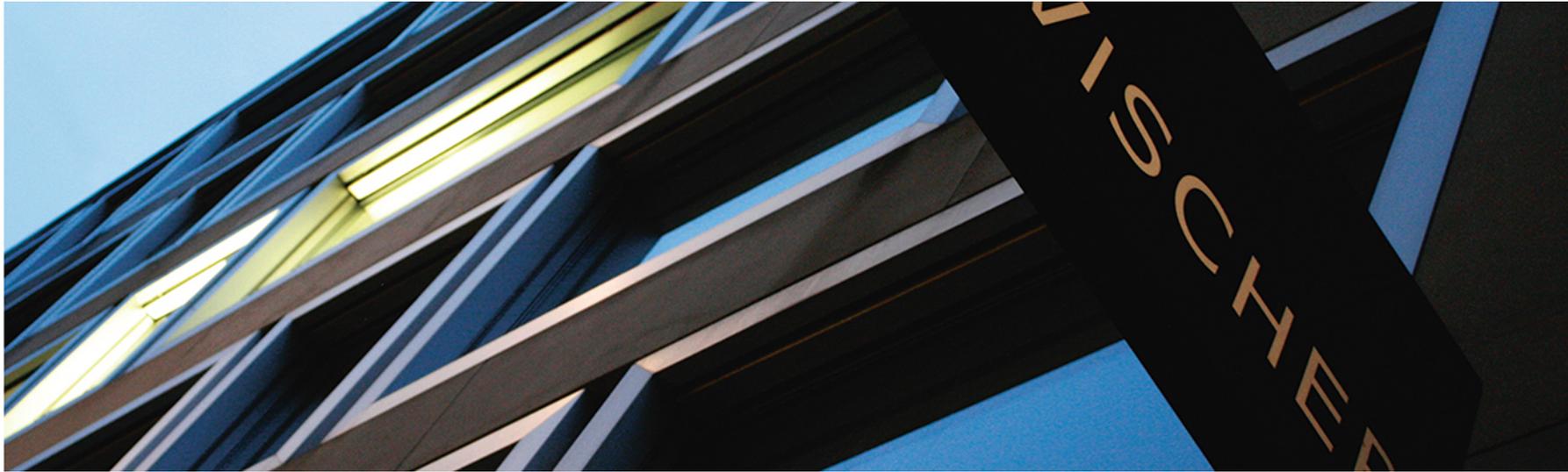


VISCHER

Entwicklungen im Datenschutzrecht – Auswirkungen auf
Anwältinnen und Anwälte.



SAV Anwaltskongress 2019 – Praxisbezogene Weiterbildung, Luzern, 14. Juni 2019
Thomas Steiner

Agenda.

- Entwicklungen in der Gesetzgebung
 - Stand der Gesetzesrevision in der Schweiz
 - Gesetzesrevisionen in der EU: Nach der DSGVO die ePrivacy-Verordnung
 - Auswirkungen der Gesetzesrevisionen auf Anwältinnen und Anwälte in der Schweiz
- Entwicklungen in der Gerichtspraxis – Auskunftsrecht nach DSG und DSGVO
 - Aktuelle Rechtsprechung (Schweiz und Deutschland)
 - Auskunftsrecht und Anwaltsgeheimnis

Referent.



Thomas Steiner

Dr. iur., LL.M. (Berkeley), Rechtsanwalt

- Leiter des Praxisteams Data & Privacy, VISCHER AG, Zürich
- Schweizer und Europäisches Datenschutzrecht, digitale Transformation
- Besonderes Interesse für Datennutzung und -management in regulierten Sektoren
- Mitglied der Expertenkommission Datenschutz des Schweizerischen Anwaltsverbands

Entwicklungen in der Gesetzgebung: Verzögerte Datenschutzrevisionen (Teil I).



Stand der Gesetzesrevision in der Schweiz.

