

# **Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO / BDSG**

Kühling / Buchner

3. Auflage 2020  
ISBN 978-3-406-74994-0  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](http://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.

**d) Angebot „in der Union“.** Nach Art. 3 Abs. 2 lit. a muss die Datenverarbeitung mit einem Angebot von Waren oder Dienstleistungen „in der Union“ im Zusammenhang stehen. Auch wenn der Wortlaut nicht von „ausrichten“ spricht, wie es noch in der Vorversion des Vorschlags der Kommission („directed to“)<sup>201</sup> und einem früheren Entwurfsvorschlags des Parlament („aimed at“)<sup>202</sup> gefordert wurde, ergibt sich aus EG 23 doch eindeutig, dass das Angebot iSd Marktortprinzips auf betroffene Personen, die sich in der Union befinden, **ausgerichtet** sein muss. Ob dies der Fall ist, ist im Wege einer **Gesamtschau** zu ermitteln. EG 23 führt mehrere Merkmale auf, auf die es bei der Bestimmung ankommen soll.<sup>203</sup>

**aa) Kriterien, insbesondere „offensichtliches Beabsichtigen“.** Entscheidend ist 81 nach EG 23, ob es der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter „**offensichtlich beabsichtigt**“ (engl. „whether it is apparent“), betroffenen Personen in einem oder mehreren Mitgliedstaaten der Union Dienstleistungen anzubieten. Die Bedeutung dieser Voraussetzung ist nicht zu unterschätzen, stellt sie doch ein wesentliches Korrektiv dar, um einer überbordenden Anwendbarkeit der DS-GVO entgegenzuwirken. Ob ein offensichtliches Beabsichtigen vorliegt, ist stets mit Blick auf den konkreten Einzelfall zu prüfen.<sup>204</sup> Die Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn ein Angebot lediglich unabsichtlich oder bloß zufällig erfolgt.<sup>205</sup> Ebenfalls nicht ausreichend ist es, wenn es bloß faktisch möglich ist, auf einer Webseite zB eine Bestellung aufzugeben.<sup>206</sup> Zu fordern ist vielmehr eine deutlich erkennbare Ausrichtung des Angebots auf das Marktgebiet (mindestens eines) der Mitgliedstaaten der Union. Diese fehlt auch dann, wenn sich ein Angebot ausschließlich an Personen außerhalb der EU richtet, sich diese dann aber in das Gebiet der Union begeben und ihnen die Leistungen dort weiterhin zur Verfügung stehen.<sup>207</sup> Da die Absicht „offensichtlich“ sein muss, wirken sich **Unklarheiten oder Mehrdeutigkeiten** nicht zu Lasten des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters aus.<sup>208</sup>

Nur der Wille, entsprechende geschäftliche Beziehungen mit Personen in der Union 82 einzugehen, muss offensichtlich beabsichtigt sein, nicht jedoch der mangelnde Wille, dies tun zu wollen. Daher ist grundsätzlich kein „**Disclaimer**“ dergestalt erforderlich (ggf. aber empfehlenswert),<sup>209</sup> dass sich ein Angebot nicht an betroffene Personen richtet, die sich in der Union befinden.<sup>210</sup> Liegt ein solcher jedoch vor, beispielsweise durch den Hinweis eines US-amerikanischen Unternehmens, dass der Versand seiner Ware nicht in die EU erfolge (zB „no overseas shipping“), und bestehen auch im Übrigen keine Anhaltspunkte,

<sup>201</sup> 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 v. 29.11.2011, 36.

<sup>202</sup> Europäisches Parlament, Entwurf eines Berichts, 2012/0011(COD), Dokument PE501.927v01-00 v. 17.12.2012, 68.

<sup>203</sup> Die Merkmale wurden auf die Initiative des Rats der Europäischen Union in den Verordnungstext aufgenommen (vgl. Rat der Europäischen Union, Interinstitutionelles Dossier 2012/0011 (COD), 10227/13 v. 31.5.2013, 6) und lehnen sich an die Rechtsprechung des EuGH (Urt. v. 7.11.2010 – C-585/08 u. C-144/09, Slg. 2010, I-12527 Rn. 47 ff. – Alpenhof) im Zusammenhang mit der VO (EG) Nr. 44/2001, ABl. 2001 L 12, 1, an.

<sup>204</sup> Europäischer Datenschutzausschuss, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1., 18, 12.11.2019.

<sup>205</sup> Europäischer Datenschutzausschuss, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1., 15, 12.11.2019.

<sup>206</sup> Eine Anwendbarkeit der DS-GVO befahend, wenn die Bestellung akzeptiert wird *Plath* in Plath Art. 3 Rn. 23.

<sup>207</sup> Europäischer Datenschutzausschuss, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1., 15, 12.11.2019.

<sup>208</sup> So auch Borges in FHS Betr. Datenschutz Teil 1 Kap. 3 Rn. 143; Hornung in NK-DatenschutzR Art. 3 Rn. 50.

<sup>209</sup> So wird US-amerikanischen Verlagen bereits empfohlen, sich insbesondere durch Disclaimer, aber auch durch andere Maßnahmen dem Anwendungsbereich der DS-GVO zu entziehen, s. Wimmer Syracuse L. Rev. 2018, 547 (575 ff.).

