

Jotzo

Der Schutz personenbezogener Daten in der Cloud

2. Auflage



Nomos

NOMOSPRAXIS

Dr. Florian Jotzo
Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

Der Schutz personenbezogener Daten in der Cloud

2. Auflage



Nomos

Zitervorschlag: Jotzo, Datenschutz in der Cloud

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-3616-4

2. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

Vorwort zur zweiten Auflage

Die Datenschutz-Grundverordnung der EU ist Umbruch und Aufbruch zugleich. Als unmittelbar geltendes Recht geht die Verordnung grundsätzlich dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten vor. Mit ihr hat der EU-Gesetzgeber zentrale Stellschrauben neu justiert, um auf die Herausforderungen der Digitalisierung mit zeitgemäßen und unionsweit einheitlichen Antworten zu reagieren. In den weltweit vernetzten Strukturen der Cloud verlieren einzelne Staaten mehr und mehr Einfluss. Es liegt daher in ihrem ureigenen Interesse, sich unter dem Dach der EU auf gemeinsame Werte zu verständigen, um diese im digitalen Raum zu behaupten. Diese einheitliche Stimme ist das Gut, in das die Mitgliedstaaten mit ihrem Verlust an nationaler Souveränität investieren.

Das vorliegende Werk beruht auf der an der CAU Kiel eingereichten Dissertationsschrift, die in den Frankfurter Studien zum Datenschutz 2013 (1. Auflage) erschienen ist. Es untersucht die datenschutzrechtlichen Hürden, vor denen private Unternehmen beim Einsatz von Cloud-Diensten stehen, und zeigt praxisnahe Lösungen auf. Der Fokus liegt dabei mehr denn je auf dem Unionsrecht. Auf dem Stand vom Dezember 2019 vergleicht die 2. Auflage altes und neues Recht. Sie stellt die Veränderungen und Chancen für Unternehmen in den Mittelpunkt, die die Datenschutzreform mit sich bringt. Im Datenschutzrecht herrscht inzwischen kein Mangel an Praktiker-Literatur. Das vorliegende Werk bleibt daher seinem wissenschaftlichen Fundament treu, auf dem es errichtet wurde. Es will die Lücke schließen, die zwischen allgemeinen Einführungen, einzelnen Fachaufsätzen und praxisorientierten Nachschlagewerken besteht. Das Werk wendet sich daher an alle in Unternehmen, Gesellschaft und Wissenschaft, die eine aktuelle und prägnante Zusammenschau zum Thema Cloud und Datenschutz suchen.

Besonderen Dank verdient mein akademischer Lehrer *Prof. Dr. Haimo Schack* für seine gewohnt rasche und sorgfältige Durchsicht des Manuskripts. Gleiches gilt für *Dr. Henrik Hanßen*, der mich und diese Arbeit immer wieder mit Gesprächen und Anregungen bereichert hat.

Danken möchte ich außerdem meiner Frau *Alexa* und meinen Kindern *Lykka* und *Felix* für ihren liebevollen Rückhalt.

Hamburg, im April 2020

Florian Jotzo

Vorwort zur ersten Auflage

Privatheit ist weder Selbstzweck noch Versteck – sie dient allein der freien Persönlichkeitsentfaltung. Die Voraussetzungen dafür zu schaffen und zu bewahren, ist Aufgabe einer jeden Generation.

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2012/2013 von der juristischen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis Februar 2013 berücksichtigt.

Die Arbeit entstand während meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Herrn *Prof. Dr. Haimo Schack*, die ich sehr genossen habe. Ihm bin ich tief verbunden für sein vorbildliches Fordern und Fördern als akademischer Lehrer. Für die sorgfältige und rasche Durchsicht des Manuskripts danke ich auch dem Zweitgutachter *Prof. Dr. Joachim Jickeli*.

Bei der *Studienstiftung ius vivum* möchte ich mich für den großzügigen Druckkostenzuschuss bedanken. Herrn *Prof. Dr. Spiros Simitis* danke ich für die Aufnahme in seine Schriftenreihe.

Doch was wäre eine juristische Arbeit ohne den Diskurs? Bedanken möchte ich mich daher bei allen, die mich und diese Arbeit mit Gesprächen, Anregungen und kritischen Diskussionen vorangebracht haben. Dazu gehören insbesondere *Dr. Benjamin Raue* und *Jann Hendrik Cornels*.

Besonderen Dank schulde ich *Alexa Iwanovski* für ihre Unterstützung bei dieser Arbeit und ihren liebevollen Rückhalt. Gewidmet ist diese Arbeit meinen Eltern *Irmgard* und *Uwe*, deren stetes Vertrauen und vorbehaltlose Unterstützung ich sehr schätze.

Kiel, im Juli 2013

Florian Jotzo

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur zweiten Auflage	5
Vorwort zur ersten Auflage	6
Abkürzungsverzeichnis	13
Literaturverzeichnis	19
Dokumente der Institutionen der EU und ihrer Einrichtungen	37
Dokumente der nationalen Aufsichtsbehörden, Anstalten und Institute des öffentlichen Rechts	43
Teil 1: Grundlagen	45
A. Einleitung	45
I. Rechnen in der Cloud	45
1. Die Netzinfrastruktur als Schlüssel	46
2. Die Schatten der Wolke	47
3. Evolution statt Revolution	48
II. Merkmale des Cloud Computing	48
1. Zentrale Erzeugung der IT-Ressourcen	49
2. Gemeinsame Ressourcennutzung durch Virtualisierung	49
3. Skalierbarkeit der Ressourcen	50
4. Geräte- und ortsunabhängiger Zugriff über das Internet	50
III. Organisationsstruktur	51
IV. Service-Ebenen	52
V. Vertragsbeziehungen	53
VI. Gang der Darstellung	54
B. Grundsätze des Datenschutzes	54
I. Grundrechtlicher Datenschutz in der Europäischen Union	55
1. Primärrecht	55
a) Art. 8 EMRK und Datenschutzkonvention Nr. 108 des Europarates	55
b) Art. 7 und 8 GRCh	56
c) Art. 16 AEUV	57
2. Sekundärrecht	58
II. Grundsätze des Datenschutzes	61
1. Rechtmäßigkeit, Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO	61
2. Transparenz, Art. 5 Abs. 1 lit. a DS-GVO	62
3. Zweckbindung, Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO	63
4. Datensparsamkeit und Speicherbegrenzung, Art. 5 Abs. 1 lit. c und lit. e DS-GVO	63
5. Richtigkeit und Aktualität, Art. 5 Abs. 1 lit. d DS-GVO	64

Inhaltsverzeichnis

6. Integrität und Vertraulichkeit, Art. 5 Abs. 1 lit. f DS-GVO	65
7. Unabhängige Kontrolle	66
III. Zusammenfassung	66
Teil 2: Sachlich anwendbares Datenschutzrecht	69
A. Vom Schichtenmodell zum europäischen (Einheits)Recht	69
B. Telekommunikationsdatenschutz	69
I. Verhältnis zur DS-GVO	69
II. Anwendungsbereich	70
III. Kommunikationsspezifischer Datenschutz und Fernmeldegeheimnis ...	74
C. Telemediendatenschutz	75
D. DS-GVO	78
I. Private Stellen	78
II. Automatisierte oder dateigebundene Datenverarbeitung	78
III. Haushaltsausnahme, Art. 2 Abs. 2 lit. c DS-GVO	79
IV. Personenbezogene Daten	82
1. Überblick	82
2. Verschlüsselte Daten	83
a) Relativität des Personenbezugs?	83
b) Nach allgemeinem Ermessen wahrscheinlich zur Identifizierung genutzte Mittel	83
c) Verschlüsselung in der Cloud	85
Teil 3: Die Verantwortlichkeit in der Cloud	87
A. Überblick	87
I. Zweck der Verantwortlichkeit	87
II. Interessen bei der gemeinsamen Verantwortlichkeit und der Auftragsverarbeitung	88
1. Gemeinsam Verantwortliche	88
2. Auftragsverarbeitung	89
B. Allgemeine Merkmale der Verantwortlichkeit	90
I. BDSG 2003	90
II. Unionsrecht	91
1. Faktische Entscheidung	91
2. Gegenstand der Entscheidung	92
3. Alleinige oder gemeinsame Entscheidung	93

C. Verantwortlichkeit bei der Auftragsverarbeitung	96
I. Kriterien	96
1. Funktionsübertragung	96
2. Interesse an der Datenverarbeitung	97
3. Weisungsgebundene Verarbeitung im Auftrag	97
II. Auftragsverarbeitung in der Cloud	99
1. Verantwortlichkeit des Cloud Nutzers	99
2. Verantwortlichkeit des Cloud Service Providers	100
a) Eigenständige Pflichten der Auftragsverarbeiter	100
b) Verarbeitung von Daten über die Nutzer	101
c) Weisungswidrige Verarbeitungen	101
3. Verantwortlichkeit beim Handeln von Unterauftragnehmern	102
4. Verantwortlichkeit des Nutzers bei weisungswidrigen Tätigkeiten des Cloud Service Providers	103
a) Verantwortlichkeit	103
b) Haftung auf Schadensersatz	104
D. Gemeinsam Verantwortliche	105
I. Voraussetzungen der gemeinsamen Verantwortlichkeit	106
II. Folgen der gemeinsamen Verantwortlichkeit	108
1. Joint Controller Agreement und weitere Pflichten	108
2. Erlaubnisvorbehalt	110
3. Betroffenenrechte und Haftung	111
E. Haftungsprivilegierung, §§ 7 ff. TMG	112
F. Zusammenfassung	113
Teil 4: Datenverarbeitung in der Cloud	115
A. Übermittlung von Daten an den Cloud Provider	115
I. Auftragsverarbeiter	115
1. Privilegierte Weitergabe	115
2. Voraussetzungen	117
a) Verantwortlichkeit des Auftraggebers	117
b) Auswahl und Überprüfung	118
c) Auftragsverhältnis	120
aa) Vertragsinhalt	120
bb) Form	124
cc) Wirksamkeit des Vertrags	125
d) Zusammenfassung	126
3. Transparente Datenverarbeitung nach Treu und Glauben	126
II. Datenverarbeitung innerhalb der verantwortlichen Stelle	129
1. Einsatz durch Mitarbeiter	129
2. Standortübergreifende Cloud innerhalb des Verantwortlichen	129
3. Selbstständige verbundene Unternehmen	130

Inhaltsverzeichnis

III. „Miete“ externer Rechenzentren (Housing) und Einbindung externer Dienstleister (Wartung / Customizing)	131
B. Verarbeitungsgrundlagen	132
I. Gesetzliche Verarbeitungsgründe	133
1. Übermittlung an den Provider	135
a) Vertragserfüllung	136
b) Berechtigtes Interesse	136
2. Verarbeitungsprozesse des Cloud Service Providers	138
II. Einwilligung	138
1. Informierte und freiwillige Willensbekundung des Betroffenen	140
2. Bestimmtheit	144
3. Form	145
III. Die Verarbeitungsgrundlagen im Vergleich	146
C. Verhaltensregeln und Zertifizierungen	146
Teil 5: Die grenzüberschreitende Cloud	151
A. Anwendbarkeit des EU-Datenschutzrechts	151
I. Anwendbares Kollisionsrecht	151
1. Art. 3 DS-GVO als Norm des internationalen öffentlichen und Privatrechts	152
2. Art. 3 DS-GVO im System des IPR	152
a) Abgrenzung zum allgemeinen Deliktsstatut	152
b) Abgrenzung zum Vertragsstatut	154
II. Das Kollisionsrecht und die Cloud	155
1. Verhältnis zwischen Nutzer und Provider	155
2. Verhältnis zwischen Nutzer und Betroffenen	155
III. Anknüpfungsmomente in Art. 3 DS-GVO	156
1. Niederlassung in der EU, Art. 3 Abs. 1 DS-GVO	156
a) Niederlassung des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters	158
b) Datenverarbeitung im Rahmen der Tätigkeit der Niederlassung	161
2. Niederlassung außerhalb der Union	163
a) Betroffene Person in der Union	163
b) Datenverarbeitung im Zusammenhang mit	164
aa) Anbieten von Waren und Dienstleistungen, Art. 3 Abs. 2 lit. a DS-GVO	164
bb) Verhaltensbeobachtung, Art. 3 Abs. 2 lit. b DS-GVO	166

