



Schweizer Werbe-Auftraggeberverband
Utenti Svizzeri Pubblicità
Association Suisse des Annonceurs
Association of Swiss Advertisers

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

3. April 2017

Vernehmlassungsantwort des SWA zum Vorentwurf für das totalrevidierte Datenschutzgesetz

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Sommaruga
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizer Werbe-Auftraggeberverband (SWA) ist ein in jeder Hinsicht unabhängiger Verein nach Schweizer Recht. Er vertritt seit 1950 die Interessen der Werbeauftraggeber im Bereich Marketing, Werbung, Medien, Sponsoring und Public Relations. Heute repräsentieren die über 180 Mitglieder des SWA etwa 75% des Schweizer Werbemarktes.

1. Bedeutung des Datenschutzes und der Entwurf als existentieller Standortnachteil

Für jeden Werbeauftraggeber und damit für jedes Unternehmen in der Schweiz ist es von existenzieller Bedeutung, dass er mit seinen aktuellen oder potentiellen Kunden, seinen Zulieferern und sonstigen Partnern möglichst wirkungsvoll kommunizieren kann. Dabei werden naturgemäss auch Personendaten ausgetauscht. Das Kommunizieren ist für Unternehmen der Sauerstoff ihres wirtschaftlichen Tätigwerdens.

Das Datenschutzgesetz hat somit für sämtliche Unternehmen sowie den davon abhängigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eine existentielle Bedeutung, insbesondere im Bereich der digitalen Kommunikation. Der Bundesrat hat dies erkannt und im Zusammenhang mit dem 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 diametral diesen Zielsetzungen des Bundesrates zur Förderung des Wirtschaftsstandortes Schweiz und des allgemeinen Wohlstandes! Er bewirkt vielmehr einen im höchsten Masse bedenklichen Standort-

nachteil, der neben Grossunternehmen insbesondere die heimischen KMUs überfordert und existenziell gefährdet.

2. Grundhaltung zum vorliegenden Gesetzesentwurf

Der SWA anerkennt und erachtet es als notwendig, dass das aktuelle DSG insoweit 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.

Aus diesen Gründen lautet die Position des SWA wie folgt:

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

3. 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 potentiell widersprüchlich. Auf der einen Seite soll der Begriff „Personendaten“ gemäss Bericht 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 andern Seite wird im Bericht jedoch 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 für sämtliche Online-Aktivitäten fundamentalen Punkt missverständlich und je nach Interpretation widersprüchlich. Denn nach der wohl herrschenden Auffassung genügt es unter dem geltendem DSG nicht, wenn Angaben bloss einer bestimmten „eindeutigen Kennung“ oder „Identifikationsnummer“, wie z.B. einer IP-Adresse oder Cookie-Kennungen zugeordnet werden können, hinter welcher letztlich eine Person steht, diese aber nicht namentlich identifiziert werden kann (sog. Singularisierung). Bei der Qualifikation von IP-Adressen etc. muss daher auch künftig eine Einzelfallbeurteilung entscheidend sein, unter Berücksichtigung des Aufwands zur Identifizierung mit den zur Verfügung stehenden technischen Möglichkeiten (objektive Seite) sowie dem Interesse an der Identifizierung (subjektive Seite).

