

NEWS

EXTRATERRITORIALE ANWENDBARKEIT DER DSGVO: EDSA PUBLIZIERT DEN ENTWURF DER LEITLINIEN

TRAGEWEITE UND INHALT DER LEITLINIEN

Die vom EDSA zu diversen Themen der DSGVO veröffentlichten Leitlinien sollen eine einheitliche Anwendung der DSGVO gewährleisten, welche mit 99 Artikeln und 173 Erwägungsgründen bereits umfangreich ausgestaltet ist, abgleichwohl bei einigen Themen viel Raum für Interpretationen lässt. Dieser Umstand wurde von vielen Unternehmen mit Besorgnis betrachtet, insbesondere vor dem Hintergrund der hohen Sanktionsandrohungen der Verordnung.

Artikel 3 der DSGVO beschreibt den räumlichen Anwendungsbereich gestützt auf zwei Hauptkriterien: die Niederlassung und die Angebotsausrichtung. In den Fällen, in denen eines der beiden Kriterien erfüllt ist, sind die einschlägigen Bestimmungen der DSGVO auf die Datenverarbeitung des betroffenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters anwendbar.

Die Leitlinien schaffen Klärung zu den Begriffen (i) der Niederlassung in der Europäischen Union («EU»), (ii) der Angebotsausrichtung (inklusive der Verhaltensbeobachtung [«Targeting» und «Monitoring of Behaviour»]) und (iii) der Pflicht zur Bestellung eines EU-Vertreters. Zur Veranschaulichung der Erläuterungen verwendet der EDSA rund 20 Beispiele, welche die Beurteilung, ob die Kriterien in einer bestimmten Situation erfüllt sind, erleichtern sollen.

VORAUSSETZUNGEN EINER NIEDERLASSUNG

Die DSGVO ist gemäss Art. 3 Abs. 1 «im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung» in der EU anwendbar. Der Begriff der Niederlassung soll – wie erwartet – weit ausgelegt und kann auch durch einen einzelnen Arbeitnehmenden erfüllt werden, soweit dieser einen gewissen Grad an Beständigkeit erreicht.

Seit dem Inkrafttreten der Europäischen Datenschutzgrundverordnung («DSGVO») am 25. Mai 2018 sorgt namentlich deren extraterritorialer Anwendungsbereich für Unruhe bei schweizerischen Unternehmen. Der Verordnungstext liess in dieser Hinsicht viel Raum für Interpretation.

Nun hat der Europäische Datenschutzausschuss («EDSA») am 23. November 2018 den Entwurf der Leitlinien (Leitlinien 2018/3, die «Leitlinien») zum räumlichen Anwendungsbereich der DSGVO veröffentlicht.

Danach ist anhand des konkreten Falles zu prüfen, ob die in Frage stehende Datenverarbeitung mit der Tätigkeit der Niederlassung «im Zusammenhang» steht. Die Leitlinien halten dazu fest, dass es in diesem Zusammenhang genügt, wenn die Tätigkeit der Niederlassung und die Datenverarbeitung untrennbar verbunden sind, was zum Beispiel der Fall ist, wenn die Niederlassung Umsatz für das Hauptunternehmen generiert.

Unabhängig davon, ob die Datenverarbeitung in der EU stattfindet oder nicht, halten die Leitlinien fest, dass die Kriterien sowohl für Verantwortliche wie auch für Auftragsverarbeiter gelten.

VORAUSSETZUNGEN DER ANGEBOTSAUSRICHTUNG

Gemäss Artikel 3 Abs. 2 DSGVO findet die Verordnung Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten von betroffenen Personen, die sich in der Union befinden, durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter, 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, oder (b) das Verhalten betroffener Personen zu beobachten, soweit ihr Verhalten in der Union erfolgt».

Die Richtlinien präzisieren, dass sich das Angebot an Personen richten muss, welche sich zum Zeitpunkt des Angebots in der EU befinden. Zudem muss sich das Angebot von Waren oder Dienstleistungen in offensichtlicher Weise an Personen in der EU richten. Der EDSA nennt in diesem Zusammenhang verschiedene Indizien, die für die Angebotsausrichtung von Relevanz sein können. Dazu gehören unter anderem Marketing- und

Werbekampagnen, die auf die EU oder gewisse Mitgliedstaaten ausgerichtet sind, die direkte Erwähnung eines Mitgliedstaates direkt im Zusammenhang mit einem Angebot, die Verwendung von EU-bezogenen Top-Level-Domains (.de; .eu etc.) oder die Verwendung einer im Land des Anbieters nicht gebräuchlichen Sprache oder Währung (sprich Euro), die in einem EU-Staat gebräuchlich ist.

