

# Kommunikation & Recht



**K&R**

**1** | Januar 2023  
26. Jahrgang  
Seiten 1-88

**Chefredakteur**

RA Torsten Kutschke

**Stellvertretende  
Chefredakteurin**

RAin Dr. Anja Keller

**Redaktionsassistentz**

Dagmar Dinkel

[www.kommunikationundrecht.de](http://www.kommunikationundrecht.de)

**dfv** Mediengruppe  
Frankfurt am Main

**Editorial**

Torsten Kutschke

- 1 25 Jahre Kommunikation & Recht**
- 16 Die Entwicklung des Presserechts in 2022**  
Dr. Diana Ettig
- 20 Faktenchecker vor dem Hintergrund des Digital Services Act**  
Niklas E. Kastor und Hanna Püschel
- 24 Kündigungsbutton, Widerrufsbutton und die Identifikation des Ausübenden**  
Prof. Dr. Felix Buchmann und Chiara Panfili
- 31 Datenschutzrechtliche Implikationen des Influencer-Marketings**  
Timon Mertens und Adile Can
- 36 Neues zu Unterlassungserklärungen und Vertragsstrafen**  
Britta Lissner
- 39 Länderreport Schweiz**  
Lukas Bühlmann und Max Königseder
- 43 EuGH: Auslistungsanspruch gegen Suchmaschinenbetreiber bei nachweislich unrichtigen Informationen**
- 52 BGH: DNS-Sperre: Beseitigung von Urheberrechtsverletzungen im Internet**  
mit Kommentar von [Franz Gernhardt](#)
- 71 BGH: Zugangszeitpunkt einer E-Mail im unternehmerischen Geschäftsverkehr**  
mit Kommentar von [Dr. Dirk Diehm](#)
- 84 OVG NRW: Auskunftsanspruch zu Hubschrauberflug-Foto einer Bundesministerin mit ihrem Sohn**  
mit Kommentar von [Martin W. Huff](#)
- 88 Glosse: Neues vom Bankgeheimnis**  
Dr. Matthias Schwaibold

**Beilage**

Jahresregister 2022

Vertragsstrafe festlegen, würde er Gefahr laufen, seinen Vertragsstrafenanspruch gemäß § 242 BGB zu verwirken, wenn der Schuldner darauf vertraut hat und nach dem gesamten Verhalten des Gläubigers darauf vertrauen durfte, dass dieser wegen des in Rede stehenden Verhaltens keine Vertragsstrafe (mehr) verlangen werde.

Die von der Revision aufgeworfene Frage, ob der Anspruch als verhaltener Anspruch zu behandeln ist, für den ein von § 199 Abs. 1 BGB abweichender Verjährungsbeginn bestimmt wäre, musste daher vom BGH nicht mehr entschieden werden. Da ein solcher Anspruch ohnehin erst mit dem Verlangen des Gläubigers nach einer bestimmten Vertragsstrafe fällig wird, stimmt der Zeitpunkt seiner Entstehung im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB mit dem Zeitpunkt seiner Geltendmachung durch den Gläubiger überein, so dass die Verjährung ohnehin nicht beginnen würde, bevor der Gläubiger den Anspruch geltend macht und sich vorliegend kein Unterschied ergeben würde.

Im Ergebnis begann die dreijährige Verjährungsfrist des § 195 BGB gemäß § 199 Abs. 1 BGB somit nicht vor dem Schluss des Jahres 2016, in dem der Kläger einen möglichen Anspruch auf Zahlung einer bestimmten Vertragsstrafe gegenüber dem Beklagten geltend gemacht hatte. Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts lief die Verjährungsfrist somit nicht mit Ablauf des Jahres 2017, sondern frühestens mit dem Schluss des Jahres 2019 ab. Die Klage konnte daher die Verjährung gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB hemmen, wenn die Zustellung der Klageschrift im Sinne des § 167 ZPO demnächst erfolgt ist. Dies muss durch das Berufungsgericht noch geprüft werden, so dass der BGH die Sache zurückverwies.