Die Kommission hat die Detailberatung zu
begonnen mit dem Ziel, diese im Hinblick
auf die **Wintersession** abzuschliessen (**17.059** n l
(Medienmitteilung der SPK-N, 29.06.2018)

Geschäft bis zur **Frühlingsession** fertig zu beraten», sagt Fluri. Dafür
«Das Ziel ist nun aber, das
(Das Parlament lässt sich Zeit beim
Datenschutzgesetz, NZZ, 10.11.2018)

DATENSCHUTZGESETZ: BEHANDLUNG IM RAT FRÜHESTENS IN DER SOMMERSESSION

Die Kommission hat die Beratung der Vorlage für ein neues Datenschutzgesetz
fortgesetzt (**17.059** n Datenschutzgesetz. Totalrevision und Änderung weiterer
Erlasse zum Datenschutz). Die Vorlage wird **voraussichtlich in der Sommersession** im
Nationalrat behandelt werden können.
(Medienmitteilung der SPK-N, 01.02.2019)

DATENSCHUTZGESETZ: BEHANDLUNG IM RAT VORAUSSICHTLICH IN DER HERBSTSESSION

Die Kommission hat die Beratung der Vorlage für ein neues Datenschutzgesetz
fortgesetzt (**17.059** n Datenschutzgesetz. Totalrevision und Änderung weiterer
Erlasse zum Datenschutz). Die Vorlage wird **voraussichtlich in der Herbstsession** im
Nationalrat behandelt werden können. (Medienmitteilung der SPK-N, 24.05.2019)

Was (wohl) noch zu reden gibt.



- **Daten-Portabilität:** Konsumentenschutz – Wettbewerbsrecht – oder doch DSGVO?
- Strafbestimmungen – **Verwaltungssanktionen?**
- Sanktionierung der Verletzung weiterer Pflichten als Informations-, Auskunfts- oder Mitwirkungspflichten?
- Online-Werbung: Profiling-Regelungen strenger als in DSGVO?
- ... und die Anliegen der Anwaltschaft: Verbesserungen zum **Schutz von Berufsgeheimnissen**, insbes. in Bezug auf das Auskunftsrecht und die Untersuchungsbefugnisse des EDÖB (vgl. Stellungnahmen des SAV)

Während wir warten...•



HS 2019 (?)



2020... ?

Entwicklungen in der Gesetzgebung: Verzögerte Datenschutzrevisionen (Teil II).



DSGVO im zweiten Jahr.

The focus for the second year of the GDPR must be **beyond baseline compliance** - organisations need to shift their focus to accountability with a real evidenced understanding of the **risks to individuals** in the way they process data and how those risks should be mitigated. Well-supported and resourced DPOs are central to effective accountability. (UK ICO, Elizabeth Denham, Blog: GDPR – one year on, 30.05.2019)

- Nach dem «Compliance Rush» – Schwerpunktsetzung in der Compliance
- Datenschutz und Datenmanagement als Themen im Unternehmen erkannt
- Interne (und externe) Ressourcen für Datenschutz-Compliance – noch nicht selbstverständlich



EU – nach der DSGVO die ePrivacy-VO.

- ePrivacy-RL und DSGVO gelten (momentan) parallel
- ePrivacy-VO: **Stark verspätet** – in vielen Punkten noch kein Konsens
- Zuletzt «Progress Report» (20.05.2019) im Hinblick auf den EU-Rat der Telekommunikationsminister vom 7. Juni 2019
- Zweck: Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (nicht nur Verarbeitung personenbezogener Daten)
- Tracking und Profiling für **Online-Werbung: Cookies nur mit Einwilligung**
- Gemäss Entwurf vom 22. Februar 2019 immerhin: Setzen von Cookies für **Publikummessung** (z.B. mit Google Analytics) ohne Einwilligung möglich

Auswirkungen der Gesetzesrevisionen auf Anwältinnen und Anwälte in der Schweiz.



Die DSGVO im Überblick.



Rechtsgrundlage
(insbes. berechtigtes
Interesse, Vertrag,
EU/EWR/MS Gesetz und
Einwilligung)



Grundsätze (insbes.
Zweckbindung, Transpa-
renz, Datensparsamkeit,
Speicherbegrenzung und
Sicherheit)



Transparenz
(Informations-
pflicht)



Rechte der Betroffenen
(insbes. Auskunft,
Berichtigung und Löschung)



Dokumentations-
pflichten /
Governance



Auftragsdaten-
verarbeitung



Datentransfer in
Drittland



Autom. Entscheide im
Einzelfall, einschl.
Profiling



Datenschutz-Folgen-
abschätzung /
Privacy-by-Design



Data Breach-
Meldepflicht



Datensicherheit



Aufsicht /
Durchsetzung

Entwurf des DSG (2017) inhaltlich nahe an DSGVO.



