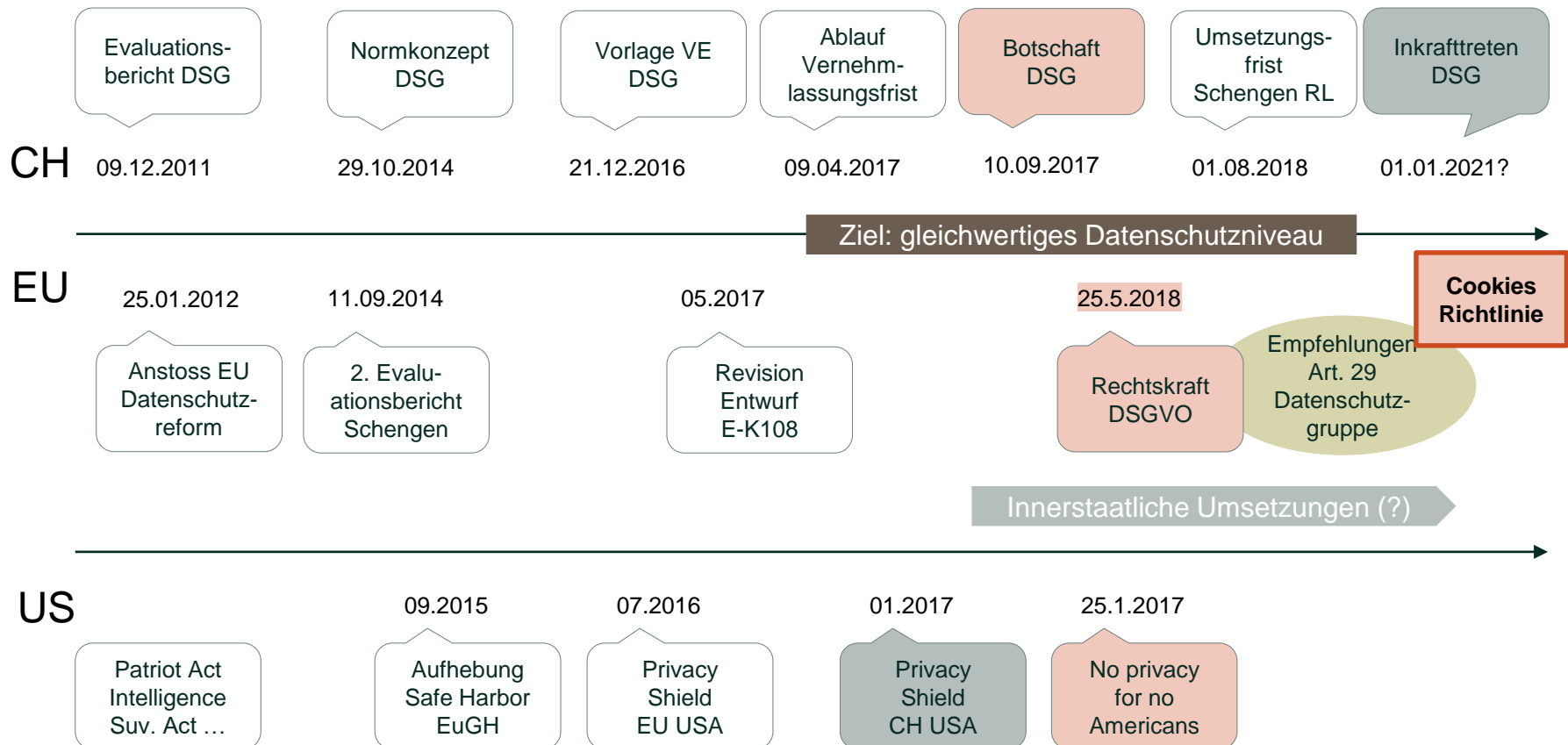
Eine Wiener Hausverwaltung entfernt 220.000 Namensschilder von Türklingeln, weil diese gegen die neue EU-Datenschutzgrundverordnung verstoßen. Droht uns nun das große Klingelschildchaos?



