

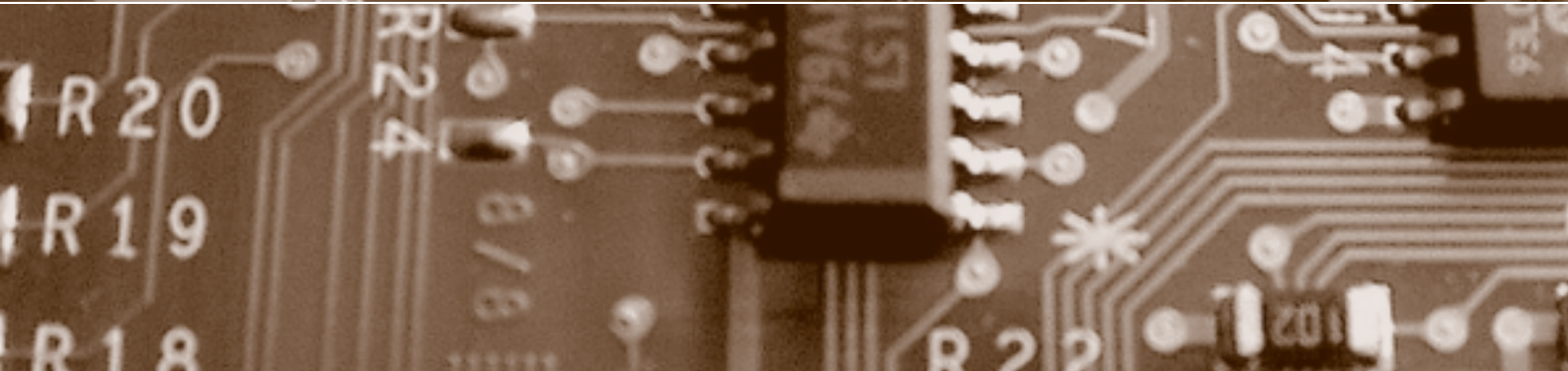
Schwerpunkt:

## Erste Erfahrungen mit der DSGVO

**fokus:** Keine Klingelschilder mehr – oder doch?

**fokus:** DSGVO und nationale Umsetzungsgesetze

**report:** Orientierungshilfen im DSGVO-Literatur-Wald



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

## fokus

Schwerpunkt:

### Erste Erfahrungen mit der DSGVO

auftakt

#### Der neue Goldstandard

von Peter Schaar Seite 161

#### Keine Klingelschilder mehr – oder doch?

von Beat Rudin Seite 164

#### Erste Erfahrungen mit der DSGVO

von David Rosenthal/David Vasella Seite 166

#### DSGVO und nationale Umsetzungsgesetze

von Friederike Detmering/  
Andreas Splittgerber Seite 172

agenda Seite 176

#### DSGVO in Liechtenstein: erste Erfahrungen

von Philipp Mittelberger Seite 178

#### Le pouvoir de sanction de la CNIL

von Maximilian Gerhold Seite 182

zwischenakt

#### Der Mensch benutzt nicht das Werkzeug ... das Werkzeug benutzt den Menschen

von Eduard Kaeser Seite 185

#### GDPR and Data Protection in the US

von Joan Antokol Seite 188

#### Datenschutzreform in der Schweiz

von Beat Rudin Seite 194

Die Datenschutz-Grundverordnung der EU ist gerade mal ein halbes Jahr alt. Weshalb hat sie so viel Aufsehen erregt? Welches sind die Neuerungen, die dazu beigetragen haben? Und wirkt sie nur innerhalb der EU oder darüber hinaus?

**Der neue Goldstandard**

Wie haben sich Schweizer Unternehmen auf die DSGVO eingestellt? Wo besteht immer noch grosse Unklarheit? Ist die befürchtete Abmahnwelle gekommen? Sind Unternehmen mit Sanktionsbescheiden überschwemmt worden?

**Erste Erfahrungen mit der DSGVO**

Auch das Fürstentum Liechtenstein muss das EU-Datenschutzrecht umsetzen. Wie hat der Gesetzgeber des kleinsten EWR-Mitglieds reagiert, und wie unterstützt die Datenschutzstelle des Fürstentums Amtsstellen und Unternehmen?

**DSGVO in Liechtenstein: erste Erfahrungen**

Bund und Kantone müssen ihr Datenschutzrecht den europäischen Anforderungen anpassen. Ein einziger Kanton, der Kanton Aargau, hat es innert der zweijährigen Frist geschafft, seine Gesetze anzupassen. Wo stehen die anderen Kantone, und wie weit ist der Bund?

**Datenschutzreform in der Schweiz**

## impresum

**digma:** Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit, ISSN: 1424-9944, Website: [www.digma.info](http://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, Dr. iur. Dominika Blonski

**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](mailto:redaktion@digma.info)

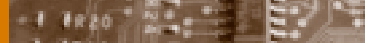
**Erscheinungsplan:** jeweils im März, Juni, September und Dezember

**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](http://www.schulthess.com/printplus).

**Anzeigenverkauf und -beratung:** Fachmedien Zürichsee Werbe AG, Laubisrütistrasse 44, CH-8712 Stäfa,  
Tel. +41 (0)44 928 56 11, [pietro.stuck@fachmedien.ch](mailto:pietro.stuck@fachmedien.ch)

**Verlag und Abonnementsverwaltung:** Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2, Postfach 2218, CH-8021 Zürich  
Tel. +41 (0)44 200 29 29, Fax +41 (0)44 200 29 28, [service@schulthess.com](mailto:service@schulthess.com), [www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

**Orientierungshilfen im DSGVO-Literatur-Wald**

Seit einem halben Jahr gilt die Datenschutz-Grundverordnung – und schon erscheinen etliche Kommentare und Praxishandbücher in der 2. Auflage. Wie soll man in diesem Wald vor lauter Bäumen den Überblick behalten?

