

# Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

1  
K&R

- Was uns bewegt – 11. Presserechtsforum  
**Prof. Dr. Roger Mann**
- 1 Die Entwicklung des Presserechts in 2021  
**Dr. Diana Ettig**
- 7 Das neue Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz  
**Dr. Laura Schulte** und **Christina Prowald**
- 13 Neuausrichtung der (europäischen) Marktüberwachung  
**Dr. Ulrich Becker** und **Sinje Maier**
- 19 Hassrede in sozialen Netzwerken  
**Dr. Philipp Adelberg**
- 25 Schadensersatzbemessung bei Datenschutzverstößen  
**Sebastian Laoutoumai**
- 29 Länderreport Schweiz  
**Lukas Bühlmann**
- 33 **EuGH**: Unlautere Verkaufsförderung durch redaktionelle Veröffentlichung mit geldwerter Gegenleistung mit Kommentar von **Christine Libor**
- 37 **EuGH**: Einblendung von Werbenachrichten in E-Mail-Inbox nur mit Einwilligung
- 46 **BGH**: Anspruch auf Löschung einer Gegendarstellung im Presse-Online-Archiv mit Kommentar von **Dr. Lucas Brost**
- 50 **BGH**: Keine Zumutbarkeit der beA-Nutzung bei defektem Faxgerät im Gericht und passiver beA-Nutzungspflicht
- 52 **OLG Dresden**: Eingeschränkter Auskunftsanspruch nach Festplattenzerstörung

Beilage

Jahresregister 2021

25. Jahrgang

Januar 2022

Seiten 1 – 72

auf den Prüfstand zu stellen, nachzujustieren, wenn Schwachstellen erkannt werden, und alles bereits für einen hypothetischen Haftungsprozess zu dokumentieren. Nur wer sich bereits im Vorfeld auf einen potenziellen Haftungsprozess durch entsprechende Maßnahmen vorbereitet hat und auch Maßnahmen zur Schadensminderung ergriffen hat, hat überhaupt die Chance, diesen zu gewinnen.



**Sebastian Laoutoumai**

RA und Fachanwalt für IT-Recht bei Löffel Abrar Rechtsanwälte in Düsseldorf. Ein besonderer Schwerpunkt liegt bei der rechtlichen Begleitung von Werbekonzepten, Online-Marketingmaßnahmen und neuen Vertriebsstrukturen. Ein weiterer Schwerpunkt liegt im Prozessrecht, dort insbesondere bei datenschutzrechtlichen Streitigkeiten.

RA Lukas Bühlmann, lic. iur., LL.M.\*

## Länderreport Schweiz

### *Kurz und Knapp*

*Datenschutzrecht bleibt noch immer ein bestimmendes Thema. Die Revision des Schweizer Datenschutzgesetzes (DSG) ist zwar beendet und wird voraussichtlich im vierten Quartal 2022 in Kraft treten. Kürzlich wurden der Vorentwurf der Datenschutzverordnung zum neuen DSG präsentiert, neue Guidelines zum internationalen Datentransfer veröffentlicht und eine wichtige Abgrenzungsfrage zwischen öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Datenschutz (vorerst) gerichtlich geklärt. Neben dem Datenschutz gab es Neuerungen im Wettbewerbsrecht – so soll die „Hochpreisinsel Schweiz“ ab 2022 Geschichte werden.*

### I. Datenschutz

#### 1. DSG-Revision: Bundesrat veröffentlicht Ausführungsvorschriften im Entwurf der VDSG

Schon in der Ausgabe vom Januar 2021 widmete sich der Länderreport Schweiz der Revision des Datenschutzgesetzes (DSG). Gemeinsam mit dem vollkommen überarbeiteten DSG (im Folgenden nDSG) soll in der zweiten Jahreshälfte 2022 die neue Datenschutzverordnung (VDSG) in Kraft treten. Im Sommer 2021 präsentierte der Bundesrat den Entwurf der aktualisierten Datenschutzverordnung (Im Folgenden E-VDSG), welche die gesetzlichen Bestimmungen des nDSG konkretisieren soll.

Bevor im Folgenden näher auf den Verordnungsentwurf eingegangen wird, erscheint zunächst ein kurzer Blick auf das nDSG sinnvoll. Nach knapp vierjährigem Gesetzgebungsprozess verabschiedete das Parlament im Herbst 2020 die Revision des Schweizer Datenschutzrechts. Dabei wurde das Schweizer Datenschutzrecht grundlegend überarbeitet und zu einem großen Teil an die DSGVO angeglichen.

