

Eidgenössisches Justiz- und Polizei-
departement EJPD
CH-3003 Bern

Geschäftsstelle
Postfach 5815
3001 Bern

Telefon 031 313 33 35
Fax 031 313 33 22
E-Mail info@igdhs.ch

www.igdhs.ch

Basel, 4. April 2017

Vernehmlassung zum neuen Datenschutzrecht: Stellungnahme IG DHS

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit der Stellungnahme zu den angedachten Änderungen im Datenschutzrecht. Die Mitglieder der Interessengemeinschaft Detailhandel Schweiz (IG DHS) sind auf vielfältige Weise mit der Thematik des Datenschutzes konfrontiert und begegnen dieser schon seit Jahren auf kompetente und verantwortungsbewusste Weise.

Der Werkplatz Schweiz hat sich in den vergangenen Jahrzehnten auch dank eines hohen Digitalisierungsgrads unserer Wirtschaft erfolgreich positionieren können. Alle sind sich einig, dass wir heute erst am Anfang einer noch viel weitergehenden Entwicklung stehen: Es steht uns ein fundamentaler Wandel der künftigen (Welt-)Wirtschaft bevor. Dabei sind die Daten und die Datenbewirtschaftung der wertvollste Rohstoff. Wenn nun in der Schweiz mit einer restriktiven Regulierung des Datenhandlings neue Geschäftsmodelle verhindert werden, so gelangt der Werkplatz Schweiz schnell ins Hintertreffen. Die digitale Wirtschaft findet global statt und spielt sich dort ab, wo auch ein optimaler Regulierungsrahmen besteht. So zeigen z.B. Google, Apple, Cisco, Alibaba auf, wohin es in Zukunft geht: Die Wirtschaft wird immer enger verknüpft mit einem tiefgreifenden Einsatz der Informations- und Kommunikationstechnik. Von dieser Entwicklung profitieren diejenigen Wirtschaftsstandorte, welche massvolle, aber zurückhaltende Regulierungen i.S. Datenschutz haben.

Das neue DSG ist daher ganz grundsätzlich zu überarbeiten und zu entschlacken. Alleine die europäischen verbindlichen Vorschriften i.S. Datenschutz gehen eigentlich schon zu weit, wenn man den weltweiten Markt der digitalen Wirtschaft betrachtet. Dass darüber hinaus noch zusätzliche schweizerische Regulierungen vorgeschlagen werden, geht eindeutig zu weit. Die IG DHS lehnt daher dezidiert sämtliche Regulierungen ab, welche über die EU-Regulierungen hinausgehen. Diese vorgeschlagene Swiss Finish-Gesetzgebung gefährdet die Wettbewerbsfähigkeit des digitalen Wirtschaftsstandorts Schweiz.

Zu den Vernehmlassungsvorlagen äussert sich die IG DHS im Grundsatz wie folgt:

JA zur Übernahme der Richtlinie (EU) 2016/680 im Bereich der Strafverfolgung und der Rechtshilfe in Strafsachen

Die Übernahme ist im Rahmen des Schengen-Abkommens verpflichtend und steht deshalb für die IG DHS ausser Frage.

JA zur Ratifizierung des revidierten Übereinkommens zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten (SEV 108)

Die Ratifizierung ist massgebend für den Angemessenheitsentscheid der EU-Kommission zum Datenschutzniveau in der Schweiz. Aus der Sicht der IG DHS ist sie ebenfalls unbestritten.

Totalrevision des Datenschutzgesetzes (DSG)

Die EU-Kompatibilität des neuen DSG ist im Rahmen der Totalrevision zu gewährleisten. Darüber hinausgehende Regelungen (Swiss Finish) sind strikte zu vermeiden. Die künftig möglichen Datenbewirtschaftungsformen sind eine Chance für den schweizerischen Werkplatz. Das angedachte DSG verunmöglicht jedoch einen liberalen und gleichzeitig sicheren Umgang mit Daten. Dies gefährdet die Wettbewerbsfähigkeit der Schweiz im Bereich digitale Wirtschaft.

Zur Totalrevision des DSG finden Sie im Folgenden die allgemeinen Forderungen der IG DHS sowie im beiliegenden Formular die konkreten Anträge für den Gesetzestext.

1. Änderungen auf das beschränken, was im internationalen Kontext zwingend nötig ist

- Das EU-Recht muss für das neue Schweizer DSG massgebend sein. Viele Schweizer Unternehmen sind heute in irgendeiner Weise international tätig oder bearbeiten zumindest Daten in einem internationalen Kontext. Somit ist die europäische Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) für viele Unternehmen ohnehin operativ relevant. Die Schweizer Gesetzgebung muss deshalb grundsätzlich gleichwertig ausgestaltet werden.
- Dabei gilt es auch den von der DSGVO gegebenen Handlungsspielraum auszunutzen und dort liberalere Regeln vorzusehen, wo dies im Schweizer Kontext sinnvoll und der Sache dienlich ist. Dies ist insbesondere bei den aufsichtsrechtlichen Bestimmungen (Kompetenzen des Beauftragten) der Fall.