**Nutzungspräferenzen im Internet der Dinge**

Technische Verfahren zur Formulierung datenschutzrechtlicher Einwilligungen sind für die praktische Ausgestaltung des IoT unverzichtbar. Wie lassen sich praxistaugliche Architekturen zum technischen Einwilligungsmanagement realisieren?

Buchbesprechung

**Orientierungshilfen im DSGVO-Literatur-Wald**

von Jacqueline Sievers

Seite 204

Forschung

**Nutzungspräferenzen im Internet der Dinge**

von Max-R. Ulbricht/Frank Pallas

Seite 208

**Aus den Datenschutzbehörden**

Welches Thema hat die Internationale Konferenz der Datenschutzbeauftragten behandelt? Hat privatim ein neues Merkblatt veröffentlicht? Welche Themen haben Datenschutzbehörden im letzten Quartal bearbeitet?

**WHOIS who bei .ch-Domains?**

Mit dem WHOIS-Protokoll lässt sich herausfinden, wer eine bestimmte Domain registriert hat. Alle Domain-Inhaber sind in einer Datenbank verzeichnet. Im Ausland werden die Abfragemöglichkeiten stark eingeschränkt. Und in der Schweiz?

**Schwärzung wegen der DSGVO**

Keine Namen mehr auf Türklingelschildern! Die Datenschutz-Grundverordnung strahlt direkt in unser Leben hinein. Auch in der Bäckerei bleibt die Frage offen, was die DSGVO nun wirklich verlangt ...



privatim

**Aus den Datenschutzbehörden**

von Dominika Blonski

Seite 212

Der Blick nach Europa und darüber hinaus

**WHOIS who bei .ch-Domains?**

von Adrian Fischbacher

Seite 214

schlussstakt

**Gesprochen – aber aneinander vorbei**

von Beat Rudin

Seite 216

cartoon

von Reto Fontana

Umschlagseite 3

# Erste Erfahrungen mit der DSGVO

Die Welt ist mit der Datenschutz-Grundverordnung der EU nicht untergegangen, aber komplizierter geworden



David Rosenthal,  
lic. iur., Hombur-  
ger AG, Zürich  
david.rosenthal@  
homburger.ch

**Seit einem halben Jahr gilt die DSGVO. Sie hat Management Attention erreicht, aber auch grosse Unsicherheit geschaffen. Umsetzungsarbeiten gehen weiter.**

Die Europäische Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)<sup>1</sup> ist am 25. Mai 2018 in den Mitgliedstaaten der EU und am 20. Juli 2018 in den übrigen EWR-Staaten<sup>2</sup> in Kraft getreten<sup>3</sup>, also vor rund einem halben Jahr. Was ist seither geschehen? Wenig, gemessen an den Ängsten, die der umfassende Regelungsansatz, die extraterritoriale Reichweite, die Komplexität, die handwerklichen Mängel, die Sanktionsdrohungen und eine gewisse Praxisferne der DSGVO mancherorts ausgelöst haben: Diese Ängste haben sich nicht verwirklicht. Flächendeckende Klagen oder Abmahnwellen sind bisher ausgeblieben, und den Aufsichtsbehörden ist durchaus bewusst, dass die Unternehmen sich bemühen, den vielgestaltigen Anforderungen zu entsprechen. So ist gleichzeitig viel geschehen: Die Unternehmen gehen den Weg zur Datenschutz-Compliance weiter, wenngleich im Bewusstsein, dass dieses Ziel nicht zu erreichen ist – von keinem. In einigen Bereichen beginnen sich bereits Standards abzuzeichnen, z.B. bei der Redaktion von Datenschutzerklärungen. In anderen Bereichen wird die Umsetzung noch viele Jahre in Anspruch nehmen, z.B. bei der Umsetzung der Anforderungen an die Datenlöschung.

Auch haben sich die Behörden zu einigen Punkten geäussert und damit in bestimmten Punkten zur Klärung beigetragen. In anderen wiederum haben sie mit übertriebenen, praxisfremden oder unklaren Anforderungen erst recht Unsicherheit geschaffen. Sodann liegt umfangreiche Literatur zur DSGVO vor, besonders eine grössere Anzahl von Kommentaren, die JACQUELINE SIEVERS in diesem Heft vorstellt<sup>4</sup>. Es handelt sich allerdings fast ausschliesslich

um deutsche Literatur, was die Befürchtung erhärtet, die DSGVO entwickle sich in mancher Hinsicht trotz des Harmonisierungsziels zu einer europaweiten Allgemeinverbindlicherklärung des deutschen Verständnisses des Datenschutzrechts; und in vielen Punkten widersprechen sich die Kommentatorinnen und Kommentatoren, nicht ganz unerwarteterweise<sup>5</sup>. Und sogar erste Urteile wurden gefällt; darauf kommen wir zurück. Dessen ungeachtet sind viele Punkte nach wie vor unklar, was sich bis auf Weiteres auch kaum ändern lässt. Auch hier kommt es darauf an, Lösungen zu finden, die den Kernanliegen des Datenschutzes gerecht werden, den Unternehmen ihre Tätigkeit aber nicht übermässig erschweren. Wie bis anhin werden Unternehmen daher auch weiterhin zahlreiche Risikoentscheide zu treffen haben.

