

Leitlinien



Leitlinien 3/2018 zum räumlichen Anwendungsbereich der DSGVO (Artikel 3)

Version 2.0

12. November 2019

Versionsverlauf

Version 2.0	12. November 2019	Annahme der Leitlinien nach öffentlicher Konsultation
Version 1.0	16. November 2018	Annahme der Leitlinien zur Konsultation im Hinblick auf Veröffentlichung

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	4
1 Anwendung des Kriteriums der Niederlassung – Artikel 3 Absatz 1	5
2 Anwendung des Kriteriums der Zielgerichtetheit – Artikel 3 Absatz 2.....	15
3 Verarbeitung an einem Ort, der aufgrund Völkerrechts dem Recht eines Mitgliedstaats unterliegt	26
4 Vertreter von nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern	27

Der Europäische Datenschutzausschuss –

hat unter Berücksichtigung von Artikel 70 Absatz 1 Buchstabe e der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG

DIE FOLGENDEN LEITLINIEN ANGENOMMEN:

EINLEITUNG

Der räumliche Anwendungsbereich der Datenschutz-Grundverordnung¹ (DSGVO oder „Verordnung“) ist in Artikel 3 der Verordnung festgelegt und stellt eine wesentliche Weiterentwicklung des EU-Datenschutzrechts im Vergleich zu dem in der Richtlinie 95/46/EG² festgelegten Rahmen dar. Die DSGVO bestätigt teilweise Entscheidungen des EU-Gesetzgebers und des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) im Zusammenhang mit der Richtlinie 95/46/EG. Allerdings wurden wichtige neue Elemente eingeführt. So bestand vor allem das Hauptziel von Artikel 4 der Richtlinie darin, festzulegen, welches einzelstaatliche Recht anzuwenden ist, während Artikel 3 DSGVO den räumlichen Anwendungsbereich eines unmittelbar anwendbaren Textes absteckt. Darüber hinaus sprach Artikel 4 der Richtlinie vom „Rückgriff auf Mittel“ im Gebiet der Union als Grundlage dafür, dass „nicht im Gebiet der Gemeinschaft niedergelassene“ für die Verarbeitung Verantwortliche in den Anwendungsbereich des EU-Datenschutzrechts fallen; in Artikel 3 DSGVO findet sich eine solche Bezugnahme hingegen nicht.

Artikel 3 DSGVO spiegelt die Absicht des Gesetzgebers wider, einen umfassenden Schutz der Rechte der betroffenen Personen in der EU zu gewährleisten und vor dem Hintergrund globaler Datenströme in Bezug auf den Datenschutz gleiche Wettbewerbsbedingungen für Unternehmen zu schaffen, die auf den EU-Märkten tätig sind.

Artikel 3 DSGVO legt den räumlichen Anwendungsbereich der Verordnung anhand von zwei Hauptkriterien fest, nämlich des Kriteriums der „Niederlassung“ in Artikel 3 Absatz 1 und des Kriteriums der „Zielgerichtetheit“ in Artikel 3 Absatz 2. Ist eines dieser beiden Kriterien erfüllt, gelten die einschlägigen Bestimmungen der DSGVO für die entsprechende Verarbeitung personenbezogener Daten durch den jeweiligen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter. Darüber hinaus bekräftigt Artikel 3 Absatz 3 die Anwendung der DSGVO auf die Verarbeitung an einem Ort, der aufgrund Völkerrechts dem Recht eines Mitgliedstaats unterliegt.

Im Wege einer gemeinsamen Auslegung durch die Datenschutzbehörden in der EU sollen diese Leitlinien eine einheitliche Anwendung der DSGVO im Hinblick auf die Frage sicherstellen, ob eine bestimmte Verarbeitung durch einen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter in den Anwendungsbereich des neuen EU-Rechtsrahmens fällt. In diesen Leitlinien legt der EDSA die Kriterien

¹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

² Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

für die Bestimmung der Anwendung des räumlichen Anwendungsbereichs der DSGVO dar und präzisiert sie. Eine solche gemeinsame Auslegung ist auch für die Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter sowohl innerhalb als auch außerhalb der EU von entscheidender Bedeutung, damit sie beurteilen können, ob sie die DSGVO bei einer bestimmten Verarbeitungstätigkeit einhalten müssen.

Da Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter, die nicht in der EU niedergelassen sind, aber Verarbeitungstätigkeiten im Sinne von Artikel 3 Absatz 2 vornehmen, verpflichtet sind, einen Vertreter in der Union zu benennen, geben diese Leitlinien auch Aufschluss über das Verfahren für die Benennung dieses Vertreters gemäß Artikel 27 und seine Verantwortlichkeiten und Pflichten.

Als allgemeiner Grundsatz gilt nach Auffassung des EDSA, dass in Fällen, in denen die Verarbeitung personenbezogener Daten in den räumlichen Anwendungsbereich der DSGVO fällt, auf eine solche Verarbeitung sämtliche Bestimmungen der Verordnung Anwendung finden. In diesen Leitlinien wird auf die verschiedenen Szenarien eingegangen, die sich aus der Art der Verarbeitungstätigkeit, der Einrichtung, die diese Verarbeitungstätigkeiten durchführt, oder dem Standort dieser Einrichtung ergeben und werden die für die einzelnen Situationen geltenden Bestimmungen näher erläutert. Es ist daher von entscheidender Bedeutung, dass Verantwortliche und Auftragsverarbeiter, insbesondere diejenigen, die Waren und Dienstleistungen auf internationaler Ebene anbieten, eine sorgfältige und *konkrete* Prüfung ihrer Verarbeitungstätigkeit vornehmen, um abzuklären, ob die damit verbundene Verarbeitung personenbezogener Daten in den Anwendungsbereich der DSGVO fällt.

Der EDSA betont, dass die Anwendung von Artikel 3 darauf abzielt, festzustellen, ob eine bestimmte Verarbeitungstätigkeit und nicht eine bestimmte (juristische oder natürliche) Person in den Anwendungsbereich der DSGVO fällt. Folglich könnte eine bestimmte Verarbeitung personenbezogener Daten durch einen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter in den Anwendungsbereich der Verordnung fallen, während eine andere Verarbeitung personenbezogener Daten durch denselben Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter je nach Verarbeitungstätigkeit dies nicht tut.

Diese Leitlinien, die ursprünglich am 16. November vom EDSA angenommen wurden, wurden vom 23. November 2018 bis zum 18. Januar 2019 einer öffentlichen Konsultation unterzogen und dann unter Berücksichtigung der eingegangenen Beiträge und Rückmeldungen aktualisiert.

1 ANWENDUNG DES KRITERIUMS DER NIEDERLASSUNG – ARTIKEL 3 ABSATZ 1

Artikel 3 Absatz 1 DSGVO besagt: *„Diese Verordnung findet Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten, soweit diese im Rahmen der Tätigkeit eines Verantwortlichen oder eines Auftragsverarbeiters in der Union erfolgt, unabhängig davon, ob die Verarbeitung in der Union stattfindet.“*

Artikel 3 Absatz 1 DSGVO erwähnt nicht nur eine Niederlassung eines Verantwortlichen, sondern auch eine Niederlassung eines Auftragsverarbeiters. Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch einen Auftragsverarbeiter kann daher auch deshalb dem Unionsrecht unterliegen, weil der Auftragsverarbeiter eine Niederlassung in der EU hat.

Artikel 3 Absatz 1 stellt sicher, dass die DSGVO für die Verarbeitung durch einen Verantwortlichen oder einen Auftragsverarbeiter gilt, die im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung dieses Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters in der Union vorgenommen wird, unabhängig vom

tatsächlichen Ort der Verarbeitung. Der EDSA empfiehlt daher, bei der Klärung der Frage, ob die Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Artikel 3 Absatz 1 in den Anwendungsbereich der DSGVO fällt, einen dreifachen Ansatz zu verfolgen.

In den nachstehenden Abschnitten wird die Anwendung des Kriteriums der Niederlassung geklärt, zunächst durch Betrachtung der Definition einer „Niederlassung“ in der EU im Sinne des EU-Datenschutzrechts, dann mit der Klärung der Bedeutung einer „Verarbeitung im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung in der Union“ und schließlich durch die Bestätigung, dass die DSGVO unabhängig davon gilt, ob im Rahmen der Tätigkeiten dieser Niederlassung die Verarbeitung in der Union stattfindet oder nicht.

a) „Eine Niederlassung in der Union“

Bevor wir der Frage nachgehen, was unter einer „Niederlassung in der Union“ zu verstehen ist, muss zunächst ermittelt werden, wer für eine bestimmte Verarbeitung der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter ist. In Artikel 4 Absatz 7 DSGVO ist der „Verantwortliche“ definiert als „die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet“. Ein „Auftragsverarbeiter“ ist nach Artikel 4 Absatz 8 DSGVO „eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet“. Wie in der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH und einer früheren Stellungnahme der Artikel 29-Datenschutzgruppe³ festgestellt wurde, ist die Feststellung, ob ein Unternehmen für die Zwecke des EU-Datenschutzrechts ein Verantwortlicher oder ein Auftragsverarbeiter ist, ein Schlüsselement bei der Prüfung der Anwendung der DSGVO auf die betreffende Verarbeitung personenbezogener Daten.

Während der Begriff „Hauptniederlassung“ in Artikel 4 Absatz 16 DSGVO definiert ist, enthält die Verordnung keine Definition des Begriffs „Niederlassung“ für die Zwecke von Artikel 3.⁴ In Erwägungsgrund 22⁵ wird jedoch Folgendes klargestellt: *„Eine Niederlassung setzt die effektive und tatsächliche Ausübung einer Tätigkeit durch eine feste Einrichtung voraus. Die Rechtsform einer solchen Einrichtung, gleich, ob es sich um eine Zweigstelle oder eine Tochtergesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit handelt, ist dabei nicht ausschlaggebend.“*

Dieser Wortlaut stimmt mit dem in Erwägungsgrund 19 der Richtlinie 95/46/EG überein, auf den in mehreren Urteilen des EuGH verwiesen wurde, um den Begriff „Niederlassung“ breiter auszulegen und somit von einer formalistischen Sichtweise Abstand zu nehmen, nach dem ein Unternehmen

³ Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP169 – Stellungnahme 1/2010 zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, angenommen am 16. Februar 2010 und derzeit in der Überarbeitung durch den EDSA.

⁴ Die Definition der „Hauptniederlassung“ ist in erster Linie relevant für die Bestimmung der Zuständigkeit der betreffenden Aufsichtsbehörden gemäß Artikel 56 DSGVO. Siehe die Leitlinien der Artikel 29-Datenschutzgruppe zur Ermittlung der federführenden Aufsichtsbehörde für einen für die Verarbeitung Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter (16/EN WP 244 rev.01), die vom EDSA gebilligt wurden.

⁵ Erwägungsgrund 22 der DSGVO: *„Jede Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung eines Verantwortlichen oder eines Auftragsverarbeiters in der Union sollte gemäß dieser Verordnung erfolgen, gleich, ob die Verarbeitung in oder außerhalb der Union stattfindet. Eine Niederlassung setzt die effektive und tatsächliche Ausübung einer Tätigkeit durch eine feste Einrichtung voraus. Die Rechtsform einer solchen Einrichtung, gleich, ob es sich um eine Zweigstelle oder eine Tochtergesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit handelt, ist dabei nicht ausschlaggebend.“*

ausschließlich an dem Ort niedergelassen sein kann, an dem es eingetragen ist.⁶ Tatsächlich urteilte der EuGH, dass der Begriff der Niederlassung jede tatsächliche und effektive Tätigkeit, die mittels einer festen Einrichtung ausgeübt wird, umfasst, selbst wenn sie nur geringfügig ist.⁷ Um festzustellen, ob eine Gesellschaft mit Sitz außerhalb der Union über eine Niederlassung in einem Mitgliedstaat verfügt, ist sowohl der Grad an Beständigkeit der Einrichtung als auch die effektive Ausübung von Tätigkeiten in diesem Mitgliedstaat unter Beachtung des besonderen Charakters der wirtschaftlichen Tätigkeiten und der in Rede stehenden Dienstleistungen auszulegen. Dies gilt insbesondere für Unternehmen, die Leistungen ausschließlich über das Internet anbieten.⁸

Der Schwellenwert für eine „feste Einrichtung“⁹ kann recht niedrig sein, wenn im Mittelpunkt der Tätigkeiten eines Verantwortlichen die Erbringung von Dienstleistungen im Internet steht. Folglich kann unter Umständen die Anwesenheit eines einzigen Mitarbeiters oder Vertreters eines Nicht-EU-Unternehmens in der Union genügen, um einer „festen Einrichtung“ (im Sinne einer „Niederlassung“ für die Zwecke von Artikel 3 Absatz 1) zu entsprechen, wenn dieser Beschäftigte oder Vertreter mit hinreichender Beständigkeit handelt. Wenn umgekehrt ein Beschäftigter seinen Sitz in der EU hat, die Verarbeitung jedoch nicht im Rahmen der Tätigkeiten des in der EU ansässigen Beschäftigten in der Union erfolgt (d. h. die Verarbeitung steht im Zusammenhang mit Tätigkeiten des Verantwortlichen außerhalb der EU), wird die bloße Anwesenheit eines Beschäftigten in der EU nicht dazu führen, dass diese Verarbeitung in den Anwendungsbereich der DSGVO fällt. Mit anderen Worten: Die bloße Anwesenheit eines Beschäftigten in der EU reicht nicht aus, um die Anwendung der DSGVO auszulösen, weil die betreffende Verarbeitung, um in den Anwendungsbereich der DSGVO zu fallen, auch vor dem Hintergrund der Tätigkeiten des in der EU ansässigen Beschäftigten ausgeführt werden muss.

