

Bedeutung der europäischen Datenschutzgrundverordnung für die Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der Pflicht zur Bestellung eines Vertreters nach Art. 27 DSGVO

Prof. Dr. Thomas Hoeren*

Schweizer Unternehmen sind vom neuem Datenschutzrecht der EU vielfältig betroffen. Insbesondere die Pflicht zur Bestellung eines EU-Vertreters nach Art. 27 DSGVO sorgt für Unruhe. Wann und für wen gelten die neuen Regeln?

I. Einführung

Schweizer Unternehmen geraten dieser Tage in grosse Nöte, was ihren Datenschutz angeht. Mit der Neuordnung infolge der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) stellt sich für viele Schweizer Unternehmen die Frage, ob sie sich noch auf ihren heimischen Datenschutzstandard berufen können. Nach Art. 3 Abs. 1 der Verordnung gilt für Unternehmen mit Sitz in der Schweiz und ohne entsprechende Niederlassung in der EU die Verordnung nicht. Allerdings kommen über Art. 3 Abs. 2 DSGVO (sogenanntes Marktortprinzip) die Regeln auch für Schweizer in den folgenden zwei Fällen zur Anwendung: Nach lit. a) ist die Verordnung einschlägig, wenn ein Unternehmen sich aktiv um Kunden aus der EU bemüht. Der Gesetzestext spricht vom Anbieten von Waren oder Dienstleistungen an Kunden in der EU. Erwägungsgrund 23 versucht, dieses Merkmal genauer zu definieren, und hält eine offensichtliche Absicht, Waren oder Dienstleistungen anzubieten, für erforderlich. Hilfreich sind vor allem die im Erwägungsgrund angesprochenen Merkmale. Die blosse Zugänglichkeit der Webseite für Kunden in der EU oder das Vorhandensein von Kontaktmöglichkeiten oder die blosse Verwendung einer Sprache, die im Sitzland und zufällig auch in der EU (ein Paradebeispiel hierfür ist die Schweiz) gebräuchlich ist, reichen

* Prof. Dr. Thomas Hoeren ist Leiter des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht der Universität Münster (Deutschland) und Lehrbeauftragter der Universität Zürich.

nicht aus.¹ Zusammengefasst können die Verwendung einer zusätzlichen Sprache, die insbesondere in der EU geläufig ist, Preisangaben in Euro oder das explizite Erwähnen von Kunden in der EU genügen.² Letzten Endes ist hier eine Gesamtabwägung anhand der konkreten Umstände vorzunehmen.³ Darüber hinaus eröffnet lit. b) die Anwendung der DSGVO auch bei Verhaltensbeobachtungen von Personen in der EU. Dieser etwas nebulöse Begriff erfasst nach Erwägungsgrund 24 vor allem das Verfolgen von Internetaktivitäten, d.h. sämtliche Methoden des Tracking, Profiling oder Ad-Targeting.⁴ Angesprochen sind dadurch auch soziale Netzwerke⁵ und Suchmaschinenbetreiber, sofern sie das Suchverhalten der Nutzer aufzeichnen.⁶ Neben diesen gesetzlichen Anwendungsvorschriften können Schweizer Unternehmen natürlich auch vertraglich verpflichtet sein, dem Wunsch ihrer europäischen Auftragspartner Rechnung zu tragen, und im Wege der Auftragsverarbeitung samt zugehörigem Vertrag einer Verpflichtung auf das europäische Datenschutzrecht unterliegen.

II.

Das deutsche «Geschenk» ...

Nun hat sich im deutschen BDSG neuer Fassung eine Vorschrift zur Schweiz eingeschlichen. Nach § 1 Abs. 6 BDSG stehen bei Verarbeitungen zu Zwecken gemäss Art. 2 DSGVO die Vertragsstaaten des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum und die Schweiz den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union gleich. Alle anderen Staaten gelten insoweit als Drittstaaten. In den Erwägungen zum BDSG wird nur darauf verwiesen, dass dieser Satz der Klarstellung dient, welche Nicht-EU-Staaten den Mitgliedstaaten der Europäischen Union gleichgestellt sind.⁷ Aus meiner Sicht kann man die entsprechende Sonderregelung in Deutschland nur dahin richtiggehend verstehen, dass Schweizer Unternehmen aus deutscher Sicht nicht mehr Art. 27 DSGVO unterworfen sind. Auch ein erneuter Angemessenheitsbeschluss der Europäischen Kommission für den Status des

Schweizer Datenschutzrechts, welcher gem. Art. 45 DSGVO regelmässig überprüft werden muss, würde nach dieser Vorschrift obsolet. Der Schweizer Datenschutzrechtsexperte David Rosenthal führt diese Formulierung im deutschen BDSG darauf zurück, dass in Berlin offenbar irrtümlich angenommen wurde, dass das Schengen-Abkommen auch für den privaten Bereich gelte. Nach seiner Auffassung ist die einzig sinnvolle Lösung, ein Kooperationsabkommen zwischen der Schweiz und der EU abzuschliessen, welches das Sitzlandprinzip verbindlich und eindeutig festschreibt. Nach derzeitigem Stand wird ein solches Abkommen allerdings erst in einigen Jahren zustande kommen. Das gesamte Schweizer Datenschutzrecht steht vor einer umfassenden Revision.