### 3. Anmerkung

Der BGH stellt in dieser Entscheidung klar, dass für den Verjährungsbeginn einer Vertragsstrafe nach sogenanntem „Hamburger Brauch“ auf den Zeitpunkt der Leistungsbestimmung abzustellen ist – folglich auf die Geltendmachung einer konkreten Vertragsstrafe durch den Gläubiger. Wie von der Berufungsinstanz ausgeführt, hat es der Gläubiger damit zu einem gewissen Grad selbst in der Hand, den Beginn der Verjährung festzulegen. Nach Auffassung des BGH stellt dies jedoch keine nennenswerte Benachteiligung dar, da sowohl der Schuldner Mittel hat, dieser Unwägbarkeit zu begegnen (beispielsweise, eine Klage auf Leistungsbestimmung zu erheben), der Gläubi-

ger zugleich jedoch auch darauf achten müsste, seine Rechte nicht zu verwirken.

In der Praxis dürfte die Entscheidung dennoch vorrangig die Rechte der Gläubiger einer Vertragsstrafe nach „Hamburger Brauch“ stärken, da der Weg über eine Leistungsbestimmungsklage wohl für die wenigsten Schuldner attraktiv sein dürfte.

In vielen Konstellationen ist die Abgabe einer Unterlassungserklärung nach Hamburger Brauch sinnvoll und mit deutlich weniger Risiken behaftet als die Abgabe einer Erklärung mit einer festen Vertragsstrafe. Durch die vorliegende Entscheidung des BGH wird jedoch verdeutlicht, dass auch die Formulierung nach Hamburger Brauch durchaus ein gewisses Risiko beinhaltet und daher sorgfältig abzuwägen ist, welche Formulierung im jeweiligen Einzelfall angebracht ist. Je nach Konstellation könnte daher für einige Unterlassungsschuldner die Abgabe einer Unterlassungserklärung mit einer festen Vertragsstrafe vorteilhafter sein, da sie zwar weniger Flexibilität, aber dafür eine höhere Rechtssicherheit bieten kann.

### IV. Fazit

Die vorstehend näher analysierten Entscheidungen verdeutlichen die praktische Bedeutung von Unterlassungserklärungen und Vertragsstrafenversprechen und zeigen, wie wichtig eine einzelfallabhängige sorgfältige Ausformulierung derartiger Erklärungen ist, sofern eine Unterwerfung angezeigt ist. Auch wenn die vorstehend besprochenen Entscheidungen zu urheberrechtlichen Sachverhalten ergangen sind, dürften sie sich aufgrund ihrer grundlegenden Aussagen auch auf andere Konstellationen übertragen lassen und eine entsprechend große Bedeutung für die Praxis haben.



**Britta Lissner**

ist seit ihrer Zulassung als Rechtsanwältin im Bereich des Gewerblichen Rechtsschutzes tätig, seit 2016 am Kölner Standort von CBH Rechtsanwälte. Ihre Schwerpunkte liegen im Marken- und Wettbewerbsrecht sowie im Designschutz. Einen weiteren Schwerpunkt ihrer Tätigkeit bildet das Recht der Informationstechnologie, einschließlich des Datenschutzrechts.

RA Lukas Bühlmann, lic. iur., LL.M. und Max Königseder, LL.M.\*

## Länderreport Schweiz

### Kurz und Knapp

**Zum einen verabschiedete der Bundesrat Ende August die finale Fassung der neuen Datenschutzverordnung, welche zusammen mit dem revidierten Schweizer Datenschutzgesetz am 1. 9. 2023 in Kraft tritt. Weiter können Kundenkommentare in Onlineshops einen Einfluss auf die Produktklassifizierung haben und zukünftig gelten in der Schweiz strengere Vorgaben bezüglich der Bewerbung von Nikotinerzeugnissen. Schließlich erachtete das Bundesgericht DNS-Sperren von unbewilligten Online-Geldspielen als zulässig.**