Der Umstand, dass das für die Datenverarbeitung verantwortliche Nicht-EU-Unternehmen weder über eine Zweigniederlassung noch eine Tochtergesellschaft in einem Mitgliedstaat verfügt, schließt nicht aus, dass es dort eine Niederlassung im Sinne des EU-Datenschutzrechts besitzt. Obwohl der Begriff der Niederlassung weit gefasst ist, ist er nicht grenzenlos. Es kann nicht daraus geschlossen werden, dass das Nicht-EU-Unternehmen eine Niederlassung in der Union hat, nur weil in der Union auf die Website des Unternehmens zugegriffen werden kann.¹⁰

Beispiel 1: Ein Automobilhersteller mit Hauptsitz in den USA verfügt über eine hundertprozentige Zweigniederlassung in Brüssel, die alle seine Geschäftstätigkeiten in Europa überwacht, einschließlich Marketing und Werbung.

Die belgische Zweigniederlassung kann als feste Einrichtung betrachtet werden, die unter Berücksichtigung der Art der wirtschaftlichen Tätigkeit des Automobilherstellers tatsächliche und effektive Tätigkeiten ausübt. Somit könnte die belgische Zweigniederlassung als Niederlassung in der Union im Sinne der DSGVO gelten.

Sobald feststeht, dass ein Verantwortlicher oder ein Auftragsverarbeiter in der EU niedergelassen ist, sollte anhand einer *konkreten* Analyse ermittelt werden, ob die betreffende Verarbeitung im Rahmen der Tätigkeiten dieser Niederlassung erfolgt, um festzustellen, ob Artikel 3 Absatz 1 anwendbar ist.

⁶ Siehe insbesondere *Google Spain SL, Google Inc. gegen AEPD, Mario Costeja González (C-131/12)*, *Weltimmo gegen NAIH (C-230/14)*, *Verein für Konsumenteninformation gegen Amazon EU (C-191/15)* und *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein (C-210/16)*.

⁷ *Weltimmo*, Rn. 31.

⁸ *Weltimmo*, Rn. 29.

⁹ *Weltimmo*, Rn. 31.

¹⁰ EuGH, *Verein für Konsumenteninformation gegen Amazon EU Sarl*, Rechtssache C-191/15, 28. Juli 2016, Rn. 76 (im Folgenden „Verein für Konsumenteninformation“).

Wenn ein außerhalb der Union niedergelassener Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter, unabhängig von seiner Rechtsform (z. B. Tochtergesellschaft, Zweigniederlassung, Büro usw.), im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats „eine tatsächliche und effektive Tätigkeit ausübt, selbst wenn sie nur geringfügig ist, kann davon ausgegangen werden, dass dieser Verantwortliche bzw. Auftragsverarbeiter in diesem Mitgliedstaat ansässig ist.¹¹ Es ist daher unbedingt zu prüfen, ob die Verarbeitung personenbezogener Daten „im Rahmen der Tätigkeiten“ einer solchen Einrichtung erfolgt, wie in Erwägungsgrund 22 hervorgehoben wird.

b) Verarbeitung personenbezogener Daten „im Rahmen der Tätigkeiten“ einer Niederlassung

Artikel 3 Absatz 1 bestätigt, dass die fragliche Verarbeitung nicht unbedingt „durch“ die entsprechende Niederlassung in der EU vorgenommen werden muss; der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter hat die aus der DSGVO resultierenden Pflichten einzuhalten, wann immer die Verarbeitung „im Rahmen der Tätigkeiten“ seiner Niederlassung in der Union stattfindet. Der EDSA empfiehlt, im Einzelfall und anhand einer *konkreten* Analyse festzustellen, ob die Verarbeitung im Rahmen einer Niederlassung des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters in der Union für die Zwecke von Artikel 3 Absatz 1 erfolgt. Jedes Szenario muss für sich und unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls beurteilt werden.

Nach Auffassung des EDSA sollte für die Zwecke von Artikel 3 Absatz 1 die Wendung „*Verarbeitung im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung eines Verantwortlichen oder eines Auftragsverarbeiters*“ vor dem Hintergrund der einschlägigen Rechtsprechung gedeutet werden. Zum einen darf die Wendung „im Rahmen der Tätigkeit einer Niederlassung“ im Hinblick auf das Ziel, einen wirksamen und umfassenden Schutz zu gewährleisten, nicht eng ausgelegt werden.¹² Zum anderen sollte die Existenz einer Niederlassung im Sinne der DSGVO nicht zu weit ausgelegt werden, um zu der Schlussfolgerung zu gelangen, dass eine Präsenz in der EU, selbst mit höchst entfernten Verbindungen zu den Datenverarbeitungstätigkeiten eines Nicht-EU-Unternehmens, ausreicht, um diese Verarbeitung in den Anwendungsbereich des EU-Datenschutzrechts zu bringen. Eine Geschäftstätigkeit, die von einem Nicht-EU-Unternehmen innerhalb eines Mitgliedstaats ausgeübt wird, kann nämlich so weit von der Verarbeitung personenbezogener Daten durch dieses Unternehmen entfernt sein, dass das Vorliegen der Geschäftstätigkeit in der EU nicht ausreicht, um die Datenverarbeitung durch das Nicht-EU-Unternehmen in den Anwendungsbereich des EU-Datenschutzrechts zu bringen.¹³

Eine Betrachtung der beiden folgenden Faktoren kann bei der Beantwortung der Frage helfen, ob die Verarbeitung durch einen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter im Rahmen seiner Niederlassung in der Union vorgenommen wird.

i) *Beziehung zwischen einem Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter außerhalb der Union und seiner lokalen Niederlassung in der Union*

Die Datenverarbeitungstätigkeiten eines Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters mit Sitz außerhalb der EU können untrennbar mit den Tätigkeiten einer lokalen Niederlassung in einem

¹¹ Siehe insbesondere Rn. 29 des Urteils *Weltimmo*, in dem eine flexible Konzeption des Begriffs der Niederlassung hervorgehoben und klargestellt wird, dass „sowohl der Grad an Beständigkeit der Einrichtung als auch die effektive Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeiten in diesem anderen Mitgliedstaat unter Beachtung des besonderen Charakters dieser Tätigkeiten und der in Rede stehenden Dienstleistungen auszulegen [ist]“.

¹² *Weltimmo*, Rn. 25 und *Google Spain*, Rn. 53.

¹³ Artikel 29-Datenschutzgruppe – Aktualisierung der Stellungnahme 8/2010 zum anwendbaren Recht im Lichte des EuGH-Urteils *Google Spain*, 16. Dezember 2015.

Mitgliedstaat verbunden sein und können somit die Anwendbarkeit des Unionsrechts auslösen, auch wenn die lokale Niederlassung in der Datenverarbeitung selbst keine Rolle spielt.¹⁴ Wenn eine Einzelfallanalyse des Sachverhalts erbringt, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten durch einen nicht in der EU ansässigen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter und die Tätigkeiten einer Niederlassung in der EU untrennbar miteinander verbunden sind, gilt für diese Verarbeitung durch das Nicht-EU-Unternehmen das Unionsrecht, und zwar unabhängig davon, ob die Niederlassung in der EU bei dieser Verarbeitung von Daten eine Rolle spielt.¹⁵

ii) Erzielung von Einnahmen in der Union

Die Erzielung von Einnahmen in die EU durch eine lokale Niederlassung, soweit diese Tätigkeiten als mit der Verarbeitung personenbezogener Daten außerhalb der EU und natürlichen Personen in der EU „untrennbar verbunden“ betrachtet werden können, kann ein Hinweis darauf sein, dass die Verarbeitung durch einen nicht in der EU ansässigen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter „im Rahmen der Tätigkeiten der EU-Niederlassung“ erfolgt, und sie kann ausreichen, um die Anwendung des Unionsrechts auf eine solche Verarbeitung zu bewirken.¹⁶

Der EDSA empfiehlt nicht in der EU ansässigen Organisationen eine Überprüfung ihrer Verarbeitungstätigkeiten, indem sie zunächst herausfinden, ob personenbezogene Daten verarbeitet werden, und zweitens potenzielle Verbindungen zwischen der Tätigkeit, für die die Daten verarbeitet werden, und den Tätigkeiten einer Vertretung der Organisation in der Union ermitteln. Wird eine solche Verbindung festgestellt, so entscheidet die Art dieser Verbindung darüber, ob die DSGVO auf die betreffende Verarbeitung Anwendung findet, und muss sie unter anderem auf die beiden oben aufgeführten Aspekte hin geprüft werden.

Beispiel 2: Eine Website für Internethandel wird von einem Unternehmen mit Sitz in China betrieben. Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch das Unternehmen erfolgt ausschließlich in China. Das chinesische Unternehmen hat in Berlin ein Europa-Büro eingerichtet, das auf EU-Märkte ausgerichtete Marktforschungs- und Marketingkampagnen leiten und durchführen soll.

In diesem Fall kann davon ausgegangen werden, dass die Tätigkeit des Europa-Büros in Berlin untrennbar mit der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die chinesische Website für Internethandel verbunden ist, sofern die auf EU-Märkte ausgerichteten Marktforschungs- und Marketingkampagnen vor allem dazu dienen, die von der Website für den Internethandel angebotenen Dienste profitabel zu machen. Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch das chinesische Unternehmen im Zusammenhang mit Verkäufen in der EU ist in der Tat untrennbar mit den Tätigkeiten des Europa-Büros in Berlin verbunden, die mit auf den EU-Markt ausgerichtete Marktforschungs- und Marketingkampagnen zu tun haben. Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch das chinesische Unternehmen im Zusammenhang mit Verkäufen in der EU kann daher als

¹⁴ EuGH, *Google Spain*, Rechtssache C-131/12.

¹⁵ Artikel 29-Datenschutzgruppe – Aktualisierung der Stellungnahme 8/2010 zum anwendbaren Recht im Lichte des EuGH-Urteils *Google Spain*, 16. Dezember 2015.

¹⁶ Dies kann möglicherweise auf ausländische Wirtschaftsteilnehmer mit Verkaufsbüros oder einer anderen Vertretung in der EU zutreffen, auch wenn dieses Büro bei der eigentlichen Datenverarbeitung keine Rolle spielt, insbesondere wenn die Verarbeitung im Rahmen der Verkaufstätigkeit in der EU stattfindet und die Tätigkeiten der Niederlassung auf die Einwohner des Mitgliedstaats ausgerichtet sind, in denen sich die Niederlassung befindet (Aktualisierte Fassung von WP179).

im Rahmen der Tätigkeiten des Europa-Büros als einer Niederlassung in der Union durchgeführt betrachtet werden. Diese Verarbeitung durch das chinesische Unternehmen unterliegt daher Artikel 3 Absatz 1 DSGVO.

Beispiel 3: Eine Kette von Hotels und Ferienanlagen in Südafrika offeriert über seine Website Paketangebote in englischer, deutscher, französischer und spanischer Sprache. Das Unternehmen verfügt in der EU weder über ein Büro noch über eine Vertretung oder eine feste Einrichtung.

In diesem Fall kann in Ermangelung einer Vertretung oder festen Einrichtung der Kette von Hotels und Ferienanlagen im Hoheitsgebiet der Union kein mit diesem Verantwortlichen in Südafrika verbundenes Unternehmen als Niederlassung in der EU im Sinne der DSGVO gelten. Daher kann die betreffende Verarbeitung nicht unter Artikel 3 Absatz 1 DSGVO fallen.

Es ist jedoch *konkret* zu prüfen, ob die Verarbeitung durch diesen Verantwortlichen, der nicht in der EU niedergelassen ist, möglicherweise unter Artikel 3 Absatz 2 DSGVO fällt.

c) Anwendung der DSGVO auf die Niederlassung eines Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters in der Union, unabhängig davon, ob die Verarbeitung in der Union stattfindet

Gemäß Artikel 3 Absatz 1 löst die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung eines Verantwortlichen oder eines Auftragsverarbeiters in der Union die Anwendung der DSGVO und die damit verbundenen Verpflichtungen für den betreffenden Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter aus.

Der Wortlaut der DSGVO besagt, dass die Verordnung für die Verarbeitung im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung in der EU gilt, „*unabhängig davon, ob die Verarbeitung in der Union stattfindet*“. Es ist die Anwesenheit eines Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters in der EU in Form einer Niederlassung sowie die Tatsache, dass eine Verarbeitung im Rahmen der Tätigkeiten dieser Niederlassung stattfindet, die die Anwendung der DSGVO auf ihre Verarbeitungstätigkeit auslösen. Der Ort der Verarbeitung ist daher für die Beantwortung der Frage nicht maßgeblich, ob die Verarbeitung, die im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung in der Union vorgenommen wird, in den Anwendungsbereich der DSGVO fällt.

Beispiel 4: Ein französisches Unternehmen hat eine ausschließlich an Kunden in Marokko, Algerien und Tunesien gerichtete Car-Sharing-App entwickelt. Der Dienst steht nur in diesen drei Ländern zur Verfügung, doch erfolgt die Verarbeitung aller personenbezogenen Daten durch den Verantwortlichen in Frankreich.

Während die Erhebung personenbezogener Daten in Drittländern erfolgt, wird die anschließende Verarbeitung personenbezogener Daten in diesem Fall im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung eines Verantwortlichen in der Union vorgenommen. Obwohl es bei der Verarbeitung um personenbezogene Daten von Personen geht, die sich nicht in der Union befinden, gelten für die Verarbeitung durch das französische Unternehmen die Bestimmungen von Artikel 3 Absatz 1 DSGVO.

Beispiel 5: Ein Pharmaunternehmen mit Hauptsitz in Stockholm hat die gesamte Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten im Zusammenhang mit klinischen Prüfungen seiner in Singapur ansässigen Zweigniederlassung übertragen.

In diesem Fall erfolgt die Verarbeitung zwar in Singapur, doch findet sie im Rahmen der Tätigkeiten des Pharmaunternehmens in Stockholm statt, also eines in der Union niedergelassenen Verantwortlichen. Daher finden auf diese Verarbeitung die Bestimmungen von Artikel 3 Absatz 1 Anwendung.

Bei der Bestimmung des räumlichen Anwendungsbereichs der DSGVO spielt die geografische Lage nach Artikel 3 Absatz 1 eine Rolle in Bezug auf den Ort der Niederlassung

- des Verantwortliche oder des Auftragsverarbeiters selbst (ist er innerhalb oder außerhalb der Union niedergelassen?);
- einer geschäftlichen Präsenz eines nicht in der EU ansässigen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters (hat er eine Niederlassung in der Union?)