Bei Bundesorganen:
Rechtsgrundlage
(insbes. Gesetz direkt/
indirekt; Einwilligung)



Grundsätze (insbes.
Zweckbindung, Transparenz,
Datensparsamkeit,
Speicherbegrenzung und
Sicherheit)



Transparenz
(Informationspflicht)



Rechte der Betroffenen
(insbes. Auskunft,
Berichtigung und Löschung)



Dokumentationspflichten /
Governance



Auftragsdatenbearbeitung



Datentransfer ins
Ausland



Autom. Entscheide im
Einzelfall, einschl.
Profiling



Datenschutz-Folgenabschätzung /
Privacy-by-Design



Data Breach-Meldepflicht



Datensicherheit



Aufsicht /
Durchsetzung

Bedeutung der DSGVO für Anwältinnen und Anwälte in der Schweiz.

- Marktortsprinzip: Angebot an natürliche Personen, die (im Zeitpunkt des Angebots) im EWR sind – erkennbare Ausrichtung auf EWR-Markt
 - Kleinere Kanzleien in der Schweiz mit **spezifischen Angeboten für natürliche Personen im EWR** (z.B. in den Bereichen Steuerberatung und erbrechtliche Beratung)
 - Grosskanzleien in der Schweiz: **Private Clients – Ausrichtung auf EWR-Markt**
- Verhaltensbeobachtung: Im EWR stattfindendes Verhalten von Individuen beobachten – verbunden mit bestimmtem Zweck einer daran anschliessenden Weiterverwendung der Daten, insbes. anschl. Verhaltensanalyse oder Profiling
- (Niederlassung im EWR)

Durchsetzung der DSGVO.

- Datenschutzaufsichtsbehörden der EWR-Mitgliedsstaaten
 - Beurteilung, Verwarnung, Einschränkung oder Untersagung, Geldbussen
 - Vollstreckung in Schweiz derzeit unwahrscheinlich / keine Zwangsmassnahmen!
 - Vorsicht Art. 271 StGB: Keine Kooperation unter Zwang!
 - Freiwillige Beantwortung von Anfragen und Beachtung von Beurteilungen zulässig
- Zivilrechtliche Durchsetzung
 - Aufenthaltsort der betroffenen Person; Sitz des Verantwortlichen / Auftragsverarbeiters
 - Schadenersatz, Unterlassung, Beseitigung, Feststellung
- Strafbestimmungen im Recht der EWR-Mitgliedsstaaten
- (Kartell- und wettbewerbsrechtliche Durchsetzung)

DSGVO-Anforderungen und Umsetzungsmassnahmen in der Anwaltskanzlei (1/2).

Anforderung	Umsetzung
 Rechtsgrundlage für jede Datenverarbeitung	DSGVO ist Verbotsgesetzgebung: Erlaubnistatbestand / Rechtsgrundlagen prüfen und in Datenschutzerklärung bezeichnen
  Verarbeitungsgrundsätze (insbes. Transparenzprinzip) einhalten	Datenschutzerklärung für Kanzlei-Website und (ggf. separat, z.B. begleitend zum Mandatsvertrag bei EWR-Private Clients) Hinweise zur Datenverarbeitung bei Beratung und Vertretung
 Betroffenenrechte (insbes. Auskunft, Berichtigung und Löschung) gewähren	Interne Prozesse prüfen, ggf. Weisungen (Vorsicht Anwaltsgeheimnis!)

DSGVO-Anforderungen und Umsetzungsmassnahmen in der Anwaltskanzlei (2/2).

Anforderung	Umsetzung
 <p>Dokumentationspflichten einhalten</p>	<p>Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten erstellen und regelmässig aktualisieren</p>
 <p>Sorgfältige Auswahl, Instruktion und Kontrolle von Auftragsverarbeitern</p>	<p>Auftragsverarbeitungsvertrag abschliessen (Verantwortlicher–Auftragsverarbeiter-Verhältnis aber nicht vorschnell annehmen!)</p>
 <p>Vertraulichkeit, Verfügbarkeit und Integrität der personenbezogenen Daten schützen;</p>  <p>Datensicherheits-Verletzungen untersuchen und ggf. melden</p>	<p>Technische und organisatorische Schutzmassnahmen implementieren / Wirksamkeit periodisch prüfen, bewerten und evaluieren;</p> <p>Prozess für Untersuchung und Meldung von Datensicherheits-Verletzungen implementieren (Vorsicht Anwaltsgeheimnis!)</p>

Auskunftsrecht nach DSGVO und DSG.



