
DSGVO und schweizerische Unternehmen: Auswahl offener Fragen

David Vasella
23. Symposium on Privacy and Security • 6. September 2018

walderwyss rechtsanwälte

Internationale Anwendbarkeit der DSGVO

walderwyss rechtsanwälte

Übersicht

Anwendbarkeit der DSGVO:

1. Niederlassung im EWR
2. Marktausrichtung
3. Verhaltensbeobachtung
4. nur für deliktische Ansprüche: Berufung auf Heimatrecht (Art. 139 IPRG)

walderwyss rechtsanwälte 23. Symposium on Privacy and Security 6.9.2018 3

Fragen zum Niederlassungsprinzip

«Niederlassung» ist ein funktionaler Begriff («effektive und tatsächliche Ausübung einer Tätigkeit durch eine feste Einrichtung»). ErwGr 22: Gesellschaftssitz, Tochter, Zweigniederlassung etc.

- Wirklich auch juristisch selbständige Gebilde? → nach der Literatur eindeutig ja
- Muss die Niederlassung selbst auch Daten verarbeiten? → nach «Google Spain» nicht; aber fraglich
- Anwendbarkeit auf Bearbeitungen «im Rahmen der Tätigkeiten» der Niederlassung: Was heisst das? → Es braucht einen Zusammenhang zwischen der Bearbeitung und der Tätigkeit der Niederlassung

vgl. www.dsat.ch

walderwyss rechtsanwälte 23. Symposium on Privacy and Security 6.9.2018 4

Fragen zur Marktausrichtung

Anwendbarkeit der DSGVO auf Bearbeitungen im Zusammenhang mit **Angeboten an natürliche Personen** im EWR:

- Wann ist ein solches Angebot «offensichtlich beabsichtigt»? Was gilt bei englischsprachigen Websites mit .com-Domains? → *genügt m.E. nicht (keine offensichtliche Ausrichtung (auch) auf den EWR)*
- Was ist bei Vertragsschlüssen ohne vorangehendes Angebot? → *genügt m.E. nicht; Wortlaut und Zweck der Bestimmung (a.A. Plath)*
- Was ist bei für Endkunden bestimmten Angeboten an juristische Personen? → *genügt m.E. nicht; Wortlaut und Def. «betroffene Person»*
- Was gilt bei gezielter Ansprache passiv geworbener Bestandskunde (Upselling etc.)? → *genügt m.E. eher nicht, ist aber offen*
- Sind auch Personen mit flüchtigem Aufenthalt im EWR geschützt? → *ja, ErwGr 14 («ungeachtet [...] ihres Aufenthaltsorts»)*

Fragen zur Verhaltensbeobachtung

Anwendung auf Bearbeitungen im Zusammenhang mit der **Beobachtung des Verhaltens** natürlicher Personen im EWR:

- Was ist eine «Beobachtung»? → *gewisse Intensität und Dauer erforderlich*
- Genügt Webtracking? → *m.E. nur bei cross site/cross device-Tracking*
- Sind auch Aktivitäten ausserhalb des «Internet» erfasst? → *str.; m.E. tendenziell nein (ErwGr 24)*

Weitere Fragen zur Anwendbarkeit

- Kann die DSGVO auch in anderen Fällen zur Anwendung kommen? → *ja, bei der Rechtswahl eines nationalen Rechts und nach Art. 139 IPRG (deliktische Ansprüche).*
- Koordinieren die Mitgliedstaaten eigentlich ihr Kollisionsrecht mit der DSGVO? → *Nicht ganz: In DE und AT genügt die Bearbeitung im Inland für die Anwendbarkeit des nationalen Datenschutzrechts*
- Sind auch Aktivitäten ausserhalb des «Internet» erfasst? → *str.; m.E. tendenziell nein (ErwGr 24)*

Fragen zur Zuständigkeit

Art. 55 Abs. 1 DSGVO und ErwGr 122:
Territorialitätsprinzip; Zuständigkeit für
Verarbeitungen:

- im Rahmen einer Niederlassung
- bei Auswirkungen auf Personen im Hoheitsgebiet
- falls eine Niederlassung fehlt: bei «Ausrichtung» auf Personen im Hoheitsgebiet.