Keine Rolle spielt die geografische Lage hingegen für die Zwecke von Artikel 3 Absatz 1, und zwar weder hinsichtlich des Ortes, an dem die Verarbeitung erfolgt, noch hinsichtlich des Ortes, an dem sich die fraglichen betroffenen Personen befinden.

Der Wortlaut von Artikel 3 Absatz 1 beschränkt die Anwendung der DSGVO nicht auf die Verarbeitung personenbezogener Daten von Personen, die sich in der Union befinden. Der EDSA ist daher der Ansicht, dass jede Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit den Tätigkeiten einer Niederlassung eines Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters in der Union in den Anwendungsbereich der DSGVO fällt, unabhängig vom Aufenthaltsort oder der Staatsangehörigkeit der betroffenen Person. Diese Sichtweise wird unterstützt durch Erwägungsgrund 14 der DSGVO, in dem es heißt: *„Der durch diese Verordnung gewährte Schutz sollte für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten natürlicher Personen ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit oder ihres Aufenthaltsortes gelten.“*

d) Anwendung des Kriteriums der Niederlassung auf Verantwortliche und Auftragsverarbeiter

Im Hinblick auf Verarbeitungstätigkeiten, die in den Anwendungsbereich von Artikel 3 Absatz 1 fallen, vertritt der EDSA die Ansicht, dass diese Bestimmungen auch für Verantwortliche und Auftragsverarbeiter gelten, deren Verarbeitungstätigkeiten im Rahmen der Tätigkeiten ihrer jeweiligen Niederlassung in der EU erfolgen. Der EDSA räumt zwar ein, dass sich die Anforderungen an die Beziehung zwischen einem Verantwortlichen und einem Auftragsverarbeiter¹⁷ nicht jeweils nach der geografischen Lage der Niederlassung eines Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters ändern, doch ist er der Auffassung, dass bei der Ermittlung der unterschiedlichen Verpflichtungen, die sich aus der Anwendbarkeit von Artikel 3 Absatz 1 DSGVO ergeben, die Verarbeitung durch die einzelnen Akteure für sich betrachtet werden muss.

Die DSGVO sieht unterschiedliche und spezifische Bestimmungen oder Verpflichtungen für Verantwortliche und Auftragsverarbeiter vor, und daher gelten für den Fall, dass ein Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter Artikel 3 Absatz 1 DSGVO unterliegt, die jeweils entsprechenden Verpflichtungen. In diesem Zusammenhang vertritt der EDSA insbesondere die Auffassung, dass ein

¹⁷ Mit Blick auf Artikel 28 erinnert der EDSA daran, dass die Verarbeitung durch einen Auftragsverarbeiter im Auftrag eines Verantwortlichen auf der Grundlage eines Vertrags oder eines anderen Rechtsinstruments nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten erfolgen muss, der bzw. das den Auftragsverarbeiter in Bezug auf den Verantwortlichen bindet, und dass der Verantwortliche nur mit Auftragsverarbeitern arbeitet, die hinreichend Garantien dafür bieten, dass geeignete Maßnahmen so durchgeführt werden, dass die Verarbeitung im Einklang mit den Anforderungen der DSGVO erfolgt und den Schutz der Rechte der betroffenen Person gewährleistet.

Auftragsverarbeiter in der EU nicht allein aufgrund seiner Stellung als Auftragsverarbeiter im Namen eines Verantwortlichen als Niederlassung eines Verantwortlichen im Sinne von Artikel 3 Absatz 1 gelten sollte.

Das Bestehen einer Beziehung zwischen einem Verantwortlichen und einem Auftragsverarbeiter löst nicht zwangsläufig die Anwendung der DSGVO auf beide aus, sollte eines der beiden Unternehmen nicht in der Union niedergelassen sein.

Eine Organisation, die personenbezogene Daten im Namen und auf Weisung einer anderen Organisation (dem Kundenunternehmen) verarbeitet, fungiert als Auftragsverarbeiter für das Kundenunternehmen (den Verantwortlichen). Hat ein Auftragsverarbeiter seinen Sitz in der Union, muss er den Verpflichtungen nachkommen, die die DSGVO Auftragsverarbeitern auferlegt (die „Verpflichtungen des Auftragsverarbeiters nach der DSGVO“). Befindet sich der Verantwortliche, der dem Auftragsverarbeiter Weisungen erteilt, ebenfalls in der Union, so muss er den Verpflichtungen nachkommen, die die DSGVO Verantwortlichen auferlegt (die „Verpflichtungen des Verantwortlichen nach der DSGVO“). Eine Verarbeitung, die, wenn sie von einem Verantwortlichen durchgeführt wird, gemäß Artikel 3 Absatz 1 in den Anwendungsbereich der DSGVO fällt, fällt nicht aus dem Anwendungsbereich der Verordnung heraus, nur weil der Verantwortliche einen nicht in der Union niedergelassenen Auftragsverarbeiter anweist, die Verarbeitung in seinem Namen durchzuführen.

i) Verarbeitung durch einen in der EU niedergelassenen Verantwortlichen, der einem nicht in der Union niedergelassenen Auftragsverarbeiter Weisungen erteilt

Auch wenn sich ein der DSGVO unterliegender Verantwortlicher dafür entscheidet, für eine bestimmte Verarbeitungstätigkeit einen außerhalb der Union niedergelassenen Auftragsverarbeiter einzusetzen, muss der Verantwortliche im Wege eines Vertrags oder eines anderen Rechtsinstruments sicherstellen, dass der Auftragsverarbeiter die Daten im Einklang mit der DSGVO verarbeitet. Nach Artikel 28 Absatz 3 erfolgt die Verarbeitung durch einen Auftragsverarbeiter auf der Grundlage eines Vertrags oder eines anderen Rechtsinstruments. Der Verantwortliche muss daher dafür sorgen, dass er mit dem Auftragsverarbeiter einen Vertrag abschließt, der alle in Artikel 28 Absatz 3 genannten Anforderungen erfüllt. Wahrscheinlich ist ferner, dass der Verantwortliche in Erwägung ziehen muss, dem Auftragsverarbeiter in dem Vertrag die Auftragsverarbeitern nach der DSGVO auferlegten Verpflichtungen aufzuerlegen, um sicherzustellen, dass er seinen Verpflichtungen gemäß Artikel 28 Absatz 1 nachgekommen ist (Arbeit nur mit einem Auftragsverarbeiter, der hinreichend Garantien dafür bietet, dass Maßnahmen so durchgeführt werden, dass die Verarbeitung im Einklang mit der Verordnung erfolgt und den Schutz der Rechte der betroffenen Person gewährleistet). Das bedeutet, dass der Verantwortliche mit einem Vertrag oder sonstigen Rechtsinstrument nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten sicherstellen muss, dass der nicht der DSGVO unterliegende Auftragsverarbeiter den in Artikel 28 Absatz 3 aufgeführten Verpflichtungen nachkommt.

Der außerhalb der Union ansässige Auftragsverarbeiter unterliegt daher indirekt bestimmten Verpflichtungen, die ihm von der DSGVO unterliegenden Verantwortlichen im Wege vertraglicher Regelungen gemäß Artikel 28 auferlegt werden. Darüber hinaus können Bestimmungen von Kapitel V der DSGVO Anwendung finden.

Beispiel 6: Ein finnisches Forschungsinstitut betreibt Forschung zum Volk der Samen. Das Institut startet ein Projekt, bei dem es nur um Samen in Russland geht. Für dieses Projekt setzt das Institut einen in Kanada ansässigen Auftragsverarbeiter ein.

Der finnische Verantwortliche ist verpflichtet, nur mit Auftragsverarbeitern zu arbeiten, die hinreichende Garantien dafür bieten, dass geeignete Maßnahmen so durchgeführt werden, dass die

Verarbeitung im Einklang mit den Anforderungen der DSGVO erfolgt und den Schutz der Rechte der betroffenen Personen gewährleistet. Der finnische Verantwortliche muss mit dem kanadischen Auftragsverarbeiter eine Vereinbarung über die Verarbeitung der Daten schließen, und in diesem Rechtsinstrument werden die Pflichten des Auftragsverarbeiters festgelegt.

ii) *Verarbeitung im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung eines Auftragsverarbeiters in der Union*

Die Rechtsprechung vermittelt uns zwar ein klares Verständnis der Auswirkungen einer Verarbeitung, die im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung des Verantwortlichen in der EU durchgeführt wird, doch sind die Auswirkungen einer Verarbeitung im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung eines Auftragsverarbeiters in der EU weniger klar.

Der EDSA betont, wie wichtig es ist, die Niederlassung des Verantwortlichen bzw. die des Auftragsverarbeiters gesondert zu betrachten, wenn es um die Frage geht, ob jede Partei für sich „in der Union niedergelassen ist“.

Die erste Frage lautet, ob der Verantwortliche selber über eine Niederlassung in der Union verfügt und die Verarbeitung im Rahmen der Tätigkeiten dieser Niederlassung vornimmt. Wenn nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Verantwortliche die Verarbeitung im Zusammenhang mit seiner eigenen Niederlassung in der Union vornimmt, unterliegt dieser Verantwortliche nicht den Verpflichtungen des Verantwortlichen gemäß Artikel 3 Absatz 1 DSGVO (obwohl er noch unter Artikel 3 Absatz 2 fallen kann). Sofern nicht andere Faktoren im Spiel sind, gilt die Niederlassung des Auftragsverarbeiters in der EU nicht als Niederlassung in Bezug auf den Verantwortlichen.

Sodann stellt sich die völlig andere Frage, ob der Auftragsverarbeiter Verarbeitungen im Rahmen seiner Niederlassung in der Union vornimmt. In diesem Fall unterliegt der Auftragsverarbeiter den Verpflichtungen des Auftragsverarbeiters gemäß Artikel 3 Absatz 1 DSGVO. Dies hat jedoch nicht zur Folge, dass der nicht in der EU ansässige Verantwortliche den Pflichten des Verantwortlichen nach der DSGVO unterliegt. Das heißt, dass ein „Nicht-EU“-Verantwortlicher (wie oben beschrieben) nicht einfach deshalb der DSGVO unterliegt, weil er sich für einen Auftragsverarbeiter in der Union entscheidet.

Wenn der nicht der DSGVO unterliegende Verantwortliche einem Auftragsverarbeiter in der Union Weisungen erteilt, nimmt er keine Verarbeitung „im Rahmen der Tätigkeit des Auftragsverarbeiters in der Union“ vor. Die Verarbeitung erfolgt im Rahmen der eigenen Tätigkeiten des Verantwortlichen; der Auftragsverarbeiter erbringt lediglich eine Verarbeitungsdienstleistung¹⁸, die nicht „untrennbar“ mit den Tätigkeiten des Verantwortlichen „verbunden“ ist. Wie bereits erwähnt, ist der EDSA im Falle eines in der Union niedergelassenen Auftragsverarbeiters, der im Auftrag eines außerhalb der Union niedergelassenen und nicht Artikel 3 Absatz 2 DSGVO unterliegenden Verantwortlichen die Verarbeitung durchführt, der Auffassung, dass die Verarbeitungstätigkeiten des Verantwortlichen nicht nur deshalb als in den räumlichen Anwendungsbereich der DSGVO fallend gelten würden, weil die Daten in seinem Auftrag von einem in der Union niedergelassenen Auftragsverarbeiter verarbeitet werden. Auch wenn der Verantwortliche nicht in der Union niedergelassen ist und nicht Artikel 3 Absatz 2 DSGVO unterliegt, unterliegt doch der Auftragsverarbeiter, da er in der Union niedergelassen ist, den einschlägigen Bestimmungen von Artikel 3 Absatz 1 DSGVO.

¹⁸ Das Angebot eines Verarbeitungsdienstes in diesem Zusammenhang kann auch nicht als Angebot einer Dienstleistung an betroffene Personen in der Union betrachtet werden.

Beispiel 7: Ein mexikanisches Einzelhandelsunternehmen schließt mit einem in Spanien niedergelassenen Auftragsverarbeiter einen Vertrag über die Verarbeitung personenbezogener Daten der Kunden des mexikanischen Unternehmens. Das mexikanische Unternehmen bietet seine Dienste ausschließlich für den mexikanischen Markt an, und seine Verarbeitung betrifft ausschließlich betroffene Personen außerhalb der Union.

In diesem Fall zielt das mexikanische Einzelhandelsunternehmen mit dem Angebot von Waren oder Dienstleistungen weder auf Personen im Hoheitsgebiet der Union ab, noch beobachtet es das Verhalten von Personen im Hoheitsgebiet der Union. Die Verarbeitung durch den außerhalb der Union niedergelassenen Verantwortlichen unterliegt daher gemäß Artikel 3 Absatz 2 nicht der DSGVO.

Die Bestimmungen der DSGVO gelten gemäß Artikel 3 Absatz 1 nicht für den Verantwortlichen, da es sich nicht um eine Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung in der Union handelt. Der Auftragsverarbeiter ist in Spanien niedergelassen, so dass seine Verarbeitung gemäß Artikel 3 Absatz 1 in den Anwendungsbereich der DSGVO fällt. Der Auftragsverarbeiter muss den durch die Verordnung auferlegten Verpflichtungen des Auftragsverarbeiters für die Verarbeitung im Rahmen seiner Tätigkeiten nachkommen.

