

*digma-Tagung
zum Datenschutz 2017
Infos zum Programm im Heft*

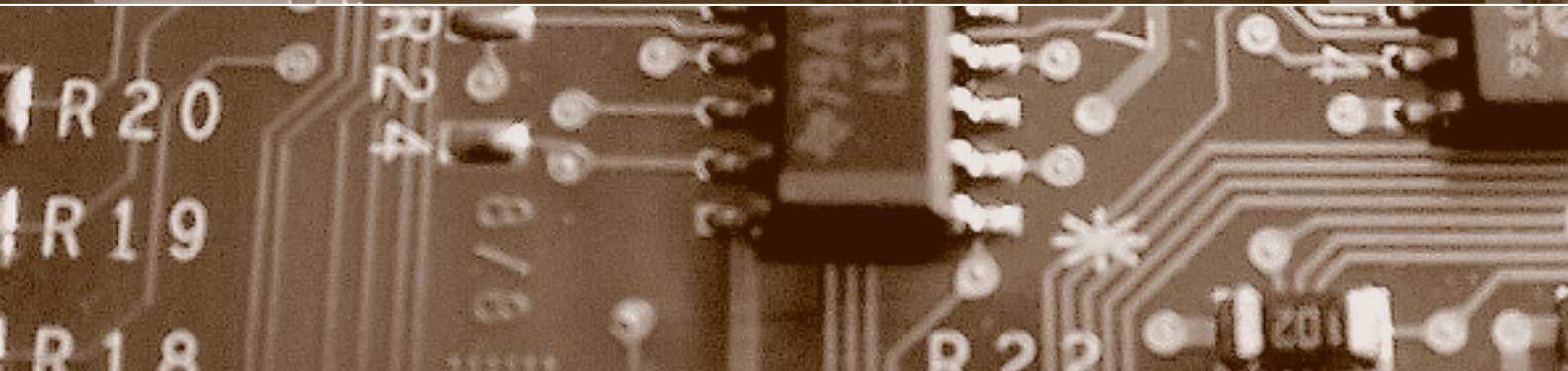
Schwerpunkt:

Datenschutzreform

fokus: Souveräner Datenschutz ist notwendig

fokus: Mehr Datenschutz durch Technik?

report: Einsetzbare Kryptographie für die Cloud



Herausgegeben von
Bruno Baeriswyl
Beat Rudin
Bernhard M. Hämmerli
Rainer J. Schweizer
Günter Karjoth
David Vasella

fokus

Schwerpunkt:

Datenschutzreform

auftakt

Wer hat Angst vor der Digitalisierung?

von Adrian Lobsiger Seite 1

Auf dem Weg zu einem neuen DSG

von Bruno Baeriswyl Seite 4

Extraterritoriale Wirkung der DSGVO

von Lukas Bühlmann/Michael Reinle Seite 8

Mehr Datenschutz durch Technik?

von Marc Langheinrich Seite 14

Praktische Hinweise zur DSGVO-Umsetzung

von Tim Witybul/Christina Breunig/
Lukas Ströbel Seite 20

DSGVO: Schützt die kleinen Technik-Nerds!

von Sandra Husi-Stämpfli Seite 28

Beschäftigtendatenschutz und DSGVO

von Romy Daedelow Seite 34

Souveräner Datenschutz ist notwendig

von Bruno Baeriswyl Seite 38

Der «Swiss Finish» im Vorentwurf des DSG

von David Vasella/Jacqueline Sievers Seite 44

DSG-Revision: Schritt in die richtige Richtung

von Sandra Husi-Stämpfli Seite 50

What's up?

EU-Code of Conduct on mobile health applications

von Barbara Widmer Seite 57

Anpassungsbedarf in den Kantonen

von Beat Rudin Seite 58

What's up?

EU-Verordnung zur eKommunikation

von Barbara Widmer Seite 71

Wann gelten die Bestimmungen der DSGVO auch für Schweizer Unternehmen? Und inwiefern findet das schweizerische Datenschutzrecht auf internationale Verhältnisse Anwendung? In der Praxis schwieriger wird die Vollstreckung von datenschutzrechtlichen Massnahmen und Sanktionen im internationalen Verhältnis sein.

Extraterritoriale Wirkung der DSGVO

Vieles, was in der neuen Datenschutzgrundverordnung gefordert wird, scheint «technisch möglich», doch noch kaum in der Praxis erprobt. Nutzer werden die umfangreichen Informations- und Partizipationsrechte der DSGVO wohl erst nutzen können, wenn Software- und Onlineservice-industrie erste mit technischem Datenschutz integrierte Produkte anbieten können.

Mehr Datenschutz durch Technik?

Das DSG hat angesichts der rasanten technologischen Entwicklungen an Wirkung verloren. Mit der Totalrevision des DSG bietet sich nun die Gelegenheit, das DSG wieder richtig zu justieren. Dabei ist aber bei allen Bestimmungen deren Wirksamkeit kritisch zu hinterfragen: Wo wäre weniger mehr?

Souveräner Datenschutz ist notwendig

Auch die Kantone müssen ihre Datenschutzgesetze den neuen Anforderungen anpassen. Dabei sind die Regelungen nicht eins zu eins zu übernehmen – es muss im Resultat ein gleichwertiger Schutz gewährleistet werden. Der Leitfaden der Konferenz der Kantonsregierungen leistet den Kantonen wertvolle Unterstützung für eine Umsetzung mit Augenmass.

