Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO / BDSG

Kühling / Buchner

4. Auflage 2024
ISBN 978-3-406-80263-8
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition.
Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.
beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit:

über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

auf den Wortlaut und die Zielsetzungen der DSRL mitunter kritisiert,[53] vielerorts aber auch ausdrücklich begrüßt.[54]

3. Marktortprinzip als vermittelnder Ansatz. Das Marktortprinzip stellt einen **Mittelweg** dar zwischen einerseits einem Ansatz, der zur Anwendbarkeit europäischen Datenschutzrechts an den Sitz des Verantwortlichen anknüpft,[55] und andererseits einem solchen, der auf die Herkunft der betroffenen Person abstellt.[56] Der ersten Alternative wohnt augenscheinlich die Gefahr eines Forum Shoppings inne, da sich der Verantwortliche durch die Wahl eines Sitzes außerhalb der Union allzu leicht der Beachtung datenschutzrechtlicher Vorgaben entziehen könnte.[57] Im zweiten Fall würde die Ubiquität des Internets dazu führen, dass jeder Webseitenbetreiber eine Vielzahl von Rechtsordnungen nebeneinander beachten müsste, da er nicht steuern könnte, wer seine Webseite aufruft. Indem das Marktortprinzip zwischen beiden Positionen einen vermittelnden Ausgleich schafft, vermag es die Interessenlage zwischen den an der Datenverarbeitung beteiligten Akteuren dem Grunde nach angemessen aufzulösen. **18**

Vor diesem Hintergrund ist der Verordnungsgeber zu Recht nicht dem Ansatz gefolgt, hinsichtlich jeglicher Datenverarbeitungen allein auf den **Wohnsitz der betreffenden** Person in der Union abzustellen.[58] Es ließe sich nicht rechtfertigen, weshalb ein EU-Bürger, der beispielsweise als Tourist in den USA eine Prepaid-Karte kauft, in den Genuss europäischen Datenschutzrechts kommen sollte.[59] Ebenso wenig wurde dem Ansatz gefolgt, bei dem, wie vereinzelt in der ausländischen Literatur zu Internetsachverhalten vertreten, im Sinne einer „doctrine of market sovereignty" daran angeknüpft wird, ob der Staat hinsichtlich des in Rede stehenden Marktes „market destroying measures" effektiv ausüben kann.[60] **19**

Auch aus **grundrechtlicher Perspektive** erscheint das Marktortprinzip ausgewogen. Dem Staat obliegt in grundrechtlicher[61] und auch in völkerrechtlicher[62] Hinsicht eine Schutzfunktion. Diese ist auch mit Blick auf Datenverarbeitungen im Ausland aktiviert und erfordert, dass staatliche Organe hinreichend dafür Sorge tragen, dass die Datenschutz(grund)rechte auch bei einer Datenverarbeitung durch ausländische Stellen grundsätzlich gewahrt werden.[63] Dabei geht es gleichermaßen um die Persönlichkeitsrechte von betroffenen Personen, die vom EuGH zunehmend hervorgehoben werden,[64] wie um die Her- **20**

beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

[53] Vgl. nur Leupold MR-Int 2014, 3 (4); ferner Beyvers/Herbrich ZD 2014, 558 (561); Oster ZEuP 2021, 275 (283).

[54] Vgl. nur Kühling EuZW 2014, 527.

[55] Hierzu de Hert/Czerniawski IDPL 2015, 230 (235).

[56] Das Marktortprinzip als „realistischen Ansatz" bezeichnend der ehemalige Europäische Datenschutzbeauftragte Hustinx, Vorwärts zu einem effektiveren und kohärenteren Datenschutz in der EU, Vortrag anlässlich der 14. Jahresfachkonferenz DuD 2012 am 18.6.2012, 8; so allg. zum Marktortprinzip Buchner GRUR-Int 2005, 1004 (1007).

[57] de Hert/Czerniawski IDPL 2015, 230 (235).

[58] Dies aber fordernd Bourzutschky, Rechtliche Fragestellungen bei Internetauktionen am Beispiel der Auktionsplattform eBay, 2014, 44; Nebel/Richter ZD 2012, 407 (410); Roßnagel/Richter/Nebel ZD 2013, 103 (104).

[59] Ebenso Moniz UNIO – EU Law Journal 2018, 105 (113).

[60] Svantesson Stanford Journal of International Law 2014, 53 (98 ff.); Svantesson Masaryk University Journal of Law and Technology 2014, 137 (154).

[61] Zum Bestehen staatlicher Schutzpflichten auch ggü. Eingriffen auswärtiger Staaten Pöschl VVDStRL 2015, 406 (438); auf die dabei bestehende Einschätzungsprärogative des Staates hinweisend Marauhn VVDStRL 2015, 373 (390).

[62] Vgl. etwa Art. 2 Abs. 1 und Art. 17 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966, BGBl. 1973 II 1553, wonach jede Vertragspartei allen in ihrem Gebiet befindlichen und ihrer Herrschaftsgewalt unterstehenden Personen Schutz vor Eingriffen in das Privatleben gewähren muss.

[63] Papier NJW 2017, 3025 (3039); näher hierzu auch Klar/Kühling AöR 2016, 165 (221 f.).