Erreicht die DSGVO ihre hochgesteckten Ziele? Für eine finale Einschätzung ist es zu früh, aber vom erhöhten Datenschutzbewusstsein abgesehen muss dies bezweifelt werden. Die DSGVO führt zwar durchaus zu einer Verbesserung – und vielfach erst zum Aufbau – einer Datenschutz-Compliance. Die Realität ist aber auch, dass diese vielerorts vor allem darauf zielt, den nötigen «Schein» zu schaffen – mit Datenschutzerklärungen, Inventaren, Richtlinien – und nicht wirklich das «Sein» betrifft. Müssen Unternehmen Prioritäten setzen – und das muss jedes –, so achten sie erfahrungsgemäss primär darauf, dass der Eindruck auf dem Papier stimmt. Erst dann stellt sich die Frage nach dem materiellen Datenschutz. Dafür haben aber viele Unternehmen bisher keine Zeit, aufgrund der vielen Anforderungen, die die DSGVO nach dem Giesskannenprinzip aufstellt. Ob dem Datenschutz aber gedient ist, wenn der Respekt vor dem Individuum und seiner Privatsphäre durch die Angst vor Sanktionen verdrängt wird, sei dahingestellt, ebenso wie die Frage, ob das Kartellrecht, das Lauterkeitsrecht und konsumentenschutzrechtliche Instrumente oder ganz einfach ein Ausbau der Ressourcen der Datenschutzaufsicht nicht bessere Mittel wären, bestimmten Missbräuchen zu begegnen.



David Vasella,  
Rechtsanwalt,  
Dr. iur., CIPP/E,  
Walder Wyss AG,  
Zürich  
david.vasella@  
walderwyss.com

### Umsetzungsarbeiten bei Unternehmen

Das grosse Thema des Datenschutzes 2018 im privaten Bereich war die Umsetzung der DSGVO in Unternehmen und Konzernen. Hier ist eine gewisse Beruhigung zu verzeichnen, die nach dem Inkrafttreten der DSGVO – glücklicherweise – eingesetzt hat. Der Datenschutz hat seither nicht an Bedeutung verloren, aber nachdem Datenschutzerklärungen geschrieben, übersetzt und veröffentlicht, interne Richtlinien erlassen, erste Verzeichnisse erstellt und Opt-Out-, Opt-In- oder anderen E-Mails versandt waren<sup>6</sup>, hat sich das Gewicht von Sofortmassnahmen verschoben hin zu vertieften Abklärungen und längerfristigen Umsetzungsvorhaben.

Einige der von der DSGVO geforderten Massnahmen haben sich dabei als positiv erwiesen. Viele Unternehmen haben es bspw. als hilfreich empfunden, Verfahrens- bzw. Verarbeitungsverzeichnisse nach Art. 30 DSGVO<sup>7</sup> oder interne Richtlinien und Weisungen zu erstellen – dies nicht wie von der DSGVO angedacht wegen der Arbeitsprodukte, sondern weil ihre Erstellung zu einem verstärkten internen Austausch und einer besseren Bewusstseinsbildung geführt hat. So haben sich viele Stellen zum ersten Mal überhaupt mit der Frage beschäftigt, wie lange sie welche Daten aufbewahren müssen und festgestellt, dass sie davon erstens keine Ahnung haben und zweitens die Daten in den meisten Fällen gar nicht löschen können, wie schon unter geltendem Recht.

Andere Massnahmen schaffen grossen Aufwand, aber wenig Mehrwert. Dazu gehören zum Beispiel die Anpassung der Datenschutzklauseln in den Verträgen mit Auftragsbearbeitern (sie ändern in der Praxis nichts, sondern sind in aller Regel eine rein formale Übung, aber mit enormem Aufwand). Viel Aufwand und wenig Mehrwert bringen auch die Massnahmen zur Herstellung der von Art. 5 und 12 ff. DSGVO geforderten Transparenz mit sich. Dass Daten nicht heimlich bearbeitet werden dürfen, ist geltendes Recht (Art. 4 Abs. 3 und 4 und Art. 14 DSGVO) und in der Unternehmenspraxis allgemein akzeptiert. Die schweizerische Regelung – nur auf diejenigen Umstände der Bearbeitung ist ausdrücklich hinzuweisen, die sich nicht von selbst verstehen, und in der Regel genügen Hinweise auf einer einfach aufzufindenden Unternehmenswebsite – hat sich bewährt und als grundsätzlich genügend erwiesen. Die DSGVO aber verfolgt bekanntlich einen ganz anderen Ansatz: Ausdrücklich hinzuweisen ist prinzipiell auf jede Datenbearbeitung, und sei sie noch so offensichtlich; und die Art und Weise, auf die Datenschutzerklärungen

übermittelt werden, ist ebenso wenig geklärt<sup>8</sup> wie der genaue Umfang der Informationspflichten<sup>9</sup>. Auch sind die Ausnahmetatbestände in der DSGVO viel zu eng gefasst, auch wenn die Mitgliedstaaten mit ihrem eigenen Recht helfen dürfen (Art. 23 DSGVO)<sup>10</sup>. Das stellt Unternehmen vor Schwierigkeiten, wenn sie Daten von Personen bearbeiten, mit denen sie keine direkte Schnittstelle halten; hier bleibt oft nur

### Ob dem Datenschutz gedient ist, wenn der Respekt vor dem Individuum und seiner Privatsphäre durch die Angst vor Sanktionen verdrängt wird, sei dahingestellt.

