Zwischen Autonomie und Angleichung

Anwendung des neuen DSG im Lichte der DSGVO

Thomas Steiner

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL

16. Tagung zum Datenschutz
Jüngste Entwicklungen

Zürich, 1. Februar 2023

EDÖB zwischen Autonomie und Angleichung

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL

29. Tätigkeitsbericht 2021/22
Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

CVRIA

EDÖB zu Schrems II / SCC: «Abstimmungsbedarf» / «Umgehungen» verhindern!

Europäische Kommission

EDÖB: Angemessenheit – Angleichung in Rechtssetzung und Rechtsanwendung!

Gesetzgeber zwischen Autonomie und Angleichung

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL

Bundesgesetz über den Datenschutz

(Datenschutzgesetz, DSG)

vom 25. September 2020

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

- EU-DSGVO als Inspirationsquelle?
- Angleichung / Gleichwertigkeit?
- Übernahme von EU-Recht?

(Parlamentsdienste, Bern)

Studie auf Initiative der ZHAW

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL

Zwischen Autonomie und Angleichung

Eine Analyse zur Anwendung des neuen DSG im Lichte der DSGVO

Thomas Steiner*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung und Ausgangslage 53
A. Einleitung 53
B. Ausgangslage 54
C. Forschungsfragen 55
D. Abgrenzung von freiwilliger Ausrichtung am DSGVO-Standard 56
II. Grundlagen 57
A. Einleitung 57
B. Europafähige Ausgestaltung Schweizer Rechts 57
1. Prüfung von Gesetzgebungsvorhaben auf «Europafähigkeit» 57
2. Faktische Begründungspflicht bei abweichenden Regelungen 58
III. Formen der Rezeption von EU-Recht 59
A. Einleitung 59
B. Autonomer Nachvollzug 62
C. Äquivalenzmethode – Angleichung – Gleichwertigkeit 63
1. Begriffsklärung und Regulierungsziel 63
2. Gleichwertigkeitsbeschlüsse der Europäischen Kommission 64
IV. Bedeutung der Rezeption für die Rechtsanwendung 66
A. Generelles 66
B. BGE 129 III 335 (Arbeitsrecht) 66
1. Ausgangslage 66
2. Europarechtskonforme Auslegung von Art. 333 Abs. 3 OR 67
C. BGE 137 II 199 (Kartellgesetz) 69
1. Ausgangslage 69
2. Keine europarechtskonforme Auslegung 69
3. Plausibilisierung des Auslegungsresultats anhand EU-Praxis 71
D. BGE 139 I 72 (Kartellgesetz) 71
1. Ausgangslage 71
2. Erkenntnisse über den Norm-Sinn aus Praxis zu ähnlichen Bestimmungen im EU-Recht 71

* Dieser Beitrag entstand auf Initiative und mit Unterstützung der ZHAW Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften.