<sup>210</sup> Zu Disclaimern vgl. auch Borges in FHS Betr. Datenschutz Teil 1 Kap. 3 Rn. 142.

dass sich das Angebot an Personen in der Union richtet, ist die Nichtanwendbarkeit der DS-GVO eindeutig.<sup>211</sup>

- 83 EG 23 bestimmt weiter, dass die bloße Zugänglichkeit einer Webseite eines Verantwortlichen oder eines Vermittlers in der Union oder einer E-Mail-Adresse oder anderer Kontaktdata oder die Verwendung einer Sprache, die in dem Drittland, in dem der Verantwortliche niedergelassen ist, allgemein gebräuchlich ist, keinen ausreichenden Anhaltpunkt für ein „offensichtliches Beabsichtigten“ darstellt.<sup>212</sup> Dagegen sollen Faktoren, wie die Verwendung einer **Sprache oder Währung**, die in einem oder mehreren Mitgliedstaaten gebräuchlich ist, in Verbindung mit der Möglichkeit, Waren und Dienstleistungen in dieser anderen Sprache zu bestellen, und/oder die **Erwähnung von Kunden oder Nutzern**, die sich in der Union befinden, darauf hindeuten, dass der Verantwortliche es beabsichtigt, betroffenen Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten.<sup>213</sup>
- 84 Die in EG 23 aufgeführten Kriterien sind **nicht abschließend**. Der EuGH hat im Zusammenhang mit der Verordnung Nr. 44/2001<sup>214</sup> weitere Merkmale bestimmt, anhand derer zu beurteilen ist, ob eine Tätigkeit auf den Wohnsitzmitgliedstaat einer Person ausgerichtet ist. Diese Kriterien können auch im Rahmen von Art. 3 Abs. 2 lit. a herangezogen werden.<sup>215</sup> Danach sind alle offenkundigen Ausdrucksformen des Willens des Anbietenden, Personen in diesem Mitgliedstaat als Kunden zu gewinnen, in Betracht zu ziehen.<sup>216</sup> Das Bestehen eines solchen Willens wird sowohl durch die ausdrückliche Angabe belegt, Dienstleistungen oder Produkte in einem oder mehreren namentlich genannten Mitgliedstaaten anzubieten, als auch durch die Tätigung von **Ausgaben für einen Internetreferenzierungsdienst** des Betreibers einer Suchmaschine, die das Ziel verfolgt, in verschiedenen Mitgliedstaaten wohnhaften Verbrauchern den Zugang zur Webseite des Anbieters zu erleichtern.<sup>217</sup> Ergänzend können auch Kriterien wie die Angabe einer internationalen Vorwahl, die Verwendung mitgliedstaatspezifischer **Top-Level-Domain** (zB „.uk“, „.fr“, oder „.es“),<sup>218</sup> **Anfahrtsbeschreibungen** von einem oder mehreren Mitgliedstaaten aus zum Ort der Niederlassung oder die Wiedergabe von **Kundenbewertungen** aus der EU herangezogen werden.<sup>219</sup> Für ein Ausrichten auf die Union kann es auch sprechen, dass der Anbieter eine spezielle **Kostenregelung** für Versendungen in Mitgliedstaaten der EU vorsieht. Nicht ankommen kann es dagegen auf das auf den Vertragsschluss anwendbare Recht.<sup>220</sup>
- 85 **bb) Beispiele.** Unproblematisch sind die Fälle zu beurteilen, in denen ein Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter auf einer Webseite Waren oder Dienstleistungen in einer **Sprache, die ausschließlich in einzelnen oder mehreren Mitgliedstaaten der EU**

<sup>211</sup> So auch *Hornung* in NK-DatenschutzR Art. 3 Rn. 53; ebenso wohl *Plath* in Plath Art. 3 Rn. 22.

<sup>212</sup> S. hierzu *Europäischer Datenschutzausschuss*, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1., 17, 12.11.2019; *Wimmer Syracuse L. Rev.* 2018, 547 (552); missverständlich *de Hert/Czerniawski* IDPL 2015, 230 (239).

<sup>213</sup> *Azzi* JIPITEC 2018, 126 (129); *Lazzarotti/Costigan* Nat'l L. Rev., 8.1.2018, abrufbar unter [www.natlawreview.com/article/does-gdpr-apply-to-your-us-based-company](http://www.natlawreview.com/article/does-gdpr-apply-to-your-us-based-company), zul. aufgerufen am 22.5.2020; *Wimmer Syracuse L. Rev.* 2018, 547 (552 ff.).

<sup>214</sup> VO (EG) Nr. 44/2001, ABl. EG 2001 L 12, 1.

<sup>215</sup> Wie hier *Zerdick* in *Elmann/Selmayr* Art. 3 Rn. 18.

<sup>216</sup> EuGH Urt. v. 7.11.2010 – C-585/08 u. C-144/09, Slg. 2010, I-12527 Rn. 80 – Alpenhof.

<sup>217</sup> EuGH Urt. v. 7.11.2010 – C-585/08 u. C-144/09, Slg. 2010, I-12527 Rn. 81 – Alpenhof; *Europäischer Datenschutzausschuss*, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1., 17, 12.11.2019. Hierzu auch *Wimmer Syracuse L. Rev.* 2018, 547 (553 ff.).

<sup>218</sup> *Europäischer Datenschutzausschuss*, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1., 18, 12.11.2019; vgl. auch die Vorversion von EG 23 im Entwurf der Europäischen 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), 20; ferner *Schwartz* University of Pennsylvania Law Review 2013, 1623 (1651).

<sup>219</sup> Vgl. EuGH Urt. v. 7.11.2010 – C-585/08 u. C-144/09, Slg. 2010, I-12527 Rn. 83 – Alpenhof.