eine Erklärung auf einer Website und allenfalls die Verpflichtung von Kunden, Datenschutzerklärungen an Drittbetroffene weiterzugeben. Auch in inhaltlicher Hinsicht sind die Anforderungen an Datenschutzerklärungen überrissen und praxisfremd («one-size-fits-all»). Sie führen zu langen Texten, die unverständlich sind (welcher Laie kann die Tragweite des Hinweises auf die Rechtsgrundlagen nach Art. 13/14 Abs. 1 lit. c DSGVO verstehen?) oder schlicht kontraproduktiv (so ist nach Art. 13 Abs. 2 lit. e DSGVO bei der Direkterhebung mitzuteilen, ob die betroffene Person verpflichtet ist, Daten bereitzustellen und was die Folgen sind, wenn sie es nicht tut – da die Folge oft darin besteht, dass ein Vertrag ohne die Bereitstellung der erforderlichen Personendaten nicht geschlossen oder nicht fortgesetzt würde, ist ein entsprechender Hinweis Pflicht, der aber offenbar als nötigend empfunden werden kann). Die Erfahrung zeigt: Datenschutzerklärungen werden erst recht nicht mehr gelesen und verstanden. Heute werden die ständigen Einblendungen noch als störend empfunden, in Zukunft

#### Kurz & bündig

Die DSGVO gilt seit rund einem halben Jahr. In vielen Punkten besteht trotz (zum Teil auch wegen) behördlicher Leitlinien weiterhin grosse Unklarheit, bspw. beim Anwendungsbereich der DSGVO, bei den Rechtsgrundlagen, bei Datenschutzerklärungen, im Zusammenhang mit Betroffenenrechten und bei der datenschutzrechtlichen Rollenverteilung. Auch in den vielen (vor allem in Deutschland) erschienenen Kommentierungen sind viele Fragen strittig, und andere bleiben offen. Dagegen sind Abmahnwellen bisher ausgeblieben, und es sind erst wenige Sanktionsentscheide ergangen. Auch ist die Zahl von Betroffenenanfragen bisher nicht explodiert. Auf Seite der Unternehmen werden die Umsetzungsarbeiten fortgesetzt. In der Schweiz beginnt Ende November die Beratung des DSG, die hoffentlich mit Augenmass geführt wird.

werden sie schlicht ignoriert. Auch hier zeigt sich: Weniger wäre mehr gewesen.

An dieser Stelle sei auf die Umsetzungshilfen zur DSGVO (und zum künftigen DSG) verwiesen, welche die Autoren dieses Beitrags dieses Jahr auf der Website <dsat.ch> Unternehmen und Beratern neutral und kostenlos zur Verfügung stellen. Der grosse Erfolg des Angebots macht freilich deutlich, dass gerade bei kleineren und mittleren Unternehmen noch erheblicher Nachhol- und Wissensbedarf besteht.

## Der grosse Erfolg der Umsetzungshilfen auf <dsat.ch> macht deutlich, dass gerade bei kleineren und mittleren Unternehmen noch erheblicher Nachhol- und Wissensbedarf besteht.

### Abmahnungen für Verstösse gegen die DSGVO?

Vor Inkrafttreten der DSGVO war zu befürchten, dass Verletzungen der DSGVO (vor allem die unvermeidlichen Verletzungen der Transparenzpflicht, und hier besonders Datenschutzerklärung auf Webseiten) zu einer Abmahnwelle führen<sup>11</sup>. Bislang ist eine solche Welle ausgeblieben, auch wenn erste Abmahnungen vorliegen, bspw. wegen einer (angeblich) fehlerhaften Einbindung von Drittangeboten wie Google Fonts oder Google Analytics. Aufgrund negativer Erfahrungen mit Abmahnungen in anderen Bereichen sind in Deutschland auf politischer Ebene Bestrebungen im Gange, die Abmahnfähigkeit von Verstössen gegen die DSGVO zu begrenzen. Inzwischen sind dazu auch zwei Urteile ergangen: Das Landgericht Würzburg erkannte in einem sehr knapp begründeten Massnahmeentscheid, dass zumindest bestimmte Verletzungen der DSGVO gegen das deutsche UWG verstossen und demzufolge abmahnfähig sind, wobei sich das Landgericht auf ältere, ähnliche Entscheide beruft<sup>12</sup>. Demgegenüber hat das Landgericht Bochum entschieden, Verstösse gegen die DSGVO seien nicht abmahnfähig, weil die Art. 77–84 ff. DSGVO eine abschliessende Regelung enthalten<sup>13</sup>. Mit dem Landgericht Bochum ist allerdings festzuhalten, dass «diese Frage in der

Literatur umstritten ist und die Meinungsbildung noch im Fluss ist»<sup>14</sup>. Es ist daher nicht auszuschliessen, dass angebliche Verstösse gegen die DSGVO in Zukunft zu Kosten und Aufwand führen.

### Schwierigkeiten mit der Rollenverteilung

Ein Thema mit besonders vielen offenen Fragen ist die Abgrenzung zwischen Verantwortlichen, gemeinsam Verantwortlichen und Auftragsbearbeitern. Schon die Unterscheidung zwischen Verantwortlichen (Art. 4 Nr. 7 DSGVO) und Auftragsbearbeitern (Art. 4 Nr. 8 DSGVO) ist alles andere als trivial, und auch die entsprechenden Leitlinien des Datenschutzausschusses von 2010 schaffen wenig Klarheit<sup>15</sup>. Insgesamt zeigt sich aber, dass Dienstleister oft vorschnell als Auftragsbearbeiter qualifiziert werden; erforderlich wäre jeweils, dass die Datenbearbeitung den Schwerpunkt der Dienstleistung bildet und nicht nur eine (wenn auch notwendige) Begleiterscheinung darstellt. Die Datenbearbeitung muss also Zweck der Erbringung der Dienstleistung sein, nicht das Hilfsmittel, dessen sich der Dienstleister (z.B. eine Versicherung, eine Bank, ein Berater, ein Transportunternehmer) zur Vertragserfüllung bedient. Dabei sind durchaus auch gemischte Verhältnisse denkbar. Die Hinweise des Bayerischen Landesamts für Datenschutzaufsicht sind hier eine wertvolle Hilfe, besonders in Vertragsverhandlungen mit deutschen Gegenparteien<sup>16</sup>. In der Praxis herrscht hier allerdings noch sehr viel Unsicherheit.