Nummern statt Namen - so sollen bald viele Klingelschilder in Wien aussehen

# Zeitachse der Datenschutzregulierungen

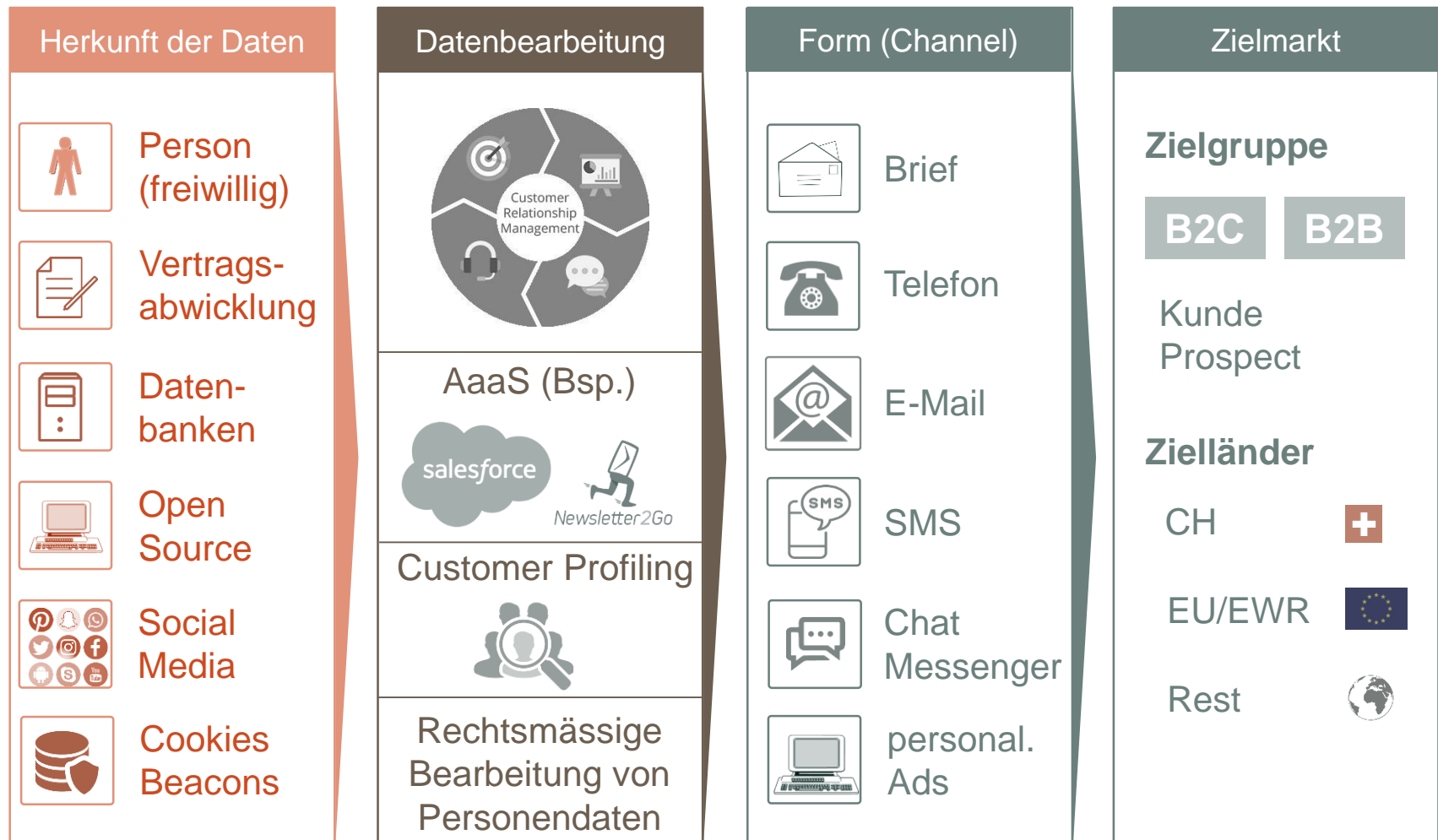
## Offen: rev. DSG CH / Cookies Richtlinie



# Stopp Kleber am Briefkasten Unadressierte Massensendungen



# Prüfschema: Personendaten und Marketing



# Grundprinzipien des Europäischen Datenschutzrechts (Art. 5 DSGVO)

## Die datenschutzrechtlichen Grundprinzipien

### Verbot der Datenverarbeitung mit Erlaubnisvorbehalt

(Rechtmässigkeit und Verhältnismässigkeit)

- Datenvermeidung und Datensparsamkeit
- Zweckbindung
- Transparenz
- Bearbeitung nach Treu und Glauben
- Speicherbegrenzung
- Rechenschaftspflicht
- Integrität und Vertraulichkeit