III.

... wird in der Schweiz zu Recht nicht gewollt

Die vorbereitende Staatspolitische Kommission des Nationalrates hat nun allerdings beschlossen, in einer ersten Etappe zunächst die Änderungen zu diskutieren, welche durch die RL 2016/680 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im Bereich des Strafrechts erforderlich werden.⁸ Erst danach soll auf mögliche Anpassungen an die DSGVO eingegangen werden.⁹ Dahingehend hat sich auch der Bundesrat in seiner Stellungnahme zur Interpellation von Nationalrätin Doris Fiala (17.4088)¹⁰ geäußert. Die anfragende Liberalen-Politikerin sieht, wie bereits in anderen Interpellationen (17.5528; 16.3752), die Gefahr eines hohen bürokratischen Aufwands für Unternehmen mit Kunden in der EU. Unter Ziffer 9 führt die Regierung in ihrer Antwort aus, dass sie erst dann in Verhandlungen über ein Kooperationsabkommen mit der Kommission eintreten will, wenn das Parlament begonnen hat, das gesamte Datenschutzrecht zu überarbeiten. Dadurch sollen die Chancen erhöht werden, den Angemessenheitsbeschluss der Kommission beizubehalten, was ohnehin das erklärte Ziel des Bundesrats ist (Ziffer 1). Durch die Aufteilung in zwei Etappen durch das Parlament verzögert sich nun bereits der mögliche Verhandlungsbeginn für ein Kooperationsabkommen mit der EU. Dies überrascht vor allem vor dem Hintergrund, dass der Bundesrat durchaus das Problem erkannt hat, dass sich Schweizer Unternehmen unter den Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 2 DSGVO an die Verordnung halten müssen und die

¹ Gola/Piltz, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 3 Rn. 28; Paal/Pauly/Ernst, DS-GVO BDSG, Art. 3 Rn. 16; Sydow/Ennöckl, Europäische Datenschutzgrundverordnung, Art. 3 Rn. 14.

² Gola/Piltz, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 3 Rn. 28; Paal/Pauly/Ernst, DS-GVO BDSG, Art. 3 Rn. 16; Sydow/Ennöckl, Europäische Datenschutzgrundverordnung, Art. 3 Rn. 13.

³ Sydow/Ennöckl, Europäische Datenschutzgrundverordnung, Art. 3 Rn. 14.

⁴ Gola/Piltz, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 3 Rn. 31; Paal/Pauly/Ernst, DS-GVO BDSG, Art. 3 Rn. 20.

⁵ Sydow/Ennöckl, Europäische Datenschutzgrundverordnung, Art. 3 Rn. 15.

⁶ Plath/Plath, BDSG/DSGVO, Art. 3 Rn. 22.

⁷ Bundestags-Drucksache 18/11325, S. 80.

⁸ www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-spk-n-2018-01-12.aspx?lang=1031&langCheck=1 (zuletzt abgerufen am 11.6.2018).

⁹ Widmer, K&R 2018, 316, 317.

¹⁰ www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20174088 (zuletzt abgerufen am 11.6.2018).

Hoeren* —

Bedeutung der europäischen Datenschutzgrundverordnung für die Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der Pflicht zur Bestellung eines Vertreters nach Art. 27 DSGVO

Schweiz als Nicht-EU-Mitglied mit ihrem nationalen Recht keinen Einfluss auf die Anwendung nehmen kann (Ziffer 9). Besonders beachtlich ist zudem der Hinweis auf Art. 27 DSGVO in Ziffer 3. Europäische Behörden könnten keine Untersuchungshandlungen in der Schweiz vornehmen, wohl aber dem Vertreter eine Entscheidung zustellen, ohne den diplomatischen Weg nutzen zu müssen. Offenbar hält der Bundesrat Art. 27 DSGVO für vollumfänglich anwendbar. Auch der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte geht bisher von der Bestellungspflicht aus.¹¹

Schweizer Unternehmen laufen daher tatsächlich Gefahr, sich in den kommenden Monaten und Jahren mehrfach an geänderte rechtliche Rahmenbedingungen anpassen zu müssen.¹² Rechtlich verbindliche Klärungen seitens des Gesetzgebers sind auf absehbare Zeit nicht zu erwarten. Gleiches gilt für Stellungnahmen der Aufsichtsbehörden.

IV.