### I. Datenschutz: Die Schweizer Datenschutzverordnung tritt am 1. 9. 2023 in Kraft

Bereits im ersten Länderreport Schweiz dieses Jahres haben wir vom ersten Entwurf der neuen Schweizer Datenschutzverordnung berichtet.<sup>1</sup> Damals hatten wir auf den erheblichen Anpassungsbedarf des ersten Verordnungsentwurfs hingewiesen. Die von vielen Seiten geäußerte Kritik wurde zu einem

\* Mehr über die Autoren erfahren Sie am Ende des Beitrags. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 30. 11. 2022.

<sup>1</sup> Bühlmann, K&R 2022, 29 f.

großen Teil beherzigt und die überarbeitete Datenschutzverordnung (DSV<sup>2</sup>) wurde am 31. 8. 2022 vom Bundesrat verabschiedet.<sup>3</sup> Die neue DSV tritt gemeinsam mit dem neuen Datenschutzgesetz (nDSG)<sup>4</sup> und der Verordnung über Datenschutz-zertifizierungen (VDSZ)<sup>5</sup> am 1. 9. 2023 ohne weitere Übergangsfristen in Kraft.

In der DSV werden u. a. die gesetzlichen Bestimmungen zur Datensicherheit, Auftragsbearbeitung, Auslandsbekanntgabe, zu den Pflichten des Verantwortlichen und den Betroffenenrechten näher präzisiert. Darüber hinaus finden sich in der DSV spezifische Vorgaben in Bezug auf Datenbearbeitungen durch Bundesorgane und zur Organisation und Zuständigkeit des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB).

Nachfolgend finden Sie einen Überblick über einige zentrale Bestimmungen der DSV:

### 1. Ausnahme von der Pflicht zur Führung eines Bearbeitungsverzeichnisses für KMUs

Eine Bestimmung mit erheblicher Bedeutung für die Praxis ist die Ausnahmeregelung betreffend die Pflicht zur Führung eines Bearbeitungsverzeichnisses für KMUs, deren Datenbearbeitungen kein erhebliches Risiko für die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen darstellen. Konkret sind in Art. 24 DSV Unternehmen von der Ausnahme umfasst, die am Stichtag 1. 1. weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigen sowie datenbearbeitende natürliche Personen, sofern sie nicht:

- besonders schützenswerte Daten in großem Umfang bearbeiten oder
- Profiling mit hohem Risiko durchführen.

Umfangreich bedeutet gemäß dem erläuternden Bericht, dass eine große Menge an Datenbearbeitungen vorgenommen wird oder eine große Zahl von Personen betroffen ist.<sup>6</sup> Gemäß erläuterndem Bericht wird ferner davon ausgegangen, dass „viele Unternehmen, insbesondere traditionelle KMU“, keine solche Bearbeitungstätigkeiten vornehmen.<sup>7</sup>

Da auf eine Vielzahl von Schweizer Unternehmen parallel die DSGVO Anwendung findet, die eine Pflicht zur Führung eines Datenverarbeitungsverzeichnisses vorsieht, ist wohl trotz der Ausnahme im Schweizer Recht in vielen Fällen ein solches Verzeichnis zu führen.<sup>8</sup> Zudem ist ohne eine ordentliche Dokumentation der Bearbeitungstätigkeiten die Einhaltung der gesetzlichen Informations-, Auskunfts- und Transparenzpflichten schwer möglich.

### 2. Datensicherheit

In Art. 8 nDSG ist die gesetzliche Grundlage für eine hinreichende Datensicherheit verankert. Die – sehr breite – Gesetzesbestimmung wird durch Kapitel 1 Abschnitt 1 der DSV konkretisiert. Gemäß Art. 8 Abs. 1 nDSG muss der Verantwortliche und der Datenbearbeiter für eine dem Risiko angemessene Datensicherheit sorgen.

