



Vent'anni di legislazione sulla protezione dei dati

Retrospective e prospettive

Convegno pubblico

Bellinzona, 27 aprile 2012

La legislazione sulla protezione dei dati nel settore privato

Bilancio intermedio e questioni aperte

David Rosenthal

Lic. iur., legal counsel, docente incaricato nell'Università di Basilea e nel Politecnico federale di Zurigo

Das Datenschutzgesetz im privaten Bereich

Zwischenbilanz und offene Fragen – fünf Thesen

David Rosenthal, 27. April 2012

Das Datenschutzgesetz (DSG) im privaten Bereich – Überblick

- Gilt für (fast) jede Bearbeitung von Personendaten im Privatbereich
- Erfasst auch Bearbeitungen im Ausland, sofern Bezug zur Schweiz besteht
- DSG definiert verschiedene Grundsätze (z.B. Verhältnismässigkeit, Richtigkeit, keine Zweckentfremdung, Datensicherheit, Recht zum "opt out"), deren Verletzung *per se* als Persönlichkeitsverletzung gilt
- Kann eine solche Verletzung nicht durch Gesetz, überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder Einwilligung gerechtfertigt werden, ist sie unzulässig
- Betroffene Personen können auf Schadenersatz, Unterlassung, etc. klagen
- Verantwortlich gemacht werden kann nicht nur der Inhaber der Datensammlung, sondern jeder, der an einer Verletzung mitwirkt (auch Auftragsdatenbearbeiter)
- Flankierende Regelungen (Auskunftsrecht, Register der Datensammlungen)
- Auch Daten von juristischen Personen sind geschützt
- Im Grundsatz mit den Regelungen der EU-Datenschutzrichtlinie vergleichbar
- Seit 1992 im Kern unverändert; wenige Regelungen auch im UWG, FMG, StGB

Fünf Thesen

- Es gibt niemanden, der sich voll und ganz an das DSGVO hält
- Die meisten Unternehmen sehen im DSGVO primär eine Last, nicht eine Chance
- Der "gefühlte" Datenschutz zählt in der Praxis mehr als das Gesetz
- Die Rechtslehre zum Datenschutz ist gerade im Privatbereich oft zu praxisfern
- Das DSGVO sollte weiterhin wert-, anwendungs- und technikneutral bleiben

1. Keiner hält das DSGVO voll ein

- Beispiele
 - Austausch von Klatsch über nichtanwesende Personen
 - Arbeitgeber, die über Arbeitnehmer auf privaten Internet-Seiten recherchieren
 - Technische und vor allem organisatorische Schutzmassnahmen
 - Mangelnde Beschränkungen firmeninterner Zugriffe auf Kundendaten
 - Anmeldung von Datenexportverträgen (seit 2008, 341 per Oktober 2011)
 - Registrierung von meldepflichtigen Datensammlungen (817 per Okt. 2011)
 - Betriebliche Datenschutzverantwortliche (seit 2008, 591 per Okt. 2011)
 - Dies ist häufig sozial akzeptiert; der Weg ist wichtiger als das Ziel
- Braucht es schärfere Sanktionsmöglichkeiten im DSGVO?
 - Sie würden die Kosten, nicht unbedingt den gefühlten Datenschutz steigern
 - Hierzulande wollen Unternehmen auch ohne Sanktionen "compliant" sein
 - Mehr Popularklagen des EDÖB? Zivilrechtlicher Klageweg vereinfachen?

[homepage](#)

06.05.2011

Hanspeter Thür

Bei Datendiebstahl sollen Firmen belangt werden

Datenschützer fordert nach Sony-Fall Sanktionsmöglichkeiten.

Nachdem Hacker im April den japanischen Elektronikhersteller Sony Millionen Kundendaten entwendet haben, fordert der Schweizerische Datenschutzbeauftragte Hanspeter Thür nun Sanktionsmöglichkeiten. "Ich denke, dass Europa in grossem Datenmissbrauch und -diebstahl zunehmen werden", sagte Thür in einem Interview mit der Internetplattform "handelszeitung.ch". "Daher braucht es Sanktionsmöglichkeiten, um Unternehmen in die Pflicht zu nehmen, die Datenbestände mit ausreichender Sorgfalt sichern."