Anpassungsbedarf in den Kantonen

In eigener Sache

Wie auf Seite 113 in digma 2016.3 angekündigt, erscheinen die beiden Nummern 2016.4 und 2017.1 als Doppelnummer erst Ende des ersten Quartals 2017. Der Grund ist die Tatsache, dass die Vernehmlassungsunterlagen des Bundes für die Totalrevision des Datenschutzgesetzes statt, wie ursprünglich angekündigt, im August erst im Dezember 2016 veröffentlicht wurden. Damit war es den Autorinnen und Autoren nicht möglich, ihre Manuskripte rechtzeitig für die Nummer 2016.4 fertigzustellen. Die vorliegende Nummer ist dafür umso umfangreicher ausgefallen und vereint Beiträge sowohl zur Bedeutung der EU-Datenschutzreform für die Schweiz als auch zum Vorschlag des Bundesrates für die Schweizer Datenschutzreform inklusive der Umsetzung der internationalen Vorgaben in den Kantonen. Wir danken für Ihr Verständnis und wünschen eine erhellende Lektüre!

**Einsetzbare Kryptografie für die Cloud**

Es gibt geeignete kryptografische Mechanismen, die dem Cloud-Nutzer anstelle lediglich reiner Zusagen in Service Level Agreements technische Sicherheit und erhöhten Datenschutz bieten. Was braucht es zur korrekten Anwendung? Daran arbeitet das Horizon-2020-Projekt PRISMA-CLOUD.

EGMR-Rechtsprechung

Datenschutz als bedeutungsvolles Thema

von Rolf H. Weber

Seite 72

Blick nach Europa und darüber hinaus

Bei IP-Adressen kommt es darauf an ...

von Barbara Widmer

Seite 76

Forschung

Einsetzbare Kryptografie für die Cloud

von Henrich C. Pöhls/

Thomas Länger

Seite 78

Chance zur Stärkung des Datenschutzes

privatim, die Vereinigung der schweizerischen Datenschutzbeauftragten, nimmt Stellung zum Vorentwurf zum totalrevidierten DSG. Er ist eine Chance, das DSG den aktuellen Herausforderungen anzupassen, auch wenn es noch Verbesserungsbedarf gibt.

forum



privatim

Aus den Datenschutzbehörden

von Marco Fey

Seite 82

privatim

Chance zur Stärkung des Datenschutzes

von privatim

Seite 84

Wirksames Datenschutzgesetz

Was sich unser Cartoonist denkt, wenn er von bestimmten Wirtschaftsverbänden hört, das alte Datenschutzgesetz tue es eigentlich schon ...

agenda

Seite 91

schlussstakt

Drohnenfliegen und Datenschutz

von Beat Rudin

Seite 92

cartoon

von Reto Fontana

Umschlagseite 3

i m p r e s s u m

digma: Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit, ISSN: 1424-9944, Website: www.digma.info

Herausgeber: Dr. iur. Bruno Baeriswyl, Prof. Dr. iur. Beat Rudin, Prof. Dr. Bernhard M. Hämmerli, Prof. (em.) Dr. iur. Rainer J. Schweizer, Prof. Dr. Günter Karjoth, Dr. iur. David Vasella

Redaktion: Dr. iur. Bruno Baeriswyl und Prof. Dr. iur. Beat Rudin

Rubrikenredaktor(inn)en: Dr. iur. Barbara Widmer, lic. iur. Marco Fey

Zustelladresse: Redaktion digma, c/o Stiftung für Datenschutz und Informationssicherheit, Postfach 205, CH-4010 Basel
Tel. +41 (0)61 201 16 42, redaktion@digma.info

Erscheinungsplan: jeweils im März, Juni, September und Dezember

Abonnementspreise: Jahresabo Inland: CHF 174.00, Jahresabo Ausland: CHF 199.00, Einzelheft: CHF 48.00
PrintPlus: Jahresabo Inland: CHF 195.00, Jahresabo Ausland CHF 220.00

PrintPlus: Das PrintPlus-Abonnement bietet die Möglichkeit, bequem und zeitgleich zur Printausgabe jeweils das PDF der ganzen Ausgabe herunterzuladen. Detaillierte Informationen finden Sie unter www.schulthess.com/printplus.

Anzeigenmarketing: Zürichsee Werbe AG, Herr Pietro Stuck, Seestrasse 86, 8712 Stäfa
Tel. +41 (0)44 928 56 11, pietro.stuck@zs-werbeag.ch

Verlag und Abonnementsverwaltung: Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2, Postfach, CH-8021 Zürich
Tel. +41 (0)44 200 29 29, Fax +41 (0)44 200 29 28, www.schulthess.com, zeitschriften@schulthess.com

Extraterritoriale Wirkung der DSGVO

Anwendung der DSGVO der EU auf schweizerische Unternehmen: schwierige Anwendungs- und Vollstreckungsfragen



Lukas Bühlmann,
LL.M., Rechtsanwalt,
Bühlmann
Rechtsanwälte AG,
Zürich
buehlmann@
br-legal.ch

Die DSGVO kann sich auf Schweizer Unternehmen auswirken. Offene Fragen bleiben beim Vollzug von Verfügungen und Sanktionen.

Die Europäische Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) tritt am 25. Mai 2018 in Kraft. Die Schweiz ist nicht Mitglied der Europäischen Union. Dennoch wirken sich die neuen Bestimmungen der DSGVO auf Unternehmen mit Sitz in der Schweiz aus. Für die Anwendung der DSGVO ist eine Niederlassung in der EU nicht zwingend erforderlich (Art. 3 DSGVO).

Nicht nur die DSGVO wirkt sich extraterritorial aus. Auch das geltende schweizerische Datenschutzgesetz kann – ohne explizite Bestimmung im DSG – auf internationale Verhältnisse Anwendung finden.

Im Zusammenhang mit der extraterritorialen Wirkung der DSGVO stellen sich folgende Fragen:

- In welchen Konstellationen ist die DSGVO auf schweizerische Unternehmen anwendbar?
- Was bedeutet das Marktortprinzip?
- Exkurs: Extraterritoriale Wirkung des schweizerischen Datenschutzgesetzes?
- Vollstreckung von ausländischen datenschutzrechtlichen Verfügungen und Sanktionen?