Hierfür muss gemäß Art. 1 Abs. 2 DSV zunächst der Schutzbedarf der Personendaten anhand der folgenden Kriterien bestimmt werden:

- Art der bearbeiteten Daten und
- Zweck, Art, Umfang und Umstände der Datenbearbeitung.

Das Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person wird gemäß Art. 1 Abs. 3 nach den folgenden Kriterien beurteilt:

- Ursachen des Risikos;
- hauptsächliche Gefahren;
- ergriffene oder vorgesehene Maßnahmen, um das Risiko zu verringern;
- Wahrscheinlichkeit und Schwere einer Verletzung der Datensicherheit trotz der ergriffenen Maßnahmen.

Entsprechend des anhand der oben genannten Kriterien bestimmten Risikos müssen geeignete technische und organisatorische Maßnahmen (TOM) ergriffen werden, um für eine hinreichende Datensicherheit zu sorgen. Die Risikobeurteilung hat laufend zu erfolgen und die Maßnahmen müssen entsprechend des sich verändernden Risikos angepasst werden. Bietet zum Beispiel ein Wellnesshotel zunächst nur die Beherbergung und Verköstigung von Gästen an, sind die Anforderungen an die Datensicherheit geringer, als wenn es zu einem späteren Zeitpunkt auch Gesundheitsdienstleistungen anbietet und in diesem Zusammenhang besonders schützenswerte Personendaten bearbeitet. Bei der Festlegung der Datensicherheit sind der Stand der Technik und die Implementierungskosten zu berücksichtigen.

Art. 2 gibt die Ziele der TOM vor, welche sicherstellen sollen, dass bei der Datenbearbeitung die

- Vertraulichkeit;
- Verfügbarkeit;
- Integrität und
- Nachvollziehbarkeit

gewahrt bleibt. Art. 3 DSV definiert, anhand welcher Maßnahmen die genannten Ziele erreicht werden können.

### 3. Bekanntgabe von Personendaten ins Ausland und Standardvertragsklauseln

Die Liste der Staaten mit einem angemessenen Datenschutzniveau wird künftig als Anhang zur DSV veröffentlicht und periodisch reevaluiert. Im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage wird die Liste dementsprechend nicht mehr vom EDÖB geführt. Diesem kommt bei der Erstellung der Liste lediglich eine beratende Funktion zu, die Letztentscheidung wird von der Exekutive, dem Schweizer Bundesrat getroffen.

Besteht in einem Empfängerland kein hinreichendes Datenschutzniveau, kann eine Datenübermittlung u. U. auf Grundlage eines verbindlichen Vertrags zulässig sein. In der Praxis sind hierbei insbesondere Standardvertragsklauseln (SCC) von Relevanz. Der EDÖB veröffentlicht weiterhin eine Liste der anerkannten SCC, womit insbesondere die SCC der EU-Kommission gemeint sind. Diese neuen SCC der EU-Kommission wurden mit Mitteilung vom 27. 8. 2021 vom EDÖB anerkannt, „sofern die für eine Verwendung unter Schweizer Datenschutzrecht notwendigen Anpassungen und Ergänzungen

2 Die neue Datenschutzverordnung wird mit DSV abgekürzt; die alte Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (SR 235.11) wurde mit VDSG abgekürzt.

3 Verordnung über den Datenschutz (Datenschutzverordnung, DSV), <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/vdsg/vo.pdf>.

4 Bundesgesetz über den Datenschutz (Datenschutzgesetz, DSG), BBl 2020, 7639, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/1998/de>.

5 Verordnung über Datenschutz-zertifizierungen (VDSZ), SR 235.13, <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/vdsz/vo.pdf>.

6 Erläuternder Bericht zur Revision der Verordnung über den Datenschutz vom 31. 8. 2022, S. 50, <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/vdsg/erlaeuterungen-vo.pdf>.