- Gilt also bei schweizerischen Unternehmen für die Zuständigkeit immer ein Auswirkungsprinzip – selbst bei der Verhaltensbeobachtung?

→ *m.E. nein: «Ausrichtung» heisst hier soviel wie «Art. 3 Abs. 2» und «Auswirkung nicht einmal notwendig»*

Arbeitsteilung über die Grenze

walderwyss rechtsanwälte

Auftragsbearbeitung

EWR-Verantwortliche verlangen Verträge nach Art. 28 Abs. 3 DSGVO von **CH-Auftragsbearbeitern**:

- Untersteht der Auftragsbearbeiter der DSGVO ex lege? → *nein*; Art. 3 Abs. 2 genügt und ist abschliessend
- Muss der Auftragsbearbeiter vertraglich “der DSGVO” unterstellt werden? → *nein* (Art. 28 Abs. 3)
- Wird der Auftragsbearbeiter der DSGVO durch Art. 28 Abs. 3 aber nicht faktisch unterstellt? → *nein*, weniger Pflichten nach Art. 28 Abs. 3 als ex lege
- Müssen ausländische Behörden ein Auditrecht haben? → *nein*; Art. 28(3) (und Art. 271 StGB)
- Wann liegt überhaupt eine Auftragsbearbeitung vor? → *m.E. nur, wenn der Schwerpunkt des Auftrags in der Datenbearbeitung liegt*

Auftragsbearbeitung

EWR-Auftragsbearbeiter verlangen Verträge von **CH-Verantwortlichen**:

- Welche Klauseln sollten CH-Verantwortliche nicht akzeptieren?
 - *Zusicherung der Einhaltung der DSGVO*
 - *Zusicherung der Rechtmässigkeit der Bearbeitung nach DSGVO (z.B. der Information Betroffener)*
 - *Zusicherung der Antwort auf Betroffenenanfragen nach der DSGVO*
 - *Vorleistungspflicht bei Vergütung der Unterstützung*

Gemeinsame Verantwortung

“Legen zwei oder mehr Verantwortliche **gemeinsam** die **Zwecke** der und die **Mittel** zur Verarbeitung fest“:

- Wann liegt gemeinsame Verantwortlichkeit vor? → *neuerdings sehr rasch; Facebook-Entscheid des EuGH (C-210/16)*
- Ist eine gemeinsame Verantwortlichkeit auch mit CH-“Verantwortlichen“ möglich? → *m.E. nur, wenn dieser nach Art. 3 für die relevante Bearbeitung der DSGVO untersteht*
- Ist der Datenaustausch zwischen den gemeinsam Verantwortlichen privilegiert (weiteres “kleines Konzernprivileg“)? → *gute Gründe dafür, aber offen (vgl. Kremer)*

Untersuchungen und Vollstreckung

walderwyss rechtsanwälte

13

Untersuchungen und Vollstreckung

- Darf ein schweizerisches Unternehmen mit einer Europäischen Behörde kooperieren? → *je nachdem; Art. 271 StGB kann einschlägig sein (und ggf. ein Berufsgeheimnis)*
- Können Sanktionen europäischer Datenschutzbehörden in der Schweiz vollstreckt werden? → *m.E. nein, weder als Administrativ- noch als Strafsanktion*

(vgl. Benhamou/Jacot-Guillarmod, digma 3/2018)

Es bleibt spannend!

RA Dr. David Vasella, CIPP/E
david.vasella@walderwyss.com
+41 58 658 52 87

Alle Angaben ohne Gewähr.

walderwyss rechtsanwälte