[64] Vgl. etwa EuGH 16.7.2020 – C-311/18, ECLI:EU:C:2020:559 – Schrems II; 29.7.2019 – C-40/17, ECLI:EU:C:2019:629 – Fashion ID; 10.7.2018 – C-25/17, ECLI:EU:C:2018:551 – Zeugen Jehovas; 5.6.2018 – C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388 – Facebook Fanpage; 6.10.2015 – C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 – Schrems I; 13.5.2014 – C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 – Google Spain; 8.4.2014 – C-293/12 u. C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 – Vorratsdatenspeicherung.

stellung von Wettbewerbsgleichheit europäischer Unternehmen gegenüber Unternehmen in Drittstaaten,[65] die auf dem europäischen Markt aktiv sind. Insoweit kann es bei der Frage der Reichweite des räumlichen Anwendungsbereichs europäischen Datenschutzrechts nur darum gehen, nach einer Abwägung mit den – ebenfalls geschützten – Interessen in Drittstaaten niedergelassener Unternehmen einen sinnvollen Mechanismus zur Identifikation des anwendbaren Rechtsrahmens zu schaffen.

21 Vor diesem Hintergrund und insbesondere angesichts des deutlichen **Unionsbezugs der Vorschrift** erscheint die Ausweitung des Anwendungsbereichs der europäischen Datenschutzvorgaben nicht per se unbillig.[66] So erstreckt sich die Anwendbarkeit des Art. 3 Abs. 2 auf Verarbeitungen personenbezogener Daten von betroffenen Personen, die sich *in der Union* befinden, und auf Angebote von Waren oder Dienstleistungen *in der Union* sowie auf beobachtetes Verhalten *in der Union*. Hierdurch lässt sich jedenfalls dem Ansatz nach sicherstellen, dass nur solche Sachverhalte dem europäischem Datenschutzrecht unterfallen, die tatsächlich einen ausreichenden Bezug zur Union aufweisen.[67] Etwaigen Unklarheiten lässt sich mit einer entsprechend restriktiven Auslegung begegnen.

22 Während viele in der Vergangenheit gerichtlich ausgetragene Streitigkeiten zeigten, dass unter der Geltung der DSRL gerade grenzüberschreitende Internetsachverhalte datenschutzrechtlich nur unbefriedigend aufgelöst werden konnten, dürfte sich die **Rechtssicherheit** unter der DS-GVO durch das Marktortprinzip erhöht haben. Verglichen mit der Situation unter der DSRL stellt sich der Ansatz unter der DS-GVO zudem als ungleich praktikabler zur Bestimmung der Anwendbarkeit europäischen Datenschutzrechts dar.[68]

23 **4. Marktortprinzip und Verhaltensbeobachtung.** Nicht unbedenklich erscheint indes die Reichweite des Abs. 2 lit. b, wonach die Beobachtung des Verhaltens von Personen in der Union durch außerhalb der Union niedergelassene Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter zur Anwendbarkeit der DS-GVO führt. Da Abs. 2 lit. b insoweit nicht differenziert, fällt bei enger Auslegung der Vorschrift **jede Verhaltensbeobachtung** in den Anwendungsbereich der DS-GVO, ungeachtet dessen, ob sie auf Personen in der Union ausgerichtet ist oder nicht.[69] Denn das Kriterium des offensichtlichen Beabsichtigens aus EG 23 findet im Rahmen von Abs. 2 lit. b – anders als bei Abs. 2 lit. a – keine Anwendung.[70] Ein Marktortprinzip gilt dann nicht.[71] Dies hätte zur Folge, dass jeder Webseitenbetreiber weltweit, der Maßnahmen des Trackings oder Profilings anwendet, die Vorgaben der DS-GVO zu beachten hätte.[72] In Furcht vor einer drohenden **Weltgeltung der DS-GVO** wurde der Ansatz des Verordnungsgebers in der datenschutzrechtlichen Literatur daher mitunter auch als „Datenimperialismus" gerügt.[73] Dem ist jedenfalls in Bezug auf

[65] Vgl. die Studie der Generaldirektion Interne Politikbereiche der Union des Europäischen Parlaments (Direktion A), Reforming the Data Protection Package, 2012, 48.

[66] Im Ergebnis auch de Hert/Czerniawski IDPL 2015, 230 (238); kritisch mit Blick auf Fälle, in denen lediglich ein schwacher Bezug zur EU besteht KBD/Svantesson Art. 3 C. 10; mit Blick auf die Frage der Durchsetzbarkeit überwiegend kritisch zu einer allzu starken Expansionswirkung des Datenschutzrechts Härting BB 2012, 459 (462); Masing NJW 2012, 2305 (2311).

[67] Kritisch hierzu de Hert/Czerniawski IDPL 2015, 230 (239); Svantesson JIPITEC 2018, 113 Rn. 28.

[68] Ebenso der ehemalige Europäische Datenschutzbeauftragte Hustinx, Stellungnahme des ehemaligen Europäischen Datenschutzbeauftragten zum Datenschutzreformpaket v. 7.3.2012, 20; ferner Kuner Bloomberg BNA Privacy and Security Law Report 2012, 1 (3), und wohl auch SJTK/Pabst Art. 3 Rn. 39.