Auskunftsrecht im Spannungsfeld zwischen Transparenz- und Geheimhaltungsinteressen.

- **Transparenzinteresse des Auskunftsberechtigten**
 - Auskunftsrecht (Art. 8 DSGVO / Art. 15 DSGVO) ermöglicht oder erleichtert Durchsetzung anderer Betroffenenrechte (insbes. Berichtigung oder Löschung); und
 - gewährleistet transparente Datenbearbeitung (nebst Informationspflicht bei Erhebung)
- **Geheimhaltungsinteressen des Anwalts, Klienten oder Dritter**
 - Auskunft kann Datenschutzinteressen anderer betroffener Personen gefährden
 - Auskunft kann Ausübung oder gerichtliche Durchsetzung von Rechtsansprüchen oder wirksame Verteidigung des Klienten beeinträchtigen
 - Auskunft kann Vertraulichkeit der Rechtsberatung beeinträchtigen
 - Öffentliches Interesse am Schutz des Anwaltsgeheimnisses: Funktionieren des Rechtssystems und Zugang zur Justiz sichern

Einschränkung der Auskunft gemäss Art. 9 DSGVO.

- Verweigerung, Einschränkung oder Aufschub erlaubt, «soweit»
 - Gesetz im formellen Sinn dies vorsieht (Art. 9 Abs. 1 lit. a DSGVO);
 - überwiegende Interessen Dritter dies erfordern (Art. 9 Abs. 1 lit. b DSGVO); oder
 - soweit eigene überwiegende Interessen des Inhabers der Datensammlung dies erfordern und er die Personendaten nicht Dritten bekannt gibt (Art. 9 Abs. 4 DSGVO)
- Interessenabwägung:
 - Auskunftsverpflichteter muss Verweigerungsgrund angeben (Art. 9 Abs. 5 DSGVO)
 - Gesuchstellerin muss Auskunftsgesuch in diesem Fall begründen → Interessenabwägung
 - Verhältnismässigkeit: Kein generelles Verweigerungsrecht – nur **soweit** als notwendig

Einschränkungen nach EU-Recht – DSGVO (1/2).

- Ansprüche auf Auskunft und Kopie beziehen sich nur auf Daten
 - mit (hinreichendem) **Personenbezug**,
 - die **Gegenstand der Verarbeitung** sind (Art. 15 Abs. 1 und 3 DSGVO)
- Art. 15 Abs. 4 DSGVO
 - erlaubt Einschränkung des **Rechts auf Erhalt einer Kopie** (Abs. 3), soweit Offenlegung die **Rechte und Freiheiten anderer Personen** beeinträchtigen würde;
 - bezieht sich auf Schutz von Daten Dritter (vgl. ErwGr 63: Schutz von Geheimhaltungsinteressen und Rechten an geistigem Eigentum); und
 - (umstritten) gilt nur für Recht auf Erhalt einer Kopie (soweit als eigenständiger Anspruch verstanden), nicht für die weiteren Informationen gemäss Abs. 1

Einschränkungen nach EU-Recht – DSGVO (2/2).

- Weitere ausdrücklich geregelte Einschränkungen
 - Einschränkung des Rechts auf Auskunft und Kopie nach Art. 15 DSGVO, wenn das Begehren **exzessiv** ist (Art. 12 Abs. 5 lit. b DSGVO)
 - Verweigerung der Auskunft oder Kopie wenn **Identifizierung des Betroffenen unmöglich** und für die Verarbeitung auch nicht (mehr) erforderlich ist (Art. 12 Abs. 2 i.V.m. Art. 11 DSGVO)
- Analoge Anwendung (weil planwidrige Lücke) von Art. 14 Abs. 5 lit. b und d DSGVO → Einschränkung der Auskunft (oder der Kopie), **soweit**
 - dies **unmöglich ist oder unverhältnismässigen Aufwand** erfordert; oder
 - zum Schutz von **Berufsgeheimnissen** gemäss Recht der Mitgliedstaaten erforderlich ist

Zusätzliche Einschränkungen gemäss Recht der EU/EWR-Mitgliedsstaaten.

