

# Das Kollisionsrecht des neuen Datenschutzes

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

## I. Der zu regelnde Sachverhalt

Konzerninterner Informationsaustausch über nationale Grenzen hinweg ist zur Selbstverständlichkeit geworden. Jeder Vertrag, der mit einem indischen, einem brasilianischen oder einem chinesischen Partner abgeschlossen wird, hat typischerweise auch die Übermittlung personenbezogener Daten zum Gegenstand. Das Internet kennt von vorne herein keine Staatsgrenzen. Auf welchem Server eine Website gespeichert ist und wo sich dieser befindet, ist für den normalen Nutzer nicht erkennbar. Einig ist man sich nur, dass der Ort im Rahmen des Cloud Computing jederzeit wechseln kann.<sup>1</sup>

Welche Rechtsordnung findet auf welche Vorgänge der Datenverarbeitung i. w. S. Anwendung? Die am 25. Mai 2018 wirksam gewordene EU-DSGVO hat sich diesem Problem gestellt, allerdings keine allseitige Kollisionsnorm entwickelt: In Art. 3 legt sie ausschließlich ihren eigenen räumlichen Anwendungsbereich fest. Werden irgendwelche Daten, die mit der EU nichts zu tun haben, vom Drittstaat A in den Drittstaat B transferiert und ist ein deutsches Gericht etwa kraft Vereinbarung für einen damit zusammenhängenden Rechtsstreit zuständig, so hält die DSGVO keine Lösung parat; insoweit muss auf allgemeine kollisionsrechtliche Prinzipien zurückgegriffen werden. Angesichts der Komplexität der Probleme und der noch eher bescheidenen Vorarbeiten zu einem Kollisionsrecht des Datenschutzes ist Verständnis geboten.

---

<sup>1</sup> Vgl. Paal/Pauly-Ernst, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 3 Rn. 1: Ort der Verarbeitung und Speicherung oft „volatil“.

## II. Die getroffenen Grundentscheidungen

Die DSGVO orientiert sich am Schutzbedarf der Menschen, die sich in der Union aufhalten, geht im Einzelfall aber auch darüber hinaus..

Hat der Verantwortliche seinen Sitz in der Union oder unterhält er dort eine Niederlassung, so findet die DSGVO nach ihrem Art. 3 Abs. 1 Anwendung. Dasselbe gilt für einen Auftragsverarbeiter. Man spricht insoweit vom „Niederlassungsprinzip“, was aussagekräftiger ist als das „Sitzprinzip“, weil dieses eine bloße Zweigstelle nicht mit einbeziehen würde. Zu unspezifisch ist auch der (bisweilen ebenfalls benutzte) Ausdruck „Territorialitätsprinzip“, da er offen lässt, welche Teile eines Rechtsverhältnisses sich auf dem Unionsterritorium befinden oder sich dort abspielen müssen.

Art. 3 Abs. 2 fügt das sog. Marktortprinzip hinzu: Die DSGVO ist auch dann anwendbar, wenn den in der Union befindlichen Personen Waren oder Dienstleistungen aus einem Drittstaat angeboten werden (Buchstabe a) oder wenn ihr Verhalten von dort aus beobachtet wird (Buchstabe b), wofür das webtracking als Beispiel steht.

Schließlich findet die DSGVO nach ihrem Art. 44 Satz 1 auch dann Anwendung, wenn Daten, die aus der EU in einen Drittstaat übermittelt wurden, von dort in einen anderen Drittstaat weiter gegeben werden. Man kann insoweit von einem „Herkunftsprinzip“ sprechen.

Die Staatsangehörigkeit des Verantwortlichen oder der betroffenen Person spielt demgegenüber keine Rolle. Wer als Unionsbürger in einem Drittstaat Daten verarbeitet, wird von der DSGVO nicht erfasst.<sup>2</sup> Auch der Wohnsitz ist grundsätzlich ohne Bedeutung. Art. 3 Abs. 2 DSGVO lässt es genügen, dass sich die betroffene Person in der EU „befindet“, was einen vorübergehenden Aufenthalt z. B. als Tourist mit einbezieht.

Art. 3 stellt zugleich eine sog. Eingriffsnorm dar. Sie kommt auch dann zur Anwendung, wenn ein Vertrag oder ein sonstiges Rechtsverhältnis an sich einer anderen Rechtsordnung (z. B. der

---

<sup>2</sup> Auernhammer-v.Lewinski, DSGVO und BDSG, 5. Aufl. 2017, Art. 3 Rn. 4.

eines US-Bundesstaats) unterliegt.<sup>3</sup> Der Datenschutz wird selbständig angeknüpft, was seiner inhaltlichen Bedeutung und seinen spezifischen Problemstellungen Rechnung trägt. Der zwingende Charakter wird nicht zuletzt an den hoheitlichen Durchsetzungsmöglichkeiten sichtbar, die die DSGVO zugunsten der Aufsichtsbehörden vorsieht. Auch eine Rechtswahl ist deshalb nicht möglich:<sup>4</sup> Verantwortlicher und betroffene Person können nicht wirksam vereinbaren, in ihrem Verhältnis solle sich das Datenschutzrecht nach den in Indien oder Argentinien geltenden Regeln bestimmen. Dies trägt der Tatsache Rechnung, dass sich andernfalls die wirtschaftlich stärkere Seite der DSGVO entziehen und dem Vertragspartner eine ihre genehme Rechtsordnung aufoktroieren könnte. Auch würde das Ziel eines einheitlichen Datenschutzniveaus in der ganzen EU verfehlt, könnten einzelne Marktteilnehmer wegen ihrer abweichenden Präferenzen aus dem für alle andern geltenden Recht ausscheiden.

Offen bleibt nach der DSGVO die Frage, nach welchen Regeln sich die Anwendung des nationalen Datenschutzrechts bestimmt, das aufgrund der zahlreiche Öffnungsklauseln fortbesteht oder – wie das BDSG – neu erlassen wird. Insoweit behalten die Mitgliedstaaten die Kompetenz, für diesen Bereich eigene kollisionsrechtliche Normen zu erlassen. Der deutsche Gesetzgeber hat davon in § 1 Abs. 4 BDSG-neu Gebrauch gemacht.

Die Grundsatzentscheidungen werfen einige Interpretations- und Anwendungsfragen auf, auf die nunmehr einzugehen ist.

### **III. Sitz und Niederlassung (Art. 3 Abs. 1)**

#### **1. Verantwortliche mit Sitz in der EU**

Ist der Verantwortliche ausschließlich innerhalb der Union tätig, so ist die DSGVO automatisch anwendbar. Ein in Hamburg ansässiges Unternehmen besitzt beispielsweise Niederlassungen allein in Frankreich und Portugal; Vertragsbeziehungen zu Unternehmen in Drittstaaten bestehen nicht. Fälle dieser Art werden jedoch immer seltener. Sobald Beziehungen zu Unternehmen

<sup>3</sup> Gola-Piltz, DSGVO. Kommentar, 2017, Art. 3 Rn. 40; Kühling/Buchner-Klar, DSGVO. Kommentar, 2017, Art. 3 Rn. 105. Vgl. bereits Deinert, Internationales Arbeitsrecht, 2013, § 12 Rn. 58

<sup>4</sup> Gola-Piltz (Fn. 3), Art. 3 Rn. 39; Kühling/Buchner-Klar (Fn. 3), Art. 3 Rn. 105; Laue/Nink/Kremer, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 2016, § 1 Rn. 110 (die allerdings eine Ausnahme für die Einwilligung Minderjähriger und im Rahmen des Art. 9 DSGVO machen wollen).

außerhalb der EU bestehen, existiert eine „Auslandsberührung“ und Art. 3 wird anwendbar. Damit stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang die DSGVO auf die in diesem Rahmen stattfindende Datenverarbeitung anzuwenden ist.

