

## 2 Evaluation der Datenschutz-Grundverordnung

Mit vergleichbaren Fragestellungen hätte sich auch die amtliche Evaluation der Datenschutz-Grundverordnung beschäftigen sollen, die bereits nach zwei Jahren Praxiserfahrungen mit der Verordnung durchgeführt wurde.

### 2.1 Rechtlicher Rahmen

Das Europäische Parlament und der Rat haben in Art. 97 Abs. 1 DSGVO der Europäischen Kommission vorgegeben, bis zum 25. Mai 2020 einen Bericht über die „Bewertung und Überprüfung dieser Verordnung“ vorzulegen und diesen Bericht auch zu veröffentlichen. Danach sollen Evaluationen alle vier Jahre erfolgen. Nach Abs. 2 soll die Kommission „insbesondere“ die Anwendung und die Wirkungsweise des Kapitels V über die Übermittlung personenbezogener Daten an Drittländer insbesondere im Hinblick auf Angemessenheitsfeststellungen und des Kapitels VII über Zusammenarbeit und Kohärenz überprüfen. Sie kann nach Abs. 3 für die Evaluation „Informationen von den Mitgliedstaaten und den Aufsichtsbehörden anfordern“. Nach Abs. 4 hat sie die „Standpunkte und Feststellungen des Parlaments, des Rates und anderer einschlägiger Stellen oder Quellen“ zu berücksichtigen. Die Kommission legt nach Abs. 5 in ihrem Bericht „erforderlichenfalls geeignete Vorschläge zur Änderung“ der Datenschutz-Grundverordnung vor und „berücksichtigt dabei insbesondere die Entwicklungen in der Informationstechnologie und die Fortschritte in der Informationsgesellschaft“.<sup>16</sup>

Die Regelung des Art. 97 DSGVO zur regelmäßigen Evaluation der Verordnung gibt der Erkenntnis Ausdruck, dass die Digitalisierung Wirtschaft, Staat und Gesellschaft sehr schnell und sehr nachhaltig verändert und dass der Schutz der Werte, die in diesem Wandel unverändert bleiben sollen, sich immer wieder neuen Herausforderungen anpassen muss. Art. 97 DSGVO ist auch Ausdruck des Wissens um den Entwurfscharakter der Datenschutz-Grundverordnung. Sie ist eine erste Fassung einer unions-

---

<sup>16</sup> S. hierzu und zum Folgenden auch Roßnagel, DuD 2020, 287 ff. sowie den gesamten Schwerpunkt in Heft 5 der DuD 2020.

weiten Datenschutzregelung, deren Autoren die vielen und vielfältigen Praxisprobleme in allen von ihr erfassten Wirtschafts-, Verwaltungs- und Gesellschaftsbereichen gar nicht kennen konnten. Sie ist außerdem eine Sammlung von unterschiedlichen, nur mühsam systematisierten Kompromissergebnissen, die bei den vieldimensionalen Interessengegensätzen und den 2015 im Parlament, im Rat und im Trilog gegebenen Machtverhältnissen durchsetzbar waren. Sie ist somit ein legislativer Versuch, der angesichts neuer Herausforderungen für Persönlichkeitsrechte, Grundrechte und Demokratie immer wieder neu zu konzipieren und zu verhandeln ist.

Die regelmäßigen Evaluationen sind ein wichtiges Instrument zur Verbesserung und Modernisierung der Datenschutz-Grundverordnung. Wie sich aus Art. 97 Abs. 2 und 5 DSGVO ergibt, soll die Kommission in ihren Evaluationen die jeweilige Ausgestaltung der Verordnung daraufhin überprüfen, welche Defizite bei ihrer Anwendung zu erkennen sind, und Maßnahmen vorschlagen, diese Defizite zu beseitigen. Das erste Ziel erfordert, die Evaluation nicht auf die Beispiele des Abs. 2 zu beschränken, sondern auf alle Regelungen zu erstrecken. Dabei sind nicht nur die jeweils gegenwärtigen Datenschutzpraktiken zu berücksichtigen, sondern – wie Abs. 5 deutlich macht – auch die absehbaren Herausforderungen. Das zweite Ziel kann nur erreicht werden, wenn alle möglichen Maßnahmen in den Blick genommen werden, von Hilfestellungen der Aufsichtsbehörden über Beschlüsse des Ausschusses bis hin zu Änderungen des Verordnungstextes.<sup>17</sup>