Im aktuellen Recht gebe es dafür keine Grundlage. Daher sei eine gesetzliche Grundlage nötig und die Politik in der Pflicht. Allerdings zeigt der Fall Sony laut Thür auch, dass es sich um ein internationales Problem handelt. "Daher müssen gerade auch auf dieser Ebene die Datenschutzgesetze besser harmonisiert, abgestimmt und verschärft werden", sagte der Datenschutzbeauftragte. Betroffenen im Fall Sony rät er, in Betracht zu ziehen, ihre Kreditkarte zu sperren und eine neue zu beantragen. "Generell sollte man als Konsument vorsichtig umgehen mit der Kreditkartenangabe", sagte Thür.

Quelle: www.persoendlich.com

2. Firmen sehen im DSGVO primär eine Last, nicht eine Chance

- Das DSGVO schränkt Datenbearbeitungen ein und verkompliziert Vorhaben
 - Unternehmen müssen sich z.B. betreffend Zweck von vornherein festlegen
- Manche Unternehmen verstehen nicht, wie das DSGVO funktioniert
 - Auch für die meisten Juristen nach wie vor eine "black box"
 - Negative Erfahrungen mit Datenschutzrecht im Ausland
- Manche Unternehmen sehen gewisse Regeln und Folgen des DSGVO nicht ein
 - Beispiel: Registrierung von Datensammlungen, Informationspflicht (Art. 14)
 - DSGVO-Compliance selten ein Marktvorteil; es zählt der "gefühlte" Datenschutz
- Notwendigkeit vieler Wertentscheide führt seitens vieler Datenschutzjuristen zu tendenziell restriktiver Auslegung des DSGVO, um auf der "sicheren Seite" zu sein
- Aber: Das (Schweizer) DSGVO hat zu Unrecht einen schlechten Ruf
 - Kann (meist) vernünftig angewendet werden; kaum unnötiger Formalismus

Aus der Botschaft zur Teilrevision (19.2.2003), S. 2118, zu Art. 7a (heute 14) DSGVO:

gungsgrund nach Artikel 13 DSGVO gegeben sein (vgl. Art. 12 Abs. 2 Bst. c DSGVO). Die für die Beschaffung dieser Kategorie von Daten gemäss Artikel 7a des Entwurfs vorgesehene Informationspflicht sollte im Übrigen eine dissuasive Wirkung haben. Die Inhaber der Datensammlungen werden kein Interesse daran haben, solche Daten zu erheben – und damit den entsprechenden Informationsaufwand leisten zu müssen –, wenn dies für ihre Tätigkeit oder die Erfüllung ihrer Aufgaben nicht unbedingt erforderlich ist. Weiter sieht die Richtlinie vor, dass der für die Bearbeitung Verant-

"Der Inhaber der Datensammlung ist verpflichtet, die betroffene Person über die Beschaffung von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen zu informieren; diese Informationspflicht gilt auch dann, wenn die Daten bei Dritten beschafft werden."

Rechtssicherheit bei Zweitwohnungen

Verbindlich verlangt

(sda) · Der Wirtschaftsverband Economiesuisse verlangt für die Umsetzung der Zweitwohnungsinitiative sofortige Rechtssicherheit. Der Bundesrat müsse umgehend verbindlich festhalten, dass Baubewilligungen bis Ende 2012 nach bisherigem Recht erteilt werden dürften. Strittige Bewilligungen, die bis dahin nicht erteilt sind, müssten im

Quelle: NZZ

Aus einer Mitteilung des EDÖB (27.5.2009) zu Art. 11a DSG:

Anmeldung von Datensammlungen:

Ausnahmen für Anwälte, Ärzte und das Personalwesen

Für bestimmte Berufe gelten besondere Regelungen zur Anmeldung von Datensammlungen. In den vorliegenden Fällen stützen sich diese Ausnahmeregelungen auf Art. 11a Abs. 5 lit. a des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG). Dieser Artikel entbindet den Inhaber einer Datensammlung von der Anmeldung, wenn er die Daten aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung bearbeitet.

