



An alle Interessierten

Baar, 1. März 2018

Bestandeskunden nach DSGVO Einwilligungen nach aktuellem Recht

Künftig ist die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig, soweit eine **gesetzliche Grundlage** dies vorsieht oder die betroffene Person, um deren Daten es geht, hierin **ausdrücklich eingewilligt** hat.

Ausgehend von jenem Grundsatz normieren die aktuellen Gesetze zwar einige Ausnahmen, in denen die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten ohne Einwilligung rechtmässig ist. In allen anderen Fällen ist der Betroffene jedoch um seine Zustimmung zu bitten. Ein gängiger Anwendungsfall für das Erfordernis einer Einwilligung im Onlinehandel ist beispielsweise die Verwendung personenbezogener Daten für eine Bonitätsprüfung bei Bestellung vor Auswahl der Zahlungsart.

Neue Voraussetzungen einer wirksamen Einwilligung

Damit eine Einwilligung in die Verarbeitung von personenbezogenen Daten nach DSGVO wirksam ist, hat die Einwilligung

- **freiwillig**,
- für den **bestimmten Fall**,
- in **informierter Weise** und
- **unmissverständlich** zu erfolgen.

Hat die betroffene Person eingewilligt, so hat sie ein Widerrufsrecht, Art. 7 Abs. 3 DSGVO. Hierüber ist sie schon (!!)

bei Einholung der Einwilligung zu informieren. Also kein Abholen einer ausdrücklichen

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
M.Law 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

Einwilligung ohne nicht gleichzeitig auf deren Widerruf hinzuweisen. Sonst ist die ausdrückliche Einwilligung bereits von Anfang an ungültig.

Einwilligungen von Bestandskundenunter der DSGVO

Doch was ist mit den zahlreichen Einwilligungen, die vor Inkrafttreten der DSGVO von Bestandskunden schon eingeholt wurden? Gelten Sie ab Wirksamwerden der DSGVO nicht weiter? Das hätte zur Folge, dass zahlreiche Kundendatenbanken ab 25. Mai 2018 zum Beispiel im Hinblick auf Werbezwecke, für die eine Einwilligung erforderlich ist, nicht weiter nutzbar wären.

Die DSGVO gibt hierauf in den Erwägungsgründen eine Antwort: Erwägungsgrund 171 beinhaltet Vorgaben für den Übergang zwischen der heutigen Rechtslage und der DSGVO. Beruht eine Datenverarbeitung demnach auf einer Einwilligung nach alter Rechtslage,

- „so ist es nicht erforderlich, dass die betroffene Person erneut ihre Einwilligung dazu erteilt, **wenn die Art der bereits erteilten Einwilligung den Bedingungen der DSGVO** entspricht, (...).“

Grundsätzlich soll es also möglich sein, mit Daten auch nach dem 25.05.2018 weiter zu arbeiten, auch wenn die Einwilligung hierzu noch nach den Kriterien der alten Rechtslage erteilt wurde. Ausschlaggebend ist jedoch, dass sie den Bedingungen der DSGVO entspricht. Doch was heißt das konkret, gerade in Bezug auf das vieldiskutierte und künftig wohl strengere Merkmal der Freiwilligkeit?

Für Onlinehändler ist die Klärung dieser Fragen bereits heute enorm wichtig – schließlich sollen die Geschäfte nach dem Startdatum der DSGVO unverändert weiterlaufen können. Soweit Änderungen umzusetzen oder Einwilligungen neu einzuholen sind, wird die verbleibende Zeit benötigt.

Stellungnahme der Datenschutzbehörden

Diese Dringlichkeit haben auch die deutschen Datenschutzbehörden erkannt. In einem [Beschluss vom 13./14. September 2016](#) nimmt der Düsseldorfer Kreis zu dieser Frage Stellung. Dieses Gremium ist die Gesamtheit aller Aufsichtsbehörden für den Datenschutz im nicht-öffentlichen Bereich, also aller Aufsichtsbehörden der Bundesländer in Deutschland.