7 Erläuternder Bericht zur Revision der Verordnung über den Datenschutz, S. 28.

8 Art. 30 DSGVO.

gen vorgenommen werden“.<sup>9</sup> Hierbei müssen insbesondere folgende Punkte beachtet werden:

- Referenzen auf die DSGVO müssen angepasst werden, so dass auf das DSG/nDSG verwiesen wird.
- Der EDÖB muss als zuständige Aufsichtsbehörde bezeichnet werden.
- Es muss vertraglich sichergestellt werden, dass der Wohnsitz-Gerichtstand von betroffenen Schweizer Personen nicht ausgeschlossen wird.
- Bis zum Inkrafttreten des nDSG müssen die Daten juristischer Personen auch geschützt sein.
- Die SCC selbst müssen schweizerischem Recht unterstellt werden. Da dieser Aspekt aber nur das Vertragsstatut beschränkt, ist dies gemäß EDÖB nicht zwingend.

#### 4. Weitere wichtige Regelungen

Neben den bereits genannten Bestimmungen, regelt die DSV u. a. auch die Modalitäten der Informationspflicht des Verantwortlichen in Art. 13-15 DSV.

Zudem gibt Art. 15 DSV die Mindestanforderungen an Meldungen von Verletzungen der Datensicherheit vor. In diesen Meldungen müssen mindestens folgende Angaben gemacht werden, die in weiten Teilen den Anforderungen der DSGVO entsprechen:<sup>10</sup>

- die Art der Verletzung;
- soweit möglich den Zeitpunkt und die Dauer;
- soweit möglich die Kategorien und die ungefähre Anzahl der betroffenen Personendaten;
- soweit möglich die Kategorien und die ungefähre Anzahl der betroffenen Personen;
- die Folgen, einschließlich der allfälligen Risiken, für die betroffenen Personen;
- welche Maßnahmen getroffen wurden oder vorgesehen sind, um den Mangel zu beheben und die Folgen, einschließlich der allfälligen Risiken, zu mindern;
- den Namen und die Kontaktdaten einer Ansprechperson.

Darüber hinaus werden in Art. 16-22 DSV die Modalitäten der Ausübung und Erfüllung der Betroffenenrechte näher definiert.

## II. Werbe- und Produktrecht

### 1. Kundenkommentare im Onlinehandel mit Lebensmitteln und kosmetischen Mitteln

Aufgrund des zunehmenden Onlinehandels mit Lebensmitteln und insbesondere Gebrauchsgegenständen bzw. kosmetischen Mitteln ist eine verschärfte Überwachungstätigkeit der Schweizer Behörden betreffend zweckwidriger Werbeaussagen zur Produktklassifizierung zu beobachten.

Das Schweizer Lebensmittelgesetz (LMG) sieht ein allgemeines Täuschungsverbot hinsichtlich der Kennzeichnung von Lebensmitteln und kosmetischen Mitteln vor.<sup>11</sup> Der Zweck des Täuschungsverbots ist es Konsumenten vor falschen Vorstellungen hinsichtlich des Produkts (z. B. seiner Beschaffenheit, Herstellung oder Haltbarkeit) zu schützen. Diese falschen Vorstellungen können z. B. aufgrund von irreführenden Werbeaussagen oder Angaben auf der Verpackung hervorgerufen werden. Bei der Klassifizierungspraxis – d. h. bei der Unterscheidung zwischen Lebensmitteln, kosmetischen Mitteln oder Gebrauchsgegenständen – ziehen die Behörden u. a. die (Werbe-)Aussagen betreffend der Anwendung des Produkts heran. So sind Lebensmittel zur (oralen) Einnahme vorgesehen; demgegenüber sind kosmetische Mittel und Gebrauchsgegenstände

lediglich zur äußerlichen Anwendung bestimmt.<sup>12</sup> Entsprechend der Klassifizierung muss das Produkt unterschiedliche Voraussetzungen erfüllen.

