

Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
CH-3003 Bern

Per E-Mail an: jonas.amstutz@bj.admin.ch

4. April 2017

Vernehmlassung zum neuen Datenschutzrecht: Stellungnahme Swiss Retail Federation

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen bestens für die Einladung zur Stellungnahme zur geplanten Totalrevision des Datenschutzgesetzes (DSG). Die *Swiss Retail Federation*, nachfolgend *Swiss Retail*, wahrt und fördert die Interessen der mittelständischen Detailhandelsunternehmen (stationär und online) in der Schweiz. Unter unseren Mitgliedern sind Warenhäuser, Fachmärkte und Fachgeschäfte, Verbraucher- und Abholmärkte, selbstständige Detaillisten, Food-Fachhändler und Kioske. Sie bieten insgesamt rund 40'000 Arbeitsplätze an und weisen einen jährlichen Umsatz von 12 Mia. Franken auf.

Die Mitglieder von *Swiss Retail* sind von der Revision der aktuellen Datenschutzgesetzgebung in vielfältiger Weise betroffen. Insbesondere im Bereich Kundenbindungs- und Bonusprogramme ist der Schutz von Daten ein sensibles Thema und für den Schweizer Detailhandel von grosser Bedeutung.

Gerne nehmen wir wie folgt Stellung:

- **JA** zu einer grundsätzlichen Revision des Datenschutzgesetzes
- **NEIN zum vorliegenden Vorentwurf. Für den Detailhandel sind folgende Anpassungen notwendig, um die neue Datenschutzgesetzgebung unterstützen zu können:**
 - **Keine Bestimmungen, die über die EU-Regelungen hinausgehen („Swiss Finish“) und die Unternehmen unnötig finanziell und administrativ belasten**
 - **Der Nutzen der Daten für den digitalen Fortschritt ist im Interesse der Konsumenten und der Unternehmen zu berücksichtigen und gegenüber dem Persönlichkeitsschutz sorgfältig abzuwägen**
 - **Keine Behinderung von Innovation und Entwicklung neuer Geschäftsmodelle**
 - **Bedarfsgerechte und konsumentenfreundliche Auskunft- und Informationspflichten**
 - **Berücksichtigung des Prinzips der Selbstregulierung [Good practice-Initiativen durch (Branchen-)Verbände]**
 - **Verzicht auf strafrechtliche Sanktionen von Privatpersonen, ausser bei Absicht**
- **JA zur Übernahme der Richtlinie (EU) 2016/680** zum Schutz von Personendaten im Bereich der Strafverfolgung und der Rechtshilfe in Strafsachen
- **JA zur Revision des Übereinkommens SEV 108** zum Schutz von Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten

Im Folgenden finden Sie unsere grundsätzlichen Bemerkungen, gefolgt von den wichtigsten Kernanliegen für den Detailhandel. Im beiliegenden Formular finden Sie zudem ergänzend unsere konkreten Anträge und Bemerkungen zum Gesetzestext.

Grundsätzliche Bemerkungen

Swiss Retail begrüsst die Absicht des Bundesrats, das aktuelle Datenschutzgesetz aufgrund der neuen EU-Datenschutzgesetzgebung, welche ab 1. Mai 2018 in Kraft tritt, zu überarbeiten. Den Detailhandels-Unternehmen ist bewusst, dass eine entsprechende Angleichung der Schweizer Gesetzgebung notwendig wird, um weiterhin Daten in einem internationalen Kontext zu bearbeiten und wettbewerbsfähig zu bleiben. Die Totalrevision soll genutzt werden, um auch bestehende Bestimmungen zu hinterfragen und an die technologischen Entwicklungen anzupassen.