B. Zulässigkeit der grenzüberschreitenden Datenübertragung	167
I. Innereuropäische Cloud	167
II. Außereuropäische Cloud	168
1. Auftragsverarbeitung und Drittländer	168
a) Auftragsverarbeiter in einem Drittland	168
b) Verantwortlicher im Drittland	169
2. Sonderregeln für den Drittlandtransfer, Art. 44 ff. DS-GVO	170
a) Übermittlung in ein Drittland oder an eine internationale Organisation, Art. 44 S. 1 DS-GVO	171
aa) Drittländer	171
bb) Übermittlung	171
cc) Cloud	173
b) Angemessenes Schutzniveau beim Empfänger, Art. 45 DS-GVO	175
aa) Feststellungen der EU-Kommission	175
bb) EU-US Datenschutzschild (Privacy Shield)	177
c) Geeignete Garantien, Art. 46 und 47 DS-GVO	181
aa) Überblick	181
bb) Standarddatenschutzklauseln	185
(1) Pflichten und Haftung	186
(2) Aufsicht und Kontrolle	187
(3) Änderungsmöglichkeiten und Verhältnis zur Auftragsverarbeitung	187
(4) Unterauftragsverhältnisse	188
(a) Außereuropäische Cloud Anbieter	188
(b) Europäische Cloud Anbieter	189
cc) Verbindliche interne Datenschutzvorschriften (BCR)	191
(1) Anwendungsbereich	192
(2) Inhaltliche Anforderungen	193
(3) Genehmigung und Wirkung der BCR	193
dd) Andere Garantien	195
d) Ausnahmen, Art. 49 DS-GVO	196
aa) Einwilligung	196
bb) Vertragsdurchführung	196
cc) Besondere Konflikte im transatlantischen Rechtsverkehr	197
(1) Vorrang der internationalen Rechtshilfe, Art. 48 DS-GVO	197
(2) Geltendmachung und Verteidigung von Rechten im Rahmen einer “pre trial discovery”, Art. 49 Abs. 1 S. 1 lit. e DS-GVO	200
(3) „Öffentliches Interesse“ (Art. 49 Abs. 1 S. 1 lit. d) und der US CLOUD Act	200

Inhaltsverzeichnis

(4) Die Härtefallklausel des Art. 49 Abs. 1 S. 2 DS-GVO	201
Teil 6: Ausblick	203
Stichwortverzeichnis	207

Teil 5: Die grenzüberschreitende Cloud

Die Virtualisierung der Verarbeitungsprozesse lässt die Grenzen zwischen den einzelnen Servern verschwinden. Rechenleistungen können weltweit sinnvoll und kostensparend verteilt werden. Insbesondere aus Compliancegründen setzen dennoch viele Unternehmen auf Dienstleister mit Sitz und Servern in der EU.⁷⁹² In weniger sensiblen Bereichen nutzen die Unternehmen dagegen die Effizienzvorteile der Wolke und verteilen die Verarbeitungsprozesse auf eigene und fremde Rechenzentren weltweit. Daten werden in der Cloud daher vielfach grenzüberschreitend verarbeitet. Im Folgenden wird gezeigt, welche dieser Vorgänge vom europäischen Datenschutzrecht erfasst werden (A.). Soweit EU-Recht gilt, muss der Nutzer die zusätzlichen Hürden für den grenzüberschreitenden Datenverkehr (Art. 44 ff. DS-GVO) überwinden (B.).

A. Anwendbarkeit des EU-Datenschutzrechts

I. Anwendbares Kollisionsrecht

Oft überschneiden sich die Anwendungsbereiche der besonderen Persönlichkeitsrechte mit dem allgemeinen zivilrechtlichen Persönlichkeitsrecht.⁷⁹³ Das gilt auch im Datenschutzrecht. Wer etwa personenbezogene Daten unrechtmäßig verarbeitet, verletzt zumindest tatbestandlich ebenso das allgemeine Persönlichkeitsrecht (§ 823 Abs. 1 BGB)⁷⁹⁴ und begeht eine unerlaubte Handlung (zum Konkurrenzverhältnis → Teil 5 Rn. 245). Viele Vorgaben der DS-GVO sind zudem Schutzgesetze iSv § 823 Abs. 2 BGB.⁷⁹⁵ Während für Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts Art. 40 EGBGB das Deliktsstatut bestimmt, regelte bislang § 1 Abs. 5 BDSG 2003 eigenständig, welche Sachverhalte mit Auslandsbezug dem deutschen Datenschutzrecht unterliegen. Mit dieser Kollisionsnorm hatte der Gesetzgeber Art. 4 DSRL umgesetzt.⁷⁹⁶ An dessen Stelle ist Art. 3 DS-GVO getreten, der den „räumlichen Anwendungsbereich“ der Verordnung festlegt. Art. 3 DS-GVO gilt als eine der wichtigsten Neuerungen der Datenschutzreform.⁷⁹⁷ Die Norm regelt zwar nur einseitig die internationale Anwendbarkeit der europäischen Datenschutzvorschriften. Die Einseitigkeit mag kollisionsrechtlich ungewöhnlich sein,⁷⁹⁸ ist aber dem besonderen Schutz-

792 Zu den Auswahlkriterien von Unternehmen für Cloud Dienstleister siehe KPMG Cloud Monitor 2019, Ziff. 1.3.

793 Hierzu *Baston-Vogt* Schutzbereich des zivilrechtlichen aPR, S. 104 ff.; und zum Verhältnis von Urheber- und allgemeinem Persönlichkeitsrecht, *Schack* UrhR Rn. 46 ff.

794 Zum Verhältnis von § 7 BDSG 2003 zu § 823 BGB *Brüggemeier* Haftungsrecht, § 5 B V 2, S. 326 f.; *Lüttringhaus* ZVglRWiss 117 (2018), 50, 75 („persönlichkeitsrechtliche Dimension“ von Datenschutzverstößen).

795 *Wybitul/Haß/Albrecht* NJW 2018, 113 Fn. 3; *Juncker* in: MüKoBGB, Art. 40 EGBGB Rn. 86; *Sprau* in: Palandt, § 823 Rn. 85; *Rixecker* in: MüKoBGB, Anh. BGB § 12 Rn. 163.

796 Regierungsbegründung BT-Drs. 14/4329, S. 31 f.

797 *Albrecht/Jotzo* Das neue Datenschutzrecht der EU, Teil 3 Rn. 31 ff.; *Hornung* in: Simitis/Hornung/Spiecker, DSR, Art. 3 DS-GVO Rn. 4; *de Hert/Czerniawski* IDPL 2016 (Vol. 6), 230, 238; *Svantesson* Stanford Journal of International Law 2014, 53 (71).

798 Zur Unterscheidung zwischen einseitigen, mehrseitigen und allseitigen Kollisionsnormen siehe *v. Hein* in: MüKoBGB, Einleitung IPR Rn. 89 ff. und *Hoffmann/Thorn* IPR, § 4 Rn. 8 ff. Einseitige Kollisionsnormen kennt nicht nur das Unionsrecht, sondern auch das autonome deutsche IPR, so etwa § 185 Abs. 2 GWB, *Immenga* in: MüKoBGB, IntWettbR/IntKartellR, GWB § 185 Rn. 3 und 5.

Teil 5: Die grenzüberschreitende Cloud

auftrag des Art. 8 GRCh geschuldet, den die DS-GVO verwirklicht.⁷⁹⁹ Der EU-Gesetzgeber möchte sicherstellen, dass die weltweit agierenden IT-Unternehmen das Jedermanngrundrecht der Charta beachten, wenn sie auf dem europäischen Markt tätig werden.⁸⁰⁰ Ebenso wie die Vorgängerregel hat Art. 3 DS-GVO daher kollisionsrechtlichen Gehalt.⁸⁰¹ Im Folgenden soll zunächst gezeigt werden, wie sich dieses Datenschutzstatut in das bestehende Kollisionsrecht einfügt und in welchem Verhältnis es zum allgemeinen Deliktsstatut steht.

1. Art. 3 DS-GVO als Norm des internationalen öffentlichen und Privatrechts

- 243 Art. 3 DS-GVO ist einerseits Teil des internationalen öffentlichen Rechts.⁸⁰² Wie schon das alte BDSG regelt die DS-GVO die Tätigkeit der Aufsichtsbehörden (Art. 55 ff.) und die Datenverarbeitung durch öffentliche Stellen (insbes. Art. 6 Abs. 1 lit. c und e). Der Regelungsbereich der Datenschutzgrundverordnung geht jedoch weit darüber hinaus. Sie gilt gleichermaßen für Verarbeitungen durch Private, allen voran von Unternehmen (vgl. Art. 4 Nr. 7) und bietet zahlreiche eigenständige Anspruchsgrundlagen, mit denen Betroffene ihre Rechte im Zivilprozess durchsetzen können. Die Verordnung vereint Vorschriften des öffentlichen und des Privatrechts und ist insoweit ein Hybrid. Den verschiedenen Normen steht Art. 3 DS-GVO voran und regelt für beide Bereiche die internationale Anwendbarkeit einheitlich. Gleiches galt schon für § 1 Abs. 5 BDSG 2003, der ebenfalls als Kollisionsnorm im öffentlichen und im Privatrecht wirkte.⁸⁰³ Zivilrechtliche Ansprüche wegen unrechtmäßiger Datenverarbeitung werden daher gemäß Art. 3 DS-GVO angeknüpft.

2. Art. 3 DS-GVO im System des IPR

a) Abgrenzung zum allgemeinen Deliktsstatut

- 244 Das allgemeine Deliktsstatut wird grundsätzlich durch Art. 4 ff. Rom II-VO bestimmt. Die Rom II-VO ist jedoch nicht auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbar, die auf der Verletzung der Privatsphäre oder von Persönlichkeitsrechten beruhen, Art. 1 Abs. 2 lit. g Rom II-VO.⁸⁰⁴ Mit den persönlichkeits- werden auch die datenschutzrechtlichen Ansprüche vom Anwendungsbereich der Rom II-VO ausgenommen. Das bestätigt die Überprüfungsklausel in Art. 30 Abs. 2 Rom II-VO.⁸⁰⁵

799 Art. 1 Abs. 2 DS-GVO.

800 Klar in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 3 Rn. 20.

801 Lüttringhaus ZVglRWiss 117 (2018), 50, 60 ff.; Hanloser in: BeckOK-DSR, Art. 3 DS-GVO Rn. 7; Steinrötter EWS 2015, 83 (88) und wohl auch Däubler RIW 2018, 405 und 411; aA Laue ZD 2016, 463 (464 ff.); Piltz in: Gola, DS-GVO, Art. 3 Rn. 5; Bach in: Spindler/Schuster Art. 40 EGBGB Rn. 9 und wohl auch Jacquemain Schadensersatz im europäischen Datenschutzprivatrecht, S. 234 f. Art. 3 DS-GVO regelt nur einseitig die (internationale) Anwendbarkeit der DS-GVO. Die VO trifft indes keine Aussage, welche Kollisionsnormen die Anwendbarkeit der nationalen Vorschriften bestimmen, die die Mitgliedstaaten im Rahmen der Öffnungsklauseln erlassen, Hornung in: Simitis/Hornung/Spiecker, DSR, Art. 3 DS-GVO Rn. 1, 10 ff.; Gömann EuZW 2018, 680 (684 ff.). Relevant wird diese Frage etwa bei der Altersgrenze für die Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger (Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2 DS-GVO), dazu Schack Das auf Altersgrenzen anwendbare Recht, in: FS Kronke (in Kürze).

802 Lüttringhaus ZVglRWiss 117 (2018), 50, 60.

803 Herbrich/Beyers RDV 2016, 3 (9).

804 Vor allem der Druck englischer Presseverleger verhinderte eine Einigung über das Deliktsstatut für Persönlichkeitsrechtsverletzungen, v. Hinden in: FS Kropholler, S. 573, 574 ff.; Bach in: Huber, Rome II Regulation, Art. 1 Rn. 53.