Anwendbarkeit der DSGVO auf schweizerische Unternehmen

Verordnungstext

Art. 3 DSGVO lautet folgendermassen:

«(1) Diese Verordnung findet Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten, soweit diese im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung eines Verantwortlichen oder eines Auftragsverarbeiters in der Union erfolgt, unabhängig davon, ob die Verarbeitung in der Union stattfindet.

(2) 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 Auftragsbearbeiter, 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.

(3) Diese Verordnung findet Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen an einem Ort, der aufgrund des Völkerrechts dem Recht eines Mitgliedstaats unterliegt.»

Konstellationen der räumlichen Anwendung

Aus dem Verordnungswortlaut und den Erwägungsgründen 22–25 ergeben sich folgende Konstellationen der räumlichen Anwendung¹:

- Datenbearbeitung durch EU-Niederlassung eines Schweizer Unternehmens (Art. 3 Abs. 1 DSGVO und Erwägungsgrund 22);
- Bearbeitung von Personendaten für Schweizer Unternehmen durch einen Auftragsdatenbearbeiter in der EU (z.B. Cloud-Anbieter) – dies unabhängig davon, ob es sich um Daten von EU- oder CH-Bürgern handelt (Art. 3 Abs. 1 DSGVO und Erwägungsgrund 22);
- Schweizer Unternehmen bearbeitet Personendaten von EU-Bürgern und CH-Bürgern im Auftrag eines EU-Unternehmens (Art. 3 Abs. 1 DSGVO und Erwägungsgrund 22);
- Schweizer Unternehmen bearbeitet Personendaten als Sub-Unternehmer im Auftrag eines EU-Auftragsdatenbearbeiters (Art. 3 Abs. 1 DSGVO und Erwägungsgrund 22);
- Angebot von Waren und Dienstleistungen durch Schweizer Unternehmen an EU-Bürger (Marktortprinzip; Art. 3 Abs. 2 DSGVO und Erwägungsgrund 23);
- Verhaltensbeobachtung durch Schweizer Unternehmen, sofern das beobachtete Verhalten



Dr. Michael
Reinle, Dr. iur.,
LL.M., Rechts-
anwalt, Bühlmann
Rechtsanwälte AG,
Zürich
reinle@br-legal.ch

in der EU stattfindet (Art. 3 Abs. 2 DSGVO und Erwägungsgrund 24)².

Bedeutung des sog. «Marktortprinzips» für die extraterritoriale Wirkung

Hinsichtlich der Anwendung der DSGVO auf nicht in der EU niedergelassene Verantwortliche und Auftragsbearbeiter (Art. 3 Abs. 2 DSGVO) wird jeweils von der Einführung des «Marktortprinzips» gesprochen³. Was im datenschutzrechtlichen Kontext darunter zu verstehen ist, geht aus Erwägungsgrund 23 der DSGVO hervor⁴. So ist für die Frage, ob ein «Angebot» im Sinne der Verordnung vorliegt, entscheidend, ob offensichtlich beabsichtigt wird, betroffenen Personen in einem oder mehreren EU-Mitgliedstaaten Leistungen anzubieten. Die blosser Abrufbarkeit einer Website in der EU genügt hierfür ausdrücklich nicht.

Desgleichen ist auch die Zugänglichkeit einer E-Mail-Adresse oder anderer Kontaktdaten sowie die Verwendung einer Sprache, die in dem Drittland (z.B. der Schweiz), in dem der Verantwortliche niedergelassen ist, allgemein gebräuchlich ist, explizit kein ausreichender Anhaltspunkt. Demgegenüber gilt die Verwendung einer Sprache oder Währung, die (im Drittland unüblich, aber) in einem oder mehreren EU-Mitgliedstaaten gebräuchlich ist, in Verbindung mit der Möglichkeit, Produkte in dieser anderen Sprache zu bestellen, als relevantes Indiz für eine solche Absicht. Gleiches gilt auch für die Erwähnung von Kunden oder Nutzern, die sich in der Union befinden.

Daraus wird deutlich, dass die Verordnung implizit auf die vom EuGH – insbesondere im Zusammenhang mit der internationalen Zuständigkeit bei Verbraucherverträgen – entwickelten Kriterien⁵ für das Vorliegen einer «Ausrichtung» Bezug nimmt. Da die Aufzählung der Faktoren nicht abschliessend ist, kommen daher weitere Kriterien in Betracht⁶. So dürften insbesondere die gezielte Werbung an Nutzer in bestimmten Mitgliedstaaten, die Angabe von Versandkosten in einzelne EU-Länder oder Lieferhinweise (z.B. Vorgaben für die Abwicklung von Bestellungen) hinsichtlich bestimmter EU-Staaten als klare Anhaltspunkte für eine relevante «Angebots-Absicht» eingestuft werden. Gleiches wird auch für die Angabe einer Bankverbindung im entsprechenden Land gelten. Ferner könnten im Einzelfall namentlich auch Hinweise auf Rechtsvorschriften eines bestimmten EU-Landes oder das Betreiben einer Website unter einer länderspezifischen Top-Level-Domain als relevante Kriterien betrachtet werden.

Exkurs: Extraterritoriale Wirkung des schweizerischen Datenschutzgesetzes

Keine explizite Regelung im Datenschutzgesetz

Weder das geltende schweizerische Datenschutzgesetz, noch der Vorentwurf zu einem totalrevidierten schweizerischen Datenschutzgesetz (VE-DSG)⁷ äussern sich explizit zum räumlichen Geltungsbereich.

Im Erläuternden Bericht zum VE-DSG⁸ wird die Frage des räumlichen Geltungsbereichs allerdings angesprochen⁹. Gemäss Bundesrat wurde auf eine explizite Regelung verzichtet¹⁰. Das geltende Recht würde die Anwendung des schweizerischen Datenschutzgesetzes auf internationale Sachverhalte bereits erlauben¹¹.

Für die Frage, ob ein «Angebot» im Sinne der DSGVO vorliegt, ist entscheidend, ob offensichtlich beabsichtigt wird, Personen in einem EU-Mitgliedstaat Leistungen anzubieten.