### 2.2 Stellungnahmen

Für die Evaluation der Europäischen Kommission haben viele Institutionen und Organisationen nach Art. 97 Abs. 4 DSGVO „Standpunkte und Feststellungen“, die als Grundlage der amtlichen Evaluation dienen sollten, abgegeben. Im Folgenden werden solche Stellungnahmen auf der Ebene der Europäische Union und aus Deutschland kurz vorgestellt. Sie vertreten zur Aufgabe, zum Umfang und zu Inhalten der Evaluation unterschiedliche Meinungen. Ihre Analysen der Datenschutz-Grundverordnung gehen in das folgende Kapitel ein, ihre Verbesserungsvorschläge werden im Kapitel 5 berücksichtigt.

---

<sup>17</sup> S. hierzu z.B. auch Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, 2020, 15 f.

### 2.2.1 Bilanz der Kommission

Den Auftakt für den Evaluationsprozess gab die Kommission mit ihrer „Bilanz“ zur Umsetzung der Datenschutz-Grundverordnung, die sie am 24. Juli 2019 quasi als Evaluationsbericht nach einem Jahr Geltung veröffentlichte.<sup>18</sup> In dieser beschränkt sie sich nicht auf die Abschnitte V und VII, die Art. 97 Abs. 2 DSGVO als Beispiel anführt, sondern nimmt zu allen Themen Stellung, die sie für berichtenswert hält. Die Datenschutz-Grundverordnung habe das Ziel, unionsweit für Rechtssicherheit zu sorgen „weitgehend“ erreicht.<sup>19</sup> Allerdings bedauert die Kommission die Fragmentierung des Datenschutzrechts durch die vielen spezifischen Regelungen der Mitgliedstaaten. Hier nennt sie insbesondere das unterschiedliche Alter für Einwilligungen von Kindern zur Datenverarbeitung in Internetdiensten, ohne Art. 8 DSGVO selbst zu problematisieren, der diese Unterschiede erlaubt und provoziert. Bereits nach dem ersten Jahr stellt sie fest: Das neue System der Datenschutzaufsicht in der Union sei etabliert, funktioniere und erzeuge eine „EU-Datenschutzkultur“.<sup>20</sup> Auch die Ziele, die Rechte des Einzelnen zu stärken und Unternehmenspraktiken zu verändern, seien erreicht worden.<sup>21</sup> Im internationalen Bereich habe sich die Datenschutz-Grundverordnung zu einem Vorbild entwickelt. Viele Staaten strebten danach, sich ähnliche Datenschutzregelung zu geben.<sup>22</sup> Die Kommission sieht zwar den Datenschutz in vielen unterschiedlichen Politikbereichen der Union als wichtige Komponente, hält aber die abstrakten Regelungen der Verordnung für ausreichend, um die vielfältigen Regelungenbedarfe ausreichend zu befriedigen. Sie beschränkt daher für sich die Aufgabe der Evaluation darauf, allein die „Umsetzung“ der Verordnung zu evaluieren.<sup>23</sup> Sie berücksichtigt nicht „die Entwicklungen in der Informatstechnologie und die Fortschritte in der Informationsgesellschaft“ und legt keine „geeignete Vorschläge zur Änderung“ der Datenschutz-Grundverordnung vor, wie sie Art. 97 Abs. 5 DSGVO „erforderlichenfalls“ fordert. Über die von ihr selbst verursachten Handwerksfehler, Inkonsistenzen und kontraproduktiven Effekten der Datenschutz-Grundverordnung sah sie in ihrer „Bilanz“ elegant hinweg.

