

Geschäftsstelle
Kappelergasse 14
8001 Zürich

T +41 44 211 40 11
F +41 44 211 80 18
info@ks-cs.ch

ks/cs

Kommunikation Schweiz
Communication Suisse
Comunicazione Svizzera
Communication Switzerland

Per E-Mail an jonas.amstutz@bj.admin
Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Bundesamt für Justiz
Bundesrain 20
3003 Bern



Zürich, 4. April 2017

Stellungnahme von KS/CS zum Vorentwurf für das totalrevidierte Datenschutzgesetz

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga
Sehr geehrte Damen und Herren

KS/CS Kommunikation Schweiz ist 1925 als erster Verband der Werbebranche gegründet worden und steht im Dienste ihrer Mitglieder, den Werbeagenturen, Werbeauftraggebern und Medienanbietern. Weiter integriert in den Dachverband der kommerziellen Kommunikation sind neben Unternehmen verschiedene Branchenverbände sowie wichtige Wirtschaftsverbände. Die Schweizer Werbebranche erwirtschaftet gemäss einer Studie aus dem Jahr 2013 pro Jahr rund 7.2 Milliarden Franken Netto-Umsatz – das entspricht etwa 1.34 % des Bruttoinlandproduktes), alimentiert annähernd 21'700 Vollzeitstellen und generiert rund 168 Millionen Franken Steuereinnahmen.

A. Einleitende Gedanken zum Datenschutz und zum vorliegenden Gesetzesentwurf

Für jedes Unternehmen in der Schweiz ist es von existenzieller Bedeutung, mit seinen aktuellen oder potenziellen Kunden, seinen Zulieferern und sonstigen Partnern möglichst wirkungsvoll kommunizieren zu können. Dabei werden naturgemäss Personendaten ausgetauscht. Das Kommunizieren ist für Unternehmen sozusagen der Sauerstoff ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit.

Das Datenschutzgesetz hat demzufolge für sämtliche Unternehmen sowie die davon abhängigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eine existenzielle Bedeutung, insbesondere im Bereich der digitalen Kommunikation. Der Bundesrat hat dies erkannt und im Zusammenhang mit seinem am 11. Januar 2017 verabschiedeten Bericht «Rahmenbedingungen der digitalen Wirtschaft» verlauten lassen:

«Der digitale Wandel bietet grosse Chancen für die Schweizer Volkswirtschaft. Der Bundesrat will diese nutzen, um Arbeitsplätze und Wohlstand zu sichern.»

Der vorliegende Gesetzesentwurf widerspricht diesem Vorhaben des Bundesrates, den Wirtschaftsstandort Schweiz und den allgemeinen Wohlstand zu fördern, diametral! Er bewirkt vielmehr einen gravierenden Standortnachteil, der neben Grossunternehmen insbesondere die heimischen KMUs überfordert und existenziell gefährdet.





B. Grundposition zum vorliegenden Gesetzesentwurf

KS/CS anerkennt und erachtet es als notwendig, dass das aktuelle DSG dahingehend überarbeitet wird, dass die Vorgaben der Europarats-Konvention (E-SEV 108) und ein anerkennungsfähiges Schutzniveau im Lichte der EU-DSGVO erfüllt werden, um den internationalen Datenaustausch zu ermöglichen resp. zu vereinfachen. Diese internationalen Bestimmungen legen ein allgemein anerkanntes Schutzniveau im Bereich Datenschutz fest.

Vor diesem Hintergrund lautet die Position von KS/CS wie folgt:

Das Datenschutzgesetz ist insoweit zu revidieren, als es die internationalen Vorgaben zwingend erfordern. Jeder darüber hinausgehender «Swiss Finish» (im vorliegenden Entwurf zum Beispiel besonders gravierend im Bereich Profiling und Sanktionensystem) ist strikte abzulehnen.

C. Einzelne zentrale Punkte

1. Art. 3 Bst. a DSG, Begriff der Personendaten

Die Beibehaltung der Definition von Personendaten ist zu begrüssen.