Die Detailhandelsbranche steht gegenwärtig unter grossem Druck und befindet sich in einem durch die Digitalisierung angetriebenen Strukturwandel. Das stationäre Geschäft wird zunehmend in den Online-Handel verlagert und die Unternehmen sind darauf angewiesen, neue Geschäftsmodelle und -strategien zu entwickeln, um die teils sinkenden Umsätze aufzufangen. **Die bessere Personalisierung von Angeboten und Angebotsinspiration wird für den Schweizer Detailhandel daher künftig überlebenswichtig sein, insbesondere, um auch im internationalen Konkurrenzkampf bestehen zu können.**

Wir möchten festhalten, dass eine Einschätzung des Vorentwurfs aufgrund der hohen Komplexität der Vorlage insgesamt schwierig ist. Der Vorentwurf lässt zahlreiche Fragen offen und es bleibt unklar, wie sich die Revisionsvorschläge auf die betrieblichen Abläufe und das wirtschaftliche Wohlergehen der betroffenen Unternehmen auswirken würden. Aus dem erläuternden Bericht geht zudem oftmals nicht klar hervor, welche Bestimmungen zwecks EU-Kompatibilität übernommen werden müssen und bei welchen Änderungen es sich um „freiwillige“ Regelungen handelt. Diese Frage ist aus unserer Sicht jedoch zentral.

Grundsätzlich gilt, dass nur revidiert werden soll, was auch wirklich notwendig ist. Die EU-Kompatibilität und die Gleichwertigkeit der Schweizerischen Gesetzgebung sind sicherzustellen, aber ohne überschüssende Tendenzen und ohne einen „Swiss Finish“, der über die EU-Gesetzgebung hinausgeht. Begrüssenswert ist hingegen, dass die Schweiz ihren Handlungsspielraum nutzt, wie es der Bundesrat beispielsweise im Bereich der Datenportabilität gemacht hat.

Aus Sicht des Detailhandels sind die folgenden sieben Kernanliegen zu berücksichtigen und wir beantragen, den Vorentwurf entsprechend zu überarbeiten:

1. **Datenschutz darf kein Innovationshemmnis sein und den Detailhandel als einzelne Branche nicht übermässig belasten:** Ein wichtiges Ziel der neuen Gesetzgebung muss unseres Erachtens darin bestehen, Personendaten ausreichend zu schützen, ohne dabei Innovationen auszubremsen. Der aktuelle Vorentwurf bestätigt leider unser „Gesamtunbehagen“, dass der Persönlichkeitsschutz per se über die Entwicklungsmöglichkeiten der Unternehmen gestellt wird. Persönlichkeitsschutz und Mehraufwände für die Unternehmen (z.B. Aufwände für die einzuholende Information, der Auskunft oder das Einholen einer Einwilligung) müssen jedoch sorgfältig gegeneinander abgewogen und in ein adäquates Verhältnis gestellt werden. Folgeregulierungen, die nachfolgend unter Punkt 2 - 7 einzeln genannt werden, dürfen keine unverhältnismässigen Investitions- und Betriebskosten nach sich ziehen und die Unternehmen nicht unnötig belastet werden.
2. **Melde-, Auskunfts- und Informationspflichten: Verbesserung der allgemeinen und prinzipiellen Information der betroffenen Personen an Stelle einer Überinformation**

