

bei der Verwendung von Mitarbeiter Apps oder Plattformen für die interne Kommunikation am wichtigsten sind:

- Übersichtliche persönliche Chronik (relevante Informationen für jeden Benutzer, entsprechend seiner Funktion)
- News-Beiträge
- Organisationsgruppen
- Dateimanagement
- Private Chats

Dies sind die fünf am meisten gewünschten Funktionen. Die Einführung eines reinen Messenger-Dienstes kann daher eine Mitarbeiter App nicht ersetzen. Immerhin ist der Bedarf einer übersichtlichen Chronik das am häufigsten verlangte Merkmal. Nach der Implementierung eines bloßen Messenger-Dienstes würde daher zum einen weiterhin betriebsintern über die öffentlichen sozialen Medien (aufgrund fehlender Chronik im bloßen Messenger) kommuniziert werden, und datenschutzrechtliche Risiken würden bestehen bleiben. Zum anderen sind die Newsfeeds oder Timelines oftmals voll von irrelevanten Nachrichten, die nicht den Interessen der Mitarbeiter in dem jeweiligen Bereich entsprechen. Hinzu kommt, dass die Chats schnell unübersichtlich werden, wenn z. B. themenübergreifend in einer WhatsApp-Gruppe kommuniziert wird. Die resultierende Informationsflut kann bei der Suche nach einer bestimmten Nachricht oder einem freigegebenen Dokument frustrierend sein.

Unternehmen haben zudem keine Kontrolle und keinen Einfluss darauf, wer in welchen WhatsApp-Gruppen Mitglied ist. Gruppen werden zumeist von Mitarbeitern gegründet, und Personen außerhalb des Unternehmens können unbemerkt hinzugefügt werden. Zudem arbeiten Unternehmen oft mit externen Parteien (Freiberufler, Partner, Lieferanten etc.) zusammen. Es ist naheliegend, dass diese auch in unternehmensinterne WhatsApp-Gruppen eingeladen werden. Nach der Beendigung des Projekts werden sie womöglich nicht wieder aus der Gruppe entfernt. Auch ehemalige Mitarbeiter werden nach ihrem Ausscheiden aus dem Unternehmen häufig in Gruppen vergessen. Dies kann besonders nachteilig werden, wenn sie und das Unternehmen im Streit auseinander gegangen sind.

## Fazit

Spätestens seit der Einführung der DS-GVO ist es wichtig, dass Unternehmen eine klare Entscheidung darüber treffen, ob die Nutzung von privaten Messenger-Diensten und öffentlichen sozialen Medien zu dienstlichen Zwecken weiterhin gestattet oder toleriert wird. Einige Unternehmen haben bereits auf diese Problematik reagiert. So hat beispielsweise der Autozulieferer Continental vor kurzem die Nutzung von WhatsApp auf Diensthandys untersagt. Der Dienstleistungskonzern WISAG und die Deutsche Bank haben die interne Nutzung solcher Apps bereits vor einigen Jahren verboten.

Unternehmen sollten am Arbeitsplatz eine sichere digitale Kommunikation ermöglichen und Datenschutz gewährleisten. Kommunikationsmittel sollten in Kombination mit einem ISO-27001-konformen Managementsystem eingesetzt werden und den Richtlinien der DS-GVO entsprechen. Auch sollte zur zusätzlichen Absicherung mit dem Anbieter der Software ein Vertrag über die Datenverarbeitung unterschrieben werden, worin festgelegt ist, auf welche Daten der Anbieter Zugriff hat und wie diese verwendet und verarbeitet werden.

Darüber hinaus sollte das Tool genauso intuitiv und einfach zu bedienen sein wie die privat genutzten Dienste, damit es von den Mitarbeitern angenommen und der parallele Einsatz von WhatsApp und Co. reduziert wird.

Ein eigens bereitgestelltes Unternehmensnetzwerk (Enterprise Social Network) ist die beste Alternative zu privat genutzten Messenger-Diensten und den sozialen Medien, denn es stellt eine einfach zu bedienende und sichere Kommunikationslösung bereit, die darüber hinaus weitere Vorteile bietet.

## Über die Autorin

### Lena Bäumges

Customer Success Manager bei WorkforceIT GmbH

WorkforceIT liefert und implementiert innovative und flexible Mitarbeiter Apps, welche dabei helfen, interne Kommunikation, Onboarding und Personaleinsatzplanung in Unternehmen zu verbessern. Mit Büros in den Niederlanden, Belgien und Deutschland unterstützen wir unsere Kunden, damit sie das Potenzial ihrer Mitarbeiter optimal nutzen können.