<sup>220</sup> *V. Lewinski* in *Auernhammer* Art. 3 Rn. 17.

**üblich** ist (zB schwedisch), anbietet. Der Anwendungsbereich der DS-GVO ist in diesen Konstellationen regelmäßig eröffnet. Denn der Anbieter beabsichtigt es in diesem Fall „offensichtlich“ iSd EG 23, Geschäfte mit betroffenen Personen in dem jeweiligen Mitgliedstaat zu tätigen.

Dagegen fällt eine Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit einem Angebot von Waren oder Dienstleistungen auf Webseiten in einer **Sprache, die in keinem Mitgliedstaat der Union üblich** ist (etwa chinesisch) ohne weitere Anhaltspunkte grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich von Abs. 2 lit. a.<sup>221</sup>

Abgrenzungsprobleme können hinsichtlich solcher Angebote von Waren oder Dienstleistungen auf einer Webseite auftreten, die sich nicht eindeutig an Personen in der Union richten, da sie in einer **Sprache, die auch in Ländern außerhalb der EU üblich** ist (zB englisch, französisch, spanisch), gehalten sind. In diesen Konstellationen wird man ohne weitere Anhaltspunkte grundsätzlich nicht per se von einer Anwendbarkeit der DS-GVO ausgehen können.<sup>222</sup> Denn EG 23 enthält insoweit die entscheidende Weichenstellung, dass es der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter „offensichtlich“ beabsichtigen muss, Geschäfte mit in einem oder mehreren Mitgliedstaaten der Union befindlichen betroffenen Personen zu tätigen. Dies ist allein bei der Verwendung einer Sprache, die (auch) in einem Mitgliedstaat der EU gesprochen wird, nicht ausreichend. Zwar ließe sich argumentieren, dass der Anbieter eines beispielsweise global agierenden Online-Film-Verleihs oder eines Softwaredownloads damit rechnen müsse, dass sein Angebot auch von betroffenen Personen in der EU beansprucht werde, da das Internet grundsätzlich einen globalen Abruf ermögliche und eine Abrufbarkeit in der EU daher für den Anbieter vorhersehbar sei. Umgekehrt hat sich aber auch die betroffene Person auf dieses länderunspezifische Angebot eingelassen. Sie kann dann mangels wahrnehmbarer Adressierung an sie nicht davon ausgehen, dass ihr der Schutz der Gesetze ihrer Heimat zukommt.<sup>223</sup> Treten dagegen Merkmale hinzu, die auf eine Ausrichtung des Angebots auf die Union hindeuten, kann die Anwendbarkeit der DS-GVO wiederum zu bejahen sein.

**e) Cloud-Angebote.** Der Regelung des Abs. 2 kommt auch im Rahmen von Cloud-Angeboten Bedeutung zu. Ist ein Cloud-Anbieter außerhalb der EU niedergelassen und erbringt er für einen Cloud-Nutzer (natürliche Person), der sich in der Union befindet, eine Dienstleistung, so findet die DS-GVO für den Cloud-Anbieter unmittelbar Anwendung.<sup>224</sup> Denn in diesem **Zweipersonenverhältnis** steht die Datenverarbeitung im Zusammenhang mit dem Angebot einer Dienstleistung iSv Art. 3 Abs. 2 lit. a. Folglich muss der Cloud-Anbieter die Vorgaben der DS-GVO als Verantwortlicher einhalten. Dies war unter der DSRL noch anders, da der in einem Drittstaat niedergelassenen Cloud-Anbieter von der DSRL nicht unmittelbar verpflichtet wurde und nur entsprechend vertraglich gebunden werden konnte.<sup>225</sup> Die neue Rechtslage kann für den Cloud-Anbieter im Einzelfall zu einem Konflikt mit dem jeweils national geltenden Recht führen, bei US-amerikanischen Anbietern etwa mit Blick auf eDiscovery-Regelungen, dem Patriot Act oder dem Foreign Intelligence Surveillance Act.<sup>226</sup>

Anders ist die Situation, wenn der Cloud-Nutzer in der Union keine natürliche Person, sondern ein Unternehmen ist, das beispielsweise Kunden- oder Mitarbeiterdaten in die Cloud transferiert. Zwar fällt die Datenübermittlung an den außerhalb der Union niedergelassenen Cloud-Anbieter (Auftragsverarbeiter) nach Abs. 1 unter die DS-GVO. Für den

<sup>221</sup> So wohl auch *Karaduman Business Law International* 2017, 225 (226).

<sup>222</sup> Ebenso *Borges* in FHS Betr. Datenschutz Teil 1 Kap. 3 Rn. 141.

<sup>223</sup> Vgl. *Klar/Kühling* AöR 2016, 165 (222).

<sup>224</sup> *Roßnagel/Richter/Nebel* ZD 2013, 103 (104).

<sup>225</sup> Kritisch daher zur neuen Rechtslage *Schwartz Bloomberg BNA Privacy and Security Law Report* 2013, 1 (3): „a cloud service may only be providing computing power for an EU company. Nonetheless, these companies may still face complex obligations under EU privacy law“; *Schwartz University of Pennsylvania Law Review* 2013, 1623 (1651).

<sup>226</sup> *Hornung/Städtler* CR 2012, 638 (640).