---

18 Europäische Kommission, COM(2019) 374 final.

19 Europäische Kommission, COM(2019) 374 final, 3.

20 Europäische Kommission, COM(2019) 374 final, 5 ff.

21 Europäische Kommission, COM(2019) 374 final, 7 ff.

22 Europäische Kommission, COM(2019) 374 final, 12 ff.

23 Europäische Kommission, COM(2019) 374 final, 21.

### 2.2.2 Mitgliedstaaten

Der Rat hat zur Vorbereitung seines Standpunkts Stellungnahmen einzelner Mitgliedstaaten gesammelt.<sup>24</sup> Diese Stellungnahmen sind unterschiedlich ausführlich.<sup>25</sup> Die finnische Ratspräsidentschaft hatte die Mitgliedstaaten aufgefordert, drei Fragen zu beantworten, nämlich zu ihren Erfahrungen mit Angemessenheitsentscheidungen, mit der Unabhängigkeit und Ausstattung der Aufsichtsbehörden und mit der Kohärenz der Auslegung der Verordnung.<sup>26</sup> Viele Mitgliedstaaten<sup>27</sup> haben sich darauf beschränkt, kurz über die Relevanz dieser drei Fragen für ihren praktizierten Datenschutz zu berichten. Slowenien hat sogar nur zu den zwei Themen des Art. 97 Abs. 2 DSGVO berichtet. Die anderen Mitgliedstaaten haben sich jedoch weder auf diese beiden Beispiele noch auf die drei Fragen der Ratspräsidentschaft beschränkt, sondern zu allen Themen berichtet, die ihnen wichtig waren. Belgien, Deutschland, Frankreich und Niederlande haben sogar ausdrücklich gefordert, die Evaluation auf alle Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung zu erstrecken. Die meisten Mitgliedstaaten berichten daher über ihre Probleme in der Anwendung der Verordnung und fordern Klarstellungen zur Erhöhung der Rechtssicherheit. Dabei lassen sie jedoch überwiegend offen, ob die Klarstellungen im Verordnungstext oder etwa durch den Europäischen Datenschutzausschuss erfolgen sollen.<sup>28</sup> Mehrere Staaten betonen die Notwendigkeit nationaler Spielräume,<sup>29</sup> die ihnen die Datenschutz-Grundverordnung ausdrücklich einräumt.<sup>30</sup> Während Irland davor warnt, Änderungen an der Verordnung vorzunehmen, fordern mehrere Staaten ausdrücklich solche Änderungen,<sup>31</sup> ohne allerdings Formulierungsvorschläge zu unterbreiten.<sup>32</sup> Die Niederlande thematisieren sogar technologische Veränderungen, die in

---

24 Rat, ST 12756/1/19.

25 Einerseits Dänemark, Estland, Luxemburg (je 1 S.), Belgien, Bulgarien, Lettland, Litauen, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden (je 2 S.) und Kroatien, Österreich, Tschechien (3 S.) – andererseits Niederlande (20 S.), Deutschland (8 S.), Frankreich (6 S.).

26 Rat, ST 11292/19.

27 Kroatien, Lettland, Litauen, Rumänien, Schweden.

28 Z.B. Belgien, Bulgarien, Estland, Österreich, Polen.

29 S. zu diesen ausführlich Roßnagel, DuD 2017, 277.

30 Z.B. Tschechien, Dänemark, Deutschland, Frankreich und Niederlande. Portugal, in: Rat, ST 12756/1/19, 64, sieht durch sie die Harmonisierung im Datenschutzrecht gefährdet.

31 Insb. Deutschland, Niederlande und Österreich.

32 S. zu den Vorschlägen Kap. 5.

den vier Jahren seit Inkrafttreten der Verordnung erfolgt sind, nämlich die Datenmacht der globalen Tech-Konzerne, Big Data und Profiling, Preisdiskriminierungen sowie Blockchain-Anwendungen, und fordern, im Rahmen der Evaluation über die regulative Reaktion auf diese Herausforderungen zu diskutieren.<sup>33</sup>

### 2.2.3 Rat

Diese Stellungnahmen hat der Rat zu seinem Standpunkt zusammengeführt und am 15. Januar 2020 veröffentlicht.<sup>34</sup> Er vertritt die Meinung, dass die Evaluation sich nicht auf die Themen des Art. 97 Abs. 2 DSGVO beschränken sollte. „Angesichts der Bedeutung und der Auswirkungen der DSGVO in einer sich ständig weiterentwickelnden digitalen Gesellschaft“ sieht er „starke Argumente, die für eine umfassendere Überprüfung und eine fortlaufende Debatte über dieses Thema sprechen“.<sup>35</sup> „Aus Sicht des Rates ist die DSGVO ein Erfolg.“<sup>36</sup> Zugleich stellt er aber fest, dass „aufkommende Technologien auch neue Herausforderungen ... mit sich bringen. Diese sieht er z.B. in Big Data, KI, IoT, Blockchain, Gesichtserkennung, Profiling und „Deep Fakes“. Um mit diesen Technologien Schritt zu halten, hält er es für „notwendig, das Zusammenspiel zwischen technologischer Entwicklung und Datenschutz-Grundverordnung auf EU-Ebene kontinuierlich zu überwachen und zu bewerten“.<sup>37</sup> Hierfür sollten die für Wettbewerb, Verbraucher und Datenschutz zuständigen Behörden zusammenarbeiten.<sup>38</sup> Die Datenschutz-Grundverordnung habe „in hohem Maße“ zur „Rechtssicherheit... in der gesamten EU“ beigetragen.<sup>39</sup> Dennoch sei ein „gewisser Spielraum“ für die nationalen Gesetzgeber notwendig und ein „gewisses Maß an Fragmentierung ... vorgesehen und gerechtfer-