► [www.workforce-it.com/de](http://www.workforce-it.com/de)



# DAS BERECHTIGTE INTERESSE ALS RECHTFERTIGUNGSGRUND - EINE PRAXISNAHE DARSTELLUNG

Jutta Oberlin und Dr. Lukas Lezzi

## I. Einleitung

Die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) bietet den Verantwortlichen die Möglichkeit, eine Datenverarbeitung mit der Verfolgung von eigenen (berechtigten) Interessen (wozu auch Drittinteressen zählen) zu rechtfertigen, sofern diese Interessen diejenigen der betroffenen Personen überwiegen.

Seitdem die damalige Artikel-29-Datenschutzgruppe das berechtigte Interesse als nicht bloss die ultima ratio dargestellt hatte<sup>1</sup>, erscheint dieser Rechtfertigungsgrund eine praxisfreundliche und einfache Möglichkeit, eine Datenverarbeitung einer grossen Anzahl von Datensubjekten zu rechtfertigen ohne jeweils eine Einwilligung im Einzelfall einholen zu müssen. Allerdings birgt dieser Rechtfertigungsgrund seine Tücken. Zum einen handelt es bei den berechtigten Interessen um einen unbestimmten und somit auslegungsbedürftigen Rechtsbegriff, welcher von den Aufsichtsbehörden unterschiedlich interpretiert werden kann. Zum anderen sind u.U. zu unterschiedlichen Zeitpunkten zwei Interessenabwägungen durchzuführen, welche auch eine mögliche Quelle zur anderen Beurteilung der Aufsichtsbehörden darstellen.

Nachfolgend soll ein Überblick über diesen Rechtfertigungsgrund der berechtigten Interessen gegeben und anhand von praxisorientierten Beispielen versucht werden diesen Begriff etwas fassbarer zu machen.

## II. Grundsatz des Verbots der Datenverarbeitung

Die Art. 6 Abs. 1 DS-GVO bestimmt folgendes: «Die Verarbeitung ist nur rechtmässig, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist...».

Nach diesem Rechtsprinzip ist etwas grundsätzlich verboten, sofern keine ausdrückliche Erlaubnis vorhanden ist. (Auch das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) in seiner alten Fassung hatte gemäss § 4 Abs. 1 dieses grundlegende datenschutzrechtliche Prinzip eingeführt: «Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten sind nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat.»)

Die Rechtmässigkeit der Datenverarbeitung ist sodann mit Ausnahmetatbeständen gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. a – f bzw. Art. 9 Abs. 2 lit. a – j DS-GVO abschliessend normiert.

Die Rechtmässigkeit wird jedoch nicht nur durch die Ausnahmetatbestände aus Art. 6 DS-GVO definiert, sondern beinhaltet grundsätzlich auch die Grundsätze aus Art. 5 Abs. 1 DS-GVO.<sup>2</sup>

Dieses Verbot mit Erlaubnisvorbehalt stellt ein sogenanntes Regel-Ausnahme-Prinzip dar, welches zu einer Beweislastumkehr führen kann.

Eine Beweislastumkehr bedeutet im Fall von Datenverarbeitungsvorgängen die Verpflichtung des Verantwortlichen, die rechtmässige Datenverarbeitung bzw. den Rechtfertigungsgrund nachweisen zu können.

Diesbezüglich ist es ratsam, die Rechtsgrundlagen der Datenverarbeitung zu dokumentieren und, wenn es beispielsweise gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO zu Erwägung eines berechtigten Interesses kommt, dieses auch dementsprechend auszulegen und mit dem individuellen Fall zu begründen.

Als kleiner Exkurs ist zu erwähnen, dass das aktuelle Schweizer Datenschutzgesetz ein solches Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nicht kennt, sondern den Grundsatz der Erlaubnis einer ►

<sup>1</sup> Opi-ni-on 06/2014, WP217.

<sup>2</sup> Rechtmässigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz, Zweckbindung, Datenminimierung, Richtigkeit, Speicherbegrenzung und Integrität und Vertraulichkeit.

Datenverarbeitung mit Verbotsvorbehalt aufstellt.<sup>3</sup>

### III. Rechtmässigkeit der Verarbeitung von personenbezogenen Daten

Gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO dürfen Daten nur unter gewissen Bedingungen verarbeitet werden: Rechtmässigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz. Dies bedeutet, dass das Kernelement der Norm ein umfassendes präventives Verbot ist, auf welches Ausnahmetatbestände anzuwenden sind.

Die DS-GVO normiert diese Erlaubnistatbestände abschliessend in Art. 6 lit. a - f:

- Einwilligung durch das betroffene Datensubjekt: Auch konkludente Einwilligungserklärungen sind zugelassen<sup>4</sup>
- Verarbeitung betreffend die Erfüllung eines Vertrages
- Verarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung
- Verarbeitung zum Schutz lebenswichtiger Interessen
- Verarbeitung im Sinne des öffentlichen Interesses
- Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten

Schon bei der Verwirklichung einer dieser sechs Bedingungen ist die Rechtmässigkeit der Datenverarbeitung von personenbezogenen Daten begründet.

