



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
EDÖB

Marketingdaten und Persönlichkeitsprofile

Stefan Gerschwiler
Juristischer Berater des EDÖB

Zürich, 23. September 2010

Vorstellung EDÖB: Drei Aufgabenbereiche Öff.-Prinzip / Beratung & Aufsicht
Bund / Beratung & Aufsicht Private



Eckpunkte

- **Ausgangspunkt 1: Marketingdaten**
- **Ausgangspunkt 2: Persönlichkeitsprofile**
- **Ansatzpunkte 1: Schweizer Recht**
- **Ansatzpunkte 2: Europäisches Recht**
- **Merkmale: Konsequenzen für Unternehmen**



Marketingdaten

- Daten über Eigenschaften oder das Verhalten von Personen, mit denen ein Unternehmen Geschäftsbeziehungen unterhält oder unterhalten will
- Herkunft: unternehmensintern (Buchhaltung, Kundenkarten, Website-Analyse, **usw.**) und -extern (Datenhändler, online tracking Dienstleister, **usw.**)
- Ziel: Kunden(rück)gewinnung, Kundenbindung, Produktentwicklung, Ressourcenplanung, **u.v.m.**
- Mittel: Goldsuche in der Lagerhalle - Data Mining

Datenerhebung, -speicherung, -analyse ist dank der technischen Entwicklung (integrierte IT-Systeme, Internet) so einfach und günstig wie noch nie. eCommerce (Website-Tracking) verhilft Unternehmen auf einfache Weise zu vielen und aussagekräftigen Daten über ihre (potentiellen) Kunden.

Es werden laufend neue Möglichkeiten zur Datenbeschaffung und zur Auswertung der vorhandenen Datenbestände zu immer neuen Zwecken entwickelt: Wissen ist Macht.



Persönlichkeitsprofil

Art. 3 Bst. d. DSG

Persönlichkeitsprofil: eine Zusammenstellung von Daten, die eine Beurteilung wesentlicher Aspekte der Persönlichkeit einer natürlichen Person erlaubt

Definition ist nicht trennscharf



Persönlichkeitsprofile - ein Problem?

- Konkrete wirtschaftliche und praktische Nachteile
(Schlechtere Konditionen, längere Wartezeiten am Telefon)
- Rückschluss auf besonders schützenswerte Personendaten
(„wünscht keine Weihnachtskarte und isst kein Schweinefleisch“;
tracking im online-Buchladen)
- Beeinträchtigung der freien Entfaltung der Persönlichkeit
(selbsterfüllende Prophezeiung; der Mensch wird zum Objekt - „le
profil devient plus vrai que la personne“)

Möglichkeit zur Annäherung an den Gehalt des Begriffs „Persönlichkeitsprofil“:
Weshalb sieht der Gesetzgeber hier einen erhöhten Schutzbedarf?



Was sagt das Schweizer Recht?

DSG

Art. 4 Grundsätze

1. Personendaten dürfen nur **rechtmässig** bearbeitet werden.
2. Ihre Bearbeitung hat nach **Treu und Glauben** zu erfolgen und muss **verhältnismässig** sein.
3. Personendaten dürfen nur zu dem **Zweck** bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist.
4. Die Beschaffung von Personendaten und insbesondere der Zweck ihrer Bearbeitung müssen für die betroffene Person **erkennbar** sein.
5. Ist für die Bearbeitung von Personendaten die Einwilligung der betroffenen Person erforderlich, so ist diese **Einwilligung** erst gültig, wenn sie **nach angemessener Information freiwillig** erfolgt. **Bei** der Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten oder **Persönlichkeitsprofilen** muss die Einwilligung zudem **ausdrücklich** erfolgen.

Problematisch bei Marketingdaten ist insbesondere:

Zweckbindung (widerspricht aber gerade der Idee des Data Mining)

Verhältnismässigkeit (Eignung der Daten für den vorgesehenen Zweck?