# Rechtmässigkeit der Datenverarbeitung

**Art. 6 Abs. 1 DSGVO: Die Verarbeitung ist nur rechtmässig, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist:**

- a) Die betroffene Person hat **ihre Einwilligung** zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben;
- b) die Verarbeitung ist für die **Erfüllung eines Vertrags**, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Massnahmen erforderlich, die auf Antrag der betroffenen Person erfolgen;
- c) die Verarbeitung ist zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich, der der für die Verarbeitung Verantwortliche unterliegt;
- d) die Verarbeitung ist erforderlich, um lebenswichtige Interessen der betroffenen Person oder einer anderen natürlichen Person zu schützen;
- e) die Verarbeitung ist für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem für die Verarbeitung Verantwortlichen übertragen wurde;
- f) die Verarbeitung ist zur **Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen** oder eines Dritten erforderlich, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt.

## Einwilligung in die Datenbearbeitung Nachweis durch Verantwortlichen Art. 5 f. DSGVO

Wichtigster Erlaubnistatbestand neben der **Vertragserfüllung**, der **gesetzlichen Pflicht** sowie der **berechtigten Interessen**.

### Formale Anforderungen

- Konkludente, unmissverständliche Handlung genügt (Mausklick, Schweigen jedoch nicht), jedoch Nachweis durch den Verantwortlichen;
- Information über Identität des Verarbeiters, Zweck der Datenverarbeitung, jederzeitiges Widerrufsrecht;
- Einwilligungstext in AGB möglich, muss aber von anderen Themen getrennt dargestellt werden, leicht zugänglich und verständlich sein;
- Widerrufsrecht jederzeit möglich (Wirkung in die Zukunft);
- Kopplungsverbot;
- Mindestalter 16 (Mitgliedstaaten können auf 13 Jahre festlegen);
- Ausdrückliche Einwilligung bei besonders sensiblen Personendaten;

**Bisher gültige Einwilligungen müssen nicht neu eingeholt werden, aber...**

# «The Privacy Paradox»

*«Wir wollen unsere Daten und unsere Privatsphäre schützen, ausser wenn es etwas gratis gibt.»*

Shoshana Zuboff: Das Zeitalter des Überwachungskapitalismus, Campus Verlag, 2018.  
Begriff erstmals erwähnt von John Schwartz in «Opting In: A Privacy Paradox» und Susan B. Barnes in «A privacy paradox: Social networking in the United States», in First Monday, volume 11, 2006.

# Erfüllung eines Vertrags

## Art. 6 Abs. 1 Bst. b) DSGVO

die Verarbeitung ist für die **Erfüllung eines Vertrags**, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Massnahmen erforderlich, die auf Antrag der betroffenen Person erfolgen;

- Bearbeitung zur Vertragsabwicklung.
- Vorvertragliche Massnahmen zulässig, wenn Initiative von der betroffenen Person ausging.

Hier ist keine Löschung oder ein Widerruf möglich.