---

33 Rat, ST 12756/1/19, 38 ff. Regelungen zu Blockchain fordert auch Polen, in: Rat, ST 12756/1/19, 62.

34 Rat, ST 14994/2/19, Rev. 2.

35 Rat, ST 14994/2/19, Rev. 2, Rn. 6.

36 Rat, ST 14994/2/19, Rev. 2, Rn. 9.

37 Rat, ST 14994/2/19, Rev. 2, Rn. 14, 43; s. hierzu auch Niederlande, in: Rat, ST 12756/1/19, Rn. 40.

38 Rat, ST 14994/2/19, Rev. 2, Rn. 11.

39 Rat, ST 14994/2/19, Rev. 2, Rn. 24.

tigt“.<sup>40</sup> Für die Evaluierung seien die Stellungnahmen und Vorschläge der Mitgliedstaaten zu berücksichtigen.<sup>41</sup>

#### 2.2.4 Europäischer Datenschutzausschuss

Der Europäische Datenschutzausschuss gab nach seiner 18. Plenarsitzung am 18. und 19. Februar 2020 bekannt, dass die Umsetzung der Datenschutz-Grundverordnung in den ersten 20 Monaten erfolgreich war, dass alle noch anstehenden Probleme lösbar seien und dass es derzeit noch zu früh sei, die Datenschutz-Grundverordnung einer Revision zu unterziehen.<sup>42</sup>

#### 2.2.5 Bundesregierung

In Deutschland hat die Bundesregierung im Oktober 2019 ihre Position zur Evaluierung der Datenschutz-Grundverordnung formuliert.<sup>43</sup> Auch sie betont, dass die Evaluierung über die Themen in Art. 97 Abs. 2 DSGVO hinausgehen sollte.<sup>44</sup> Sie nennt elf Themengebiete, in denen die Datenschutz-Grundverordnung Rechtsunsicherheit hervorruft:<sup>45</sup> Die spezifischen Interessen von Kindern im Rahmen der Abwägung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO, freiwillige Einwilligung ohne Auswahlmöglichkeit, technische und organisatorischen Anforderungen des Privacy by Design and by Default nach Art. 25 DSGVO, die Sicherheitsanforderungen nach Art. 32 DSGVO, die Transparenzanforderungen nach Art. 12 DSGVO, die Grenzen des Auskunftsrechts und des Rechts auf eine Kopie nach Art. 15 DSGVO, die Anforderungen an eine Datenlöschung, die Anforderungen an Anonymisierung und Pseudonymisierung sowie die Auslegung der „Risiken für Grundrechte und Freiheiten einer natürlichen Person“. Für manche dieser Fragen kann Rechtsklarheit durch Hinweise und Hilfestellungen der Aufsichtsbehörden erreicht werden, für andere sind

---

40 Rat, ST 14994/2/19, Rev. 2, Rn. 25.

41 S. zu diesen Kap. 2.2.2.

42 Europäische Datenschutzausschuss, Presseerklärung vom 20.2.2020, [https://edpb.europa.eu/news/news/2020/eighteenth-edpb-plenary-session\\_de](https://edpb.europa.eu/news/news/2020/eighteenth-edpb-plenary-session_de).

43 Bundesregierung, in: Rat, ST 12756/1/19, 11 ff.

44 Bundesregierung, in: Rat, ST 12756/1/19, 11.

45 Bundesregierung, in: Rat, ST 12756/1/19, 12 f.

aber Änderungen der Datenschutz-Grundverordnung erforderlich.<sup>46</sup> Die Bundesregierung fordert die Kommission zur Prüfung auf, ob Schutzlücken durch die Verwendung von Scoring, Profiling und Anwendungen der Künstlichen Intelligenz entstehen und diese durch zusätzliche (eventuell auch bereichsspezifische) Regelungen geschlossen werden müssen.<sup>47</sup>