Noch schwieriger ist die Unterscheidung von Auftragsbearbeitungsverhältnissen und dem Datenaustausch zwischen unabhängigen Verantwortlichen von der gemeinsamen Verantwortung (Art. 4 Nr. 7 und Art. 26 DSGVO). Der EuGH hat kürzlich entschieden, der Betreiber einer Facebook-Fanpage sei mit Facebook gemeinsam verantwortlich für die Datenbearbeitung durch Facebook, weil diese Datenbearbeitung über die Einstellungen der Fanpage durch den Betreiber beeinflusst werde («Parametrierung»); und dies, obschon der Betreiber selbst keine Personendaten bearbeitet<sup>17</sup>. Facebook hat darauf eine Vereinbarung zwischen gemeinsam Verantwortlichen vorgelegt, in der Facebook die hauptsächliche Verantwortung für die Einhaltung der Pflichten nach der DSGVO übernimmt; damit sind aber weder die unmittelbaren Auswirkungen im Online-Bereich noch die viel wichtigeren Fragen der gemeinsamen Verantwortlichkeit überhaupt geklärt. Besteht eine gemeinsame Verantwortlichkeit, schreibt Art. 26 DSGVO eine Zuständigkeits- und Abgrenzungsvereinbarung vor.

### Literatur, weiterführende Links

- HOEREN THOMAS, Felix Helvetia – Art. 27 Datenschutzgrundverordnung, der Zustellungsbevollmächtigte und die Sonderstellung der Schweiz, Beck-Community, 1. Mai 2018 (<<https://goo.gl/ZqcUfK>>).
- KÜHLING JÜRGEN/BUCHNER BENEDIKT (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., München 2018.
- ROSENTHAL DAVID, Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz – Was uns erwartet und was noch zu korrigieren ist, Jusletter vom 27. November 2017.

### **Erfahrungen mit Betroffenenrechten**

Die Erfahrungen mit der Ausübung von Betroffenenrechten sind insgesamt recht positiv: Es liess sich i.d.R. kein signifikanter Anstieg der Anfragen verzeichnen, und die bestehenden Prozesse der grösseren Unternehmen bewähren sich weiterhin. Hierbei ist zu beachten, dass die Betroffenenrechte – mit Ausnahme des Rechts auf Datenportabilität – im EU-Recht schon bisher existierten. Auch das Schweizer DSG gewährt betroffenen Personen ein Auskunfts-, Korrektur-, Lösch- und Widerspruchsrecht. Macht eine Person ihre Rechte geltend, ist es wichtig, sie zuverlässig zu identifizieren und entsprechende Rückfragen zu stellen; in vielen Fällen gehen die Personen darauf nicht ein und es kommt zu keinen Weiterungen. Fragen wirft zuweilen die Art und Weise der Identifikation auf, weil es die DSGVO nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht nicht zulässt, in jedem Fall eine Kopie eines amtlichen Ausweises zu verlangen. Auch was bei der Datenportabilität gilt, ist weiterhin ungeklärt; sie spielte in der Praxis bisher keine Rolle, und es entsteht der Eindruck, dass die Gesetzesbestimmung mehr das Ergebnis politischen Geltungsdrangs als eines realen Bedürfnisses ist.

Eine negative Erfahrung ist allerdings zu verzeichnen: Ein ausgerechnet in der Schweiz ansässiges Unternehmen, One.Thing.Less<sup>18</sup>, versucht, aus Betroffenenrechten ein Geschäftsmodell zu machen. Das Unternehmen wirbt beliebige Personen an, über seine App an eine Liste von vordefinierten Unternehmen breite Auskunftersuchen zu senden, unabhängig davon, ob sie mit diesen je zu tun hatten oder nicht. Den so beglückten Unternehmen wird anschliessend angeboten, die Auskunftersuchen gegen eine entsprechend hohe Vergütung automatisch beantworten zu lassen. Die Auskunftersuchen sind dabei so ausgestaltet, dass die Beantwortung sehr aufwändig ist. Ein solches Vorgehen missbraucht den Datenschutz und ist nach unserer Auffassung rechtsmissbräuchlich.

### **Zum internationalen Anwendungsbereich der DSGVO**

Für in der Schweiz ansässige Unternehmen besonders wichtige Fragen betreffen die Anwendung der DSGVO auf Datenbearbeiter ausserhalb des EWR. Hier lässt sich einerseits eine gewisse Entspannung feststellen; in bestimmten Fällen wird heute überwiegend davon ausgegangen, dass die DSGVO nicht anwendbar ist, bspw. beim Outsourcing an (nicht konzernmässig kontrollierte) Dienstleister im EWR. Gleichzeitig halten sich unberechtigte Befürch-

tungen hartnäckig. Beispielsweise stösst man oft auf die unzutreffende Ansicht, die DSGVO sei auf jede Bearbeitung von Daten betreffend Personen mit Wohnsitz in der EU oder gar einer EU-Staatsbürgerschaft anwendbar, was nach Art. 3 DSGVO nicht zutrifft. Keine Anwendung findet die DSGVO auch auf Schweizer Arbeitgeber, die Grenzgänger beschäftigen; und auch der Handel mit Unternehmen im EWR führt für sich nicht zur Unterstellung von Schweizer Unternehmen.