# Überwiegende berechnigte Interessen

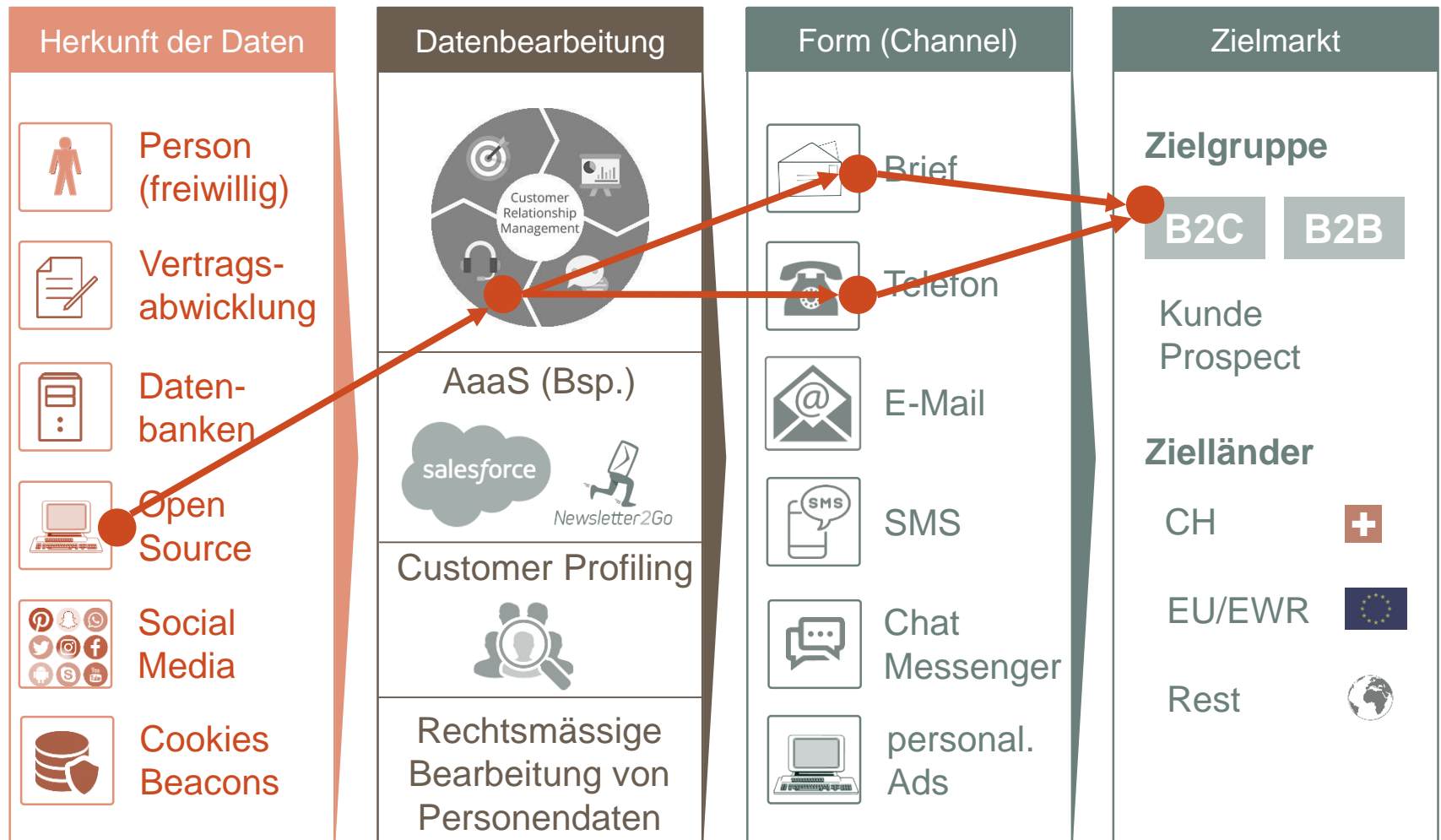
## Art. 6 Abs. 1 Bst. f) DSGVO

Die Verarbeitung ist zur **Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen** oder eines Dritten erforderlich, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt.

- Kleines Konzernprivileg (Erwägung 48);
- Die Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke der Direktwerbung kann als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden (Erwägung 47).
- Einzelfallabwägung erforderlich;
- Information an betroffene Person erforderlich, wenn darauf abgestützt wird.