805 Lüttringhaus ZVglRWiss 117 (2018), 50, 75; Kreße in: Sydow, DS-GVO, Art. 82 Rn. 4; Herbrich/Beyers RDV 2016, 3 (7).

Für Persönlichkeitsrechtsverletzungen gilt grundsätzlich weiterhin Art. 40 EGBGB.⁸⁰⁶ 245 Als *lex specialis* setzte sich demgegenüber schon § 1 Abs. 5 BDSG 2003 für Ansprüche wegen unrechtmäßiger Verarbeitung personenbezogener Daten durch.⁸⁰⁷ In der Sache ändert die DS-GVO daran nichts, da die VO Anwendungsvorrang genießt.⁸⁰⁸ Andernfalls droht Art. 40 EGBGB, die Vorgaben der DS-GVO zu überspielen.⁸⁰⁹ Ein solches Vorrangverhältnis besteht zudem nicht nur kollisionsrechtlich, sondern ebenfalls im nationalen Sachrecht.⁸¹⁰ Auch hier verdrängen die besonderen datenschutzrechtlichen die allgemeinen deliktischen Ansprüche. Um Schutzlücken zu schließen, wird zwar bei den besonderen Persönlichkeitsrechten auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht zurückgegriffen.⁸¹¹ Das nehmen Einige zum Anlass, um die Vorrangthese insgesamt in Zweifel zu ziehen.⁸¹² Diese Ausnahmen können jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass die speziellen Persönlichkeitsrechte eigene Wertungen enthalten, die als Leitlinien die Güterabwägung im allgemeinen Deliktstatbestand steuern.⁸¹³ Jedenfalls insoweit genießen sie Vorrang. Dieses allgemeine Vorrangverhältnis ist im Datenschutzrecht zudem unionsrechtlich geboten: Abgesehen von den Öffnungsklauseln (insbesondere Art. 85 DS-GVO)⁸¹⁴ strebt die DS-GVO eine vollständige Harmonisierung der Regeln in der EU an. Schon aus diesem Grund verdrängt die DS-GVO grundsätzlich das nationale Deliktsrecht. Gestützt auf ErwGr. 146 S. 4 DS-GVO sehen zwar Viele Raum für eine parallele Anwendung konkurrierender Schadensersatzansprüche aus § 823 BGB und dem Vertragsrecht (insbesondere § 280 Abs. 1 BGB).⁸¹⁵ Tatsächlich werden die konkurrierenden Schadensersatzansprüche den Betroffenen wohl aber keine Vorteile gegenüber dem haftungsfreundlichen

806 *Junker* in: MüKoBGB, Art. 40 EGBGB Rn. 72; *Krefe* in: Sydow, DS-GVO, Art. 82 Rn. 4.

807 *Dammann* in: Simitis, BDSG 2003, 8. Aufl., § 1 Rn. 216; *Kartheuser/Klar* ZD 2014, 500 (501); *Herbrich/Beyvers* RDV 2016, 3 (9); aA *v. Hoffmann* in: Staudinger, Kommentar zum BGB 2001, Art. 40 EGBGB Rn. 66 ff.; *Junker* in: MüKoBGB, Art. 40 EGBGB Rn. 88.

808 Vgl. auch *Lüttringhaus* ZVglRWiss 117 (2018), 50, 72 ff. Für eine Anknüpfung gemäß Art. 40 EGBGB dagegen *Junker* in: MüKoBGB, Art. 40 EGBGB Rn. 88; *Krefe* in: Sydow, DS-GVO, Art. 82 Rn. 4; *Spickhoff* in: BeckOK-BGB Art. 40 EGBGB Rn. 40. Überblick zum Streit bei *Schack* JZ 2019, 864 (872) Fn. 146.

809 Vgl. zu Art. 4 DSRL so auch *Herbrich/Beyvers* RDV 2016, 3 (9).

810 BGH Urt. v. 19.5.1981, NJW 1981, 1738 (1740); *Brüggemeier* Haftungsrecht, § B V 2, S. 326 f.; *Dammann* in: Simitis, BDSG 2003, 8. Aufl., § 7 Rn. 60; *Spickhoff* in: Unkörperliche Güter, S. 233, 240 ff.; *Buchner* Informationelle Selbstbestimmung, S. 299 ff. Kritisch *Giesen* JZ 2007, 918 (924).

811 *Jacquemain* Schadensersatz im europäischen Datenschutzprivatrecht, S. 212 f.

812 *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, § 80 I 6; *Beater* in: Soergel, Anh. IV zu § 823 Rn. 10; *Götting* in: Götting/Schertz/Seitz, § 11 Rn. 14 und Rn. 1 ff. (Überblick zum Streitstand). Auch das BVerfG hat zuletzt zwischen dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht unterschieden. Während der Datenschutz vor intransparenten Verarbeitungen schützt, biete das Persönlichkeitsrecht bei öffentlichen Kommunikationsprozessen Schutz, insbesondere bei Veröffentlichungen durch Medien (äußerungsrechtlicher Schutz). Die informationelle Selbstbestimmung sei eine „eigene Ausprägung“ mit einem „selbständigen Gewährleistungsgehalt“. Dieses Recht entfalte keinen „gesamthaftern Schutzanspruch hinsichtlich jederlei Umgangs mit Informationen“, sondern lasse die Wertungen und Abwägungsregeln der übrigen Schutzdimensionen unberührt, BVerfG Beschl. v. 6.11.2019, GRUR 2020, 74 = EuZW 2019, 1021 Rn. 89 ff. – Recht auf Vergessen I. Dem folgt der BGH Urt. v. 26.11.2019, NJW 2020, 770 Rn. 27 ff. – Fragenkatalog an Profifußballer. Diese Aufspaltung des Persönlichkeitsrechts kritisiert mit Blick auf das Unionsrecht und Art. 8 EMRK *Peifer* GRUR 2020, 34 (36).

813 *Beater* in: Soergel, Anh. IV zu § 823 Rn. 10.

814 Siehe BVerfG Beschl. v. 6.11.2019, GRUR 2020, 74 = EuZW 2019, 1021 Rn. 39 – Recht auf Vergessen I.

815 *Nemitz* in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 82 Rn. 7; *Bergt* in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 82 Rn. 67; *Quaas* in: BeckOK-DSR, Art. 82 DS-GVO Rn. 11; *Spindler/Horváth* in: Spindler/Schuster, Art. 82 DS-GVO Rn. 4; *Frenzel* in: Paal/Pauly DS-GVO, Art. 82 Rn. 20; *Gola/Piltz* in: Gola, DS-GVO, Art. 82 Rn. 2; *Laue/Kremer* Das neue Datenschutzrecht, § 11 Rn. 17; *Schantz/Wolff* Datenschutzrecht, Rn. 1246; *Specht-Riemenschneider* in: BeckOGK-ZR, 1.8.2019, BGB § 823 Rn. 1236 ff.; *Jacquemain* RDV 2017, 227 (232). Nur für vertragliche Ansprüche *Krefe* in: Sydow, DS-GVO, Art. 82 Rn. 27.

Teil 5: Die grenzüberschreitende Cloud

Art. 82 DS-GVO bieten.⁸¹⁶ Dessen Abs. 3 begründet eine Haftung für vermutetes Verschulden und umfasst materielle wie immaterielle Schäden.⁸¹⁷ Gemeinsame haftungsbegründende Voraussetzung der deliktischen Ansprüche ist zudem das Vorliegen eines Datenschutzverstoßes, der wiederum anhand der DS-GVO geprüft wird. Der undeutliche ErwGr. 146 S. 4 bietet im Übrigen keine ausreichende Grundlage dafür, mit den konkurrierenden Ansprüchen der Mitgliedstaaten die Wertungen von Art. 82 DS-GVO zu überspielen.⁸¹⁸ Im Deliktsrecht können die nationalen Vorschriften daher allenfalls ergänzend zur Anwendung kommen und den Mitgliedstaaten überlassene Regelungslücken füllen,⁸¹⁹ etwa bei der Verjährung der Schadensersatzansprüche.⁸²⁰

- 246 Im Anwendungsbereich der Datenschutzvorschriften verdrängt daher grundsätzlich das spezielle Datenschutzstatut (Art. 3 DS-GVO) das allgemeine Deliktsstatut des Art. 40 EGBGB.

b) Abgrenzung zum Vertragsstatut

- 247 Viele Verträge regeln datenschutzrechtliche Fragen. Der Anbieter eines sozialen Netzwerkes kann in seinen Nutzungsverträgen etwa vorsehen, dass die Mitglieder in die Auslagerung ihrer Profildaten an externe Speicherdienste einwilligen. Das auf den Nutzungsvertrag anwendbare Recht unterliegt dem Vertragsstatut (Art. 3 ff. Rom I-VO). Es umfasst grundsätzlich auch die Frage, ob formularmäßige Klauseln (AGB) in Verbraucherverträgen missbräuchlich iSd Klausel-RL 93/13/EWG sind.⁸²¹ Enthalten allgemeine Geschäftsbedingungen datenschutzrechtliche Einwilligungen, so richten sich deren Wirksamkeit und Reichweite (→ Teil 4 Rn. 224 ff.) dagegen grundsätzlich nach der DS-GVO.⁸²² Diese Fragen werden dementsprechend ebenfalls gesondert angeknüpft,⁸²³ so dass das Vertrags- das Datenschutzstatut unberührt lässt. Ob die Vorschriften der DS-GVO Eingriffsnormen iSv Art. 9 Rom I-VO sind, kann deshalb insoweit offenbleiben.⁸²⁴ Im Übrigen sieht die DS-GVO keine Möglichkeit vor, dass die Parteien über das anwendbare Datenschutzrecht durch eine Rechtswahl disponieren

816 Vgl. *Nemitz* in: *Ehmann/Selmayr*, DS-GVO, Art. 82 Rn. 7 und wohl auch *Jacquemain* RDV 2017, 227 (232). Spannend ist dagegen, ob neben den Ansprüchen der Betroffenen aus der DS-GVO auch der quasinegatorische Unterlassungsanspruch (§ 1004 BGB analog iVm § 823 Abs. 1 BGB) anwendbar ist; dafür *Specht-Riemenschneider* in: *BeckOGK-ZR*, 1.8.2019, BGB § 823 Rn. 1239; *Quaas* in: *BeckOK-DSR*, Art. 82 DS-GVO Rn. 12; *Frenzel* in: *Paal/Pauly DS-GVO*, Art. 82 Rn. 20; *Laue/Kremer* Das neue Datenschutzrecht, § 11 Rn. 18.

817 Zum Schadensersatz nach der DS-GVO siehe *Albrecht/Jotzo* Das neue Datenschutzrecht der EU, Teil 8 Rn. 20 ff.

818 Vgl. *Frenzel* in: *Paal/Pauly DS-GVO*, Art. 82 Rn. 20. Für eine abschließende Regelung durch die DS-GVO *Krefe* in: *Sydow*, DS-GVO, Art. 82 Rn. 27; *Boehm* in: *Simitis/Hornung/Spiecker*, DSR, Art. 82 DS-GVO Rn. 32.

819 *Kohler* RDIPP 2016, 653 (673); *Lüttringhaus* ZVglRWiss 117 (2018), 50, 75.

820 *Frenzel* in: *Paal/Pauly DS-GVO*, Art. 82 Rn. 19; *Bergt* in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO, Art. 82 Rn. 66; *Lüttringhaus* ZVglRWiss 117 (2018), 50, 75.

821 EuGH Urt. v. 28.7.2016 – Rs. C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 Rn. 49 – Verein für Konsumenteninformation.

822 Vorformulierte Einwilligungserklärungen unterliegen daneben der vertragsrechtlichen AGB-Kontrolle (§§ 307 ff. BGB), ErwGr. 42 DS-GVO.

823 Vgl. auch *Kohler* RDIPP 2016, 653 (663).

824 Viele sehen die Datenschutzregeln als Eingriffsnorm (Art. 9 Rom I-VO) an: *Däubler* RIW 2018, 405 (406); *Klar* in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO, Art. 3 Rn. 105 mwN. Zum alten Recht: VG Schleswig Beschl. v. 14.2.2013, ZD 2013, 245 (245 f.); *Kremer* RDV 2014, 73 (77 f.); *Pfeiffer/Weller/Nordmeier* in: *Spindler/Schuster*, 2. Aufl. 2011, Art. 40 EGBGB Rn. 11. Wie hier dagegen *Herbrich/Beyvers* RDV 2016, 3 (6 f.).

können.⁸²⁵ Art. 3 DS-GVO geht insoweit ebenfalls Art. 3 Rom I-VO vor. Dies sorgt dafür, dass die DS-GVO unabhängig davon zur Anwendung kommt, ob die konkrete Durchsetzung ihrer Regeln öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich erfolgt.⁸²⁶ Dieser Gleichlauf entspricht der systematischen Stellung des Datenschutzstatus (Art. 3 DS-GVO) und sichert dessen ordnungspolitisches Ziel, das Grundrecht aus Art. 7 und 8 GRCh effektiv zu schützen.