Keiner dieser sechs Erlaubnistatbestände wird explizit hervorgehoben und so stehen alle gleichwertig nebeneinander. Auch das oft vermeintlich als nachrangig anzuwendend betitelte berechnete Interesse aus lit. f sollte weder nach- noch vorrangig angewendet werden.<sup>5</sup>

Das Konzept beinhaltet nicht nur die Gleichstellung aller sechs Elemente, sondern auch die Möglichkeit, dass unter einem Tatbestand mehrere Erlaubnistatbestände verwirklicht werden können. So kann beispielsweise bei der Direktwerbung sowohl das berechnete Interesse, sowie aber auch die Einwilligung der betroffenen Person in Frage kommen, so denn die betroffene Person ihre Einwilligung erteilt hat.

Art. 6 Abs. 1 lit. b - f DS-GVO der Norm setzen zudem voraus, dass die Datenverarbeitung für ein gewisses Ziel erforderlich ist.<sup>6</sup> So ist beispielsweise die Verarbeitung von personenbezogenen Daten unter lit. b der Norm zweckmässig um einen Vertrag erfüllen zu können. Beispielsweise ist es bei einem Versicherungsvertrag erforderlich, dass die Versicherung diverse Daten ihres Vertragspartners, wie beispielsweise Name, Adresse, Alter und Nationalität verarbeiten darf.

Eine Spezialregelung findet sich in der Verordnung in Bezug auf die besonderen Kategorien von personenbezogenen Daten.<sup>7</sup> Auch hier besteht ein generelles Verbot mit aufgeführten und abschliessenden Erlaubnistatbeständen. Die Erlaubnistatbestände sind in Art. 9 Abs. 2 lit. a - j DS-GVO normiert.

Die Verarbeitung dieser Daten auf Grundlage der Wahrung des berechtigten Interesses ist nicht möglich.

Eine weitere Spezialregelung findet sich in Art. 49 DS-GVO bzgl. der Datenübermittlungen ins Ausland. Die Zulässigkeit der Datenübermittlungen in Drittländer oder an internationale Organisationen ist mittels eines dreistufigen Systems zu prüfen. Die Stufen stellen sich wie folgt dar:

- Angemessenheitsbeschluss gemäss Art. 45 DS-GVO
- Geeignete Garantien gemäss Art. 46 und 47 DS-GVO
- Ausnahmenvorschrift gemäss Art. 49 DS-GVO, wie beispielsweise der in der Praxis bedeutsamste Fall der Einwilligung der betroffenen Person

### IV. Die Verarbeitung zur Wahrung berechtigter Interessen gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO

#### a. Im Allgemeinen

Mit der Auffangklausel in Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO ist eine Datenverarbeitung zulässig, wenn diese zur Wahrung eines berechtigten Interesses erforderlich ist.<sup>8</sup>

Unter lit. f können viele verschiedene Sachverhalte subsumiert werden und bewirkt so den Ausgleich zwischen den Interessen der Datensubjekte und

denen der Verantwortlichen oder ggf. Dritten.<sup>9</sup>

Lit. f der Norm beinhaltet dabei einen beschränkten persönlichen Anwendungsbereich. Diese Beschränkung entsteht durch Abs. 1 UAbs. 2 DS-GVO mit dem Ausschluss behördlicher Datenverarbeitung.

Grundsätzlich ist beim Erlaubnistatbestand des berechtigten Interesses nicht nur dieses von einem Verantwortlichen erfasst, sondern auch das eines Dritten.

Dabei darf die Auslegung des Sachverhaltes bzw. die Anwendung des berechtigten Interesses nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person verletzen bzw. überwiegen. Besonders bei Kindern ist gemäss lit. f der Norm auf eine besonders enge Auslegung des Rechtsinstitutes des berechtigten Interesses zu achten, da ausdrücklich auf eventuelle überwiegende gegenläufige Belange bei Betroffenheit von Kindern hingewiesen wird.<sup>10</sup>

Der Begriff des berechtigten Interesses ist in der Verordnung nicht weiter definiert. Der Abwägungsvorbehalt, welcher aus lit. f der Norm entsteht, ist sodann zu beachten, wenn es um die Anwendung des berechtigten Interesses als Rechtsgrundlage für eine rechtmässige Datenverarbeitung geht. Unter dieses kann unter anderem auch das des ideellen oder wirtschaftlichen Interesses eines Verantwortlichen oder Dritten fallen.<sup>11</sup>

Unter den Anwendungsbereich des berechtigten Interesses können sodann folgende Sachverhalte subsumiert werden:

- Gewinnerzielung
- Wissenschaftliche Forschung
- Freie und / oder journalistische Meinungsäusserung
- Verfolgung eigener Rechte<sup>12</sup> (z.B. betriebsinterne Nachforschungen zu Compliance-Fällen)
- Direktwerbung<sup>13</sup>
- Datenaustausch im Konzernsachverhalt<sup>14</sup>
- Verteidigung des eigenen Vermögens, namentlich gegen Betrug und Hackerangriffe<sup>15</sup>
- Datenübermittlung im Zusammenhang mit Straftaten oder Bedrohungen der öffentlichen

Sicherheit (auch wenn Verantwortlicher selbst nicht betroffen ist)<sup>16</sup>

In den oben genannten Sachverhalten können die folgenden personenbezogenen Datenkategorien als Bearbeitungsaktivitäten erfasst sein:

- Kundendaten (auch potentielle Kunden, welche Interesse zeigen)
- Mitarbeiterdaten
- Daten von Lieferanten
- Daten von Wettbewerbern

#### b. Interessenabwägung / Kriterien

Die Verarbeitung im Sinne des berechtigten Interesses muss dazu erforderlich sein, dieses zu schützen und zu wahren.

Ist die Erforderlichkeit gegeben, muss der Verantwortliche evaluieren, ob Interessen der betroffenen Personen der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten entgegenstehen können. Konkret gibt es hier nur den Richtwert, dass die Auslegung des berechtigten Interesses nicht den Grundfreiheiten und Grundrechten<sup>17</sup> des Datensubjekts zuwiderlaufen dürfen und so die gegenseitigen Belange abzuwägen sind.

So ist ein jeder Ausgangspunkt einer solchen Prüfung die Interessenabwägung zwischen den Persönlichkeitsrechten der betroffenen Person, Auswirkungen auf diese und den Interessen des Verantwortlichen oder Dritten.

Der Konkretisierungsauftrag fällt sodann in Zukunft den Aufsichtsbehörden und den Gerichten, insbesondere dem EuGH, zu.

Bei der Auslegung ist stets auf die Art der Daten der betroffenen Person oder nach der «vernünftigen Erwartung»<sup>18</sup>, welche ein Datensubjekt an den jeweiligen individuellen Sachverhalt hat. In der Praxis kann die Erwartung der Datensubjekte mit aufschlussreicher Transparenz des Verantwortlichen beeinflusst werden. So bestätigt die deutsche Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder (DSK) in ihrem Kurzpapier Nr. 3 die Möglichkeit der Beeinflussung der Interessenabwägung durch den Verantwortlichen:

«Informiert der Verantwortliche transparent und umfassend über eine vorgesehene werbliche Nutzung ▶

<sup>3</sup> Vgl. Art. 12 und 13 des schweizerischen Bundesgesetzes über den Datenschutz.

<sup>4</sup> Erwägungsgrund 32.

<sup>5</sup> Artikel 29 Arbeitsgruppe, Stellungnahme 06/2014, 844/14/EN, 13, 62.

<sup>6</sup> Vgl. Frenzel in: Paal/Pauly DSGVO Art. 6 Rn. 9, der einen Zusammenhang zu Art. 5 Abs. 1 lit. c, e DS-GVO herstellt.

<sup>7</sup> Art. 9 DS-GVO.

<sup>8</sup> Vgl. ausführlich Art. 29 Arbeitsgruppe, Stellungnahme 06/2014, 844/14/EN (noch zur DSRL).

<sup>9</sup> Albrecht CR 2016, 88 (92).

<sup>10</sup> Nomos Kommentare, Sydow (Hrsg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung: Reimer, S. 350.

<sup>11</sup> Vgl. auch Artikel 29 Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014, 844/14/EN, 30 f.

<sup>12</sup> Vgl. EuGH 29.1.2008 – C-275/06, Slg. 2008, I-271 – Promusicae: Auskunft über Verbindungsdaten zur Ermöglichung einer Klage.

<sup>13</sup> Erwägungsgrund 47

<sup>14</sup> Erwägungsgrund 48

<sup>15</sup> Erwägungsgrund 49.

<sup>16</sup> Erwägungsgrund 50.

<sup>17</sup> Art. 8 Abs. 1 EUGRCh.