Wenn ein in der Union niedergelassener Auftragsverarbeiter Verarbeitungen im Auftrag eines Verantwortlichen ohne Niederlassung in der Union für die Zwecke der Verarbeitung vornimmt und die Verarbeitung gemäß Artikel 3 Absatz 2 nicht in den räumlichen Anwendungsbereich der DSGVO fällt, unterliegt der Auftragsverarbeiter folgenden einschlägigen Bestimmungen der DSGVO, die für Auftragsverarbeiter unmittelbar gelten:

- Die den Auftragsverarbeitern gemäß Artikel 28 Absätze 2, 3, 4, 5 und 6 auferlegten Verpflichtungen, einen Datenverarbeitungsvertrag abzuschließen, mit Ausnahme der Verpflichtungen in Bezug auf die Unterstützung des Verantwortlichen bei der Erfüllung seiner (des Verantwortlichen) Verpflichtungen gemäß der DSGVO.
- Der Auftragsverarbeiter und alle dem Verantwortlichen oder dem Auftragsverarbeiter unterstellten Personen, die Zugang zu personenbezogenen Daten haben, dürfen diese Daten ausschließlich auf Weisung des Verantwortlichen verarbeiten, es sei denn, dass sie gemäß Artikel 29 und Artikel 32 Absatz 4 nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten zur Verarbeitung verpflichtet sind.
- Gegebenenfalls führt der Auftragsverarbeiter gemäß Artikel 30 Absatz 2 ein Verzeichnis aller Kategorien von Verarbeitungen, die im Namen eines Verantwortlichen durchgeführt wurden.
- Gegebenenfalls arbeitet gemäß Artikel 31 der Auftragsverarbeiter auf Ersuchen mit der Aufsichtsbehörde bei der Erfüllung seiner Aufgaben zusammen.
- Gemäß Artikel 32 trifft der Auftragsverarbeiter technische und organisatorische Maßnahmen, um ein dem Risiko angemessenes Schutzniveau zu gewährleisten.
- Gemäß Artikel 33 meldet der Auftragsverarbeiter, wenn ihm eine Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten bekannt wird, diese dem Verantwortlichen unverzüglich.
- Gegebenenfalls benennt gemäß Artikel 37 und 38 der Auftragsverarbeiter einen Datenschutzbeauftragten.
- Den Bestimmungen über die Übermittlung personenbezogener Daten an Drittländer oder internationale Organisationen gemäß Kapitel V.

Da zudem eine solche Verarbeitung im Rahmen der Tätigkeiten einer Niederlassung eines Auftragsverarbeiters in der Union erfolgen würde, weist der EDSA darauf hin, dass der Auftragsverarbeiter zu gewährleisten hat, dass seine Verarbeitung im Hinblick auf andere Verpflichtungen nach dem Unionsrecht oder dem nationalen Recht rechtmäßig bleibt. In Artikel 28

Absatz 3 heißt es ferner: „Der Auftragsverarbeiter unterrichtet den Verantwortlichen unverzüglich, falls er der Auffassung ist, dass eine Weisung gegen diese Verordnung oder gegen andere Datenschutzbestimmungen der Union oder der Mitgliedstaaten verstößt.“

Im Einklang mit den schon früher von der Artikel 29-Datenschutzgruppe eingenommenen Standpunkten vertritt der EDSA die Auffassung, dass das Hoheitsgebiet der Union nicht als „Datenoase“ verwendet werden darf, wenn beispielsweise eine Verarbeitungstätigkeit unzulässige ethische Fragen aufwirft¹⁹, und dass bestimmte rechtliche Verpflichtungen, die über die Anwendung des EU-Datenschutzrechts hinausgehen, insbesondere europäische und nationale Vorschriften in Bezug auf die öffentliche Ordnung, in jedem Fall von jedem in der Union niedergelassenen Auftragsverarbeiter einzuhalten sind, unabhängig vom Standort des Verantwortlichen. Dabei wird auch der Tatsache Rechnung getragen, dass durch die Umsetzung des Unionsrechts sich aus der DSGVO und entsprechenden einzelstaatlichen Gesetzen ergebende Bestimmungen der Charta der Grundrechte der Union²⁰ unterliegen. Dies bedeutet jedoch keine zusätzlichen Verpflichtungen für Verantwortliche außerhalb der Union in Bezug auf Verarbeitungen, die nicht in den räumlichen Anwendungsbereich der DSGVO fallen.

2 ANWENDUNG DES KRITERIUMS DER ZIELGERICHTETHEIT – ARTIKEL 3 ABSATZ 2

Das Fehlen einer Niederlassung in der Union bedeutet nicht zwangsläufig, dass die Verarbeitungstätigkeiten eines in einem Drittland ansässigen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters vom Anwendungsbereich der DSGVO ausgeschlossen sind, da in Artikel 3 Absatz 2 die Umstände festgelegt sind, unter denen die DSGVO je nach Verarbeitungstätigkeiten für einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter gilt.

In diesem Zusammenhang bestätigt der EDSA, dass ohne eine Niederlassung in der Union der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter das in Artikel 56 DSGVO vorgesehene Verfahren der Zusammenarbeit und Kohärenz nicht nutzen kann. Das Verfahren der Zusammenarbeit und Kohärenz der DSGVO gilt nämlich nur für Verantwortliche und Auftragsverarbeiter, die in der Europäischen Union über eine oder mehrere Niederlassungen verfügen.²¹

Die vorliegenden Leitlinien zielen zwar darauf ab, den räumlichen Anwendungsbereich der DSGVO zu klären, doch möchte der EDSA auch betonen, dass Verantwortliche und Auftragsverarbeiter auch andere anwendbare Texte wie beispielsweise die sektoralen Rechtsvorschriften der EU oder der Mitgliedstaaten und nationale Rechtsvorschriften berücksichtigen müssen. Mehrere Bestimmungen der DSGVO ermöglichen den Mitgliedstaaten die Einführung zusätzlicher Bedingungen und die Festlegung eines spezifischen Datenschutzrahmens auf nationaler Ebene in bestimmten Bereichen oder in Bezug auf bestimmte Verarbeitungssituationen. Verantwortliche und Auftragsverarbeiter müssen daher sicherstellen, dass sie diese zusätzlichen Bedingungen und Rahmen kennen und einhalten, die von einem Mitgliedstaat zum anderen durchaus unterschiedlich sein können. Besonders auffällig sind solche Unterschiede in den in den einzelnen Mitgliedstaaten geltenden

¹⁹ Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP169 – Stellungnahme 1/2010 zu den Begriffen „für die Verarbeitung Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“, angenommen am 16. Februar 2010 und derzeit in der Überarbeitung durch den EDSA.

²⁰ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2012/C 326/02.

²¹ Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP244 rev.1, 13. Dezember 2016, Leitlinien für die Bestimmung der federführenden Aufsichtsbehörde eines Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters; gebilligt vom EDSA.

Datenschutzbestimmungen insbesondere im Hinblick auf die Bestimmungen von Artikel 8 (dem zufolge das Alter, ab dem Kinder eine gültige Einwilligung in die Verarbeitung ihrer Daten durch Dienste der Informationsgesellschaft geben können, zwischen 13 und 16 variieren kann), Artikel 9 (bei der Verarbeitung besonderer Datenkategorien), Artikel 23 (Beschränkungen) oder in Bezug auf die Bestimmungen von Kapitel IX der DSGVO (Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit; Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten; nationale Kennziffer; Beschäftigungskontext; Verarbeitung zu in öffentlichem Interesse liegenden Archivzwecken, zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken und zu statistischen Zwecken; Geheimhaltung; Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften).

Artikel 3 Absatz 2 DSGVO lautet: *„Diese Verordnung findet Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten von betroffenen Personen, die sich in der Union befinden, durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter, wenn die Datenverarbeitung im Zusammenhang damit steht, a) betroffenen Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten, unabhängig davon, ob von diesen betroffenen Personen eine Zahlung zu leisten ist, oder (b) ihr Verhalten zu beobachten, soweit dieses Verhalten in der Union stattfindet.“*

Die Anwendung des Kriteriums der „Zielgerichtetheit“ nach Artikel 3 Absatz 2 auf betroffene Personen, die sich in der Union befinden, kann durch Verarbeitungstätigkeiten eines nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters ausgelöst werden, die sich auf zwei getrennte und alternative Arten von Tätigkeiten beziehen, vorausgesetzt, diese Verarbeitungsvorgänge stehen im Zusammenhang mit betroffenen Personen in der Union. Abgesehen davon, dass es nur auf die Verarbeitung durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter Anwendung findet, konzentriert sich das Kriterium der Zielgerichtetheit weitgehend auf die Frage, womit die „Verarbeitungsaktivitäten im Zusammenhang stehen“, was im Einzelfall zu prüfen ist.

Der EDSA betont, dass ein Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter in Bezug auf einige seiner Verarbeitungsvorgänge durchaus der DSGVO unterliegen kann, im Hinblick auf andere Verarbeitungstätigkeiten hingegen nicht. Entscheidendes Element für die räumliche Anwendung der DSGVO gemäß Artikel 3 Absatz 2 ist die Betrachtung der jeweiligen Verarbeitungstätigkeit.

Bei der Bewertung der Bedingungen für die Anwendung des Kriteriums der Zielgerichtetheit empfiehlt der EDSA daher einen Doppelansatz, um zunächst zu bestimmen, ob die Verarbeitung im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten von betroffenen Personen steht, die sich in der Union befinden, und dann zu klären, ob sich die Verarbeitung auf das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen oder die Beobachtung des Verhaltens betroffener Personen in der Union bezieht.

a) Betroffene Personen in der Union

Der Wortlaut von Artikel 3 Absatz 2 bezieht sich auf *„personenbezogene Daten von betroffenen Personen, die sich in der Union befinden“*. Die Anwendung des Kriteriums der Zielgerichtetheit beschränkt sich daher nicht auf die Staatsangehörigkeit, den Wohnsitz oder andere Arten des rechtlichen Status der betroffenen Person, deren personenbezogene Daten verarbeitet werden. Diese Sichtweise wird unterstützt durch Erwägungsgrund 14, in dem es heißt: *„Der durch diese Verordnung gewährte Schutz sollte für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten natürlicher Personen ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit oder ihres Aufenthaltsortes gelten.“*

Diese Bestimmung der DSGVO spiegelt das Primärrecht der EU wider, das auch einen breiten Raum für den Schutz personenbezogener Daten vorsieht, der nicht auf EU-Bürger beschränkt ist, wobei Artikel 8

der Charta der Grundrechte vorsieht, dass das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten nicht eingeschränkt ist, sondern für „alle“ gilt.²²

Während der Aufenthalt der betroffenen Person im Hoheitsgebiet der Union ein entscheidender Faktor für die Anwendung des Kriteriums der Zielgerichtetheit gemäß Artikel 3 Absatz 2 ist, ist der EDSA der Ansicht, dass die Staatsangehörigkeit oder der Rechtsstatus einer betroffenen Person, die sich in der Union befindet, den räumlichen Anwendungsbereich der Verordnung nicht beschränken oder einschränken darf.

Die Anforderung, dass sich die betroffene Person in der Union befindet, muss zu dem Zeitpunkt geprüft werden, an dem die auslösende Tätigkeit stattfindet, also dann, wenn Waren oder Dienstleistungen angeboten werden oder das Verhalten beobachtet wird, unabhängig von der Dauer des Angebots oder der durchgeführten Beobachtung.

Der EDSA ist jedoch der Ansicht, dass bei Verarbeitungstätigkeiten im Zusammenhang mit dem Angebot von Diensten die Bestimmung auf Tätigkeiten abhebt, die absichtlich und nicht unabsichtlich oder zufällig auf Personen in der EU zielen. Wenn sich die Verarbeitung auf einen Dienst bezieht, der nur Personen außerhalb der EU angeboten wird, der Dienst jedoch nicht entzogen wird, wenn diese Personen in die EU einreisen, unterliegt die entsprechende Verarbeitung nicht der DSGVO. In diesem Fall steht die Verarbeitung nicht im Zusammenhang mit der absichtlichen Ausrichtung auf Personen in der EU, sondern mit dem Abzielen auf Personen außerhalb der EU, das fortbesteht unabhängig davon, ob sie außerhalb der EU bleiben oder ob sie die Union besuchen.

Beispiel 8: Ein australisches Unternehmen bietet auf der Grundlage von Nutzerpräferenzen und -interessen einen mobilen Nachrichten- und Video-Inhaltsdienst an. Die Nutzer können täglich oder wöchentlich Aktualisierungen erhalten. Der Dienst wird ausschließlich Nutzern angeboten, die sich in Australien befinden und bei Abschluss des Abonnements eine australische Telefonnummer angeben müssen.

Ein australischer Teilnehmer des Dienstes reist im Urlaub nach Deutschland und nutzt auch dort den Dienst.

Obwohl der australische Teilnehmer den Dienst während seines Aufenthalts in der EU nutzt, ist der Dienst nicht auf Personen in der Union ausgerichtet, sondern wendet sich nur an Personen in Australien, so dass die Verarbeitung personenbezogener Daten durch das australische Unternehmen nicht in den Anwendungsbereich der DSGVO fällt.

Beispiel 9: Ein Start-up-Unternehmen mit Sitz in den USA, ohne geschäftliche Vertretung oder Niederlassung in der EU, bietet eine Stadtkarten-App für Touristen an. Die App verarbeitet personenbezogene Daten über den Standort von Kunden, die die App nutzen (betroffene Personen), sobald sie mit der Nutzung der App in der besuchten Stadt beginnen, um gezielt Werbung für Sehenswürdigkeiten, Restaurants, Bars und Hotels anzubieten. Die App gibt es für Touristen, die New York, San Francisco, Toronto, Paris und Rom besuchen.

²² Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Artikel 8 Absatz 1: „Jede Person hat das Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten“.

Mit seiner Stadtkarten-App wendet sich das amerikanische Start-up-Unternehmen gezielt an Personen, die sich in der Union befinden (insbesondere in Paris und Rom) und bietet ihnen während ihres Aufenthalts in der Union seine Dienste an. Die Verarbeitung der personenbezogenen Daten von in der EU befindlichen betroffenen Personen in Verbindung mit dem Angebot des Dienstes fällt gemäß Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a in den Anwendungsbereich der DSGVO. Darüber hinaus stehen die Verarbeitungstätigkeiten auch im Zusammenhang mit der Beobachtung des Verhaltens betroffener Personen, weil Standortdaten der betroffenen Personen verarbeitet werden, um gezielte Werbung auf der Grundlage ihres Standorts anbieten zu können. Die Verarbeitung durch das amerikanische Start-up-Unternehmens fällt daher gemäß Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b ebenfalls in den Anwendungsbereich der DSGVO.