[69] So Brauneck EuZW 2019, 494 (497); NK-DatenschutzR/Hornung Art. 3 Rn. 61; wohl auch Schantz/Wolff Neues DatenschutzR/Schantz/Wolff Rn. 338; aA Borges in FHS Betr. Datenschutz-HdB Teil 1 Kap. 3 Rn. 155 ff., der die Marktortkriterien anwenden will; einen „inhaltlichen Bezug zur Union" fordernd Taeger/Gabel/Schmidt Art. 3 Rn. 26.

[70] Svantesson Stanford Journal of International Law 2014, 53 (71).

[71] Spindler GRUR 2013, 996 (1003); aA FHS Betr. Datenschutz-HdB/Borges Teil 1 Kap. 3 Rn. 155 ff., und offenbar auch Auernhammer/v. Lewinski Art. 3 Rn. 12.

[72] So NK-DatenschutzR/Hornung Art. 3 Rn. 61; Schantz/Wolff Neues DatenschutzR/Schantz Rn. 338.

[73] Kritisch Svantesson International Data Privacy Law 2013, 278 (279); Tene/Wolf White Paper of the Future of Privacy Forum 2013, 3; vgl. auch Härting BB 2012, 459 (462); von einer „imperialen Tendenz" des europäischen Datenschutzrechts sprechend Auernhammer/v. Lewinski Art. 3 Rn. 24.

Internetsachverhalte zuzugeben, dass die Vorschrift in einem Spannungsfeld mit der in anderen Zusammenhängen mehrfach betonten Auffassung des EuGH steht,[74] wonach die bloße Zugänglichkeit einer Webseite in der Union die Anwendbarkeit des Unionsrechts nicht auslösen kann.[75]

Der **Europäische Datenschutzausschuss** spricht sich daher für eine einschränkende Auslegung der Vorschrift aus. So stellt er in seinen Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR ausdrücklich klar, dass allein das Verarbeiten personenbezogener Daten von Personen in der Union nicht ausreichend sei, um die Anwendbarkeit der DS-GVO zu begründen. Das **Element des „Abzielens"** (engl. „Targetings") müsse vielmehr auch im Rahmen von Abs. 2 lit. b vorhanden sein.[76] An anderer Stelle seiner Guidelines hält er es demzufolge mit Verweis auf EG 24 für erforderlich, dass das beobachtete Verhalten im Zusammenhang mit einer betroffenen Person in der Union stehen muss (engl. „relate to").[77] Dies lässt sich nur so verstehen, dass auch Verarbeitungen im Rahmen von Abs. 2 lit. b – wie schon im Falle von Abs. 2 lit. a – auf Personen in der Union abzielen müssen. Unklar ist dann aber, wie die weiteren Ausführungen des Europäischen Datenschutzausschusses zu verstehen sind, wonach weder Abs. 2 lit. b noch EG 24 ein „notwendiges Maß an ‚Zielgerichtetheit'" (engl. „necessary degree of ‚intention to target'") einführen würde, um festzustellen, ob eine Beobachtungstätigkeit zur Anwendbarkeit der DS-GVO führt.[78] Die Ausführungen des Europäischen Datenschutzausschusses sind daher nicht ganz eindeutig.[79] Insbesondere bleibt unklar, ob bzw. welche Targeting-Kriterien gelten sollen oder ob gar die rein faktische Verwendung der in EG 23 genannten Tracking- und Profilingtechniken (auch) gegenüber Personen in der Union ein „Targeting" darstellen soll. **24**

Dessen ungeachtet wäre die praktische Reichweite der Vorschrift in Fällen nicht auf Personen in der Union abzielender Beobachtungen vielfach mangels **Pflicht zur Bestellung eines Vertreters in der Union** begrenzt. So bestimmt Art. 27 Abs. 1, dass jeder außerhalb der Union niedergelassene Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter einen Vertreter in der Union benennen muss (→ Art. 27 Rn. 1 ff.). Diese Pflicht besteht nach Art. 27 Abs. 2 aber dann nicht, wenn die Datenverarbeitung gelegentlich erfolgt, keine besonderen Kategorien personenbezogener Daten iSv Art. 9 Abs. 1 oder Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten umfasst und unter Berücksichtigung der Art, der Umstände, des Umfangs und der Zwecke der Verarbeitung voraussichtlich nicht zu einem Risiko für die persönlichen Rechte und Freiheiten führt.[80] Diese Voraussetzungen dürften erfüllt sein, wenn beispielsweise ein in China niedergelassener Webseitenbetreiber auf seiner chinesisch-sprachigen Webseite (die primär in China, vereinzelt aber auch in der EU aufgerufen wird) Trackingdienste einbindet und dabei in **25**

[74] EuGH 7.11.2010 – C-585/08 u. C-144/09, Slg. 2010, I-12527 Rn. 80 – Alpenhof; 12.7.2011 – C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 Rn. 64 – L'Oréal ua.

