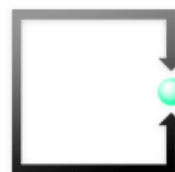


FSDZ RECHTSANWÄLTE & NOTARIAT AG
ZUGERSTRASSE 76b
CH-6340 BAAR
Tel. ++ 41 41 727 60 80
Fax. ++ 41 41 727 60 85
marti@fsdz.ch



AUSDRÜCKLICHKEIT DER EINWILLIGUNG IM DATENSCHUTZ

2.11.2017



Andreas Marti,
Rechtsanwalt, LL.M.

Bereits im heutigen Datenschutzgesetz ist für die Bearbeitung von gewissen Personendaten eine «ausdrückliche Einwilligung» erforderlich. Dies wird auch in Zukunft mit dem revidierten Datenschutzgesetz der Fall sein. Nach wie vor umstritten sind allerdings die genauen Anforderungen, welche an solch eine qualifizierte Einwilligung zu stellen sind. Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) hat jetzt im Rahmen einer Stellungnahme zum Einsatz digitaler Kampagnentools zu politischen Zwecken seine Auffassung zu dieser Anforderung weiter präzisiert.

Selbst in der Botschaft zum derzeit vorliegenden Entwurf des neuen Datenschutzgesetzes wird zu Art. 5 E-DSG in Bezug auf die Ausdrücklichkeit einer Einwilligung festgehalten, dass die Tragweite dieser Anforderung bereits im aktuellen Recht teilweise umstritten sei, wobei jedoch der Bundesrat keinen Anlass sehe, von der derzeitigen Rechtslage abzuweichen. Es erstaunt deshalb nicht, dass jetzt der EDÖB seine Auffassung zu diesem Punkt in einem Anwendungsfall weiter präzisiert. Eine «ausdrückliche Einwilligung» wird gemäss Art. 5 Abs. 6 E-DSG wie bisher erforderlich sein für die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten und neu für das sogenannte Profiling. Der Begriff Profiling wird dabei in Anlehnung an die Rechtslage in der EU den im geltenden Art. 4 Abs. 5 DSGVO verwendeten Begriff des Persönlichkeitsprofils ablösen.

Im Zusammenhang mit dem aktuellen Thema des Einsatzes digitaler Kampagnentools zu politischen Zwecken und der dabei möglichen Verknüpfung von Personendaten mit Daten aus der Nutzung von Social-Media-Plattformen können gemäss EDÖB Persönlichkeitsprofile entstehen, für welche – sofern nicht ein Rechtfertigungsgrund nach Art. 13 DSGVO vorliegt – eine ausdrückliche Einwilligung erforderlich ist. Dazu schätzt er die rechtlichen Anforderungen an eine solche Einwilligung wie folgt ein (vgl. <https://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00628/00653/01471/index.html?lang=de>):

Lukas Fässler

lic.iur. Rechtsanwalt^{1,2}, Informatikexperte
faessler@fsdz.ch

Andreas Marti

lic.iur. Rechtsanwalt^{1,2}, LL.M.
marti@fsdz.ch

Zugerstrasse 76b
CH-6340 Baar
Tel.: +41 41 727 60 80
Fax: +41 41 727 60 85
www.fsdz.ch
sekretariat@fsdz.ch
UID: CHE-349.787.199 MWST



Assoziierte selbständige Rechtsanwältin:

Eva Patroncini

lic.iur. Rechtsanwältin^{1,3}
Fachanwältin SAV für Arbeitsrecht
Imkerstrasse 7
CH-8610 Uster
Tel.: +41 44 380 85 85
patroncini@fsdz.ch

Partnerkanzleien:

Lichtsteiner Rechtsanwälte und Notare

Urs Lichtsteiner

lic. iur. Rechtsanwalt^{1,2}, MSc (Stanford)
lichtsteiner@lilaw.ch

Nadja Eggerschwiler

MLaw Rechtsanwältin und Notarin^{1,2}
eggerschwiler@lilaw.ch

Baarerstrasse 10, Postfach 7517
CH-6302 Zug
Tel.: +41 41 726 90 00
Fax: +41 41 726 90 05
www.lilaw.ch
info@lilaw.ch
UID: CHE-404.805.335 MWST

Anwaltskanzlei Dr. Weltert

Hans M. Weltert

Dr. iur. Rechtsanwalt^{1,4}
hans.weltert@raweltert.ch

Matthias Heim

lic.iur. Rechtsanwalt^{1,4}
matthias.heim@raweltert.ch

Michael Heim

lic.iur. Rechtsanwalt^{1,4}
michael.heim@raweltert.ch

Bahnhofstrasse 10
CH-5001 Aarau
Tel.: +41 62 832 77 33
Fax: +41 62 832 77 34
www.raweltert.ch
info@raweltert.ch
UID: CHE-100.877.506 MWST