Der EDSA möchte ferner betonen, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten einer natürlichen Person in der Union allein nicht ausreicht, um die Anwendung der DSGVO auf Verarbeitungstätigkeiten eines nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters auszulösen. Das Element des „Abzielens“ auf Personen in der EU muss immer vorhanden sein, entweder durch das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen oder durch Beobachtung ihres Verhaltens (wie nachstehend näher ausgeführt).

Beispiel 10: Ein US-Bürger bereist während seines Urlaubs Europa. Während seines Aufenthalts in Europa lädt er eine von einem amerikanischen Unternehmen angebotene Nachrichten-App herunter und nutzt sie. Die App richtet sich ausschließlich an den US-Markt, was durch die Nutzungsbedingungen und die Angabe des US-Dollars als einziger Zahlungswährung belegt wird. Die Erhebung der personenbezogenen Daten des US-Touristen über die App durch das US-Unternehmen unterliegt nicht der DSGVO.

Darüber hinaus sei darauf hingewiesen, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten von EU-Bürgern oder in der EU aufhältigen Personen, die in einem Drittland stattfindet, nicht die Anwendung der DSGVO auslöst, sofern die Verarbeitung nicht im Zusammenhang mit einem bestimmten, auf Personen in der EU gerichteten Angebot oder einer Beobachtung ihres Verhaltens in der Union steht.

Beispiel 11: Eine Bank in Taiwan hat Kunden, die ihren Wohnsitz in Taiwan haben, aber die deutsche Staatsangehörigkeit besitzen. Die Bank ist nur in Taiwan tätig; ihre Tätigkeiten sind nicht auf den EU-Markt ausgerichtet. Die Verarbeitung der personenbezogenen Daten ihrer deutschen Kunden durch die Bank unterliegt nicht der DSGVO.

Beispiel 12: Die kanadische Einwanderungsbehörde verarbeitet personenbezogene Daten von EU-Bürgern bei der Einreise in das kanadische Hoheitsgebiet zwecks Prüfung ihres Visumantrags. Diese Verarbeitung unterliegt nicht der DSGVO.

b) Angebot von Waren oder Dienstleistungen an betroffene Personen in der Union, unabhängig davon, ob von diesen betroffenen Personen eine Zahlung zu leisten ist

Die erste Aktivität, die die Anwendung von Artikel 3 Absatz 2 auslöst, ist das „Anbieten von Waren oder Dienstleistungen“, ein Konzept, das im EU-Recht und in der Rechtsprechung näher ausgeführt wurde, was bei der Anwendung des Kriteriums der Zielgerichtetheit zu berücksichtigen ist. Das Anbieten von Dienstleistungen umfasst auch das Anbieten von Dienstleistungen der

Informationsgesellschaft, definiert in Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie (EU) 2015/1535²³ als „eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft, d. h. jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“.

Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a legt fest, dass das Kriterium der Ausrichtung auf das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen unabhängig davon gilt, ob von der betroffenen Person eine Zahlung zu leisten ist. Ob die Tätigkeit eines nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters als Anbieten einer Ware oder Dienstleistung anzusehen ist, hängt daher nicht davon ab, ob im Austausch für die bereitgestellten Waren oder Dienstleistungen eine Zahlung erfolgt.²⁴

Beispiel 13: Ein US-Unternehmen ohne Niederlassung in der EU verarbeitet zu Zwecken des Personalmanagements personenbezogene Daten seiner Beschäftigten, die vorübergehend auf Geschäftsreise in Frankreich, Belgien und den Niederlande waren, um insbesondere ihre Unterbringungskosten erstatten und die Zahlung ihres Tagegeldes vornehmen zu können, die je nach Land, in dem sie sich befanden, unterschiedlich waren.

In diesem Fall steht die Verarbeitungstätigkeit zwar in konkretem Zusammenhang mit Personen im Hoheitsgebiet der Union (d. h. Beschäftigten, die sich vorübergehend in Frankreich, Belgien und den Niederlanden aufhalten), doch steht sie in keinem Zusammenhang mit dem Anbieten einer Dienstleistung an diese Personen, sondern ist vielmehr Teil der Verarbeitung, die der Arbeitgeber vornehmen muss, damit er seinen vertraglichen Verpflichtungen und den Verpflichtungen im Bereich des Personalmanagements im Zusammenhang mit der Beschäftigung der betreffenden Person nachkommen kann. Die Verarbeitung steht in keinem Zusammenhang mit dem Anbieten von Dienstleistungen und unterliegt daher nicht der Bestimmung in Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a DSGVO.

Ein weiterer wichtiger Aspekt, der bei der Prüfung der Frage zu bewerten ist, ob das Kriterium der Zielgerichtetheit von Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a erfüllt sein kann, ist die Frage, ob das Angebot von Waren oder Dienstleistungen an eine Person in der Union gerichtet ist oder ob, mit anderen Worten, das Verhalten des Verantwortlichen, der über die Mittel und Zwecke der Verarbeitung bestimmt, seine Absicht zum Ausdruck bringt, einer betroffenen Person in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten. In Erwägungsgrund 23 der DSGVO heißt es in der Tat ganz klar: „Um festzustellen, ob dieser Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter betroffenen Personen, die sich in der Union befinden, Waren oder Dienstleistungen anbietet, sollte festgestellt werden, ob der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter offensichtlich beabsichtigt, betroffenen Personen in einem oder mehreren Mitgliedstaaten der Union Dienstleistungen anzubieten.“

Weiter heißt es in diesem Erwägungsgrund: „Während die bloße Zugänglichkeit der Website des Verantwortlichen, des Auftragsverarbeiters oder eines Vermittlers in der Union, einer E-Mail-Adresse oder anderer Kontaktdaten oder die Verwendung einer Sprache, die in dem Drittland, in dem der Verantwortliche niedergelassen ist, allgemein gebräuchlich ist, hierfür kein ausreichender Anhaltspunkt ist, können Faktoren wie die Verwendung einer Sprache oder einer Währung, die in einem oder mehreren Mitgliedstaaten gebräuchlich ist, in Verbindung mit der Möglichkeit, Waren und Dienstleistungen in dieser anderen Sprache zu bestellen, oder die Erwähnung von Kunden oder Nutzern,

²³ Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft.

²⁴ Siehe insbesondere EuGH, C-352/85, *Bond van Adverteerders* und andere gegen Niederländischer Staat, 26. April 1988, Rn. 16) und EuGH, C-109/92, *Wirth* [1993] Rac. I-6447, Rn. 15.

die sich in der Union befinden, darauf hindeuten, dass der Verantwortliche beabsichtigt, den Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten.“

Die in Erwägungsgrund 23 aufgeführten Elemente entsprechen der Rechtsprechung des EuGH auf der Grundlage der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates²⁵ über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, insbesondere Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe c. In der Rechtssache *Pammer / Reederei Karl Schlüter GmbH & Co und Hotel Alpenhof / Heller* (Verbundene Rechtssachen C-585/08 und C-144/09) wurde der Gerichtshof aufgefordert, klarzustellen, was er unter „direkte Tätigkeit“ im Sinne von Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe c der Verordnung 44/2001 (*Brüssel I*) versteht. Um festzustellen, ob ein Gewerbetreibender seine Tätigkeit auf den Mitgliedstaat „ausrichtet“, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, befand der EuGH, dass er im Sinne von Artikel 15 Absatz 1 Buchstabe c Brüssel I seine Absicht zum Ausdruck gebracht haben muss, Geschäftsbeziehungen zu diesen Verbrauchern aufzunehmen. In diesem Zusammenhang prüfte der EuGH Beweise, die belegen konnten, dass der Gewerbetreibende mit Verbrauchern, die ihren Wohnsitz in einem Mitgliedstaat haben, Geschäfte tätigen wollte.

Auch wenn der Begriff der „Ausrichtung einer Tätigkeit“ vom „Anbieten von Waren oder Dienstleistungen“ abweicht, hält der EDSA diese Rechtsprechung in der Rechtssache *Pammer / Reederei Karl Schlüter GmbH & Co und Hotel Alpenhof / Heller* (verbundene Rechtssachen C-585/08 und C-144/09)²⁶ für hilfreich bei einer Prüfung der Frage, ob Waren oder Dienstleistungen einer betroffenen Person in der Union angeboten werden. Unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Falls könnten daher unter anderem folgende Faktoren berücksichtigt werden, möglicherweise in Verbindung miteinander:

- Die EU oder mindestens ein Mitgliedstaat wird unter Bezugnahme auf die angebotene Ware oder Dienstleistung benannt;
- der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter bezahlt einen Suchmaschinenbetreiber für einen Internetreferenzierungsdienst, um den Zugang zu seiner Website durch Verbraucher in der Union zu erleichtern, oder der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter hat eine Marketing- und Werbekampagne gestartet, die sich an das Publikum in einem EU-Land wendet;
- die internationale Natur der in Rede stehenden Tätigkeit, wie bestimmte touristische Aktivitäten;
- die Angabe spezieller Adressen oder Telefonnummern, die von einem EU-Land zu erreichen sind;
- die Verwendung eines anderen Top-Level-Domain-Namens als desjenigen des Drittlands, in dem der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter niedergelassen ist, z. B. „de“, oder die Verwendung neutraler Top-Level-Domain-Namen wie „.eu“;
- die Beschreibung der Reiseinstruktionen von einem oder mehreren anderen EU-Mitgliedstaaten zu dem Ort, an dem die Dienstleistung erbracht wird;
- die Angabe eines internationalen Kundenkreises, der aus Kunden mit Sitz in verschiedenen EU-Mitgliedstaaten besteht, insbesondere durch die Rechnungslegung durch diese Kunden;

²⁵ Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen.

²⁶ Umso wichtiger ist es, dass nach Artikel 6 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) mangels Rechtswahl dieses Kriterium der „Ausrichtung der Tätigkeit“ auf das Land des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers bei der Bestimmung des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts des Verbrauchers als das auf den Vertrag anzuwendende Recht berücksichtigt wird.

- die Verwendung einer anderen Sprache oder einer anderen Währung als der im Land des Gewerbetreibenden üblichen, insbesondere einer Sprache oder Währung eines oder mehrerer EU-Mitgliedstaaten;
- der Verantwortliche bietet die Lieferung von Waren in EU-Mitgliedstaaten an.

Wie bereits erwähnt, können mehrere der oben aufgeführten Elemente für sich genommen keinen eindeutigen Hinweis auf die Absicht eines Verantwortlichen bieten, betroffenen Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten; sie sollten jedoch bei jeder konkreten Prüfung der Frage berücksichtigt werden, ob die Kombination von Faktoren, die mit den gewerblichen Tätigkeiten des Verantwortlichen zu tun haben, zusammen als ein Anbieten von Waren oder Dienstleistungen an die betroffenen Personen in der Union angesehen werden kann.

Es sei jedoch unbedingt darauf hingewiesen, dass in Erwägungsgrund 23 bestätigt wird, dass die bloße Zugänglichkeit der Website des Verantwortlichen, des Auftragsverarbeiters oder eines Vermittlers in der Union, die Angabe einer E-Mail-Adresse oder geografischen Anschrift auf dieser Website oder einer Telefonnummer ohne internationalen Code als solches nicht ausreicht, um die Absicht des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters zu belegen, einer in der Union befindlichen betroffenen Person Waren oder Dienstleistungen anzubieten. In diesem Zusammenhang weist der EDSA darauf hin, dass in dem Fall, dass Waren oder Dienstleistungen unbeabsichtigt oder zufällig für eine Person im Hoheitsgebiet der Union bereitgestellt werden, die damit verbundene Verarbeitung personenbezogener Daten nicht in den räumlichen Anwendungsbereich der DSGVO fällt.

Beispiel 14: Eine in der Türkei etablierte und dort verwaltete Website bietet Dienstleistungen im Zusammenhang mit Erstellung, Bearbeitung, Druck und Versand persönlich gestalteter privater Fotoalben an. Die Website steht in englischer, französischer, niederländischer und deutscher Sprache zur Verfügung; Zahlungen können in Euro erfolgen. Auf der Website wird darauf hingewiesen, dass die Fotoalben nur in Frankreich, den Benelux-Ländern und Deutschland per Post zugestellt werden können.

In diesem Fall liegt es auf der Hand, dass die Erstellung, die Bearbeitung und der Druck persönlicher Fotoalben eine Dienstleistung im Sinne des Unionsrechts darstellen. Die Tatsache, dass die Website in vier EU-Sprachen verfügbar ist und Fotoalben per Post in sechs EU-Mitgliedstaaten zugestellt werden können, zeigt, dass im Rahmen der türkischen Website die Absicht besteht, Personen in der Union ihre Dienste anzubieten.

Folglich steht fest, dass die von der türkischen Website als Verantwortliche vorgenommene Verarbeitung im Zusammenhang mit dem Angebot einer Dienstleistung für betroffene Personen in der Union steht und daher gemäß Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a DSGVO den Verpflichtungen und Bestimmungen der DSGVO unterliegt.

Gemäß Artikel 27 muss der Verantwortliche einen Vertreter in der Union benennen.

Beispiel 15: Ein Privatunternehmen mit Sitz in Monaco verarbeitet personenbezogene Daten seiner Mitarbeiter für Zwecke der Gehaltszahlung. Zahlreiche Beschäftigte des Unternehmens wohnen in Frankreich und Italien.

Im vorliegenden Fall steht die von dem Unternehmen vorgenommene Verarbeitung zwar im Zusammenhang mit betroffenen Personen in Frankreich und Italien, erfolgt jedoch nicht im Rahmen eines Angebots von Waren oder Dienstleistungen. Das Personalmanagement einschließlich der Zahlung von Gehältern durch ein Drittlandsunternehmen kann nicht als Dienstleistung im Sinne von Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a angesehen werden. Die fragliche Verarbeitung steht nicht im

Zusammenhang mit dem Anbieten von Waren oder Dienstleistungen an betroffene Personen in der Union (oder der Beobachtung von Verhalten) und unterliegt folglich gemäß Artikel 3 nicht den Bestimmungen der DSGVO.

Diese Bewertung erfolgt unbeschadet des anwendbaren Rechts des betreffenden Drittlandes.