Der Vertreter nach

Art. 27

In diesem Zusammenhang bereitet derzeit vielen Unternehmen mit Sitz ausserhalb der Europäischen Union Art. 27 DSGVO Bauchschmerzen. Hiernach muss in den genannten Fällen von Art. 3 Abs. 2 DSGVO der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter schriftlich einen Vertreter in der Union bestellen. Hier ist von Interesse, ob das verantwortliche Unternehmen frei bestimmen darf, wo in der EU der Vertreter seinen Sitz hat. Diese Freiheit besteht so nicht. Vielmehr muss der Vertreter in einem der Mitgliedstaaten niedergelassen sein, in denen sich die betroffenen Personen befinden, an welche entsprechend Art. 3 Abs. 2 DSGVO Waren bzw. Dienstleistungen angeboten werden oder deren Verhalten überwacht wird.¹³ Dies würde in der Schweiz zu umfangreichen Aktivitäten führen, da die Schweizer Unternehmen regelmässig deutsche Kunden etwa über das Internet ansprechen. Kommen mehrere Mitgliedsstaaten als Niederlassungsort in Betracht, bejaht die Literatur für den Verantwortlichen immerhin ein Wahlrecht (mit Verweis auf die Formulierung in Art. 27 Abs. 3 «in einem der Mitgliedstaaten»¹⁴).

¹¹ Die EU-Datenschutzgrundverordnung und ihre Auswirkungen auf die Schweiz, Stand Mai 2018, S. 10, www.edoeb.admin.ch/dam/edoeb/de/dokumente/2018/Leitfaden%20zur%20DSGVO%20Stand%20Mai%202018.pdf.download.pdf/Die_EU_DSGVO_und_ihre_Auswirkungen_auf_die_Schweiz_DE_mai2018.pdf (zuletzt abgerufen am 11.6.2018).

¹² Widmer, K&R 2018, 316, 317.

¹³ Gola/Piltz, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 27 Rn. 16.

¹⁴ Gola/Piltz, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 3 Rn. 31; Kühling/Buchner/Hartung, DS-GVO BDSG, Art. 27 Rn. 12; Paal/Pauly/Martini, DS-GVO BDSG, Art. 27 Rn. 47.

Er muss demnach nicht für jeden Mitgliedsstaat, an den sich sein Angebot richtet, einen Vertreter bestellen.¹⁵ Dieses Wahlrecht steht aber so nicht in der Art. 3 Abs. 2 oder in Art. 27. Vielmehr geht Art. 27 Abs. 3 davon aus, dass der Vertreter wenigstens in einem der Mitgliedstaaten niedergelassen sein muss, in denen Betroffene als Adressaten sich befinden. Es kann daher durchaus geboten sein, bei einem Kernvermarktungsgebiet, das mehrere Staaten umfasst, mehrere Vertreter zu benennen.

Ursprünglich wollte die Kommission die Verpflichtung zur Bestellung eines Vertreters von der Anzahl der Mitarbeiter des Verantwortlichen abhängig machen und Verantwortliche mit weniger als 250 Mitarbeitern von der Pflicht befreien. Dieser Vorschlag wurde auf Druck des Rates abgeschafft, da weder die Anzahl der Mitarbeiter noch die Anzahl der Betroffenen geeignet ist, die Risiken für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person angemessen zu beurteilen.

Hinsichtlich der Aufgaben des Vertreters zeichnet die DSGVO ein unklares Bild.¹⁶ Während Art. 4 Nr. 17 DSGVO bestimmt, dass der Vertreter den Verantwortlichen in Bezug auf die ihm jeweils nach dieser Verordnung obliegenden Pflichten «vertritt», spricht Art. 27 Abs. 4 DSGVO abgeschwächt davon, dass der Vertreter lediglich als «Anlaufstelle» dienen soll. Hier wird allerdings angemerkt, dass die englische Fassung diesen weniger strengen Begriff nicht zwingend vorgibt.¹⁷ Während Erwägungsgrund 80 bestimmt, dass der Vertreter Durchsetzungsverfahren unterworfen werden kann, nennt nur Art. 58 Abs. 1 lit. a) DSGVO den Vertreter als Anordnungsadressat (konkret im Falle der Zurverfügungstellung erforderlicher Informationen für die Aufsichtsbehörde). Weitere Anordnungen können nur an den Verantwortlichen gehen. Darüber hinaus werden nur die Pflichten zur Führung des Verfahrensverzeichnis (Art. 30 DSGVO) und zur Zusammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde ausdrücklich auch dem Vertreter zugewiesen. Aus dieser unklaren Gesetzeslage resultieren die unterschiedlichen Ansichten über die rechtliche Selbstständigkeit des Vertreters.¹⁸ Diese reichen von einer Einordnung als dauerhaften Boten¹⁹ bis hin zur Einordnung als punktuellen Verpflichtungs- und Vollstreckungsadressaten.²⁰ Auf jeden Fall ist der Vertreter mehr als ein Zustellungsbevollmächtigter nach dem deutschen Zivilprozessrecht (§ 184 ZPO). Meines Erachtens müssen die expliziten Pflichtenzuweisungen in den Vordergrund gestellt werden. Nach

Art. 4 Nummer 17 wird der Vertreter von dem Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter schriftlich gemäss Art. 27 bestellt und vertritt den Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter in Bezug auf die ihnen jeweils nach dieser Verordnung obliegenden Pflichten. Behörden und öffentliche Stellen sind von der Verpflichtung zur Bestellung eines Vertreters ausgenommen.