Extraterritoriale Anwendung des Datenschutzgesetzes bereits erlaubt

Die Erwägungen des Bundesverwaltungsgerichts¹² und des Bundesgerichts¹³ im Google-Street-View-Entscheid zeigen eindrücklich, dass das schweizerische Datenschutzgesetz trotz fehlender expliziter Regelung auf internationale Sachverhalte anwendbar ist.

Dabei ist zwischen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des Datenschutzgesetzes zu unterscheiden. Privatrechtlicher Natur sind z.B. die Datenbearbeitungsgrundsätze, öffentlich-rechtlicher Natur sind z.B.

Kurz & bündig

Die Bestimmungen der DSGVO sind für schweizerische Unternehmen relevant. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein schweizerisches Unternehmen Personendaten im Auftrag eines Datenverantwortlichen in der EU bearbeitet, wenn ein schweizerisches Unternehmen sich mit einem Onlineshop spezifisch an EU-Bürger richtet oder auf einer Webseite die Internetaktivitäten von EU-Bürgern beobachtet. Nicht nur die DSGVO wirkt sich extraterritorial aus. Auch ohne explizite gesetzliche Regelung kann bereits das geltende schweizerische Datenschutzrecht auf internationale Verhältnisse Anwendung finden. Daran wird sich mit der Revision des schweizerischen Datenschutzgesetzes nichts ändern. Die Anwendbarkeit des schweizerischen Datenschutzgesetzes auf ausländische Unternehmen bzw. die Anwendbarkeit der DSGVO auf schweizerische Unternehmen ist das eine. In der Praxis schwieriger ist die Vollstreckung von datenschutzrechtlichen Massnahmen und Sanktionen im internationalen Verhältnis.

die Informationspflichten an den EDÖB, die Pflicht zur Anmeldung einer Datensammlung nach geltendem Datenschutzgesetz¹⁴.

Die Anwendbarkeit auf internationale Sachverhalte bestimmt sich dabei folgendermassen:

Das schweizerische Datenschutzrecht entfaltet trotz fehlender expliziter Regelung des räumlichen Geltungsbereichs durchaus Wirkungen auf internationale Sachverhalte.

■ **Privatrechtliche Bestimmungen:** Art. 139 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 IPRG¹⁵ gibt dem Geschädigten, d.h. der betroffenen Person, ein weitgehendes Wahlrecht¹⁶. Wählen kann er zwischen dem Recht des Staates, a) in dem er seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (sofern der Verletzer mit dem Eintritt des Erfolges in dem Staat rechnen musste), b) in welchem der Verletzer seine Niederlassung oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder c) in welchem der Erfolg der verletzenden Handlung eintritt, sofern der Verletzer mit dem Eintritt des Erfolgs in diesem Staat rechnen musste¹⁷. Gemäss herrschender Lehre liegt der Erfolgsort bei Persönlichkeitsverletzungen regelmässig am gewöhnlichen

Aufenthalt des Geschädigten¹⁸. Entscheidend für die Anwendung des Wahlrechts in Art. 139 Abs. 1 IPRG ist allerdings, dass schweizerische Gerichte international-privatrechtlich für die Beurteilung des Streitfalles zuständig sind¹⁹.

■ **Öffentlich-rechtliche Bestimmungen:** Es gilt das Territorialitätsprinzip²⁰. Die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des schweizerischen Datenschutzgesetzes sind nur auf Datenbearbeitungen in der Schweiz anwendbar. Die Gerichtspraxis hat jedoch mithilfe des sog. Auswirkungsprinzips den räumlichen Geltungsbereich von öffentlich-rechtlichen Bestimmungen auf internationale Sachverhalte ausgedehnt²¹. In der Lehre wird z.B. festgehalten, dass schweizerische Behörden die Sammlung von persönlichen Daten von Personen in der Schweiz von einem Standort im Ausland aus beurteilen können²². Allerdings muss diese Sammlung spezifisch erfolgen, z.B. durch eine spezifische Kontaktnahme von Personen in der Schweiz durch ausländische Call-Center. Bei Datensammlungen über Webseiten ist entscheidend, ob sich die Webseite gezielt an Personen in der Schweiz richtet (siehe hierzu vorangehend die Ausführungen zum Marktortprinzip)²³. Gemäss Bundesverwaltungsgericht soll es allerdings bereits genügen, wenn Bilder auf einer Webseite weltweit und damit auch in der Schweiz veröffentlicht werden²⁴. Nach der vorliegenden Auffassung geht diese extensive Anwendung des Auswirkungsprinzips zu weit. Im Zusammenhang mit dem Auswirkungsprinzip wird in Bezug auf andere öffentlich-rechtliche Gesetze ein spezifischer Schweizbezug verlangt (z.B. eine gewisse Spürbarkeit auf dem schweizerischen Markt im Kartellrecht)²⁵.

■ **Strafrechtliche Bestimmungen:** Gewisse Bestimmungen im geltenden DSG sowie die im VE-DSG in Art. 50 ff. vorgeschlagenen Sanktionen sind strafrechtlicher Natur²⁶. Der räumliche Geltungsbereich dieser Bestimmungen richtet sich aufgrund von Art. 333 StGB nach den Grundsätzen des Strafgesetzbuches. Nach Art. 3 StGB ist der Begehungsort in der Schweiz entscheidend. Nach Art. 7 StGB kann es sich dabei um den Handlungs- oder Erfolgsort handeln²⁷.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das schweizerische Datenschutzrecht trotz fehlender expliziter Regelung des räumlichen Geltungsbereichs durchaus Wirkungen auf internationale Sachverhalte entfaltet.