[75] Allerdings wurde bereits unter der DSRL vertreten, dass die Verwendung von Cookies durch Verantwortliche in Drittländern zur Anwendbarkeit europäischen Datenschutzrechts führen sollte, vgl. Art.-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier über die Frage der internationalen Anwendbarkeit des EU-Datenschutzrechts bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im Internet durch Websites außerhalb der EU, WP 56, 11 f., 30.5.2002.

[76] Europäischer Datenschutzausschuss, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1., 15, 12.11.2019.

[77] Europäischer Datenschutzausschuss, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1., 19, 12.11.2019.

[78] Europäischer Datenschutzausschuss, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1., 20, 12.11.2019.

[79] Kritisch angesichts der teilweise zu allgemein gehaltenen Vorgaben der Guidelines KBD/Svantesson Art. 3 C. 6.

[80] Die noch im Entwurf der Europäischen Kommission vorgesehene Mindestschwelle von 250 Mitarbeitern, die bei dem Verantwortlichen beschäftigt sind, wurde in den finalen Text der DS-GVO nicht übernommen.

geringem Umfang auch Nutzer in der Union erfasst.[81] Möglich ist darüber hinaus, dass die DS-GVO in solchen Fällen bereits mangels **Personenbezugs** der verarbeiteten Daten nicht anwendbar ist.[82]

26 **5. Globale Durchsetzbarkeit.** Im Zuge der Ausweitung der europäischen Datenschutzvorgaben wurde vielerorts auf das Problem der Durchsetzbarkeit der normierten Standards hingewiesen.[83] Hervorgehoben wurde dabei, dass die Einflussmöglichkeiten der Datenschutzbehörden naturgemäß **nur innerhalb der Grenzen der EU** und Ermittlungs- und Rechtsdurchsetzungsbefugnisse im EU-Ausland nur nach Maßgabe bislang nicht existierender zwischenstaatlicher Verträge bestehen könnten, weshalb behördliche Handlungsoptionen außerhalb der Union per se eingeschränkt seien.[84] Recht, das nicht vollzogen werden könne, würde aber seinen Zweck verfehlen.[85] Auf dieser Linie führte auch die Art.-29-Datenschutzgruppe noch in Bezug auf die DSRL aus, dass die Datenschutzgesetze (nur) Anwendung finden sollten, „wo dies nötig ist, wo es sinnvoll ist und wo unter Berücksichtigung der grenzüberschreitenden Situation ein angemessenes Maß an Durchsetzbarkeit gewährleistet ist."[86]

27 Den Vollzug erleichtern dürfte jedenfalls der Umstand, dass nach Art. 27 Abs. 1 jeder außerhalb der Union niedergelassene Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter einen **Vertreter in der Union** bestellen muss.[87] Diese Pflicht besteht nach Art. 27 Abs. 2 nur dann nicht, wenn die Datenverarbeitung gelegentlich erfolgt, keine besonderen Kategorien personenbezogener Daten iSv Art. 9 Abs. 1 oder Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten nach Art. 10 umfasst und unter Berücksichtigung der Art, der Umstände, des Umfangs und der Zwecke der Verarbeitung voraussichtlich nicht zu einem Risiko für die persönlichen Rechte und Freiheiten führt. Auch ist eine Verletzung der Pflicht zur Bestellung eines Vertreters nach Art. 83 Abs. 4 lit. a – anders als bislang – **bußgeldbewehrt.**

28 Nach der in EG 80 beschriebenen Konzeption soll der Vertreter als „Anlaufstelle" für Aufsichtsbehörden dienen. Hierdurch soll nicht bloß die Kommunikation und die Zustellung von Klagen oder Verfügungen gegen den Verantwortlichen oder den Auftragsverarbeiter erleichtert werden. Denn Art. 58 Abs. 1 lit. a sieht vor, dass bei Datenschutzverstößen der Verantwortliche, der Auftragsverarbeiter „und gegebenenfalls" auch dessen bestellter Vertreter Informationen bereitstellen müssen. Flankiert wird dies durch EG 80, wonach der Vertreter **Durchsetzungsverfahren** unterworfen werden kann. Wie der Vollzug dieser Regelungen im Einzelnen ausgestaltet wird, wird maßgeblich vom Durchsetzungswillen der Datenschutzbehörden und ihren Möglichkeiten, ein Druckpotenzial aufzubauen, sowie von der Kooperationsbereitschaft der entsprechenden datenverarbeitenden Unternehmen abhängen. Letztlich wird Adressat der Regelungen betreffend die daten-

---

[81] In diesen Fällen das Merkmal „Verhalten in der Union" mangels objektiver Adressierung des Angebots an Personen in der Union ablehnend FHS Betr. Datenschutz-HdB/Borges Teil 1 Kap. 3 Rn. 159.

[82] So auch NK-DatenschutzR/Hornung Art. 3 Rn. 61; vgl. zum Erfordernis des EuGH, auf „rechtliche Mittel" zurückgreifen zu können, um Informationen einer identifizierbaren natürlichen Person zuzuordnen → Art. 4 Nr. 1 Rn. 28. Über solche rechtlichen Mittel dürfte beispielsweise ein in China niedergelassener Webseitenbetreiber nicht ohne Weiteres verfügen.