- **Art. 23 Abs. 1 DSGVO** (Öffnungsklausel) – Beschränkungen von Betroffenenrechten gemäss nationalem Recht
- Beispiele (Deutschland und Irland) mit besonderer Relevanz für die Anwalt–Klient-Beziehung: Einschränkung des Rechts auf Auskunft und Kopie nach Art. 15 DSGVO insbes. zulässig
 - zum Schutz des **Anwaltsgeheimnisses** (§ 162(a)(i)–(iii) Data Protection Act 2018 – *Legal Privilege*; § 29 Abs. 1 Satz 2 BDSG); sowie
 - Um die **Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen** nicht zu beeinträchtigen (§ 60(3)(a)(iv)–(vi) Data Protection Act 2018; § 34 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 33 Abs. 1 Nr. 2 Bst. a BDSG)

Auskunftsrecht – Zweck und grundrechtliche Bedeutung BGE 144 I 126.

- Causa
 - Gesuch auf Löschung von Verkehrs- und Rechnungsdaten der Telekommunikation
 - Streitgegenstand: Ist Speicherung und Aufbewahrung (Vorratshaltung) der Randdaten verfassungs- und konventionskonform?
- Erwägungen zum Auskunftsrecht
 - Auskunfts- und Einsichtsrecht nach Art. 13 BV und Art. 8 EMRK ist «**unentbehrliche Voraussetzung für die Verwirklichung des Schutzes der Privatsphäre**» (E. 8.3.7)
 - Auskunftsrecht nach Art. 8 DSGVO: «Einhaltung der datenschutzrechtlichen Grundsätze und Bestimmungen zu überprüfen und gegebenenfalls durchzusetzen» (E. 8.3.7)
 - Auskunfts- und Löschungsrecht bieten «**wirksame und angemessene Garantien** zum Schutz vor Missbrauch und behördlicher Willkür» (E. 8.4)

Auskunftsrecht – Kopie genügt nicht (immer) OGer ZH, LA180010, 19.12.2018.

- Causa
 - Bank entdeckt bei Hintergrund-Check einen Eintrag im «Global Tracking System» (GTS); annulliert deshalb die Anstellung
 - Klage auf umfassende Auskunftserteilung zu GTS-Eintrag (Art. 8 DSGVO)
- Zentrale Erwägungen zum Auskunftsrecht
 - Aushändigung einer Kopie des GTS-Eintrags genügt nicht (E. 3b)
 - Umfassende Auskunft: (zusätzlich zur Kopie) **weitere Informationen** zur Datenbearbeitung (Art. 8 Abs. 2 DSGVO), namentlich zu Inhalt, Herkunft und Verwendung (Zweck) des GTS-Eintrags (E. 3b)

Auskunftsrecht – Schutz des Whistleblowing-Systems LArbG Baden-Württemberg, 17 Sa 11/18, 20.12.2018.

- Causa
 - Kläger (ehem. Arbeitnehmer von Daimler) verlangt im Rahmen einer arbeitsrechtlichen Streitigkeit Auskunft zu ihn betreffenden «Leistungs- und Verhaltensdaten» im Zusammenhang mit einem ihn betreffenden Whistleblowing-Fall
 - Daimler verweigert Auskunft – Grund: Schutz des Whistleblowers
- Zentrale Erwägungen: Substantiierung konkreter Geheimhaltungsinteressen
 - Genereller Verweis auf legitimes Interesse an bedingungslosem Schutz des Whistleblowers / Interesse an funktionierendem Whistleblowing-System genügt nicht als Verweigerungsgrund (Rz. 208 f.)
 - Verantwortlicher muss **konkret darlegen**, auf welchen Sachverhalt oder Vorfall sich das geltend gemachte Geheimhaltungsinteresse bezieht (Rz. 209)

Auskunftsrecht – Umfang des Rechts auf «Kopie» LG Köln, 26 O 25/18, 18.03.2019.