**Widerspruch durch die betroffene Person möglich.**

# Prüfschema: Briefpost und Telefon



# E-Mail Massenversand

Bestandesdaten

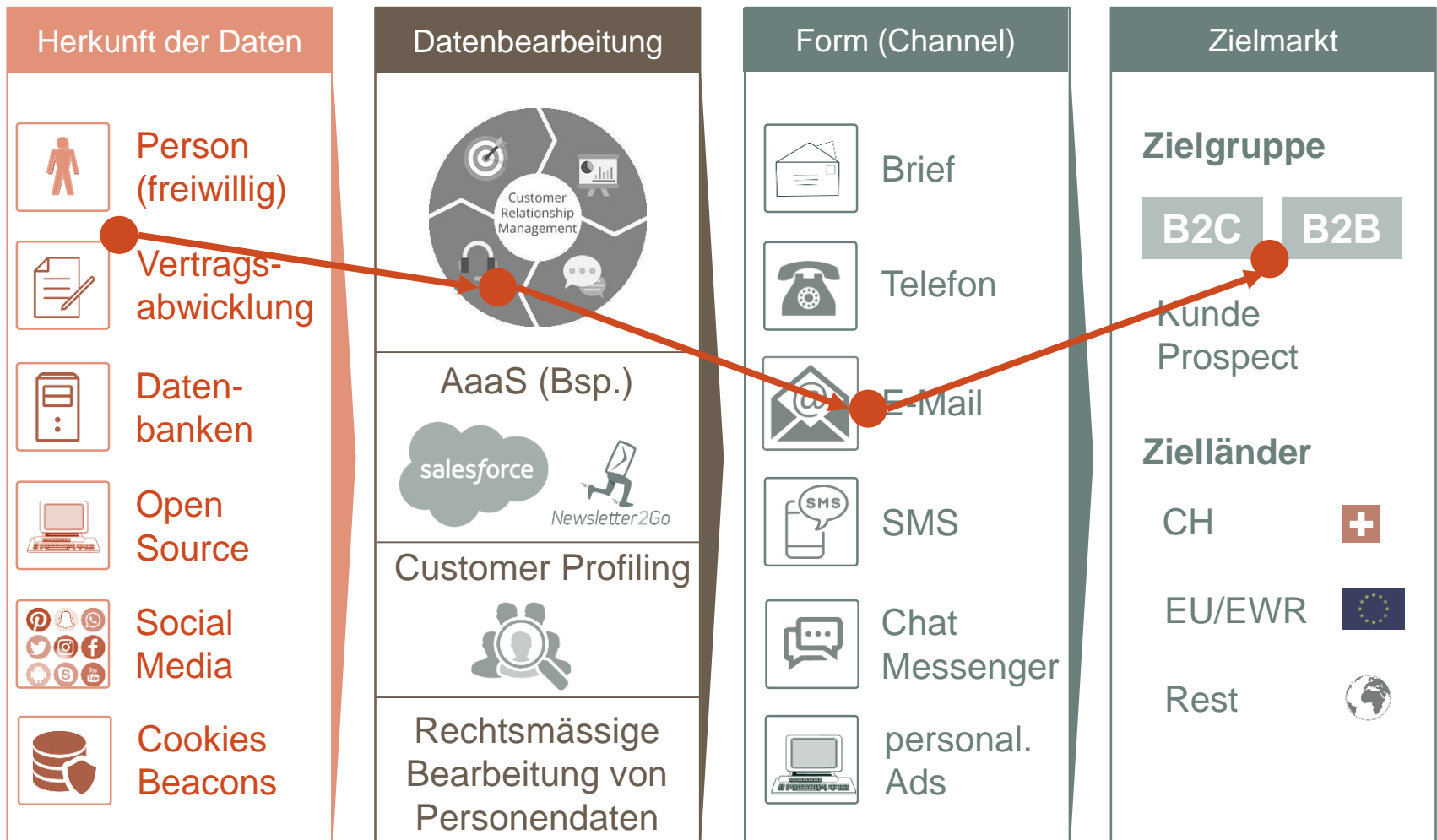
## Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden und anderes widerrechtliches Verhalten Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG

Unlauter handelt insbesondere, wer:

(...)

o. Massenwerbung ohne direkten Zusammenhang mit einem angeforderten Inhalt fernmeldetechnisch sendet oder solche Sendungen veranlasst und es dabei unterlässt, **vorher die Einwilligung der Kunden einzuholen**, den korrekten Absender anzugeben oder auf eine problemlose und kostenlose Ablehnungsmöglichkeit hinzuweisen; wer beim Verkauf von Waren, Werken oder Leistungen **Kontaktinformationen von Kunden erhält und dabei auf die Ablehnungsmöglichkeit** hinweist, handelt nicht unlauter, wenn er diesen Kunden **ohne deren Einwilligung Massenwerbung für eigene ähnliche** Waren, Werke oder Leistungen sendet;

# Prüfschema: Newsletter per E-Mail





# Rechtliche Einordnung Mailings

## **Anwendung von Art. 3 Abs. 3 lit. o UWG erfordert eine Bagatellschwelle.**

Oger ZH, Urteil vom 6.2.2018, UE170371

Im Auftrag eines Unternehmens durchgeführte telefonische Kundenzufriedenheitsabfragen sind Werbeanrufe im Sinne des § 7 Absatz II Nr. 2 UWG, da sie jedenfalls auch dazu dienen, Kunden zu behalten und damit jedenfalls mittelbar die Förderung des Absatzes von Waren oder Dienstleistungen des Auftrag gebenden Unternehmens bezwecken.

OLG Köln, Urt. v. 19.4.2013 – 6 U 222/12

Nicht jedes Massen-E-Mail ist Massenwerbung. Eine persönlich an den Empfänger adressierte und unaufgefordert zugestellte E-Mail, welche den Adressaten zur Teilnahme an einer Umfrage der Automobilindustrie über Autos im Generellen einlädt und gleichzeitig Hinweise auf unter den Teilnehmern der Umfrage zu verlosende Preise enthält, stellt mangels Konkretisierung des Werbegutes, des Werbezweckes (Abschluss oder Verhinderung eines Rechtsgeschäftes) und der Person des Anbieters keine Massen-«Werbung» i.S.v. **Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG** dar.