Liegt der Sitz des Verantwortlichen in der Union, so gilt die DSGVO für dessen gesamte Datenverarbeitung.<sup>5</sup> Zwar verwendet Art. 3 Abs. 1 DSGVO nur den Begriff der Niederlassung, doch ist der Sitz eines Unternehmens stets als eine (meist die wichtigste) Niederlassung zu betrachten. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des EuGH,<sup>6</sup> die auf die effektive Ausübung einer Tätigkeit abstellt. Sitz ist bei Unternehmen gleich welcher Rechtsform der Ort, an dem die wesentliche Verwaltungstätigkeit stattfindet oder der in der Satzung als „Sitz“ bezeichnet wird.<sup>7</sup> Beides kann, muss aber nicht zusammenfallen. Ein bloßer Sitzungssitz kann aus einem Briefkasten bestehen, um den sich ein Anwaltsbüro kümmert. Dennoch können auch von dort datenverarbeitende Aktivitäten ausgehen, so dass die Anwendung des Art. 3 gerechtfertigt ist. Bei Privatpersonen, die Daten verarbeiten, dürfte der Wohnsitz gemeint sein.<sup>8</sup>

Wie der Schlusshalbsatz von Art. 3 Abs. 1 („unabhängig davon, ob die Verarbeitung in der Union stattfindet“) deutlich macht, spielt es keine Rolle, wo die Datenverarbeitung technisch erfolgt.<sup>9</sup> Der Server kann sich in einem anderen Mitgliedstaat, aber auch in einem Drittstaat befinden. In beiden Fällen müssen allerdings die durch Art. 32 DSGVO vorgeschriebenen Maßnahmen der Datensicherung vorgenommen werden, was in Drittstaaten auf praktische Schwierigkeiten stoßen kann. Weiter kommt es nicht darauf an, auf wen sich die verarbeiteten Daten beziehen; dies können Unionsbürger, aber auch Angehörige von Drittstaaten oder Staatenlose sein. Auch ist ihr Wohnsitz ohne Bedeutung.<sup>10</sup> Schließlich greift Art. 3 Abs. 1 auch dann ein, wenn der Verantwortliche für die Datenverarbeitung einen Auftragnehmer in einem Drittstaat einschaltet.

## **2. Auftragsverarbeiter mit Sitz in der EU**

---

<sup>5</sup> Damit ist nicht nur die Übermittlung, sondern jede „Phase“ einschließlich der Erhebung gemeint.

<sup>6</sup> EuGH 1.10.2015 – C-230/14 – NJW 2015, 3636 – Tz. 28 ff. – Weltimmo; EuGH 13.5.2014 – C-131/12 – NJW 2014, 2257 – Google Spain und Google.

<sup>7</sup> Für Einbeziehung auch eines solchen Sitzes, der der sog. Satzungstheorie entspricht, s. Paal/Pauly-Ernst (Fn. 1), Art. 3 Rn. 4.

<sup>8</sup> Von der Verordnung nicht erfasst ist nach ihrem Art. 2 Abs. 2 Buchstabe c „die Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten“.

<sup>9</sup> Auernhammer-v.Lewinski (Fn. 2), Art. 3 Rn. 5.

<sup>10</sup> Paal/Pauly-Ernst (Fn. 1), Art. 3 Rn. 4.

Dem Verantwortlichen ist in Art. 3 Abs. 1 über das bisherige Recht hinaus der Auftragsverarbeiter gleichgestellt. Auch wer Daten im Auftrage eines in einem Drittstaat angesiedelten Verantwortlichen und nach dessen Weisungen verarbeitet, unterliegt der DSGVO und muss z. B. einen Datenschutzbeauftragten bestellen. Der Sitz des Auftragsverarbeiters stellt einen ausreichenden Inlandsbezug her, wobei zum Sitzbegriff dieselben Grundsätze wie für den Verantwortlichen gelten. Auch hier ist der Standort des Servers ohne Bedeutung. Weiter kann im Rahmen des Art. 28 DSGVO ein Unterauftragnehmer eingeschaltet werden, der dann seinerseits „Auftragsverarbeiter“ im Sinne des Art. 3 Abs. 1 ist.

### **3. Niederlassung eines Drittstaatsunternehmens in der EU**

Die DSGVO findet weiter dann Anwendung, wenn der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter zwar seinen Sitz in einem Drittstaat hat, aber über eine „Niederlassung“ im Gebiet der Union verfügt und die Datenverarbeitung „im Rahmen der Tätigkeit dieser Niederlassung“ erfolgt. Dabei muss die „Anbindung“ an den in einem Drittstaat ansässigen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter zweifelsfrei bestehen.<sup>11</sup>

Der Begriff der Niederlassung wird anders als die „Hauptniederlassung“ (Art. 4 Nr. 16) in der DSGVO nicht definiert. ErwGr 22 Satz 2 setzt jedoch eine „feste Einrichtung“ sowie eine „effektive und tatsächliche Ausübung einer Tätigkeit“ voraus. Dies entspricht der Rechtsprechung des EuGH,<sup>12</sup> die sich in Bezug auf die entsprechende Problematik in der Datenschutz-Richtlinie bewusst zu einem „flexiblen“ Niederlassungsbegriff bekannte.<sup>13</sup> Keine Rolle spielt die Rechtsform der Niederlassung; es kann sich um eine (rechtsfähige) Tochtergesellschaft, aber auch um eine (nichtrechtsfähige) Zweigstelle, Agentur oder Repräsentanz handeln (ErwGr 22 Satz 3).<sup>14</sup>

Die „feste Einrichtung“ kann in einem angemieteten Büro bestehen, von dem aus bestimmte Aktivitäten entfaltet werden. Ein bloßer Briefkasten (im gegenständlichen Sinne) oder ein

---

<sup>11</sup> In der Literatur ist oft von „untrennbarer Verbundenheit“ die Rede (z. B. Gola-Piltz (Fn. 3), Art. 3 Rn. 14), doch lassen sich derartige Beziehungen immer auflösen.

<sup>12</sup> Zuletzt EuGH 28.7.2016 – C-191/15 – NJW 2016, 2727 – Tz. 75 – Verein für Konsumenteninformation.

<sup>13</sup> EuGH 1.10.2015 – C-230/14 – NJW 2015, 3636 – Tz. 29 – Weltimmo.

<sup>14</sup> Die rechtsfähige Tochtergesellschaft müsste eigentlich als eigenständiger Verantwortlicher angesehen werden, es sei denn, man wolle bei vollständiger Steuerung durch die Muttergesellschaft eine Ausnahme machen. Der EuGH (13.5.2014 – C-131/12 – NJW 2014, 2257 – Tz. 49 - Google Spain und Google) sieht allerdings eine rechtlich selbständige Tochtergesellschaft als „Niederlassung“ an.