II. Das Kollisionsrecht und die Cloud

Werden Daten in der Cloud verarbeitet, können folgende Rechtsbeziehungen separat 248 angeknüpft werden:

1. Verhältnis zwischen Nutzer und Provider

Bei Public Cloud Diensten regeln Nutzer und Anbieter ihre gegenseitigen Pflichten 249 grundsätzlich im Nutzungsvertrag, der dem Vertragsstatut unterliegt (→ Teil 5 Rn. 247). Werden die Dienste gewerblich genutzt, so können die Parteien das auf ihren Vertrag anwendbare Recht grundsätzlich frei wählen (Art. 3 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO)⁸²⁷ und tun dies auch oft.⁸²⁸ Treffen sie ausnahmsweise keine Rechtswahl, so greift das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes (Art. 19 Rom I-VO) des Anbieters, weil dieser die für den Vertrag charakteristische Leistung erbringt, Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO.⁸²⁹ Gleiches gilt für Dienstleistungsverträge (Art. 4 Abs. 1 lit. b Rom I-VO), so dass insoweit offenbleiben kann, welche Cloud Verträge hierzu gehören.⁸³⁰ Nutzen *Verbraucher* einen Cloud Dienst, kann Art. 6 Rom I-VO das Vertragsstatut modifizieren. Für den Nutzer eines Cloud Dienstes hat das Vertragsstatut eine nicht zu unterschätzende Bedeutung, da es ua die Folgen von Vertragsverletzungen regelt, Art. 12 Abs. 1 lit. c Rom I-VO.⁸³¹ Verarbeitet der Provider etwa die eingestellten Daten weisungswidrig zu eigenen Zwecken, so entscheidet das Vertragsstatut darüber, ob und ggf. welche *vertraglichen* Sekundäransprüche der Nutzer hat.

2. Verhältnis zwischen Nutzer und Betroffenenem

Davon zu unterscheiden ist das Verhältnis zwischen dem Nutzer und dem Betroffenem. 250 Meist verarbeitet der Nutzer Daten anderer in der Cloud (→ Teil 4 Rn. 225). So etwa wenn ein Hamburger Anbieter eines Musikstreaming-Dienstes für seinen Ser-

825 *Kartheuser/Klar* ZD 2014, 500 (502). Im Ergebnis so auch *Lüttringhaus* ZVglRWiss 117 (2018), 50, 74; *Piltz* in: Gola, DS-GVO, Art. 3 Rn. 42 ff.; *Klar* in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 3 Rn. 105. Für die Möglichkeit der Rechtswahl indes KG Ur. v. 24.1.2014, ZD 2014, 412 (416) – Facebook-Freunde-Finder und *Steinrötter* EWS 2015, 83 (88 f.).

826 Vgl. schon *Kartheuser/Klar* mit prägnantem Beispiel ZD 2014, 500 (502).

827 *Borges* in: Borges/Meents, Cloud Computing, § 3 Rn. 10 ff.; *Intveen/Hilber/Rabus* in: Hilber, HB Cloud Computing, Teil 2 Rn. 182; *Boehm* ZEuP 2016, 358 (367); *Nägele/Jacobs* ZUM 2010, 281 (283); *Spittgerber/Rockstroh* BB 2011, 2179 (2184). Zu Rechtswahlklauseln in Cloudverträgen siehe auch *Strittmatter* in: Auer-Reinsdorff/Conrad, HB IT- und Datenschutzrecht, § 22 Rn. 80 ff.

828 *Boehm* ZEuP 2016, 358 (367); *Strittmatter* in: Auer-Reinsdorff/Conrad, HB IT- und Datenschutzrecht, § 22 Rn. 72.

829 *Nordmeier* MMR 2010, 151 (152); *Stögmüller* in: Leupold/Glossner Teil 6, F Rn. 359.

830 *Boehm* ZEuP 2016, 358 (368 f.); *Strittmatter* in: Auer-Reinsdorff/Conrad, HB IT- und Datenschutzrecht, § 22 Rn. 48; *Nordmeier* MMR 2010, 151 (152). Für eine entsprechende Einordnung *Sujecki* K&R 2012, 312 (317); *Borges* in: Borges/Meents, Cloud Computing, § 3 Rn. 17; *Intveen/Hilber/Rabus* in: Hilber, HB Cloud Computing, Teil 2 Rn. 185.

831 *Spellenberg* in: MüKoBGB, Art. 12 Rom I-VO Rn. 78.

Teil 5: Die grenzüberschreitende Cloud

vice die Server eines Dienstleisters nutzt, der in Irland niedergelassen ist. Der Nutzungsvertrag zwischen den Kunden des Streaming-Dienstes und dessen Anbieter unterfällt dem Vertragsstatut (Art. 3 ff. Rom I-VO).⁸³² Das Vertragsstatut regelt jedoch nicht die Datenverarbeitungsprozesse, die der Hamburger Anbieter im Rahmen des Streaming-Dienstes vornimmt. Sie werden gesondert nach dem Datenschutzstatut (Art. 3 DS-GVO) angeknüpft (→ Teil 5 Rn. 247), das im Übrigen in seinem Anwendungsbereich dem Art. 40 EGBGB vorgeht (→ Teil 5 Rn. 246).

III. Anknüpfungsmomente in Art. 3 DS-GVO

251 Art. 3 DS-GVO unterscheidet danach, ob der Verantwortliche oder ein Auftragsverarbeiter Daten im Rahmen der Tätigkeit einer Niederlassung verarbeitet, die in der Union liegt. Erfolgt die Verarbeitung durch eine solche Niederlassung (unten 1.), gilt die DS-GVO auf Grundlage des **Niederlassungsprinzips** (Art. 3 Abs. 1 DS-GVO). Ohne relevante Tätigkeit einer Niederlassung in der EU (unten 2.), unterliegt eine Verarbeitung dennoch dem europäischen Datenschutzrecht, wenn sie im Zusammenhang mit dem Angebot von Waren und Dienstleistungen an Betroffene in der EU steht (**Marktortprinzip** Art. 3 Abs. 2 lit. a) oder wenn ein Datenverarbeiter das **Verhalten von Betroffenen in der EU beobachtet** (Art. 3 Abs. 2 lit. b DS-GVO). Im Gegensatz zum bisherigen **Territorialitätsprinzip** (§ 1 Abs. 5 BDSG 2003) gelten diese Anknüpfungen unabhängig davon, wo die Daten konkret verarbeitet werden,⁸³³ was besonders mit Blick auf Cloud Sachverhalte ein Fortschritt ist.⁸³⁴

1. Niederlassung in der EU, Art. 3 Abs. 1 DS-GVO

- 252 Art. 3 Abs. 1 DS-GVO entwickelt das Niederlassungsprinzips aus Art. 4 Abs. 1 lit. a DSRL weiter, das § 1 Abs. 5 S. 1 BDSG 2003 im deutschen Recht umgesetzt hatte.⁸³⁵
- 253 Das Niederlassungsprinzip ist ein **Kompromiss** zwischen den Interessen der Verantwortlichen und der Betroffenen:⁸³⁶ Im Rahmen der DSRL profitierten hiervon vor allem Unternehmen, die nur in wenigen Mitgliedstaaten der EU tätig waren. Sie konnten ihre Leistungen grenzüberschreitend im ganzen Binnenmarkt auf Grundlage des gewohnten Datenschutzrechts ihres Niederlassungsorts anbieten.⁸³⁷ Die Interessen der Betroffenen sollten dabei hinreichend gewahrt sein, da die DSRL vermeintlich für ein einheitliches Schutzniveau in der Union sorgte. Gleichzeitig sollte das Niederlassungsprinzip das Vertrauen der Betroffenen schützen, das Unternehmen schaffen, indem sie mit einer Niederlassung auf einem Markt tätig werden und die dortigen

832 *Berberich* MMR 2010, 736 (739 f.).

833 *v. Lewinski* in: Auernhammer, DS-GVO, Art. 3 Rn. 5. Für das Niederlassungsprinzip siehe Art. 3 Abs. 1 aE und ErwGr. 22 DS-GVO. Zum rechtspolitischen Hintergrund *de Hert/Czerniawski* IDPL 2016 (Vol. 6), 230, 237.

834 Das Territorialitätsprinzip kritisieren ebenso *Zerdick* in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 3 Rn. 4; *Ernst* in: Paal/Pauly, DS-GVO, Art. 3 Rn. 1; *Henrich* Cloud Computing, S. 96 ff.; *Schmid* Die Nutzung von Cloud Diensten, S. 108. In der 2018 überarbeiteten Fassung hat auch die Datenschutzkonvention Nr. 108 des Europarates das Territorialitätsprinzip aufgegeben. Der überarbeitete Art. 3 Abs. 1 verlangt, dass die Konventionsstaaten die Konvention anwenden „to data processing subject to its jurisdiction“. Zur Reformdebatte *de Hert/Czerniawski* IDPL 2016 (Vol. 6), 230, 231 ff.

835 Zum alten Recht *Jotzo* Der Schutz personenbezogener Daten in der Cloud, 1. Aufl., S. 126.

836 Regierungsentwurf zum BDSG 2003, BT-Drs. 14/4329, S. 31.

837 Regierungsentwurf zum BDSG 2003, BT-Drs. 14/4329, S. 31.

A. Anwendbarkeit des EU-Datenschutzrechts

Schutzstandards wahren.⁸³⁸ Ein Unternehmen mit Niederlassungen in mehreren Mitgliedstaaten musste entsprechend bislang das Datenschutzrecht verschiedener Staaten beachten.⁸³⁹ Da die DS-GVO im Ausgangspunkt Einheitsrecht schafft, hat das Niederlassungsprinzip die Aufgabe als interne Kollisionsnorm weitgehend verloren;⁸⁴⁰ im Verhältnis zu Drittländern bestimmt es aber weiterhin den räumlichen Anwendungsbereich des EU-Datenschutzrechts (Art. 3 Abs. 1).⁸⁴¹ Insoweit setzt das Niederlassungsprinzip den beschriebenen Kompromiss fort: Es schützt das Vertrauen der Betroffenen, das Datenverarbeiter durch eine Niederlassung in der EU schaffen.⁸⁴²

Der EuGH und der Gesetzgeber haben das Niederlassungsprinzip erheblich **ausgeweitet**.⁸⁴³ Im Urteil *Google Spain* hat der Gerichtshof das einschränkende Merkmal „im Rahmen der Tätigkeit“ in Art. 4 Abs. 1 lit. a DSRL extensiv ausgelegt und so für einen „besonders weiten räumlichen Anwendungsbereich“ der Anknüpfung gesorgt.⁸⁴⁴ Im Kern wollte der EuGH auf diese Weise die Datenschutzgrundrechte (Art. 7 und 8 GRCh) möglichst effektiv schützen und verhindern, dass Unternehmen aus Drittländern wie den USA den betroffenen Personen diesen Schutz vorenthalten (→ Teil 5 Rn. 260).⁸⁴⁵ Faktisch hat der EuGH mit dieser Auslegung das Marktortprinzip vorweggenommen,⁸⁴⁶ das zur Zeit der Entscheidung die EU-Kommission in die damals laufende Datenschutzreform eingebracht hatte.⁸⁴⁷ Art. 3 Abs. 2 lit. a DS-GVO kodifiziert heute die Marktortanknüpfung. Daneben erweitert Art. 3 Abs. 1 DS-GVO das Niederlassungsprinzip. Neben der Niederlassung des *Verantwortlichen* löst auch eine solche eines *Auftragsverarbeiters* in der EU die Anwendung der DS-GVO aus. Die Tätigkeiten von Auftragsverarbeitern unterliegen selbst dann der DS-GVO, wenn die Verarbeitung ansonsten keine weitere Verbindung zur EU aufweist. Europäischen Dienstleistern drohen damit gewisse Standortnachteile, weil sie bei Verarbeitungen durch Verantwortliche aus Asien oder den USA die hohen Schutzstandards der DS-GVO gleichermaßen anwenden müssen (→ Teil 5 Rn. 258). Um

838 Regierungsentwurf zum BDSG, BT-Drs. 14/4329, S. 31.

839 ErwGr. 19 DSRL. EuGH Urt. v. 1.10.2015 – Rs. C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639 Rn. 28 – Weltimmo.