Vollstreckungsprobleme im internationalen Verhältnis

Dass das schweizerische Datenschutzgesetz bzw. die DSGVO auf einen internationalen Sachverhalt anwendbar sind, bedeutet noch nicht, dass entsprechende datenschutzrechtliche Ver-

Literatur

- Bundesgericht, XIII. Treffen der obersten Verwaltungsgerichtshöfe Österreichs, Deutschlands, des Fürstentums Liechtenstein und der Schweiz, Vaduz 2002, Landesbericht der Schweiz – Internationales Verwaltungsrecht: Das Territorialitätsprinzip und seine Ausnahmen, <http://www.bger.ch/territorialitaet-sprinzip_und_seine_ausnahmen.pdf> (letztmals kontrolliert: 15.2.2017).
- Erläuternder Bericht zum Vorentwurf für das Bundesgesetz über die Totalrevision des Datenschutzgesetzes und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 21. Dezember 2016 (fortan: Erläuternder Bericht zum VE-DSG), abrufbar auf <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkerung/vn-ber-d.pdf>> (letztmals kontrolliert: 15.2.2017).
- BÜHLMANN LUKAS/SCHÜEPP MICHAEL, Marketing und Internet – datenschutzrechtliche Aspekte, in: Passadelis Nicolas/Rosenthal David/Thür Hanspeter (Hrsg.), Datenschutzrecht, Basel 2015, 681 ff.
- MAIER SARA, EU-Grundverordnung: Datenschutz-Vertreter für Unternehmen, <<https://www.datenschutzbeauftragter-info.de/eu-grundverordnung-daten-schutz-vertreter-fuer-unternehmen/>> (letztmals kontrolliert: 15.2.2017).
- PILTZ CARLO, Die Datenschutz-Grundverordnung, in: K&R 2016, 557 ff.
- RIEDO CHRISTOF/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Verwaltungsstrafrecht, Teil 1: Ein Märchen, eine Lösung, ein Problem und ein Beispiel, in: Häner Isabelle/Waldmann Bernhard (Hrsg.), Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich 2010, 41 ff.
- ROSENTHAL DAVID/JÖHRI YVONNE, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zürich 2008.
- SCHIRMBACHER MARTIN/BÜHLMANN LUKAS, Der Cross-Border-Onlineshop, in: ITRB 2010, 188 ff.
- SPIESS FABIA, Verfahren und Rechtsschutz bei der Anerkennung und Vollstreckung von ausländischen Strassenverkehrsmassnahmen und -sanktionen in der Schweiz, in: AJP 2015, 1499 ff.
- THALMANN ANDRÉ, Zur Anwendung des schweizerischen Datenschutzgesetzes auf internationale Sachverhalte, in: sic! 2007, 337 ff.

fügungen oder Sanktionen gegen Unternehmen mit Sitz im Ausland vollstreckt werden können. Anwendbarkeit eines Gesetzes und Vollstreckung sind nicht dasselbe²⁸. Regelmässig haben ausländische Unternehmen (leider) auch keine Niederlassung im Vollstreckungsstaat – welche zudem in die inkriminierte oder beanstandete Handlung involviert ist²⁹. Bei einer Niederlassung oder Vermögenswerten (z.B. Bankkonten, Immaterialgüterrechte, Sacheigentum) im Vollstreckungsstaat erleichtert sich die Vollstreckung.

Massgeblich betreffend die Vollstreckung im internationalen Verhältnis ist die Rechtsnatur der betreffenden Massnahmen bzw. Sanktionen:

■ **Entscheide in Zivilverfahren:** Zivilrechtliche Entscheide können im Ausland anerkannt und vollstreckt werden. Massgeblich sind hierbei völkerrechtliche Verträge wie z.B. das Lugano-Übereinkommen oder die international-privatrechtlichen Bestimmungen des Vollstreckungslandes³⁰.

■ **Verwaltungsmassnahmen:** Solche Massnahmen, z.B. Verfügungen des EDÖB gemäss der neu vorgeschlagenen Verfügungskompetenz in Art. 43 VE-DSG³¹, wirken sich nur in der Schweiz aus. Verfügungen von ausländischen Datenschutzbehörden gegen schweizerische Unternehmen wirken sich umgekehrt nicht per

se in der Schweiz aus³². Ohne entsprechende internationale Abkommen können Massnahmen von ausländischen Behörden nicht vollstreckt werden. Möglich ist allerdings, dass z.B. der EDÖB auf Information durch eine EU-Datenschutzbehörde hin zum Schluss kommt, dass

Verfügungen von ausländischen Datenschutzbehörden gegen schweizerische Unternehmen wirken sich nicht per se in der Schweiz aus.

eine von der EU-Behörde beanstandete Datenbearbeitung durch ein schweizerisches Unternehmen auch das schweizerische Datenschutzgesetz verletzt. Der EDÖB könnte dann seinerseits Empfehlungen bzw. zukünftig Verfügungen gegen das schweizerische Unternehmen erlassen. Es handelt sich hierbei jedoch nicht um die Vollstreckung einer ausländischen Verwaltungsmassnahme.

■ **Strafrechtliche Entscheide/Sanktionen:** Entscheidend ist zunächst, ob datenschutzrechtliche Sanktionen als Strafsanktion zu qualifizieren sind. Dies wäre bei Art. 50 ff. VE-DSG klar der Fall. Eine Strafsanktion liegt auch vor, wenn bei Nichteinhaltung einer verwaltungs-

Fussnoten

¹ Der Verordnungstext sowie die Erwägungsgründe und eine Kommentierung der Bestimmungen finden sich z.B. auf <<https://www.datenschutz-grundverordnung.eu>>.

² Gemäss Erwägungsgrund 24 geht es vor allem um die Verhaltensbeobachtung mittels Trackingtools auf Webseiten.

³ Vgl. z.B. PILTZ, 558 f.

⁴ Im Gegensatz zu Erwägungsgrund 23 verlangt Erwägungsgrund 24 nicht explizit eine spezifische «Ausrichtung». Unklar ist deshalb, ob sich Websites bei der Verhaltensbeobachtung mittels Trackingtools spezifisch an EU-Bürger richten müssen oder ob die DSGVO bei jedem Tracking von EU-Bürgern zur Anwendung gelangt.