Notebook, das von einem Repräsentanten benutzt wird, genügt nicht. Allerdings reicht schon eine geringfügige Tätigkeit<sup>15</sup> und der Einsatz einer einzigen Person, doch muss diese mit einem „ausreichenden Grad an Beständigkeit“ tätig werden.<sup>16</sup> Der EuGH scheint zu einer typologischen Betrachtung zu neigen, da er es in der Weltimmo-Entscheidung genügen ließ, dass das Unternehmen mehrere Websites betrieb, die sich mit Immobilien in dem fraglichen Land befassen, und dass es über einen Vertreter verfügte, der sich um unbezahlte Rechnungen kümmerte. Außerdem existierten ein Bankkonto und ein Postfach – von einem Büro war dagegen nicht die Rede.<sup>17</sup>

Zweite Voraussetzung für das Vorliegen einer Niederlassung ist eine „tatsächliche und effektive Tätigkeit“.<sup>18</sup> Eine Postadresse, ein Briefkasten oder ein Bankkonto genügen für sich allein nicht;<sup>19</sup> ebenso wenig die bloße Existenz einer Website<sup>20</sup> oder eines Servers.<sup>21</sup> Auch die Eintragung einer Zweigstelle im Handelsregister wäre nicht ausreichend, wenn von ihr keinerlei Aktivitäten ausgehen; dasselbe gilt für ein nicht benutztes Büro.

Art. 3 Abs. 1 verlangt weiter, dass die Datenverarbeitung „im Rahmen der Tätigkeit der Niederlassung“ erfolgt. Dies bedeutet nicht, dass die Tätigkeit selbst in einer Datenverarbeitung bestehen muss; notwendig ist nur, dass diese einen Bezug zur eigentlichen Tätigkeit der Niederlassung hat.<sup>22</sup> Dies ist auch dann gegeben, wenn die Niederlassung Werbeflächen auf einer der Muttergesellschaft gehörenden Suchmaschine verkauft, um diese rentabel zu machen.<sup>23</sup> Die Datenverarbeitung muss auch nicht von der Niederlassung selbst vorgenommen werden; vielmehr kann sie sich eines Auftragsverarbeiters bedienen, der ggf. seinen Sitz in einem Drittstaat hat. Wo die betroffene Person ihren Aufenthaltsort hat, ist ohne Bedeutung.<sup>24</sup> Existiert zwar eine Niederlassung, hat diese aber mit der Erhebung oder Verarbeitung der Daten nichts zu tun, weil insoweit die ausländische Zentrale selbst handelt, so findet Abs. 1 keine Anwendung.<sup>25</sup> In solchen

---

<sup>15</sup> EuGH 1.10.2015 – C-230/14 – NJW 2015, 3636 – Tz. 31 – Weltimmo.

<sup>16</sup> EuGH 1.10.2015 – C-230/14 – NJW 2015, 3636 – Tz. 30 – Weltimmo.

<sup>17</sup> EuGH 1.10.2015 – C-230/14 – NJW 2015, 3636 – Tz. 33 – Weltimmo.

<sup>18</sup> Paal/Pauly-Ernst (Fn. 1), Art. 3 Rn. 2.

<sup>19</sup> Sydow-Ennöckl, DSGVO, Kommentar, 2017, Art. 3 Rn. 7.

<sup>20</sup> EuArbR/Franzen, Art. 3 VO 2016/679/EU Rn. 3.

<sup>21</sup> Rauer/Ettig, in: Wybitul (Hrsg.), EU-Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 3 Rn. 5 m. w. N.

<sup>22</sup> EuGH 13.5.2014 – C-131/12 – NJW 2014, 2257 – Tz. 52 - Google Spain und Google; Gola-Piltz (Fn. 3), Art. 3 Rn. 19; Sydow-Ennöckl (Fn. 19), Art. 3 Rn. 8.

<sup>23</sup> EuGH 13.5.2014 – C-131/12 – NJW 2014, 2257 – Tz. 56 - Google Spain und Google.

<sup>24</sup> Sydow-Ennöckl (Fn. 19), Art. 3 Rn. 6.

<sup>25</sup> Plath, in: Plath (Hrsg.), BDSG. DSGVO. Kommentar, 2. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 10.

Fällen stellt sich das Problem der Anwendung von Abs. 2.<sup>26</sup>

Denkbar ist, dass die Niederlassung Auftragsverarbeitung im Sinne des Art. 28 DSGVO für einen innereuropäischen Verantwortlichen betreibt. Die DSGVO ist dann schon wegen des Sitzes des Verantwortlichen anwendbar. Handelt die Niederlassung dagegen im Auftrag eines Verantwortlichen in einem Drittstaat, so kommt es auf ihren Sitz an. Auch als Unterauftragnehmer ist die Niederlassung ggf. „Auftragsverarbeiter“ im Sinne der DSGVO.

#### **IV. Marktortprinzip (Art. 3 Abs. 2)**

Abs. 2 geht mit Hilfe des sog. Marktortprinzips weit über Abs. 1 und das bisherige Recht hinaus. Danach findet die DSGVO in zwei weiteren Konstellationen Anwendung, die vorwiegend im Internet vorkommen:

- In Drittstaaten angesiedelte Unternehmen oder Niederlassungen bieten betroffenen Personen, die sich im Gebiet der Union befinden, Waren oder Dienstleistungen an (Buchst. a) oder
- das Verhalten betroffener Personen in der Union wird beobachtet (Buchst. b).

In beiden Fällen geht es darum, die Privatsphäre der Einzelnen gegen Eingriffe von außen zu schützen; die Union kommt insoweit ihrer Schutzpflicht in Bezug auf das Grundrecht auf Datenschutz nach Art. 8 GR-Charta nach.<sup>27</sup> Dies wird durch die ErwGr. 23 und 24 bestätigt. Außerdem werden einheitliche Wettbewerbsbedingungen für alle in der EU tätigen Unternehmen geschaffen.<sup>28</sup> Mit Rücksicht auf die Betroffenheit von Personen im Gebiet der EU liegt auch keine völkerrechtlich bedenkliche Regelung von reinen Auslandssachverhalten vor.<sup>29</sup> Ein ähnlich weiter Anwendungsbereich findet sich zudem im Wettbewerbs- und Kartellrecht<sup>30</sup> sowie beim Schutz jugendlicher Internet-Nutzer im Recht der USA.<sup>31</sup>

##### **1. Waren- und Dienstleistungsangebote (Buchstabe a)**

---

<sup>26</sup> Dazu unten IV 3.

<sup>27</sup> Gola-Piltz (Fn. 3), Art. 3 Rn. 24; Kühling/Buchner-Klar (Fn. 3), Art. 3 Rn. 20; Ehmann/Selmayr-Zerdick, DSGVO. Kommentar, 2017, Art. 3 Rn. 2.