Trotz der begrifflichen Nähe zur DSGVO bleibt das nDSG der grundsätzlichen Konzeption der geltenden Schweizer Rechtslage treu. Für Datenbearbeitungen<sup>1</sup> im privaten Bereich gilt – anders als in der Europäischen Union – kein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Das bedeutet, dass nicht jede Bearbeitung einer gesetzlichen Grundlage bedarf, solange sie im Einklang mit den Bearbeitungsgrundsätzen erfolgt,<sup>2</sup> die betroffene Person der Datenbearbeitung nicht widersprochen hat<sup>3</sup> oder einem Dritten besonders schüt-

zenswerte Personendaten weitergegeben<sup>4</sup> werden sollen.<sup>5</sup> Trotz systematischer Unterschiede wird die DSGVO wohl einen wichtigen Einfluss auf die Auslegung des neuen Schweizer Datenschutzrechts haben. Insbesondere der Rechtsprechungspraxis des EuGH wird große Bedeutung beigemessen, da die DSGVO schon seit Mai 2018 in Kraft ist und daher mehr Erfahrungswerte vorhanden sind, auf welche sich unter Umständen auch Schweizer Behörden und Gerichte beziehen könnten.<sup>6</sup> Darüber hinaus gibt es vor allem in Deutschland schon eine Fülle an relevanten Lehrmeinungen, die auch Strahlkraft in der Schweiz entfalten könnten.

Die E-VDSG beinhaltet – wie bereits erwähnt – die Ausführungsbestimmungen zum nDSG, so enthält der Entwurf z. B. Regelungen zu den Mindestanforderungen an die Datensicherheit, zu den Modalitäten des Auskunftrechts und der Informationspflicht oder zur Ausnahme von der Pflicht zur Führung eines Verzeichnisses der Bearbeitungstätigkeiten. Nach allgemeiner Auffassung unter Schweizer Datenschutzexperten ist der erste Entwurf der VDSG – auch nach der hier vertretenen Ansicht – erstaunlich mangelhaft ausgefallen. Diese Haltung hat sich in der Vernehmlassung bestätigt, es ist nun mit einer weitreichenden Überarbeitung zu rechnen. Dennoch lohnt es sich einen Blick auf die wichtigsten Bestimmungen des Entwurfs zu werfen, da sich diese zumindest in den Grundzügen wohl nicht mehr grundsätzlich ändern dürfte:

**Mindestanforderungen an die Datensicherheit:** Die gesetzliche Verpflichtung zur Festlegung von Mindestanforderungen an die Datensicherheit des Art. 8 Abs. 3 nDSG, soll durch die VDSG umgesetzt werden. Diese Bestimmung dient insbesondere dazu Kompatibilität mit der DSGVO herzustellen. Der Umfang der notwendigen Datensicherheitsvorkehrungen soll dabei vom jeweiligen Risiko der Datenbearbeitung abhängig sein. Beispiele der genannten Maßnahmen sind die zweckgebundene Zugriffsbeschrän-

\* Der Autor dankt Max Königseder, LL.M. (WU) LL.M. (IT-Law) für seine Unterstützung in diesem Beitrag. Mehr über den Autor erfahren Sie am Ende des Beitrags. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 9. 12. 2021.

1 Im Schweizer Datenschutzrecht spricht man von der „Bearbeitung“ von „Personendaten“ im Gegensatz zu der Verarbeitung von personenbezogenen Daten; Art. 3 lit. e DSG bzw. Art. 5 lit. d nDSG.

2 Art. 6 und 8 nDSG.

3 Art. 30 Abs. 2 lit. b nDSG.

4 Art. 30 Abs. 2 lit. c nDSG.

5 Rosenthal, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter 16. 11. 2020, Rn. 7.

6 Rosenthal, Das neue Datenschutzgesetz, Jusletter 16. 11. 2020, Rn. 10.

kungen (Art. 2 E-VDSG) und Protokollierungspflichten (Art. 3 E-VDSG) bei Datenverarbeitungen mit hohem Risiko.

Angemessenes Datenschutzniveau: Art. 8 E-VDSG legt die Kriterien fest, anhand welchen der Bundesrat zukünftig bewerten soll, ob ein Staat über ein angemessenes Datenschutzniveau verfügt. Die Liste der sicheren Empfängerstaaten wird zukünftig als Anhang zur VDSG veröffentlicht und in regelmäßigen Abständen aktualisiert. Die Liste ist von großer praktischer Relevanz für internationale Datentransfers.

Auskunftsrecht und Informationspflicht: Art. 20 ff. E-VDSG soll die Modalitäten des Auskunftsrechts und der Informationspflicht näher bestimmen. Insbesondere hinsichtlich der Informationspflicht bleiben jedoch viele Fragen offen, da der Text des Verordnungsentwurfs kaum über die Ausführungen der Gesetzesmaterialien des nDSG hinausgeht.<sup>7</sup>

Datenschutzberater: Eine ähnliche Funktion wie der Datenschutzbeauftragte i. S. d. Art. 37 ff. DSGVO bekleidet im Schweizer Datenschutzrecht zukünftig der Datenschutzberater Art. 10 nDSG. In Art. 25 E-VDSG werden v. a. dessen Aufgaben näher definiert und geregelt, dass diesem die notwendigen Ressourcen und Einsichts- bzw. Zugriffsrechte zu gewähren sind. Die Vernehmlassungsfrist des E-VDSG endete am 14. 10. 2021.