Bei Aussagen des Herstellers oder Onlinehändlers zur (vorgeesehenen) Anwendung des jeweiligen Produkts ist es eindeutig, dass diese zur Einordnung des Produkts heranzuziehen sind. Weniger klar ist die Rechtslage bei Kommentaren bzw. Rezensionen Dritter (wie z. B. Kunden) in Onlineshops. Hinterlässt beispielsweise ein Kunde einen Kommentar, dass ihm die Einnahme eines CBD-Öls bei einer Schlafstörung geholfen hat, obwohl dieses vom Hersteller des Produkts lediglich zur äußerlichen (kosmetischen) Anwendung bestimmt wurde, könnte dies bei anderen Kunden falsche Vorstellungen hinsichtlich der Anwendung des Produkts hervorrufen. Folglich stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob und unter welchen Umständen solche Kundenkommentare für die Produktklassifizierung herangezogen werden können.

Eine eindeutige gesetzliche Regelung zu der genannten Problematik gibt es in der Schweiz nicht. In einigen Fällen zeigt die Behördenpraxis jedoch, dass ein Dulden oder Zulassen von zweckwidrigen Hinweisen und Kommentaren – selbst, wenn diese von Dritten stammen – dem Hersteller und Vertreiber potenziell zugerechnet werden können. Die dadurch ausgelöste täuschende Produktpreisung kann zu einer formellen Umqualifizierung des Produkts führen, was schwerwiegende rechtliche (und praktische) Konsequenzen mit sich bringt. Die Umqualifizierung bedeutet nämlich in den meisten Fällen, dass das jeweilige Produkt rechtswidrig im Umlauf ist und den entsprechenden Kennzeichnungs- und Werbevorschriften nicht nachgekommen wird.

Um die damit einhergehenden negativen Konsequenzen zu vermeiden, empfiehlt es sich, verhältnismäßige Maßnahmen zu ergreifen, um von Kunden geäußerte Heilsversprechen und zweckwidrige Anwendungen zu überwachen. Hierzu können die Kundenkommentare periodisch (z. B. alle zwei Wochen) kontrolliert werden und unerwünschte Kommentare entfernt werden. Ist eine solche Kontrolle im betreffenden Unternehmen nicht durchführbar, könnte alternativ eine Bewertungsskala (z. B. mit 1-5 Sternen) eingeführt werden oder gänzlich auf eine Kommentar- bzw. Bewertungsfunktion verzichtet werden.

### 2. Strengere Werbevorschriften für Tabakprodukte

Aufgrund des vermehrten Aufkommens von alternativen Nikotinprodukten, wie z. B. elektronischen Zigaretten (E-Zigaretten) und chemischen Snuserzeugnissen, entstanden Regelungslücken im Schweizer Tabakrecht. Der Gesetzgeber erkannte den Handlungsbedarf und verabschiedete im Oktober 2021 das Tabakproduktegesetz (TabPG).<sup>13</sup> Dieses soll voraussichtlich Anfang 2024 in Kraft treten. Im Folgenden soll nicht im Detail auf die produktrechtliche Tragweite des Gesetzes eingegangen werden, sondern ein kurzer Überblick über die verschärften Werbevorgaben für Tabakprodukte und gleichartige Erzeugnisse (z. B. E-Zigaretten) gegeben werden.

<sup>9</sup> EDÖB, Die Übermittlung von Personendaten in ein Land ohne angemessenes Datenschutzniveau gestützt auf anerkannte Standardvertragsklauseln und Musterverträge, 27. 8. 2021, <https://www.edoeb.admin.ch/dam/edoeb/de/dokumente/2021/Paper%20SCC%20def.%20D%2024082021.pdf.download.pdf/Paper%20SCC%20def.%20D%2024082021.pdf>.

<sup>10</sup> Art. 33 Abs. 3 DSGVO.

<sup>11</sup> Art. 18 Lebensmittelgesetz (LMG), SR 817.0, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2017/62/de>.