840 Zu dieser Funktion siehe etwa EuGH Urt. v. 1.10.2015 – Rs. C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639 Rn. 19 ff. – Weltimmo und Urt. v. 28.7.2016 – Rs. C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 Rn. 72 ff. – Verein für Konsumenteninformation. Aufgrund der vielen Öffnungsklauseln besteht diese Kollisionsfrage jedoch in Teilen fort, *Hanloser* in: BeckOK-DSR, Art. 3 DS-GVO Rn. 9; *Kartheuser/Schmitt* ZD 2016, 155 (159). Der neue § 1 Abs. 4 BDSG soll die internationale Anwendbarkeit des BDSG klären, *Hornung* in: Simitis/Hornung/Spiecker, DSR, Art. 3 DS-GVO Rn. 10 ff.

841 *Zerdick* in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 3 Rn. 1. Mit Blick auf Art. 4 DSRL spricht GA *Villalón* daher passend von einer „Doppelfunktion“, Schlussanträge v. 25.6.2015 – Rs. C-230/14, ECLI:EU:C:2015:426 Rn. 23 – Weltimmo.

842 Vgl. *Golland* DuD 2018, 351 (353).

843 *Ennöckl* in: Sydow, DS-GVO, Art. 3 Rn. 9. Mit Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH auch *Kartheuser/Schmidt* ZD 2016, 155 (158) und *Beyvers* EuZW 2015, 916 (917).

844 EuGH Urt. v. 13.5.2014 – Rs. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 Rn. 54 – *Google Spain*.

845 EuGH Urt. v. 13.5.2014 – Rs. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 Rn. 54 – *Google Spain*; *de Hert/Czerniawski* IDPL 2016 (Vol. 6), 230, 234 f.

846 *Kühling* EuZW 2014, 527 (529); *de Hert/Czerniawski* IDPL 2016 (Vol. 6), 230, 238 („partly absorbed“); *v. Lewinski* in: Auernhammer, DS-GVO, Art. 3 Rn. 10.

847 Vorschlag der *EU-Kommission* Art. 3 Abs. 2 lit. a DS-GVO Entwurf-KOM. Gestützt auf Art. 4 Abs. 1 lit. c DSRL wurde auch schon vor der Reform das Marktortprinzip vertreten OLG Hamburg Urt. v. 2.8.2011, ZD 2011, 138 (139); *Jotzo* MMR 2009, 232 (236 f.); *ders.*, Der Schutz personenbezogener Daten in der Cloud, 1. Aufl., S. 141 ff.; *Spindler*, DJT 2012, F 89 f.; *Ott* MMR 2009, 158 (160); *Stadler* ZD 2011, 57 (58); *de lege ferenda* auch Art. 29 *Gruppe* WP 179, S. 30 f., 39 f. Dagegen *Dammann* in: Simitis, BDSG 2003, 8. Aufl., § 1 Rn. 220; *Alich/Nolte* CR 2011, 741 (743).

Teil 5: Die grenzüberschreitende Cloud

diese Nachteile zu vermeiden, wurde im Europäischen Parlament darüber diskutiert, den Schutz der DS-GVO auf Betroffene zu beschränken, die ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort in der EU haben.⁸⁴⁸ Art. 7 und 8 GRCh schützen Betroffene jedoch unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit oder anderer personeller Voraussetzungen, so dass dieser Vorschlag schon im Parlament keine Mehrheit fand. Stattdessen wurde auf Drängen des Parlaments im Trilog eine parallele Beschränkung in Art. 3 Abs. 2 DS-GVO gestrichen, die die Entwürfe der EU-Kommission und des Rates noch vorgesehen hatten (→ Teil 5 Rn. 264). Rechtspolitisch lässt sich darüber streiten, ob das weite Niederlassungsprinzip neben dem Marktortprinzip sinnvoll ist.⁸⁴⁹ De lege lata ist das Zusammenspiel der beiden Anknüpfungen aber eine bewusste Entscheidung des Unionsgesetzgebers,⁸⁵⁰ welche die primärrechtlichen Vorgaben (Art. 7 und 8 GRCh) konsequent umsetzt.⁸⁵¹

a) Niederlassung des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters

- 255 Wer **Verantwortlicher** bzw. **Auftragsverarbeiter** iSv Art. 3 DS-GVO ist, bestimmt Art. 4 Nr. 7 und 8 DS-GVO autonom. Wie gezeigt, verarbeiten Cloud Provider die von den Nutzern eingestellten Daten meist im Auftrag der Nutzer, die dann für die Verarbeitungsprozesse allein verantwortlich sind (→ Teil 3 Rn. 132 ff.).
- 256 Eine Niederlassung besteht überall dort, wo jemand effektiv und tatsächlich seine Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung ausübt, ErwGr. 22 S. 2 DS-GVO. Auf die Rechtsform der genutzten Einrichtung kommt es dabei nicht an.⁸⁵² Zu den Niederlassungen gehören jedenfalls die Büros und Verkaufsräume, in denen der Verantwortliche erkennbar denjenigen Tätigkeiten nachgeht, die mit den jeweiligen Datenverarbeitungsprozessen einhergehen. Aus Sicht des EuGH sind feste Einrichtungen ebenso wenig zwingende Voraussetzung einer Niederlassung, wie das Bestehen einer eingetragenen Gesellschaft.⁸⁵³ Der EuGH prüft die Kriterien aus dem ErwGr. stattdessen im Rahmen einer **flexiblen Gesamtbetrachtung**.⁸⁵⁴ Neben dem Grad der Beständigkeit der Einrichtung, stellt der Gerichtshof vor allem auf das Geschäftsmodell des Datenverarbeiters ab. Bei Onlinediensten fällt daher der Ort der Büros, Server und anderer physischer Einrichtungen weniger stark ins Gewicht⁸⁵⁵ als bei Unternehmen,

848 *Europäisches Parlament Study, Reforming the Data Protection Package*, S. 49f. Dazu auch *Klar* in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 3 Rn. 30.

849 Vgl. *de Hert/Czerniawski IDPL 2016* (Vol. 6), 230, 231 mwN. Kritisch zu einer so weiten extraterritorialen Anwendung des EU-Datenschutzrechts mit Blick auf Art. 4 Abs. 1 lit. c DSRL *Jotzo* Der Schutz personenbezogener Daten in der Cloud, 1. Aufl., S. 137 und *v. Lewinski* in: Auernhammer, DS-GVO, Art. 3 Rn. 24 ff. („imperiale Tendenz“ des europäischen Datenschutzrechts).

850 Hierzu auch *Klar* in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 3 Rn. 30, 36.

851 *Lüttringhaus ZVglRWiss* 117 (2018), 50, 65.

852 *v. Lewinski* in: Auernhammer, DS-GVO, Art. 3 Rn. 7. Die DS-GVO übernimmt den Niederlassungsbegriff aus ErwGr. 19 DSRL. Zu dessen Auslegung EuGH Urt. v. 5.6.2018 – Rs. C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388 Rn. 51 ff. – Wirtschaftsakademie SH; Urt. v. 28.7.2016 – Rs. C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 Rn. 75 ff. – Verein für Konsumenteninformation; Urt. v. 1.10.2015 – Rs. C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639 Rn. 24 ff. – Weltimmo; Urt. v. 13.5.2014 – Rs. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 Rn. 45 ff. – Google Spain; *Kartheuser/Schmitt ZD* 2016, 155 ff.

853 EuGH Urt. v. 28.7.2016 – Rs. C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 Rn. 76 – Verein für Konsumenteninformation.

854 EuGH Urt. v. 1.10.2015 – Rs. C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639 Rn. 29 – Weltimmo; zuvor bereits GA *Villalón* Schlussanträge v. 25.6.2015 – Rs. C-230/14, ECLI:EU:C:2015:426 Rn. 28 – Weltimmo.

855 GA *Villalón* Schlussanträge v. 25.6.2015 – Rs. C-230/14, ECLI:EU:C:2015:426 Rn. 34 – Weltimmo und GA *Jääskinen* Schlussanträge v. 25.6.2013 – Rs. C-131/12, ECLI:EU:C:2013:424 Rn. 64 f. – Google Spain.

die ihre Waren in klassischen Ladengeschäften vertreiben. Im Fall der von einer slowakischen Gesellschaft betriebenen Immobilienplattform „Weltimmo“ hat der EuGH selbst Spurenelemente fester Einrichtungen in Ungarn⁸⁵⁶ für die Anwendung des ungarischen Datenschutzrechts genügen lassen,⁸⁵⁷ weil die Webseite im Kern auf ungarische Immobilieneigentümer als Kunden abzielte. Die Sprache der Webseite, die ungarische Bankverbindung, ein Postfach und ein registrierter Vertreter suggerierten den Kunden, dass die Gesellschaft tatsächlich in Ungarn tätig sei. Allein die **Abrufbarkeit der Webseite** in Ungarn hätte dagegen keine Niederlassung begründet.⁸⁵⁸ Doch können selbst kleine Dependancen mit nur wenigen Mitarbeitern und sogar ein einzelner Repräsentant eine Niederlassung begründen.⁸⁵⁹ In bloßen Briefkastenfirmen findet jedoch keine relevante Tätigkeit statt, so dass an deren Standorten keine Niederlassung besteht.⁸⁶⁰ Die nötige Beständigkeit fehlt zudem, wenn Unternehmen nur gelegentlich in der Union tätig werden, etwa auf Messen oder bei einzelnen Kundenbesuchen.⁸⁶¹ Gerade Cloud Dienste sind in diesen Anwendungsszenarien attraktiv, da die Mitarbeiter weiter mit ihrer gewohnten Vertriebssoftware arbeiten können.

Auch die technische Infrastruktur der Datenverarbeitung für sich – insbesondere die eingesetzten **Server** – bildet keine Niederlassung.⁸⁶² Deshalb unterliegt ein Onlinehändler mit Sitz in Vancouver nicht schon dann der DS-GVO, wenn dieser im Wege des sogenannten „Housing“ verschlüsselte Serverkapazitäten in Berlin mietet (→ Teil 4 Rn. 210). Auf den ersten Blick mag dieses Ergebnis überraschen. Werden die ausgelagerten Daten des Onlinehändlers doch *tatsächlich* in der EU verarbeitet, so dass der Wortlaut von ErwGr. 22 S. 2 DS-GVO zunächst für eine Niederlassung zu sprechen scheint. Satz 1 des Erwägungsgrundes und Art. 3 Abs. 1 DS-GVO stellen jedoch klar, dass der Verarbeitungsort keine Rolle für die Anknüpfung spielt.⁸⁶³ Das Niederlassungsprinzip schützt schließlich das Vertrauen der Betroffenen, das Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter mit ihrer Tätigkeit in der EU begründen (→ Teil 5 Rn. 253). Ein solches Vertrauen wird durch bloße Serverstandorte dagegen nicht geschaffen. Betroffene wissen meist weder, wo sich die eingesetzten Server befinden,

257

856 EuGH Urt. v. 1.10.2015 – Rs. C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639 Rn. 32 f. – Weltimmo.

857 Vgl. Golland DuD 2018, 351 (353).

858 EuGH Urt. v. 28.7.2016 – Rs. C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 Rn. 76 – Verein für Konsumenteninformation; *Hornung* in: Simitis/Hornung/Spiecker, DSR, Art. 3 DS-GVO Rn. 24; *Klar* in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 3 Rn. 46.

859 Art. 29 Gruppe WP 179, S. 15; GA Villalón Schlussanträge v. 25.6.2015 – Rs. C-230/14, ECLI:EU:C:2015:426 Rn. 34 – Weltimmo; *Zerdick* in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 3 Rn. 9. Keine Niederlassung begründet dagegen der „Vertreter“ iSv Art. 4 Nr. 17 DS-GVO. Diesen müssen Verarbeiter bestellen, die gerade keine Niederlassung in der EU haben (Art. 27 Abs. 1 DS-GVO), *Piltz* in: Gola, DS-GVO, Art. 3 Rn. 14.

860 *Hornung* in: Simitis/Hornung/Spiecker, DSR, Art. 3 DS-GVO Rn. 23; *Dammann/Simitis* DSRL, Art. 4 Rn. 3; v. *Lewinski* in: Auernhammer, DS-GVO, Art. 3 Rn. 7.

861 *Hornung* in: Simitis/Hornung/Spiecker, DSR, Art. 3 DS-GVO Rn. 23; *Klar* in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 3 Rn. 45.