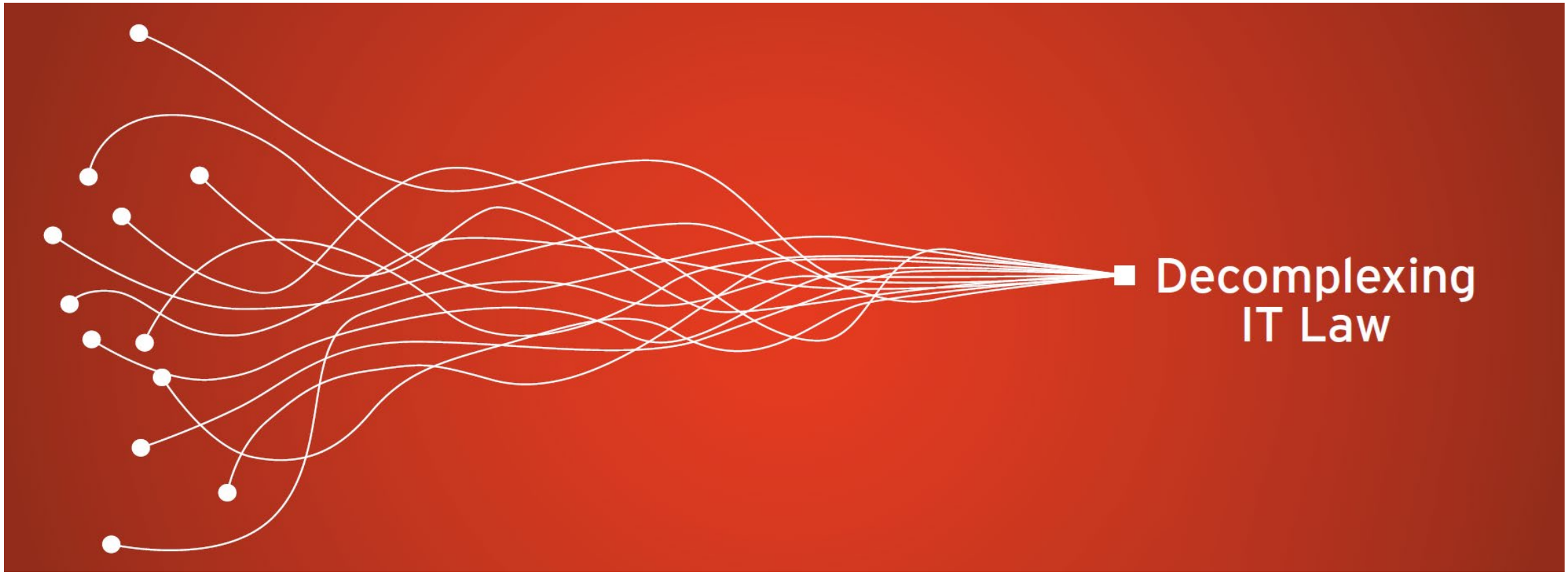
Agenda

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL

- Rezeption von EU-Recht und ihre Bedeutung für die Rechtsanwendung
- Erkenntnisse aus der Analyse:
  - Angleichung an die DSGVO im Allgemeinen
  - Einzelne Bestimmungen des neuen DSG (Analyse – Beispiele)
- Folgerungen für die Rechtsanwendung – und die Rechtsvertretung
- Anhang: Übersicht zu Erkenntnissen der Studie

Rezeption von EU-Recht – Bedeutung für die Rechtsanwendung

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL



Formen der Rezeption von EU-Recht

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL

- Autonomer Nachvollzug
- Äquivalenzmethode
- Rechtsvergleichung

Rechtsanwendung zwischen Autonomie und Angleichung (1|2)

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL

- BGE 129 III 335 (Auslegung von Art. 333 Abs. 3 OR)
  - Autonom nachvollzogene Norm (Richtlinie 77/187/EWR)
  - Harmonisierung in *Rechtsanwendung*, «soweit die binnenstaatlich zu beachtende Methodologie eine solche Angleichung zulässt.» (E. 6)

  → **Mitberücksichtigung** der EuGH-Rechtsprechung

- BGE 137 II 199 (*Terminierung Mobilfunk* – Auslegung von Art. 7 Abs. 2 lit. c KG)
  - Verweis auf Botschaft KG 2003: «Unterschiede in der konzeptionellen Ausrichtung (Verbots- statt Missbrauchsprinzip in der EU)» (E. 4.3.2)