Und dennoch bleibt vieles unklar, besonders im Zusammenhang mit der Frage, was ein «Angebot» i.S.v. Art. 3 Abs. 2 lit. a DSGVO darstellt. Vergleichsweise klar scheint jedenfalls, dass kein Angebot macht, wer natürliche Personen mit Wohnsitz im EWR (einschliesslich Liechtensteins – für manche Unternehmen eine unangenehme Überraschung) zwar als Kunden akzeptiert, aber ohne vorher ein Angebot objektiv auf solche Personen ausgerichtet zu haben, was ja auch Erwägungsgrund 23 entspricht<sup>19</sup>. Weniger eindeutig ist die Frage, wie es sich verhält, wenn passiv gewonnenen Kunden in der Folge weitere Angebote unterbreitet werden, z.B., wenn einem Passivkunden angeboten wird, eine befristete Leistung zu erneuern oder Zusatzleistungen in Anspruch zu nehmen. Nach Auffassung der Autoren sollte Art. 3 Abs. 2 lit. a DSGVO in solchen Fällen ebenfalls

### **Eine negative Erfahrung ist allerdings zu verzeichnen: Ein ausgerechnet in der Schweiz ansässiges Unternehmen versucht, aus Betroffenenrechten ein Geschäftsmodell zu machen.**

nicht erfüllt sein. Art. 3 Abs. 2 DSGVO konkretisiert das allgemeinere Marktortprinzip für das Datenschutzrecht und lässt entsprechend nur einen qualifizierten Bezug zum lokalen Markt genügen<sup>20</sup>. Die Pflege von Bestandskunden genügt dafür nach unserem Dafürhalten nicht. Ebenfalls nicht geklärt ist der Umgang mit Angeboten, die sich zwar offensichtlich an ein internationales Publikum richten, aber nicht spezifisch an ein Publikum im EWR, z.B. bei englischsprachigen Online-Angeboten mit einer .com-Adresse. Hier ist nach unserem Dafürhalten nicht davon auszugehen, dass Art. 3 Abs. 2 lit. a DSGVO greift, weil ein solches Angebot zwar international ist, sich aber nicht offensichtlich an «betroffene Personen in einem oder mehreren Mitgliedstaaten der Union» richtet. Andernfalls hätte jeder US-Anbieter die DSGVO einzuhalten.

Allerdings ist auch dieser Punkt letztlich offen. Klärung ist von den Behörden und Gerichten, zunächst aber vom Europäischen Datenschutzausschuss zu erwarten. Der Ausschuss hat Leitlinien zur Anwendung der DSGVO in internationalen Verhältnissen bereits verabschiedet, doch ist deren Inhalt bisher nicht bekannt; zur Zeit der Drucklegung dieses Aufsatzes waren die Leitlinien noch nicht veröffentlicht<sup>21</sup>. Es ist aber mit einer baldigen Veröffentlichung zu rechnen.<sup>22</sup>

## Nicht eindeutig geklärt ist die Frage, wie es sich verhält, wenn z.B. passiv gewonnenen Kunden angeboten wird, eine befristete Leistung zu erneuern oder Zusatzleistungen in Anspruch zu nehmen.

Interessante Fragen stellen sich umgekehrt bei Berufung auf die DSGVO vor schweizerischen Gerichten. Einem Verfasser dieses Beitrags liegt ein Fall vor, bei dem sich ein Kläger im Zusammenhang mit dem Auskunftsrecht auf Art. 15 DSGVO beruft. Hier ist zu beachten, dass ein schweizerisches Gericht Art. 3 DSGVO höchstens dann anzuwenden hat – und anwenden darf –, wenn das schweizerische IPRG auf das Recht eines Mitgliedstaats des EWR verweist (Art. 139 IPRG). Eine direkte Anwendung von Art. 3 DSGVO als ausländischem Kollisionsrecht kommt für ein Gericht in der Schweiz dagegen nicht infrage.

Bei internationalen Sachverhalten ist überdies zu beachten, dass auch das Umsetzungsrecht der Mitgliedstaaten kollisionsrechtliche Bestimmungen enthält, die nicht vollständig mit dem Kollisionsrecht der DSGVO harmonisiert sind. So findet das BDSG Anwendung, wenn Personendaten «im Inland verarbeitet» (§ 4 Abs. 4 Ziff. 1 BDSG) werden. Demzufolge kann das deutsche BDSG auch in Fällen zur Anwendung kommen, in denen die DSGVO selbst nicht anwendbar ist, z.B. bei Videoaufnahmen bei einem Stand eines ausländischen Unternehmens bei einer Industriemesse. Immerhin enthält das deutsche BDSG auch eine (DSGVO-widrige) Bestimmung (§ 1 Abs. 6 BDSG), wonach die Schweiz kein Drittland sein soll und damit so zu behandeln ist wie ein Land des EWR, mit der möglichen Folge, dass deutsche Datenschutzbehörden für Unternehmen in der Schweiz gar nicht zuständig sind und diese dort auch keinen Vertreter nach Art. 27 DSGVO zu bestellen haben<sup>23</sup>. An dieser Stelle ist allerdings auch zu erwähnen, dass ausländischen Datenschutzaufsichtsbehörden bislang unter Strafe verboten ist, in der Schweiz hoheitlich tätig zu sein, indem sie hiesigen Unternehmen zum Beispiel die Auskunftserteilung oder Bezahlung einer Busse anordnen (Art. 271 StGB).