Beispiel 16: Eine Schweizer Universität in Zürich leitet ihr Auswahlverfahren für den Master-Abschluss mit der Bereitstellung einer Online-Plattform ein, auf der Bewerber ihren Lebenslauf und das Anschreiben sowie ihre Kontaktdaten hochladen können. Das Auswahlverfahren steht allen Studierenden mit ausreichenden Kenntnissen der deutschen und englischen Sprache und einem Bachelor-Abschluss offen. Die Universität wirbt nicht speziell um Studierende an EU-Universitäten und nimmt Zahlungen lediglich in Schweizer Währung entgegen.

Da im Bewerbungs- und Auswahlverfahren für diesen Master-Abschluss Studierende aus der Union nicht anders oder besonders behandelt werden, kann nicht behauptet werden, dass die Schweizer Universität beabsichtigt, Studierende aus bestimmten EU-Mitgliedstaaten anzusprechen. Ausreichende Deutsch- und Englischkenntnisse sind eine allgemeine Anforderung, die für jeden Bewerber gilt, ob er nun in der Schweiz oder in der Union lebt oder aus einem Drittland kommt. Solange keine weiteren Faktoren darauf hindeuten, dass gezielt Studierende in den EU-Mitgliedstaaten angesprochen werden, kann nicht festgestellt werden, dass die betreffende Verarbeitung im Zusammenhang mit dem Angebot eines Bildungsdienstes an betroffene Personen in der Union steht; daher unterliegt diese Verarbeitung nicht den Bestimmungen der DSGVO.

Die Schweizer Universität bietet auch Sommerkurse in internationalen Beziehungen an und wirbt speziell für dieses Angebot an deutschen und österreichischen Hochschulen, um möglichst viele Teilnehmer an den Kursen zu gewinnen. In diesem Fall besteht seitens der Schweizer Universität die klare Absicht, diese Dienstleistung betroffenen Personen anzubieten, die sich in der Union befinden, und daher ist auf die entsprechenden Verarbeitungstätigkeiten die DSGVO anzuwenden.

c) Beobachtung des Verhaltens betroffener Personen

Die zweite Art von Tätigkeit, die die Anwendung von Artikel 3 Absatz 2 auslöst, ist die Beobachtung des Verhaltens betroffener Personen, soweit ihr Verhalten in der Union erfolgt.

In Erwägungsgrund 24 heißt es hierzu ganz klar: *„Die Verarbeitung personenbezogener Daten von betroffenen Personen, die sich in der Union befinden, durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter sollte auch dann dieser Verordnung unterliegen, wenn sie dazu dient, das Verhalten dieser betroffenen Personen zu beobachten, soweit ihr Verhalten in der Union erfolgt.“*

Damit Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b die Anwendung der DSGVO auslösen kann, muss das beobachtete Verhalten zunächst im Zusammenhang mit einer betroffenen Person in der Union stehen und muss kumulativ das Kriterium erfüllt sein, dass das beobachtete Verhalten im Hoheitsgebiet der Union erfolgt.

Zur Art der Verarbeitungstätigkeit, die als Beobachtung des Verhaltens gelten kann, heißt es in Erwägungsgrund 24: *„Ob eine Verarbeitungstätigkeit der Beobachtung des Verhaltens von betroffenen Personen gilt, sollte daran festgemacht werden, ob ihre Internetaktivitäten 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.“ Zwar bezieht sich Erwägungsgrund 24 ausschließlich auf das Beobachten eines Verhaltens durch Nachvollziehen von Internetaktivitäten einer Person, doch vertritt der EDSA die Auffassung, dass ein Nachvollziehen mit anderen Arten von Netzen oder Technologien unter Verarbeitung personenbezogener Daten ebenfalls bei der Beurteilung der Frage herangezogen werden sollte, ob eine Verarbeitungstätigkeit mit der Beobachtung von Verhalten gleichzusetzen ist, beispielsweise mit Hilfe tragbarer und anderer intelligenter Endgeräte.

Anders als die Bestimmung von Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a führen weder Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b noch Erwägungsgrund 24 ausdrücklich ein notwendiges Maß an „Zielgerichtetheit“ seitens des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters ein, um festzustellen, ob die Beobachtungstätigkeit die Anwendung der DSGVO auf die Verarbeitungstätigkeit auslösen würde. Die Verwendung des Wortes „Beobachtung“ impliziert jedoch, dass der Verantwortliche bei der Erhebung und anschließenden Weiterverwendung der entsprechenden Daten über das Verhalten einer Person in der EU einen bestimmten Zweck verfolgt. Der EDSA ist nicht der Ansicht, dass jede Online-Erhebung oder -Analyse personenbezogener Daten von Personen in der EU automatisch als „Beobachtung“ gelten würde. Es wird erforderlich sein, den vom Verantwortlichen mit der Verarbeitung der Daten verfolgten Zweck zu betrachten, insbesondere jede spätere Verhaltensanalyse oder Anwendung von Profiling-Techniken unter Verwendung dieser Daten. Der EDSA berücksichtigt den Wortlaut von Erwägungsgrund 24, der darauf hindeutet, dass bei der Klärung der Frage, ob die Verarbeitung eine Beobachtung des Verhaltens einer betroffenen Person beinhaltet, das Tracking natürlicher Personen im Internet, einschließlich des möglichen späteren Einsatzes von Profiling-Techniken, ein wichtiger Faktor ist.

Die Anwendung von Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b in dem Fall, dass ein Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter das Verhalten betroffener Personen in der Union beobachtet, könnte daher ein breites Spektrum von Beobachtungstätigkeiten umfassen, insbesondere:

- Verhaltensbezogene Werbung
- Geolokalisierungsaktivitäten, insbesondere zu Marketingzwecken
- Online-Tracking durch Verwendung von Cookies oder anderen Verfolgungstechniken wie Fingerabdrücken
- Personalisierte Ernährungs- und Gesundheitsanalyse-Dienste im Internet
- CCTV
- Marktstudien und andere Verhaltensstudien auf der Grundlage individuelle Profile
- Überwachung oder regelmäßige Meldungen über den Gesundheitszustand einer Person

Beispiel 17: Ein in den USA ansässiges Beratungsunternehmen für Privatkunden berät ein Einkaufszentrum in Frankreich auf der Grundlage einer Analyse der Bewegungen der Kunden im gesamten Zentrum, die über Wi-Fi-Tracking erfasst werden.

Die Analyse der Kundenbewegungen innerhalb des Zentrums durch Wi-Fi-Tracking ist der Beobachtung des Verhaltens von Personen gleichzusetzen. In diesem Fall erfolgt das Verhalten der betroffenen Personen in der Union, da sich das Einkaufszentrum in Frankreich befindet. Das Beratungsunternehmen als Verantwortlicher unterliegt daher gemäß Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b für die Verarbeitung dieser Daten zu diesem Zweck der DSGVO.

Gemäß Artikel 27 muss der Verantwortliche einen Vertreter in der Union benennen.

Beispiel 18: Ein in Kanada niedergelassener App-Entwickler ohne Niederlassung in der Union beobachtet das Verhalten betroffener Person in der Union und unterliegt daher gemäß Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der DSGVO. Der Entwickler arbeitet mit einem in den USA niedergelassenen Auftragsverarbeiter an der Optimierung der App und ihrer Pflege.

Im Hinblick auf diese Verarbeitung ist der kanadische Verantwortliche verpflichtet, nur geeignete Auftragsverarbeiter heranzuziehen und sicherzustellen, dass seinen Verpflichtungen nach der DSGVO in dem Vertrag oder dem Rechtsinstrument über die Beziehung zu seinem Auftragsverarbeiter in den USA gemäß Artikel 28 Rechnung getragen wird.

d) Nicht in der Union ansässiger Auftragsverarbeiter

Verarbeitungstätigkeiten „im Zusammenhang“ mit der zielgerichteten Aktivität, die die Anwendung von Artikel 3 Absatz 2 ausgelöst haben, fallen in den räumlichen Anwendungsbereich der DSGVO. Nach Auffassung des EDSA muss es eine Verbindung zwischen der Verarbeitungstätigkeit und dem Angebot von Waren oder Dienstleistungen geben, doch ist sowohl die Verarbeitung durch einen Verantwortlichen als auch die durch einen Auftragsverarbeiter relevant und zu berücksichtigen.

Bei einem nicht in der Union niedergelassenen Auftragsverarbeiter muss zur Beantwortung der Frage, ob seine Verarbeitung möglicherweise gemäß Artikel 3 Absatz 2 der DSGVO unterliegt, untersucht werden, ob die Verarbeitungstätigkeiten des Auftragsverarbeiters mit den gezielten Tätigkeiten des Verantwortlichen im Zusammenhang stehen.

Der EDSA vertritt die Auffassung, dass in Fällen, in denen die Verarbeitung durch einen Verantwortlichen im Zusammenhang mit dem Anbieten von Waren oder Dienstleistungen oder der Beobachtung des Verhaltens von Personen in der Union steht („Zielgerichtetheit“), jeder Auftragsverarbeiter, der beauftragt ist, die betreffende Verarbeitung im Namen des Verantwortlichen durchzuführen, gemäß Artikel 3 Absatz 2 in Bezug auf diese Verarbeitung in den Anwendungsbereich der DSGVO fällt.

Das Merkmal der „Zielgerichtetheit“ einer Verarbeitungstätigkeit ist mit ihren Zwecken und Mitteln verknüpft; die Entscheidung, auf Personen in der Union abzuheben, kann nur von einem als Verantwortlicher auftretenden Unternehmen getroffen werden. Eine solche Auslegung schließt nicht aus, dass der Auftragsverarbeiter möglicherweise aktiv an den Verarbeitungstätigkeiten zur Erfüllung des Kriteriums der Zielgerichtetheit mitwirkt (dass also der Auftragsverarbeiter Waren oder Dienstleistungen anbietet oder im Namen und auf Anweisung des Verantwortlichen Beobachtungsmaßnahmen durchführt).

Der EDSA ist daher der Ansicht, dass der Schwerpunkt auf der Verbindung zwischen den vom Auftragsverarbeiter durchgeführten Verarbeitungstätigkeiten und der gezielten Aktivität eines Verantwortlichen liegen sollte.

Beispiel 19: Ein brasilianisches Unternehmen verkauft im Internet Lebensmittelzutaten und lokale Rezepte und macht dieses Angebot in der Union befindlichen Personen zugänglich, und zwar durch Werbung für diese Produkte und das Angebot, sie nach Frankreich, Spanien und Portugal zu liefern. In diesem Zusammenhang beauftragt das Unternehmen einen Auftragsverarbeiter mit Sitz in Brasilien, Sonderangebote für Kunden in Frankreich, Spanien und Portugal auf der Grundlage früherer Bestellungen zu entwickeln und die damit verbundene Datenverarbeitung durchzuführen.

Die auf Weisung des Verantwortlichen vom Auftragsverarbeiter vorgenommenen Verarbeitungen stehen im Zusammenhang mit dem Angebot von Waren an betroffene Personen in der Union. Darüber

hinaus beobachtet der Auftragsverarbeiter durch die Entwicklung dieser kundenspezifischen Angebote die betroffenen Personen in der EU unmittelbar. Die Verarbeitung durch den Auftragsverarbeiter unterliegt daher gemäß Artikel 3 Absatz 2 der DSGVO.

Beispiel 20: Ein amerikanisches Unternehmen hat eine Gesundheits- und Lifestyle-App entwickelt, mit der Nutzer ihre persönlichen Indikatoren (Schlafzeit, Gewicht, Blutdruck, Herzschlag usw.) mit dem US-Unternehmen erfassen können. Die App bietet den Nutzern daraufhin tägliche Ernährungsberatung und Empfehlungen für sportliche Betätigung. Die Verarbeitung erfolgt durch den Verantwortlichen in den USA. Die App steht Personen in der Union zur Verfügung und wird von ihnen genutzt. Für die Datenspeicherung nutzt das US-Unternehmen einen in den USA niedergelassenen Auftragsverarbeiter (Cloud-Diensteanbieter).

Soweit das US-Unternehmen mit seiner Gesundheits- und Lifestyle-App das Verhalten von Personen in der EU beobachtet, zielt es auf Personen in der EU ab und seine Verarbeitung der personenbezogenen Daten von Personen in der EU fällt gemäß Artikel 3 Absatz 2 in den Anwendungsbereich der DSGVO.

Bei der Durchführung der Verarbeitung auf Weisung und im Auftrag des US-Unternehmens übt der Cloud-Anbieter/Auftragsverarbeiter eine Verarbeitungstätigkeit „im Zusammenhang“ mit der gezielten Ansprache von Personen in der EU durch seinen Verantwortlichen aus. Diese Verarbeitung durch den Auftragsverarbeiter im Auftrag des Verantwortlichen fällt gemäß Artikel 3 Absatz 2 in den Anwendungsbereich der DSGVO.

Beispiel 21: Ein türkisches Unternehmen bietet Kulturpauschalreisen im Nahen Osten mit Fremdenführern an, die Englisch, Französisch und Spanisch sprechen. Die Pauschalreisen werden insbesondere auf einer Website beworben und angeboten, die in den drei Sprachen verfügbar ist und eine Online-Buchung sowie Zahlungen in Euro und GBP ermöglicht. Zu Vermarktungs- und Marktforschungszwecken weist das Unternehmen einen Auftragsverarbeiter, ein Callcenter mit Sitz in Tunesien, an, um mit ehemaligen Kunden in Irland, Frankreich, Belgien und Spanien Kontakt aufzunehmen, um eine Rückmeldung von ihren bisherigen Reisen zu erhalten und um sie über neue Angebote und Reiseziele zu informieren.

Der Verantwortliche geht „gezielt“ vor, indem er seine Dienste Personen in der EU anbietet, und seine Verarbeitung fällt in den Anwendungsbereich von Artikel 3 Absatz 2.