## 2. EDÖB: Aktualisierter Leitfaden für die Datenübermittlung ins Ausland und Anerkennung revidierter Standardvertragsklauseln

### a) Überblick

In der zweiten Jahreshälfte 2021 veröffentlichte der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) einen aktualisierten Leitfaden für die Datenübermittlung ins Ausland. Die Anleitung des EDÖB für die Prüfung der Zulässigkeit von Datenübermittlungen mit Auslandsbezug soll Erleichterungen für die Praxis bringen.<sup>8</sup> Darüber hinaus veröffentlichte der EDÖB Ende August eine Stellungnahme, dass er die nach der Rs. Schrems II<sup>9</sup> von der EU-Kommission überarbeiteten Standardvertragsklauseln (SCC), anerkennt. Die bisherigen SCC dürfen nur noch bis zum 1. 1. 2023 verwendet werden.

### b) Datenexport im Schweizer Datenschutzrecht

Laut geltenden Schweizer Datenschutzbestimmungen dürfen Personendaten nicht in Drittstaaten bekanntgegeben werden, sofern die Persönlichkeit der betroffenen Person dadurch schwerwiegend gefährdet würde.<sup>10</sup> Dies ist der Fall, sobald die Daten in ein Exportland übertragen werden, in welchem kein angemessenes Datenschutzniveau vorherrscht. Ob ein Staat über eine ausreichende Datenschutzgesetzgebung verfügt, kann einer vom EDÖB veröffentlichten Liste entnommen werden bzw. zukünftig dem Anhang der aktualisierten VDSG.<sup>11</sup>

Insofern ein Land über keine angemessene Gesetzgebung verfügt, bedeutet dies nicht, dass eine Übermittlung von Personendaten per se unzulässig ist. Art. 6 Abs. 2 DSGVO nennt die Voraussetzungen, unter welchen ein Datentransfer dennoch durchgeführt werden kann. In den folgenden – vom EDÖB definierten – *zehn Prüfschritten* kann evaluiert werden, ob eine Datenübermittlung zulässig ist.<sup>12</sup>

### c) 10 Prüfschritte des EDÖB

N01. Überprüfung des Datenschutzniveaus im Drittland: Der Datenexporteur trägt die Verantwortung dafür, dass im Zielland ein angemessenes Datenschutzniveau gewährleistet wird. Bei EU/EWR Ländern kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, sofern der Export in ein Drittland ausgeschlossen ist. Zu beachten ist jedoch, dass ein Auftragsdatenbearbeiter Gesetzen eines Drittstaats ohne angemessenes Schutzniveau unterstehen kann, in diesem Fall gelten die Bestimmungen der N03.

N02. Angemessenheit: Verfügt ein Land laut EDÖB-Staatenliste über ein angemessenes Schutzniveau, können weitere Prüfschritte unterbleiben. Der Datenexporteur wird in seinem Vertrauen auf die Liste geschützt und darf die Daten übermitteln. Befindet sich ein Land nicht auf der Liste muss der Datenexporteur selbst beurteilen, ob der gegenständliche Staat über ein angemessenes Datenschutzniveau verfügt. Die Entscheidung, ob seine Einschätzungen richtig waren, obliegt letztlich den Gerichten.

N03. Kein angemessener Schutz: Wenn nicht von einem hinreichenden Schutzniveau im Empfängerland ausgegangen werden kann, muss der Datenschutz mit anderen hinreichenden Garantien – z. B. durch vertragliche Regelung – sichergestellt werden.<sup>13</sup> Hierbei wird gewöhnlicherweise auf SCC zurückgegriffen. Laut Ansicht des EDÖB sind Binding Corporate Rules allein nicht ausreichend.

N04. Detaillierte Erfassung des Datentransfers: Bei Datentransfers in einen Staat ohne angemessenes Datenschutzniveau sind detaillierte Aufzeichnungen über Art und Zweck der Datenübermittlung und die rechtlichen Rahmenbedingungen im Empfängerland zu führen.

N05. Vier Garantien: Der Datenexporteur hat eigenständig Erhebungen vorzunehmen, inwiefern die behördlichen Zugriffsrechte im Drittland mit dem Schweizer Datenschutzrecht und Verfassungsgrundsätzen vereinbar sind. Folgende vier Grundrechtsgarantien müssen laut EDÖB jedenfalls gewährleistet sein: Legalitätsprinzip, Verhältnismäßigkeit der hoheitlichen Befugnisse und Maßnahmen, wirksame Rechtsmittel, Rechtsweggarantie.