  → **Plausibilisierung** des Auslegungsresultats anhand EuGH-Rechtsprechung

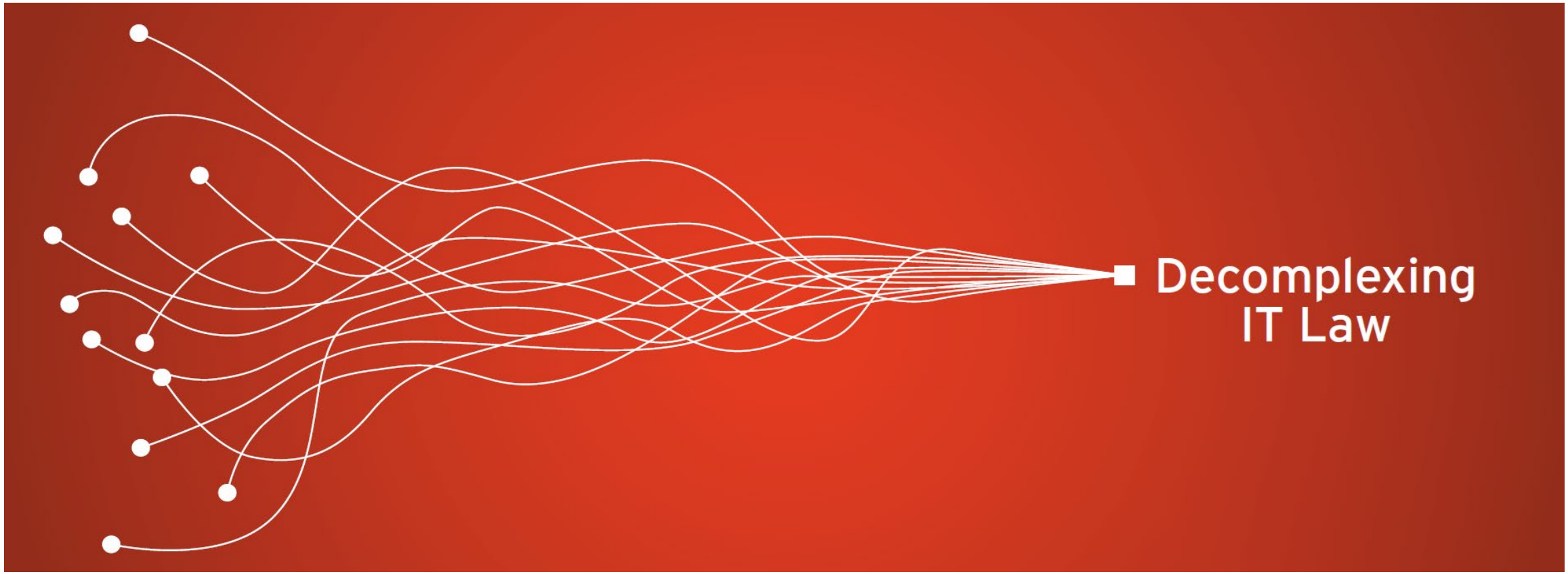
Rechtsanwendung zwischen Autonomie und Angleichung (2|2)

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL

- BGE 139 I 72 (*Publigroupe* – Auslegung von Art. 7 Abs. 2 lit. b KG)
  - Parallelen bei Missbrauchstatbeständen – «Erkenntnisse über den Normsinn» (E. 8.2.3)
  - → **Plausibilisierung** des Auslegungsresultats anhand EuGH-Rechtsprechung
- BGE 136 II 508 (*Logistep* – Auslegung von Art. 3 lit. a DSG)
  - IP-Adressen als Personendaten zu qualifizieren «scheint im Übrigen in Einklang mit der Rechtslage in der Europäischen Union zu stehen.» (E. 3.6)
  - Stellungnahme 4/2007 der Art. 29-Datenschutzgruppe (heute EDSA)
  - → **Plausibilisierung** des Auslegungsresultats anhand EDSA-Leitlinien

Erkenntnisse aus der Analyse I

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL



«Angleichung» an DSGVO-Anforderungen

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL

Botschaft E-DSG*	• «**Angleichung**» oder «**Anpassung**» («anpassen», «anzupassen») • «**ähnliche**» Regelung in DSGVO
Ratsdebatte**	• «**angleichen**» soweit für **Angemessenheit** notwendig • «verlangen wir die Sicherstellung der **Äquivalenz** – also nicht die Übernahme der DSGVO» • «nur die Übernahme der Grundsätze, der Standards und der Mechanismen, welche die **Äquivalenz** garantieren»

(*Botschaft E-DSG, 6998, 6970, 7021, 7037, 7182 / **Voten Jauslin, AB 2018 N 959; Wermuth, AB 2019 N 1776; Romano, AB 2019 N 1777; vgl. auch Votum Fässler, AB 2020 S 290)