Das Dokument umfasst nur eine knappe Seite. Es gibt im ersten Absatz zunächst den Text des Erwägungsgrundes wieder, um anschließend knapp festzustellen:

„Bisher rechtswirksame Einwilligungen erfüllen grundsätzlich diese Bedingungen.“

Dies weckt den Eindruck, als gebe es keinerlei Anlass zur Sorge um die bestehenden Datensammlungen. Der Beschluss weist aber weiter darauf hin, dass insbesondere

„Besondere Beachtung verdienen allerdings die folgenden Bedingungen der Datenschutz-Grundverordnung; **sind diese Bedingungen nicht erfüllt, gelten bisher erteilte Einwilligungen nicht fort:**

- **Freiwilligkeit** („Kopplungsverbot“, Artikel 7 Absatz 4 in Verbindung mit Erwägungsgrund 43 Datenschutz-Grundverordnung“. Die bisherigen Einwilligungen müssen dem Grundsatz der Freiwilligkeit und dem Koppelungsverbot genügen.

- **Transparenz und Informiertheit** Die bisherige Einwilligung muss diesen beiden Grundsätzen ebenfalls vollumfänglich entsprechen. Der Betroffene muss also umfassend (nach den Vorgaben der DSGVO) über die Verwendung, Verarbeitung, den Zweck und die betroffenen Daten informiert worden sein. Diese Voraussetzung dürfte nun in den allermeisten Fällen nicht erfüllt sein, denn unter altem Recht (insbesondere auch in der Schweiz) wurde diesem Grundsatz nicht die notwendige Beachtung seitens der Unternehmen geschenkt.

Zu beachten ist auch, dass die Einwilligung eine **ausdrückliche** sein muss und der **Verantwortliche dies nachweisen** muss. Wenn er also keine Datensätze vorweisen kann, die exakt zeigen, dass der Bestandskunde «ausdrücklich» zugestimmt hat, fehlt es auch an dieser Voraussetzung.

Im Ergebnis sind Einwilligungen nach altem Recht damit eben doch nur weiterhin wirksam, wenn sie schon zum Zeitpunkt der Einholung die zum Teil strengeren Anforderungen der DSGVO berücksichtigt haben.

Fazit und Tip

1. Soweit Sie sich unter der DSGVO auf Einwilligungen, die unter der aktuellen Rechtslage wirksam eingeholt wurden, stützen möchten, sollten sie die Umstände der Einholung im Hinblick auf die Voraussetzungen der DSGVO prüfen. Halten die Einwilligungen diesen Kriterien nicht stand, kann die Verarbeitung unter DSGVO nicht mehr über sie rechtfertigt werden.
2. Unter diesen Umständen müssen Sie Bestandskunden zu einer erneuten ausdrücklichen Einwilligung für die Verarbeitung deren personenbezogenen Daten einladen, sonst können Sie gegenüber Bestandskunden die Anforderungen der DSGVO nicht erfüllen und auch die ausdrückliche Einwilligung nicht nachweisen.
3. Erstellen Sie eine Web-App und fordern Sie die Bestandskunden vor dem 25. Mai 2018 auf, über diese App eine ausdrücklichen Einwilligung abzugeben. Mittels dieser Applikation können Sie dann auch das Datum und den Zeitpunkt der ausdrücklichen Einwilligung sauber nachweisen.
4. Dieser Web-App haben Sie neue Datenschutzbestimmungen zu hinterlegen, welche umfassend darüber informieren, welche personenbezogenen Daten Sie zu welchem Zweck verwenden, an wen Sie die Daten allenfalls zur Auftragsverarbeitung auslagern oder auch weitergeben. Versionieren Sie dieses

Dokument, damit klar ist, zu welcher Version der Bestandskunde seine Einwilligung gegeben hat.

5. Wenn sich später die Verarbeitungen ändern (z.B. Erweiterung der Datenutzung durch das Marketing), könne Sie Bestandskunden (und natürlich auch Neukunden) wieder über diese Einwilligungs-App dazu auffordern, die neuen, ergänzten Datenschutzbestimmungen (mit erweitertem Nutzungszweck) ausdrücklich anzunehmen. Sie müssen somit die ausdrücklichen Einwilligungen von Bestandes- wie von Neukunden unter der DSGVO richtiggehend «managen».
-