Aus Sicht von Swiss Retail wurden die Informations-, Auskunft-, und Meldepflichten insgesamt zu weitgehend ausgebaut und gehen teilweise deutlich über die EU Datenschutz-Grundverordnung hinaus. Unter anderem muss sofort bei der Speicherung von Daten informiert werden und zur Informationspflicht gehört auch die Identität des Datenbearbeiters – beides sind Punkte, welche die EU Datenschutz-Grundverordnung nicht verlangt. Zudem muss jeder Datenschutzverstoss, sowohl Verletzungen von Sicherheitsbestimmungen, als auch unverhältnismässig genutzte Daten, dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) gemeldet werden. Die Informationspflichten sind insgesamt schwammig und bringen eine vermehrte Rechtsunsicherheit. Gleichzeitig fallen die vorgesehenen strafrechtlichen Sanktionen streng aus. Das Ziel einer grösseren Transparenz wird unseres Erachtens nicht erreicht, indem die Unternehmen die betroffenen Personen mehr und öfters über die einzelnen Datenbearbeitungsvorgänge informieren. Wie im Detailhandel beispielsweise Erfahrungen mit Produkteinformationen zeigen, kann ein Zuviel an Informationen unter Umständen sogar kontraproduktiv sein und den Konsumenten desensibilisieren, wenn sich dieser von der Informationsflut überfordert fühlt. Aus Angst vor möglichen Sanktionen werden Unternehmen zudem lieber ein Zuviel an Informationen liefern. **Eine risikobasierte Transparenzpflicht und eine allgemeine Information der betroffenen Personen über die Folgen einer Datenpreisgabe ist unseres Erachtens weitaus zielführender. Die geplanten Meldepflichten gegenüber dem EDÖB sind wirtschaftsfreundlich und pragmatisch auszugestalten.**

Aus Sicht der Detailhandelsbranche sind entsprechend insbesondere nachfolgende Punkte zu berücksichtigen:

- **Keine Bekanntgabe von Identität und Kontaktdaten der Auftragsdatenbearbeiter, keine Informationspflicht bei indirekter Datenbeschaffung:** Art. 13 VE-DSG sieht eine Pflicht zur detaillierten Information betroffener Personen über die Datenweitergabe an externe Auftragsbearbeiter (z.B. ein Versanddienstleister oder Kartenakzeptanzdienstleister) vor. Die Kontaktdaten der Auftragsdatenbearbeiter sollen offengelegt werden. Diese Zusatzbestimmungen sind zu streichen, denn sie gehen unseres Erachtens klar über das EU-Recht hinaus und sind weder sinnvoll noch erforderlich. In der Praxis ist es für Unternehmen damit praktisch unmöglich, Daten bei Dritten zu beschaffen, da diesen die relevanten Eckwerte (z.B. erstmalige Speicherung) oftmals gar nicht bekannt sind. Im Detailhandel werden Kundendaten häufig durch Kartenakzeptanzdienstleister oder andere Dienstleister bearbeitet. Für die Unternehmen bedeutet es insgesamt ein grosser Mehraufwand und greift zudem in berechnete eigene Datenschutzinteressen und die Geschäftsgeheimnisse ein. Für die Kunden führt eine solche Regelung wiederum zu einer Informationsflut ohne erkennbaren Mehrwert. Die Datenbearbeitung unter Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben ist zudem bereits in Art. 7 VE-DSG geregelt.
- **Zusätzliche Massnahmen gegen missbräuchliche Auskunftsbegehren:** Art. 20 Abs. 3 VE-DSG sieht vor, dass die betroffene Person bei jeder, aufgrund einer Datenbearbeitung getroffenen Entscheidung Informationen über das Ergebnis, das Zustandekommen und die Auswirkungen der Entscheidung erhält. Sowohl die EU-Richtlinie 2016/680 als auch die EU-DSGVO sehen eine solche Information nur bei der automatisierten Einzelentscheidung vor und nicht generell bei Entscheidungen, die auf einer Datenbearbeitung basieren. Die kostenlose Auskunftspflicht kann zu Fehlanreizen und zu einem unverhältnismässigen Mehraufwand für die Unternehmen führen. Im neuen Datenschutzgesetz sind daher Mechanismen vorzusehen, um die Unternehmen vor offensichtlich nicht datenschutzrelevanten Auskunftsbegehren zu schützen.
- **Warte- und Antwortfristen dürfen die Handlungsfähigkeit der Unternehmen nicht einschränken:** Der Bearbeitungsaufwand der Meldungen seitens der Behörde ist bereits heute gross und wird in Zukunft dank den ausgebauten Pflichten erneut zunehmen. Für Swiss Retail ist entscheidend, dass die Warte- und Antwortfristen – beispielsweise bei den unter Punkt 4

genannten Datenschutz-Folgeabschätzungen – sich auf ein sinnvolles Mass beschränken, damit die Unternehmen weiterhin handlungsfähig bleiben.