Ein Vertreter kann sowohl eine natürliche wie auch eine juristische Person sein. Erwägungsgrund 80 erwähnt den Vertreter als Anlaufstelle der Aufsichtsbehörden. Dieser Erwägungsgrund lässt auch die Möglichkeit offen, den Vertreter selbst bei Verstößen des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters in die Haftung zu nehmen. Dies spricht dafür, dass der Aufgabenbereich des Vertreters durchaus Gefährdungspotenzial in sich birgt. Allerdings wird man eine solche Verantwortlichkeit nach der Datenschutzgrundverordnung unter Berücksichtigung teleologischer Gesichtspunkte ablehnen müssen. Hätte der europäische Gesetzgeber den Vertreter als zusätzliches vollwertiges Haftungssubjekt bestimmen wollen, hätte er die Pflichten und Anordnungsbefugnisse entsprechend ausformulieren müssen.²¹ Dementsprechend enthält auch der Bussgeldtatbestand des Art. 83 Abs. 4 lit. a) DSGVO nur Pflichten des Verantwortlichen²² und ebene keine des Vertreters. Eine umfassende Haftung des Vertreters findet daher keine eindeutige Stütze im Verordnungstext.²³ In erster Linie dient der Vertreter als Kommunikationsadressat für Betroffene und Aufsichtsbehörden (Art. 27 Abs. 4);²⁴ die ausdrücklich genannten, darüber hinausgehenden Pflichten treten ausnahmsweise hinzu. Insofern muss der Vertreter in der Lage sein «insbesondere für Aufsichtsbehörden und betroffene Personen bei sämtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Verarbeitung als Anlaufstelle zu dienen» (so die Formulierung in Art. 27 Abs. 4). Als Kehrseite hat die Ernennung eines Vertreters aber auch keine Entlastungswirkung für den Verantwortlichen, dieser muss selbst weiterhin alle Pflichten der DSGVO erfüllen.²⁵ Zu diesen Pflichten gehört auch die Ernennung eines Vertreters. Dementsprechend ist der Verstoss gegen die Bestellung ein minder schwerer Tatbestand für ein Bussgeld nach Art. 83 Abs. 4) in Höhe von bis zu 10 Million EUR oder bis zu 2% des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahres.

¹⁵ Gola/Piltz, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 27 Rn. 17.

¹⁶ Gola/Piltz, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 27 Rn. 5.

¹⁷ BeckOK Datenschutzrecht/Hanloser, Art. 27 DSGVO Rn. 5.

¹⁸ Siehe Gola/Piltz, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 27 Rn. 6; ausführlich auch Kühling/Buchner/Hartung, DS-GVO BDSG, Art. 27 Rn. 17 ff.

¹⁹ Paal/Pauly/Martini, Art. 27 DSGVO Rn. 50.

²⁰ BeckOK Datenschutzrecht/Hanloser, Art. 27 DSGVO Rn. 10.

²¹ So auch Gola/Piltz, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 27 Rn. 40 ff.

²² Kühling/Buchner/Hartung, DS-GVO BDSG, Art. 27 Rn. 18.

²³ Kühling/Buchner/Hartung, DS-GVO BDSG, Art. 27 Rn. 24.

²⁴ Paal/Pauly/Martini, Art. 27 DSGVO Rn. 6, 7.

²⁵ Paal/Pauly/Martini, Art. 27 DSGVO Rn. 5, 53; Plath/Plath, DSGVO/BDSG, Art. 27 Rn. 7.

Hoeren* —

Bedeutung der europäischen Datenschutzgrundverordnung für die Schweiz unter besonderer Berücksichtigung der Pflicht zur Bestellung eines Vertreters nach Art. 27 DSGVO

V.

Zusammenfassung

Schweizer Unternehmen tun gut daran, angesichts der hohen Bussgeldforderungen möglichst schnell einen Vertreter pro Hauptabsatzgebiet in der EU zu bestimmen und diesen mit hinreichenden Kompetenzen auszustatten, damit dieser seine Aufgabe als Anlaufstelle für den Betroffenen oder die verantwortliche Aufsicht übernehmen kann.