Unter Einbezug des erläuternden Berichts ist die vorgeschlagene Regelung jedoch unklar und potenziell widersprüchlich. Auf der einen Seite soll der Begriff «Personendaten» gegenüber dem geltenden Recht zwar inhaltlich nicht geändert werden; dabei ist insbesondere die implizite Anerkennung der relativen Methode, wie sie auch in der EU künftig weiterhin gelten soll, zentral und richtig. Auf der anderen Seite wird im Bericht eine natürliche Person als bestimmbar erklärt, wenn sie «über Hinweise auf eine Identifikationsnummer oder eine Online-Identität» identifiziert werden kann.

Diese Formulierung ist gerade in diesem Punkt, der für sämtliche Online-Aktivitäten fundamental ist, missverständlich und je nach Interpretation widersprüchlich. Denn nach der wohl herrschenden Auffassung genügt es unter dem geltendem DSG für eine eindeutige Identifizierung nicht, wenn Angaben bloss einer bestimmten «eindeutigen Kennung» oder «Identifikationsnummer», z.B. einer IP-Adresse oder Cookie-Kennung, zugeordnet werden können, hinter der letztlich eine Person steht, diese aber nicht namentlich identifiziert werden kann (sog. Singularisierung). Bei der Qualifikation von IP-Adressen usw. muss daher auch künftig eine Einzelfallbeurteilung entscheidend sein, die sowohl den Aufwand für die Identifizierung mit den zur Verfügung stehenden technischen Möglichkeiten (objektive Seite) berücksichtigt wie auch das Interesse an der Identifizierung (subjektive Seite).

Insbesondere beim Einsatz von Cookies zur Auslieferung von individualisierter Werbung auf Websites, bei dem regelmässig auch die IP-Adresse mitbearbeitet wird, besteht kein Interesse an der namentlichen Identifikation des Nutzers, sondern lediglich an der Kategorisierung. Würde hier stets von Personendaten ausgegangen werden müssen, hätte dies erhebliche Auswirkungen auf die gesamten Online-Aktivitäten. Letzten Endes würden zahlreiche unentgeltliche, heute werbefinanzierte Angebote künftig nicht mehr allgemein zur Verfügung stehen. Vor diesem Hintergrund ist es entscheidend, in der Botschaft klarzustellen, dass das Konzept der Singularisierung abgelehnt wird. Der Umstand, dass nach Auffassung einzelner Autoren unter der EU-DSGVO eine Singularisierung für das





Vorliegen von Personendaten ausreichen soll, ändert daran nichts. Denn zum einen wird diese Auffassung von anderen Autoren mit überzeugenden Argumenten abgelehnt. Zum anderen ergibt sich eine derart strenge Auslegung auch nicht aus dem E-SEV 108. Deshalb besteht keine Notwendigkeit, sie im Schweizer Recht einzuführen (Swiss Finish).

II. Art. 3 Bst. f DSG, Begriff des Profiling

Die vorgeschlagene Definition und die damit einhergehende Regelung (siehe dazu Anmerkungen zu Art. 23 unten) des «Profiling» werden abgelehnt. Die Definition geht ohne Not weit über diejenige der EU-DSGVO (Art. 4 Ziff. 4) hinaus (Swiss Finish).

Zudem enthält der E-SEV 108 keinerlei Vorgaben für das Profiling. Vielmehr verlangt dieser nur eine Regelung von automatisierten Entscheidungen (vgl. Art. 8 Abs.1 lit. a). Ausgehend davon sollte auf spezifische Vorgaben für das Profiling verzichtet werden. Wird gleichwohl an einer Regelung festgehalten, sollte diese aber jedenfalls auf automatisierte Bearbeitungen beschränkt bleiben. Keinesfalls darf die Regelung jedoch derart weit gefasst werden, dass die Vorgaben (systemwidrig) sogar für das Profiling mit nicht personenbezogenen Daten gelten. Für die im erläuternden Bericht angesprochenen Bearbeitungen beispielsweise im Rahmen von Big-Data-Analysen genügen die übrigen Regelungen vollends. Denn bei einem Profiling, das am Ende zu Personendaten führt, gelten diese ohnehin bereits. Darüber hinaus würde die Unsicherheit, welche konkreten Bearbeitungen in der Praxis als Profiling zu betrachten sind, durch den entsprechenden Zusatz weiter verstärkt.