<sup>28</sup> Vgl. Auernhammer- v. Lewinski (Fn. 2), Art. 3 Rn. 2; Laue/Nink/Kremer (Fn. 4), § 1 Rn. 81; Sydow-Ennöckl (Fn. 19), Art. 3 Rn. 12; Trentmann CR 2017, 26, 29 f.; Wybitul-Rauer/Ettig (Fn. 21), Art. 3 Rn. 9.

<sup>29</sup> Ebenso Ehmann/Selmayr-Zerdick (Fn. 27), Art. 3 Rn. 13. Vgl. weiter Trentmann, CR 2017, 26, 30.

<sup>30</sup> Klar, DuD 2017, 533, 534

<sup>31</sup> Klar, DuD 2017, 533, 536

An wen sich ein Angebot richtet, hängt von den jeweiligen Umständen ab. Oft hilft nur ein Rückschluss aus der äußeren Aufmachung. Der Gebrauch einer Sprache, die wie z. B. Italienisch oder Polnisch nur in der Union gesprochen wird, ist ein wichtiges Indiz dafür, dass Personen in der EU Adressaten sind. Dies gilt erst recht, wenn auch eine Bestellung in diesen Sprachen angeboten oder wenn ein Versandort in einem EU-Mitgliedstaat genannt wird.<sup>32</sup> Wird der Preis in einer Währung genannt, die es nur in der Union gibt, ist die Ausrichtung des Angebots ebenfalls eindeutig. Ein weiteres Indiz stellt es dar, wenn im Rahmen der Werbung Kunden oder Nutzer genannt werden, die sich in der Union befinden („Testimonials“).<sup>33</sup> Auf der anderen Seite ist der Gebrauch des Englischen, des Spanischen oder des Französischen kein ausreichendes Indiz, weil diese Sprachen auch außerhalb der EU gesprochen werden. Weiter genügt die bloße Zugänglichkeit einer Website im Internet nicht.<sup>34</sup> Art. 3 Abs. 2 Buchstabe a DSGVO ist nicht anwendbar, wenn der in der EU ansässige Verantwortliche die Dienste eines Cloud-Anbieters aus einem Drittstaat in Anspruch nimmt.<sup>35</sup> Allerdings greift dann die DSGVO nach ihrem Art. 3 Abs. 1 ein. Notfalls müsste Art. 44 Satz 1 DSGVO entsprechend angewandt werden, der sogar bei einer Weiterübermittlung von einem Drittstaat in einen andern die Beachtung der DSGVO verlangt: Ist Ausgangspunkt ein Verantwortlicher in der EU, der nur einen „Umweg“ über Drittstaaten macht, so kann nichts anderes gelten.

Nicht notwendig ist, dass es sich um eine entgeltliche Leistung in dem Sinne handelt, dass eine Gegenleistung in Geld bezahlt werden müsste.<sup>36</sup> Man ist daher des Problems enthoben, ob Angebote, deren Annahme mit der Preisgabe von Daten verbunden ist, entgeltlichen Charakter tragen. Die „unentgeltlichen“ Dienste von Suchmaschinen wie Google fallen daher unter die Vorschrift,<sup>37</sup> ebenso viele Online-Dienste einschließlich von sozialen Netzwerken.

Die Adressaten des Angebots müssen sich lediglich in der Union aufhalten; es ist nicht erforderlich, dass es sich um Unionsbürger handelt.<sup>38</sup> Auch ein vorübergehender Aufenthalt z. B.

---

<sup>32</sup> Paal/Pauly-Ernst (Fn. 1), Art. 3 Rn. 16.

<sup>33</sup> Ehmann/Selmayr-Zerdick (Fn. 27), Art. 3 Rn. 18 mit weiteren Beispielen.

<sup>34</sup> EuGH 28.7.2016 – C-191/15 – NJW 2016, 2727 – Tz. 76 – Verein für Konsumenteninformation; Auernhammer-v.Lewinski (Fn. 2), Art. 3 Rn. 13; Paal/Pauly-Ernst (Fn. 1), Art. 3 Rn. 16; Piltz, K&R 2016, 559; Sydow-Ennöckl (Fn.19), Art. 3 Rn. 14; vgl. auch ErwGr 23 Satz 3.

<sup>35</sup> Wybitul-Rauer/Ettig (Fn. 21), Art. 3 Rn. 12

<sup>36</sup> EuArbR/Franzen (Fn. 20), Art. 3 VO 2016/679/EU Rn. 4.

<sup>37</sup> Paal/Pauly-Ernst (Fn. 1), Art. 3 Rn. 17; Ehmann/Selmayr-Zerdick (Fn. 19), Art. 3 Rn. 17

<sup>38</sup> Paal/Pauly-Ernst (Fn. 1), Art. 3 Rn. 16; Kühling/Buchner-Klar (Fn. 3), Art. 3 Rn. 36; Plath-Plath (Fn. 25), Art. 3 Rn. 15; Piltz, K&R 2016, 559

als Tourist genügt.<sup>39</sup> Dies ist eine im Grunde selbstverständliche Folge der Tatsache, dass die Grundrechte auf Schutz der Privatsphäre nach Art. 7 GR-Charta und auf Datenschutz nach Art. 8 GR-Charta „jeder Person“ und nicht nur Unionsbürgern zustehen.<sup>40</sup>

## **2. Verhaltensbeobachtung (Buchstabe b)**

Die DSGVO ist auch anzuwenden, wenn die Verarbeitung dazu dient, das Verhalten von Betroffenen „zu beobachten, soweit ihr Verhalten in der Europäischen Union erfolgt“. Entscheidend ist, „ob ihre Internetaktivitäten nachvollzogen werden, einschließlich der möglichen nachfolgenden Verwendung von Datenverarbeitungstechniken, durch die von einer Person ein Profil erstellt wird, das insbesondere die Grundlage für sie betreffende Entscheidungen bildet oder anhand dessen ihre persönlichen Vorlieben, Verhaltensweisen oder Gepflogenheiten analysiert oder vorausgesagt werden sollen“ (Erwägungsgrund 24). Durch die Erfassung des Verhaltens können ggf. Einstellungen, Gefühle oder sonstige innere Vorgänge bei den Betroffenen ermittelt werden. Damit werden Techniken des Tracking, Profiling, Personalizing und Targeting erfasst.

Die Daten werden häufig für Zwecke der Werbung und der Optimierung des Absatzes ermittelt. So kann ein Nutzerprofil künftige Werbeaktivitäten und Angebote erleichtern.<sup>41</sup> Sie können aber auch eine Bewertung im Rahmen von Vertragsbeziehungen (Rating, Scoring) oder die Erteilung einer Auskunft vorbereiten. Die Wahl der Zwecke ist frei; es kann sich auch um Verhaltensforschung oder um die Ermittlung von politischen Einstellungen handeln.<sup>42</sup>

## **3. Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter außerhalb der Union**

Dem Wortlaut der Vorschrift nach sind beide Varianten des Abs. 2 nur anwendbar, wenn der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter nicht in der Union niedergelassen ist. Dabei kann es

---

<sup>39</sup> Ehmman/Selmayr-Zerdick (Fn. 19), Art. 3 Rn. 16; Auernhammer- v.Lewinski (Fn. 2), Art. 3 Rn. 9; im Ergebnis zustimmend EuArbR/Franzen (Fn. 20), Art. 3 VO 2016/679/EU Rn. 7.

