

EU-Datenschutzgrundverordnung

Stand: 01.07.2018

Grundsätzliches

Seit dem 25. Mai 2018 ist die EU-Datenschutzgrundverordnung (nachfolgend «EU-DSGVO») in Kraft, die im Vergleich zu den schweizerischen Bestimmungen ein höheres Datenschutzniveau garantiert und den betroffenen Personen weitergehende Rechte gewährt (auf Auskunft, Berichtigung, Einwilligung zur Datenverarbeitung etc.). Die EU-DSGVO wirkt sich unter gewissen Voraussetzungen auch auf nicht EU-Staaten aus. Nachfolgend soll geklärt werden, inwiefern die EU-DSGVO auf die Mitglieder des SVIT Anwendung findet. Unabhängig davon, ob die EU-DSGVO für anwendbar befunden wird oder nicht, wird sodann aufgezeigt, welche Massnahmen ergriffen werden müssten, um die Einhaltung der europäischen Regelungen zu gewährleisten. Ein Hauptaugenmerk wird dabei auf den Betrieb und den Unterhalt der Webseiten der SVIT-Mitglieder geworfen.

Gesetzliche Grundlage/Anwendbarkeit der EU-DSGVO

Die EU-DSGVO gilt gemäss dem sog. Marktortprinzip nicht nur in der EU, sondern entfaltet ihre Wirkung je nach Konstellation auch im EU-Ausland. Der vorliegend im Interesse stehende (extraterritoriale) räumliche Anwendungsbereich der EU-DSGVO wird in Art. 3 Abs. 2 EU-DSGVO festgelegt. Der Wortlaut des Artikels lautet wie folgt:

Diese Verordnung findet Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten von betroffenen Personen, die sich in der Union befinden, durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter, wenn die Datenverarbeitung im Zusammenhang damit steht

- a. *betroffenen Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten, unabhängig davon, ob von diesen betroffenen Personen eine Zahlung zu leisten ist;*
- b. *das Verhalten betroffener Personen zu beobachten, soweit ihr Verhalten in der Union erfolgt.*

Bevor die Verordnungsbestimmung ausgelegt werden kann, müssen die darin verwendeten Begriffe kurz erläutert werden.

Begriffsbestimmungen

Personenbezogene Daten (Art. 4 Abs. 1 DSGVO): «Personenbezogene Daten» sind alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden «betroffene Person») beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen identifiziert werden kann, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder

sozialen Identität dieser natürlichen Person sind. Beispiele für personenbezogene Daten sind: Name, Adresse, Geburtsdatum, Bankdaten.

(Daten-) Verarbeitung (Art. 4 Abs. 2 EU-DSGVO): «Verarbeitung» ist jeder mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführte Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung.

Verantwortliche (Art. 4 Abs. 7 EU-DSGVO): «Verantwortliche» sind natürliche oder juristische Personen, Behörden, Einrichtungen oder andere Stellen, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheiden.

Auftragsverarbeiter (Art. 4 Abs. 8 EU-DSGVO): «Auftragsverarbeiter» sind natürliche oder juristische Personen, Behörden, Einrichtungen oder andere Stellen, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeiten.

Anwendbarkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a EU-DSGVO

Entscheidend für die Anwendbarkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a EU-DSGVO ist, ob Mitglieder des SVIT «in der Union Waren oder Dienstleistungen» anbieten. Die EU-DSGVO definiert dabei den Begriff des Waren- und Dienstleistungsangebots nicht genauer. Es stellt sich somit die Frage, ob die angebotenen Waren/Dienstleistung für eine Anwendbarkeit der EU-DSGVO tatsächlich in die EU exportiert werden müssen (z.B. ein CH-Onlineshop, der Waren nach Deutschland verkauft bzw. versendet), oder ob es reicht, wenn das Angebot von Personen mit Wohnsitz in der EU lediglich «wahrgenommen» werden kann (z.B. Ehepaar mit Wohnsitz in Deutschland kauft über eine Webseite ein von einem SVIT-Mitglied angebotenes Ferienhaus am Vierwaldstättersee).