Eine solche Ausnahme betrifft zum einen das Personalwesen. Verschiedene Gesetze im Bereich von OR, Sozialversicherungs- und Steuerrecht verpflichten den Arbeitgeber direkt oder indirekt, Daten über den Arbeitnehmer zu erheben, um sie bei Bedarf an Behörden weiterzugeben oder beispielsweise für die Erstellung eines Arbeitszeugnisses zu verwenden. Letzteres setzt umfangreichere Datenbestände zu Lebenslauf, Aus- und Weiterbildung sowie Leistung und Verhalten des Arbeitnehmers voraus. **Gesamthaft gesehen sind diese Datenbearbeitungspflichten umfassend genug, um einen Wegfall der Meldepflicht nach Art. 11a Abs. 5 lit. a DSG zu begründen.**

3. Der "gefühlte" Datenschutz zählt mehr als das Gesetz

- Datenschutz wird in der Praxis vielfach über das Bauchgefühl definiert und vom Publikum ebenso wahrgenommen
 - Eine Datenbearbeitung muss nach offenkundigen Spielregeln funktionieren
 - Beispiel TV-Formate wie "Big Brother", Kundenkarten (M-Cumulus, etc.)
 - Eine Datenbearbeitung muss vertraut und sozial akzeptiert sein
 - Beispiel Videoüberwachung, Wettbewerbe; oft nicht neue Internet-Dienste
 - Auch der Datenbearbeiter muss vertraut und vertrauenswürdig sein
- Die breite Masse interessiert sich nicht für die rechtliche Einhaltung des DSGVO
 - Wer hat schon eine Datenschutzerklärung gelesen? Wer hat schon mal seine Auskunft verlangt? Wer kennt das Register der Datensammlungen?
- Sie akzeptiert viel, aber nicht alles, auch wenn es formal-juristisch korrekt ist
 - Die Regulierung im privaten Bereich erfolgt häufig nicht auf dem Rechtsweg, sondern über öffentlichen Druck und Reputation

Homburger



Quelle:
www.cultofmac.com

CNET › News › Privacy Inc.

Senators press Apple, Google on location privacy

Apple and Google return to Capitol Hill to defend themselves against accusations from politicians who say companies aren't doing enough to protect their customers' location privacy.



4. Die Lehre ist zu oft praxisfern

- Im Datenschutz wird eher stärker "missioniert" als in anderen Rechtsgebieten
 - Grundrechtsdiskussionen auch im rein privatrechtlichen Verhältnis
 - Annahme, betroffene Personen wollen keine Bearbeitung ihrer Daten
 - Es wird oft nicht mit der gleichen Elle gemessen – auch die Wissenschaft und Rechtsanwender lassen sich von subjektiven Eindrücken leiten
- Oft fehlt der "reality check"; der Wunsch ist Vater des Gedankens
- Oft fehlt das nötige Wissen über den tatsächlichen Sachverhalt
- Folge ist mitunter eine Kluft zwischen Lehre und Realität und entsprechende Rechtsunsicherheiten seitens der Unternehmen
 - Älteres Beispiel Überwachung am Arbeitsplatz
 - Älteres Beispiel Definition des Begriffs der "Datensammlung"
 - Neueres Beispiel Cloud-Computing

APPLE IS WATCHING YOU

04. April 2012 17:09; Akt: 04.04.2012 17:09

Warum Daten in der iCloud nicht sicher sind

Wer seine Daten in Apples iCloud speichert, sollte sich bewusst sein, dass sie vor fremden Blicken nicht geschützt sind: Apple behält den Master-Key – und gibt die Daten unter Umständen weiter.