OGer ZH, ZR 2009 Nr. 60 E. 6.4, «Autoumfrage» (BSK UWG-Arpagaus/Wickihalder, Art. 3 Abs. 1 lit. o N 5)

# Tracking und Social Media Plug-ins

Wann ist eine Zustimmung oder eine Information über Tracking oder über eingesetzte Tools erforderlich?

In der **Datenschutzerklärung** ist eine umfassende Offenlegung der eingesetzten Trackingmassnahmen Pflicht:

*"Wir setzen auf unserer Webseite Google Analytics ein, einen Webanalysedienst der Gesellschaft Google Ireland Ltd., Gordon House, Barrow Street, Dublin 4, Irland ("Google"). Google Analytics verwendet Cookies, die eine Analyse der Benutzung der Website ermöglichen. Die durch das Cookie erzeugten Informationen über Ihre Benutzung der Website werden **in anonymisierter Form** an einen **Server von Google in den USA** übertragen und dort gespeichert. Diese Daten können dank der Anonymisierung keiner bestimmten Person zugeordnet werden. Google **wird diese Informationen verarbeiten**, um Ihre Nutzung der Website auszuwerten, um Reports über die Nutzeraktivitäten zusammenzustellen und um weitere mit der Website- und der Internetnutzung verbundene Dienstleistungen zu erbringen. Google wird diese **Informationen gegebenenfalls an Dritte** übertragen."*

# Cookies / Elektronische Datenerhebungen Location Based Services

E-Privacy VO

## **Art. 45c FMG** Daten auf fremden Geräten

Das Bearbeiten von Daten auf fremden Geräten durch fernmeldetechnische Übertragung ist nur erlaubt:

- a. für die Fernmeldedienste und ihre Abrechnung; oder
- b. wenn die Benutzerinnen und Benutzer über die Bearbeitung und ihren Zweck informiert und darauf hingewiesen werden, dass sie die Bearbeitung ablehnen können.

## **Art. 45b FMG** Standortdaten

Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten dürfen Standortdaten von Kundinnen und Kunden nur für die Fernmeldedienste und ihre Abrechnung bearbeiten; für andere Dienste dürfen sie sie nur bearbeiten, wenn sie vorher die Einwilligung der Kundinnen und Kunden eingeholt haben, oder in anonymisierter Form.