862 Art. 29 Gruppe WP 179, S. 15; *Borges* in: Borges/Meents, Cloud Computing, § 9 Rn. 78 ff.; *Hornung* in: Simitis/Hornung/Spiecker, DSR, Art. 3 DS-GVO Rn. 23; *Däubler* RIW 2018, 405 (407); *Brennscheidt* Cloud Computing, S. 184; *Klar* in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 3 Rn. 46; *Zerdick* in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 3 Rn. 9; *Kartheuser/Schmitt* ZD 2016, 155 (157); *Jotzo* MMR 2009, 232 (235); *Scheja* Kundendatenbank, S. 83 f.

863 *Hornung* in: Simitis/Hornung/Spiecker, DSR, Art. 3 DS-GVO Rn. 27. Dies entspricht im Übrigen dem Willen des Gesetzgebers der alten DSRL. Denn mit dem Niederlassungsprinzip hat er sich dagegen entschieden, das anwendbare Recht im Binnenmarkt an den Ort der Datenverarbeitung zu knüpfen, *Jotzo* Der Schutz personenbezogener Daten in der Cloud, 1. Aufl., S. 124 ff.

Teil 5: Die grenzüberschreitende Cloud

noch interessieren sie sich dafür. Sie orientieren sich eher an den Orten, an denen Datenverarbeiter mit deren Mitarbeiter aktiv sind und von denen sie aus die Datenverarbeitung steuern.⁸⁶⁴ Diese Auslegung entspricht im Übrigen der Parallelvorschrift in ErwGr. 19 eCommerce-RL. Anbieter von Webdiensten sind danach nicht an dem Ort niedergelassen, „wo sich die technischen Mittel befinden, die [deren] Web-Site beherbergen, [...] sondern an dem Ort, an dem [sie ihre] Wirtschaftstätigkeit ausüben.“ Nicht am Ort der technischen Aktivität, sondern dort, wo die Menschen handeln, besteht also die Niederlassung.⁸⁶⁵ Wie im Datenschutzrecht hat der Unionsgesetzgeber bei der eCommerce-RL und der Dienstleistungs-RL⁸⁶⁶ auf die Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit zurückgegriffen.⁸⁶⁷ Diese Rechtsprechung kann daher im Datenschutzrecht ebenfalls herangezogen werden.⁸⁶⁸

- 258 Wie bereits gezeigt, ist die reine Miete von Servern – unter Ausschluss von Zugriffsmöglichkeiten durch deren Betreiber („Housing“) – jedoch die Ausnahme beim Cloud Computing. Cloud Anbieter verarbeiten stattdessen in der Regel weisungsgebunden die von den Nutzern bereitgestellten Daten (→ Teil 4 Rn. 132 ff.). Verwaltet und gewartet werden die Prozesse in der Cloud daher meist am Standort des jeweiligen Providers. Als **Auftragsverarbeiter** begründet der Provider aber keine Niederlassung *des* verantwortlichen Nutzers.⁸⁶⁹ Die Verarbeitung durch einen europäischen Auftragsverarbeiter führte bislang daher nicht zur Anwendung der DSRL.⁸⁷⁰ Art. 3 Abs. 1 DS-GVO sorgt insoweit für eine wichtige Änderung, die Cloud Dienstleister und deren Nutzer besonders betrifft. Neben dem Verantwortlichen lässt Art. 3 Abs. 1 DS-GVO nun ausreichen, dass der Auftragsverarbeiter in der Union niedergelassen ist. Die DS-GVO greift daher bereits dann, wenn ein Verantwortlicher aus den USA Daten seiner australischen Kunden durch einen in Bonn niedergelassenen Cloud Anbieter verarbeiten lässt. Unklar ist in dieser Situation jedoch, ob die DS-GVO nur „soweit“ gilt, als europäische Auftragsverarbeiter im Rahmen ihrer Tätigkeiten Daten verarbeiten (vgl. Art. 3 Abs. 1 DS-GVO),⁸⁷¹ oder ob die VO den US-amerikani-

864 Anders als bloße Server *können* die Standorte von Rechenzentren daher eine Niederlassung bilden, soweit hier erkennbar menschliche Aktivitäten stattfinden (Administration und Wartung der Datenverarbeitung), *Art. 29 Gruppe WP* 179, S. 15; *Barnitzke* in: *Forgó/Helfrich/Schneider*, *Betrieblicher DS*, Teil VII, Kap. 4 Rn. 96; *Borges* in: *Borges/Meents*, *Cloud Computing*, § 9 Rn. 79; *Hornung* in: *Simitis/Hornung/Spiecker*, *DSR*, Art. 3 DS-GVO Rn. 2.3.

865 *Borges* in: *Borges/Meents*, *Cloud Computing*, § 9 Rn. 79; *Klar* in: *Kühling/Buchner*, *DS-GVO*, Art. 3 Rn. 46; *Scheja* *Kundendatenbank*, S. 84; *Dammann* in: *Simitis*, *BDSG* 2003, 8. Aufl., § 1 Rn. 203; *Jotzo* *MMR* 2009, 232 (235); aA *Ehmann/Helfrich* Art. 4 DSRL Rn. 15.

866 Siehe ErwGr. 19 eCommerce-RL und ErwGr. 37 Dienstleistungs-RL 2006/123/EG.

867 Vgl. *Klar* in: *Kühling/Buchner*, *DS-GVO*, Art. 3 Rn. 42. Zur DSRL so auch *Art. 29 Gruppe WP* 179, S. 14 f.; *Dammann/Simitis* *DSRL*, Art. 4 Rn. 3.

868 So etwa *GA Villalón* *Schlussanträge* 25.5.2015 – Rs. C-230/14, *ECLI:EU:C:2015:426* Rn. 29 ff. – *Weltimo*; *Scheja* *Kundendatenbank*, S. 84. Zur weiteren Erläuterung des Niederlassungsbegriffs hat der deutsche Gesetzgeber auf die damalige Legaldefinition in § 42 Abs. 2 GewO verwiesen, *BT-Drs.* 14/4329, S. 31. Zur Umsetzung von Art. 4 Nr. 5 Dienstleistungs-RL ersetzte der Gesetzgeber 2009 den § 42 Abs. 2 durch § 4 Abs. 3 GewO.

869 *Hornung* in: *Simitis/Hornung/Spiecker*, *DSR*, Art. 3 DS-GVO Rn. 33; *Klar* in: *Kühling/Buchner*, *DS-GVO*, Art. 3 Rn. 38 und 52.

870 *Klar* in: *Kühling/Buchner*, *DS-GVO*, Art. 3 Rn. 38 mwN; *Jotzo* *Der Schutz personenbezogener Daten in der Cloud*, 1. Aufl., S. 128 f. und S. 145 f.

871 *Hornung* in: *Simitis/Hornung/Spiecker*, *DSR*, Art. 3 DS-GVO Rn. 33; *Klar* in: *Kühling/Buchner*, *DS-GVO*, Art. 3 Rn. 38.

A. Anwendbarkeit des EU-Datenschutzrechts

schen Verantwortlichen gleichermaßen bindet.⁸⁷² Die deutsche, die englische⁸⁷³ und französische⁸⁷⁴ Sprachfassung legen zwar nahe, dass die VO nur die Tätigkeiten des Auftragsverarbeiters erfasst. Dennoch sollten sich die verantwortlichen Cloud Nutzer mit der VO beschäftigen. Europäische Cloud Anbieter können schließlich nur dann als Auftragsverarbeiter arbeiten, wenn sie gemäß Art. 28 DS-GVO in die Verarbeitungsprozesse eines Verantwortlichen eingebunden werden (→ Teil 4 Rn. 178 ff.).⁸⁷⁵ Entgegen der hier vertretenen Ansicht wenden Viele außerdem in dieser Situation für den Rücktransfer der Daten in die USA die Regeln zum Drittlandtransfer (Kap. V DS-GVO) an (→ Teil 5 Rn. 287). Es drohen außerdem Situationen, in denen der Nutzer und der Auftragsverarbeiter verschiedenen Datenschutzregimen unterliegen. Nichteuropäische Nutzer geraten dadurch rasch in eine Zwickmühle, sich zwischen kollidierenden Vorgaben der verschiedenen Jurisdiktionen entscheiden zu müssen. Diese Gefahr betrifft vor allem die Herausgabe von Daten an Behörden für die Strafverfolgung und Terrorismusbekämpfung (→ Teil 5 Rn. 334 ff.). Letztlich strahlt die DS-GVO an dieser Stelle über das Gebiet der Union hinaus. Aufgrund dieser extraterritorialen Wirkung⁸⁷⁶ mag man Wettbewerbsnachteile für Dienstleister aus der Union befürchten (→ Teil 5 Rn. 254). Andererseits sichert diese Kollisionsnorm das hohe Schutzniveau, das EU-Dienstleister gegenüber ihren Konkurrenten weltweit auszeichnet.

b) Datenverarbeitung im Rahmen der Tätigkeit der Niederlassung

Nicht jede Niederlassung des Verantwortlichen in der Union führt zur Anwendung des EU-Rechts. Daneben muss die konkrete Datenverwendung „im Rahmen der Tätigkeit“ der EU-Niederlassung erfolgen. 259

Mit Blick auf Art. 4 Abs. 1 lit. a DSRL verlangten viele, dass die jeweilige Niederlassung an der konkreten Datenverarbeitung mitwirken⁸⁷⁷ oder sogar als Verantwortlicher über den Zweck und Mittel entscheiden müsse.⁸⁷⁸ Betroffene können aber nur selten abschätzen, ob und in welchem Umfang eine Niederlassung an konkreten Verarbeitungen beteiligt ist. Im Prozess bereitet diese Ansicht Betroffenen daher ernste Probleme, weil sie zunächst den nötigen Einfluss der Niederlassung auf die Verarbeitung darlegen müssten. Im Ausgangspunkt zu Recht legt der EuGH das Merkmal „im Rahmen der Tätigkeit“ daher bisher weit aus. Die Niederlassung müsse nicht selbst die in Rede stehenden Verarbeitungen durchführen.⁸⁷⁹ So seien etwa die Mitarbeiter des in Spanien ansässigen Marketingbüros „im Rahmen“ der Datenverarbeitung der US-amerikanischen Suchmaschine *Google* tätig, da ihre Vermarktungsaktivitäten den 260

872 Hanloser in: BeckOK-DSR, Art. 3 DS-GVO Rn. 12.

873 „Regulation applies to the processing of personal data in the context of the activities of an establishment of a controller or a processor in the Union“.

874 „règlement s.'applique au traitement des données à caractère personnel effectué dans le cadre des activités d'un établissement d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant.“

875 So auch Hornung in: Simitis/Hornung/Spiecker, DSR, Art. 3 DS-GVO Rn. 34.

876 Zur extraterritorialen Durchsetzung der DS-GVO Greze IDPL 2019 (Vol. 9), 109, 114 ff.

877 Karg ZD 2013, 371 (374); Stadler ZD 2011, 57 (58); Ott MMR 2009, 158 (160).

878 Hon/Hörnle/Millard Cloud, Part 3, S. 10.

879 EuGH Urt. v. 28.7.2016 – Rs. C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 Rn. 78 – Verein für Konsumenteninformation; Urt. v. 1.10.2015 – Rs. C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639 Rn. 35 – Weltimmo; Urt. v. 13.5.2014 – Rs. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 Rn. 52 – Google Spain.

Teil 5: Die grenzüberschreitende Cloud

Onlinedienst erst rentabel machten.⁸⁸⁰ Damit sorgte der EuGH in seinem *Google Spain*-Urteil für einen effektiven Schutz der Grundrechte der Betroffenen im Verhältnis zu Dienstleistern aus Drittstaaten.⁸⁸¹ Ohne nähere Begründung hat der Gerichtshof diese Grundsätze in den Rechtssachen *Weltimmo*⁸⁸² und *Verein für Konsumenteninformation*⁸⁸³ auf den Konflikt zwischen verschiedenen Rechtsordnungen in der Union übertragen.⁸⁸⁴ Für einen ausreichenden Grundrechtsschutz musste die Kollisionsnorm hier aber gar nicht sorgen. Aufgrund der Harmonisierung der Datenschutzregeln im Binnenmarkt durch die DSRL griff Art. 8 GRCh ohnehin. In diesen Entscheidungen erweist es sich letztlich als Bumerang, dass der EuGH in *Google Spain* die Anwendung der europäischen Datenschutzregeln auf Art. 4 Abs. 1 lit. a DSRL gestützt hat. Auch wenn das Ergebnis viel Zuspruch verdient, war dies systematisch doch die falsche Begründung. Im Verhältnis zu Datenverarbeitern aus Drittstaaten hätte es näher gelegen, die Anwendbarkeit der EU-Regeln und damit den nötigen Grundrechtsschutz mit einer weiten Auslegung von Art. 4 Abs. 1 lit. c DSRL zu gewährleisten.⁸⁸⁵ Dann wäre Art. 4 Abs. 1 lit. a DSRL als Kollisionsnorm für die Binnenkonflikte zwischen den Rechtsordnungen der EU Mitgliedstaaten verblieben und hätte nicht mit den besonderen Wertungen für Drittlandkonflikte überlagert werden müssen.