### .. und die Schweiz?

In der Schweiz ist die Revision des DSG bekanntlich im Gange; der Nationalrat wird in der Wintersession 2018 darüber beraten<sup>24</sup>. Wir rechnen nicht mit grundlegenden Änderungen gegenüber dem Entwurf des Bundesrates vom

## Fussnoten

- <sup>1</sup> Verordnung (EU) 2016/679 vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG.
- <sup>2</sup> Der Europäische Wirtschaftsraum (EWR) umfasst die EU selbst und ihre Mitgliedstaaten und Island, Norwegen und das Fürstentum Liechtenstein.
- <sup>3</sup> Formell stand die DSGVO bereits am 25. Mai 2016 in Kraft.
- <sup>4</sup> SIEVERS JACQUELINE, Orientierungshilfe im DSGVO-Literatur-Wald, digma 2018, 204 ff. (in diesem Heft).
- <sup>5</sup> Ein schönes Beispiel ist die Bedeutung der Zweckkompatibilität i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. b und Art. 6 Abs. 4 DSGVO; dazu SIEVERS (Fn. 4), 204.
- <sup>6</sup> Etwas, was die Autoren dieses Beitrags in der Regel nicht empfohlen haben. In vielen Fällen waren solche E-Mails unnötig oder sogar rechtswidrig.
- <sup>7</sup> Dabei spielte die Komplexität des Vorgehens eine grosse Rolle. Verfahrensverzeichnisse können als sehr umfassende Verzeichnisse ausgestaltet werden. Sie können aber auch recht einfach gehalten werden, je nach Grösse und Komplexität der Unternehmen und ihrer Datenbearbeitungstätigkeit (vgl. die Mustervorlagen auf <dsat.ch>). – Zu beachten ist in diesem Kontext im Übrigen nicht nur die DSGVO, sondern in erster Linie lokales Recht (in der Schweiz Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG) und in Zukunft wohl die E-Privacy-Verordnung.
- <sup>8</sup> Immerhin darf man vorläufig davon ausgehen, dass ein gewisser Medienbruch in Kauf genommen werden darf. Bspw. darf sich ein Offline-Geschäft damit begnügen, vor Ort in gedruckter Form nur die wichtigsten Punkte bekannt zu geben und im Übrigen auf eine Website zu verweisen. Dasselbe gilt bei Bewerbungen in schriftlicher Form; hier reicht es, in einer Empfangsbestätigung wenige Grundsätze festzuhalten und für weitere Informationen wiederum auf eine Website zu verweisen.
- <sup>9</sup> Der Europäische Datenschutzausschuss (Art. 68 ff. DSGVO, die frühere Artikel-29-Datenschutzgruppe) hat am 11. April 2018 die definitive Fassung seiner Leitlinien zur Transparenz nach der DSGVO veröffentlicht, in denen er einen sehr restriktiven Ansatz verfolgt.



September 2017, erwarten jedoch, dass die über die DSGVO hinausgehenden *Swiss Finites* beseitigt werden<sup>25</sup>. Dabei lassen sich aus den bisherigen Erfahrungen mit der DSGVO auch für die Schweiz Lehren ziehen. Vor allem zeigt sich, dass der pragmatische Ansatz der einzig richtige Ansatz ist. Es gibt so gut wie keinen Unternehmensprozess, der ohne Bearbeitung von Personendaten auskommt. Das Datenschutzrecht stellt schon deshalb eine Super-Regulierung dar, die alle Unternehmen in allen Tätigkeiten erfasst. Gleichzeitig ist das Datenschutzrecht eine Konkretisierung des verfassungsrechtlich begründeten Persönlichkeits-schutzes. Beides zusammen – der praktisch unbeschränkte sachliche Geltungsbereich und die grund- und menschenrechtsbezogene Perspektive des Datenschutzes – haben das Potenzial, den Regelungsanspruch des Datenschutzrechts über jedes Mass auszudehnen. Das gilt ganz besonders dann, wenn der Normzweck des Datenschutzrechts missverstanden und das Datenschutz- als allgemeines Diskriminierungs-schutzrecht verstanden wird, was sich auch in der Schweiz beobachten lässt. So stützt sich das Datenschutzrecht dem aktuellen Entwurf zufolge neuerdings auch auf Art. 97 BV, der

dem Bund die Kompetenz zur Regelung des Konsumentenschutzes einräumt. Soll das Datenschutzrecht respektiert und nicht bloss gefürchtet werden, ist aber eine Regelung mit Augenmass notwendig, die sich umsetzen lässt, ohne den Wortlaut (wenn auch nicht den Geist) der Datenschutzgesetze zu verletzen oder die Geschäftstätigkeit einzustellen.

## Die Behörden und Gerichte sind sich durchaus bewusst, dass die Umsetzung des Datenschutzrechts Zeit in Anspruch nimmt.

Gleichzeitig zeigt sich, dass sich die Behörden und Gerichte durchaus bewusst sind, dass die Umsetzung des Datenschutzrechts Zeit in Anspruch nimmt. Die französische Aufsichtsbehörde etwa (die CNIL<sup>26</sup>) hat schon im Februar 2018 verlauten lassen, sie werde in erster Linie die Umsetzung der grundlegenden Prinzipien durchsetzen, während sie sich bei den neuen Pflichten der DSGVO vorerst auf die Beratung konzentriere<sup>27</sup> – wie lange dieser Ansatz gilt, blieb freilich offen. Ähnliche Aussagen waren auch von anderen Behörden zu verzeichnen. ■