Cloud-Anbieter selbst gilt die DS-GVO jedoch nicht. Denn die Datenverarbeitung steht in diesem **Dreipersonenverhältnis** nicht – wie es Abs. 2 lit. a voraussetzt – im Zusammenhang mit dem Angebot einer Leistung des Auftragsverarbeiters gegenüber einer betroffenen Person (dh dem Kunden oder Mitarbeiter des Cloud-Nutzers), sondern wird ausschließlich gegenüber dem Cloud-Nutzer erbracht.<sup>227</sup> Dem Cloud-Nutzer, der die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung trägt, bleibt lediglich die Möglichkeit, den Cloud-Anbieter entsprechend vertraglich zu verpflichten.<sup>228</sup>

- 90 3. Verhaltensbeobachtung (lit. b). a) Überblick.** Nach Abs. 2 lit. b erstreckt sich der Anwendungsbereich der DS-GVO auch auf die Datenverarbeitung durch außerhalb der EU niedergelassene Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter, die im Zusammenhang steht mit der **Beobachtung des Verhaltens** betroffener Personen, die sich in der Union befinden, soweit ihr Verhalten in der Europäischen Union erfolgt.
- 91** Nach EG 24 sind diese Voraussetzungen erfüllt, wenn die Internetaktivitäten einer betroffenen Person nachvollzogen werden, einschließlich der möglichen nachfolgenden Verwendung von Techniken zur Verarbeitung personenbezogener Daten, durch die von einer natürlichen 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. Folglich fallen sowohl Maßnahmen des „**Profilings**“ als auch des (diesem vorgelagerten) „**Trackings**“ unter die Vorschrift (zum Begriff des Profilings → Art. 4 Nr. 4 Rn. 1 ff.).<sup>229</sup> Der Verantwortliche muss nach Ansicht des Europäischen Datenschutzausschusses mit der Erhebung und Verwendung verhaltensbezogener Daten gerade diesen in EG 24 bestimmten Zweck („*specific purpose*“) verfolgen.<sup>230</sup> Daher stellt **nicht jede online erfolgende Erhebung oder Analyse** personenbezogener Daten von Personen in der Union automatisch ein „beobachten“ dar.<sup>231</sup> Damit ist etwa das schlichte Setzen von Cookies durch Webseiten außerhalb der in EG 24 genannten Zweckbestimmung nicht von Abs. 2 lit. b erfasst.<sup>232</sup>
- 92** Mit der selbständigen Erwähnung von Trackingmaßnahmen neben solchen des Profilings kommt der Verordnungsgeber der Forderung der Art.-29-Datenschutzgruppe nach, die eine Verhaltensbeobachtung losgelöst von einer Profilerstellung erfassen wollte.<sup>233</sup> Zugleich macht er mit EG 24 deutlich, dass die Vorschrift, anders als noch vom Parlament gefordert,<sup>234</sup> auf **Internetsachverhalte** abzielt. Vorgänge außerhalb des Internets können daher grundsätzlich nicht Gegenstand der Beobachtung iSv Art. 3 Abs. 2 lit. b sein.<sup>235</sup> Dies hat zur Folge, dass beispielsweise eine Beobachtung des Verhaltens von betroffenen Personen mittels Satellitenaufnahmen – wie auch schon unter der DSRL<sup>236</sup> – nicht unter das europäische Datenschutzrecht fallen dürfte. Der Europäische Datenschutzausschuss und

---

<sup>227</sup> Maier, Die Datenweitergabe im Rahmen des Cloud Computings unter besonderer Betrachtung von Unterauftragsverhältnissen, 25; Roßnagel/Richter/Nebel ZD 2013, 103 (104); differenzierend Hornung in NK-DatenschutzR Art. 3 Rn. 54.

<sup>228</sup> Roßnagel/Kroschwald ZD 2014, 495 (497).

<sup>229</sup> McAllister Brook. J. Corp. Fin. & Com. L. 2018, 187 (192).

<sup>230</sup> Europäischer Datenschutzausschuss, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1., 20, 12.11.2019; so wohl auch Wimmer Syracuse L. Rev. 2018, 547 (557).

<sup>231</sup> Europäischer Datenschutzausschuss, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1., 20, 12.11.2019.

<sup>232</sup> So wohl auch Golland DuD 2018, 351 (357).

<sup>233</sup> Art.-29-Datenschutzgruppe, Stellungn. 01/2012 zu den Reformvorschlägen im Bereich des Datenschutzes, WP 191, 10, 23.3.2012. Die Verordnungsentwürfe der Kommission, des Parlaments und des Rates sahen noch vor, dass Trackingmaßnahmen nur dann erfasst werden, wenn sie zu einem Profiling führen.

<sup>234</sup> Vgl. Verfahren 2012/0011/COD, EP-Stellungn. in 1. Lesung, Abänderung 13, TA/2014/212/P7.

<sup>235</sup> Offenlassend Piltz K&R 2016, 557 (559), wonach der Wortlaut der Regelung zumindest nicht dagegen spreche; wie hier Plath in Plath Art. 3 Rn. 27; Voigt in von dem Bussche/Voigt Konzerndatenschutz Kap. 1 Rn. 24.