Die Verarbeitungstätigkeiten des tunesischen Auftragsverarbeiters, der Werbung für die Dienste des Verantwortlichen bei Personen in der EU macht, stehen auch im Zusammenhang mit dem Angebot von Dienstleistungen durch den Verantwortlichen und fallen daher in den Anwendungsbereich von Artikel 3 Absatz 2. Darüber hinaus nimmt der tunesische Auftragsverarbeiter in diesem konkreten Fall aktiv an Verarbeitungstätigkeiten im Zusammenhang mit der Erfüllung des Kriteriums der Zielgerichtetheit teil, indem er Dienstleistungen im Auftrag und auf Weisung des türkischen Verantwortlichen anbietet.

e) Wechselwirkung mit anderen Bestimmungen der DSGVO und anderen Rechtsvorschriften

Der EDSA wird sich näher mit der Wechselwirkung zwischen der Anwendung des räumlichen Anwendungsbereichs der DSGVO gemäß Artikel 3 und den Bestimmungen über internationale Datenübermittlungen gemäß Kapitel V befassen. Bei Bedarf können hierzu weitere Leitlinien herausgegeben werden.

Nicht in der EU niedergelassene Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter müssen in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten ihre eigenen nationalen Rechtsvorschriften einhalten. Wenn die Verarbeitung jedoch im Zusammenhang mit einer gezielten Ansprache von Personen in der Union gemäß Artikel 3 Absatz 2 steht, unterliegt der Verantwortliche nicht nur dem nationalen Recht seines Landes, sondern muss er auch der DSGVO Genüge tun. Dies wäre der Fall, unabhängig davon, ob die Verarbeitung im Einklang mit einer rechtlichen Verpflichtung in dem Drittland erfolgt oder einfach auf eine Entscheidung des Verantwortlichen zurückgeht.

3 VERARBEITUNG AN EINEM ORT, DER AUFGRUND VÖLKERRECHTS DEM RECHT EINES MITGLIEDSTAATS UNTERLIEGT

Artikel 3 Absatz 3 besagt: *„Diese Verordnung findet Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten durch einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen an einem Ort, der aufgrund Völkerrechts dem Recht eines Mitgliedstaats unterliegt.“* Diese Bestimmung wird näher erläutert in Erwägungsgrund 25, wo es heißt: *„Ist nach Völkerrecht das Recht eines Mitgliedstaats anwendbar, z. B. in einer diplomatischen oder konsularischen Vertretung eines Mitgliedstaats, so sollte die Verordnung auch auf einen nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen Anwendung finden.“*

Der EDSA ist daher der Ansicht, dass die DSGVO auf die Verarbeitung personenbezogener Daten durch außerhalb der EU befindliche Botschaften und Konsulate der EU-Mitgliedstaaten anzuwenden ist, da eine solche Verarbeitung gemäß Artikel 3 Absatz 3 in den Anwendungsbereich der DSGVO fällt. Die diplomatische oder konsularische Vertretung eines Mitgliedstaats würde dann als Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter allen einschlägigen Bestimmungen der DSGVO unterliegen, auch in Bezug auf die Rechte der betroffenen Person, den allgemeinen Pflichten des Verantwortlichen und des Auftragsverarbeiters sowie den Verpflichtungen bei Übermittlungen personenbezogener Daten an Drittländer oder internationale Organisationen.

Beispiel 22: Das niederländische Konsulat in Kingston, Jamaika, eröffnet ein Online-Bewerbungsverfahren für die Einstellung örtlicher Bediensteter, die seine Verwaltung verstärken sollen.

Zwar befindet sich das niederländische Konsulat in Kingston, Jamaika, also nicht in der Union, doch findet aufgrund der Tatsache, dass es sich um eine konsularische Vertretung eines EU-Landes handelt, in der aufgrund Völkerrechts das Recht eines Mitgliedstaats gilt, gemäß Artikel 3 Absatz 3 die DSGVO auf die Verarbeitung personenbezogener Daten Anwendung.

Beispiel 23: Ein deutsches Kreuzfahrtschiff, das in internationalen Gewässern unterwegs ist, verarbeitet Daten der an Bord befindlichen Gäste, um das Angebot für Kreuzfahrt-Unterhaltungsangebote anpassen zu können.

Während sich das Schiff außerhalb der Union in internationalen Gewässern befindet, bedeutet die Tatsache, dass es sich um ein in Deutschland eingetragenes Kreuzfahrtschiff handelt, gemäß Artikel 3 Absatz 3, dass die DSGVO auf die Verarbeitung personenbezogener Daten anzuwenden ist.

Auch wenn es nichts mit der Anwendung von Artikel 3 Absatz 3 zu tun hat, stellt sich die Situation völlig anders dar, wenn aufgrund Völkerrechts bestimmte Stellen, Einrichtungen oder Organisationen mit Sitz in der Union Vorrechte und Befreiungen genießen, wie sie in dem Wiener Übereinkommen über

diplomatische Beziehungen von 1961²⁷, dem Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen von 1963 oder den Sitzabkommen zwischen internationalen Organisationen und ihren Gastländern in der Union vorgesehen sind. In diesem Zusammenhang weist der EDSA darauf hin, dass die Anwendung der DSGVO Bestimmungen des Völkerrechts, wie etwa die Bestimmungen über die Vorrechte und Befreiungen von diplomatischen Missionen und konsularischen Vertretungen von Nicht-EU-Ländern sowie internationaler Organisationen, unberührt lässt. Gleichzeitig muss darauf hingewiesen werden, dass jeder Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter, der für eine bestimmte Verarbeitungstätigkeit in den Anwendungsbereich der DSGVO fällt, und der personenbezogene Daten mit diesen Stellen, Einrichtungen und Organisationen austauscht, die DSGVO einhalten muss, gegebenenfalls auch die Vorschriften über Übermittlungen an Drittländer oder internationale Organisationen.

4 VERTRETER VON NICHT IN DER UNION NIEDERGELASSENEN VERANTWORTLICHEN ODER AUFTRAGSVERARBEITERN

Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter, die gemäß Artikel 3 Absatz 2 der DSGVO unterliegen, sind verpflichtet, einen Vertreter in der Union zu benennen. Ein Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter, der nicht in der Union niedergelassen ist, aber der DSGVO unterliegt, würde daher gegen die Verordnung verstoßen, wenn er keinen Vertreter in der Union benennt.

Diese Bestimmung ist nicht völlig neu, da die Richtlinie 95/46/EG bereits eine ähnliche Verpflichtung vorsah. Nach der Richtlinie ging es in dieser Bestimmung um für die Verarbeitung Verantwortliche, die nicht im Gebiet der Gemeinschaft niedergelassen sind und zum Zwecke der Verarbeitung personenbezogener Daten auf automatisierte oder nicht automatisierte Mittel zurückgreifen, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats gelegen sind. Gemäß der DSGVO sind alle Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter, die in den Anwendungsbereich von Artikel 3 Absatz 2 fallen, zur Benennung eines Vertreters in der Union verpflichtet, sofern sie nicht die Ausnahmekriterien nach Artikel 27 Absatz 2 erfüllen. Um die Anwendung dieser Bestimmung zu erleichtern, hält es der EDSA für erforderlich, weitere Leitlinien zu Benennungsverfahren, Niederlassungspflichten und Zuständigkeiten des Vertreters in der Union nach Artikel 27 bereitzustellen.

Es sei darauf hingewiesen, dass ein Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter, der nicht in der Union niedergelassen ist und gemäß Artikel 27 DSGVO schriftlich einen Vertreter in der Union benannt hat, nicht unter Artikel 3 Absatz 1 fällt, d. h. dass die Anwesenheit des Vertreters innerhalb der Union keine „Niederlassung“ eines Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters gemäß Artikel 3 Absatz 1 darstellt.

a) Benennung eines Vertreters

In Erwägungsgrund 80 heißt es ganz klar: *„Der Verantwortliche oder der Auftragsverarbeiter sollte den Vertreter ausdrücklich bestellen und schriftlich beauftragen, in Bezug auf die ihm nach dieser Verordnung obliegenden Verpflichtungen an seiner Stelle zu handeln. Die Benennung eines solchen Vertreters berührt nicht die Verantwortung oder Haftung des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters nach Maßgabe dieser Verordnung. Ein solcher Vertreter sollte seine Aufgaben entsprechend dem Mandat des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters ausführen und insbesondere mit den zuständigen Aufsichtsbehörden in Bezug auf Maßnahmen, die die Einhaltung dieser Verordnung sicherstellen, zusammenarbeiten.“*

²⁷ http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf

In dem in Erwägungsgrund 80 genannten schriftlichen Mandat sind daher die Beziehungen zwischen dem Vertreter in der Union und dem außerhalb der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter und seine Verpflichtungen zu regeln, ohne dass die Verantwortung oder Haftung des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters berührt werden. Der Vertreter in der Union kann eine in der Union niedergelassene natürliche oder juristische Person sein, die einen außerhalb der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter in Bezug auf seine jeweiligen Verpflichtungen nach der DSGVO vertreten kann.

In der Praxis kann die Funktion eines Vertreters in der Union auf der Grundlage eines Dienstleistungsvertrags ausgeübt werden, der mit einer Person oder einer Organisation geschlossen wird, und kann daher von einem breiten Spektrum kommerzieller und nichtkommerzieller Einrichtungen wie Anwaltskanzleien, Beratungsfirmen, Privatunternehmen usw. übernommen werden, sofern diese Einrichtungen in der Union niedergelassen sind. Ein Vertreter kann auch für mehrere nicht in der EU niedergelassene Verantwortliche und Auftragsverarbeiter tätig werden.

Wird die Funktion des Vertreters von einem Unternehmen oder einer anderen Art von Organisation wahrgenommen, wird empfohlen, dass eine einzelne Person als federführende Kontaktperson und als für den einzelnen vertretenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter „zuständig“ benannt wird. Generell wäre es auch sinnvoll, diese Punkte in dem Dienstleistungsvertrag zu regeln.

Im Einklang mit der DSGVO bestätigt der EDSA, dass für den Fall, dass mehrere Verarbeitungstätigkeiten eines Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters in den Anwendungsbereich von Artikel 3 Absatz 2 DSGVO fallen (und keine der Ausnahmen von Artikel 27 Absatz 2 DSGVO greift), von diesem Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter nicht erwartet wird, dass er für jede einzelne Verarbeitungstätigkeit, die in den Anwendungsbereich von Artikel 3 Absatz 2 fällt, jeweils einen Vertreter benennt. Der EDSA hält die Funktion eines Vertreters in der Union für nicht vereinbar mit der Funktion eines externen Datenschutzbeauftragten („DSB“), der in der Union niedergelassen wäre. Artikel 38 Absatz 3 bietet einige grundlegende Garantien dafür, dass DSB in der Lage sind, ihre Aufgaben mit einem ausreichenden Maß an Autonomie innerhalb ihrer Organisation wahrzunehmen. So müssen Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter insbesondere sicherstellen, dass der DSB *„keine Anweisungen bezüglich der Ausübung dieser Aufgaben erhält“*. In Erwägungsgrund 97 heißt es ergänzend, Datenschutzbeauftragte *„(...) sollten unabhängig davon, ob es sich bei ihnen um Beschäftigte des Verantwortlichen handelt oder nicht, ihre Pflichten und Aufgaben in vollständiger Unabhängigkeit ausüben können.“*²⁸ Eine solche Bedingung eines ausreichenden Maßes an Autonomie und Unabhängigkeit eines Datenschutzbeauftragten dürfte mit der Funktion eines Vertreters in der Union unvereinbar sein. Der Vertreter unterliegt ja einem Mandat eines Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters und handelt in seinem Auftrag und somit unter seiner unmittelbaren Weisung.²⁹ Der Vertreter wird von dem Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter, der er vertritt, beauftragt und handelt daher bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben in seinem Auftrag; eine solche Funktion kann nicht mit der unabhängigen Wahrnehmung der Pflichten und Aufgaben eines Datenschutzbeauftragten vereinbar sein.

Ergänzend zu seiner Auslegung erinnert der EDSA des Weiteren an die folgende, bereits von der Artikel 29-Datenschutzgruppe vertretene Auffassung: *„Auch können Interessenkonflikte auftreten,*

²⁸ Artikel 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf Datenschutzbeauftragte („DSB“), WP 243 rev.01, gebilligt vom EDSA.

²⁹ Ein externer DSB, der auch als Vertreter in der Union auftritt, dürfte beispielsweise nicht in eine Situation geraten, in der er als Vertreter angewiesen wird, einer betroffenen Person eine Entscheidung oder Maßnahme des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters mitzuteilen, die er als DSB als nicht konform mit den Bestimmungen der DSGVO erachtet und gegen die es sich ausgesprochen hat.

wenn z. B. ein externer DSB aufgefordert wird, den Verantwortlichen oder den Auftragsverarbeiter in datenschutzrelevanten Rechtssachen vor Gericht zu vertreten.³⁰

Auch in Anbetracht möglicher Konflikte von Pflichten und Interessen in Durchsetzungsverfahren ist der EDSA nicht der Auffassung, dass die Funktion eines Vertreters in der Union eines Verantwortlichen mit der Rolle des Auftragsverarbeiters für eben diesen Verantwortlichen vereinbar ist, insbesondere wenn es um die Wahrnehmung ihrer jeweiligen Verantwortlichkeiten und um die Einhaltung von Rechtsvorschriften geht.

Die DSGVO erlegt dem Verantwortlichen oder dem Vertreter selbst keine Verpflichtung auf, die Benennung des letzteren an eine Aufsichtsbehörde zu melden, doch weist der EDSA darauf hin, dass Verantwortliche gemäß Artikel 13 Absatz 1 Buchstabe a und Artikel 14 Absatz 1 Buchstabe a im Rahmen ihrer Informationspflichten betroffenen Personen Angaben zur Identität ihres Vertreters in der Union bereitstellen müssen. Diese Informationen werden beispielsweise in [den Datenschutzhinweis und die Vorabinformationen] aufgenommen, die betroffenen Personen zum Zeitpunkt der Datenerhebung zur Verfügung gestellt werden. Ein nicht in der Union niedergelassener Verantwortlicher, der aber unter Artikel 3 Absatz 2 fällt, und der die in der Union befindlichen betroffenen Personen nicht über die Identität seines Vertreters in der Union informiert, würde gegen seine Transparenzpflichten nach der DSGVO verstoßen. Derartige Informationen sollten ferner den Aufsichtsbehörden leicht zugänglich sein, um die Herstellung eines Kontakts für die Erfordernisse der Zusammenarbeit zu erleichtern.