Gemäss Wortlaut der Verordnung wird einzig darauf abgestellt, ob Personen mit EU-Wohnsitz Waren oder Dienstleistung angeboten werden. Wo die Leistung tatsächlich erbracht wird (EU oder Schweiz), scheint nicht entscheidend zu sein. Gemäss Erwägung 23 zur EU-DSGVO reicht in diesem Zusammenhang die Zugänglichkeit des gemachten Angebots im EU-Ausland (z.B. durch Webseite) jedoch nicht aus. Darüber hinaus ist namentlich darauf abzustellen, ob die Waren/Dienstleistungen in einer Sprache und/oder einer Währung angeboten werden, die in einem oder mehreren EU-Staaten gebräuchlich sind.

Die Frage nach der Anwendbarkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. a EU-DSGVO kann nicht abschliessend beantwortet werden. Der Wortlaut der Bestimmung und gewisse weitere Indizien (z.B. allfällige Angebote auf der Webseite des SVIT-Mitglieds in Sprachen/Währungen, die im EU-Ausland gebräuchlich sind) könnten jedoch für eine Anwendbarkeit der EU-DSGVO sprechen.

Anwendbarkeit gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. b EU-DSGVO

Die EU-DSGVO ist ebenfalls anwendbar, wenn das Verhalten von Bürgern mit EU-Wohnsitz beobachtet wird, wobei insbesondere das Verhalten von Internetnutzern von Interesse ist. Eine solche Beobachtung liegt gemäss Erwägung 24 zur EU-DSGVO dann vor, wenn die Internetaktivitäten der betroffenen Personen nachvollzogen werden können, einschliesslich der möglichen nachfolgenden Verwendung von Techniken zur Verarbeitung personenbezogener Daten, durch die ein Profil einer natürlichen Person erstellt werden kann, anhand dessen persönliche Vorlieben, Verhaltensweisen oder Gepflogenheiten analysiert werden können.

Eine Beobachtung im Sinne von Art. 3 Abs. 2 lit. b EU-DSGVO könnte vorliegen, wenn auf einer Webseite Cookies (inkl. Google Analytics), Social Media Plug-ins oder andere Internet-Tags verwendet werden. Es sind dies Applikationen, welche es einer Webseite erlauben, den Computer der Nutzer zu erkennen und Informationen über jeden Webseitenbesuch zu speichern (Suchvorgänge, Angaben über Webseiten, die vor Besuch aufgesucht worden sind, Präferenzen/Einstellungen auf der Webseite etc.). Dabei muss zwischen Funktionalitäts- und Performance-Cookies zum einen, und Tracking- und Targeting-Cookies zum anderen unterschieden werden. Die erste Gruppe ist in datenschutzrechtlicher Hinsicht unbedenklich und führt zu keiner Anwendbarkeit der EU-DSGVO (keine Beobachtung bzw. Profilerstellung). Die Verwendung von Tracking- und Targeting-Cookies kann jedoch zu einer Anwendbarkeit der EU-Normen führen, da mit Hilfe von diesen aus dem Suchverlauf des Betroffenen Informationen gewonnen werden, welche gezielt für Werbezwecke eingesetzt werden können.

Auf der SVIT Schweiz Webseite werden die Besucher auf die Verwendung von Cookies und Social Media Plug-ins (Facebook) aufmerksam gemacht. Aufgrund der weiten Verbreitung dieser Applikationen ist davon auszugehen, dass auch viele SVIT-Mitglieder auf ihren Webseiten solche Programme nutzen. Daraus könnte sich eine grundsätzliche Anwendbarkeit der EU-DSGVO im Zusammenhang mit dem Betrieb der Webseiten der Mitglieder ergeben.

Empfehlung

Unter der Prämisse, dass die EU-DSGVO auf die Parteien Anwendung findet, werden nachfolgend (Sofort-) Massnahmen aufgezeigt, welche die Einhaltung der Datenschutzbestimmungen gemäss EU-DSGVO vorsorglich sicherstellen sollen.

Datenschutzerklärung

Sämtliche Webseiten der SVIT-Mitglieder sollten eine Datenschutzerklärung enthalten, welche insbesondere die nachfolgenden Themen anspricht (eine Musterdatenschutzerklärung für Immobilienunternehmen steht den Mitgliedern über das Sekretariat der Mitgliederorganisation zur Verfügung):

- Hinweis auf Datenverarbeitung (mit Erwähnung der Art der verarbeiteten Daten und Zweck der Datenverarbeitung)
- Annahme einer (konkludenten) Einwilligung zur Datenverarbeitung bei freiwilliger Bereitstellung von personenbezogenen Daten
- Angaben über Speicherung, Zugriff, Auskunft und Weitergabe der Daten
- Angaben über Newsletter-Marketing sowie zur Verwendung von Cookies, Social Media Plug-ins und anderen Internet-Tags
- Angaben über Betroffenenrechte und Kontaktangaben des Verantwortlichen

Bei jedem Webseiten-Besuch sollte bis auf weiteres ein Fenster erscheinen, welches ausdrücklich auf die Datenschutzerklärung hinweist und eine Verlinkung zu ebendieser enthält.