### 2.2.6 Bundesrat

Im Bundesrat hat Bayern im November 2019 einen Entschließungs-Antrag eingebracht.<sup>48</sup> Nach diesem fordert der Bundesrat, die Evaluation auf weitere Fragestellungen als nur die in Art. 97 Abs. 2 DSGVO zu erstrecken.<sup>49</sup> Vor allem sei die Aufforderung in Art. 97 Abs. 5 DSGVO ernst zu nehmen und „kontinuierlich die Entwicklung in der Informationstechnologie und die Fortschritte in der Informationsgesellschaft“ zu berücksichtigen „und den Zielsetzungen der DSGVO gegenüber(zu)stellen“. Der Bundesrat nennt die zunehmende Datenkonzentration bei einzelnen Anbietern und Plattformen, die Verbreitung von Scoring und Profiling, Künstliche Intelligenz sowie Blockchain-Anwendungen.<sup>50</sup> Er unterstreicht „nachdrücklich“ die „Bedeutung der in der Verordnung klar beschriebenen Regelungsspielräume für ergänzende nationale Datenschutzbestimmungen“.<sup>51</sup>

### 2.2.7 Datenschutzkonferenz

Die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden (DSK) hat auf ihrem 98. Treffen am 6. November 2019 eine Stellungnahme auf der Grundlage der Erfahrungen mit der Datenschutz-Grundverordnung seit Geltungsbeginn beschlossen.<sup>52</sup> Die Datenschutz-Grundverordnung habe sich „im Wesentlichen bewährt“. Dennoch sieht die Datenschutzkonferenz viele Notwendigkeiten der Klarstellung und Möglichkeiten zur Verbesserung, die sie in neun Schwerpunktthemen zusammenfasst und aus

---

46 S. zu diesen Kap. 5.

47 Bundesregierung, in: Rat, ST 12756/1/19, 14.

48 BR-Drs. 570/19..

49 BR-Drs. 570/19, 1.

50 BR-Drs. 570/19, 2.

51 BR-Drs. 570/19, 3.

52 Datenschutzkonferenz, Erfahrungsbericht, 2019.

denen sie sieben Änderungsvorschläge ableitet.<sup>53</sup> Die Schwerpunktthemen sind Alltagserleichterung und Praxistauglichkeit (Informationspflichten, Recht auf Kopie und Meldung von Datenschutzbeauftragten), Datenpannenmeldungen, Zweckänderungen, Data Protection by Design, Befugnisse der Aufsichtsbehörden und Sanktionspraxis, Sanktionen bei Verstößen gegen Anordnung der Aufsichtsbehörde, Zuständigkeitsbestimmungen, Zusammenarbeit und Kohärenz, Direktwerbung, Profiling und Akkreditierung. Zu jedem Schwerpunktthema werden auch Vorschläge zur Änderung der Datenschutz-Grundverordnung vorgelegt.<sup>54</sup>

Zur Vorbereitung dieser Stellungnahme führte der Landesbeauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg, der den Vorsitz in der DSK-Arbeitsgruppe zur Evaluation führte, am 28. Juni 2019 zusammen mit der Industrie- und Handelskammer Stuttgart einen eintägigen Workshop durch, um Erfahrungen von Verantwortlichen, Interessenvertretern, Verbänden und der Wissenschaft kennenzulernen. Diese Erfahrungen hat er im November 2019 in einem Erfahrungsbericht zusammengefasst,<sup>55</sup> der fünf Schwerpunktthemen anspricht: Informations-, Auskunfts- und Transparenzpflichten, Verarbeitungsverzeichnis, Benennungspflicht von Datenschutzbeauftragten, Herstellerhaftung für Privacy by Design und Unklarheiten bei der Gemeinsamen Verantwortlichkeit, insbesondere im Social Media-Bereich. Für diese Schwerpunktthemen bietet er jeweils auch immer Lösungsansätze.<sup>56</sup>

### 2.2.8 Zivilgesellschaft

Auch viele Verbände haben Stellungnahmen veröffentlicht, die je nach Interessenlage unterschiedliche Änderungen an der Datenschutz-Grundverordnung einfordern. In Deutschland haben u.a. der Deutsche Industrie- und Handelskammertag (DIHK),<sup>57</sup> der Verbraucherzentrale Bundesverband (vzbv),<sup>58</sup> die Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit

---

53 S. zu diesen Kap. 5.

54 S. zu diesen Kap. 5.

55 Der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg, Evaluierung, 2019.

56 S. zu diesen Kap. 5.

57 Deutscher Industrie- und Handelskammertag, 2019.

58 Verbraucherzentrale Bundesverband vom 27.11.2019; s. hierzu auch Glatzner, DuD 2020, 312. Die Stellungnahme beruht auf Roßnagel/Geminn, 2019.