¹ Mitglied des Schweizerischen
Anwaltsverbandes

² Eingetragen im Anwaltsregister
des Kantons Zug

³ Eingetragen im Anwaltsregister
des Kantons Zürich

⁴ Eingetragen im Anwaltsregister
des Kantons Aargau



- Mit Kampagnentools dürfen nur Daten über Personen bearbeitet werden, die *ausdrücklich*, *selbstbestimmt* und *hinreichend informiert* in deren Anwendung *eingewilligt* haben. Politische Gruppierungen und Interessenverbände dürfen Daten mit solchen Tools nur zu den Zwecken und in dem Umfang bearbeiten, für die eine Einwilligung vorliegt.
- Eine *ausdrückliche* Einwilligung liegt vor, wenn sich die betroffenen Personen auf der Webseite der Kampagnenverantwortlichen registriert haben und sich ausdrücklich (z.B. durch Setzen eines entsprechenden Häkchens) damit einverstanden erklären, dass ihre hinterlegten Daten mit den entsprechenden Tools bearbeitet werden.
 - Erklärungen, mit denen Personen lediglich in genereller Weise Nutzungsbedingungen annehmen, sind keine ausdrücklichen Einwilligungen zum Einsatz von Kampagnentools.
 - Das gleiche gilt für Äusserungen, mit denen Anliegen und Inhalte von Kampagnenverantwortlichen, z.B. auf Social-Media-Plattformen, abonniert oder kommentiert werden.
 - Einwilligungen können sich nur auf die eigenen Daten beziehen. Die Anwendung der Tools auf Daten von Drittpersonen setzt deren Einwilligung voraus.
- *Selbstbestimmt* ist die Einwilligung, wenn die Betroffenen jederzeit die Möglichkeit haben, ihre Einwilligung zu widerrufen und sich von der Datenbearbeitung mit dem Kampagnentool abzumelden.
- Eine *informierte* Einwilligung setzt voraus, dass interessierte Personen vor der Registrierung *fair* und *vollständig* über die Bearbeitung ihrer Daten mit dem Kampagnentool und ihre Rechte, wie z.B. jenes des jederzeitigen Widerrufs, informiert worden sind.
 - *Fair* bedeutet, dass die Information sprachlich leicht verständlich, rasch auffindbar und graphisch übersichtlich vermittelt wird.
 - *Vollständig* sind Online-Texte, welche die Zwecke und Wirkungsweisen der digitalen Kampagnentools in mehreren adressatengerechten Erklärungstiefen zugänglich machen und insbesondere über die Dauer der Bearbeitung und die allfällige Weitergabe der Daten Auskunft geben. Die Kaskade der Informationen beginnt mit einer gut sichtbaren Kurzinformation auf der Registrierungsseite, welche die wichtigsten Punkte der Datenbearbeitung erklärt. Jeder dieser Punkte enthält Links, die den Leser auf die jeweils relevanten Passagen der einschlägigen Bearbeitungsreglemente und Datenschutzbestimmungen führen.
 - Zur vollständigen Information gehören insbesondere auch Angaben über die Bearbeitung von Daten, die mit Informationen aus Sozialen Medien angereichert und ausgewertet werden („Social Match“).

Diese rechtliche Einschätzung zeigt, in welche Richtung eine «ausdrückliche Einwilligung» gemäss EDÖB gehen soll. Gleichzeitig werden dadurch schwierige Abgrenzungsfragen, welche sich in der Praxis oft stellen, sichtbar. Gemäss EDÖB soll eine generelle Annahme von Nutzungsbedingungen, in denen - allenfalls auch fair und vollständig - über die beabsichtigte Bearbeitung der betroffenen Daten informiert wird, noch nicht reichen, um die Anforderungen an eine «ausdrückliche Einwilligung» zu erfüllen. Am Ort der Erklärung zur Einwilligung («Setzen des Häkchens») soll somit bereits über die konkrete Verwendung



der Daten informiert werden. Es ist offensichtlich, dass bei der konkreten Umsetzung dieser Anforderungen ebenfalls die gleichzeitige Beachtung der beiden Untieranforderungen der *fairen* und *vollständigen* Information anspruchsvoll sein kann. Wird bereits am Erklärungsort zu umfänglich über die genau beabsichtigte Bearbeitung informiert, steigt das Risiko, dass die Information nicht mehr *fair* ist, da der Einwilligende mit langen und technischen Ausführungen an diesem Punkt überfordert wird, was auch rechtlich dazu führen kann, dass die Einwilligung nicht richtig erfolgt. Es muss deshalb im Einzelfall festgelegt werden, wie genau die Formulierung am Erklärungsort selbst und in allenfalls verwiesenen Nutzungs- und Datenschutzbestimmungen zu erfolgen hat.

Es ist schliesslich davon auszugehen, dass die konkreten Anforderungen an eine «ausdrückliche Einwilligung» und deren Einhaltung in Zukunft angesichts der sich abzeichnenden Revision des Datenschutzgesetzes sowie der damit verbundenen strengeren Sanktionsmöglichkeiten noch weiter an Bedeutung gewinnen werden.