[83] Vgl. nur Spiecker gen. Döhmann K&R 2012, 717 (719); Svantesson IDPL 2015, 230 (232): the GDPR „bites off more than it can chew"; de Hert/Czerniawski IDPL 2015, 231 (242); allgemein kritisch Rosen Stan. L. Rev. Online 2012, 92: „Europeans have a long tradition of declaring abstract privacy rights in theory that they fail to enforce in practice".

[84] Stellungnahme der Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder v. 11.6.2012, 5; de Hert/Czerniawski IDPL 2015, 230 (242).

[85] Tene/Wolf White Paper of the Future of Privacy Forum 2013, 4; vgl. ferner Bygrave Computer Law & Security Report 2000, 252.

[86] Art.-29-Datenschutzgruppe, Arbeitspapier über die Frage der internationalen Anwendbarkeit des EU-Datenschutzrechts bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im Internet durch Websites außerhalb der EU, WP 56, 10, 30.5.2002.

[87] Azzi JIPITEC 2018, 126 (133).

schutzrechtliche Verantwortlichkeit aber – wie EG 80 und auch der Europäische Datenschutzausschuss[88] klarstellt – der Verantwortliche bzw. Auftragsverarbeiter bleiben, der in einer Vielzahl der Fälle nicht ohne weiteres greifbar sein wird.[89]

III. Regelungsvorschläge der DS-GVO im Vergleich

Während des Rechtssetzungsverfahrens bestand zwischen den beteiligten EU-Gremien weitestgehend **Konsens** hinsichtlich der Ausgestaltung von Art. 3. Demzufolge erfuhren die einzelnen Regelungen der Vorschrift in den Entwürfen der Kommission, des Parlaments, des Rats und in den Trilogverhandlungen keine tiefgreifenden Änderungen. **29**

Abs. 1 blieb im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens nahezu unverändert. Auf Vorschlag des Parlaments wurde lediglich der Zusatz aufgenommen, dass die Regelung unabhängig davon gelten solle, „ob die Verarbeitung in der Union erfolgt". Dies war bereits im Kommissionsentwurf abgebildet, dort jedoch lediglich in EG 22 (vormals EG 19). Den Forderungen einzelner Abgeordneter, wonach Abs. 1 auf personenbezogene Daten von in der Union ansässigen betroffenen Personen (engl. „data subjects residing in the union") einzugrenzen sei,[90] folgte das Parlament nicht. Auch der Europäische Datenschutzbeauftragte hatte sich gegen eine solche Einengung ausgesprochen.[91] **30**

In **Abs. 2** wurde auf Vorschlag des Parlaments der Zusatz aufgenommen, dass die Vorschrift auch für Auftragsverarbeiter gelten solle. Ferner sprach der deutsche Verordnungstext seit dem Trilog-Ergebnis nicht mehr von in der Union „ansässigen", sondern von „aufhältigen" betroffenen Personen, während in der finalen Version des Verordnungstextes nunmehr von „Personen, die sich in der Union befinden" die Rede ist. Die englische Fassung enthielt dagegen im Parlamentsentwurf noch die Formulierung „data subjects in the Union", die im Trilogverfahren sowie im finalen Verordnungstext durch die Formulierung „data subjects who are in the Union" ersetzt wurde. Des Weiteren enthielten die finalen Vorschläge der Kommission, des Parlaments, des Rats und auch des Trilogs zunächst statt der Formulierung „im Zusammenhang damit steht" die Formulierung „dient", während in einer Vorversion des Vorschlags des Parlaments noch von „darauf abzielt" (engl. „aimed at")[92] und in einer Vorversion des Vorschlags der Kommission noch von „ausgerichtet" (engl. „directed to") die Rede war.[93] **31**

In Bezug auf **Abs. 2 lit. a** kam es durch den Vorschlag des Parlaments insoweit zu einer Änderung, als die Regelung unabhängig von einer Zahlung der betroffenen Person für die angebotene Ware oder Dienstleistung anwendbar sein sollte.[94] Parallel dazu wurde auch eine Klarstellung in EG 23 (vormals EG 20) aufgenommen. Ebenfalls auf den Vorschlag des Parlaments zurückzuführen ist das Merkmal des „offensichtlichen Beabsichtigens" in EG 23 (vormals EG 20), das für die Frage der Ausrichtung des Angebots an betroffene Personen in der Union maßgeblich ist. Der Rat ergänzte dieses Kriterium in seinem **32**

[88] Europäischer Datenschutzausschuss, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1., 27 f., 12.11.2019.

[89] Die Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder hatte daher gefordert, dass der zu bestellende Vertreter umfassend in die Rechtsstellung des Verantwortlichen und dessen Pflichten eintreten solle, vgl. Stellungnahme v. 11.6.2012, 5.

[90] S. Europäisches Parlament, 2012/0011(COD), Amendments (2) 602 – 885, Draft report v. 4.3.2013, Dokument PE506.145v01-00, Änderungsvorschlag 700, 701 und 703.

[91] Europäischer Datenschutzbeauftragter, Additional EDPS comments on the data protection reform package v. 15.3.2013, 5 mit Blick auf den Umstand, dass Art. 16 AEUV und Art. 8 GrCh einen weitergehenden Schutz gewähren.