⁵ Vgl. insbesondere Urteil des EuGH, C-585/08 und C-144/09, vom 7. Dezember 2010 («Pammer/Alpenhof»).

⁶ Vgl. hierzu SCHIRMBACHER/BÜHLMANN, 188 ff.

⁷ Der Wortlaut des Vorentwurfs ist unter der folgenden Webseite abrufbar: <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerking/vorentw-d.pdf>>.

⁸ Erläuternder Bericht zum VE-DSG.

⁹ Erläuternder Bericht zum VE-DSG, 42 f.

¹⁰ Der Bundesrat hat sich überlegt, für ausländische Unternehmen eine Pflicht zur Benennung eines Datenschutz-Vertreters analog zu Art. 27 DSGVO einzuführen (Erläuternder Bericht zum VE-DSG, 42). Er hat jedoch darauf verzichtet, weil z.B. Art. 11b VwVG sowie Art. 140 ZPO die Benennung eines Zustellungsempfängers bereits zulassen.

¹¹ Der Bundesrat verweist zu Recht darauf, dass weniger die Bestimmung des räumlichen Geltungsbereichs als vielmehr die Vollstreckung von datenschutzrechtlichen Massnahmen und

Sanktionen im internationalen Verhältnis problematisch sind (vgl. Erläuternder Bericht zum VE-DSG, 42).

¹² Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, A-7040/2009, vom 30. März 2011 («Google Street View»).

¹³ BGE 138 II 346.

¹⁴ Zum Ganzen z.B. THALMANN, 337 ff.

¹⁵ SR 291.

¹⁶ Das Bundesverwaltungsgericht hat die Frage offengelassen, ob das Wahlrecht auch durch den EDÖB ausgeübt werden kann, siehe Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, A-7040/2009, vom 30. März 2011, E. 5.5.2 («Google Street View»). Aufgrund der Ausführungen hätte das Bundesverwaltungsgericht die Frage tendenziell bejaht.

¹⁷ Mit diesem weitgehenden Wahlrecht wollte der Gesetzgeber verhindern, dass der Datenbearbeiter sich mit der Wahl seines Domizils einen datenschutzrechtlichen Vorteil verschaffen kann (Verhinderung von «Datenoasen»). Das weitgehende Wahlrecht führt jedoch dazu, dass der Datenbearbeiter das anwendbare und damit zu berücksichtigende Datenschutzrecht nur schwierig vorhersehen kann, vgl. ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 139 IPRG N 2.

¹⁸ Vgl. THALMANN, 339. Zu Recht verweisen allerdings ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 139 IPRG N 23, darauf, dass der gewöhnliche Aufenthalt der betroffenen Person nicht der einzige Erfolgsort sein muss. Der Erfolgsort kann auch dort liegen, wo mittels einer spezifischen Datenbearbeitung in die vom Datenschutzgesetz geschützte Persönlichkeitssphäre eingewirkt wird.

¹⁹ Die international-privatrechtliche Zuständigkeit der schweizerischen Gerichte kann sich z.B. aus Art. 129 IPRG (Handlungs- oder Erfolgsort in der Schweiz) bzw. aus Art. 5 Nr. 3 LugÜ (SR 0.275.12; Handlungs- oder Erfolgsort) ergeben.

rechtlichen Verfügung nach Art. 41 VwVG i.V.m. Art 292 StGB eine Busse ausgesprochen wird³³. Eine Strafsanktion würde auch dann vorliegen, wenn die Schweiz analog zur DSGVO dem EDÖB eine direkte Sanktionskompetenz zusprechen würde³⁴. In der Schweiz ist für die Vollstreckung von ausländischen Strafurteilen das Bundesgesetz über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRSG) anwendbar³⁵. Andere Länder kennen vergleichbare Gesetzesbe-

stimmungen³⁶. Solche Gesetzesbestimmungen erlauben die Vollstreckung von Geldstrafen, auch wenn diese von Verwaltungsbehörden gestützt auf das Verwaltungsstrafrecht erlassen werden³⁷. Entscheidend ist allein, ob die Geldstrafe als Strafsanktion zu qualifizieren ist.

Um die vorangehend erwähnten Vollstreckungsprobleme zu reduzieren, verlangt Art. 27 DSGVO von ausländischen Unternehmen, welche in den räumlichen Geltungsbereich der DSGVO fallen, die Benennung eines Datenschutz-Vertreters in einem EU-Land. In der Literatur zur DSGVO wird die Auffassung vertreten, dass der Datenschutz-Vertreter ersatzweise für Verletzungen der DSGVO verantwortlich gemacht werden kann, d.h. sich die Geldstrafen und Verfügungen direkt an diesen

richten können³⁸. Der Wortlaut von Art. 27 DSGVO ist diesbezüglich nicht klar. Aus dem Erwägungsgrund 80 könnte sich eine solche Verantwortlichkeit durchaus herauslesen lassen³⁹.

Es ist zu beachten, dass ausländische Unternehmen nicht in jedem Fall einen Datenschutz-Vertreter benennen müssen. Ein Vertreter ist nicht zu benennen, wenn (kumulativ) die Datenbearbeitung:

- nur gelegentlich erfolgt,
- nicht in grösserem Umfang sensible Daten nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO umfasst und
- unter Berücksichtigung der Art, Umstände, Umfang und Zwecken der Verarbeitung voraussichtlich nicht zu einem Risiko für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen führt.

Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vollstreckung von datenschutzrechtlichen Massnahmen oder Geldstrafen im Ausland schwierig sein kann. Dies bedeutet jedoch nicht, dass ein Schweizer Unternehmen, welches mit seinen Datenbearbeitungen unter den Geltungsbereich der DSGVO fällt, vor Massnahmen und Sanktionen der EU-Datenschutzbehörden sicher ist, wenn es keine Niederlassung in einem EU-Mitgliedstaat hat. Das IRSG erlaubt die Vollstreckung von ausländischen Strafentscheiden unter gewissen Voraussetzungen. Sofern das betreffende Unternehmen Vermögenswerte in einem EU-Mitgliedstaat hat, können auch diese Vermögenswerte Gegenstand von Vollstreckungshandlungen werden. ■

Dass die Vollstreckung von datenschutzrechtlichen Massnahmen oder Geldstrafen im Ausland schwierig sein kann, bedeutet nicht, dass ein Schweizer Unternehmen vor Massnahmen und Sanktionen der EU-Datenschutzbehörden sicher ist.