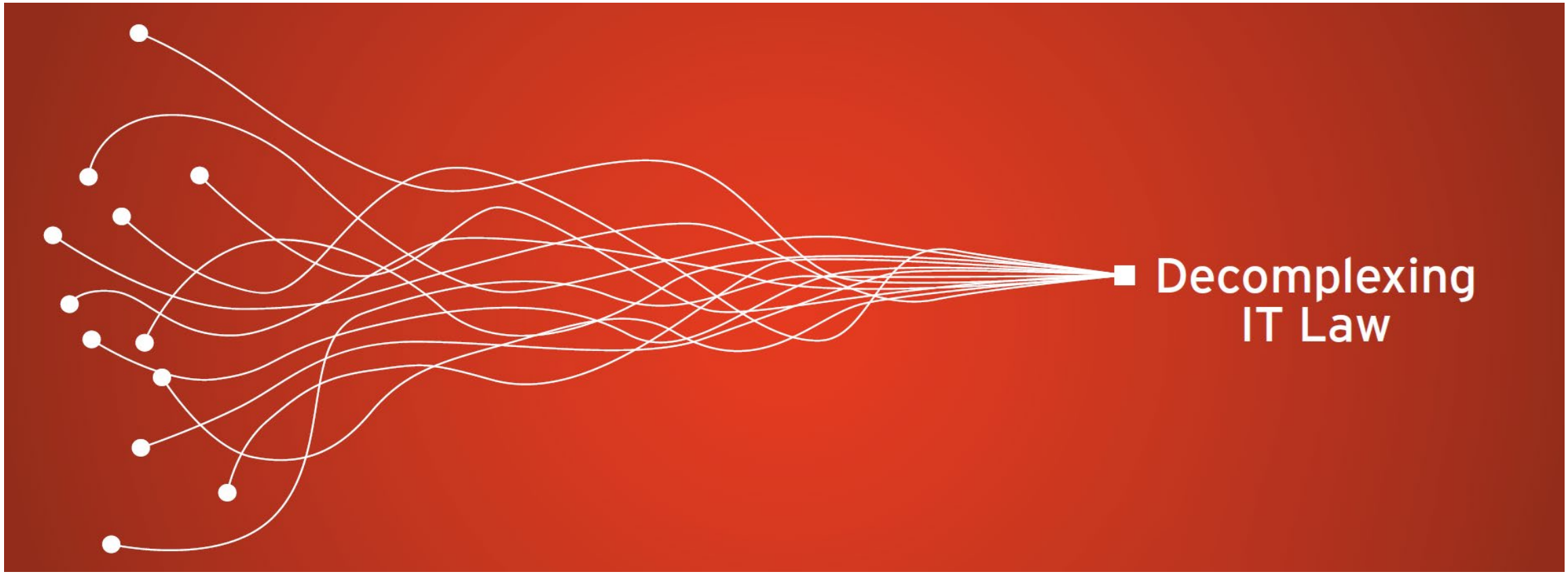
Zwischenfazit: Äquivalenzmethode statt autonomer Nachvollzug

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL

- Fokus der Ratsdebatte: «Äquivalenz»
- **Äquivalenz** – mithin EU-Angemessenheit – durch **Umsetzung der Anforderungen des revidierten Übereinkommens SEV 108**
- Nur in Bezug auf Schengen-relevante E-DSG-Bestimmungen: Wille zur Umsetzung von EU-Recht (vorgezogen: Schengen DSG)

Erkenntnisse aus der Analyse II

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL



Rechtsgrundlagen / Rechtfertigungsgründe: Analyse

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL

- Unterschiedliches Rechtfertigungskonzept:
  - DSGVO: Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt
  - (n)DSG: Datenbearbeitung erlaubt – solange keine (widerrechtliche / nicht gerechtfertigte) Persönlichkeitsverletzung (Prinzip von Art. 28 ZGB*)
- Beibehaltung des DSG-Rechtfertigungskonzepts entspricht Willen des Gesetzgebers:
  - «[…] völlig unterschiedlichen Ansatz […]»**
  - «alles sei verboten, ausser […]» – «alles sei erlaubt, ausser […]»**
  - → Praxis zu Art. 6(1) DSGVO nur zur **Plausibilisierung** des Auslegungsresultats zu Art. 31 nDSG!