- 261 Daher ist es eine große Chance, dass die DS-GVO kollisionsrechtlich die Weichen neu stellt: Art. 3 Abs. 2 lit. a DS-GVO kodifiziert das Marktortprinzip, so dass dessen Grundsätze nicht mehr im Rahmen des Niederlassungsprinzips (Art. 3 Abs. 1 DS-GVO) für die Anknüpfung im Verhältnis zu Datenverarbeitern aus Drittländern berücksichtigt werden sollten.⁸⁸⁶ Die DS-GVO beseitigt zudem die Kollisionen verschiedener nationaler Datenschutzregeln im Binnenmarkt weitgehend. Konsequenterweise müsste der EuGH auf diese normativen Verschiebungen reagieren und seine Auslegung des Niederlassungsprinzips anpassen.⁸⁸⁷ Dazu könnte der EuGH das Merkmal „im Rahmen der Tätigkeit“ künftig enger auslegen und einen gewissen substantziellen Einfluss der EU-Niederlassung auf die streitigen Verarbeitungsprozesse voraussetzen.⁸⁸⁸

880 EuGH Urт. v. 13.5.2014 – Rs. C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 Rn. 56 – *Google Spain*.

881 Zustimmung *Kühling* EuZW 2014, 527 (531) („Rückkehr des Rechts“); *Karg* ZD 2014, 359; *Golland* DuD 2018, 351 (354) mwN.

882 EuGH Urт. v. 1.10.2015 – Rs. C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639 Rn. 35 – *Weltimmo*.

883 EuGH Urт. v. 28.7.2016 – Rs. C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 Rn. 78 – *Verein für Konsumenteninformation*.

884 *Kartheuser/Schmitt* ZD 2016, 155 (158).

885 *Jotzo* in: Bräutigam/Hoppen, DGRI Jahrbuch 2013, S. 335, 341; *Pauly/Ritzer/Geppert* ZD 2013, 423 (425 f.); aA *Golland* DuD 2018, 351 (354).

886 Vgl. *Hornung* in: Simitis/Hornung/Spiecker, DSR, Art. 3 DS-GVO Rn. 24; *Klar* in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 3 Rn. 59.

887 *Hornung* in: Simitis/Hornung/Spiecker, DSR, Art. 3 DS-GVO Rn. 30; vgl. v. *Lewinski* in: Auernhammer, DS-GVO, Art. 3 Rn. 10 f. Ohne nähere Auseinandersetzung verweisen dagegen auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH *Piltz* in: Gola, DS-GVO, Art. 3 Rn. 15; *Zerdlck* in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 3 Rn. 9 ff. und *Golland* DuD 2018, 351 (353).

888 Vgl. *Klar* in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 3 Rn. 59.

2. Niederlassung außerhalb der Union

Ohne Niederlassung in Deutschland mussten Verantwortliche bislang deutsches Datenschutzrecht anwenden, wenn sie personenbezogene Daten *im Inland* erheben, verarbeiten oder nutzen, § 1 Abs. 5 S. 2 BDSG 2003. Sprachlich ungenau hatte der deutsche Gesetzgeber auf diese Weise Art. 4 Abs. 1 lit. c DSRL umgesetzt.⁸⁸⁹ Dieser hatte von den Mitgliedstaaten verlangt, ihr nationales Datenschutzrecht auf alle Verarbeitungen anzuwenden, die ein Verantwortlicher ohne relevante EU-Niederlassung ausführt und dazu „auf Mittel zurückgreift“, die im Hoheitsgebiet des jeweiligen Mitgliedstaats belegen sind.⁸⁹⁰ Gestritten wurde darüber, ob das „Zurückgreifen“ iSv Art. 4 Abs. 1 lit. c DSRL technisch oder normativ zu verstehen war. Je nach Verständnis rückte damit stärker der Ort in den Fokus der Anknüpfung, an dem sich die IT-Geräte des Betroffenen befinden und wo die Datenverarbeitung erfolgt. Angesichts der heutigen ubiquitären Verarbeitungsstrukturen ist eine solche Anknüpfung jedoch nicht mehr interessengerecht.⁸⁹¹ Der Unionsgesetzgeber hat daher Art. 4 Abs. 1 lit. c DSRL aufgegeben und durch die Marktortanknüpfung (Art. 3 Abs. 2 DS-GVO) ersetzt.⁸⁹² Außereuropäische Verantwortliche und Auftragsverarbeiter unterliegen danach den europäischen Schutzstandards, wenn sie Daten im Zusammenhang mit dem Angebot von Waren und Dienstleistungen an Betroffene in der EU verarbeiten (lit. a) oder deren Verhalten beobachten (lit. b). Ebenso wie die Vorgängervorschrift soll Art. 3 Abs. 2 DS-GVO gewährleisten, dass Datenverarbeiter sich nicht dadurch dem europäischen Datenschutz entziehen können, dass sie für kritische Verarbeitungsprozesse gezielt Niederlassungen außerhalb der EU nutzen.⁸⁹³ Durch moderne digitale Vertriebswege können Unternehmen heute sogar noch leichter ihre Waren und Dienstleistungen in der Union vertreiben, ohne hier physisch präsent sein zu müssen. Die Bedeutung von Art. 3 Abs. 2 DS-GVO für einen effektiven Grundrechtsschutz kann daher kaum überschätzt werden.

a) Betroffene Person in der Union

Art. 3 Abs. 2 DS-GVO setzt voraus, dass die streitigen Datenverarbeitungsprozesse einen Bezug zu betroffenen Personen in der Union aufweisen, indem die Verarbeiter ihnen Waren und Dienstleistungen anbieten (lit. a) oder deren Verhalten beobachten (lit. b).

Streiten lässt sich darüber, wann sich die betroffene Person „in der Union befinde[t]“. Nach einer Ansicht muss der Betroffene dazu seinen gewöhnlichen Aufenthalt in der EU haben.⁸⁹⁴ Das entspräche immerhin einer allgemeinen Tendenz im Kollisions-

889 Regierungsentwurf zum BDSG, BT-Drs. 14/4329, S. 31 f. Zur Abweichung vom Wortlaut der DSRL *Dammann* in: Simitis, BDSG 2003, 8. Aufl., § 1 Rn. 217 und *Hornung* in: Simitis/Hornung/Spiecker, DSR, Art. 3 DS-GVO Rn. 6 mwN.

890 Welche weiteren Anknüpfungsmomente vor der Einführung von Art. 4 Abs. 1 lit. c DSRL diskutiert wurden, zeigt *Korff* RDV 1994, 209 (210 ff.).

891 *Zerdick* in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 3 Rn. 4. Vgl. auch *Hanloser* in: BeckOK-DSR, Art. 3 DS-GVO Rn. 8.

892 *Albrecht/Jotzo* Das neue Datenschutzrecht der EU, Teil 1 Rn. 5 mwN. Der Ort der Datenverarbeitung spielt für Art. 3 Abs. 2 DS-GVO keine Rolle, vgl. ErwGr. 22 DS-GVO.

893 ErwGr. 23 DS-GVO und *EU-Kommission* Mitteilung v. 4.11.2010 – Gesamtkonzept, S. 12.

894 *Golland* DuD 2018, 351 (356). Zur Diskussion im Gesetzgebungsverfahren siehe *Der Rat* Dokument 8004/13, S. 50 Fn. 58. Schon zum § 1 Abs. 5 BDSG 2003 wurde über eine entsprechende Beschränkung gestritten, *Henrich* Cloud Computing, S. 104 ff. mwN.

Teil 5: Die grenzüberschreitende Cloud

recht, da der gewöhnliche Aufenthaltsort zunehmend die anderen persönlichen Anknüpfungskriterien (Staatsangehörigkeit und Wohnsitz) verdrängt.⁸⁹⁵ Auch könnte so vermieden werden, dass nichteuropäische Onlinedienstleister mehr oder weniger zufällig in den Anwendungsbereich der DS-GVO geraten, weil deren heimische Nutzer auf Reisen in Florenz oder Amsterdam den Service abrufen.⁸⁹⁶ Rechtspolitisch mag diese Auslegung also Vorzüge haben.⁸⁹⁷ Bei der Formulierung von Art. 3 Abs. 2 DS-GVO hat der Unionsgesetzgeber jedoch bewusst auf ein solches Element der Dauerhaftigkeit des Aufenthalts verzichtet und stattdessen an den *schlichten tatsächlichen Aufenthalt* angeknüpft.⁸⁹⁸ Diese weite Anknüpfung entspricht der Schutzpflicht des Art. 8 GRCh, der den Schutz personenbezogener Daten als Jedermanngrundrecht verbürgt.⁸⁹⁹ Deshalb betonen die ErwGr. 2 und 14 DS-GVO ergänzend, dass der EU-Datenschutz unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Betroffenen greift. Im Übrigen sorgen die weiteren Voraussetzungen in Art. 3 Abs. 2 DS-GVO dafür, dass die Verarbeitung einen hinreichenden Bezug zur Union aufweist, der die Anwendung der DS-GVO rechtfertigt.⁹⁰⁰

b) Datenverarbeitung im Zusammenhang mit

aa) Anbieten von Waren und Dienstleistungen, Art. 3 Abs. 2 lit. a DS-GVO

- 265 Die streitige Datenverarbeitung muss im Zusammenhang mit dem Angebot von **Waren oder Dienstleistungen** stehen. Dem Primärrecht (Art. 57 AEUV) entsprechend wird der Dienstleistungsbegriff in Art. 3 Abs. 2 DS-GVO grundsätzlich weit verstanden.⁹⁰¹ Dieser geht über das deutsche zivilrechtliche Verständnis (§ 611 BGB) hinaus und umfasst jede selbstständige Tätigkeit am Markt (Art. 4 Nr. 1 Dienstleistungs-RL).⁹⁰² Im Gegensatz zu Art. 57 AEUV spielt es für Art. 3 Abs. 2 lit. a DS-GVO keine Rolle, ob die Waren oder Dienstleistungen entgeltlich angeboten werden, ErwGr. 23 DS-GVO.⁹⁰³ So soll vermieden werden, dass die vielen „kostenlosen“ Onlinedienste,

895 Überblick bei *John* Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes und seine Bedeutung im europäischen Privat- und Zivilverfahrensrecht – Teil 1, GPR 2018, 70 ff.

896 *Golland* DuD 2018, 351 (356).

897 Siehe schon *Jotzo* Der Schutz personenbezogener Daten in der Cloud, 1. Aufl., S. 139 f.

898 *Hanloser* in: BeckOK-DSR, Art. 3 DS-GVO Rn. 27; *Hornung* in: Simitis/Hornung/Spiecker, DSR, Art. 3 DS-GVO Rn. 7. Für den tatsächlichen Aufenthaltsort sprechen sich daher ebenso aus *Klar* in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 3 Rn. 64; *Zerdyck* in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 3 Rn. 17; *Plath* in: ders., Art. 3 DS-GVO Rn. 13; *Meyerdirks* in: Moos/Schefzig/Arning, DS-GVO, Kap. 3 Rn. 67.

899 *Piltz* in: Gola, DS-GVO, Art. 3 Rn. 25; *Lüttringhaus* ZVglRWiss 117 (2018), 50, 65; vgl. *Klar* in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 3 Rn. 64; *Däubler* RIW 2018, 405 (408). Aus diesem Grund hätte *Rofsnagel* sogar eine Erstreckung des Anwendungsbereichs auf alle Betroffenen in der EU für „wünschenswert“ angesehen, auch wenn der Verantwortliche ihnen keine Waren/Dienstleistungen anbietet oder deren Verhalten beobachtet, DuD 2019, 467 (468); ebenso *Husemann* in: Rofsnagel, Neues DSR, § 3 Rn. 17.