(GDD),<sup>59</sup> das Netzwerk Datenschutzexpertise,<sup>60</sup> die Europäische Akademie für Informationsfreiheit und Datenschutz (EAID),<sup>61</sup> Digitaleurope,<sup>62</sup> das „Forum Privatheit und selbstbestimmtes Leben in der digitalen Welt“<sup>63</sup> und die Deutsche Telekom AG<sup>64</sup> Verbesserungen der Datenschutz-Grundverordnung vorgeschlagen.

### 2.3 Evaluation der Europäischen Kommission

Am 24. Juni 2020 – um einen Monat verspätet – legte die Europäische Kommission ihren Evaluationsbericht vor.<sup>65</sup> Der nur 18 Seiten umfassende „Bericht über die Bewertung und Überprüfung“ der Datenschutz-Grundverordnung trägt den Titel „Data protection as a pillar of citizens' empowerment and the EU's approach to the digital transition – two years of application of the General Data Protection Regulation“. Er wird durch ein „Commission Staff Working Document“ von 52 Seiten ergänzt,<sup>66</sup> das die Feststellungen des Berichts näher begründet. Die Kommission gibt an, sie habe viele der Stellungnahmen von Institutionen der Union, der Mitgliedstaaten, der Aufsichtsbehörden und der Organisationen und Institutionen der Zivilgesellschaft für ihren Bericht berücksichtigt.<sup>67</sup> Im Wesentlichen bestätigt sie aber die Ergebnisse, die sie schon nach einem Jahr Geltung in ihrer „Bilanz“ zur Umsetzung der Datenschutz-Grundverordnung vom 24. Juli 2019 festgestellt hat<sup>68</sup> – noch bevor die vielen ihr widersprechenden Stellungnahmen zur Kenntnis nehmen konnte.

Die Europäische Kommission legt in ihrem Evaluationsbericht<sup>69</sup> zwar – entsprechend Art. 97 Abs. 2 DSGVO – Schwerpunkte auf die Überprüfung

---

59 Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit, 2019; s. auch Jaspers/Jaquetmain, DuD 2020, 297.

60 Netzwerk Datenschutzexpertise, 2019; s. auch Weichert, DuD 2020, 293.

61 Europäische Akademie für Informationsfreiheit und Datenschutz, 2020.

62 Digitaleurope, 2020.

63 Forum Privatheit, 2019; s. hierzu auch Geminn, DuD 2020, 307.

64 Deutsche Telekom, 2019.

65 Europäische Kommission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, COM(2020) 264 final (SWD(2020) 115 final) vom 24.6.2020.

66 Commission Staff Working Document vom 24.6.2020.

67 Europäische Kommission, COM(2020) 264 final, 4; Commission Staff Working Document, 3 f.

68 S. Kap. 2.2.1.

69 Europäische Kommission, COM(2020) 264 final, 1.

und Bewertung des Kapitels V zur Datenübermittlung in Drittstaaten<sup>70</sup> und des Kapitels VII zur Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden und der Kohärenz im Vollzug der Verordnung,<sup>71</sup> schränkt ihre Evaluation aber nicht auf diese beiden Bereiche ein, sondern untersucht auch weitere ausgewählte Themen.<sup>72</sup> Insgesamt hält sie die Zeit seit dem Geltungsbeginn der Verordnung in den Mitgliedstaaten am 25. Mai 2018 für zu kurz für endgültige Schlussfolgerungen hinsichtlich der Umsetzung der Datenschutz-Grundverordnung,<sup>73</sup> stellt aber dennoch in ihrem Bericht die folgenden wesentlichen Erkenntnisse fest:<sup>74</sup>

Aus Sicht der Europäischen Kommission hat sich die Datenschutz-Grundverordnung bewährt. Die Verordnung habe ihre Ziele erreicht, die Betroffenenrechte zu stärken und den freien Datenverkehr in der Europäischen Union sicherzustellen.<sup>75</sup> Mit der Verordnung sieht die Kommission die Europäische Union als Speerspitze des Datenschutzes. Dies werde nicht zuletzt durch einen erfolgreichen Export des Regelungsmodells in zahlreiche Drittländer belegt.<sup>76</sup> Viele Staaten haben sich Datenschutzgesetze gegeben, für die die Europäische Kommission nach Art. 45 DSGVO feststellen konnte, dass sie ein angemessenes Datenschutzniveau bieten.<sup>77</sup> Das europäische Datenschutzrecht sei „ein Kompass geworden, der uns im digitalen Wandel, bei dem der Mensch im Mittelpunkt steht, den Weg weist“.<sup>78</sup> Sie ist eine weltweite Referenz für Länder, die wie die Europäische Union ein hohes Datenschutzniveau anstreben – „von Chile bis Süd-Korea, von Brasilien bis Japan, von Kenia bis Indien und von Kalifornien bis Indonesien“.<sup>79</sup>