[92] Europäisches Parlament, Entwurf eines Berichts 2012/0011(COD), Dokument PE501.927v01-00 v. 17.12.2012, 68.

[93] Europäische Kommission, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data (General Data Protection Regulation), Version 56 (29/11/2011), 36.

[94] Vgl. Verfahren 2012/0011/COD, EP-Stellungnahme in 1. Lesung, Abänderungsantrag 82, TA/2014/212/P7.

Entwurf sodann noch um weitere Merkmale (Sprache, Währung, Erwähnung von Kunden in der Union).[95]

33 Mit Blick auf **Abs. 2 lit. b** hatte das Parlament in EG 24 (vormals EG 21) vorgeschlagen, die Überwachungstätigkeiten nicht nur auf Internetsachverhalte zu beschränken.[96] Flankierend dazu sollte in Abs. 2 lit. b statt „Beobachtung ihres Verhaltens" die Formulierung „Überwachung dieser betroffenen Personen" verwendet werden. Diese wurde jedoch nicht in den finalen Verordnungstext übernommen. Stattdessen wurde auf Vorschlag des Rats der Anwendungsbereich weiter eingeschränkt, indem der eingrenzende Zusatz aufgenommen wurde, dass das Verhalten der betroffenen Personen in der Union erfolgen müsse. Soweit in EG 24 noch die aus den Entwurfsversionen stammende Formulierung „dient" (statt „im Zusammenhang") verwendet wird, dürfte es sich um ein Redaktionsversehen handeln.

34 **Abs. 3** blieb während des Rechtssetzungsverfahrens nahezu unverändert. Seit dem Entwurf des Rats spricht die Vorschrift allerdings nicht mehr von „nach internationalem Recht", sondern von „völkerrechtlich" bzw. in der finalen Version von „aufgrund Völkerrechts". In der Sache ergeben sich hierdurch aber keine Änderungen, zumal alle englischsprachigen Entwurfsfassungen sowie die finale Fassung einheitlich von „by virtue of public international law" sprechen.

B. Vorgaben für die räumliche Anwendbarkeit

I. Niederlassung in der EU (Abs. 1)

35 **1. Überblick.** Nach Abs. 1 findet die DS-GVO auf die Verarbeitung personenbezogener Daten Anwendung, soweit diese im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung eines Verantwortlichen oder eines Auftragsverarbeiters in der Union erfolgt. Entscheidendes Kriterium im Rahmen des Abs. 1 ist damit – in Kontinuität zu dem territorial- und niederlassungsbasierten Ansatz, der unter der DSRL galt – das Vorhandensein einer Niederlassung in der Union. Der tatsächliche **Ort der Datenverarbeitung ist unerheblich,** wie Abs. 1 und EG 22 deutlich machen.[97]

36 Anders als nach Abs. 2 ist es im Rahmen von Abs. 1 nicht erforderlich, dass personenbezogene Daten von betroffenen Personen verarbeitet werden, die sich in der Union befinden. Dies spiegelt sich auch in EG 2 und 14 wieder, wonach das Recht auf Schutz personenbezogener Daten natürlichen Personen **ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit oder ihres Aufenthaltsorts** zusteht. Der Verordnungsgeber hat sich damit bewusst dagegen entschieden, Abs. 1 auf Unionsbürger iSv Art. 9 EUV zu begrenzen (zu den entsprechenden Forderungen im Gesetzgebungsverfahren → Rn. 30). Erfasst sind folglich auch Fälle, in denen ein in der Union niedergelassener Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter (auch oder ausschließlich) personenbezogene Daten von Touristen aus Drittstaaten verarbeitet.[98] Ebenso fällt etwa die Datenverarbeitung im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung eines US-Unternehmens in der Union unter Abs. 1, selbst wenn die Verarbeitung ausschließlich personenbezogene Daten von US-Bürgern betreffen sollte.[99]

---

[95] Vgl. Rat der Europäischen Union, Interinstitutionelles Dossier 2012/0011 (COD), 10227/13 v. 31.5.2013, 6.

[96] Vgl. Verfahren 2012/0011/COD, EP-Stellungnahme in 1. Lesung, Abänderung 13, TA/2014/212/P7.

[97] Es ist daher nicht unproblematisch, dass der deutsche Gesetzgeber im Rahmen des BDSG auf dieses Kriterium abstellt (dazu → BDSG § 1 Rn. 19 ff.).

[98] Vgl. dazu Europäischer Datenschutzbeauftragter, Additional EDPS comments on the data protection reform package v. 15.3.2013, 5.

[99] Auf den damit verbundenen europäischen Standortnachteil hinweisend Generaldirektion Interne Politikbereiche der Union des Europäischen Parlaments (Direktion A), Reforming the Data Protection Package, Studie 2012, 49.