Erforderlichkeit? Speicherdauer?)

Erkennbarkeit, angemessene Information



Was sagt das Schweizer Recht?

DSG

Art. 5 Richtigkeit der Daten

1. Wer Personendaten bearbeitet, hat sich über deren Richtigkeit zu vergewissern. Er hat alle angemessenen Massnahmen zu treffen, damit die Daten berichtigt oder vernichtet werden, die im Hinblick auf den Zweck ihrer Beschaffung oder Bearbeitung unrichtig oder unvollständig sind.
2. Jede betroffene Person kann verlangen, dass unrichtige Daten berichtigt werden.

Art. 15 **Rechtsansprüche** und Verfahren

2. Kann weder die Richtigkeit noch die Unrichtigkeit von Personendaten dargetan werden, so kann der Kläger verlangen, dass bei den Daten ein entsprechender **Vermerk** angebracht wird.

Wie passt das zum Konzept „Scorewert“? Bestreitungsvermerk?



Was sagt das Schweizer Recht?

DSG

Art. 7a **Informationspflicht beim Beschaffen von** besonders schützenswerten Personendaten und **Persönlichkeitsprofilen**

1. 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.
3. Wenn Daten nicht bei der betroffenen Person beschafft werden, hat deren Information **spätestens bei Beginn der Speicherung der Daten** oder, wenn auf die Speicherung verzichtet wird, mit der ersten Bekanntgabe an Dritte zu erfolgen.



Was sagt das Schweizer Recht?

DSG

Art. 34 Verletzung der Auskunfts-, Melde- und Mitwirkungspflichten

Mit **Busse** werden private Personen auf Antrag bestraft:

- a. die ihre **Pflichten nach den Artikeln 7a** und 8-10 **verletzen**, indem sie vorsätzlich eine falsche oder eine unvollständige Auskunft erteilen;
- b. die es **vorsätzlich unterlassen**:
 1. die betroffene Person **nach Artikel 7a** Absatz 1 **zu informieren**, oder
 2. ihr **die Angaben nach Artikel 7a** Absatz 2 Buchstaben a-c **zu liefern**.



Was sagt das Schweizer Recht?

DSG

Art. 11a **Register** der Datensammlungen

3. Private Personen müssen Datensammlungen anmelden, wenn: a. regelmässig besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile bearbeitet werden; oder b. regelmässig Personendaten an Dritte bekannt gegeben werden.

Art. 11 VDSG **Bearbeitungsreglement**

1. Der Inhaber einer meldepflichtigen automatisierten Datensammlung (Art. 11a Abs. 3 DSG), die nicht aufgrund von Artikel 11a Absatz 5 Buchstaben b–d DSG von der Meldepflicht ausgenommen ist, erstellt ein Bearbeitungsreglement, das insbesondere die interne Organisation sowie das Datenbearbeitungs- und Kontrollverfahren umschreibt und die Unterlagen über die Planung, die Realisierung und den Betrieb der Datensammlung und der Informatikmittel enthält.



Was sagt das Schweizer Recht?

FMG

Art. 45c 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.**

Cookies



Was sagt das Schweizer Recht? Logistep-Entscheid

An einer öffentlichen Sitzung vom 8. September 2010 hatte das Bundesgericht eine Beschwerde des EDÖB zu beurteilen.

Das Bundesgericht trat auf seine Beschwerde ein und bejahte in einem zweiten Schritt auch die Anwendbarkeit des Datenschutzgesetzes.

Denn die von Logistep bearbeiteten Daten, zumindest die IP-Adressen, stellen Personendaten im Sinne des Datenschutzgesetzes dar.

Dessen **Verletzung** liegt im konkreten Fall darin begründet, dass das **Bearbeiten der Daten** durch Logistep im Regelfall **ohne Wissen der betroffenen Personen und in einer für diese nicht erkennbaren Weise erfolgt**.