<sup>18</sup> Erwägungsgrund 47 S. 1 Hs. 2.

der Daten, geht die Erwartung der betroffenen Person in aller Regel auch dahin, dass ihre Kundendaten entsprechend genutzt werden».<sup>19</sup>

Zu achten ist darauf, dass keine unverhältnismässigen Folgen aus dem Datenverarbeitungsvorgang für das Datensubjekt erwachsen und die Risiken für das Datensubjekt im Vorfeld in die Abwägung mit eingeflossen sind.<sup>20</sup>

Besteht ein Zweifel, ob die konkrete Datenverarbeitung unter das berechnete Interesse subsumiert werden kann, ist diese nicht von vorneherein einzustellen<sup>21</sup>, sondern eher eine Risikoanalyse gemäss Art. 35 DS-GVO mit dem potentiellen Datenverarbeitungsvorgang durchzuführen, welches genaue Risiken und unverhältnismässige Folgen aufzuzeigen vermag. Natürlich muss auch das Risiko vermehrter Widersprüche und gegebenenfalls Sanktionen durch Aufsichtsbehörden in die allgemeinen, betriebsinternen Risikoeinschätzungen des Verantwortlichen miteinbezogen werden.

Auch nach positiver Interessenabwägung zugunsten des berechtigten Interesses des Verantwortlichen oder Dritten ist das Datensubjekt gemäss Art. 21 Abs. 1 DS-GVO jederzeit dazu berechtigt, der Datenverarbeitung zu widersprechen (siehe unten).

### c. Prüfung eines Sachverhaltes

Der Verantwortliche ist dazu angehalten einen potentiellen Sachverhalt betreffend des berechtigten Interesses genau zu prüfen und die Interessen aller beteiligter Parteien abzuwägen.

Bei der Interessenabwägung sind sodann auch geeignete Garantien<sup>22</sup> zu berücksichtigen, welche eine positive Auswirkung auf die Evaluierung des berechtigten Interesses haben können. Bei der Prüfung müssen die folgenden Elemente beurteilt und aneinander abgewägt werden:

- Handelt es sich um spezielle Kategorien gemäss Art. 9 DS-GVO? (Keine weitere Prüfung notwendig, da die Wahrung des berechtigten Interesses bei dieser Datenkategorie nicht zulässig ist).
- Ist die Datenverarbeitung erforderlich, um das verfolgte Interesse zu erreichen?
- Handelt es sich bei dem Verantwortlichen bzw. Dritten um eine Behörde? (Die DS-GVO sieht eine Verarbeitungsbefugnis aufgrund der Wahrung des berechtigten Interesses bei Organen und Ein-

richtungen der Gemeinschaft und von Behörden nicht vor).

- Sind Art, Inhalt und Aussagekraft der betroffenen Daten definiert?
- Ergebnis der Definitionen sind mit dem verfolgten Zweck zu messen. (Aussagekraft der personenbezogenen Daten für den konkret verfolgten Verarbeitungszweck).
- Es ist abzuwägen, ob Daten besonders missbrauchs anfällig sind (beispielsweise Kreditkartendaten).
- Ist aus den Umständen heraus erkennbar, ob die betroffene Person keinen Aussenkontakt wünscht?<sup>23</sup>
- Erfolgt die Datenverarbeitung im Zusammenhang mit einer gewerblichen Tätigkeit der betroffenen Person? (Die Interessen einer gewerblich tätigen natürlichen Person sind zunächst als weniger schutzwürdig einzuordnen, da ohne die Bearbeitung dieser personenbezogenen Daten ein ökonomischer Prozess kaum möglich ist).<sup>24</sup>
- Gibt es unrichtige Daten, welche in die Abwägung einbezogen werden müssen? (Falls ja, müssen diese gemäss Art. 5 Abs. 1 lit. d DS-GVO stets zugunsten der betroffenen Person ausfallen).
- Welche vernünftigen, subjektiven Erwartungen hat das Datensubjekt an die Verarbeitungstätigkeiten?
- Dürfen dies die betroffenen Personen auch objektiv erwarten? (Es kann in einem gewissen Masse auch auf sozial akzeptierte Formen der Datenverarbeitung abgestellt werden).
- Beinhaltet die geplante Datenverarbeitung die Erstellung eines Persönlichkeitsprofils der betroffenen Person? (Wird ein Persönlichkeitsprofil erstellt, ist von einem überwiegenden schutzwürdigen Interesse der betroffenen Person auszugehen).<sup>25</sup>
- Sind angemessene technische und organisatorische Massnahmen bereitgestellt? (Bspw.: Werden Daten verschlüsselt oder pseudonymisiert? Dies kann positiv im Rahmen einer Interessenabwägung berücksichtigt werden).
- Stammen die Daten aus öffentlichen Registern? (Dies kann positiv im Rahmen einer Interessenab-

wägung berücksichtigt werden).