2. Typische Fallkonstellationen. Neben dem klassischen Fall, dass ein in der Union niedergelassener Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter eine Niederlassung in der Union unterhält, ist der Hauptanwendungsfall von Abs. 1 die Konstellation, bei der fraglich ist, ob die Einrichtung eines **außerhalb der EU niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters** in der Union eine Niederlassung iSd Abs. 1 darstellt. Ist dies zu bejahen, kommt es darauf an, ob die personenbezogenen Daten tatsächlich auch im Rahmen der Tätigkeiten dieser Niederlassung in der Union verarbeitet werden (→ Rn. 54 ff.). In der Vergangenheit wurden solche Konstellationen etwa im Zusammenhang mit dem US-amerikanischen Suchmaschinenbetreiber Google virulent, der zwar in den USA seine Hauptniederlassung, in vielen Mitgliedstaaten der EU aber Einrichtungen unterhält.[100] Ähnliche Fragen stellten sich auch im Zusammenhang mit dem sozialen Netzwerk Facebook.[101] **37**

Befindet sich der **Auftragsverarbeiter in der Union** und verarbeitet er personenbezogene Daten für einen **Verantwortlichen außerhalb der Union,** gilt Abs. 1 nur in Bezug auf den Auftragsverarbeiter („soweit"), dh nur dieser muss die ihn treffenden Verpflichtungen der DS-GVO beachten.[102] Der Auftragsverarbeiter ist nicht als Niederlassung des Verantwortlichen anzusehen. Dies hat der Europäische Datenschutzausschuss nun ausdrücklich bestätigt (→ Rn. 55).[103] Ein solches Verständnis entspricht auch der Rechtslage, die unter der DSRL galt. Daher ist Abs. 1 nicht so auszulegen, dass auch der Verantwortliche außerhalb der Union an die Vorgaben der DS-GVO gebunden ist.[104] Dies wurde zwar im Rahmen der DSRL vertreten.[105] Festgemacht wurde dies aber stets am Merkmal der Verarbeitung „im Inland" (§ 1 Abs. 5 S. 2 BDSG aF) bzw. am Merkmal des Rückgriffs auf in der Union belegene „automatisierte oder nicht automatisierte Mittel" iSv Art. 4 Abs. 1 lit. c DSRL. Die Thematik wurde dagegen nicht im Zusammenhang mit der Frage des Vorhandenseins einer Niederlassung des Verantwortlichen in der Union (dh anhand von § 1 Abs. 5 S. 1 BDSG aF bzw. Art. 4 Abs. 1 lit. a DSRL) erörtert.[106] Im Rahmen der DS-GVO kommt es auf das Merkmal der Verarbeitung „im Inland" bzw. auf einen Rückgriff auf in der Union belegene „Mittel" aber nicht mehr an. An deren Stelle hat der Verordnungsgeber vielmehr die Vorschrift des Art. 3 Abs. 2 DS-GVO (Marktortprinzip) gesetzt. Folglich kann in diesen Fällen eine Anwendbarkeit der DS-GVO für den Verantwortlichen nur aus Art. 3 Abs. 2 folgen, soweit dessen Voraussetzungen vorliegen. Unter der DS-GVO wird der Auftragsverarbeiter sodann durch die Art. 44 ff. dazu verpflichtet, die Anforderungen an eine zulässige Übermittlung der Daten in Drittländer zu beachten. Ob dies auch für die Rück-Übermittlung der Daten an den Auftraggeber gilt, erscheint zwar nicht zwingend und widerspricht zumindest der Rechtslage unter der DSRL.[107] Durch die Schaffung von Modul 4 der Standarddatenschutzklauseln (Übermittlung von Auftragsverarbeitern an Verantwortliche)[108] hat die Europäische Kommission **38**

[100] Vgl. EuGH 13.5.2014 – C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 Rn. 53 – Google Spain.

[101] Vgl. SchlHOVG 22.4.2013 – 4 MB 10/13 und 4 MB 11/13, BeckRS 2013, 49918.

[102] Europäischer Datenschutzausschuss, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1., 10 f., 12.11.2019.

[103] Ausdrücklich Europäischer Datenschutzausschuss, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1., 10, 12.11.2019. Zugleich hat er auf S. 12 der Guidelines festgestellt, dass insoweit auch nur ein inhaltlich reduzierter Vertrag über Auftragsverarbeitung nach Art. 28 Abs. 3 zu schließen ist.

[104] So aber Schantz/Wolff Neues DatenschutzR/Schantz/Wolff Rn. 328 ff.; wie hier Feiler/Forgó, EU-DSGVO, 2016, Art. 3 Rn. 4.

[105] Düsseldorfer Kreis, Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung, Handreichung v. 28.3.2007, 11 und 16; auf die unerwünschten Folgen eines derart weitreichenden Verständnisses hinweisend und eine Einzelfallbetrachtung für erforderlich haltend Art.-29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 8/2010 zum anwendbaren Recht, WP 179, 25, 16.10.2010.

[106] Insoweit nicht differenzierend Schantz/Wolff Neues DatenschutzR/Schantz/Wolff Rn. 328 ff.

[107] Vgl. Düsseldorfer Kreis, Fallgruppen zur internationalen Auftragsdatenverarbeitung, Handreichung v. 28.3.2007, 11; Abgestimmte Positionen der Aufsichtsbehörden in der AG „Internationaler Datenverkehr" am 12./13.2.2007, 28.3.2007, 2 f.