III. Art. 6 Abs. 1 Bst. b DSG, Begriff der Einwilligung

Die vorgeschlagene Änderung hinsichtlich des überaus zentralen Begriffs der «Einwilligung» ist unklar. Gemäss erläuterndem Bericht (S. 47) ermöglicht die Neuformulierung eine terminologische Annäherung an die DSGVO. Es wird allerdings nicht klargestellt, ob damit auch eine inhaltliche Annäherung bezweckt wird. **Die Definition ist nicht nur, aber in besonders ausgeprägter Form gerade für die Werbebranche von fundamentaler Bedeutung. Eine klare Regelung und damit Rechtssicherheit ist deshalb entscheiden.**

Die gegenüber der E-SEV 108 unnötig strengen Vorgaben der EU-DSGVO in Bezug auf die «Freiwilligkeit der Einwilligung» (Art. 7 Abs. 4) zu übernehmen, würde die Rechtslage gegenüber dem geltenden Recht massiv verschärfen sowie die Vertragsfreiheit erheblich einschränken. Das ist unnötig und daher abzulehnen. Der E-SEV 108 (Art. 5 Abs. 2) verlangt denn auch lediglich, dass die Einwilligung freiwillig sein muss («free consent»), ohne eine derart strenge Interpretation, wie sie die EU-DSGVO enthält, vorzuschreiben. In der Botschaft muss deshalb eine entsprechende Klarstellung aufgenommen werden.

Darüber hinaus sind die Ausführungen im erläuternden Bericht zur «ausdrücklichen Einwilligungen» unklar bzw. unvollständig. Es geht daraus letztlich nicht hervor, welche Anforderungen konkret an eine solche Einwilligung gestellt werden. Das ist gerade aufgrund des (noch) übermässig weit gefassten Begriffs des Profiling und dessen Bedeutung für die Werbebranche besonders problematisch. Es ist daher in der Botschaft auch klarzustellen, dass – wie nach geltendem Recht – eine Einwilligung dann ausdrücklich ist, wenn die Datenbearbeitung, in die eingewilligt wird, also z.B. das Profiling, in einer Datenschutzerklärung beim Namen genannt wird. Insofern würde es nicht genügen, wenn bloss aus den Umständen auf ein Profiling geschlossen werden müsste.





Schliesslich ist in der Botschaft auch festzulegen, dass – entsprechend dem geltenden Recht – eine **Einwilligung in Datenbearbeitungen auch durch Zustimmung zu einem Dokument, das weitere Informationen erhält (z.B. AGB oder Datenschutzerklärungen), erteilt werden kann und in diesem Fall keine separate Information bzw. Einwilligung erforderlich ist.**

IV. Art. 7 DSG, Auftragsdatenbearbeitung

Es ist zu begrüßen, dass die geltende Rechtslage hinsichtlich der Auftragsdatenbearbeitung grundsätzlich beibehalten wird. Abzulehnen ist jedoch die unbeschränkte Delegation an den Bundesrat zur Festlegung weiterer Pflichten. Zudem ist Abs. 3 zu streichen. Eine zwingende Zustimmung zum Beizug von Sub-Auftragsdatenbearbeiter ist weder durch die internationalen Verpflichtungen gefordert, noch entspricht sie der bisher geltenden Rechtslage (Swiss Finish). Sie wäre in der Praxis auch nicht praktikabel. Sollte daran festgehalten werden, müsste die Bestimmung zumindest dahingehend angepasst werden, dass nicht «Schriftlichkeit» erforderlich ist, sondern eine Form, die den «Nachweis durch Text» ermöglicht. Andernfalls wäre die Ermächtigung zur Einsetzung von Unterauftragnehmern namentlich in Verträgen, die online abgeschlossen werden, nicht mehr möglich.