N06. Analyse: Es ist eine einzelfallspezifische Analyse des Datentransfers und des gewählten Instruments (z. B. SCC) sowie der rechtlichen Gegebenheiten im Drittland (Rechtsvorschriften, Verwaltungs- und Gerichtspraxis) durchzuführen.

N07. Garantien gewährleistet: Ist das Ergebnis der Analyse, dass die vier genannten Garantien (vgl. N05) gewährleistet sind, kann mit standardmäßigen SCC ein angemessenes Datenschutzniveau erreicht werden. Sofern im Einzelfall zusätzliche Schutzmaßnahmen als notwendig erscheinen, sind diese durch technische oder organisatorische Maßnahme sicherzustellen.

N08. Garantien nicht gewährleistet – SCC und zwingend zusätzliche Maßnahmen: Ergibt die Analyse, dass die

<sup>7</sup> Zitat Botschaft zum Gesetz.

<sup>8</sup> EDÖB, Anleitung für die Prüfung der Zulässigkeit von Datenübermittlungen mit Auslandsbezug (nach Art. 6 Abs. 2 lit. a DSGVO).

<sup>9</sup> <file:///P:/Downloads/Chrome/Anleitung%20f%C3%BCr%20die%20Pr%C3%BCfung%20von%20Daten%20C3%BCbermittlungen%20mit%20Auslandsbezug%20DE.pdf>.

<sup>10</sup> Art. 6 Abs. 1 DSGVO.

<sup>11</sup> EDÖB Staatenliste, abrufbar unter, <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/handel-und-wirtschaft/uebermittlung-ins-ausland.html>.

<sup>12</sup> EDÖB, Anleitung für die Prüfung der Zulässigkeit von Datenübermittlungen mit Auslandsbezug (nach Art. 6 Abs. 2 lit. a DSGVO), abrufbar unter <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/handel-und-wirtschaft/uebermittlung-ins-ausland.html>.

<sup>13</sup> Art. 6 Abs. 2 lit. a DSGVO.

Garantien (vgl. N05) im Empfängerland nicht gewährleistet sind, muss der Datenexporteur zusätzliche Maßnahmen ergreifen, die Ersatz für das mangelnde Schutzniveau bieten. Vertragliche Maßnahmen allein sind häufig kein taugliches Mittel, da ausländische Behörden dadurch nicht gebunden werden können (z. B. bei Auslieferungspflichten von Daten an staatliche Akteure). In gewissen Fällen kann der unverhältnismäßige Eingriff von ausländischen Behörden durch technische und organisatorische Maßnahmen verhindert werden (z. B. wenn Daten in verschlüsselter Form gehalten werden). Kann das mangelnde Schutzniveau nicht durch zusätzliche Maßnahmen kompensiert werden, ist vom Datentransfer abzusehen (vgl. N10).

N09. Übertragung der Daten: Gelingt es durch die Implementierung zusätzlicher Maßnahmen Datenschutzkonformität zu erlangen, können die Daten in den Drittstaat übertragen werden. Das Vorliegen der rechtlichen und sachlichen Voraussetzungen muss regelmäßig evaluiert werden.

N10. Aussetzen bzw. Beendigung der Datenbekanntgabe ins Ausland: Können die Garantien (vgl. N05) nicht durch weitere Maßnahmen kompensiert werden, hat ein Datentransfer zu unterbleiben bzw. ist dieser zu beenden.

#### d) *Ausblick nDSG*

Mit Inkrafttreten des novellierten DSG und der Datenschutzverordnung (vgl. I. 1.) ist zukünftig der Bundesrat dafür zuständig, zu entscheiden, welche Länder über ein ausreichendes Datenschutzniveau verfügen. Für die Überprüfung von Datentransfers in Drittstaaten ohne angemessenes Datenschutzniveau bleibt nach wie vor der EDÖB zuständig. Dementsprechend behält der beschriebene Leitfaden des EDÖB auch nach der DSG-Revision seine Relevanz.