Bezogen auf die Adressaten der Datenschutz-Grundverordnung stellt die Kommission fest, dass diese – aufbauend auf den unabhängigen Daten-

---

70 Europäische Kommission, COM(2020) 264 final, 10-13; Commission Staff Working Document, 28-49.

71 Europäische Kommission, COM(2020) 264 final, 5 f.; Commission Staff Working Document, 4-14.

72 Europäische Kommission, COM(2020) 264 final, 4.

73 Europäische Kommission, COM(2020) 264 final, 4.

74 Diese entsprechen weitgehend ihrer Bilanz ein Jahr zuvor – s. Kap. 2.2.1

75 Europäische Kommission, COM(2020) 264 final, 4; s. Erwähnungsgrund 3 DSGVO.

76 S. hierzu Geminn, DVBl. 2018, 1593; Fujiwara/Geminn/Roßnagel, ZD 2019, 204.

77 Europäische Kommission, COM(2020) 264 final, 3; Commission Staff Working Document, 31 ff.

78 Jourová, Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 24.6.2020.

79 Europäische Kommission, COM(2020) 264 final, 3, 10 f.; Commission Staff Working Document, 44 ff.

schutzaufsichtsbehörden und dem Europäischen Datenschutzausschuss – ein neues europäisches Verwaltungs- und Durchsetzungssystem für den Datenschutz etabliert habe.<sup>80</sup> Die Verantwortlichen hätten die Vorgaben der Verordnung angenommen. Sie hätten inzwischen Datenschutz als Wettbewerbsvorteile und Verkaufsargument erkannt und genutzt.<sup>81</sup> In vielen Unternehmen sei eine Compliance-Kultur entstanden.<sup>82</sup> Insgesamt sei die Europäische Union auf dem Weg zu einer einheitlichen Datenschutz-Kultur.<sup>83</sup>

Den technologischen Herausforderungen der Zukunft widmet die Europäische Kommission – im Vergleich zu den vielen Stellungnahmen – vergleichsweise wenig Aufmerksamkeit. Sie stellt lediglich fest, dass die Datenschutz-Grundverordnung auf Prinzipien aufbaue und technikneutrale Regelungen gewählt habe, um auch künftigen Herausforderungen gerecht werden zu können.<sup>84</sup> Die in Art. 5 DSGVO genannten Prinzipien seien auch gegenüber den neuen Herausforderungen von Künstlicher Intelligenz, Blockchain, Internet der Dinge, Gesichtserkennung und Quantencomputer anwendbar,<sup>85</sup> auch wenn es im Einzelfall schwierig sein kann, die bewährten Prinzipien auf sie zu übertragen. Die Entwicklungen zu begleiten sei eine Aufgabe der Datenschutzaufsichtsbehörden.<sup>86</sup> Vorschläge, wie das Datenschutzrecht auf diese Herausforderungen durch spezifische Vorgaben zur Abwehr ihrer jeweils besonderen Risiken und zu ihrer datenschutzgerechten Gestaltung reagieren sollte, entwickelt die Kommission nicht. Die Kommission verkennt, dass viele der neuen Technologien keine auf Einzelfälle begrenzten Herausforderungen für die informationelle Selbstbestimmung hervorrufen, sondern die Datenschutzgrundsätze konzeptionell in Frage stellen.<sup>87</sup>

Die Kommission stellt in ihrem Bericht zwar fest, dass es Bereiche gäbe, in denen in der Zukunft Verbesserungen möglich seien, schlägt jedoch –

---

80 Europäische Kommission, COM(2020) 264 final, 5; Commission Staff Working Document, 4.

81 Europäische Kommission, COM(2020) 264 final, 3.

82 Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 24.6.2020.