<sup>40</sup> Zur Schutzfunktion s. auch Klar, DuD 2017, 535.

<sup>41</sup> Gola-Piltz (Fn. 3), Art. 3 Rn. 31.

<sup>42</sup> Paal/Pauly-Ernst (Fn. 1), Art. 3 Rn. 19.

sich im Übrigen auch um ausländische Behörden wie die NSA handeln, die das Verhalten von Personen in der Union beobachten.<sup>43</sup> Nicht ausdrücklich erfasst ist jedoch der Fall, dass das ausländische Unternehmen eine Niederlassung in der Union besitzt, diese jedoch nichts mit der Datenverarbeitung zu tun hat, so dass Abs. 1 nicht eingreifen kann. Im Interesse des Grundrechtsschutzes ist die dadurch entstehende Lücke in der Weise zu schließen, dass hier Abs. 2 entsprechende Anwendung findet: Der Verordnungsgeber hatte diesen Fall offensichtlich nicht bedacht.<sup>44</sup>

#### **4. Transitprobleme**

Wurden Datenträger zum Zwecke des Transits durch Deutschland eingesetzt, hatte dies nach § 1 Abs. 5 Satz 4 BDSG-alt nicht die Anwendung von deutschem Datenschutzrecht zur Folge. Eine entsprechende Vorschrift ist in der DSGVO nicht vorhanden, doch wird man zu keinem anderen Ergebnis kommen: Es fehlt an jeder Datenverarbeitung, wenn Daten lediglich über einen innereuropäischen Router durchgeleitet werden, ohne dass sie jemand zur Kenntnis nimmt.<sup>45</sup> Dasselbe gilt, wenn z. B. ein Flugzeugpassagier einen Laptop oder eine CD mitführt, ohne während seines Aufenthalts in der EU darauf zuzugreifen. Ist dies im Einzelfall anders – der aus Djakarta kommende Manager hat in Frankfurt sechs Stunden Aufenthalt, bevor er nach New York weiterfliegt, und benutzt diese Zeit zur Erledigung seiner Korrespondenz mit Hilfe des Laptops – so sind gleichfalls die Voraussetzungen des Art. 3 nicht erfüllt: Weder begründet die fragliche Person eine Niederlassung in der Union noch macht sie allein aufgrund ihrer Tätigkeit Personen in der Union Angebote oder überwacht ihr Verhalten.

#### **V. Mitgliedstaatliches Recht außerhalb der EU (Art. 3 Abs. 3)**

Abs. 3 betrifft den Fall, dass das Recht eines Mitgliedstaats aufgrund Völkerrechts an einem Ort Anwendung findet, der außerhalb der Union liegt. Gedacht ist dabei in erster Linie an diplomatische und konsularische Vertretungen in Drittstaaten; auch sie müssen die DSGVO beachten.<sup>46</sup> Die französischen Übersee-Départements gehören zur EU und sind deshalb schon

<sup>43</sup> Gola-Piltz (Fn. 3), Art. 3 Rn. 25.

<sup>44</sup> Vgl. Piltz, K&R 2016, 559; Kühling/Buchner-Klar (Fn. 3), Art. 3 Rn. 60.

<sup>45</sup> Paal/Pauly-Ernst (Fn. 1), Art. 3 Rn. 14.

<sup>46</sup> ErwGr. 25; Kühling/Buchner-Klar (Fn. 3), Art. 3 Rn. 4; Ehmann/Selmayr-Zerdick (Fn. 19), Art. 3 Rn. 20; EuArbR/Franzen (Fn. 20), Art. 3 VO 2016/679/EU Rn. 1; Paal/Pauly-Ernst (Fn. 1), Art. 3 Rn. 21.

durch Abs. 1 und 2 erfasst.

## **VI. Rechtsfolgen**

### **1. Anwendung der ganzen DSGVO einschließlich ihres Art. 44**

Ist die DSGVO aufgrund der Absätze 1 oder 2 von Art. 3 anwendbar, so gilt dies für alle ihre Vorschriften. Auch die Bestimmungen zu Datenübermittlungen in Drittländer und an internationale Organisationen (Art. 44 ff.) sind anzuwenden. Über das bisher geltende Recht hinaus stellt der letzte Halbsatz von Art. 44 Satz 1 DSGVO klar, dass die allgemeinen Anforderungen der Art. 44 bis 50 DSGVO auch dann gelten, wenn Daten von einem Drittstaat in einen anderen oder von einer internationalen Organisation an eine andere übermittelt werden (auch als „Onward Transfer“ bezeichnet). Diese erweiterte Anwendung von DSGVO-Bestimmungen kann problematisch werden, wenn ein Drittstaat abweichende Grundsätze für eine Übermittlung in ein anderes Drittland kennt, diese beispielsweise ohne weiteres zulässt. Dem Drittstaat kann die Einhaltung des EU-Datenschutzrechts nicht aufgezwungen werden – ganz abgesehen davon, dass die Verhängung von Sanktionen auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen würde. Da der Aufsichtsbehörde die Hände gebunden sind, helfen faktisch nur vertragliche Abmachungen mit dem Datenempfänger im ersten Drittland, der versprechen muss, eine Weiterübermittlung nur unter Wahrung der Art. 44 ff. DSGVO vorzunehmen. Eine solche vertragliche Lösung ist insbesondere auch dann vorzusehen, wenn der Datenschutz im ersten Drittland als gleichwertig anerkannt ist und deshalb vertragliche Garantien an sich fernliegend sind. Fehlt es an einem Angemessenheitsbeschluss der EU-Kommission, müssen die dann notwendigen vertraglichen Garantien dafür sorgen, dass auch die Weiterübermittlung im Sinne des Art. 44 Satz 1 geregelt ist. Eine Verletzung der vertraglich eingegangenen Bindung löst die im Vertrag vorgesehenen Sanktionen aus. Enthält der Vertrag insoweit keine Regelung, entsteht nach allgemeinen Grundsätzen eine vertragliche wie auch eine auf Art. 82 DSGVO beruhende Schadensersatzpflicht.<sup>47</sup>

### **2. Bestellung und Aufgaben eines Vertreters durch Verantwortliche aus Drittstaaten**

---

<sup>47</sup> Zur Haftung nach Art. 82 s. Däubler, CuA (= Computer und Arbeit) Heft 12/2017, S. 29 ff.

## **a) Der Grundsatz**

In den Fällen des Art. 3 Abs. 2 muss der in einem Drittstaat ansässige Verantwortliche oder Auftragdatenverarbeiter nach Art. 27 Abs. 1 DSGVO einen Vertreter in der EU bestellen. Dieser wird dadurch aber nicht zu einer „Niederlassung“ im Sinne des Art. 3 Abs. 1.<sup>48</sup>

Nach Art. 4 Nr. 17 DSGVO ist unter einem Vertreter „eine in der Union niedergelassene natürliche oder juristische Person (zu verstehen), die von dem Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter schriftlich gemäß Artikel 27 bestellt wurde und den Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter in Bezug auf die ihnen jeweils nach dieser Verordnung obliegenden Pflichten vertritt.“ Damit sind eine Reihe von Fragen entschieden.