<sup>12</sup> Eine orale Anwendung ist möglich (z. B. Zahnpasta, Mundpflegespülung).

<sup>13</sup> Bundesgesetz über Tabakprodukte und elektronische Zigaretten (Tabakproduktegesetz, TabPG), BBl 2021 2327, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2021/2327/de>.

Das Schweizer Produktrecht – konkret die Verordnung über Tabakerzeugnisse und Raucherwaren mit Tabakersatzstoffen<sup>14</sup> – stellte primär auf Tabak ab, der in den genannten alternativen Nikotinprodukten nicht enthalten ist. Im TabPG wurden nun neue Begriffe, wie z. B. „Nikotinprodukt zum oralen Gebrauch“ oder „elektronische Zigarette“, eingeführt, um auch diese tabakfreien Nikotinprodukte der strengeren Tabakregulierung zu unterwerfen.

Eine Verschärfung des Jugendschutzes im Bereich der Tabakwerbung wurde bereits zuvor mit der Annahme der Volksinitiative „Ja zum Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Tabakwerbung (Kinder und Jugendliche ohne Tabakwerbung)“ gefordert.<sup>15</sup> Die revidierten Werbebestimmungen – gemäß aktuellem Stand des TabPG – sehen folgende u. a. Einschränkungen vor:<sup>16</sup>

- Das Verbot von Werbung sowie Hinweise auf Verkaufsförderung oder Sponsoring in Presseerzeugnissen (sofern nicht ausschließlich für in der Tabakbranche tätige Personen bestimmt), im Internet, in Applikationen und anderen elektronischen Medien, in Kinos sowie auf Werbeträgern, auf denen sie Minderjährige erreichen können;
- die Untersagung von Sponsoring von Veranstaltungen in der Schweiz, wenn diese internationalen Charakter haben oder von Minderjährigen besucht werden können.

Das Werbeverbot gilt sowohl für Tabakprodukte (inklusive Nikotinprodukte zum oralen Gebrauch), E-Zigaretten als auch für Gegenstände, die eine funktionale Einheit mit einem Tabakprodukt bilden. Wie die Werbevorschriften schlussendlich im Detail aussehen werden, lässt sich erst beurteilen, sobald die Revisionsvorlage das Parlament abschließend durchlaufen hat.

Bereits heute kann jedoch davon ausgegangen werden, dass der Begriff der Tabakerzeugnisse um alternative (tabakfreie) Nikotinprodukte erweitert wird und somit sämtliche Nikotinerzeugnisse von den strengeren Werbevorschriften umfasst sein werden. In Anbetracht des Jugendschutzes ist mit einer erheblichen Einschränkung der zulässigen Werbemaßnahmen in Zusammenhang mit Nikotinprodukten zu rechnen.

### III. Netzsperrn Geldspiel

Das Schweizer Stimmvolk stimmte am 10. 6. 2018 deutlich für die Annahme des neuen Geldspielgesetzes (BGS).<sup>17</sup> Dieses sieht erstmals die Möglichkeit von Netzsperrn gegenüber nicht bewilligten Online-Geldspielen vor. Drei ausländische Anbieter, deren Domains mittels DNS-Sperre für den Schweizer Markt unzugänglich gemacht wurden, wehrten sich vor dem Bundesgericht gegen den Eingriff in ihre verfassungsmäßigen Rechte (insb. in die Wirtschaftsfreiheit).<sup>18</sup>

Das Bundesgericht wies die Beschwerden der Geldspiel-Anbieter ab, da die Netzsperrn keinen unverhältnismäßigen Eingriff in die Grundrechte der Beschwerdeführer darstellen. Der Gesetzgeber hat im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz das Anbieten von Geldspiel einer Bewilligungspflicht unterstellt. Die Wirtschaftsfreiheit bestehe nicht unbeschränkt und der Gesetzgeber ist ermächtigt, diese auf verhältnismäßige Art und Weise einzuschränken. Ein generelles Recht auf Erteilung der Geldspiel-Konzession bestehe nicht. Die von den Beschwerdeführerinnen zitierte Rechtsprechung des EuGH und des EFTA-Gerichtshofs sei nicht einschlägig, da diese nicht Gegenstand der bilateralen Verträge sei.