900 *De Hert/Czerniawski* IDPL 2016 (Vol. 6), 230, 238 ff.

901 Zur objektiv-rechtlichen Dimension von Art. 8 GRCh iVm Art. 16 AEUV: EuGH Urt. v. 6.10.2015 – Rs. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 Rn. 72 – Schrems I = JZ 2016, 360 ff. mAnm. *Jotzo* und → Teil 1 Rn. 44. Im Übrigen sieht der EuGH die mittelbare Drittwirkung von Art. 8 GRCh „als selbstverständliche Reaktion“ darauf an, dass im digitalen Bereich marktmächtige Unternehmen die Privatsphäre der Bürger bedrohen, v. *Danwitz* DuD 2015, 581 (584 f.).

902 Vgl. auch *Klar* in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 3 Rn. 72 f.

903 Ebenso wie Art. 4 Nr. 1 RL 2006/123/EG (DienstleistungsRL) verlangt der EuGH bei Art. 57 AEUV dagegen grundsätzlich die Entgeltlichkeit der Leistung. Überblick bei *Kluth* in: Calliess/Ruffert, AEUV, Art. 57 Rn. 11.

A. Anwendbarkeit des EU-Datenschutzrechts

deren Leistungen die Nutzer letztlich mit ihren Daten „bezahlen“, von vornherein aus dem Anwendungsbereich der DS-GVO ausscheiden.⁹⁰⁴

Im Kern setzt Art. 3 Abs. 2 lit. a DS-GVO voraus, dass die streitige Datenverarbeitung im Zusammenhang mit dem Angebot von Waren und Dienstleistungen an Betroffene „in der Union“ steht. Dazu müssen die Angebote auf den europäischen Markt ausgerichtet sein, indem ein Unternehmen „offensichtlich beabsichtigt“, seine Dienstleistungen dort anzubieten.⁹⁰⁵ Dies entspricht erkennbar dem Markortprinzip,⁹⁰⁶ das der Unionsgesetzgeber bereits im internationalen Zuständigkeits-⁹⁰⁷ und Kollisionsrecht⁹⁰⁸ nutzt, um Verbraucher zu schützen.⁹⁰⁹ Wann ein Onlinedienst den nötigen Bezug zur EU herstellt, kann deshalb an Hand der Kriterien bestimmt werden, die der EuGH zu Art. 17 Abs. 1 lit. c EuGVVO bzw. Art. 6 Rom I-VO entwickelt hat.⁹¹⁰ ErwGr. 23 S. 3 DS-GVO greift diese Kriterien ausdrücklich auf.⁹¹¹ Für die Anwendung der Unionsregeln genügt es demgemäß noch nicht, dass Betroffene in der Union einen weltweit verfügbaren Onlinedienst abrufen können.⁹¹² Das Unternehmen muss vielmehr seinen Willen zum Ausdruck bringen, zumindest auch Kunden aus der EU gewinnen zu wollen. Wichtige Anhaltspunkte für diesen Willen bieten die Werbemaßnahmen des Unternehmens,⁹¹³ wie etwa dessen Fernsehspots, Onlinewerbung und Zeitungsanzeigen. Gleiches gilt für Ausgaben, die das Unternehmen tätigt, um sein Ranking in den Ergebnislisten der in der EU viel genutzten Suchmaschinen zu verbessern⁹¹⁴ oder die Sichtbarkeit auf Onlineplattformen zu steigern. Im Übrigen gibt der Onlineauftritt selbst wichtige Hinweise für die Marktausrichtung. Indikatoren sind etwa die Sprache und die akzeptierten Zahlungsmittel.⁹¹⁵ Ein deutlicher Bezug zur EU besteht etwa, wenn ein US-Dienstleister seine Services auf Dänisch, Polnisch oder Deutsch anbietet und Zahlungen in Euro oder Kronen akzeptiert. Gleiches

266

904 Zerdick in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 3 Rn. 18. Zu den Rechtsfragen dieser Geschäftsmodelle Metzger Data as Counter-Performance, JIPITEC 2017, 2 ff.

905 Vgl. ErwGr. 23 DS-GVO. Ebenso Klar in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 3 Rn. 80.

906 Albrecht/Jotzo Das neue Datenschutzrecht der EU, Teil 3 Rn. 32; Zerdick in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 3 Rn. 19; Hanloser in: BeckOK-DSR, Art. 3 DS-GVO Rn. 33.

907 Art. 17 Abs. 1 lit. c VO 1215/2012 (EuGVVO). Zuvor Art. 15 Abs. 1 lit. c VO 44/2001. Überblick bei Schack IZVR, Rn. 317 ff.

908 Art. 6 Abs. 2 S. 2 iVm Abs. 1 lit. b Rom I-VO.

909 Dieser Anknüpfung kann nicht entgegengehalten werden, dass sie unbrauchbar sei, so etwa Alich/Nolte CR 2011, 741 (743); Greze IDPL 2019 (Vol. 9), 109, 114. Zur vermeintlich fehlenden Praktikabilität von Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVO aF siehe nur Kluth Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz, S. 290 f.

910 Hanloser in: BeckOK-DSR, Art. 3 DS-GVO Rn. 32 f.; Golland DuD 2018, 351 (356). Die Auslegung von Art. 6 Rom I-VO entspricht der von Art. 17 Abs. 1 lit. c EuGVVO, Gottwald in: MüKoBGB, EuGVVO Art. 17 Rn. 9. Nicht abschließende Aufzählung von Kriterien für ein Ausrichten der Angebote auf die EU (Art. 17 EuGVVO) durch EuGH Urt. v. 7.12.2010 – verb. Rs. C-585/08 und C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740 Rn. 93 – Pammer und Hotel Alpenhof.

911 Zerdick in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 3 Rn. 19. Noch zum Kommissionsentwurf vgl. GA Jääskinen Schlussanträge v. 25.6.2013 – Rs. C-131/12, ECLI:EU:C:2013:424 Rn. 56 – Google Spain.

912 ErwGr. 23 DS-GVO und EuGH Urt. v. 28.7.2016 – Rs. C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 Rn. 76 – Verein für Konsumenteninformation (DSRL); Urt. v. 7.12.2010 – verb. Rs. C-585/08 und C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740 Rn. 69 – Pammer und Hotel Alpenhof (EuGVVO); Gottwald in: MüKoBGB, EuGVVO Art. 17 Rn. 10; v. Lewinski in: Auernhammer, DS-GVO, Art. 3 Rn. 15.

913 EuGH Urt. v. 7.12.2010 – verb. Rs. C-585/08 und C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740 Rn. 63 ff. – Pammer und Hotel Alpenhof; D. Paulus in: Geimer/Schütze, Internationaler Rechtsverkehr, EuGVVO Art. 17 Rn. 57; Stadler in: Musielak/Voit, ZPO, EuGVVO Art. 17 Rn. 8.

914 EuGH Urt. v. 7.12.2010 – verb. Rs. C-585/08 und C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740 Rn. 81, 93 – Pammer und Hotel Alpenhof.

915 EuGH Urt. v. 7.12.2010 – verb. Rs. C-585/08 und C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740 Rn. 84 – Pammer und Hotel Alpenhof; v. Lewinski in: Auernhammer, DS-GVO, Art. 3 Rn. 17.

Teil 5: Die grenzüberschreitende Cloud

gilt für länderspezifische Top-Level-Domains (.de, .fr oder .eu).⁹¹⁶ Neutrale Domainendungen (.com oder .net) oder die englische Sprache stellen dagegen noch keinen Bezug zum europäischen Markt her.⁹¹⁷ Angaben zu Ansprechpartnern in der EU, die Lieferregionen und ausdrückliche Hinweise („disclaimer“)⁹¹⁸ lassen dagegen Rückschlüsse zu, auf welchen Märkten ein Unternehmen seine Leistungen vertreiben möchte. Gleiches gilt für Bestellhotlines oder Kundenservices, die Unternehmen unter länderspezifischen Telefonnummern und in den Sprachen der EU-Mitgliedstaaten betreiben. Keines der genannten Kriterien erlaubt grundsätzlich für sich allein eine zwingende Aussage über die Marktausrichtung. Geboten ist vielmehr eine Gesamtbeurteilung aller Kriterien,⁹¹⁹ die vom objektiven Empfängerhorizont der Betroffenen aus erfolgt. Auslegungszweifel sollten dabei zulasten der Unternehmen gehen,⁹²⁰ um einen effektiven Schutz von Art. 8 GRCh zu gewährleisten. Im Übrigen haben es die Unternehmen selbst in der Hand, durch ihr Marktverhalten Auslegungszweifel auszuräumen.

bb) Verhaltensbeobachtung, Art. 3 Abs. 2 lit. b DS-GVO

- 267 Einen weiteren hinreichenden Unionsbezug sieht Art. 3 Abs. 2 lit. b DS-GVO darin, dass außereuropäische Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter das Verhalten von Betroffenen in der EU beobachten. Der Gesetzgeber wollte damit diejenigen Unternehmen in den Blick nehmen, die selbst keine Leistungen an europäische Betroffene anbieten, sondern deren Verhalten im Netz erfassen.⁹²¹ Vor Augen hatte er primär Unternehmen, die mithilfe von IP-Adressen, Cookies, Browserfingerprints und anderen Identifikatoren das Onlineverhalten natürlicher Personen tracken, um Profile oder andere Statistiken zu erstellen.⁹²² Für das Vorliegen der **Verhaltensbeobachtung** spielen die Beweggründe der Datenverarbeiter keine Rolle.⁹²³ Art. 3 Abs. 2 lit. b DS-GVO umfasst daher nicht nur Verarbeitungsprozesse, die dazu dienen, Betroffene mit individueller Werbung anzusprechen. Zum Anwendungsbereich gehören ebenso Unternehmen, die das Verhalten ihrer Nutzer auswerten, um die technische Funktionalität ihrer eigenen Services zu gewährleisten oder das individuelle Nutzungserlebnis zu verbessern.⁹²⁴ Cloud Anbieter setzen oft solche Instrumente ein, so dass die Bedeutung von Art. 3 Abs. 2 lit. b DS-GVO in diesem Geschäftsfeld nicht unterschätzt werden sollte.

916 EuGH Urt. v. 7.12.2010 – verb. Rs. C-585/08 und C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740 Rn. 83 – Pammer und Hotel Alpenhof.

917 Zu Art. 15 EuGVVO EuGH Urt. v. 7.12.2010 – verb. Rs. C-585/08 und C-144/09, ECLI:EU:C:2010:740 Rn. 83 – Pammer und Hotel Alpenhof.

918 *D. Paulus* in: Geimer/Schütze, Internationaler Rechtsverkehr, EuGVVO Art. 17 Rn. 62; *Stadler* in: Musielak/Voit, ZPO, EuGVVO Art. 17 Rn. 8; *Plath* in: ders., DS-GVO, Art. 3 Rn. 22.

919 *Geimer* in: Zöller, ZPO, EuGVVO Art. 17 Rn. 25. Art. 3 DS-GVO; *Jotzo* MMR 2009, 232 (237); *Klar* in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 3 Rn. 80; *Ennöckl* in: Sydow, DS-GVO, Art. 3 Rn. 13.

920 Vgl. *Geimer* in: Zöller, ZPO, EuGVVO Art. 17 Rn. 7 ff.

921 ErwGr. 24 S. 2 DS-GVO.

922 *Albrecht/Jotzo* Das neue Datenschutzrecht der EU, Teil 3 Rn. 33; *Zerdyck* in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 3 Rn. 20; *de Hert/ Czerniawski* IDPL 2016 (Vol. 6), 230, 238. Ob Art. 3 Abs. 2 lit. b DS-GVO über den Wortlaut von ErwGr. 24 S. 2 DS-GVO hinaus auch die Verhaltensbeobachtung außerhalb des Internets betrifft, ist umstritten: *Hornung* in: Simitis/Hornung/Spiecker, DSR, Art. 3 DS-GVO Rn. 58 (dafür); *Klar* in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 3 Rn. 92 (dagegen).

923 *Klar* in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 3 Rn. 97.

924 *Klar* in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 3 Rn. 98; vgl. *Piltz* in: Gola, DS-GVO, Art. 3 Rn. 32.