### 3. SBB untersteht bei Ausstellung des Swiss-Pass den Datenschutzvorschriften für Private

#### a) *Überblick und Ausgangsfall*

Das Schweizer Datenschutzgesetz regelt sowohl die Bearbeitung von Personendaten durch Private als auch durch Bundesorgane. Organe des Bundes benötigen – im Gegensatz zu Privaten – für jede Personendatenbearbeitung eine gesetzliche Grundlage. Handelt das Organ privatrechtlich, so gelten gem. Art. 23 Abs. 1 DSG die Datenschutzbestimmungen für Privatpersonen. Die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen für Bundesorgane bleiben jedoch auch in diesem Fall anwendbar.<sup>14</sup> Die Frage, ob ein Unternehmen mit öffentlichen Aufgaben im Einzelfall hoheitlich oder privatrechtlich handelt, führt häufig zu Abgrenzungsschwierigkeiten. Dies war auch der Fall in einem aktuellen Urteil des Schweizer BVerwG (BVGer), in dem die datenschutzrechtliche Rolle der Schweizerischen Bundesbahn (SBB) bei der Ausstellung des Swiss-Pass zur Debatte stand.<sup>15</sup> Der Beschwerdeführer war nicht damit einverstanden sein tatsächliches Geburtsdatum auf der Swiss-Pass-Karte anzugeben, woraufhin ein Rechtsstreit darüber entbrannte, ob die Ablehnung der Ausstellung eines Swiss-Pass mit fiktivem Geburtsdatum in Form einer beschwerdefähigen Verfügung (öffentlich-rechtlicher Akt) zu erfolgen hatte.

#### b) *Privatrechtliches oder öffentlich-rechtliches Handeln der SBB?*

Art. 54 des Personenbeförderungsgesetzes (PBG) enthält eine spezialgesetzliche Datenschutzbestimmung, wonach Unternehmen auch im Rahmen der konzessionierten Tätig-

keiten, wie z. B. im Rahmen der Personenbeförderung, privatrechtlich agieren können. Die Swiss-Pass-Karte ist lediglich ein Trägermedium für verschiedene Leistungen im Bereich des öffentlichen Verkehrs und deren Ausstellung stellt keinen Abschluss eines Personenbeförderungsvertrags dar, jedoch hänge der Swiss-Pass laut BVerwG als Hilfsmittel, welches dem Abschluss des Personentransportvertrags diene, mit diesem zusammen. Aus den genannten Gründen sei auf den Personentransportvertrag abzustellen. Gestützt auf die allgemeinen Unterscheidungsmethoden zwischen hoheitlichem und privatrechtlichem Handeln sei „allenfalls nicht ausgeschlossen, den unmittelbaren Zweck des Transportvertrags in der Personenbeförderung als öffentliche Aufgabe zu sehen“ und somit von der öffentlich-rechtlichen Natur des Vertrags auszugehen.<sup>16</sup>

Die angewandte Funktionstheorie sei jedoch in Fällen nachrangig, in denen der Gesetzgeber das jeweilige Handeln des Bundesorgans explizit dem Privatrecht zuordnet.<sup>17</sup> Laut BVGer wollte der historische Gesetzgeber den Abschluss von Personentransportverträgen durch konzessionierte Unternehmen dem Privatrecht unterstellen und eine Änderung der Gesetzeslage war in weiterer Folge nicht beabsichtigt gewesen. Dementsprechend ist der Personentransportvertrag grundsätzlich zivilrechtlicher Natur; eine diesbezügliche Änderung könnte nur durch den Gesetzgeber erfolgen. Konsequenterweise sei somit auch die Ausstellung der – mit dem Transportvertrag zusammenhängenden – Swiss-Pass-Karte als privatrechtliches Handeln der SBB zu qualifizieren und die gegenständliche Datenbearbeitung dem privaten Datenschutzrecht unterstellt.<sup>18</sup>

#### c) *Würdigung*

Das Urteil ist von grundlegender Bedeutung für die Praxis, weil die Unterscheidung zwischen privatrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Handeln für die datenschutzrechtlichen Befugnisse von Unternehmen mit öffentlichen Aufgaben enorme Konsequenzen hat.

Die Entscheidung ist nicht nur für Fälle relevant, in denen eine Regelung durch den (historischen) Gesetzgeber getroffen wurde, sondern auch in Sachverhalten ohne spezialgesetzliche Regelungen. Laut BVerwG ist in diesen Fällen ausschließlich Art. 23 Abs. 1 DSG (bzw. Art. 40 nDSG) heranzuziehen und dementsprechend ausschlaggebend, ob das Bundesorgan privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich handelt. Dies sei bei Vertragsverhältnissen insbesondere anhand der Funktionstheorie zu beurteilen, folglich wird darauf abgestellt, inwieweit der Vertrag der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient und ob die Datenbearbeitung in funktionellem Zusammenhang mit der öffentlichen Aufgabe steht. Inwiefern diese Rechtsansicht Bestand hat, ist jedoch noch nicht final geklärt, da das Urteil noch nicht rechtskräftig ist und der Fall (erneut) dem Bundesgericht zur Beurteilung vorgelegt wurde.

## II. Lauterkeits- und Kartellrecht

### 1. SLK-Entscheid zum Spam-Artikel: Automatisierung und nicht Anzahl versandter Mails entscheidend

Die Schweizerische Lauterkeitskommission (SLK) befasste sich im Zuge des Entscheids Nr. 172/20 mit der Frage,

<sup>14</sup> Art. 23 Abs. 2 DSG.

<sup>15</sup> BVGer, 29. 7. 2021 – A-5921/2020, Rn. 5.2.2.