- **Keine übermässige Dokumentations- und Meldepflicht für die Unternehmen:** Gemäss Art. 19 lit. a VE-DSG soll in der Schweiz eine Dokumentationspflicht beispielsweise für sämtliche Datenverarbeitungsvorgänge gelten. Auch diese Bestimmung geht weiter als die in der EU-Richtlinie vorgesehene Protokollierung. Diese besagt, dass *gewisse* Verarbeitungsvorgänge in automatisierten Verarbeitungssystemen protokolliert werden sollen. Insgesamt ist klar zu regeln, welche Informationen weitergegeben werden müssen. Die Dokumentations- und Meldepflichten sollen sich nach dem Prinzip der Verhältnismässigkeit richten.

- 3. **„Profiling“ ist als Erweiterung des bestehenden „Persönlichkeitsprofils“ zu sehen:** Die unternommenen Anstrengungen für die Einwilligung zur Erstellung und Bearbeitung von Persönlichkeitsprofilen müssen unseres Erachtens zwingend ihre Gültigkeit behalten, auch wenn die Begrifflichkeit zu Profiling geändert wird (Vgl. Art. 4, Abs. 6. VE-DSG). In den Übergangsbestimmungen ist entsprechend klar zu regeln, dass eine „ausdrückliche Einwilligung“ nur für ein neues Profiling gilt und für bereits eingeholte Daten nicht erneut das Einverständnis der betroffenen Personen eingeholt werden muss. In den bestehenden Bonus- und Kundenbindungsprogrammen unserer Mitglieder wird bei Neuansuchen beispielsweise in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen das explizite Einverständnis der Kundinnen und Kunden für die Erstellung und Bearbeitung von Persönlichkeitsprofilen eingeholt. Ein erneutes Einholen des Einverständnisses gemäss neuem DSG wäre für all diese „alten Anträge“ ein grosser Mehraufwand für die Unternehmen und würde die Weiterführung der bestehenden Bonusprogramme gefährden.
Aus unserer Sicht unabdingbar ist, dass unter einer „ausdrücklichen Einwilligung“ auch in Zukunft nicht nur ein aktives mündlich oder schriftliches Einverständnis zur Datenverarbeitung zu verstehen, sondern auch ein konklusives bejahendes Verhalten (bspw. im Rahmen von AGBs, wo betr. der Datenverarbeitung zwar nicht alleine und explizit ein Verständnis gegeben wird, aber implizit, mit Annahme der AGB).

- 4. **Massvolle Umsetzung der Datenschutz-Folgeabschätzung:** Das in Art. 16 VE-DSG neu eingeführte Instrument der Datenschutz-Folgeabschätzung ist aus Sicht von Swiss Retail zu weit gefasst und auf ein sinnvolles Mass zu beschränken. Die offene und unklare Formulierung führt dazu, dass in der Praxis für alle Datenbearbeitungen vorgängig aufwendige Abklärungen durchgeführt werden müssten. Verstösse würden sanktioniert, was in den Unternehmen zu einer übervorsichtigen Haltung führen und sich innovationshemmend auswirken würde. Die Datenschutz-Folgeabschätzungen und die entsprechende Informationspflicht an den EDÖB sind analog der europäischen EU-DSGVO auf Fälle zu beschränken, bei denen ein «hohes Risiko» und das Risiko einer klaren Persönlichkeitsverletzung besteht. Zudem ist die vorgesehene Reaktionszeit des EDÖB von drei Monaten auf einen Monat zu reduzieren, damit die Handlungsfähigkeit der Unternehmen gewährleistet bleibt. Der Auftragsdatenbearbeiter ist von der Datenschutz-Folgeabschätzungspflicht auszunehmen, da dieser nicht über die notwendigen Angaben verfügt.