Demzufolge liegt beispielsweise keine Angebotsausrichtung vor, wenn die Universität Zürich Masterkurse anbietet und dafür hinreichende Deutsch- und Englischkenntnisse und eine Zahlung in Schweizer Franken verlangt, weil dies für alle Bewerber gilt, unabhängig ob sie aus der Schweiz, der EU oder aus einem anderen Land stammen. Anders wäre der Fall zu werten, wenn direkt Werbung für den Kurs in Deutschland und in Österreich gemacht würde und eine Zahlung auch in Euro möglich wäre.

Eine Frage, welche weiterhin offen bleibt, ist die Behandlung von Fällen internationaler Angebotsausrichtung unter Art. 3 Abs. 2 DSGVO, so beispielsweise bei der Verwendung von Spanisch zur Ansprache lateinamerikanischer Kunden. Im Hinblick auf die Angebotsausrichtung geben die Richtlinien ebenfalls Aufschluss zum Begriff der «Verhaltensbeobachtung». Entgegen gewissen Meinungen statuieren die Leitlinien ausdrücklich, dass das Verhalten nicht über Internet erfolgen muss, sondern auch über andere Netzwerke oder Technologien, beispielsweise über «Wearables» oder andere «Smart Devices».

Jedoch soll nicht jede Form von Verhaltensbeobachtung vom Begriff erfasst sein. Nur wenn gestützt auf die Beobachtung eine weitere Analyse, erfolgt, wie z.B. ein «Profiling», wie dies u.a. bei der personalisierten Werbung, der Geolokalisierung zu Marketingzwecken oder einer Videoüberwachung der Fall ist, kann dies die Anwendbarkeit der

DSGVO mit sich bringen.

Die Leitlinien des EDSA bestätigen, dass sowohl Verantwortliche wie auch Auftragsverarbeiter, welche gestützt auf Art. 3 Abs. 2 DSGVO unter die DSGVO fallen, einen Vertreter in der EU bezeichnen müssen, und enthalten dazu einige Erläuterungen. Obwohl Art. 27 Abs. 2 DSGVO einige Ausnahmen von der Pflicht zur Bestellung eines Vertreters enthält, wie z.B. die bloss gelegentliche Datenverarbeitung oder die Verarbeitung durch öffentliche Einrichtungen oder Stellen, geben die Leitlinien leider keine weiteren Erklärungen dazu.

WAS BEDEUTET DAS FÜR UNTERNEHMEN IN DER SCHWEIZ, UND WIE GEHT ES NUN WEITER?

Der Entwurf der Leitlinien ist zwar lange erwartet, lässt jedoch gleichwohl einige Fragen offen, welche wohl durch die Gerichte zu klären sind. Erfreulicherweise bestätigen die Leitlinien, dass die bloss Möglichkeit, eine Website in der EU aufzurufen, nicht genügt, um unter die DSGVO zu fallen. Jedoch macht der EDSA keinen Unterschied zwischen grossen und kleinen „Playern“ und bestätigt, dass die DSGVO, sollte ihr Anwendungsbereich einmal eröffnet sein, in ihrer Gesamtheit gilt. Es wäre in diesem Fall folglich nicht genügend, eine DSGVO-konforme Datenschutz- oder Cookie-Policy auf die Website zu stellen. Auch Anforderungen wie die Bestellung eines EU-Vertreters müssten erfüllt sein. Den kleinen Unternehmen, welche nicht unter den Anwendungsbereich der DSGVO fallen möchten, geben die Leitlinien jedoch interessante Hinweise, was sie im Hinblick auf die Angebotsausrichtung auf die EU NICHT tun dürfen.

Wie erwähnt, handelt es sich bei den Leitlinien um einen ersten Entwurf, der nun zur öffentlichen Konsultation aufliegt, welche sicherlich interessante Diskussionen mit sich bringt.

* * *



CHRISTOPH GASSER
Rechtsanwalt, Dr. iur., LL.M.
Partner



STÉPHANIE CHUFFART
Rechtsanwältin, Dr. iur., LL.M.
Managing Associate



STEPHANIE VOLZ
Rechtsanwältin, Dr. iur., LL.M.
Associate

BIANCHISCHWALD GMBH
mail@bianchischwald.ch
bianchischwald.ch

GENÈVE
5, rue Jacques-Balmat
Postfach 5839
CH-1211 Genève 11
T +41 58 220 36 00
F +41 58 220 36 01

ZÜRICH
St. Annagasse 9
Postfach 1162
CH-8021 Zürich
T +41 58 220 37 00
F +41 58 220 37 01

LAUSANNE
12, avenue des Toises
Postfach 5410
CH-1002 Lausanne
T +41 58 220 36 70
F +41 58 220 36 71

BERN
Elfenstrasse 19
Postfach 133
CH-3000 Bern 15
T +41 58 220 37 70
F +41 58 220 37 71