Um die vorangehend erwähnten Vollstreckungsprobleme zu reduzieren, verlangt Art. 27 DSGVO von ausländischen Unternehmen, welche in den räumlichen Geltungsbereich der DSGVO fallen, die Benennung eines Datenschutz-Vertreters in einem EU-Land. In der Literatur zur DSGVO wird die Auffassung vertreten, dass der Datenschutz-Vertreter ersatzweise für Verletzungen der DSGVO verantwortlich gemacht werden kann, d.h. sich die Geldstrafen und Verfügungen direkt an diesen

richten können³⁸. Der Wortlaut von Art. 27 DSGVO ist diesbezüglich nicht klar. Aus dem Erwägungsgrund 80 könnte sich eine solche Verantwortlichkeit durchaus herauslesen lassen³⁹.

Es ist zu beachten, dass ausländische Unternehmen nicht in jedem Fall einen Datenschutz-Vertreter benennen müssen. Ein Vertreter ist nicht zu benennen, wenn (kumulativ) die Datenbearbeitung:

- nur gelegentlich erfolgt,
- nicht in grösserem Umfang sensible Daten nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO umfasst und
- unter Berücksichtigung der Art, Umstände, Umfang und Zwecken der Verarbeitung voraussichtlich nicht zu einem Risiko für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen führt.

Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vollstreckung von datenschutzrechtlichen Massnahmen oder Geldstrafen im Ausland schwierig sein kann. Dies bedeutet jedoch nicht, dass ein Schweizer Unternehmen, welches mit seinen Datenbearbeitungen unter den Geltungsbereich der DSGVO fällt, vor Massnahmen und Sanktionen der EU-Datenschutzbehörden sicher ist, wenn es keine Niederlassung in einem EU-Mitgliedstaat hat. Das IRSG erlaubt die Vollstreckung von ausländischen Strafentscheiden unter gewissen Voraussetzungen. Sofern das betreffende Unternehmen Vermögenswerte in einem EU-Mitgliedstaat hat, können auch diese Vermögenswerte Gegenstand von Vollstreckungshandlungen werden. ■

Fussnoten (Fortsetzung)

²⁰ Vgl. THALMANN, 341; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, A-7040/2009, vom 30. März 2011, E. 5.4.1 («Google Street View»).

²¹ Bundesgericht, XIII. Treffen der obersten Verwaltungsgerichtshöfe Österreichs, Deutschlands, des Fürstentums Liechtenstein und der Schweiz, 7 ff. mit Hinweisen auf die Gerichtspraxis zum Auswirkungsprinzip.

²² Vgl. THALMANN, 341; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, A-7040/2009, vom 30. März 2011, E. 5.4.1 («Google Street View»).

²³ Vgl. BÜHLMANN/SCHÜEPP, 681 ff., Rz. 19.102; ROSENTHAL/JÖHRI, Art. 7a DSG N 1, halten zu Recht fest, dass nicht jede Eingabe von Daten durch eine Person in der Schweiz auf der ausländischen Webseite eines ausländischen Unternehmens eine Datenbearbeitung in der Schweiz darstellen kann.

²⁴ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, A-7040/2009, vom 30. März 2011, E. 5.4.2 («Google Street View»). Das Bundesgericht hat die Anwendbarkeit des DSG auf den Sachverhalt ebenfalls bejaht (BGE 138 II 346 ff., 352 f., E. 3.3). Aus den Ausführungen des Bundesgerichts geht jedoch nicht klar hervor,

ob die Veröffentlichung der Bilder auf einer weltweit abrufbaren Webseite für sich alleine genügt hätte oder ob die Anwendbarkeit des DSG aufgrund der Gesamtheit der Datenbearbeitungen – gewisse Bearbeitungen erfolgten unbestritten in der Schweiz – bejaht wurde.

²⁵ Zur Frage der Spürbarkeit: Bundesgericht (Fn. 21), 10 mit Verweis auf BGE 127 III 219 ff., anders das BVGer im Entscheid zu Gaba (Elmex) (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts, A-B-506/2010, vom 19. Dezember 2013): Das BVGer hat sich dort ausführlich mit der Spürbarkeit auseinandergesetzt und verneint, dass eine Spürbarkeitsprüfung auf der Ebene des Anwendungsbereichs zu erfolgen hat (vgl. E. 3.3.14.1). Auch das Bundesverwaltungsgericht verlangt jedoch Anknüpfungspunkte zur Schweiz. Es ist aufgrund der Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts unklar, ob sich der Unterschied zur Praxis des Bundesgerichts allenfalls alleine auf die Begrifflichkeit «Spürbarkeit» bezieht.

²⁶ Siehe zur strafrechtlichen Qualifikation von Verwaltungsstrafen am Beispiel des schweizerischen Kartellgesetzes RIEDO/NIGGLI, 41 ff., insbesondere 44 ff.

²⁷ Vgl. THALMANN, 341; vgl. auch RIEDO/NIGGLI, 44.