Schriftliche Begründung noch ausstehend. Pressemitteilung des Bundesgerichts lässt aber erwarten, dass das Urteil Auswirkungen über den konkreten Fall hinaus zeitigen wird.



Was sagt das Schweizer Recht?

UWG

Art. 3 Bst. o **Unlautere Werbe- und Verkaufsmethoden**

Unlauter handelt insbesondere, **wer 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.



Was sagt das europäische Recht?

- EU-Datenschutzrichtlinie (für elektronische Kommunikation) und die Gleichwertigkeit
- Konvention 108 und der Entwurf einer Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates zum Profiling

Warum sich der Blick nach Europa lohnt: Zwei Beispiele



EU-Datenschutzrichtlinie (für elektronische Kommunikation) und die Gleichwertigkeit

Übermittlung personenbezogener Daten in Drittländer (Art. 25 Richtlinie 95/46/EG)

(1) Die Mitgliedstaaten sehen vor, daß die **Übermittlung personenbezogener Daten**, die Gegenstand einer Verarbeitung sind oder nach der Übermittlung verarbeitet werden sollen, **in ein Drittland** vorbehaltlich der Beachtung der aufgrund der anderen Bestimmungen dieser Richtlinie erlassenen einzelstaatlichen Vorschriften **zulässig** ist, **wenn dieses Drittland ein angemessenes Schutzniveau gewährleistet**.

(2) Die Angemessenheit des Schutzniveaus, das ein Drittland bietet, wird unter Berücksichtigung aller Umstände beurteilt, die bei einer Datenübermittlung oder einer Kategorie von Datenübermittlungen eine Rolle spielen; insbesondere werden die Art der Daten, die Zweckbestimmung sowie die Dauer der geplanten Verarbeitung, das Herkunfts- und das Endbestimmungsland, die in dem betreffenden Drittland geltenden allgemeinen oder sektoriellen Rechtsnormen sowie die dort geltenden Landesregeln und Sicherheitsmaßnahmen berücksichtigt.

Freier Datenfluss nur in Länder, die ein angemessenes Schutzniveau aufweisen



EU-Datenschutzrichtlinie (für elektronische Kommunikation) und die Gleichwertigkeit

Entscheidung der Kommission vom 26. Juli 2000

Artikel 1

Es wird festgestellt, dass die Schweiz für sämtliche unter die Richtlinie 95/46/EG fallenden Tätigkeiten **ein** im Sinne des Artikels 25 Absatz 2 der genannten Richtlinie **angemessenes Schutzniveau für personenbezogene Daten gewährleistet**, die aus der Gemeinschaft übermittelt werden.

Artikel 4

Diese **Entscheidung kann jederzeit** im Licht der Erfahrungen mit ihrer Anwendung oder aufgrund von Änderungen der Schweizer Rechtsvorschriften **angepasst werden**.

Schweiz zur Zeit anerkannt



EU-Datenschutzrichtlinie (für elektronische Kommunikation) und die Gleichwertigkeit

Automatisierte Einzelentscheidungen (Art. 15 Richtlinie 95/46/EG)

(1) Die Mitgliedstaaten räumen jeder Person das Recht ein, keiner für sie rechtliche Folgen nach sich ziehenden und keiner sie erheblich beeinträchtigenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ausschließlich aufgrund einer automatisierten Verarbeitung von Daten zum Zwecke der Bewertung einzelner Aspekte ihrer Person ergeht, wie beispielsweise ihrer beruflichen Leistungsfähigkeit, ihrer Kreditwürdigkeit, ihrer Zuverlässigkeit oder ihres Verhaltens.