<sup>236</sup> Vgl. Klar, Datenschutzrecht und die Visualisierung des öffentlichen Raums, 173 ff.

nicht unerhebliche Stimmen in der Literatur sehen das allerdings anders und wollen die Vorschrift auch auf Sachverhalte außerhalb des Internets anwenden.<sup>237</sup>

Ob auch **unternehmensinterne Ermittlungen**, bei denen beispielsweise Netzwerk-Tools zur Überwachung des konzerninternen Netzwerkverkehrs über eine Konzernzentrale in den USA gehostet werden, oder interne Systeme zur **Überwachung von Mitarbeitern** unter Abs. 2 lit. b fallen, dürfte fraglich sein.<sup>238</sup> Denn ausweislich des EG 24 sollen Gegenstand der Beobachtung die „Internetaktivitäten“ von betroffenen Personen sein. Eine Verhaltensbeobachtung innerhalb rein unternehmensinterner Netzwerke, die nicht die Internetaktivitäten der Mitarbeiter zum Gegenstand hat, lässt sich daher nicht ohne Weiteres unter die Vorschrift des Abs. 2 (ggf. aber unter Abs. 1) fassen.<sup>239</sup>

**b) Allgemeine Anforderungen, insbesondere „Beobachtung“.** Welche konkreten Fälle von Abs. 2 lit. b erfasst sind, wird in der DS-GVO nicht näher beschrieben.<sup>240</sup> Der Vorschrift lässt sich jedenfalls entnehmen, dass die Beobachtung auf eine bestimmte **Dauer angelegt** sein muss.<sup>241</sup> Hierfür spricht zum einen der Wortsinn des Begriffs „Beobachtung“, der von einer zeitlichen Komponente geprägt ist. Zum anderen folgt dies aus EG 24, der explizit Maßnahmen des Trackings und Profilings anspricht, deren Erfolg nur bei einer auf Kontinuität angelegten Beobachtung eintreten kann.

Darüber hinaus muss die Beobachtung eine gewisse **Intensität** aufweisen. Maßnahmen, die erkennbar von vornherein als einmalige und punktuelle Handlungen ausgestaltet sind, stellen keine Beobachtung dar.<sup>242</sup> Nicht erforderlich ist es dagegen, dass die Beobachtung einer flächendeckenden oder systematischen Überwachung<sup>243</sup> gleichkommt oder bereits unmittelbar Entscheidungen zulasten der Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen getroffen werden.<sup>244</sup> Der Verordnungsgeber hat sich vielmehr bewusst gegen den Begriff der Überwachung entschieden, der im Entwurf des Europäischen Parlaments noch vorgesehen war.<sup>245</sup> Dasselbe gilt mit Blick auf die englische und die französische Fassung des Verordnungstextes, welche die Formulierung „monitoring“ bzw. „observation“, nicht aber den Begriff „surveillance“ verwenden. Dass unter Abs. 2 lit. b auch Datenverarbeitungen im Vorfeld konkreter Entscheidungen zulasten der Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen fallen können, folgt in systematischer Hinsicht aus Art. 27 Abs. 2 lit. a, der für Fälle des Art. 3 Abs. 2 vorsieht, dass ua dann kein Vertreter in der Union zu bestellen ist, wenn die Datenverarbeitung nicht zu einem Risiko für die persönlichen Rechte und Freiheiten der betroffenen Person führt (→ Art. 27 Rn. 6 ff.).

<sup>237</sup> Europäischer Datenschutzausschuss, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1., 19. 12.11.2019; aus der Literatur beispielsweise Horning in NK-DatenschutzR Art. 3 Rn. 58; Schmidt in Taeger/Gabel Art. 3 Rn. 28.

<sup>238</sup> Bejahend Behling/Abel, Praxishandbuch Datenschutz im Unternehmen, Kap. 14 Rn. 26.

<sup>239</sup> AA wohl Gola in Müthlein, Datenschutz-Grundverordnung, 16 f., wonach eine dauernde Auswertung von Leistungs- und Verhaltensdaten und ein das Mitarbeiterverhalten bewertendes Human Resource-System eines im Drittland ansässigen internationalen Konzerns den Tatbestand ebenfalls erfüllen sollen; ebenso Wybitul/Fladung BB 2012, 509 (510); offenlassend Piltz K&R 2016, 557 (559).

<sup>240</sup> Die *Art.-29-Datenschutzgruppe* hatte mit Blick auf die nicht hinreichende Klarheit dahingehend, welche Anwendungsfälle von der Regelung erfasst werden sollen, eine Konkretisierung der Vorschrift gefordert, vgl. *Art.-29-Datenschutzgruppe*, Stellungn. 01/2012 zu den Reformvorschlägen im Bereich des Datenschutzes, WP 191, 10, 23.3.2012; ebenso Stellungn. der Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder v. 11.6.2012, 5.

<sup>241</sup> So auch Uecker ZD 2019, 67 (69); auf Datenerhebungen über einen „längeren Zeitraum“ hinweg abstellend Borges in FHS Betr. Datenschutz Teil 1 Kap. 3 Rn. 149; aA Schmidt in Taeger/Gabel Art. 3 Rn. 25, wonach auch „kurzfristige“ Maßnahmen erfasst sein sollen.

<sup>242</sup> So bereits Klar ZD 2013, 109 (113); Horning in NK-DatenschutzR Art. 3 Rn. 57; ähnlich Zerdick in Ehmann/Selmayr Art. 3 Rn. 19; aA BMH Art. 3 Rn. 27.

<sup>243</sup> Vgl. im Umkehrschluss den Wortlaut von Art. 35 Abs. 3 lit. c („systematische Überwachung“). Hierauf stellt auch Schantz in Schantz/Wolff Neues DatenschutzR Rn. 339, ab.

<sup>244</sup> Krit. insoweit Schwartz Bloomberg BNA Privacy and Security Law Report 2013, 1 (3).

<sup>245</sup> Der Entwurf der Europäischen Kommission und der des Rats sprechen ebenso nur von einer „Beobachtung“.

