

EU: EDSA zum territorialen Anwendungsbereich der DS-GVO

Dr. Axel Spies ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Morgan Lewis & Bockius Washington DC, und Mitherausgeber der ZD.

Die Vorschriften in der DS-GVO zur territorialen Anwendbarkeit finden erwartungsgemäß gerade bei Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern außerhalb der EU reges Interesse (vgl. Spies, ZD 2018, 501). Der im Vergleich zur DS-RL (RL 95/46/EG) durch Art. 3 DS-GVO erheblich erweiterte Anwendungsbereich führt zu Nachfragen und Unsicherheiten, z. B. wenn die Dienste online von den USA aus angeboten werden. Hierzu hat der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA – englisch EDPB) neue Leitlinien als Konsultationsdokument veröffentlicht.

Nach Art. 3 Abs. 1 DS-GVO ist der Anwendungsbereich der DS-GVO eröffnet, wenn der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter eine Niederlassung in der EU unterhält und im Rahmen der Tätigkeit der Niederlassung personenbezogene Daten verarbeitet. Art. 3 Abs. 2 DS-GVO regelt das sog. Marktortprinzip. Die Vorschrift ist anwendbar, wenn Dienstleistungen aus dem EU-Ausland angeboten oder Waren in die EU geliefert werden. Die Auslegung der Vorschrift ist allerdings nicht einfach.

Hintergrund

Während der Plenartagung im September 2018 verabschiedete der *EDSA* neue Leitlinien, die dazu beitragen sollen, den territorialen Geltungsbereich der DS-GVO in einheitlicher Weise zu interpretieren und die Anwendung der DS-GVO für die Situationen klarzustellen, in denen sich der für die Verarbeitung Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter außerhalb der EU befindet. Ebenfalls abgedeckt ist die Benennung eines Vertreters in der Union (Art. 27 DS-GVO). Da die Diskussion zwischen den Datenschutzbehörden deutlich gemacht hatte, dass einige Punkte weiterer Diskussion bedürfen, beschloss der *EDSA*, die Leitlinien im November-Plenum erneut zu erörtern. Die Leitlinien wurden am 16.11. 2018 zur öffentlichen Konsultation veröffentlicht. Abgabetermin für Kommentare ist (schon) der 18.1. 2019.

Beobachtungen

Die Zielvorgabe der Leitlinien ist im Prinzip eine gute Sache, da es wichtig ist, dass die EU-Behörden gerade im Falle der territorialen Anwendbarkeit der DS-GVO in dasselbe Horn stoßen. Ausländische Unternehmen gehen den Weg des geringsten Widerstands, wenn sie mit Aufsichtsbehörden sprechen und um Auskunft bitten. Der veröffentlichte Entwurf der Leitlinien weist leider einige Schwächen auf:

1. Der *EDSA* stellt auf S. 4 fest, dass „als sein generelles Prinzip“ alle Vorschriften der DS-GVO anwendbar sind, wenn der territoriale Anwendungsbereich nach Art. 3 DS-GVO gegeben ist. Allerdings scheint der *EDSA* von diesem Prinzip im nächsten Satz dann doch zahlreiche Ausnahmen zuzulassen, weswegen der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter zu einer „konkreten Analyse“ der anwendbaren Vorschriften aufgefordert werden. Diese Analyse hätte man sich vom *EDSA* an dieser Stelle gewünscht. Der *EDSA* sollte durchaus in der Lage sein, die nationalen Vorschriften, auf die es hier ankommt, zu nennen. Die Gefahr ist groß, dass sonst Schlupflöcher bei der territorialen Anwendung der DS-GVO geschaffen werden. Es gibt ohnehin schon genug Probleme bei der Auslegung der Vorschrift in Deutschland: § 1 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 BDSG verweist z. B. auf den Anwendungsbereich der DS-GVO. Der pauschale, nicht durchdachte Verweis im deutschen Recht kann dazu führen, dass auf die Webseite eines US-Unternehmens in italienischer Sprache, die sich klar an Betroffene in Italien richtet, (auch) das deutsche BDSG anzuwenden ist (s. *Klar*, in: Buchner/Kühling, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, § 1 BDSG Rdnr. 30). Das kann mit Art. 3 DS-GVO nicht gemeint sein.