- Besteht eine vertragliche Absicherung?
- Sind die Betroffenenrechte jederzeit gewährleistet?
- Besteht ein Konzept von beschränkten Zugriffsrechten mit Zugangsprotokoll?
- Werden Daten von Kindern<sup>26</sup> bearbeitet? (Bei Kinderdaten wird gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO von einer überwiegenden Schutzbedürftigkeit der Interessen der betroffenen Person ausgegangen).
- Hat die betroffene Person der Datenverarbeitung gemäss Art. 21 Abs. 1 DS-GVO widersprochen?
- Hat die betroffene Person die Möglichkeit, ihr Widerspruchsrecht gemäss Art. 21 DS-GVO schnell und einfach auszuüben (beispielsweise mittels einer Opt-Out-Option)?
- Hat der Verantwortliche im Falle eines Widerspruchs der betroffenen Person «zwingende schutzwürdige Gründe», um die Datenverarbeitungstätigkeit fortzuführen?
- Findet eine Datenverarbeitung zum Schutz der IT-Sicherheit statt?
- Ist eine Konzerndatenverarbeitung angestrebt? (Gemäss ErwG 48 ist der Datenaustausch innerhalb einer Unternehmensgruppe ausdrücklich als berechtigt anzusehen).
- Wird Direktwerbung betrieben? (siehe dazu detailliert V.)
- Wird ein Retargeting (als Retargeting bezeichnet man eine Technologie im Onlinemarketing, mit der Internetnutzer nach dem Besuch einer Webseite auf anderen Seiten im Netz erneut angesprochen werden<sup>27</sup>) betrieben?
- Werden missbrauchs anfällige Daten wie Standortdaten, Kontodaten usw. verwendet?
- Wurde gemäss Artt. 25 (Privacy by Design) und 35 (Datenschutz-Folgenabschätzung) DS-GVO eine Risikoabschätzung durchgeführt?

### d. Rechtsbegriff der vernünftigen Erwartungen

Gemäss Erwägungsgrund 47 sind die vernünftigen Erwartungen der betroffenen Person in der Abwä-

gungsprüfung einzubeziehen. Die vernünftige Erwartung bezieht sich in diesem Zusammenhang auf das Verhältnis, welches die betroffene Person mit dem Verantwortlichen hat. Hier ist zudem auf eine etwaige Rechtsbeziehung, Geschäftstätigkeit, Datenkategorien usw. abzustellen.

Auch ein Blick in die Zukunft bedarf es bei dieser Art von Evaluation. Der Verantwortliche muss im Vorfeld einschätzen, ob die betroffene Person vernünftigerweise abschätzen kann, ob möglicherweise eine Verarbeitung für die vom Verantwortlichen geplanten Zwecke erfolgen kann.<sup>28</sup>

Auf der einen Seite sind die subjektiven Erwartungen der betroffenen Personen zu berücksichtigen.<sup>29</sup> Hier stellt sich jedoch die Frage, wie genau der Verantwortliche diese Erwartungshaltungen im Vorfeld feststellen oder gar berücksichtigen sollte. Aus dem Wort «vernünftigerweise» im Erwägungsgrund 47 lässt sich aber schliessen, dass auch ein objektiver Massstab an die Erwartungshaltungen gelegt werden darf. Die subjektive Erwartung wird dementsprechend bei der vorstehend dargelegten Interessenabwägung kaum in Betracht fallen. Vielmehr kann sich der Verantwortliche auf die objektivierte Erwartungshaltung, insbesondere auf sozial akzeptierte Arten der Datenverarbeitung, abstützen.

In den Informationen, die den betroffenen Personen aufgrund von Artt. 13 und 14 DS-GVO zu Verfügung gestellt werden müssen, können durch eine weitgehende Transparenz durchaus auch Erwartungshaltungen begründet werden. Allerdings findet diese Möglichkeit ihre Grenze an dem objektiven Massstab, was vernünftigerweise in der konkreten Situation erwartet werden darf.<sup>30</sup>

Ist es der betroffenen Person nicht möglich, auf vernünftige Weise eine solche zukünftige Datenverarbeitung abzuschätzen, ist davon auszugehen, dass die Interessen der berechtigten Person, dass eine Datenverarbeitung nicht stattfindet, in diesem Falle überwiegen.

### e. Konsequenzen

#### i. Informationspflicht

Falls wie oben dargelegt, der Verantwortliche den Rechtsfertigungsgrund des berechtigten Interesses für eine Datenverarbeitung beansprucht, so löst dies eine in Art. 21 Abs. 4 DS-GVO nomierte

<sup>19</sup> DSK – Datenschutzkonferenz: Kurzpapier Nr. 3 Verarbeitung personenbezogener Daten für Werbung, 29.06.2017.

<sup>20</sup> Artikel 29 Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014, 844/14/EN, 52.

<sup>21</sup> EuGH 13.5.2014 – C-131/12.

<sup>22</sup> Beispielsweise Pseudonymisierung, Verschlüsselung, die Möglichkeit der raschen Wiederherstellung der Verfügbarkeit von personenbezogenen Daten bei einem Zwischenfall, Risiko Assessments, vertragliche Absicherungen usw.