2. Interpretationsspielraum in der Folgeregulierung klären

- Die hohe Ambivalenz des Gesetzestextes verunsichert. Zum jetzigen Zeitpunkt ist es insgesamt sehr schwierig, die betrieblichen Auswirkungen der Vernehmlassungsvorlage detailliert abzuschätzen, da das vorliegende Gesetz lediglich ein Rahmengesetz sein soll.
- Die risikobasierte, prinzipienorientierte Ausgestaltung des neuen DSG wird seitens IG DHS begrüsst. Es gilt jedoch im Botschaftstext, im parlamentarischen Prozess, bei der Ausarbeitung der Verordnungen und in zukünftigen Empfehlungen der guten Praxis auf eine klare Linie zu achten. Der vorliegende Gesetzesentwurf grenzt insbesondere noch zu unklar das Pflichtenheft von "Verantwortlichem" und "Auftragsbearbeiter" ab.
- Die Rechtssicherheit für die betroffenen Unternehmen muss letztlich gewährleistet sein. Die Folgeregulierungen dürfen für die betroffenen Unternehmen nicht plötzlich unverhältnismässige Investitions- und Betriebskosten nach sich ziehen. Gegebenenfalls sind zu einzelnen Massnahmen auch vertiefende Regulierungsfolgeabschätzungen erforderlich.

3. Bedarfsgerechte, konsumentenfreundliche Auskunft- und Informationspflichten

- Die IG DHS befürwortet es, dass die Transparenz und Rückverfolgbarkeit einzelner Bearbeitungsvorgänge für die Konsumentinnen und Konsumenten verbessert wird. Aus Sicht der IG DHS wird dieses Ziel jedoch verfehlt, wenn ihnen öfters und immer mehr Informationen zu einzelnen Datenbearbeitungsvorgängen zur Verfügung gestellt werden. Es ist sogar davon auszugehen, dass dies zu einer Überforderung und Desensibilisierung der betroffenen Personen führt. Mit dem neuen DSG würden die Menge und die Komplexität der zu prüfenden Informationen nochmals massiv zunehmen. Im Verhältnis zum erwarteten Nutzen stellt dies einen unverhältnismässigen administrativen Mehraufwand dar.

- Stattdessen hat das neue DSG auf eine verbesserte *allgemeine und prinzipielle* Information abzu- zielen, so dass sich eine betroffene Person *vorab* der Konsequenzen einer Datenpreisgabe be- wusst wird. Die vorgesehenen Informations- und Auskunftspflichten sind entsprechend sinnvoll ein- zugrenzen. Der Katalog der mitzuteilenden Informationen muss sich dabei zwingend eins zu eins an den Anforderungen in der EU zu orientieren.

4. Wirtschaftsfreundliche und pragmatische Mitwirkungspflichten

- Die IG DHS fordert, dass der Umfang einer Datenschutzfolgeabschätzung auf ein sinnvolles, sach- gerechtes Mass beschränkt wird (z.B. als vorgelagertes Datenbearbeitungsreglement). Was für die Pflichten der Unternehmen gegenüber den Konsumentinnen und Konsumenten gilt, muss deshalb auch für die Meldepflichten an den Beauftragten gelten: Weniger ist mehr. Ausserdem gilt es kurze, wirtschaftsfreundlich Ordnungsfristen für die Bearbeitung durch den Beauftragten im Rahmen der Folgeregulierung festzusetzen.
- Die vorgesehene unverzügliche Meldepflicht im Falle sämtlicher Datenschutzverstösse an den Be- auftragten ist sodann stark einzuschränken. Sie erfasst weit mehr Fälle als die DSGVO. Die Pflicht ist daher auf Verstösse mit gravierenden Folgen zu beschränken. Im Sinne einer modernen Com- pliance-Gesetzgebung muss die Meldung beim Beauftragten den Schutz vor Sanktionen zur Folge haben.
- Der Beauftragte seinerseits soll seine neuen Aufgaben und Kompetenzen unter den gleichen per- sonellen und finanziellen Voraussetzungen wie bis anhin erfüllen. Zusätzliche Mittel führen aus der Sicht der IG DHS tendenziell dazu, dass die Behörde zur eigenen Legitimation in Aktionismus ver- fällt.