2. Bei der Diskussion, was eine „Niederlassung“ (establishment) gem. Art. 3 Abs. 1 DS-GVO ist, fällt auf, dass dieser Begriff nicht in der DS-GVO definiert ist. Definiert ist lediglich der Begriff der Hauptniederlassung in Art. 4 Nr. 16. Die Feststellung des *EDSA*, dass es nicht für eine Niederlassung ausreicht, dass eine Webseite in der EU zugänglich ist, hilft kaum weiter. Als positives Kriterium soll nach dem *EDSA* gelten, dass die Niederlassung „reale und effektive Aktivitäten“ im Lichte der „spezifischen Natur der ökonomischen Aktivität [der Gesellschaft] und der Dienstleistung“ in der EU ausübt. Dieses vage Kriterium entspricht wohl der bisherigen Interpretationslinie, aber es bleibt weiter unklar, wie die Behörden und Gerichte es auslegen werden, wenn es zum Streit kommt. Der *EDSA* sollte beim Begriff „Niederlassung“ für mehr Klarheit sorgen.

3. Bei der Diskussion des neuen Marktortprinzips (Art. 3 Abs. 2 DS-GVO) geht leider einiges durcheinander. So verweist der *EDSA* (S. 12) auf „andere anwendbare Texte“, so z. B. die „sektorielle Gesetzgebung der EU und der Mitgliedstaaten und nationales Recht.“ Der *EDSA* bezieht sich in diesem Zusammenhang auf die Regeln über die Zustimmung von Minderjährigen, Art. 9 (besondere Datenkategorien), Art. 23 und den gesamten Abschnitt IX der DS-GVO. Damit führt der *EDSB* einen weiteren erheblichen Unsicherheitsfaktor in die Auslegung des Art. 3 Abs. 2 DS-GVO ein. Unterschiedliche Auslegungen der Vorschriften durch die Mitgliedstaaten und nationale Alleingänge können zu Spannungen führen, wenn es wie in Deutschland zusätzlich zur DS-GVO noch umfangreiche nationale Datenschutzgesetze gibt.

4. Zu einer vermeidbaren Unschärfe führt bei der Diskussion des Markortprinzips, dass der *EDSA* in den Beispielen 9 bis 11 auf die Staatsangehörigkeit (U. S. citizens, EU citizens or residents) abstellt. Das entscheidende Kriterium in Art. 3 Abs. 2 DS-GVO ist aber, ob den betroffenen Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen angeboten werden. Deren Staatsangehörigkeit spielt für die territoriale Anwendbarkeit überhaupt keine Rolle, auch wenn dies viele Unternehmen im EU-Ausland fälschlich immer wieder annehmen. Was es bedeuten soll, dass die Verarbeitungstätigkeit „direkte und indirekte Verbindungen“ mit dem Angebot haben muss, ist auch nicht klar herausgearbeitet (S. 15). Auf die „internationale Natur der Aktivität“ alleine kann es jedenfalls nicht ankommen, wie das Beispiel 9 des *EDSA* vom US-Touristen in der EU deutlich macht, der sich nicht auf die DS-GVO beim Herunterladen einer App in der EU berufen kann. Diese Apps sind regelmäßig darauf angelegt, international genutzt zu werden. Das Abstellen auf die Sprache, Währung und die Zielgruppe bei der Auslegung ist da schon als Abgrenzungskriterium überzeugender und auch im Ausland bei vielen Anbietern „angekommen.“ Allerdings hat die Abgrenzung zumindest in den USA dazu geführt, dass zahlreiche Webseiten Betroffene aus der EU als Kunden explizit ausschließen. Ob dieser Effekt, die EU-Kunden einfach vor die Tür zu setzen, aus EU-Sicht wünschenswert ist, steht auf einem anderen Blatt.

5. Art. 3 Abs. 2 DS-GVO legt der *EDSA* sehr eng aus, indem er beim „Monitoring“ (Verhaltensbeobachtung) darauf abstellt, ob der Verantwortliche einen spezifischen Zweck für die Sammlung und den anschließenden Wiedergebrauch der relevanten Daten im Sinn hatte. Die spätere Zusammenfassung von verschiedenen Datensätzen zu einem Gesamtbild der Person im Ausland, das z. B. deren Essgewohnheiten oder Aufenthaltsorte umfasst, wäre demnach keine Verhaltensbeobachtung, wenn die Zusammenfassung der Daten nicht von Anfang an beabsichtigt war.

6. Es wäre schön gewesen, wenn der *EDSA* zu den wichtigen praktischen Fällen der Dienstleistung über die Grenzen hinweg Stellung bezogen hätte – ganz besonders zum Cloud Computing, denn dazu findet man leider nicht den kleinsten Hinweis. Bietet ein Cloud-Anbieter außerhalb der EU für einen Cloud-Nutzer in der EU eine Cloud-Dienstleistung an, findet die DS-GVO Anwendung. Im Dreipersonenverhältnis (z. B. Kunde und Dienstleister in der EU, Cloud-Anbieter im Ausland) wird die Beurteilung allerdings schwieriger (vgl. *Klar*, in: Kühling/Buchner, a. a. O., Art. 3 Rdnr. 88 f.). In aller Kürze: Die Dienstleistung muss der betroffenen Person gem. Art. 3 Abs. 2 lit. a DS-GVO in der EU angeboten werden. Ist das schon dann der Fall, wenn die betroffenen Personen, deren Daten in die Cloud wandern, in der EU ansässig sind? Das Problem kann hier nur genannt werden. Die bisherige Praxis geht

davon aus, dass ein bloßer B2B-Vertrag eines ausländischen Cloud-Anbieters mit einem EU-Unternehmen für Art. 3 Abs. 2 DS-GVO nicht ausreicht, wenn das Cloud Computing außerhalb der EU stattfindet.

