

ARBEITEN AUS DEM IURISTISCHEN SEMINAR
DER UNIVERSITÄT FREIBURG SCHWEIZ

Herausgegeben von Jacques Dubey und Hubert Stöckli

458

AURÉLIEN PASQUIER

Die Anwendbarkeit der DSGVO ausserhalb des EWR

unter besonderer Berücksichtigung
der Auswirkungen auf schweizerische
Verantwortliche und Auftragsverarbeiter

Inhaltsverzeichnis

Dank	VII
Literaturverzeichnis	XV
Abkürzungsverzeichnis	XXVII
Materialienverzeichnis	XXXV

Einleitung	1
------------------	---

Erster Teil: Grundlagen	5
--------------------------------------	----------

I. Kurze Darstellung der DSGVO	7
A. Entstehungsgeschichte der DSGVO	7
1. Kontext	7
2. Entstehung und Inkrafttreten	8
B. Rechtsform der DSGVO	9
C. Räumlicher Geltungsbereich der DSGVO	10
D. Aufbau und Inhalt der DSGVO	14
II. Terminologische Präzisierungen	17

Zweiter Teil: Sachlicher Anwendungsbereich der DSGVO	19
---	-----------

I. Voraussetzungen	21
A. Personenbezogene Daten	21
1. Vorbemerkungen und Definition	21
2. Relevante Informationen	22
3. Identifizierung oder Identifizierbarkeit	24
a) Begriffe	24
(i) Identifizierung	24
(ii) Identifizierbarkeit	25
(iii) Abgrenzung	25
b) Identität im Sinne des Datenschutzrechts	26
(i) Berücksichtigung des «Namen-Bias»	26
(ii) Ergebnis	28
c) Notwendiger Individualisierungsgrad	28
(i) Beispiel	28

(ii) Theorie der Singularisierung	29
(iii) Referenzdaten-Test	32
d) Wissens- und Mittelzurechnung	33
(i) Lehrstreit	34
(ii) Entscheid des EuGH	35
(iii) Anonymisierung und Pseudonymisierung	38
e) <i>Big Data</i>	39
4. Natürliche Person	40
5. Bezug zu einer Person	42
B. Verarbeitung	45
1. Definition	45
2. Ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung	46
3. Nicht automatisierte Verarbeitung	47
II. Ausnahmetatbestände	49
A. Tätigkeiten ausserhalb des EU-Rechts	49
B. Tätigkeiten im Anwendungsbereich der gemeinsamen Aussen- und Sicherheitspolitik der EU	50
C. Rein persönliche oder familiäre Tätigkeiten	50
D. Strafrecht und öffentliche Sicherheit	54
III. Verhältnis zwischen der DSGVO und anderen EU-Rechtsakten	55
A. ePrivacy-Richtlinie	55
B. Verordnung (EU) 2018/1725	55
C. E-Commerce-Richtlinie	56
Dritter Teil: Räumlicher Anwendungsbereich der DSGVO	57
I. Prinzipien der räumlichen Anwendbarkeit der DSGVO	59
A. Wortlaut von Art. 3 DSGVO und terminologische Präzisierung	59
B. Niederlassungsprinzip	60
1. Niederlassung des Datenverarbeiters im EWR	61
a) Niederlassung	61
(i) Feste Einrichtung	62
(ii) Ausübung einer effektiven und tatsächlichen Tätigkeit	66
b) Gebietsbezogener Anknüpfungspunkt	73

2. Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Tätigkeiten der Niederlassung	73
a) Verarbeitung personenbezogener Daten	74
b) Relevante Tätigkeiten	75
c) Konnex zwischen der Verarbeitung personenbezogener Daten und den Tätigkeiten	77
(i) Erforderliche Bedingungen	78
(ii) Besondere Situation der Datenverarbeiter im EWR	80
(iii) Sprachliche Präzisierung	80
3. Direkte und indirekte Anwendbarkeit der DSGVO kraft Niederlassungsprinzips	81
a) Direkte Anwendbarkeit nach Art. 3 Abs. 1 DSGVO	81
b) Indirekte Anwendbarkeit	82
4. Ausnahmen aufgrund Völkerrechts	84
C. Markortprinzip	85
1. Relevante Niederlassung ausserhalb des EWR	86
2. Verarbeitung der personenbezogenen Daten einer betroffenen Person im EWR	87
a) Anwesenheit der betroffenen Person im EWR	87
b) Ort der Datenverarbeitung	89
3. Relevante Tätigkeiten	90
a) Anbieten von Waren oder Dienstleistungen an betroffene Personen im EWR	90
(i) Waren	91
(ii) Dienstleistungen	94
(iii) Anbieten im EWR	97
b) Beobachtung des Verhaltens einer betroffenen Person im EWR	114
(i) Beobachtung	115
(ii) Verhalten einer betroffenen Person	117
(iii) Ort des beobachteten Verhaltens	118
(iv) <i>Targeting</i> nicht erforderlich	120
c) Einschränkung auf natürliche Personen	121
d) Erfordernis der aktiven Mitwirkung bei der Involvierung mehrerer Drittland-Datenverarbeiter	123
4. Zusammenhang zwischen der Verarbeitung und der relevanten Tätigkeit	129
5. Separate Prüfung für Verarbeitungen des Verantwortlichen und des Auftragsverarbeiters	132