V. Art. 12 DSG, Daten einer verstorbenen Person

Die Einführung einer Regelung zu Daten verstorbener Personen ist im Hinblick auf die Angemessenheit des Schweizer Datenschutzrechts nicht zwingend erforderlich und würde für die Unternehmen zu einem erheblichen administrativen Mehraufwand (Swiss Finish) führen. **Auf die Regelung ist daher zu verzichten.**

VI. Art. 13 und Art. 15 DSG Informationspflicht

Eine generelle Informationspflicht einzuführen, ist mit Blick auf den E-SEV 108 zwingend und insofern richtig. **Allerdings gehen diverse Punkte der vorgeschlagenen Regelung zu weit und sind daher abzulehnen** (vgl. dazu die eingehende Stellungnahme des Schweizer Dialogmarketing Verbandes SDV).

VII. Art. 16 Datenschutz-Folgenabschätzung

Die Anknüpfung an das Vorliegen «erhöhter Risiken» würde zu einem viel zu weit gefassten Anwendungsbereich führen und ginge unverständlicherweise sogar über die Vorgaben in der EU-DSGVO (Art. 35) hinaus (Swiss Finish).

VIII. Art. 23 Abs. 2 Bst. d, Profiling nur mit Einwilligung

Dass eine ausdrückliche Einwilligung für das Profiling erforderlich sein soll, würde eine der problematischsten Schweizer Verschärfungen darstellen und ist zwingend zu streichen (Swiss Finish). Für die Werbewirtschaft hätte diese Anforderung erhebliche Konsequenzen, die unnötig, unangemessen und unzweckmässig wären. Das E-SEV 108 verlangt keine entsprechende Vorgabe. Ferner ist auch nach der EU-DSGVO nicht für jegliche Form des Profiling eine Einwilligung erforderlich. Das Profiling per se als Persönlichkeitsverletzung einzustufen, ist auch sachlich nicht notwendig. Solange die Datenbearbeitungsgrundsätze eingehalten werden, ist nicht ersichtlich, wieso neben der Information stets zusätzlich auch eine Einwilligung erforderlich sein soll.





Wird diese Vorschrift Gesetz, verunmöglicht sie faktisch einem grossen Teil der in der Schweiz ansässigen Unternehmen jede Form von personalisierter Werbung/personalisiertem Marketing und stellt eine Bedrohung für den Wirtschaftsstandort Schweiz dar. Profiling und damit personalisierte Werbung wäre dann faktisch nur noch den grossen – insbesondere internationalen – Log-in-Giganten wie Facebook, Google, Apple und Co. vorbehalten. Diese Unternehmen können sich meist problemlos auf eine ausdrückliche Einwilligung im Rahmen der Account-Registrierungen stützen. Die Folgen wären auch aus kartellrechtlichen Überlegungen höchst problematisch.

IX. Art. 50 ff. Sanktionensystem

Das vorgeschlagene Sanktionssystem, das primär auf die persönliche strafrechtliche Verurteilung von natürlichen Personen abstellt, wird strikt abgelehnt. Es wäre in höchstem Mass innovationshemmend und würde eine Kultur des Denunziantentums in den Unternehmen etablieren. Die Folge wäre ein ganz erheblicher Standortnachteil für die Schweiz. Kein innovatives digitales Start-Up beispielsweise würde bereit sein, seine Gründer und Mitarbeitenden solch drastischen strafrechtlichen Risiken auszusetzen. Gute Mitarbeitende würden nicht mehr bereit sein, Verantwortung in den Unternehmen mitzutragen.

Für die Berücksichtigung der Anliegen der Werbebranche zur Schaffung einer verhältnismässigen und praxistauglichen Datenschutzregulierung danken wir Ihnen im Voraus und stehen Ihnen für Rückfragen gerne zur Verfügung. Im Übrigen verweisen wir auf die weitergehend begründete Eingabe des Schweizer Dialogmarketing Verbandes SDV.

Freundliche Grüsse

Kommunikation Schweiz

Präsident

Ständerat Filippo Lombardi

Präsidenten und Vizepräsidentin Sektionen

Christian Merk
Sektion Deutschschweiz

François Besençon
Section Suisse Romande

Maria Luisa Bernini
Sezione Svizzera Italiana