[108] Durchführungsbeschluss (EU) 2021/914 der Kommission vom 4. Juni 2021 über Standardvertragsklauseln für die Übermittlung personenbezogener Daten an Drittländer gemäß der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. 2021 L 199, 31.

jedoch klar zum Ausdruck gebracht, dass die Art. 44 ff. auch in dieser Konstellation Anwendung finden. Nach Ansicht des Europäischen Datenschutzausschusses gilt das auch für Fälle, in denen der Auftragsverarbeiter in der Union ausschließlich personenbezogene Daten von Personen (zB Mitarbeiter des Verantwortlichen) verarbeitet, die nicht in der Union ansässig sind.[109]

39 Hat der **Verantwortliche eine Niederlassung in der Union** und lässt er die Daten von einem **Auftragsverarbeiter außerhalb der Union** verarbeiten, fällt nur der Verantwortliche unter die DS-GVO, dh der Auftragsverarbeiter muss die Regelungen der Art. 28 ff. nicht beachten, sofern für ihn die DS-GVO nicht nach Abs. 2 gilt. Der Verantwortliche muss in diesem Fall nach Art. 28 Abs. 3 einen Vertrag bzw. die in Art. 46 genannten Instrumente zur Gewährleistung geeigneter Garantien zur Datenübermittlung in ein Drittland mit dem Auftragsverarbeiter abschließen.[110] Strukturelle Änderungen zur unter der vormaligen DSRL geltenden Rechtslage ergeben sich insoweit nicht.

40 **3. Vorliegen einer Niederlassung. a) Auslegungsmaßstab.** Zentraler Begriff des Art. 3 ist der Begriff der Niederlassung (engl. „establishment"). Dieser wird in der DS-GVO **nicht definiert.** Legal definiert ist lediglich der Begriff der Hauptniederlassung in Art. 4 Nr. 16. Dieser ist jedoch ausschließlich für Fragen der Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden von Relevanz.

41 **EG 22** sieht Anforderungen vor, die an das Vorliegen einer Niederlassung zu stellen sind. Danach muss es sich bei einer Niederlassung um eine **„feste Einrichtung"** (engl. „stable arrangement") handeln, von der aus eine Tätigkeit **„effektiv und tatsächlich"** ausgeübt wird. Der Wortlaut des EG 22 entspricht weitestgehend der Vorgabe in EG 19 der vormaligen DSRL. Es liegt daher nahe, die Vorschrift ihrer gewohnten Lesart entsprechend tendenziell **weit auszulegen.**[111] Auch bei dem Sitz eines Unternehmens kann es sich um eine „Niederlassung" iSv Art. 3 handeln.[112]

42 Die Formulierung in EG 22 erinnert ferner an die Auslegung des Begriffs der Niederlassung im Rahmen der **Niederlassungsfreiheit aus Art. 49 AEUV** durch den EuGH[113] und an den gewerberechtlichen Niederlassungsbegriff aus § 4 Abs. 3 GewO.[114] Für Letzteren haben deutsche Gerichte entschieden, dass ein kleiner Raum, der keine geschäftsspezifische Infrastruktur enthält, noch keine Niederlassung darstellt.[115] Gleiches solle gelten für eine provisorisch mit einem Tisch und zwei Stühlen eingerichtete Ankaufsstelle in den Räumlichkeiten eines Unternehmens, die ein Gewerbetreibender lediglich sporadisch und nur in unregelmäßigen Abständen aufsucht.[116] Diese Ausführungen lassen sich auf den Begriff der Niederlassung iSv Art. 3 Abs. 1 nur eingeschränkt übertragen. Art. 3 Abs. 1 ist vielmehr **autonom auszulegen.** Vom Anwendungsbereich der Vorschrift sind – anders als in Bezug auf § 4 Abs. 3 GewO und Art. 49 AEUV – auch solche Einrichtungen erfasst, von denen aus keine wirtschaftlichen bzw. gewerblichen Tätigkeiten ausgeübt werden (→ Rn. 53).

---

[109] Europäischer Datenschutzausschuss, Guidelines 05/2021 on the Interplay between the application of Article 3 and the provisions on international transfers as per Chapter V of the GDPR, Version 2.0, 10, 14.2.2023.

[110] Europäischer Datenschutzausschuss, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1., 12 f., 12.11.2019.

[111] Wieczorek DuD 2013, 644 (647); ebenso Piltz K&R 2016, 557 (558).

[112] DWWS/Däubler Art. 3 Rn. 7 mit Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH.

[113] Vgl. EuGH 25.7.1991 – C-221/89, Slg. 1991, I-3905 Rn. 20 – Factortame, wonach eine Niederlassung „die tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit" umfasse.

[114] Nach § 4 Abs. 3 GewO ist eine Niederlassung anzunehmen, wenn von dieser eine selbständige gewerbsmäßige Tätigkeit auf unbestimmte Zeit und mittels einer festen Einrichtung tatsächlich ausgeübt wird.

[115] VG München 14.3.2011 – M 16 K 11.875, BeckRS 2011, 50798.

[116] VG Oldenburg 14.7.2012 – 12 B 3444/12, BeckRS 2012, 52915.