Cookie-Hinweis (Opt-in)

Der vorerwähnte Verweis auf die Datenschutzerklärung sollte ebenfalls auf die Verwendung von Cookies, Social Media Plug-ins und anderen Internet-Tags hinweisen. Dieser Hinweis könnte folgendermassen formuliert werden: «Diese Webseite verwendet Cookies, Social Media Plug-ins und andere Internet-Tags, um

Ihnen ein besseres Nutzererlebnis zu bieten. Durch Nutzung der Webseite stimmen Sie unserer Verwendung von Cookies, Social Media Plug-ins und anderen Internet-Tags zu.»

Der Cookie-Hinweis könnte auch eine sog. Opt-in Regelung beinhalten, d.h. ein ausdrückliches Zustimmungserfordernis («Ich stimme zu» oder «Ich stimme nicht zu»)¹. Eine Ablehnung würde dazu führen, dass die Webseite vom betroffenen Nutzer nicht mehr verwendet werden kann.

Newsletter-Marketing

Der Newsletter-Versand bleibt auch unter der EU-DSGVO zulässig. Fortan müssen jedoch gewisse Voraussetzungen erfüllt sein, damit die damit einhergehende Datenverarbeitung den neuen Normen entspricht:

Zum einen sollte eine aktive Zustimmung seitens der Betroffenen eingeholt werden, wobei in der Anmeldung (z.B. durch die Angabe einer E-Mail Adresse) grundsätzlich eine Einverständniserklärung gesehen wird². Zum anderen braucht es eine umfassende, transparente und verständliche Offenlegung, wie mit den Daten umgegangen wird. Diese Information kann mittels Datenschutzerklärung erfolgen. Schliesslich sollten die Betroffenen sich jederzeit vom Newsletter abmelden können (Abmelfunktion am Ende jedes Newsletters).

Fazit

Auch wenn die Frage nach der Anwendbarkeit der EU-DSGVO vorliegend nicht abschliessend geklärt werden konnte, wird die Einhaltung der neuen EU-Normen bereits im jetzigen Zeitpunkt empfohlen. Die hiezulande geltenden Datenschutzbestimmungen werden im Rahmen des autonomen Nachvollzugs schon bald denjenigen der EU angepasst (DSG-Revision). Die Umsetzung der Empfehlung sollte hinsichtlich der gegenwärtigen Rechtsunsicherheit, welche die Inkraftsetzung der EU-DSGVO mit sich brachte, ausreichen, um allfällige Sanktionen zu vermeiden. In diesem Zusammenhang ist überdies anzumerken, dass vor der Verhängung von Sanktionen gemäss EU-DSGVO (insb. Geldbussen) in der Regel eine ganze Reihe von (milderen) Massnahmen ergriffen werden (z.B. Mahnungen, Verwarnungen, öffentliche Bekanntmachungen). Nichtsdestotrotz sind die abgegebenen Empfehlungen als Sofortmassnahmen zu verstehen.

Haftungsausschluss

Der SVIT Schweiz weist darauf hin, dass die genannten Empfehlungen auf der rechtlichen Einschätzung des Verbandes beruhen und ohne Gewähr erfolgen.

¹ Diese Opt-in Regelung ist zurzeit noch nicht gesetzlich vorgeschrieben. Es gibt jedoch bereits heute eine Cookie-Richtlinie der EU, welche eine Opt-in Pflicht anstrebt.

² Ein sogenanntes Double-Opt-in, bei welchem das Newsletter-Abonnement nach erfolgter Anmeldung in einem zweiten Schritt ausdrücklich bestätigt werden muss (z.B. per E-Mail), wird zum jetzigen Zeitpunkt nicht verlangt. Die E-Privacy-Verordnung der EU, welche voraussichtlich 2019 in Kraft treten wird, sieht jedoch ein solches Vorgehen vor.