- 96 Ausreichend ist die **objektive Eignung** der Datenverarbeitung für die Zwecke des Trackings oder Profilings. Auch ein erstmaliger und sich gegenüber der betroffenen Person ggf. nicht wiederholender Trackingvorgang kann daher zur Anwendung von Abs. 2 lit. b führen. Umgekehrt greift die Vorschrift aber etwa dann nicht, wenn die Datenverarbeitung lediglich dazu dient, unsicheren Browsern den Zugriff auf eine Webseite zu verwehren.<sup>246</sup>
- 97 Da es auf die Eignung ankommt, ist die **Motivation** des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters unerheblich.<sup>247</sup> Eine Verarbeitung aus Gründen der Verbesserung wissenschaftlicher oder statistischer Erkenntnisse ist damit gleichermaßen erfasst wie eine Verarbeitung mit dem Ziel der Optimierung bestimmter Werbeformen.<sup>248</sup> Dem Verantwortlichen muss es bei der Erhebung und Verwendung verhaltensbezogener Daten aber auf den bestimmten in EG 24 genannten Zweck („*specific purpose*“), dh auf ein Tracking oder Profiling, ankommen (→ Rn. 91).<sup>249</sup>
- 98 Nach Ansicht des Europäischen Datenschutzausschusses fallen unter die Vorschrift insbesondere Beobachtungsaktivitäten wie die **verhaltensbasierte Werbung**, Geolokalisierungsaktivitäten (insbesondere für Marketingzwecke), **Online-Tracking** durch den Einsatz von Cookies oder anderen Trackingtechniken wie das sog. Fingerprinting, onlinebasierte und personalisierte Ernährungs- und Gesundheitsanalysedienste, Videoüberwachung, Marktstudien und andere Verhaltensstudien auf der Grundlage individueller Profile oder die regelmäßige Erfassung des Gesundheitszustandes einer Person.<sup>250</sup> Ferner dürften **Social Plugins** und sonstige Schaltflächen im Internet erfasst sein, die wie der „Like-Button“ von Facebook die von betroffenen Personen aufgesuchten Internetseiten registrieren.<sup>251</sup> Voraussetzung ist dabei freilich jeweils, dass die im Rahmen der Beobachtung verarbeiteten Daten einen **Personenbezug** aufweisen (Art. 4 Nr. 1).
- 99 **c) Verhalten „in der Union“.** Nach Abs. 2 lit. b muss das beobachtete Verhalten „in der Union“ erfolgen. Regelungszweck ist offenbar, die Anwendung der DS-GVO auf die Verarbeitung personenbezogener Daten solcher betroffener Personen einzuschränken, die sich während der Beobachtung **physisch innerhalb der Union** befinden.<sup>252</sup> Ob dies der Fall ist, lässt sich idR über die IP-Adresse des Endgeräts der betroffenen Person feststellen. Damit fällt eine Datenverarbeitung im Zusammenhang mit der Nutzung des Internets durch eine betroffene Person, die sich beispielsweise in einem Internetcafé in den USA aufhält, nicht in den Anwendungsbereich der Vorschrift.
- 100 Letztlich kommt der Regelung in den meisten Fällen lediglich **deklaratorischer Charakter** zu.<sup>253</sup> Denn die fehlende Anwendbarkeit der DS-GVO ist im genannten Beispielsfall bereits dadurch sichergestellt, dass sich die betroffene Person nach Abs. 2 „in der Union befinden“ muss (→ Rn. 62 ff.).

<sup>246</sup> S. dazu *Schwartz University of Pennsylvania Law Review* 2013, 1623 (1652).

<sup>247</sup> Ebenso *Hornung* in NK-DatenschutzR Art. 3 Rn. 57.

<sup>248</sup> Ähnlich *Ernst* in Paal/Pauly Art. 3 Rn. 20; *Hornung* in NK-DatenschutzR Art. 3 Rn. 57.

<sup>249</sup> *Europäischer Datenschutzausschuss*, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1., 20, 12.11.2019; so wohl auch *Wimmer Syracuse L. Rev.* 2018, 547 (557).

<sup>250</sup> *Europäischer Datenschutzausschuss*, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1., 20, 12.11.2019; ähnlich *Eckhardt* CR 2012, 195 (196); *Härtling* BB 2012, 459 (462); *Lang* K&R 2012, 145; *Piltz* K&R 2016, 557 (559); *Wieczorek* DuD 2013, 644 (648); *Zerdick* in *Ehmann/Selmayr* Art. 3 Rn. 19.

<sup>251</sup> *Hornung* ZD 2012, 99 (102); *Hornung* in *Hornung/Müller-Terpitz*, Rechtshandbuch Social Media, 93; *Schantz* NJW 2016, 1841 (1842).

<sup>252</sup> So wohl auch *Europäischer Datenschutzausschuss*, Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1., 20, 12.11.2019; wie hier auch *Hanloser* in BeckOK DatenschutzR Art. 3 Rn. 41; aA *Borges* in *FHS* Betr. Datenschutz Teil 1 Kap. 3 Rn. 155 ff., der auch über den bloßen Aufenthalt in der EU hinausgehende Bezüge zur Union ausreichen lässt.

<sup>253</sup> Nach *Spindler/Dalby* in *Spindler/Schuster* Art. 3 Rn. 13 sollen dagegen beispielsweise bei der Nutzung von Virtual Private Networks (VPNs) das virtuelle Verhalten der betroffenen Person in der Union und deren tatsächlicher Aufenthaltsort außerhalb dieses Territoriums auseinanderfallen können. Insoweit komme dem Merkmal „in der Union“ ein eigenständiger Anwendungsbereich zu.