(*BGE 136 II 508 E. 6.3.2; Botschaft E-DSG, 7070; ** Votum Glättli AB 2020 N 1597)

Rechtsgrundlagen / Rechtfertigungsgründe: Beispiel

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL

Art. 31 Abs. 2 lit. a nDSG (Vertragserfüllung)	Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO (Vertragserfüllung)
– Beispiel eines privaten Interesses – «im Zusammenhang mit» (!) – Erforderlichkeit = Prüfpunkt bei Interessenabwägung → Entscheide / Ansichten von Aufsichtsbehörden zur DSGVO **nicht unreflektiert übernehmen!**	– Separate Rechtsgrundlage – «erforderlich» = objektiv notwendig – **eng** mit Zweck der Dienstleistung verknüpft! – Vgl. DPC, *Meta Ireland* (4.1.2023) – **personalisierte Dienste** und **verhaltensbasierte Werbung** für Erfüllung des Vertrags (Facebook / Instagram) **nicht erforderlich** – Vgl. auch EDSA, Leitlinien 2/2019

Informationspflicht bei Beschaffung von Personendaten: Analyse

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL

Art. 19 nDSG; Art. 10(3)(d), 14(3) und 21(1) nDSG	Art. 13–14 DSGVO
– Wenige Pflichtinformationen – Generalklausel (Art. 19 Abs. 2 Teilsatz 1; vgl. Art. 8 Abs. 1 revidiertes Übereinkommen SEV 108) → **Risikobasierter Ansatz** → Flexibel handhabbare Informationspflicht* → Praxis zu Art. 13–14 DSGVO nur zur **Plausibilisierung** des Auslegungsresultats nach Art. 19 Abs. 2 nDSG!	– Kataloge von Pflichtinformationen – Immer mitzuteilen, nicht nur bei besonderem Bedarf → **Kein risikobasierter Ansatz**

(*Botschaft E-DSG, 7051)

Informationspflicht bei Beschaffung von Personendaten: Beispiel

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL

- Unternehmen informiert in der Datenschutzerklärung über die **Herkunft** der Personendaten und die **Aufbewahrungsdauer**
  - ergibt Sinn mit Blick auf Art. 25 nDSG
  - EDÖB / Gerichte dürfen solches aber nicht (in jedem Fall) verlangen!
- Unternehmen informiert in der Datenschutzerklärung über **Betroffenenrechte**
  - ergibt mit Blick auf die Generalklausel in Art. 19 Abs. 2 nDSG Sinn
  - EDÖB / Gerichte dürfen solches aber nicht (in jedem Fall) verlangen!*

(*AB 2020 N 152 – Ablehnung der lit. d und e von Art. 17 Abs. 2 E-DSG im Nationalrat; vgl. Votum Jauslin, AB 2020 N 149)

Recht auf Datenportabilität: Analyse

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL

- Minderheit im Nationalrat: «alles umfassendes Recht auf Kopie», ein «Auskunftsrecht 2.0», ein Recht auf «alle Daten»*
- Mehrheit im Nationalrat: Art. 20 DSGVO übernehmen
  - Identische Regelung des **Gegenstands der Datenherausgabe**: überlassene und beobachtete Personendaten, keine abgeleiteten Personendaten
  - Im Wesentlichen identische Regelung der **Anwendungsvoraussetzungen**: nur automatisiert bearbeitete Personendaten – Bearbeitung basierend auf Einwilligung oder Vertrag

  → Autonom nachvollzogene Bestimmung

  → **Europarechtskonforme Auslegung** (aber kein Wille des Gesetzgebers zur parallelen richterlichen Weiterentwicklung erkennbar)

(*Votum Glättli, AB 2019 N 1814–1815)

Recht auf Datenportabilität: Beispiel

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL

Achtung: unterschiedliches Rechtfertigungskonzept / Datenportabilität nicht nur bei Persönlichkeitsverletzung! (so war es nicht gemeint), sondern:

- **Freiwillig** überlassene Personendaten: eigenes Profil / eigener Post auf *Facebook* oder *LinkedIn*
- Personendaten von **selbst gewähltem** Dienst – *Fitness Tracker* – beobachten bzw. messen lassen

Vereinbarung über die Auftragsbearbeitung: Analyse

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL

- Art. 28 Abs. 3 DSGVO: Katalog von Mindestregelungspunkten
- Art. 9 nDSG: Kontrollziele bestimmen Mindestinhalt
  - Weisungsgebundenheit vertraglich absichern
  - Vertragliche Verpflichtung zur Einhaltung ausreichender TOM

  → **Risikobasierter Ansatz:** Umstände und involvierte Risiken bestimmen Vertragsinhalt

  → Ansichten von Aufsichtsbehörden in der EU **nicht unreflektiert übernehmen!**

Vereinbarung über die Auftragsbearbeitung: Beispiel

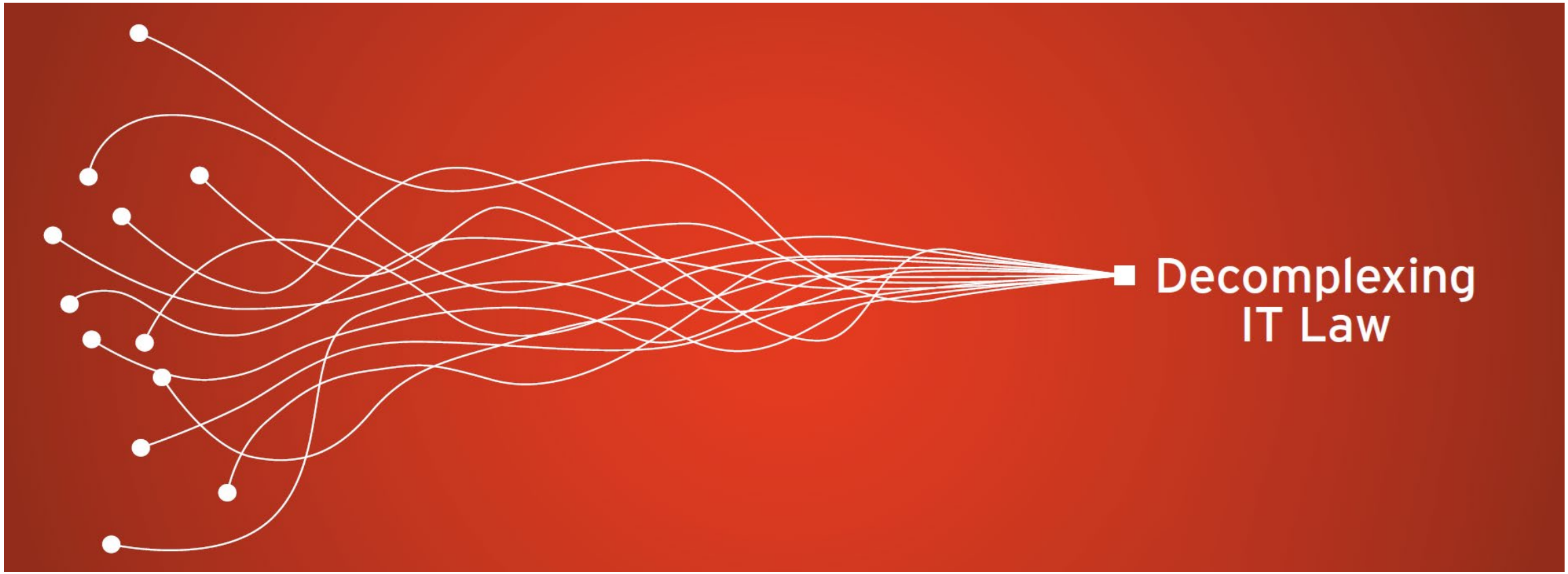
LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL

- Anforderungen an **Beschreibung der Auftragsbearbeitung** nach Art. 28 Abs. 3 DSGVO
  - «This description should be made in the most detailed manner» (EDPB, Opinion 14/2019)
  - «nicht nur umfassend, sondern auch spezifisch und so detailliert als möglich beschreiben» (AG DSK «Microsoft-Onlinedienste», 2.11.2022)
- Anforderungen an **Beschreibung der Auftragsbearbeitung** nach Art. 9 nDSG
  - **Risikobasierter Ansatz:** je risikobehafteter desto detaillierter
  - Regelung im Vertrag selbst mit Hinweis auf Leistungsbeschreibung kann genügen

→ Praxis zu Art. 28 Abs. 3 DSGVO nur zur **Plausibilisierung** heranziehen!

Folgerungen für die Rechtsanwendung – und die Rechtsvertretung

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL



Was in der Unternehmenspraxis Sinn ergibt…

- (u.a.) Inspiration aus Art. 13–14 DSGVO für Datenschutzerklärungen
- (u.a.) Orientierung an Art. 28 Abs. 3 DSGVO für Vereinbarungen über die Auftragsbearbeitung
- Ausrichtung der Datenschutz-Compliance an Anforderungen der DSGVO und Entscheiden von Behörden / Gerichten in der EU

Aber...

… sollen Schweizer Behörden und Gerichte nicht unbedacht übernehmen

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL

Halten Sie Schweizer Behörden und Gerichte an, das Schweizer nDSG anzuwenden!

→ Unterschiedliche Konzeption führt zu unterschiedlicher Beurteilung (z.B. Art. 31 nDSG)

→ Gleichwertige, aber bewusst autonome Schweizer Regelungen: **Plausibilisierung** des Auslegungsresultats im Lichte der DSGVO-Praxis (z.B. Art. 9, 19 und 31 nDSG)

→ Eigenständige Schweizer Lösung: EU-Rechtsanwendung unbeachtlich (z.B. Art. 3 nDSG)

(BVGer, St.Gallen)