<sup>23</sup> Weichert in DKWW BDSG Paragraph 29 Rn. 16.

<sup>24</sup> Vgl. OLG Stuttgart Urt. V. 12.12.2002 – 2 U 103/02, NJW-RR 2003, 1410 (1412).

<sup>25</sup> Gola/Schomerus BDSG Paragraph 29 Rn. 18.

<sup>26</sup> Als Kind ist gemäss UN Kinderrechtskonvention (Art. 1 der Konvention über die Rechte des Kindes v. 20.11.1989) und aus der Definition in den Entwürfen und des Parlaments (Art. 4 Nr. 18 DSGVO-E), jede Person zu subsumieren, welche das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat.

<sup>27</sup> <http://www.digitalwiki.de/retargeting/>.

<sup>28</sup> Erwägungsgrund 47.

<sup>29</sup> Orientierungshilfe der (deutschen) Aufsichtsbehörden zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der Direktwerbung unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) vom November 2018, 4.

<sup>30</sup> Orientierungshilfe der (deutschen) Aufsichtsbehörden zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der Direktwerbung unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) vom November 2018, 4.e.

**b. Online-Tracking**

Im Bereich des Online-Tracking vertreten die deutschen Aufsichtsbehörden eine strenge Auffassung, welche eine Datenverarbeitung mit Tracking-Massnahmen und Nutzerprofilen aufgrund des berechtigten Interesses nicht mehr möglich macht. Dieser zufolge muss im Vorfeld eine Einwilligung der betroffenen Person eingeholt werden.<sup>42</sup>

Kulanz gegenüber der Auslegung im Sinne des berechtigten Interesses lässt die deutsche Litertur zu.<sup>43</sup>

Sie lässt beim Online-Tracking ein Profiling gestützt auf das berechnete Interesse zu, verlangt dabei aber, dass das Profiling pseudonymisiert bzw. verschlüsselt erfolgt, d.h. dass Nutzerprofile nicht mit eindeutigen Identifikatoren der betreffenden Nutzer zusammengeführt werden.

**VI. Praktische Vorgehensweise zur Einhaltung der Compliance**

Nachfolgend sind einige Punkte aufzuführen, die für die Einhaltung der Compliance im Bereich der Datenverarbeitung aufgrund berechtigter Interessen von Bedeutung sind.

- Genaue Inventarisierung aller Datenverarbeitungstätigkeiten, um Datenverarbeitungen zu erkennen, welche auf berechtigten Interessen beruhen.
- Erstellen eines Prozesses zur Durchführung und Dokumentation der Interessenabwägung, insbesondere sollte hier der Datenschutzbeauftragte involviert werden, sofern vorhanden.
- Evaluation der Folgen für das betroffene Datenobjekt.
- Es muss sichergestellt werden, dass mit der Verfolgung der berechtigten Interessen die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen nicht ernsthaft beeinträchtigt werden.
- Belange betroffener Kinder sind besonders gewichtig zu beachten.
- Prüfung, ob eine Zweckänderung gemäss Art. 6 Abs. 4 DS-GVO vorliegt.
- Erstellen der speziellen Information an die betroffenen Personen über das Widerspruchsrecht.

- Erstellen eines Prozesses zur Interessenabwägung bei Geltendmachung des relativen Widerspruchsrechts mit klaren Kriterien.
- Erstellen eines Prozesses zur Sicherstellung, dass bei stattgegebenem Widerspruch die Datenverarbeitung eingestellt wird.
- Der Datenschutzbeauftragte ist jeweils beizuziehen.

**VII. Schlussbetrachtung**

Der Rechtfertigungsgrund der berechtigten Interessen ist ein zweiseitiges Schwert. Auf der einen Seite gibt es den Verantwortlichen die Möglichkeit, in ihren Datenverarbeitungen flexibel zu bleiben und eigene Interessen zu verfolgen, ohne jeweils eine Einwilligung einholen zu müssen. Auf der anderen Seite besteht immer noch eine grosse Rechtsunsicherheit in Bezug auf den unbestimmten Rechtsbegriff «berechtigtes Interesse». Hier braucht es noch Leitlinien des Europäischen Datenschutzausschusses oder der Aufsichtsbehörden, damit eine einheitliche Auslegung und Anwendung dieses Rechtfertigungsgrundes angestrebt werden kann.

Bis dahin besteht für Verantwortliche, die sich auf berechnete Interessen berufen, das Risiko, dass eine Aufsichtsbehörde die Interessen anders beurteilt und dies zu Sanktionen führt.