<sup>16</sup> BVGer, 29. 7. 2021 – A-5921/2020, Rn. 5.2.2.

<sup>17</sup> BVGer, 29. 7. 2021 – A-5921/2020, Rn. 5.2.2.

<sup>18</sup> BVGer, 29. 7. 2021 – A-5921/2020, Rn. 5.3.

wann die Schwelle der Massenwerbung i. S. d. Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG erreicht ist.<sup>19</sup> Ausgangspunkt war die Beschwerde einer Privatperson, die wiederholt unaufgeforderte E-Mails erhielt. Die Beschwerdegegnerin machte hingegen geltend, dass die E-Mail-Adresse des Beschwerdeführers öffentlich im Internet zugänglich war und sich dieser – aufgrund seiner Tätigkeit im IT-Bereich – für eine etwaige Zusammenarbeit interessieren hätte können. Darüber hinaus habe die Beschwerdegegnerin nur einzelne E-Mails verschickt.

Gemäß des sogenannten Spam-Artikels handelt unlauter, wer „Massenwerbung ohne direkten Zusammenhang mit einem angeforderten Inhalt fernmeldetechnisch sendet oder solche Sendungen veranlasst und es dabei unterlässt, vorher die Einwilligung der Kunden einzuholen, den korrekten Absender anzugeben oder auf eine problemlose und kostenlose Ablehnungsmöglichkeit hinzuweisen“.<sup>20</sup> Im vorhergehenden Strafverfahren ging die Staatsanwaltschaft Lenzburg-Aarau davon aus, dass es sich im vorliegenden Sachverhalt nicht um Massenwerbung handle, da die Beschwerdegegnerin gezielt im Branchenverzeichnis nach potentiell interessierten Unternehmen suchte und anschließend E-Mails an 50 ausgewählte Unternehmen verschickte. Dieser große menschliche Aufwand spreche gegen die Erfüllung des Tatbestandselements der Massenwerbung, da diese laut den Gesetzesmaterialien automatisiert zu erfolgen hat.

Die SLK vertrat eine andere Ansicht, da aufgrund der Gestaltung der an die Beschwerdeführerin gesandten E-Mails glaubhaft sei, dass der Versand automatisiert erfolgte (z. B. unpersönliche Ansprache verbunden mit allgemeinen, unpersönlichen Inhalten und Botschaften). Gemäß SLK sei somit irrelevant, ob die E-Mail-Adressen mit menschlichem Aufwand gesammelt wurden, hingegen komme es alleine darauf an, dass die Nachrichten automatisiert versandt wurden. Eine personalisierte Anrede stehe dem nicht entgegen, solange diese Personalisierung automatisiert erfolgte. Laut Ansicht des SLK handelte es sich folglich im vorliegenden Fall um Massenwerbung.

## 2. Neues Verbot von Geoblocking und Ausweitung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots in der Schweiz

### a) Überblick

Bereits im Dezember 2017 wurde die sog. „Fair-Preis-Initiative“ eingereicht, die es sich zum Ziel setzte, die Preisdiskriminierung gegenüber Schweizer Kunden zu beenden. Im März 2021 nahm das Parlament einen indirekten Gegenvorschlag der Initiative an, wonach diese (bedingt) zurückgezogen wurde. Die Referendumsfrist lief am 18. 7. 2021 ungenützt aus, wonach der Bundesrat im September beschloss, dass die Änderungen am 1. 1. 2022 in Kraft gesetzt werden.

### b) Geoblocking als unlautere Geschäftspraktik

Inhalt der Novellierung ist einerseits eine Anpassung des UWG, welches Geoblocking von Schweizer Konsumenten beim Online-Shopping verhindern soll. Folglich können Schweizer künftig z. B. in deutschen Online-Shops Waren und Dienstleistungen zu denselben Konditionen wie ihre Nachbarn beziehen. Bei der Umsetzung des Verbots der Einkaufsdiskriminierung Privater diene die EU-Geoblocking-Verordnung als Vorlage. Konkret wurde dazu Art. 3a im UWG eingefügt, der unsachliche Diskriminie-

rung von Schweizer Kunden im Fernhandel als unlauter bezeichnet. Davon erfasst sind Diskriminierungen betreffend den Preis, der Zahlungsbedingungen, des Zugangs zu Online-Portalen und die unfreiwillige Weiterleitung zu Schweiz-spezifischen Websites. In Art. 3a Abs. 2 befindet sich eine lange Aufzählung von Diensten, die von dieser Bestimmung nicht umfasst sind. Ein Beispiel hierfür sind audiovisuelle Dienste, wie z. B. Netflix.