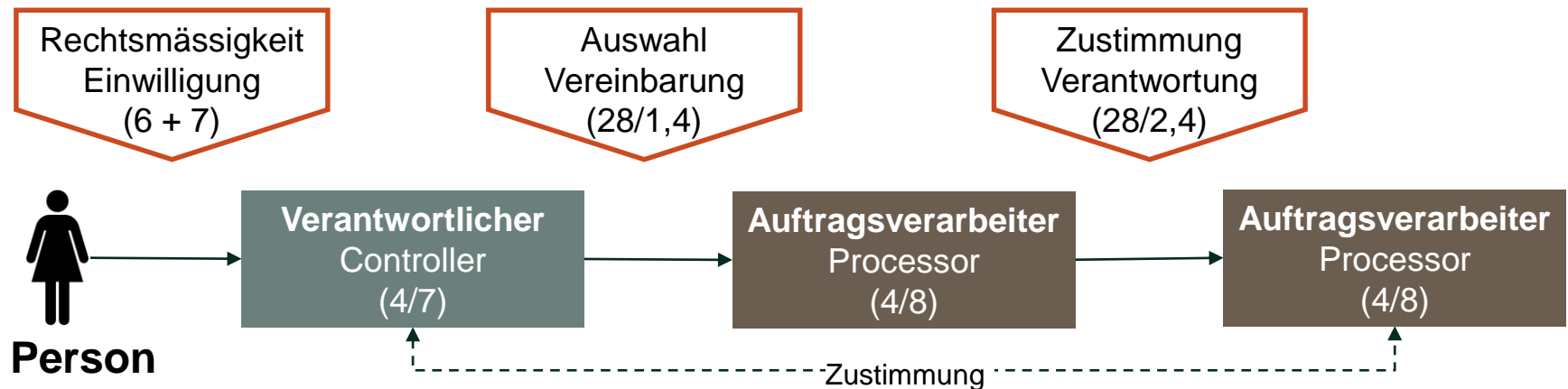
# Social Media Marketing

## Grundlage bilden die AGB des Anbieters



# Zahlreiche neue formale Pflichten in der DSGVO und später auch im rev. DSG CH

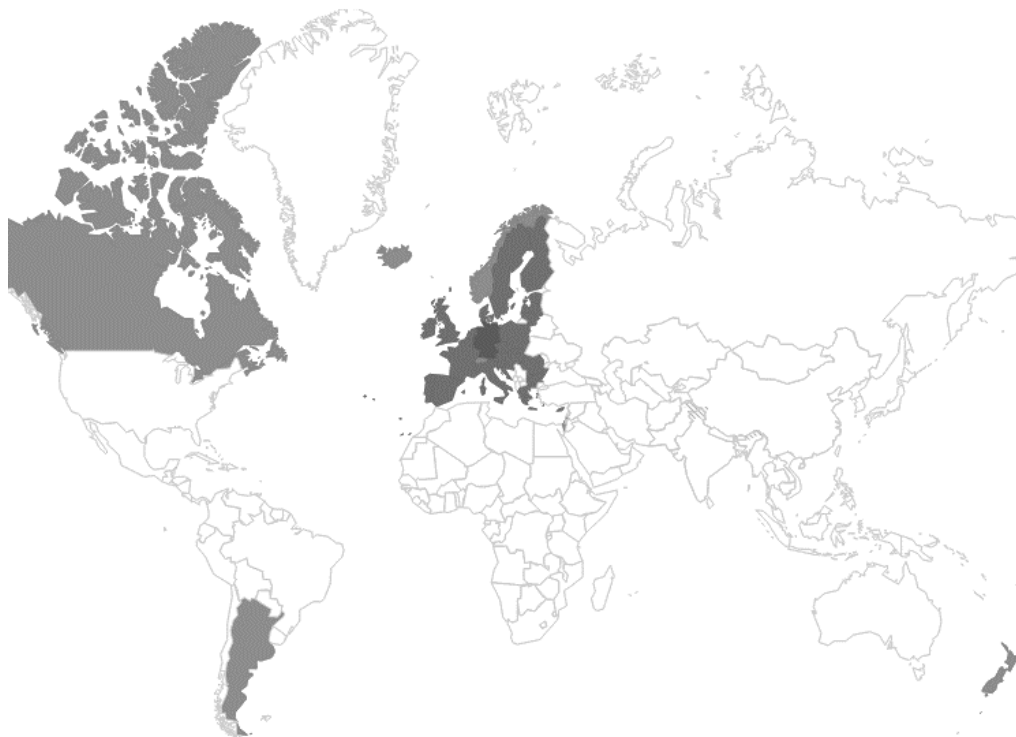
## Systematik Beizug von Dritten (ist neu grundsätzlich erlaubt):



- Datenschutzvertreter in der EU / betrieblicher Datenschutzbeauftragter (mit Ausnahmen)
- Dokumentation der technischen und Organisatorischen Massnahmen
- Datenschutz-Folgeabschätzung (DSFA)
- Schriftliche Verzeichnisse der Verarbeitungsaktivitäten
- Auftragsverarbeitungsverträge
- Data Breach Notification
- Nachweispflicht des Unternehmens und nicht mehr der betroffenen Person

## Gleichwertiges Datenschutzniveau aus der Sicht der EU

Gemäss Art. 25 Abs. 6 der EU-Datenschutzrichtlinie gilt für diese Länder ein dem EU-Recht vergleichbares Datenschutzniveau.



Schweiz  
Kanada  
Argentinien  
Guernsey  
Jersey  
Isle of Man  
Israel  
Neuseeland  
Andorra  
Färöer Inseln  
Australien  
Uruguay  
Japan (neu)