- ²⁸ Im Zusammenhang mit dem Kartellrecht hat das Bundesgericht zu Recht festgehalten, dass die schwierige Vollstreckung einer Massnahme oder Geldstrafe auf die Frage der Anwendung des schweizerischen Kartellgesetzes im internationalen Verhältnis keinen Einfluss hat (BGE 127 III 219 ff., 227, E. 4.c). Die Vollstreckungsprobleme seien u.a. durch internationale Abkommen zu lösen.
- ²⁹ Aus rechtsstaatlichen Gründen und auch mit Rücksicht auf das Territorialitätsprinzip dürfen Niederlassungen nach der hier vertretenen Auffassung nicht in jedem Fall (anstelle oder zusammen mit der Muttergesellschaft) in die Pflicht genommen werden. Bei Niederlassungen, welche rechtlich keine Zweigniederlassung darstellen, handelt es sich um selbständige juristische Personen. Die Niederlassung selbst ist nicht ein Vermögenswert der Muttergesellschaft – lediglich die Beteiligung an der Niederlassung stellt ein Aktivum dar. Art. 50 Abs. 1 SchKG (SR 281.1) lässt denn eine Betreibung am Ort der schweizerischen Niederlassung bei einem ausländischen Schuldner nur zu, wenn die Verbindlichkeit im Zusammenhang mit der Niederlassung steht.
- ³⁰ Mühsam kann bei solchen zivilrechtlichen Verfahren allenfalls die Zustellung von Verfahrensdokumenten sein. Ohne entsprechende zwischenstaatliche Bestimmungen ist eine direkte postalische Zuständigkeit nicht zulässig, vgl. z.B. Bundesrat, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit von Providern, Bericht vom 11. Dezember 2015, 95 f.
- ³¹ Bis anhin hatte der EDÖB keine Verfügungskompetenz. Er konnte lediglich Empfehlungen abgeben. Akzeptierten die Unternehmen diese Empfehlung nicht oder hielten sie diese nicht ein, musste der EDÖB nach Art. 29 Abs. 4 DSG beim Bundesverwaltungsgericht den Erlass einer Verfügung beantragen.
- ³² Hierzu gibt es eine recht umfangreiche Literatur zur Vollstreckung von ausländischen Strassenverkehrsmassnahmen und -sanktionen. Es ist unbestritten, dass z.B. ausländische Fahrzeugausweisentzüge oder Bussen ohne internationale Abkommen nicht direkt in der Schweiz vollstreckbar sind, vgl. z.B. ausführlich SPIESS, 1499 ff. Art. 16c^{bis} SVG, der die Anordnung von Warnungsentzügen in der Schweiz nach Verkehrsdelikten im Ausland vorsieht, stellt keine Vollstreckung der ausländischen Massnahme dar, sondern beinhaltet eine selbständige Massnahmekompetenz der schweizerischen Behörden.
- ³³ Art. 50 Abs. 2 lit. f VE-DSG – beim Vorentwurf hat sich hier ein Nummerierungsfehler eingeschlichen, weshalb es wohl lit. e sein müsste – sieht bei Nichteinhaltung einer EDÖB-Verfügung einen eigenständigen Straftatbestand vor, welcher Art. 292 StGB ersetzt. Im Erläuternden Bericht zum VE-DSG, 85, wird dies damit begründet, dass die gemäss Art. 292 StGB vorgesehene Maximalstrafe (CHF 10000) zu wenig hoch sei. Die Maximalstrafe nach Art. 50 VE-DSG beträgt CHF 500000 bei Vorsatz sowie CHF 250000 bei Fahrlässigkeit. Sowohl Art. 50 Abs. 2 lit. f VE-DSG als auch Art. 292 StGB richten sich primär an die verantwortliche natürliche Person.
- ³⁴ Vgl. die Ausführungen von RIEDO/NIGGLI, 44 ff., zu den vergleichbaren Direktsanktionen im Kartellgesetz. RIEDO/NIGGLI, 46 ff., legen darüber hinaus dar, dass für eine Sanktionierung der juristischen Person – im Gegensatz zu den verantwortlichen natürlichen Personen – die Einführung der Direktsanktionen in Art. 49a KG unabdingbar war. Allerdings kritisieren sie die Begründung für die Einführung dieser Bestimmung – ohne diese Verschuldensunabhängige Sanktion könnten juristische Personen kaum je zur Verantwortung gezogen werden.
- ³⁵ SR 351.1. Die Vollstreckung ausländischer Strafentscheide und Sanktionen ist in Art. 94 ff. IRSG geregelt. Verlangt wird u.a. die doppelte Strafbarkeit. Bei Geldstrafen dürfen diese nicht über die im schweizerischen Recht vorgesehene Maximalstrafe hinausgehen. Aktuell würde daher eine Vollstreckung von Geldstrafen, welche von EU-Datenschutzbehörden gestützt auf die DSGVO ausgesprochen werden, in der Schweiz scheitern.
- ³⁶ Z.B. § 48 des deutschen Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG), vgl. hierzu Verfügung des Bundesstrafgerichts vom 21. September 2016, Geschäftsnummer SK.2016.36.
- ³⁷ Verfügung des Bundesstrafgerichts vom 21. September 2016, Geschäftsnummer SK.2016.36. Dort ging es um eine Geldstrafe, welche das EFD wegen einer Verletzung des Bankgesetzes im Verwaltungsstrafverfahren ausgefällt hatte.
- ³⁸ MAIER.
- ³⁹ Im letzten Satz des Erwägungsgrundes 80 heisst es, dass der bestellte Vertreter bei Verstössen des Verantwortlichen oder Auftragsdatenbearbeiters dem Durchsetzungsverfahren unterworfen werden soll. Die nationalen Gesetzgeber dürften hier einen gewissen Umsetzungsspielraum haben.

Meine Bestellung

- 1 Jahresabonnement **digma** (4 Hefte des laufenden Jahrgangs) à **CHF 174.00**
(Versandkosten: Schweiz inklusive)

Name _____ Vorname _____

Firma _____

E-Mail _____

Strasse/Nr. _____

PLZ _____ Ort _____

Datum _____ Unterschrift _____

Bitte senden Sie Ihre Bestellung an:

Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2, CH-8001 Zürich

Telefon +41 44 200 29 29

Telefax +41 44 200 29 28

E-Mail: zeitschriften@schulthess.com

Homepage: www.schulthess.com

Schulthess 