Insbesondere beim Einsatz von Cookies zur Auslieferung von individualisierter Werbung auf Websites, bei welchem regelmässig auch die IP-Adresse mitbearbeitet wird, besteht dabei 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, sodass letzten Endes zahlreiche heute werbefinanzierte, unentgeltliche Angebote künftig nicht mehr allgemein zur Verfügung stehen würden. Vor diesem Hintergrund ist eine Klarstellung in der Botschaft, dass das Konzept der Singularisierung abgelehnt wird, von zentraler Bedeutung. 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 bspw. 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 wird 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 unter Einbezug des erläuternden Berichts unklar. Gemäss erläuterndem Bericht (S. 47) ermöglicht die Neuformulierung eine terminologische Annäherung an die DSGVO. Es wird allerdings nicht klargestellt, ob damit eine inhaltliche Annäherung bezweckt wird. **Die Definition ist nicht nur, aber in besonders ausgeprägter Form gerade für die Werbebranche von fundamentaler Bedeutung, weshalb eine klare Regelung und damit Rechtssicherheit erforderlich ist.** Die Übernahme der gegenüber der E-SEV 108 unnötig strengen Vorgaben der EU-DSGVO in Bezug auf die „Freiwilligkeit der Einwilligung“ (Art. 7 Abs. 4) hätte jedenfalls eine massive Verschärfung der Rechtslage gegenüber dem geltenden Recht sowie eine erhebliche Beschränkung der Vertragsfreiheit zur Folge, die unnötig und daher abzulehnen ist. 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, was gerade aufgrund des (noch) übermässig weit gefassten Begriffs des Profiling und dessen Bedeutung für die Werbebranche besonders problematisch ist. Es ist daher in der Botschaft auch klar zu stellen, dass – wie nach geltendem Recht – eine Einwilligung dann ausdrücklich ist, wenn die Datenbearbeitung, in welche eingewilligt wird, also z.B. das Profiling, bspw. in der Datenschutzerklärung beim Namen genannt wird und es insofern nicht genügen würde, 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 (wie z.B. AGB oder Datenschutzerklärungen), erteilt werden kann und keine separate Information bzw. Einwilligung erforderlich ist.**

IV. Art. 7 DSG, Auftragsdatenbearbeitung

Die grundsätzliche Beibehaltung der geltenden Rechtslage hinsichtlich der Auftragsdatenbearbeitung ist zu begrüssen. 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 führt für die Unternehmen zu einem erheblichen administrativen Mehraufwand (**Swiss Finish**). **Auf die Regelung ist daher zu verzichten.**

VI. Art. 13 und Art. 15 DSG Informationspflicht

Die Einführung einer generellen Informationspflicht 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 Verband SDV).

VII. Art. 16 Datenschutz-Folgenabschätzung

Die Anknüpfung an das Vorliegen „erhöhter Risiken“ führt zu einem viel zu weit gefassten Anwendungsbereich und geht 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

Das generelle Erfordernis der ausdrücklichen Einwilligung für das Profiling stellt eine der problematischsten Schweizer Verschärfungen dar und ist zwingend zu streichen (Swiss Finish). Für die Werbewirtschaft hat diese Anforderung erhebliche Konsequenzen, welche unnötig, unangemessen und unzweckmässig sind. Denn nach dem E-SEV 108 ist eine entsprechende Vorgabe nicht verlangt. Ferner ist auch nach der EU-DSGVO nicht für jegliche Form des Profiling eine Einwilligung erforderlich. Aber auch in der Sache besteht keine Notwendigkeit, das Profiling per se als Persönlichkeitsverletzung einzustufen. 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 / Marketing und stellt eine Bedrohung für den Standort 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. Das Ergebnis wäre sodann auch aus kartellrechtlichen Überlegungen höchst problematisch.

IX. Art. 50 ff. Sanktionensystem

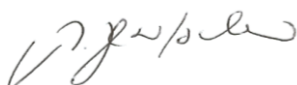
Das vorgeschlagene Sanktionssystem, das primär auf die persönliche strafrechtliche Verurteilung von natürlichen Personen abstellt, wird strikt abgelehnt. Es ist in höchstem Mass innovationshemmend und etabliert eine Kultur des Denunziantentums in den Unternehmen. Es führt zu einem ganz erheblichen Standortnachteil der Schweiz. Kein innovatives digitales Start-Up beispielsweise wird bereit sein, seine Gründer und Mitarbeiter solch drasti-

schen strafrechtlichen Risiken auszusetzen. Gute Mitarbeiter werden 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.

Freundliche Grüsse

Schweizer Werbe-Auftraggeberverband SWA



Roger Harlacher
Präsident



Roland Ehrler
Direktor