Der Vertreter kann eine natürliche Person sein (z. B. ein Rechtsanwalt) oder eine juristische Person wie eine GmbH. Diese kann, muss aber nicht zur Unternehmensgruppe des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters gehören (zumal dann oft eine „Niederlassung“ im Sinne des Art. 3 Abs. 1 DSGVO vorliegen würde). Vielmehr wird es sich in der Regel um einen Externen bzw. ein nicht verbundenes Unternehmen handeln.<sup>49</sup> Die fragliche Person kann nicht zugleich die Funktion eines (betrieblichen) Datenschutzbeauftragten erfüllen, da dieser von Weisungen unabhängig sein muss,<sup>50</sup> während der Vertreter den Weisungen des Verantwortlichen bzw. des Auftragsverarbeiters unterworfen ist. Nach Art. 27 Abs. 3 DSGVO muss der Vertreter in einem der Mitgliedstaaten niedergelassen sein, in denen sich die Personen befinden, denen Angebote gemacht werden oder deren Verhalten beobachtet wird. Der Begriff „Niederlassung“ ist genauso wie im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 DSGVO zu bestimmen.<sup>51</sup> Auch wenn sich ein Unternehmen an Betroffene in mehreren Mitgliedstaaten wendet, muss lediglich ein Vertreter bestimmt werden; das konkrete Land und einen bestimmten Ort auszusuchen, ist Sache des Verantwortlichen bzw. des Auftragsverarbeiters.

## **b) Die Ausnahmen**

---

<sup>48</sup> Gola-Piltz (Fn. 3), Art. 3 Rn. 13.

<sup>49</sup> Gola-Piltz (Fn. 3), Art. 27 Rn. 5.

<sup>50</sup> Gola-Piltz (Fn. 3), Art. 27 Rn. 5.

<sup>51</sup> Paal/Pauly-Martini (Fn. 1), Art. 27 Rn. 48. S. oben III 3.

Art. 27 Abs. 2 DSGVO nennt zwei Ausnahmen, in denen die Pflicht zur Bestellung eines Vertreters entfällt. Unproblematisch ist Abs. 2 Buchst. b, wonach Behörden und andere öffentliche Stellen in Drittstaaten keinen Vertreter benennen müssen, soweit die Datenverarbeitung zu öffentlichen Zwecken geschieht.<sup>52</sup> Offensichtlich ging der Verordnungsgeber davon aus, dass diese das Verhalten der Menschen in der EU nicht überwachen oder – was sehr viel wahrscheinlicher ist – dass die EU keinen Konflikt mit einer großen Macht jenseits des Atlantiks gewollt hat.

Mehr Interpretationsprobleme wirft die Ausnahme in Abs. 2 Buchst. a DSGVO auf. Die drei dort genannten Merkmale müssen kumulativ vorliegen, was der deutschen und der englischen Textfassung entspricht, aber entgegen anderslautenden Vermutungen für weitere Fassungen ebenfalls gilt. Auch mit Rücksicht darauf, dass Ausnahmen eng auszulegen sind und dass der Wegfall eines Vertreters die Vorschrift des Art. 3 Abs. 2 DSGVO weithin leerlaufen ließe, wird im Folgenden von einem kumulativen Vorliegen der einzelnen Elemente ausgegangen.<sup>53</sup>

- Kein Vertreter ist zu bestellen, wenn die Verarbeitung nur „gelegentlich“ erfolgt. Es muss sich dabei um eine zeitweise Tätigkeit handeln,<sup>54</sup> die einen eher untergeordneten Charakter trägt.<sup>55</sup>
- Auch eine gelegentliche Verarbeitung darf nicht eine umfangreiche Verarbeitung von sensitiven Daten im Sinne von Art. 9 und Art. 10 DSGVO einschließen. Während „gelegentlich“ die zeitliche Dimension erfasst, meint „umfangreich“ die quantitative wie die qualitative Dimension, die sich in der Verarbeitung sehr vieler sensibler Daten oder einer besonders intensiven Analyse niederschlägt.<sup>56</sup> Die Auswertung krankheitsbedingter Fehlzeiten würde genügen, um die Ausnahme nicht Platz greifen zu lassen.
- Die Verarbeitung darf nicht mit einem Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen verbunden sein, wobei Art, Umstände, Umfang und Zweck der Verarbeitung zu berücksichtigen sind.

Entscheidend kommt es also auf die potentiellen Gefahren für die Betroffenen an; andere Kriterien wie die Größe des Unternehmens, die bei den Vorarbeiten erörtert wurden, haben sich nicht durchgesetzt und spielen deshalb keine Rolle.

Auf einen Vertreter kann nur dann verzichtet werden, wenn die gesamte Datenverarbeitung unter den Ausnahmetatbestand des Abs. 2 fällt. Ist dies für einen Teil nicht der Fall, so ist der Vertreter zu bestellen; er ist gleichzeitig auch für die „geringfügigen“ Verarbeitungsvorgänge zuständig.<sup>57</sup>

<sup>52</sup> Kühling/Buchner-Hartung (Fn. 3), Art. 27 Rn. 11

<sup>53</sup> Ebenso Ehmann/Selmayr-Bertermann (Fn. 19), Art. 27 Rn. 4; Kühling/Buchner-Hartung (Fn. 3), Art. 27 Rn. 7; Laue/Nink/Kremer (Fn. 4), § 1 Rn. 90; Paal/Pauly-Martini (Fn. 1), Art. 27 Rn. 33; Plath-Plath (Fn. 25), Art. 27 Rn. 4; anders Gola-Piltz (Fn. 3), Art. 27 Rn. 22.

<sup>54</sup> Kühling/Buchner-Hartung, Art. 27 Rn. 8 „hin und wieder“, „manchmal“ oder „vereinzelt“

<sup>55</sup> Paal/Pauly-Martini, Art. 27 Rn. 35, 36. Vgl. auch Kühling/Buchner-Hartung, Art. 27 Rn. 8: Darf nicht zum Kernbereich der Geschäftstätigkeit zählen.

<sup>56</sup> Kühling/Buchner-Hartung, Art. 27 Rn. 9

<sup>57</sup> Kühling/Buchner-Hartung (Fn. 3), Art. 27 Rn. 6.

Errichtet der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter eine Niederlassung in der EU, so fällt die Pflicht zur Bestellung eines Vertreters weg, sofern die Niederlassung die in Art. 3 Abs. 2 DSGVO erwähnten Funktionen übernimmt. Dem Verantwortlichen bzw. dem Auftragsverarbeiter steht es frei, ihn als „Anlaufstelle“ weiterbestehen zu lassen, um so den Aufsichtsbehörden und den Betroffenen entgegen zu kommen. Übernimmt die neu errichtete Niederlassung nur einen Teil der Aufgaben nach Art. 3 Abs. 2 DSGVO, bleibt die Pflicht zur Bestellung des Vertreters bestehen. Seine Aufgaben beschränken sich auf den Bereich, in dem die Niederlassung nicht tätig wird.<sup>58</sup>

### **c) Aufgaben des Vertreters**

Nach Art. 27 Abs. 4 DSGVO ist der Vertreter Ansprechpartner für alle Fragen, die mit der Datenverarbeitung durch den Verantwortlichen oder den Auftragsverarbeiter zusammen hängen, und zwar „insbesondere“ für Aufsichtsbehörden und betroffene Personen. Aber auch andere Instanzen wie z. B. ein Betriebsrat können sich an ihn wenden. Ob er ausschließlicher Ansprechpartner in der EU ist (was nahe liegt) oder ob er neben dem Verantwortlichen bzw. dem Auftragsverarbeiter steht, kann die beauftragende Stelle frei entscheiden. Es muss aber nach außen kommuniziert werden.<sup>59</sup> Daneben werden in Einzelbestimmungen seine Aufgaben weiter spezifiziert. So bestimmt Art. 31 DSGVO, dass er mit der Aufsichtsbehörde bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zusammenarbeitet. Nach Art. 30 Abs. 1 DSGVO hat der Vertreter das Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten zu führen. Nach Art. 58 Abs. 1 Buchst. a DSGVO kann ihn die Aufsichtsbehörde anweisen, alle Informationen bereit zu stellen, die sie für die Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt.