7. Etwas durcheinander gerät dann auch die Argumentation des *EDSA*, wenn es darum geht wann ein Vertreter von dem nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter nach Art. 27 DS-GVO zu bestellen ist. Während es auf S. 3 plakativ heißt, dass Verantwortliche und Auftragsverarbeiter i. S. d. Art. 3 Abs. 2 DS-GVO „verpflichtet sind,“ einen Vertreter in der Union zu benennen, sieht S. 21 f. der Leitlinien dann doch zwei Ausnahmen vor, die auch so in Art. 27 DS-GVO angelegt sind. Als Prüfstein für die Bestimmung, ob eine „umfangreiche Verarbeitung“ erfolgt, schlägt der *EDSA* vor, auf die Zahl der Betroffenen „entweder als spezifische Nummer oder als Proporz der gesamten Bevölkerung“ abzustellen. Für ein Land wie Luxemburg ist diese Zahl sehr niedrig, für ein Land wie Deutschland hoch, was den Schutz der Betroffenen als Abgrenzungskriterium ad absurdum führt. *Hartung* (in: Kühling/Buchner, a. a. O.) spricht sich für eine qualitative Analyse aus, mit der das offenstehende „Scheunentor“ geschlossen werden soll, wobei näher zu klären ist, wie sie funktionieren soll. Wie dem auch sei, die „umfangreiche Verarbeitung“ ist gem. Art. 27 Abs. 1 lit. a DS-GVO nur für die besonderen Datenkategorien und die Datensätze in Bezug auf Straftaten (Art. 10) relevant. Wichtiger für die Praxis wäre es, in dem Konsultationsdokument gewesen, für die Anwender klarzustellen, was es bedeutet, dass die Verarbeitung nur „gelegentlich“ (ocasional) erfolgt, da es hierzu keine Definition und kaum sachdienliche Hinweise in der DS-GVO gibt (s. *Hartung*, in: Kühling/Buchner, a. a. O., Art. 17 Rdnr. 9). In der Praxis versuchen viele Unternehmen mit Angeboten von außerhalb der EU, mit Berufung auf die Ausnahmen, die Bestellung eines Vertreters in der EU nach Kräften zu vermeiden oder zumindest, solange es eben geht, hinauszuzögern, womit sie dann keinen Zustellungsbevollmächtigten in der EU haben.

8. Die Diskussion der Verantwortung des Vertreters nach Art. 27 Abs. 4 DS-GVO kommt in den Leitlinien (S. 23) ebenfalls zu kurz, obwohl diese Klärung für den Vertreter eminent wichtig ist. Im Konsultationsdokument heißt es einerseits, dass der Vertreter „nicht selbst verantwortlich für die Einhaltung der Rechte der Betroffenen“ ist und nur die Kommunikation zwischen dem Betroffenen und dem Verantwortlichen (Auftragsverarbeiter) sicherstellen muss. Andererseits befindet sich der Vertreter gemäß dem letzten Satz auf S. 23 dann doch unter dem Damoklesschwert der persönlichen Haftung: „This includes the possibility to impose administrative fines and penalties, and to hold representatives liable ...“ Die persönliche Haftung des Vertreters ist unangebracht und wird dazu führen, dass keiner mehr diesen „Postboten-Job“ machen will. Der Vertreter ist nur ein bloßer

„dauerhafter Bote“ (*Martini* in: Paal/Pauly, Art. 27, Rdnr. 50), damit der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter in der EU erreichbar ist, nicht mehr und nicht weniger.

Es bleibt abschließend zu hoffen, dass die zahlreichen Unklarheiten in der Endversion des Dokuments oder notfalls in einer späteren Version beseitigt werden. Eine deutsche Fassung würde in Deutschland und Österreich die Kommentierung erleichtern. Es steht zu befürchten, dass sich an diesem Dokument bis zu dessen endgültiger Verabschiedung wenig ändern wird.

Weiterführende Links

Vgl. auch *Goeble/Scheuble*, ZD-Aktuell 2018, 06009 und *Salzmann/Schindler*, ZD-Aktuell 2018, 06293.