- 5. **Gewährleistung Rechtssicherheit:** Durch die risikobasierte, prinzipienorientierte Ausgestaltung des neuen DSG entstehen vermehrt Interpretationsspielräume und Unklarheiten. Diverse entscheidende Aspekte müssen zudem erst noch auf dem Verordnungsweg präzisiert werden. Swiss Retail fordert, dass der Gesetzgeber bei der Umsetzung (beispielsweise der „Good Practices“ durch den EDÖB) auf eine klare Linie achtet. Der Vorentwurf ist auch in Bezug auf eine präzise und einheitliche Terminologie zu überarbeiten, wie beispielsweise eine klare Differenzierung zwischen „Beschaffung“ und „Bearbeitung“, sowie der Begriffe „Dritte“ und „Empfängerinnen und Empfänger“.

6. **Sanktionssystem mit Augenmass: keine strafrechtliche Sanktionierung von Privatpersonen bei Fahrlässigkeit, sondern nur bei Absicht:** Swiss Retail lehnt das im Vorentwurf skizzierte Sanktionssystem ab. Die strafrechtlichen Sanktionen wurden im Vorentwurf insgesamt zu stark ausgebaut und fokussieren auf die mit dem Datenschutz betrauten Mitarbeitenden als Privatpersonen, anstatt auf die Unternehmen. Die geplanten Strafverschärfungen (Bussen bis 500'000.-, Freiheitsentzug bis zu 3 Jahre bei Zuwiderhandlungen) schiessen über das Ziel hinaus. Auch die vorgesehene Möglichkeit, Mitarbeitende bereits bei fahrlässigem Handeln zu bestrafen, sind nicht zielführend und untergraben den risikobasierten Ansatz, den die Revision eigentlich verfolgt. Im Detailhandel werden schützenswerte Personendaten heute zumeist in den CRM-Abteilungen von Unternehmen und vermehrt mittels automatisierter Bearbeitungsprozesse bearbeitet. Neben einer allgemeinen Kultur des gegenseitigen Denunzierens würde es zunehmend unmöglich, qualifiziertes Personal zu finden, das sich dem Risiko einer persönlichen Strafbarkeit aussetzt. Die Folge wäre ein sukzessiver Qualitätsabfall im Bereich der Datenbearbeitung.

7. **Selbstregulierung und „Empfehlungen der guten Praxis“:** Swiss Retail fordert eine konsequente Umsetzung des Selbstregulierungsprinzips. Die Initiative für die in Art. 8 VE-DSG skizzierten „Empfehlungen der guten Praxis“ soll von den (Branchen-)Verbänden und nicht vom EDÖB ausgehen. Das garantiert sachgerechte Lösungen, die von Experten mit einem starken Bezug zur Praxis ausgearbeitet und von den Unternehmen auch umgesetzt werden können. Auch unter der EU-DSGVO ist die Ausarbeitung von Verhaltensregeln Verbänden und anderen Vereinigungen überlassen. Dem EDÖB ist ein Mitwirkungsrecht einzuräumen. Die „Empfehlungen der guten Praxis“ sollen freiwillig bleiben, das heisst die Unternehmen halten das auch Gesetz ein, wenn sie an Stelle der Empfehlungen eigene, datenschutzkonforme Lösungen umsetzen.

Swiss Retail lehnt die Totalrevision des DSG in der vorliegenden Form, wie sie in die Vernehmlassung geschickt worden ist, ab. Die Revision enthält zahlreiche Informations- und Handlungspflichten, von welchen der Detailhandel überproportional negativ betroffen wäre. Dies hätte zur Folge, dass die Kosten im Detailhandel zusätzlich steigen und die Unternehmen belasten. Die anfallenden Kosten würden nicht zuletzt indirekt an die Konsumentinnen und Konsumenten überwältigt, was nicht der Sinn der Revision sein kann.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und einer entsprechenden Überarbeitung des Vorentwurfs. Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Dagmar Jenni
Geschäftsführerin