Nach Art. 13 Abs. 1 Buchst. a DSGVO erfasst die Informationspflicht, die mit der Erhebung von Daten bei der betroffenen Person verbunden ist, auch Namen und Kontaktdaten des Vertreters. Art. 14 Abs. 1 Buchst. a DSGVO ordnet dasselbe für den Fall an, dass die Daten nicht bei der betroffenen Person (sondern z. B. bei Dritten) erhoben werden. Dies kann Probleme aufwerfen, wenn der Vertreter in einem anderen Mitgliedstaat als die betroffene Person niedergelassen ist

---

<sup>58</sup> Zur entsprechenden Anwendung des Art. 3 Abs. 2 in den Fällen einer Niederlassung, die nicht alle Aufgaben in der EU erfüllt, s. oben III 3.

<sup>59</sup> Kühling/Buchner-Hartung (Fn. 3), Art. 27 Rn. 15.

und nur in der dort vorherrschenden Sprache kommuniziert. So können z. B. Auskunftsrechte leerlaufen, da nur wenige Betroffene über die Mittel verfügen werden, sich eine Übersetzung zu beschaffen. Dies wird in der Literatur zum Teil in Kauf genommen,<sup>60</sup> kann aber nicht befriedigen: Die Vielsprachigkeit des Unionsrechts, die heute auf Art. 342 AEUV und der Verordnung Nr. 1<sup>61</sup> beruht, hat gerade den Sinn, jedem Bürger den Zugang zu den für ihn relevanten Vorschriften des Unionsrechts zu sichern. Es mag zwar zulässig sein, sich bei der Vorbereitung von Rechtsakten auf die „bekanntesten“ Sprachen zu beschränken, doch darf dies nicht dazu führen, dass Rechte Einzelner beeinträchtigt werden.<sup>62</sup> So dürfen etwa Lebensmittel nicht ohne „Angaben in einer dem Käufer leicht verständlichen Sprache“ in den Verkehr gebracht werden.<sup>63</sup> Im Datenschutz kann nichts anderes gelten.

Der Vertreter soll nach ErwGr 80 Satz 2 im Namen des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters tätig werden und den Aufsichtsbehörden als Anlaufstelle dienen. Erwägen diese beispielsweise, bestimmte Datenverarbeitungsvorgänge zu beanstanden, so können sie sich an den Vertreter wenden und mit diesem über Abhilfemöglichkeiten verhandeln. Dies schließt nach Abs. 5 nicht aus, dass sie sich auch direkt mit dem in einem Drittstaat ansässigen Verantwortlichen in Verbindung setzen, sofern dieser dazu bereit ist.

### **3. Sanktionen bei Nichtbestellung eines Vertreters**

Wird ein Vertreter nicht benannt, obwohl keine der Ausnahmen des Art. 27 Abs. 2 DSGVO vorliegt, so stellt dies einen Verstoß gegen die DSGVO dar. Nach Art. 83 Abs. 4 Buchst. a DSGVO kann er mit einem Bußgeld sanktioniert werden kann, das bis zu 10.000.000 Euro oder im Fall eines Unternehmens bis zu 2 % des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes geht, sofern dies der höhere Betrag ist. Vollstreckbar ist eine solche Sanktion allerdings nur insoweit, als der Verantwortliche bzw. der Auftragsverarbeiter über Vermögen in der EU verfügt (was

---

<sup>60</sup> Paal/Pauly-Martini (Fn. 1), Art. 27 Rn. 51.

<sup>61</sup> ABl. 1958, 358, jeweils angepasst beim Beitritt neuer Mitgliedstaaten

<sup>62</sup> Priebe, in: Schwarze u.a. (Hrsg.), EUV, AEUV, GR-Charta, Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 342 AEUV Rn. 2 a. E.

<sup>63</sup> Richtlinie 2000/13/EG, ABl. 2000 L 109/29, Art. 16

mangels Niederlassung die Ausnahme sein wird). Eine Zwangsvollstreckung im Ausland wäre nur auf der Grundlage eines Rechtshilfeabkommens möglich.

Die Verhängung eines Bußgelds ist allerdings nicht die einzige Sanktion, die der Aufsichtsbehörde zur Verfügung steht. Im vorliegenden Zusammenhang wird sie in erster Linie von ihren abgestuften Befugnissen nach Art. 58 Abs. 2 DSGVO Gebrauch machen, die mit einer „Warnung“ und einer „Verwarnung“ beginnen und die auch die Möglichkeit umfassen, „eine vorübergehende oder endgültige Beschränkung der Verarbeitung, einschließlich eines Verbots, zu verhängen.“ In gravierenden Fällen kann daher das Anbieten von Waren und Dienstleistungen in der EU oder die Beobachtung des Verhaltens von in der EU befindlichen Personen insgesamt verboten werden. Den in einem Drittstaat ansässigen Unternehmen kann daher den Zugang zum europäischen Markt versperrt werden. Dies dürfte mindestens ebenso wirksam wie die Verhängung eines Bußgelds sein.

#### **4. Vertreter als Adressat von Sanktionen**

Soweit ein Vertreter benannt wurde, kann er von der Aufsichtsbehörde nur insoweit sanktioniert werden, als er eigene Pflichten verletzt hat. Unterlässt er es beispielsweise, trotz einer Anordnung Informationen nach Art. 58 Abs. 1 Buchst. a DSGVO bereit zu stellen, so kann gegen ihn nach Art. 83 Abs. 5 Buchst. e DSGVO ein Bußgeld festgesetzt werden. Bei der Verletzung von Pflichten des Verantwortlichen bzw. des Auftragsverarbeiters kann ein Bußgeld dagegen nach Art. 83 Abs. 4 Buchst. a DSGVO nur gegen diese verhängt werden; eine Analogie zu seinen Lasten kommt genauso wenig wie im Strafrecht in Betracht.<sup>64</sup>

ErwGr 80 Satz 6 enthält die ein wenig rätselhafte Formulierung, bei Verstößen des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters solle der bestellte Vertreter „Durchsetzungsverfahren unterworfen werden“. Dies kann den Umständen nach nur bedeuten, dass Maßnahmen nach Art. 58 Abs. 2 DSGVO sowie Bußgelder nach Art. 83 DSGVO dem Vertreter zugestellt werden können, sich aber gegen den Verantwortlichen bzw. gegen den Auftragsverarbeiter richten. Mittelbar wird dies aus ErwGr. 80 Satz 2 deutlich, wonach der Vertreter „im Namen“ des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters tätig werden und den

---

<sup>64</sup> Kühling/Buchner-Hartung (Fn. 3), Art. 27 Rn. 18; Laue/Nink/Kremer (Fn. 4), § 1 Rn. 96.