**d) Erfordernis der Adressierung von Personen in der Union?** Da Abs. 2 lit. b 101 anders als Abs. 2 lit. a insoweit nicht differenziert, kommt es – wie eingangs erläutert (→ Rn. 23) – bei strenger Lesart der Vorschrift nicht darauf an, ob eine Adressierung betroffener Personen in der Union offensichtlich beabsichtigt ist. Nach Ansicht des **Euro-päischen Datenschutzausschusses** muss jedoch auch insoweit ein „Targeting“ vorliegen (→ Rn. 24). Entschärft sein dürfte die Weite der Vorschrift dadurch, dass der in einem Drittstaat niedergelassene Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter entweder nach Art. 27 Abs. 2 keinen Vertreter in der Union bestellen muss, oder aber bereits ein Personenbezug der verarbeiteten Daten abzulehnen ist (→ Rn. 24).

### III. Anwendbarkeit aufgrund völkerrechtlicher Vorgaben (Abs. 3)

Abs. 3 erstreckt den Anwendungsbereich der DS-GVO auf die Verarbeitung personen- 102 bezogener Daten durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen an einem Ort, der aufgrund **Völkerrechts dem Recht eines Mitgliedstaats unterliegt**.

Die Formulierung der deutschen Textfassung der DS-GVO ist insoweit missverständlich, 103 als es nicht erforderlich ist, dass die Datenverarbeitung am besagten Ort erfolgen muss, sondern dass – ähnlich wie auch schon unter der DSRL – der Verantwortliche eine **Niederlassung** an diesem Ort unterhält. Das kommt deutlicher in der englischen Sprachfassung zum Ausdruck („[...] not established in the Union, but in a place where [...]“).

EG 25 bestimmt, dass die Vorschrift für Fälle gelten soll, in denen nach internationalem 104 Recht das innerstaatliche Recht eines Mitgliedstaats anwendbar ist und nennt das Beispiel einer **diplomatischen oder konsularischen Vertretung** eines Mitgliedstaats. Darüber hinaus kann die Vorschrift in Bezug auf Orte wie Botschaften, Schiffe oder Flugzeuge in Betracht kommen.<sup>254</sup>

#### C. Rechtswahlklauseln

Die räumliche Anwendbarkeit der DS-GVO ist durch Rechtswahlklauseln **nicht ab- 105 dingbar**.<sup>255</sup> Zwar unterliegt ein zivilrechtlicher Vertrag nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO<sup>256</sup> grundsätzlich dem von den Vertragsparteien frei wählbaren Recht. Allerdings gilt dies nach Art. 9 Rom I-VO nicht, wenn eine Eingriffsnorm vorliegt. Die Vorschrift des Art. 3 DS-GVO stellt eine solche Eingriffsnorm dar.<sup>257</sup> Ihr Normzweck (zwingende Gemeinwohlinteressen,<sup>258</sup> Umsetzung von Verfassungsgeboten,<sup>259</sup> wirtschaftspolitische Steuerung<sup>260</sup>), die hoheitliche Normdurchsetzung und der deutlich zum Ausdruck kommende internationale Geltungsanspruch der Vorschrift sprechen klar für eine solche Qualifizierung.<sup>261</sup> Da die Vorschrift unmittelbar in allen Mitgliedstaaten gilt, steht sie

<sup>254</sup> Art.-29-Datenschutzgruppe, Stellungn. 8/2010 zum anwendbaren Recht, WP 179, 22, 16.12.2010.

<sup>255</sup> Hornung in NK-DatenschutzR Art. 3 Rn. 70; Piltz in Gola DS-GVO Art. 3 Rn. 42; Svantesson in KBD Art. 3 C. 2; vgl. in diesem Zusammenhang EuGH Urt. v. 28.7.2016 – C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 Rn. 35 ff. – Amazon; zur Möglichkeit, die Geltung der DS-GVO inter partes zu vereinbaren Schantz/Wolff in Schantz/Wolff Neues DatenschutzR Rn. 342; eine Abdingbarkeit unter der DSRL abl. Art.-29-Datenschutzgruppe, Schreiben an die CIAmedia GmbH v. 20.10.2017.

<sup>256</sup> VO (EG) Nr. 593/2008, ABl. 2008 L 177, 6.

<sup>257</sup> Ebenso Hornung in NK-DatenschutzR Art. 3 Rn. 70; Piltz in Gola DS-GVO Art. 3 Rn. 44; vgl. zur Rechtslage unter dem BDSG aF VG Schleswig Beschl. v. 14.2.2013 – 8 B 60/12, ZD 2013, 245 (246); Kartheuser/Klar ZD 2014, 500 (502); Piltz K&R 2012, 640 ff.; aA LG Berlin Urt. v. 6.3.2012 – 16 O 551/10, ZD 2012, 276 (278) mAnm Solmecke/Baurisch; KG Berlin Urt. v. 24.1.2014 – 5 U 42/12, BeckRS 2014, 03648; Kremer RDV 2014, 73 (78); Polenz VuR 2012, 207 ff.

<sup>258</sup> Vgl. EG 10: Beseitigung von Hemmnissen für den Verkehr personenbezogener Daten.

<sup>259</sup> Vgl. EG 1: Schutz der Grundrechte.

<sup>260</sup> Vgl. EG 2: Stärkung und zum Zusammenwachsen der Volkswirtschaften.