### c) Anpassung des Kartellgesetzes

Das Kartellgesetz (KG) wurde in diesem Zusammenhang in zweifacher Hinsicht novelliert. Einerseits wurde durch Schaffung des Art. 4 Abs. 2 KG das Konzept der relativen Marktmacht nun ausdrücklich in das Kartellgesetz aufgenommen. Andererseits wurde ein neuer Marktmissbrauchstatbestand eingeführt, der es marktbeherrschenden und relativ marktmächtigen Unternehmen verbietet, die Bezugsmöglichkeit von Waren oder Dienstleistungen im Ausland für Schweizer zu beschränken, sofern diese Waren oder Dienstleistungen sowohl in der Schweiz als auch im Ausland angeboten werden.<sup>21</sup> Demnach muss es Schweizer Kunden möglich sein, Produkte zu den im Ausland branchenüblichen Bedingungen und Preisen zu erwerben.

## III. Telekommunikationsrecht: BGer – Messaging-App Threema gilt nicht als Anbieterin von Fernmeldediensten im Sinne des BÜPF

### 1. Ausgangslage

Der Messenger- und Internet-Telefonie-Dienst Threema wurde vom Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr (Dienst ÜPF) dazu aufgefordert, Randdaten zu übermitteln und etwaige Verschlüsselungen zu entfernen. Randdaten enthalten keine Informationen über den Inhalt einer Konversation, jedoch Aufzeichnungen darüber, wer wann mit wem kommuniziert hat. Der Dienst ÜPF berief sich hierbei auf eine Mitwirkungspflicht gem. Art. 2 lit. b BÜPF,<sup>22</sup> welcher Anbieter von Fernmeldediensten (FDA) i. S. d. Art. 3 lit. b Fernmeldegesetz (FMG) unterstehen. Das Bundesgericht (BGer) hatte im vorliegenden Fall über die Hauptfrage zu urteilen, ob der Over-The-Top-Dienst (OTT-Dienst) Threema als Fernmeldedienst-Anbieter zu qualifizieren sei und somit ausgedehnten Überwachungspflichten unterliegt.<sup>23</sup> Zuvor hatte das BVGer Threema in ihrer Ansicht Recht gegeben, dass sie lediglich als Anbieterin abgeleiteter Kommunikationsdienste (AAKD) zu qualifizieren sei und demnach weniger strengen Überwachungspflichten untersteht.

### 2. Rechtliche Beurteilung

Das BGer bestätigte im Ergebnis das Urteil des BVGer. Vom Wortlaut des Art. 3 lit. b FMG sei Threema als OTT-Dienste nicht erfasst, da sie nicht das „Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk“ anbietet. Das BGer prüfte in der Folge, ob im konkreten Fall Anlass besteht vom Wortlaut abzuweichen. Anhand verschiedener Auslegungsmethoden stellte das Gericht fest, dass das nicht der Fall sei. Aus den Gesetzesmaterialien

19 SLK Nr. 172/20, [faire-werbung.ch/wp-content/uploads/2021/05/lk1170321.pdf](https://www.faire-werbung.ch/wp-content/uploads/2021/05/lk1170321.pdf).

20 Art. 3 Abs. 1 lit. o UWG.

21 Art. 7 Abs. 2 lit. g KG (Stand 1. 1. 2022).

22 Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF).

23 BGer, 29. 4. 2021 – 2C\_544/2020.

lien ergebe sich unter anderem, dass in den parlamentarischen Beratungen Chat-Plattformen ausdrücklich als Beispiel für AAKDs genannt wurden. Darüber hinaus verwies das Gericht auf die Rechtsprechung des EuGH zu einem E-Mail-Dienstleister (die angebotenen Dienste seien mit jenen von Threema vergleichbar), welcher nicht als „elektronischer Kommunikationsdienst“ qualifiziert wurde.<sup>24</sup> Das Argument von Dienst ÜPF, dass aufgrund der technischen Entwicklung der Begriff des FDA weiter auszulegen sei, akzeptierte das BGR nicht, da die technische Weiterentwicklung bei der Schaffung des BÜPF bereits berücksichtigt wurde. Des Weiteren führe auch eine teleologische Interpretation zu keinem anderen Ergebnis, da der Gesetzgeber AAKDs auch den strengeren Überwachungspflichten von FMGs unterstellen hätte können; da er das nicht tat, nahm er bewusst das Bestehen gewisser Überwachungslücken in Kauf. Folglich qualifizierte das BGR Threema als AAKD und wies die Beschwerde des Dienst ÜPF ab.

24 EuGH, 13. 6. 2019 – C-193/18, K&R 2019, 487 ff. – Gmail.



**Lukas Bühlmann**

LL.M., College of Europe in Brügge; Seit 2017 Partner bei MLL und Leiter der Praxisgruppe ICT & Digital. Berät und vertritt ein breites Spektrum von schweizerischen und internationalen Klienten in den Bereichen IT-, E-Commerce-, Datenschutz- und Werberechts.