Aufsichtsbehörden als Anlaufstelle dienen soll. Nach ErwGr. 80 Satz 3 soll der Vertreter außerdem vom Verantwortlichen oder dem Auftragsverarbeiter schriftlich beauftragt werden, in Bezug auf die aus der DSGVO folgenden Verpflichtungen an seiner Stelle zu handeln. Dies betrifft insbesondere Reaktionen auf Maßnahmen der Aufsichtsbehörde, denen Rechnung getragen oder gegen die mit Rechtsmitteln vorgegangen werden soll.

Wird eine finanzielle Sanktion gegen den Verantwortlichen oder den Auftragsverarbeiter verhängt und dem Vertreter zugestellt und wird die fragliche Entscheidung bestandskräftig, so stellt sich auch hier das Problem der Zwangsvollstreckung. Maßnahmen im Drittstaat sind nur mit dessen Zustimmung oder aufgrund eines völkerrechtlichen Abkommens möglich. Anders verhält es sich lediglich mit dem Zugriff auf Vermögen, das sich in der EU befindet. Auch hier wird es jedoch aussichtreicher sein, von den Möglichkeiten des Art. 58 Abs. 2 DSGVO Gebrauch zu machen, die bis zu einem Verbot bestimmter Datenverarbeitungen (und damit bis zu einem Ausschluss aus dem Markt) reichen können.<sup>65</sup>

## **VII. Nationales Kollisionsrecht**

### **1. Ein neues „interlokales“ Kollisionsrecht?**

Die zahlreichen Öffnungsklauseln der DSGVO führen dazu, dass in bestimmten Bereichen unterschiedliches Recht in den einzelnen Mitgliedstaaten besteht. Dies gilt nach Art. 88 DSGVO auch für das Recht der abhängigen Beschäftigung. Art. 3 erfasst diese Fälle nicht, da er nur den räumlichen Anwendungsbereich der DSGVO als solcher regelt.<sup>66</sup> Auch an anderer Stelle macht die DSGVO insoweit keine Vorgaben.<sup>67</sup>

§ 1 Abs. 4 BDSG-neu enthält eigenständige kollisionsrechtliche Normen, die allerdings nur den Anwendungsbereich des Gesetzes selbst bestimmen, also wie Art. 3 DSGVO einseitige Kollisionsnormen darstellen. Man kann insoweit von „interlokalen“ Normen neuer Art, d. h. auf

---

<sup>65</sup> Art. 58 Abs. 2 Buchst. f DSGVO

<sup>66</sup> Piltz, K&R 2016, 559.

<sup>67</sup> Gola-Piltz (Fn. 3), Art. 3 Rn. 37; Kühling/Buchner-Klar (Fn. 3), Art. 3 Rn. 5.

neuer Ebene sprechen. Außerdem ist § 1 Abs. 4 BDSG-neu in all jenen Fällen maßgebend, die nicht unter den Geltungsbereich der DSGVO fallen.<sup>68</sup>

## **2. Inhalt des § 1 Abs. 4 BDSG-neu im Einzelnen**

Das BDSG-neu ist nach seinem § 1 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 anwendbar, wenn der Verantwortliche oder der Auftragsdatenverarbeiter Daten „im Inland“ verarbeitet. Wo sich der Sitz befindet, ist gleichgültig; dieser kann auch in einem anderen EU-Mitgliedstaat oder in einem Drittstaat liegen. Werden Daten eines Beschäftigten im Inland erhoben, unterliegt dieser Vorgang dem BDSG-neu. Als Beispiel wird etwa der Fall genannt, dass alle Aktivitäten auf dem Messestand eines französischen Unternehmens in Deutschland in einem Videofilm festgehalten werden.<sup>69</sup>

Nach § 1 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 BDSG-neu ist das Gesetz gleichfalls anwendbar, wenn die Verarbeitung der Daten „im Rahmen der Tätigkeit einer inländischen Niederlassung des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters erfolgt.“ Die Datenverarbeitung muss nicht notwendigerweise im Inland stattfinden. So ist es denkbar, dass alle Personaldaten der Mitarbeiter einer deutschen Niederlassung eines französischen Unternehmens an die in Frankreich ansässige Muttergesellschaft übermittelt und dort weiterverarbeitet werden. Jedenfalls die Erhebung würde dann deutschem Recht unterliegen.

§ 1 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 BDSG-neu bestimmt, dass auch solche Verantwortliche und Auftragsverarbeiter erfasst sind, die ohne Niederlassung in der EU unter den Anwendungsbereich der DSGVO fallen. Gäbe es diese Vorschrift nicht, könnte bei bestimmten Daten die Situation eintreten, dass sie zwar der DSGVO, nicht aber dem BDSG-neu unterliegen würden, was einen gespaltenen Datenschutz zur Folge hätte. Dies wäre etwa in Fällen denkbar, die (nur) vom Marktortprinzip<sup>70</sup> erfasst sind.

Greift keine dieser drei Vorschriften ein, so finden nach § 1 Abs. 4 Satz 3 BDSG-neu nur die Bestimmungen über den Bundesbeauftragten für den Datenschutz und über die Aufsichtsbehörde Anwendung (§§ 8 bis 21, 39 bis 44 BDSG-neu). Ein Anknüpfungsmoment wird nicht genannt; die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs enthält keinerlei Aussage zu der

<sup>68</sup> Dazu Däubler, Gläserne Belegschaften, 7. Aufl. 2017, § 2 II 6 (Rn. 45); Paal/Pauly-Ernst (Fn.1), Art. 2 Rn. 11.

<sup>69</sup> Klar, DuD 2017, 533, 537.

<sup>70</sup> Oben IV.

Bestimmung.<sup>71</sup> Der Wortlaut könnte eine Zuständigkeit für jedes denkbare Datenschutzunrecht in der Welt abdecken, doch ist dies wohl nicht gemeint: Der Sache nach dürfte es darum gehen, dass die kraft öffentlichen Rechts bestehende Zuständigkeit für alle sich im Territorium der Bundesrepublik abspielenden Vorgänge unberührt bleiben soll.

## **VIII. Fazit**

Der europäische Verordnungsgeber hat eine kollisionsrechtliche Lösung geschaffen, die auf der Höhe der Zeit ist. Auf das Betroffensein von Personen abzustellen, die sich in der EU aufhalten, ist ein neues und adäquates Anknüpfungselement in einer durch das Internet geprägten Welt. Auch an die Durchsetzungsmöglichkeiten wurde gedacht, wenngleich es gerade im Datenschutz schwierig bleiben wird, Recht und Rechtswirklichkeit auch nur annähernd zur Deckung zu bringen. Der neue Versuch hat jedenfalls Anerkennung verdient.

---

<sup>71</sup> BT-Drucksache 18/11325, S. 80 (Erläuterungen zu § 1 Abs. 4).