### Fussnoten

- <sup>10</sup> In Deutschland etwa sehen §§ 33 f. des am 25. Mai 2018 in Kraft getretenen revidierten Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) zusätzliche Ausnahmen von der Informationspflicht bei der direkten und der indirekten Datenbeschaffung vor.
- <sup>11</sup> Abmahnungen sind vor allem aus Deutschland bekannte, dort mit Kostenfolgen verbundene Aufforderungen, bestimmte als wettbewerbsschädigend beurteilte Handlungen zu unterlassen.
- <sup>12</sup> Urteil vom 13. September 2018, Aktenzeichen 11 O 1741/18.
- <sup>13</sup> Urteil vom 7. August 2018, Aktenzeichen I-12 O 85/18: «[...] weil die Datenschutzgrundverordnung in den Artikeln 77 bis 84 eine die Ansprüche von Mitbewerbern ausschließende, abschließende Regelung enthält. [...] Dafür spricht insbesondere, dass die Datenschutzgrundverordnung eine detaillierte Regelung des anspruchsberechtigten Personenkreises enthält».
- <sup>14</sup> Landgericht Bochum, a.a.O.
- <sup>15</sup> Opinion 1/2010 on the concepts of «controller» and «processor», 16. Februar 2010 (Working Paper 169).
- <sup>16</sup> <[http://www.lida.bayern.de/media/FAQ\\_Abgrenzung\\_Auftragsverarbeitung.pdf](http://www.lida.bayern.de/media/FAQ_Abgrenzung_Auftragsverarbeitung.pdf)>.
- <sup>17</sup> Urteil des EuGH vom 5. Juni 2018, Rs. C-210/16.
- <sup>18</sup> <<http://www.onethingless.com>>.
- <sup>19</sup> «[...] ob der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter offensichtlich beabsichtigt, betroffenen Personen in einem oder mehreren Mitgliedstaaten der Union Dienstleistungen anzubieten».
- <sup>20</sup> Dazu KLAR, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 3 N 6 ff.
- <sup>21</sup> Die Bekanntmachungen des Ausschusses sind hier zu finden unter: <<https://edpb.europa.eu>>.
- <sup>22</sup> Vgl. <[https://twitter.com/EU\\_EDPB/status/1044900115973132290](https://twitter.com/EU_EDPB/status/1044900115973132290)>.
- <sup>23</sup> Vgl. HOEREN THOMAS, Felix Helvetia – Art. 27 Datenschutzgrundverordnung, der Zustellungsbevollmächtigte und die Sonderstellung der Schweiz, in: Beck-Community, 1. Mai 2018 (<<https://goo.gl/ZqcUfK>>).
- <sup>24</sup> Geschäft Nr. 17.059 (<<http://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20170059>>).
- <sup>25</sup> Vgl. DAVID ROSENTHAL, Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz – Was uns erwartet und was noch zu korrigieren ist, in: Jusletter, 27. November 2017 (<<https://goo.gl/8o8zoc>>) und eine Übersicht der empfohlenen Anpassungen (<<https://goo.gl/hyMx4w>>).
- <sup>26</sup> Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (<<http://www.cnil.fr>>).
- <sup>27</sup> Mitteilung vom 19. Februar 2018, <<https://www.cnil.fr/fr/rgpd-comment-la-cnil-vous-accompagne-dans-cette-periode-transitoire>>.
- Alle URL letztmals kontrolliert am 7.11.2018.

# Die wegweisende Fachzeitschrift zum Datenschutz

d i g m a

digma – die Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit greift quartalsweise umfassend und praxisorientiert interdisziplinäre Lösungsansätze aus Wirtschaft, Wissenschaft und Rechtsprechung auf und begleitet die Gesetzgebung und Diskussion rund um die Themen Datenschutz und Informationssicherheit.

## ■ Praxisrelevanz

Für die Praxis liefert digma fachlich fundierte Beiträge zu Datenrecht und zur Informationssicherheit.

## ■ Lösungsorientiert

digma sensibilisiert für aktuelle Probleme und zeigt interdisziplinäre Lösungsansätze aus Wirtschaft, Wissenschaft und Rechtsprechung auf.

## ■ Aktuell

Um auf dem Laufenden zu bleiben, informiert digma über neueste Entwicklungen und Trends.

## ■ Expertenwissen

Renommierete Experten berichten fundiert, kritisch sowie zukunfts- und lösungsorientiert über Datenrecht und Informationssicherheit.





Schulthess 

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, Prof. Dr. iur. Beat Rudin

Sprache: deutsch

**JA**, ich profitiere vom **Mini-Abo** von **digma** und erhalte **2 Ausgaben** zum Kennenlernpreis von nur **CHF 58.–** (inkl. MWST und Versandkosten).

Vorname/Name

---

Firma

---

Strasse/Nr.

---

PLZ/Ort

---

E-Mail

---

Datum/Unterschrift

---

#### Abonnement-Bedingungen

Wenn ich digma danach weiterlesen möchte, muss ich nichts weiter tun und erhalte im Jahresabonnement 4 Printausgaben zum Preis von CHF 174.00 (inkl. MWST, zzgl. CHF 6.00 Versandkosten). Falls ich digma nicht weiter beziehen möchte, melde ich mich spätestens 7 Tage nach Erhalt der 2. Testausgabe bei Schulthess Juristische Medien AG, Zwingliplatz 2, Postfach 2218, CH-8021 Zürich, E-Mail: [service@schulthess.com](mailto:service@schulthess.com), Fax: +41 (0)44 200 29 28.



A

Nicht frankieren  
Ne pas affranchir  
Non affrancare

Geschäftsantwortung Invio commerciale-risposta  
Envoi commercial-réponse



Schulthess Juristische Medien AG  
Kundenservice  
Zwingliplatz 2  
Postfach 2218  
8021 Zürich