Verschlüsselt und trotzdem durch andere einsehbar: Persönliche Daten auf der iCloud. (Bild: Fotomontage)

Quelle:
www.20min.ch

5. Ein wert-, anwendungs- und technikneutrales DSGVO genügt

- Das DSGVO ist (weitgehend) anwendungs- und technikneutral formuliert
 - Dank allgemein gehaltenen Grundsätzen sind auch neue Phänomene erfasst
- Das DSGVO nimmt (weitgehend) keine Wertungen vor
 - Diese verlangt es vom Rechtsanwender; es bleibt dadurch "aktuell"
- Das DSGVO ist allgemein und knapp gehalten
 - Es erlaubt damit sachgerechtere, pragmatische Lösungen, die genügen
 - Gegenbeispiel: § 11 BDSG ist umständlich, bringt in der Praxis aber nichts
- Aber: Trend zur Verschärfung und weg von der Eigenverantwortung Betroffener
 - Motiviert durch gesetzgeberischen Aktivismus im Ausland, Ohnmachtgefühle gegenüber neuen Entwicklungen und medienwirksamen Einzelfällen
 - Beispiel Folgen von Datenschutzverstößen (Haftung, Notifikation, Bussen)
 - Beispiel Einführung Verbote bzw. Einwilligungspflicht in speziellen Bereichen
 - Konzeptionelle Fragen (z.B. Relativität des Datenbegriffs) gehen oft unter

Dear Cal Poly Student/Alumni:

I am writing to inform you of a situation that could affect you. On July 5, 2006, Professor [REDACTED] Physics Department, reported that his home had been broken into on July 3, 2006 and a laptop computer was stolen. He indicated that there were class lists which had names and social security numbers of 3,020 students from his Physics and Astronomy lecture courses from Fall Quarter 1994 through Fall Quarter 2004 on the laptop computer. You were enrolled in one of his courses during this time period. This incident has been reported to the San Luis Obispo Police Department for investigation of the crime.

While there is no indication that your private information was accessed, we are sending you this information consistent with California Civil Code 1798:29, commonly referred to as SB 1386. We consider any breach of our computer security as a serious matter.

While we cannot advise you on how to proceed, one option you have is to contact one of the credit reporting agencies, each of which has an automated phone-in fraud alert process. To understand the effects of a fraud alert, please visit <http://www.idtheftcenter.org/fraudalerts.shtml>.

Fazit

- Das DSG ist im Privatbereich ein weitgehend gelungenes Gesetz und bietet dank offener, allgemeiner Formulierung sinnvolle materielle Regelungen
 - Wird es vernünftig ausgelegt, führt es auch zu praxistauglichen Lösungen; es verlangt jedoch viele Wertungsfragen, was zu Rechtsunsicherheiten führt
- Sein Anwendungsbereich ist so breit, dass niemand das DSG vollständig einhält
 - Dies ist jedoch häufig sozial akzeptiert; der Weg ist wichtiger als das Ziel
- Die breite Masse kennt und nutzt ihre DSG-Rechte – obwohl möglich – wenig
 - Informationelle Selbstbestimmung funktioniert in alle "Richtungen"
 - Reguliert wird primär über den "gefühlten" Datenschutz, nicht das Gesetz
 - In der Schweizer Wirtschaft ist die Bereitschaft zur "compliance" eher hoch
- Wachsende Forderungen nach Einschränkung der Eigenverantwortung sowohl der betroffenen Personen als auch der privaten Datenbearbeiter
 - Beispiel EU: Schärfere Regelungen erhöhen den gefühlten Datenschutz nicht

Homburger

Danke für Ihre Aufmerksamkeit.

David Rosenthal

david.rosenthal@homburger.ch

T +41 43 222 10 00

Homburger AG

Prime Tower

Hardstrasse 201 | CH-8005 Zurich

P.O. Box 314 | CH-8037 Zurich

www.homburger.ch