- Causa
 - Versicherungsnehmerin verlangt Auskunft nach Art. 15 DSGVO
 - Versicherung erteilt schriftlich Auskunft zu abgeschlossenen Lebensversicherungsverträgen; verweigert Herausgabe von Aktenkopien
- Zentrale Erwägungen: Umfang des Rechts auf «Kopie» – **keine Aktenkopien!**
 - Auskunftsanspruch ist **umfassend**, bezieht sich auch auf personenbezogene Daten in ärztlichen Unterlagen oder Gutachten (Rz. 21)
 - Aber: Gegenstand der Auskunft (Art. 15 Abs. 1 DSGVO) und Kopie (Art. 15 Abs. 3 DSGVO) sind nur **die verarbeiteten personenbezogenen Daten**, die Gegenstand der Verarbeitung sind, nicht die eigentlichen ärztlichen Unterlagen, Gutachten, internen Vermerke oder der gesamte Schriftverkehr mit dem Gesuchsteller (Rz. 21)

Auskunftsrecht und Anwaltsgeheimnis.



Auskunftsrecht und Anwaltsgeheimnis (1/2).

- Anwaltsgeheimnis schützt (i) **Interessen des Klienten (Drittinteressen)** sowie (ii) das **Funktionieren des Rechtssystems (öffentliche Interessen)**
- Zudem: **eigene Geheimhaltungsinteressen** der Anwältin / des Anwalts!
- Verweigerung oder Einschränkung der Auskunft zum Schutz des Anwaltsgeheimnisses:
 - Art. 9 Abs. 1 und 4 DSGVO (Verbesserungen in SAV-Stellungnahmen zum E-DSG angeregt)
 - Art. 15 Abs. 4 DSGVO und Einschränkungen im nat. Recht gestützt auf Art. 23 DSGVO
- Achtung: DSGVO (inkl. Auskunftsanspruch) gilt auch während hängigen Gerichtsverfahren (so auch im Entwurf des revidierten DSGVO vorgesehen)

Auskunftsrecht und Anwaltsgeheimnis (2/2).

- Vorsicht bei Identifizierung des Gesuchstellers – unberechtigte Offenlegung kann (auch) Datensicherheits-Verletzung darstellen
 - Ist die Gesuchstellerin Mitarbeiterin, Klientin, Gegenpartei oder eine andere Person?
 - Stellt die betroffene Person das Gesuch selber oder ist sie vertreten?
- Interne Prozesse implementieren
 - Triage; Gesuch an verantwortliche Person in Kanzlei weiterleiten; Frist berechnen
 - Identität der Gesuchstellerin prüfen
 - Umfassende Auskunft und / oder Kopie – Präzisierung / Einschränkung verlangen
 - Ausnahmen prüfen, insbes. Schutz von Daten Dritter / Anwaltsgeheimnis
 - Auskunft erteilen und dokumentieren

Kontakt.



Thomas Steiner

Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt

VISCHER AG, Zürich

tsteiner@vischer.com

+41 58 211 34 76

Anhang.



Hinweise (1/2).

- Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung; ABl. L 119, 4. Mai 2016, 1–88)
- EDPB, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3) – Version for public consultation adopted on 16 November 2018
- Deutscher Anwaltverein, DAV-Merkblatt: Umsetzung der Datenschutz-Grundverordnung in Anwaltskanzleien (<https://anwaltverein.de/de/praxis/datenschutz>)
- Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz (Entwurf; BBl 2017 7193)
- Bundesgesetz über den Datenschutz im Rahmen der Anwendung des Schengen-Besitzstands in Strafsachen (Schengen-Datenschutzgesetz, SDSG; SR 235.3)

Hinweise (2/2).

- Schweiz
 - BGE 144 I 126 (Zweck und grundrechtliche Bedeutung des Auskunftsrechts)
 - OGer ZH, LA180010 (Recht auf Kopie *und* weitere Informationen)
 - KGer GB, SK2 18 50 (Strafbarkeit unvollständiger Auskunft)
- Deutschland
 - LArbG Baden-Württemberg, 17 Sa 11/18, 20.12.2018 (Geheimhaltungsinteressen)
 - LG Köln, 26 O 25/18, 18.03.2019 (Recht auf Kopie)
 - Bundeskartellamt, Urteil B6-22/16, 06.02.2019 i.S. Facebook (sog. Konditionenmissbrauch)

VISCHER

Herzlichen Dank.

Zürich

Schützengasse 1
8021 Zürich, Schweiz
Tel +41 58 211 34 00

Basel

Aeschenvorstadt 4
4010 Basel, Schweiz
Tel +41 58 211 33 00