<sup>261</sup> Vgl. Piltz K&R 2012, 640 (644); zu den Anforderungen an Eingriffsnormen Martiny in MüKoBGB Rom I-VO Art. 9 Rn. 10 ff.

innerstaatlichen Vorschriften gleich und ist damit über Art. 9 Abs. 2 Rom I-VO anzuwenden.<sup>262</sup>

- 106** Die Möglichkeit der Rechtswahl ist insgesamt ausgeschlossen, dh sowohl mit Blick auf **privat- als auch auf öffentlich-rechtliche** Verhältnisse. Sähe man dies in Bezug auf privatrechtliche Verhältnisse anders und würde man insoweit eine Rechtswahl zugunsten eines bestimmten Datenschutzrechtsregimes zulassen, würde dies dazu führen, dass für öffentlich-rechtliche Eingriffsbefugnisse möglicherweise ein anderes Recht anwendbar wäre als das zwischen den Vertragsparteien vereinbarte, obwohl in beiden Fällen an dieselbe Datenverarbeitung angeknüpft wird. Die praktischen Folgen einer Rechtswahl wären zudem unabsehbar: Für Unternehmen wäre es ein Leichtes, in ihren Datenschutzbestimmungen ausländisches Recht – zB US-Recht – zu wählen und damit europäische Schutzstandards zu umgehen. Dem könnten sich Verbraucher als schwächere Vertragsteile kaum entziehen, da sie die Rechtswahl entweder schon nicht bemerken würden (weil in AGB enthalten) oder diese an das Zustandekommen eines Vertragsverhältnisses gekoppelt wäre.<sup>263</sup> Die Möglichkeit einer Rechtswahl ist dagegen nicht von vornherein ausgeschlossen hinsichtlich solcher nationaler Vorgaben, die auf Basis von in der DS-GVO angelegten **Öffnungsklauseln** erlassen wurden.<sup>264</sup> Auch insoweit kommt es darauf an, ob die entsprechenden mitgliedstaatlichen Regelungen zwingende Eingriffsnormen darstellen.<sup>265</sup>

#### D. Art. 3 DS-GVO und nationales Recht

- 107** Den Mitgliedstaaten wird durch eine Vielzahl von Regelungen, etwa im Bereich des Beschäftigtendatenschutzes nach Art. 88, die Möglichkeit eingeräumt, durch einzelstaatliche Datenschutzvorschriften die Vorgaben der DS-GVO zu präzisieren. Machen die Mitgliedstaaten von diesen **Öffnungsklauseln** Gebrauch, ist unklar, ob und auf welcher Grundlage diese sektoralen Vorgaben auch jenseits der Grenzen des entsprechenden Mitgliedstaats Geltung beanspruchen können. Die DS-GVO enthält hierzu keine Vorgaben, obgleich der Europäische Datenschutzbeauftragte auf dieses Versäumnis früh hingewiesen hatte.<sup>266</sup> Art. 3 gilt insoweit nicht, auch nicht analog.<sup>267</sup>
- 108** Hat ein Mitgliedstaat eine Regelung zur räumlichen Anwendbarkeit seiner nationalen Regelungen getroffen, die er aufgrund einer in den DS-GVO vorgesehenen Öffnungsklausel erlassen hat, beurteilt sich die räumliche Anwendbarkeit nach **Maßgabe dieser nationalen Regelung**. Zu einem Spannungsverhältnis kann es kommen, wenn mehrere Mitgliedstaaten unterschiedliche Regelungen zur räumlichen Anwendbarkeit vorsehen, die untereinander in Konflikt geraten. Auch soweit keine nationale Regelung zum räumlichen Anwendungsbereich einer nationalen Vorschrift vorhanden ist, die sich auf eine Öffnungsklausel in der DS-GVO stützt, kann deren räumliche Anwendbarkeit unklar sein. In diesen Fällen kann es auf den **Wortlaut der betreffenden Öffnungsklausel** ankommen.<sup>268</sup> Lassen sich aus der Öffnungsklausel Anhaltspunkte dafür ableiten, dass (wie zB bei Art. 6 Abs. 3 lit. b) auf das jeweilige nationale Recht abzustellen ist, dem der Verantwortliche unterliegt,<sup>269</sup> oder ergibt sich aus der Öffnungsklausel in sonstiger Weise ein örtlicher Bezug

<sup>262</sup> Hauser, Eingriffsnormen in der Rom I-Verordnung, 140; Martiny in MüKoBGB Rom I-VO Art. 9 Rn. 28.

<sup>263</sup> Ausf. dazu Kartheuser/Klar ZD 2014, 500 (502).

<sup>264</sup> Näher hierzu Laue ZD 2016, 463 (466 f.).

<sup>265</sup> Piltz in Gola DS-GVO Art. 3 Rn. 47.

<sup>266</sup> Vgl. Stellungn. des ehemaligen Europäischen Datenschutzbeauftragten Hustinx zum Datenschutzreformpaket v. 7.3.2012, 20; kritisch zu einem drohenden „Flickenteppich“ Piltz K&R 2016, 557 (559).

<sup>267</sup> Laue ZD 2016, 463 (464).

<sup>268</sup> So auch Hornung in NK-DatenschutzR Art. 3 Rn. 11.

<sup>269</sup> Hierunter wird man das Recht des Mitgliedstaates verstehen müssen, in dem ein europäischer Verantwortlicher seinen Sitz hat, vgl. Laue ZD 2016, 463 (464 f.). Dafür spricht EG 153 („Sollten diese Abweichungen oder Ausnahmen von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedlich sein, sollte das Recht des Mitgliedstaats angewendet werden, dem der Verantwortliche unterliegt.“), in dem die Formulierung „dem