Für die Verantwortlichen ist es deshalb entscheidend, dass sie die geforderte Güterabwägung für das berechnete Interesse unter Einbezug des Datenschutzbeauftragten nach klaren Kriterien durchführen und gemäss Art. 5 Abs. 2 DS-GVO sauber dokumentieren. Zudem ist über die Datenverarbeitung transparent zu informieren und insbesondere das Widerspruchsrecht klar hervorzuheben.

Weiter sind Prozesse einzuführen, damit Widersprüche von betroffenen Personen zuverlässig registriert, gegebenenfalls eine Interessenabwägung im Einzelfall vorgenommen und die Ergebnisse sauber dokumentiert werden können. Schliesslich ist sicherzustellen, dass bei stattgebenden Widersprüchen die Weiterverarbeitung per sofort eingestellt wird und unter Umständen die Daten gemäss Art. 17 DS-GVO unwiderruflich gelöscht werden.

Mit einer sauberen Dokumentation und funktionierenden Prozessen, insbesondere zur Einstellung von Datenverarbeitungen, lässt sich aber sagen, dass es wohl nicht ein zu grosses Risiko ist, sich zum jetzigen Zeitpunkt auf das berechnete Interesse zu berufen.

**Über die Autoren**

**Jutta Sonja Oberlin**



CIPP/E, CIPM, zertifizierte Datenschutzbeauftragte, zertifizierte Compliance Officer (Universität Augsburg), arbeitet als Unternehmensberaterin im Security Team der PWC in Zürich. Mit einer fundierten juristischen Grundausbildung an der Universität Zürich und einem Master in Compliance und Wirtschaftsrecht, sowie ihrer langjährigen Erfahrung — bei der Beratung von Unternehmen in Bezug auf datenschutzrechtliche Themen aller Art, hat sie die besten Voraussetzungen, um ihre Kunden praxisnah, unternehmensorientiert und nach den Best Practice Erfahrungen zu beraten. Ihre Expertise reicht von der DS-GVO, BDSG, DSGVO bis hin zu internationalen Regulationen, wie das Chinesische Cyber Security Law, Datenschutz in den Staaten des mittleren Osten, USA und Russland.

**Dr.iur. Lukas Lezzi, CIPP/E**



hat in Zürich Rechtswissenschaften studiert und im Finanzmarktrecht promoviert. Er war als betrieblicher Datenschutzverantwortlicher einer grossen schweizerischen Finanzmarktinfrastruktur tätig. Zurzeit bereitet er sich auf die Zürcher Anwaltsprüfung vor. Er ist insbesondere im Bereich des schweizerischen Datenschutzrechts und der DS-GVO tätig.

Anzeige

**Werden Sie jetzt DSGVO-konform!** GDPR

Die Software, die Ihnen hilft, den Datenschutz effizient zu managen.

Entwickelt von Datenschutzpraktikern für Datenschutzpraktiker bietet 2B Advice PrIME Ihnen alle notwendigen Datenschutzwerkzeuge aus einer Hand.

**2B Advice PrIME**  
Einzelplatzlizenz jetzt kostenlos bestellen unter <https://www.2b-advice.com/prime>

**2<sup>B</sup> Advice**  
**PrIME**

**VERZEICHNIS VON VERARBEITUNGSTÄTIGKEITEN**

Dokumentieren Sie die Verarbeitung Ihrer personenbezogenen Daten. Erheben Sie Verarbeitungen direkt online bei den Fachverantwortlichen und passen Sie die Eingabemaske individuell Ihrem Corporate Design an.

**TOM DOKUMENTIEREN**

Dokumentieren Sie Ihre technischen und organisatorischen Massnahmen. Nutzen Sie jetzt 2B Advice PrIME, um eine Datenschutzfolgenabschätzung nach der DSGVO durchzuführen.

**SCHULUNGEN**

Sensibilisieren Sie die Mitarbeiter Ihres Unternehmens für aktuelle Anforderungen von Datenschutz und Datensicherheit. Nutzen Sie dafür individuell erstellbare Trainings und Mustervorlagen.

**PRÜFUNGEN**

Überprüfen Sie Ihre Compliance, identifizieren Sie Schwachstellen im Datenschutz und beheben Sie diese durch regelmäßige Prüfungen.

**KOSTENLOSER WEBCAST**

An jedem letzten Freitag des Monats bieten wir Ihnen eine kostenlose Online-Schulung (14 -15 Uhr) an. Anmeldung unter <https://www.2b-advice.com/prime>

<sup>42</sup> Positionsbestimmung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder – Düsseldorf, 26. April 2018, Zur Anwendbarkeit des TMG für nicht-öffentliche Stellen ab dem 25. Mai 2018, Nr. 9.  
<sup>43</sup> SCHWARTMANN/KLEIN: Heidelberger Kommentar der DSGVO/BDSG, RN. 138 ff.