D. Prinzip der Anwendbarkeit aufgrund Völkerrechts	134
1. Anwendbarkeitsvoraussetzungen	135
a) Verarbeitung personenbezogener Daten durch einen Verantwortlichen oder einen Auftragsverarbeiter	135
b) Fehlen einer relevanten Niederlassung im EWR	135
c) Anwendung des Rechts eines EWR-Mitgliedstaats nach Völkerrecht	136
d) Niederlassung im relevanten Gebiet	137
2. Geringe praktische Relevanz	138
a) Seltene Anwendbarkeit des Rechts eines EWR-Mitgliedstaats ausserhalb des EWR aufgrund Völkerrechts	138
(i) Staatsgebiet eines Drittstaats	139
(ii) Hoheitsfreie Räume	141
b) Häufiger Zusammenhang mit der Tätigkeit einer Niederlassung im EWR	142
3. Direkte oder indirekte Anwendbarkeit	143
II. Völkerrechtliche Würdigung	145
A. Zulässigkeit extraterritorialer Wirkung bei genügendem Binnenbezug	145
B. Zulässigkeit der Prinzipien von Art. 3 DSGVO	147
III. Fazit	151
 Vierter Teil: Folgen des breiten Anwendungsbereichs der DSGVO – unter besonderer Beachtung der Auswirkungen auf schweizerische Datenverarbeiter	 153
I. Hohe Anzahl von betroffenen Datenverarbeitern in der Schweiz	155
II. Rechtsfolgen der Anwendbarkeit der DSGVO	157
A. Konsequenzen der Anwendbarkeit der Verordnung für die Datenverarbeiter	157
1. «Alles-oder-Nichts»-Prinzip bei der direkten Anwendbarkeit der Verordnung	157
a) Adressaten der materiellen Bestimmungen	157
b) Auswirkungen auf die Übermittlungen personenbezogener Daten in Drittländer oder an internationale Organisationen	159
c) Zwingende Anwendbarkeit der DSGVO	162

2. Reine vertragliche Verpflichtung bei indirekter Anwendbarkeit der Verordnung	164
B. Besonderheiten bei Drittland-Datenverarbeitern	164
1. Unterschiedliche Rechtsfolgen für die drei Prinzipien von Art. 3 DSGVO	164
a) Besondere Regeln für Datenverarbeiter ohne Niederlassung im EWR	165
(i) Benennung eines Vertreters im EWR	165
(ii) Kein «One-Stop-Shop»	165
(iii) Kritische Analyse	166
b) Konkurrenzen zwischen den Tatbeständen des Art. 3 DSGVO	167
2. Problematik der Öffnungsklauseln für Drittland-Datenverarbeiter	168
a) Fehlende Anknüpfungspunkte zur Bestimmung des anwendbaren Rechts für Drittland-Datenverarbeiter	169
b) Kein Bezug auf das Recht eines Drittstaats	170
(i) Unpassende Rechtsgrundlagen	171
(ii) Keine Ausnahme gestützt auf das Recht eines Drittstaats	172
(iii) Keine Gestaltung des Regelungsinhalts durch einen Drittstaat ...	174
c) Möglichkeit eines differenzierten Ansatzes für Drittland-Datenverarbeiter?	174
C. Kritik	178
1. Strengere Bedingungen für Drittland-Datenverarbeiter	178
2. Mangelnde Koordination zwischen dem räumlichen Anwendungsbereich und den materiellen Bestimmungen der Verordnung	179
a) Beschreibung des Problems	179
b) Korrektur durch die Rechtsprechung?	181
(i) Listung und Auslistung von Webseiten	182
(ii) Entscheid des EuGH	183
(iii) Würdigung	185
D. Fazit	187
 III. Durchsetzbarkeit der DSGVO gegen schweizerische Datenverarbeiter ...	 191
A. Durchsetzbarkeit in der Schweiz	193
1. Internationales Privatrecht	194
a) Mögliche Anwendungsfälle im Hinblick auf die Durchsetzung der DSGVO	194
b) Zustellung von Schriftstücken und Beweiserhebung	195
(i) Relevante internationale Abkommen	195
(ii) Vorschriften des IPRG bei Fehlen eines Abkommens	198

(iii) Rechtliche Konsequenzen bei Missachtung der anwendbaren Vorschriften	198
c) Anerkennung und Vollstreckung	198
2. Internationale Amtshilfe	199
a) Mögliche Anwendungsfälle im Hinblick auf die Durchsetzung der DSGVO	199
b) Ungenügende Möglichkeiten im datenschutzrechtlichen Kontext	200
(i) Internationale Abkommen	200
(ii) Schweizerisches Kollisionsrecht	202
(iii) Fazit	202
3. Internationale Rechtshilfe in Strafsachen?	203
a) Mögliche Anwendungsfälle im Hinblick auf die Durchsetzung der DSGVO	203
b) Erfüllung der Anforderungen gemäss dem IRSG?	205
(i) Zustellung von Schriftstücken	205
(ii) Ausübung von Zwangsmassnahmen	206
(iii) Vollstreckung von Entscheidungen	207
(iv) Fazit	208
B. Durchsetzbarkeit im EWR	208
1. Zustellung von Schriftstücken und Beweiserhebung im EWR	209
2. Vollstreckbarkeit im EWR	211
a) Vermögen im EWR	211
b) Geschäfte im EWR	212
c) Vertreter im EWR?	212
d) Niederlassung im EWR?	213
C. Freiwillige Anerkennung durch schweizerische Datenverarbeiter?	214
D. Einschaltung des EDÖB?	216
E. Fazit	218
 Fünfter Teil: Schlussbetrachtungen	 221
I. Zusammenfassung der Erkenntnisse	223
II. Ausblick	233
Gesetzesregister	237
Sachregister	253