# Konsequenzen bei Widerhandlungen

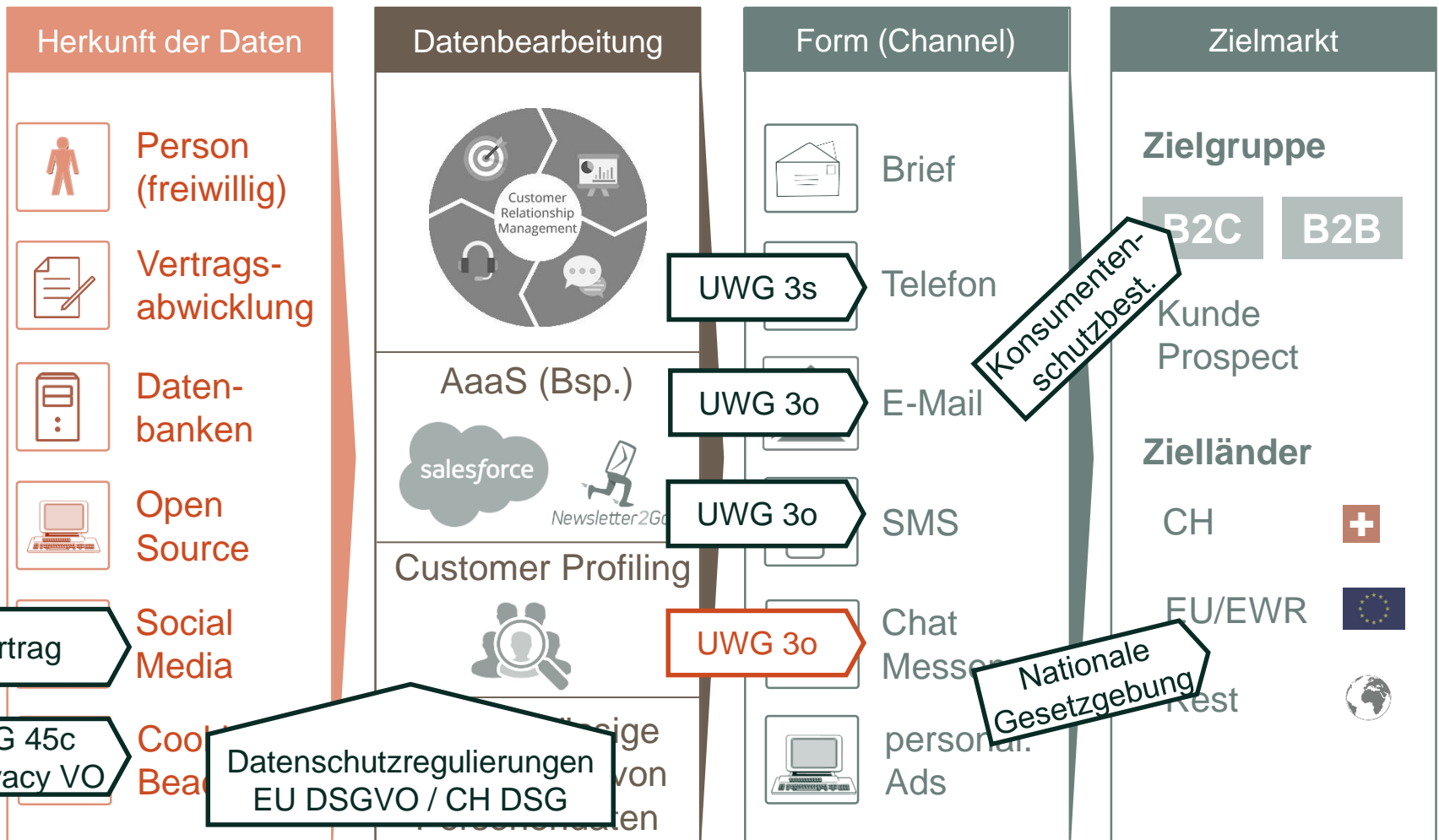
## Schweiz

- Klage auf Persönlichkeitsverletzung bei Verletzung DSGVO
- Zivilklage bei Verstoss gegen das UWG
- Strafverfahren bei vorsätzlicher Verletzung des UWG
- Strafverfahren bei fahrlässiger Verletzung des FMG
  
- Neue Strafbarkeit bei Verletzung rev. Datenschutzgesetz

## Ausland

- Kostenpflichtige Abmahnung (Deutschland / Österreich)
- Strafkatalog Datenschutz-Grundverordnung
- Strafverfahren UWG

# Prüfschema: Personendaten und Marketing





## Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

### **Markus Näf**

MLaw / Rechtsanwalt

Certified Senior Project Manager IPMA Level B

Lehrbeauftragter für Informatikrecht und Projektmanagement an der Fachhochschule St. Gallen

Bratschi AG

Bahnhofstrasse 70

Postfach

8021 Zürich

[markus.naef@bratschi.ch](mailto:markus.naef@bratschi.ch)

[www.bratschi.ch](http://www.bratschi.ch)

Dieser Bericht ist ausschliesslich für den/die eingangs genannten Adressaten bestimmt. Die Verteilung, Zitierung und Vervielfältigung – auch auszugsweise – zum Zwecke der Weitergabe an Dritte ist nur mit vorheriger schriftlicher Zustimmung der Anwaltskanzlei Bratschi AG gestattet.