## Rechtsprechung

### Unlautere Verkaufsförderung durch redaktionelle Veröffentlichung mit geldwerter Gegenleistung

**EuGH**, Urteil vom 2. 9. 2021 – C-371/20

**Volltext-ID:** KuRL2022-33, [www.kommunikationundrecht.de](http://www.kommunikationundrecht.de)

Peek & Cloppenburg ./ Peek & Cloppenburg

ECLI:EU:C:2021:674

Verfahrensgang: BGH, 25. 6. 2020 – I ZR 74/19, K&R 2020, 675 ff.

Nr. 11 S. 1 Anhang I RL 2005/29/EG

**Nr. 11 S. 1 des Anhangs I der RL 2005/29/EG [...] ist dahin auszulegen, dass die Förderung des Verkaufs eines Produkts durch die Veröffentlichung eines redaktionellen Inhalts von einem Gewerbetreibenden im Sinne dieser Bestimmung „bezahlt“ wird, wenn dieser Gewerbetreibende für die Veröffentlichung eine geldwerte Gegenleistung erbringt, sei es in Form der Zahlung eines Geldbetrags oder jeder anderen Form, sofern ein eindeutiger Zusammenhang zwischen der in dieser Weise vom Gewerbetreibenden geleisteten Bezahlung und der Veröffentlichung besteht. Dies ist u. a. dann der Fall, wenn der Gewerbetreibende durch Nutzungsrechte geschützte Bilder kostenlos zur Verfügung**

**stellt, auf denen seine Geschäftsräume und die von ihm angebotenen Produkte zu sehen sind. (Tenor des Gerichts)**

#### Sachverhalt

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Nr. 11 S. 1 des Anhangs I der RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 5. 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der RL 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der VO (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. 2005, L 149, S. 22, und Berichtigung im ABl. 2009, L 253, S. 18).

Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Peek & Cloppenburg KG, gesetzlich vertreten durch die Peek & Cloppenburg Düsseldorf Komplementär BV (im Folgenden: P&C Düsseldorf), und der rechtlich und wirtschaftlich von ihr unabhängigen Peek & Cloppenburg KG, gesetzlich vertreten durch die Van Graaf Management GmbH (im Folgenden: P&C Hamburg), über die Einstufung einer Werbeaktion als unlauter.

P&C Düsseldorf und P&C Hamburg sind zwei rechtlich und wirtschaftlich voneinander unabhängige Unternehmen, die beide unter der Unternehmensbezeichnung „Peek & Cloppenburg“ über verschiedene Filialen den Einzelhandel mit Bekleidung betreiben. Eine zwischen diesen beiden Unternehmen geschlossene Übereinkunft sieht vor, dass sie den deutschen Markt in zwei Wirtschaftsräume aufteilen und in jedem davon stets nur eines von ihnen Bekleidungshäuser unterhält. Die Unternehmen werben für ihre Bekleidungshäuser unabhängig und getrennt voneinander.

Im März 2011 startete P&C Düsseldorf in der Modezeitschrift Grazia eine bundesweite Werbemaßnahme mit der Veröffentlichung eines doppelseitigen Artikels, in dem die Leser als „Leseraktion“ zu einem als „Grazia StyleNight by Peek&Cloppenburg“ bezeichneten privaten Verkaufsabend eingeladen wurden.

Vor dem Hintergrund von Bildern eines Bekleidungshauses, über dessen Eingängen in Leuchtschrift der Schriftzug „Peek & Cloppenburg“ zu erkennen war, hieß es im Text: „Die Nacht für alle Grazia-Girls: Stöbern Sie mit uns nach Feierabend im Fashion-Tempel! Samt Sekt und persönlichem Stylisten. Wie Sie zum V.I.S. (Very Important Shopper) werden? Ganz schnell anmelden!“ Es wurde darauf hingewiesen, dass es zwei unabhängige Unternehmen mit der Bezeichnung Peek & Cloppenburg gebe und dass es sich im vorliegenden Fall um eine Ankündigung von P&C Düsseldorf handele. Die Bilder zeigten außerdem die von P&C Düsseldorf im Rahmen der Veranstaltung zum Verkauf angebotenen Waren.

P&C Hamburg erhob beim LG Hamburg (Deutschland) Klage mit dem Antrag, P&C Düsseldorf zu verbieten, im Wettbewerb handelnd Anzeigen veröffentlichen zu lassen, ohne diese eindeutig als Anzeige zu kennzeichnen, sowie auf Auskunftserteilung und Feststellung ihrer Verpflichtung zum Ersatz des Schadens, den sie aufgrund der Werbeaktion erlitten habe. Zur Begründung der Klage machte P&C Hamburg geltend, dass eine Anzeige wie die in der Zeitschrift Grazia veröffentlichte gegen das Verbot redaktioneller Werbung aus § 3 Abs. 3 UWG i. V. m. Nr. 11 von dessen Anhang verstoße.