Zudem sei auch die Durchsetzung der Bewilligungspflicht mittels DNS-Sperre verhältnismäßig, da nur bei den bewil-

ligten Geldspiel-Anbietern sichergestellt werden könne, dass für einen hinreichenden Spielerschutz und die Vermeidung von Geldwäscherei gesorgt wird. Zudem fließt ein großer Teil der durch Geldspiele generierten Erträge der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) zu und diene somit einem gemeinnützigen Zweck. Aufgrund der genannten Punkte überwiege im Falle der DNS-Sperrn von unbewilligten Geldspiel-Angeboten das erhebliche öffentliche Interesse das Individualinteresse der (gesperrten) Geldspiel-Anbieter.

Zudem sei die DNS-Sperre das mildeste taugliche Mittel, um das Anbieten von unbewilligten Geldspielen in der Schweiz zu verhindern. Eine systematische Überwachung des Internetverkehrs würde im Widerspruch zum Fernmeldegeheimnis stehen und stelle somit keine geeignete Alternative dar. Darüber hinaus sei die Gefahr des sog. „Overblockings“ (das unbeabsichtigte Sperrn von zulässigen Inhalten) bei der sogenannten IP-Sperre höher als bei der DNS-Sperre. Eine DNS-Sperre könne zwar nicht gänzlich ausschließen, dass von der Schweiz auf gesperrte Dienste zugegriffen wird, jedoch erschwere es dem durchschnittlichen Spieler den Zugang und habe somit einen gewissen präventiven Effekt.

Ausländischen Online-Geldspielanbietern ist es folglich zu empfehlen, geeignete technische Maßnahmen zur Verhinderung eines Zugriffs aus der Schweiz zu ergreifen (z. B. mittels „Geoblocking“ oder Verunmöglichung der Eröffnung eines Spielerkontos durch Schweizer), um allenfalls eine Sperrung ihrer Domain zu verhindern. In diesem Kontext ist darauf hinzuweisen, dass der Geldspiel-Begriff in der Schweiz äußerst weit ausgelegt wird. Nach dem Geldspielgesetz fallen darunter alle Spiele, bei denen gegen Leistung eines geldwerten Einsatzes oder bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts ein Geldgewinn oder ein anderer geldwerter Vorteil in Aussicht steht.<sup>19</sup> Hierbei ist es unerheblich, ob das Spiel durch Geschick oder Zufall entschieden wird.

14 Verordnung über Tabakerzeugnisse und Raucherwaren mit Tabakersatzstoffen (Tabakverordnung, TabV), SR 817.06, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2004/688/de>.

15 Botschaft zur Volksinitiative „Ja zum Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Tabakwerbung (Kinder und Jugendliche ohne Tabakwerbung)“, BBl 2020, 7049, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2020/1895/de>.

16 Art. 18 ff. TabPG.

17 Bundesgesetz über Geldspiele (Geldspielgesetz, BGS), SR 935.51, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2018/795/de>.

18 Bundesgericht, 18. 5. 2022 – 2C\_336/2021, 2C\_337/2021, 2C\_338/2021.

19 Art. 3 lit. a BGS.



**Lukas Bülmann**

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 Werberecht.



**Max Königseder**

LL.M. in Informations- und Medienrecht; Junior Associate in der Praxisgruppe ICT bei MLL Legal, wo er insbesondere in den Bereichen Datenschutz- und IT-Recht tätig ist. Zuvor arbeitete Max Königseder bei Prof. Forgó am Institut für Innovation und Digitalisierung im Recht der Universität Wien.