(2) Die Mitgliedstaaten sehen unbeschadet der sonstigen Bestimmungen dieser Richtlinie vor, daß eine Person einer Entscheidung nach Absatz 1 unterworfen werden kann, sofern diese

- a) im Rahmen des Abschlusses oder der Erfüllung eines Vertrags ergeht und dem Ersuchen der betroffenen Person auf Abschluß oder Erfüllung des Vertrags stattgegeben wurde oder die Wahrung ihrer berechtigten Interessen durch geeignete Maßnahmen - beispielsweise die Möglichkeit, ihren Standpunkt geltend zu machen - garantiert wird oder
- b) durch ein Gesetz zugelassen ist, das Garantien zur Wahrung der berechtigten Interessen der betroffenen Person festlegt.

EU kennt Vorschriften zu automatisierten Einzelentscheidungen

Wurden in CH nicht 1:1 umgesetzt; CH kennt dafür aber spezielle Vorschriften zu Persönlichkeitsprofilen



EU-Datenschutzrichtlinie (für elektronische Kommunikation) und die Gleichwertigkeit

Art. 5 Abs. 3 Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation

Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Benutzung elektronischer Kommunikationsnetze für die **Speicherung von Informationen oder den Zugriff auf Informationen, die im Endgerät eines Teilnehmers oder Nutzers gespeichert sind, nur unter der Bedingung** gestattet ist, dass der betreffende Teilnehmer oder Nutzer gemäß der Richtlinie 95/46/EG **klare und umfassende Informationen insbesondere über die Zwecke der Verarbeitung erhält und durch den für diese Verarbeitung Verantwortlichen auf das Recht hingewiesen wird, diese Verarbeitung zu verweigern**. Dies steht einer technischen Speicherung oder dem Zugang nicht entgegen, wenn der alleinige Zweck die Durchführung oder Erleichterung der Übertragung einer Nachricht über ein elektronisches Kommunikationsnetz ist oder, soweit dies unbedingt erforderlich ist, um einen vom Teilnehmer oder Nutzer ausdrücklich gewünschten Dienst der Informationsgesellschaft zur Verfügung zu stellen.

Umsetzung muss bis Mai 2011 erfolgt sein

Standardeinstellung in den meisten Browsern ist: stillschweigendes Akzeptieren.

Genügt das, oder ist ein „opt-in“ für Cookies zwingend?

EU-Kommissarin für die digitale Agenda findet eine generelles opt-in nicht zwingend nötig. Sie fordert aber von der Wirtschaft konstruktive Vorschläge, wie das Problem gelöst werden kann.

In der CH wurde – wie gesehen – das FMG angepasst. Ob das reicht, wird sich zeigen.



Konvention 108 und der Entwurf einer Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates zum Profiling

Draft Recommendation On The Protection Of Individuals With
Regard To Automatic Processing Of Personal Data In The
Framework Of Profiling

Stand: 31. August 2010

Referenz: CDCJ-BU (2010) 15

Inhalte:

Privacy by default (Art. 3.7)

Umfassende Informationspflichten (Art. 4)

Regelung der automatisierten Einzelentscheidung (Art. 5.5)

Schweiz ist Mitglied des Europarats und hat die Konvention 108 (Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten) ratifiziert. Diese ist damit für die Schweiz verbindliches Völkerrecht. Zur Zeit ist eine ergänzende Empfehlung des Ministerkomitees zum Thema Profiling in Ausarbeitung.



Fazit für Unternehmen

- In die Offensive gehen...
- ...gegenüber den Mitarbeitern
Kultur eines bewussten Umgangs mit Personendaten schaffen
- ...gegenüber den einzelnen Kunden
Proaktive Information dient allen: Vertrauen schaffen, Mehrwert aufzeigen, Reputationsrisiken minimieren
- ...gegenüber der Gesellschaft
Technisch bedingte Regulierungsdefizite bieten eine Chance für die Durchsetzung von wirtschaftsnahen „Best Practices“ und Selbstregulierungskonzepten

Intern: Gelebte Datenschutzkultur, Bewusstsein schärfen

Best Practices: Nicht nur auf Ebene EU ein Thema. Auch deutscher Innenminister fordert von der IT-Branche, sie soll sich umgehend einen „Datenschutz-Kodex“ geben.



Besten Dank