5. Freiwillige branchenspezifische Regeln vorsehen

- Die kommerzielle Auswirkung der Datenbearbeitung, der Aufwand der Information und des Einhol- ens einer Einwilligung sind je nach Branche sehr unterschiedlich. Die IG DHS begrüsst es daher, dass mittels Empfehlungen der guten Praxis eine verstärkte Selbstregulierung stattfinden soll. So gilt es sicher zu stellen, dass das neue DSG nicht zu einer "one size fits all"-Lösung wird.
- Im Detailhandel sind z.B. übliche Kundenbindungsprogramme derzeit noch vorwiegend "offline". Eine Änderung der Datenschutzbestimmungen (in den AGB) und das folglich notwendige Einholen des Einverständnisses der betroffenen Personen sind mit einem sehr grossen Aufwand verbunden (u.a. Medienmitteilung, Postversand, E-Mail-Versand). Demgegenüber kann etwa ein Social-Media- Anbieter Änderungen an den AGB und das Einholen des Einverständnisses sehr viel schneller, ein- facher und kostengünstiger durchführen.
- Soll der Ansatz der Selbstregulierung konsequent umgesetzt werden, müssen die Empfehlungen der guten Praxis als freiwillige Branchenvereinbarungen ausgestaltet werden. Die Ausarbeitung der Branchenstandards muss von den betroffenen Unternehmen und Branchen selbst erarbeitet wer- den. Dem Beauftragten soll dabei ein Mitwirkungsrecht eingeräumt werden. Dieser praxisgerechte, effiziente Lösungsansatz hat sich verschiedenerorts bereits sehr bewährt (Swiss Pledge (Werbe- verhalten gegenüber Kindern); Plastiksackverbot usw.).

6. Geschäftsgeheimnisse schützen

- Die Vernehmlassungsvorlage schützt Geschäftsgeheimnisse nicht ausreichend. Zwar sind Bestim- mungen vorgesehen, die das Aufschieben, Einschränken oder den Verzicht der Information oder Auskunft zulassen, wenn "eigene überwiegende Interessen" vorliegen. Der erläuternde Bericht zur Vorlage lässt jedoch vermuten, dass dem Bund hier eine Handhabung vorschwebt, die in der Praxis schlicht nicht umsetzbar wäre, ohne dass sensitive Informationen bekannt gegeben werden müss- ten. Auch wäre wiederum der Informations-Mehrwert für die betroffenen Personen aus der Sicht der IG DHS sehr gering.

- Die IG DHS fordert deshalb, dass geschäftlich sensitive Bearbeitungsvorgänge von vornherein von einer etwaigen Information oder Auskunft ausgenommen werden können.

7. Alleinige Aufsicht des Beauftragten in der Schweiz sicherstellen

- Die DSGVO tritt im Mai 2018 in Kraft, das revidierte DSG wird zu gegebenem Zeitpunkt folgen. Die Parallelität der beiden gesetzlichen Rahmen wirft die Frage der aufsichtsrechtlichen Zuständigkeit auf: Es muss gewährleistet werden, dass der Beauftragte in der Schweiz die alleinige aufsichtsrechtliche Hoheit hat, egal ob in einem bestimmten Fall das Schweizer DSG oder die DSGVO Anwendung zur Anwendung kommt.
- Die IG DHS begrüsst es, dass sich Bundesrat und Parlament im Rahmen der Motion 16.3752 mit dieser Problematik befassen und auch ihre Bereitschaft signalisiert haben, in dieser Sache Sondierungsgespräche mit der EU zu führen.

8. Umfassende Überarbeitung der strafrechtlichen Bestimmungen nötig

Die IG DHS fordert aufgrund der folgenden Erwägungen eine umfassende Überarbeitung der vorgesehenen Strafbestimmungen:

- **Grundsätzliches:** Die Strafbestimmungen verstossen gegen strafrechtliche Grundprinzipien. Die vorgesehenen Mitwirkungspflichten (insbesondere die Meldepflicht bei Datenschutzverstössen) kämen faktisch einer Selbstanzeige gleich, was mit Blick auf das Selbstbelastungsverbot besonders stossend ist.
- **Persönliche Strafbarkeit von Mitarbeitenden:** Die IG DHS lehnt die vorgesehenen individualstrafrechtlichen Sanktionen ab. Sie führen zu einer Kriminalisierung der mit dem Datenschutz betrauten Mitarbeiter. Die gesetzlich gegebenen Spielräume bei der Datenbearbeitung werden dann aus Angst vor persönlicher Bestrafung nicht ausgenutzt und es wird ein Denunziantentum innerhalb der Unternehmen gefördert. Ausserdem geraten Mitarbeitende in einen nicht hinnehmbaren Zielkonflikt, wenn sie zwischen der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen und der Einhaltung ihrer Pflichten aus dem Datenschutzrecht abwägen müssen.
- **Verwaltungssanktionen gegen Unternehmen:** Im Gegenzug sind die Möglichkeiten zu Verwaltungssanktionen gegen Unternehmen auf verhältnismässige Art und Weise zu erweitern. Dieser Ansatz ist auch in der EU üblich, steht im Einklang mit anderen Gesetzen (KG, UWG, FMG und BEHG) und ist sachgerecht. Dabei ist darauf zu achten, dass die Sanktion zwar wirksam und abschreckend, aber auch angemessen ist. Als angemessen erachten wir dabei eine Busse von höchstens CHF 500'000.- resp. höchstens 250'000.- bei leichtem Verschulden.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Argumente und stehen Ihnen für Rückfragen jederzeit zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Beat Flury
Leiter IG DHS AG Binnenmarkt

Salome Hofer
Mitglied IG DHS AG Binnenmarkt

Beilage: Fragebogen IG DHS zur Totalrevision DSG