Beispiel 24: Die in Beispiel 12 bereits erwähnte Website in der Türkei, die dort betrieben wird, bietet Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Erstellung, der Bearbeitung, dem Druck und dem Versand persönlich gestalteter privater Fotoalben an. Die Website steht in englischer, französischer, niederländischer und deutscher Sprache zur Verfügung; Zahlungen können in Euro oder Pfund Sterling erfolgen. Auf der Website wird darauf hingewiesen, dass die Fotoalben nur per Post in Frankreich, den Benelux-Ländern und Deutschland zugestellt werden können. Da diese Website gemäß Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe a der DSGVO unterliegt, muss der Verantwortliche einen Vertreter in der Union benennen.

Der Vertreter muss in einem der Mitgliedstaaten niedergelassen sein, in denen die angebotene Dienstleistung verfügbar ist, in diesem Fall also entweder in Frankreich, Belgien, den Niederlanden, Luxemburg oder Deutschland. Der Name und die Kontaktdaten des Verantwortlichen und seines Vertreters in der Union müssen Teil der Informationen sein, die betroffenen Personen online zur Verfügung gestellt werden, sobald sie durch Erstellung ihres Fotoalbums mit der Nutzung des Dienstes begonnen haben. Sie müssen ferner im allgemeinen Datenschutzhinweis auf der Website zu finden sein.

b) Ausnahmen von der Benennungspflicht³¹

Während die Anwendung von Artikel 3 Absatz 2 für außerhalb der Union niedergelassene Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter die Verpflichtung auslöst, einen Vertreter in der Union zu benennen, sieht Artikel 27 Absatz 2 eine Ausnahme von der obligatorischen Benennung eines Vertreters in der Union in zwei verschiedenen Fällen vor, und zwar für

³⁰ Artikel 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf Datenschutzbeauftragte („DSB“), WP 243 rev.01, gebilligt vom EDSA.

³¹ Ein Teil der Kriterien und Auslegungen, die in Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP243 rev.01 (Datenschutzbeauftragte), gebilligt vom EDSA, festgelegt wurden, können als Grundlage für die Ausnahmen von der Benennungspflicht herangezogen werden.

J) eine Verarbeitung, die „gelegentlich erfolgt, nicht die umfangreiche Verarbeitung besonderer Datenkategorien im Sinne des Artikels 9 Absatz 1 oder die umfangreiche Verarbeitung von personenbezogenen Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten im Sinne des Artikels 10 einschließt“ und die „unter Berücksichtigung der Art, der Umstände, des Umfangs und der Zwecke der Verarbeitung voraussichtlich nicht zu einem Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen führt“.

Im Einklang mit den schon früher von der Artikel 29-Datenschutzgruppe vertretenen Standpunkten ist der EDSA der Auffassung, dass eine Verarbeitungstätigkeit nur dann als „gelegentlich“ betrachtet werden kann, wenn sie nicht regelmäßig stattfindet und außerhalb der regulären Geschäftstätigkeit oder Tätigkeit des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters erfolgt.³²

Auch wenn in der DSGVO nicht definiert ist, was unter „umfangreicher Verarbeitung“ zu verstehen ist, hat die Artikel 29-Datenschutzgruppe bereits in ihren Leitlinien in Bezug auf Datenschutzbeauftragte („DSB“) (WP243) empfohlen, bei der Klärung der Frage, ob sich von einer umfangreichen Verarbeitung sprechen lässt, insbesondere folgende Faktoren zu berücksichtigen: die Zahl der betroffenen Personen - entweder als bestimmte Zahl oder als Anteil an der maßgeblichen Bevölkerung; das Datenvolumen und/oder das Spektrum an in Verarbeitung befindlichen Daten; die Dauer oder Permanenz der Datenverarbeitungstätigkeit; die geografische Ausdehnung der Verarbeitungstätigkeit.³³

Schließlich hebt der EDSA hervor, dass die Ausnahme von der Benennungspflicht gemäß Artikel 27 von einer Verarbeitung spricht, die „voraussichtlich nicht zu einem Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen führt“³⁴, so dass die Ausnahme nicht auf Verarbeitungen beschränkt ist, die voraussichtlich nicht zu einem hohen Risiko für die Rechte und Freiheiten betroffener Personen führen. Im Einklang mit Erwägungsgrund 75 sollten bei der Bewertung des Risikos für die Rechte und Freiheiten betroffener Personen sowohl die Eintrittswahrscheinlichkeit als auch die Schwere des Risikos berücksichtigt werden.

Oder

J) die Verarbeitung erfolgt durch „Behörden oder öffentliche Stellen“.

Die Einstufung als „Behörde oder öffentliche Stelle“ für eine außerhalb der Union niedergelassene Einrichtung muss von den Aufsichtsbehörden im konkreten Einzelfall bewertet werden.³⁵ Der EDSA hält fest, dass es wohl nur weniger Fälle geben dürfte, in denen eine Behörde oder öffentliche Stelle in einem Drittland betroffenen Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anbietet oder ihr Verhalten in der Union beobachtet. *c) Niederlassung in einem der Mitgliedstaaten, in denen die betroffenen Personen, deren personenbezogene Daten verarbeitet werden, sich befinden*

³² Artikel 29-Datenschutzgruppe, Positionspapier zu den Ausnahmen von der Verpflichtung zur Führung von Aufzeichnungen über Verarbeitungstätigkeiten gemäß Artikel 30 Absatz 5 DSGVO.

³³ Artikel 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf Datenschutzbeauftragte („DSB“), angenommen am 13. Dezember 2016, zuletzt überarbeitet am 5. April 2017, WP243 rev.01 - vom EDSA gebilligt.

³⁴ Artikel 27 Absatz 2 Buchstabe a DSGVO.

³⁵ In der DSGVO wird nicht definiert, was eine „Behörde oder öffentliche Stelle“ ist. Nach Ansicht des EDSA ist ein solcher Begriff nach nationalem Recht zu definieren. Dementsprechend umfasst der Begriff „Behörden und öffentliche Stellen“ nationale, regionale und lokale Behörden, wobei der Begriff nach geltendem einzelstaatlichem Recht in der Regel auch eine Reihe anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften umfasst.

Artikel 27 Absatz 3 besagt: „Der Vertreter muss in einem der Mitgliedstaaten niedergelassen sein, in denen die betroffenen Personen, deren personenbezogene Daten im Zusammenhang mit den ihnen angebotenen Waren oder Dienstleistungen verarbeitet werden oder deren Verhalten beobachtet wird, sich befinden.“ In Fällen, in denen sich ein erheblicher Teil der betroffenen Personen, deren personenbezogene Daten verarbeitet werden, in einem bestimmten Mitgliedstaat befinden, empfiehlt der EDSA als bewährtes Verfahren, dass der Vertreter in demselben Mitgliedstaat niedergelassen ist. Der Vertreter muss jedoch für betroffene Personen in Mitgliedstaaten, in denen er nicht niedergelassen ist, und in denen die Dienstleistungen oder Waren angeboten werden oder das Verhalten beobachtet wird, nach wie vor leicht erreichbar sein.

Der EDSA bestätigt, dass das Kriterium für die Niederlassung des Vertreters in der Union der Ort ist, an dem sich betroffene Personen befinden, deren personenbezogene Daten verarbeitet werden. Der Ort der Verarbeitung, auch durch einen in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Auftragsverarbeiter, ist hier für die Bestimmung des Ortes der Niederlassung des Vertreters nicht relevant.

Beispiel 25: Ein indisches Pharmaunternehmen, das weder über eine Unternehmensvertretung noch eine Niederlassung in der Union verfügt und gemäß Artikel 3 Absatz 2 der DSGVO unterliegt, unterstützt als Sponsor klinische Prüfungen, die von Forschern (Krankenhäusern) in Belgien, Luxemburg und den Niederlanden durchgeführt wurden. Die meisten Patienten, die an den klinischen Prüfungen teilnehmen, befinden sich in Belgien.

Das indische Pharmaunternehmen bestimmt als Verantwortlicher einen Vertreter in der Union, der in einem der drei Mitgliedstaaten niedergelassen ist, in denen Patienten als betroffene Personen an der klinischen Prüfung teilnehmen (Belgien, Luxemburg oder Niederlande). Da die meisten Patienten in Belgien ansässig sind, wird empfohlen, dass der Vertreter in Belgien niedergelassen ist. Sollte so verfahren werden, sollte der Vertreter in Belgien jedoch für die betroffenen Personen und Aufsichtsbehörden in den Niederlanden und Luxemburg leicht erreichbar sein.

In diesem konkreten Fall könnte der Vertreter in der Union gemäß Artikel 74 der Verordnung (EU) Nr. 536/2014 über klinische Prüfungen der gesetzliche Vertreter des Sponsors in der Union sein, sofern er nicht als Auftragsverarbeiter im Namen des Sponsors für klinische Prüfungen fungiert, in einem der drei Mitgliedstaaten niedergelassen ist und beide Funktionen in Übereinstimmung mit jedem Rechtsrahmen verwaltet und ausgeübt werden.

c) Pflichten und Verantwortlichkeiten des Vertreters

Der Vertreter in der Union handelt im Namen des von ihm vertretenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters in Bezug auf die Pflichten des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters nach der DSGVO. Dazu gehören insbesondere die Pflichten im Zusammenhang mit der Ausübung der Rechte betroffener Personen, und vor diesem Hintergrund müssen, wie bereits ausgeführt, betroffenen Personen die Identität und die Kontaktdaten des Vertreters nach den Artikeln 13 und 14 mitgeteilt werden. Auch wenn der Vertreter nicht selbst für die Wahrung der Rechte der betroffenen Person verantwortlich ist, muss er die Kommunikation zwischen betroffenen Personen und dem Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter ermöglichen, damit betroffene Personen ihre Rechte tatsächlich ausüben können.

Gemäß Artikel 30 führt der Vertreter des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters insbesondere ein Verzeichnis aller Verarbeitungstätigkeiten, die der Zuständigkeit des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters unterliegen. Nach Auffassung des EDSA ist die Pflege dieses Verzeichnisses zwar eine Verpflichtung sowohl des Verantwortlichen als auch des

Auftragsverarbeiters und des Vertreters, doch ist der nicht in der Union niedergelassene Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter verantwortlich für den primären Inhalt und die Aktualisierung des Verzeichnisses, und er muss gleichzeitig seinem Vertreter alle zutreffenden und aktuellen Informationen übermitteln, damit das Verzeichnis jederzeit vom Vertreter geführt und zugänglich gemacht werden kann. Gleichzeitig ist es Aufgabe des Vertreters, das Verzeichnis gemäß Artikel 27 vorzulegen, wenn er z. B. gemäß Artikel 27 Absatz 4 von einer Aufsichtsbehörde angesprochen wird.

Wie in Erwägungsgrund 80 klargestellt, sollte der Vertreter seine Aufgaben entsprechend dem Mandat des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters ausführen und insbesondere mit den zuständigen Aufsichtsbehörden in Bezug auf Maßnahmen, die die Einhaltung dieser Verordnung sicherstellen, zusammenarbeiten. In der Praxis bedeutet dies, dass eine Aufsichtsbehörde mit dem Vertreter in allen Fragen im Zusammenhang mit den Compliance-Verpflichtungen eines außerhalb der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters Kontakt aufnimmt und der Vertreter in der Lage sein muss, den Informations- oder Verfahrensaustausch zwischen einer ersuchenden Aufsichtsbehörde und einem Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter außerhalb der Union zu erleichtern.

Der Vertreter in der Union muss daher gegebenenfalls mit Hilfe eines Teams in der Lage sein, effizient mit den betroffenen Personen zu kommunizieren und mit den betreffenden Aufsichtsbehörden zusammenzuarbeiten. Dies bedeutet, dass diese Kommunikation grundsätzlich in der Sprache oder den Sprachen erfolgen sollte, die von den Aufsichtsbehörden und den betroffenen Personen verwendet wird/werden, oder, falls dies zu einem unverhältnismäßigen Aufwand führt, dass der Vertreter andere Mittel und Techniken einsetzt, um die Wirksamkeit der Kommunikation zu gewährleisten. Die Verfügbarkeit eines Vertreters ist daher unerlässlich, damit sichergestellt ist, dass betroffene Personen und Aufsichtsbehörden problemlos mit dem Verantwortlichen oder dem Auftragsverarbeiter außerhalb der EU Kontakt aufnehmen können. Gemäß Erwägungsgrund 80 und Artikel 27 Absatz 5 berührt die Benennung eines Vertreters in der Union nicht die Verantwortung und Haftung des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters nach der DSGVO und lässt rechtliche Schritte unberührt, die gegen den Verantwortlichen oder den Auftragsverarbeiter selbst eingeleitet werden könnten. Die DSGVO begründet keine substitutive Haftung des Vertreters anstelle des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters, den er in der Union vertritt.

Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass das Konzept des Vertreters genau mit dem Ziel eingeführt wurde, die Verbindung zu Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern, die unter Artikel 3 Absatz 2 DSGVO fallen, zu erleichtern und deren Einhaltung der DSGVO wirksam durchzusetzen. Zu diesem Zweck sollten Aufsichtsbehörden in die Lage versetzt werden, über den von den nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern benannten Vertreter Durchsetzungsverfahren einzuleiten. Dies schließt die Möglichkeit ein, dass Aufsichtsbehörden gemäß Artikel 58 Absatz 2 und Artikel 83 DSGVO gegen den nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter erlassene Abhilfemaßnahmen oder Geldbußen an den Vertreter richten. Die Möglichkeit, einen Vertreter unmittelbar haftbar zu machen, beschränkt sich jedoch auf seine direkten Verpflichtungen gemäß Artikel 30 und Artikel 58 Absatz 1 DSGVO.

Der EDSA weist ferner darauf hin, dass Artikel 50 DSGVO insbesondere darauf abzielt, die Durchsetzung von Rechtsvorschriften in Bezug auf Drittländer und internationale Organisationen zu erleichtern, und dass derzeit die Entwicklung weiterer Mechanismen der internationalen Zusammenarbeit in Erwägung gezogen wird.