Kontakt

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL

Thomas Steiner

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Senior Advisor/Partner

@ thomas.steiner@lauxlawyers.ch

w www.lauxlawyers.ch

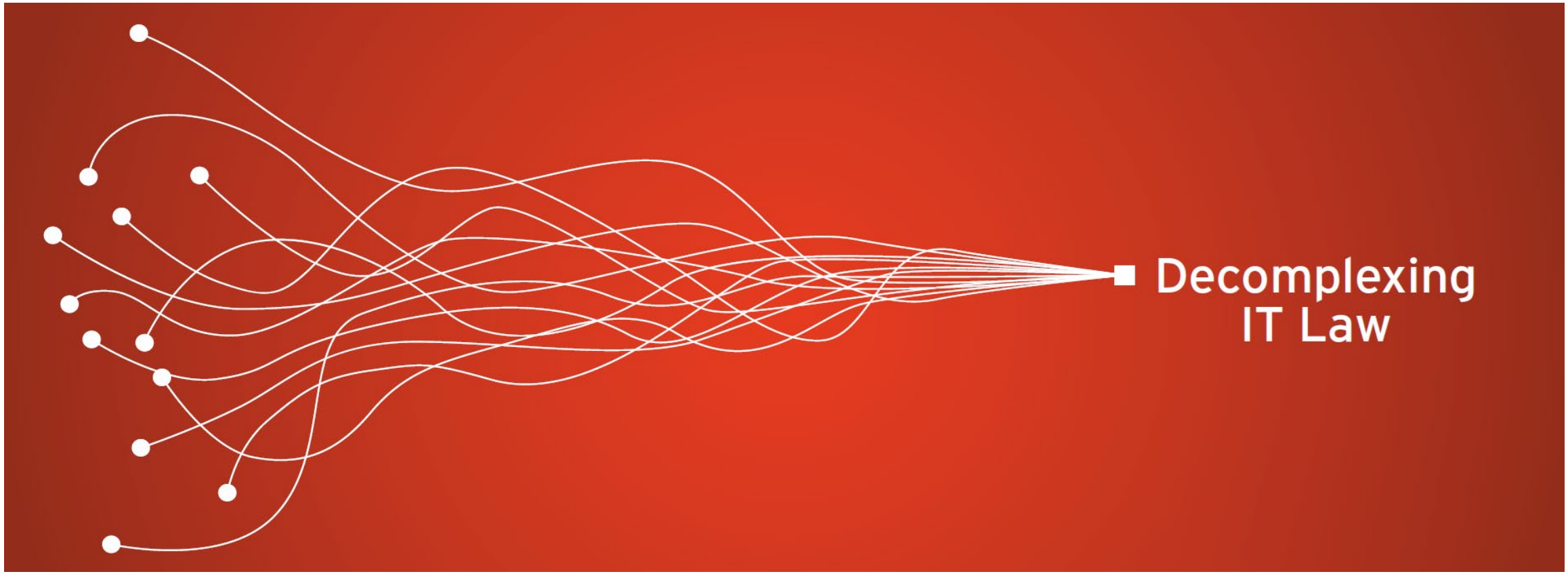
n linkedin.com/in/thomassteiner1

LAUX LAWYERS AG

Schiffbaustrasse 10
Postfach
8031 Zürich
+41 44 880 24 24

Anhang: Übersicht zu Erkenntnissen der Studie

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL



Studie auf Initiative der ZHAW

Zwischen Autonomie und Angleichung

Eine Analyse zur Anwendung des neuen DSG im Lichte der DSGVO

Thomas Steiner*

Michael Widmer (Hrsg.), Datenschutz. Rechtliche Schnittstellen, Zürich 2023

Open Access:

- https://digitalcollection.zhaw.ch (die einzelnen Beiträge; demnächst)
- https://cdn.dike.ch/js/pdfjs/web/viewer.html?file=https%3A%2F%2Fcdn.dike.ch%2Fmedia%2Fproductattachment%2F0%2F202399%2F978-3-03929-027-7.pdf (Sammelband)

Regeln und Prüfraster für die Auslegung

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL

Europarechtskonforme Auslegung	Autonom nachvollzogenes Schweizer Recht ist im Zweifel europarechtskonform auszulegen
Berücksichtigung der EU-Rechtsanwendung bei europarechtskonformer Auslegung	Praxis zum autonom nachvollzogenen EU-Recht autoritativ mitberücksichtigen, wenn es die im Schweizer Recht geltenden klassischen Auslegungselemente zulassen
Berücksichtigung der EU-Rechtsanwendung als Auslegungshilfe	EU-/Mitgliedsstaatspraxis zur Plausibilisierung des (CH-Recht) Auslegungsergebnisses berücksichtigen, wenn: bewusst eigenständige Schweizer Regelung / unterschiedliche konzeptionelle Ausrichtung

Zusammenfassung und Folgerungen für die Auslegung des nDSG

LAUX LAWYERS AG
ZURICH | BASEL

Europarechtskonforme Auslegung (nachvollzogenes EU-Recht)	Art. 28 (Datenportabilität), Art. 14 (Vertretung)
Berücksichtigung der EU-Rechtsanwendung bei europarechtskonformer Auslegung	Auch in Bezug auf Datenportabilität und Vertretung kein Wille des Gesetzgebers zur parallelen Rechtsanwendung (Übernahme richterlicher Weiterentwicklung) ersichtlich
Berücksichtigung der EU-Rechtsanwendung zur Plausibilisierung des Auslegungsresultats	Art. 5 lit. c Ziff. 3 (genetische Daten), Art. 5 lit. c Ziff. 4 (biometrische Daten), Art. 19 (Informationspflicht), Art. 31 (Rechtfertigungsgründe), Art. 9 (Auftragsbearbeitung)
EU-Rechtsanwendung unbeachtlich bei autonomen Schweizer Regelungen	Art. 3 Abs. 1 nDSG (verwaltungsrechtliches Auswirkungs-prinzip, vgl. Art. 2 Abs. 2 KG), Art. 3 Abs. 2 Satz 1 (Auslegung von Art. 139 IPRG) und Art. 3 Abs. 2 Satz 2 (Auslegung von Art. 3 StGB)