83 Europäische Kommission, COM(2020) 264 final, 5.

84 Europäische Kommission, COM(2020) 264 final, 10; Commission Staff Working Document, 26 f.

85 Europäische Kommission, Commission Staff Working Document, 28.

86 Europäische Kommission, COM(2020) 264 final, 10; Commission Staff Working Document, 27.

87 S. Kap. 6.3.5.; s. näher Roßnagel, in: Roßnagel/Friedewald/Hansen, 2018, 361 (363 ff.); Roßnagel, in: Simitis/Hornung/Spiecker, 2019, Art. 5 Rn. 40 ff., 61 ff., 111 ff., 133 ff., 146 ff., 164 ff. und 187 jeweils mit vielen Beispielen.

im Gegensatz zu den meisten Stellungnahmen und vielen Hoffnungen – keine Änderungen des Verordnungstextes vor, die diese Schwachstellen beseitigen. Sie geht vielmehr davon aus, dass sich wahrscheinlich die meisten der durch die Mitgliedstaaten und Stakeholder identifizierten Probleme durch mehr Erfahrung mit der Verordnung über die kommenden Jahre ohnehin erledigen würden.<sup>88</sup> Die Kommission kündigt lediglich eine Prüfung an, ob Regelungen notwendig sind, um KMU zu entlasten, insbesondere hinsichtlich der Ausnahmeregelung zur Pflicht, ein Verarbeitungsverzeichnis zu führen,<sup>89</sup> und ob entgegen Art. 8 Abs. 1 Satz 3 DSGVO eine Harmonisierung des Einwilligungsalters angezeigt ist, um den Anbietern von Diensten der Informationsgesellschaft die Datenverarbeitung zu erleichtern.<sup>90</sup>

Gegenüber den Verantwortlichen stellt die Kommission fest, dass einige von ihnen immer wieder bestimmte Pflichten nicht ausreichend erfüllen. So werden die Informationspflichten gegenüber den betroffenen Personen oft nur sehr legalistisch erfüllt, indem sie Datenschutzerklärungen lediglich als juristische Übung ansehen und sehr komplexe und schwerverständliche oder unvollständige Informationen anbieten,<sup>91</sup> sie aber nicht – wie Art. 12 Abs. 1 DSGVO vorschreibt – „in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache“ präsentieren. Die Verantwortlichen haben sich bisher nur in wenigen Branchen wie Kreditwesen und Telekommunikation darauf vorbereitet, das Recht auf Datenübertragung zu erfüllen.<sup>92</sup> Die Pflicht der Verantwortlichen zur datenschutzgerechten Systemgestaltung und datenschutzfreundlichen Voreinstellung werde von großen digitalen Playern nicht beachtet.<sup>93</sup> Sie zitiert „Organisationen aus der Zivilgesellschaft“, die festgestellt haben, dass die Praktiken der Datenverarbeitung dieser großen digitalen Player sich trotz der Datenschutz-Grundverordnung „noch nicht grundsätzlich zu mehr datenschutzfreundlichen Praktiken geändert haben“.<sup>94</sup> Diese Praktiken will die Kommission jedoch nicht im Rahmen der Datenschutz-Grundverordnung angehen, sondern bezogen auf die weiter-

---

88 Europäische Kommission, COM(2020) 264 final, 4.

89 Europäische Kommission, COM(2020) 264 final, 9, 14; Commission Staff Working Document, 22 ff.

90 Commission Staff Working Document, 17.

91 Commission Staff Working Document, 21.

92 Europäische Kommission, COM(2020) 264 final, 8 f.; Commission Staff Working Document, 21.

93 Commission Staff Working Document, 21 f.

94 Commission Staff Working Document, 27.

gehende Frage des Marktverhaltens dieser großen digitalen Player im größeren Rahmen des Gesetzgebungspakets zu den digitalen Diensten analysieren.<sup>95</sup> Schließlich appelliert die Kommission an Verantwortliche, dass sie, wenn sie sich auf Verhaltensregeln nach Art. 40 DSGVO einigen, den Schutz von Kindern stärker berücksichtigen sollten.<sup>96</sup> In keiner dieser Feststellungen, dass Verantwortliche die Datenschutz-Grundverordnung nicht einhalten, wird nach den Gründen gefragt. Für den Handlungsbedarf der Kommission müsste es jedoch einen großen Unterschied bedeuten, ob die Pflicht deshalb nicht erfüllt wird, weil die Verantwortlichen sie nicht kennen, sie aus Gewinninteressen nicht vollziehen wollen oder sie nicht vollziehen können, weil die Verordnung sie unklar, rechtsunsicher, unvollständig oder widersprüchlich geregelt hat.

Kritik der Kommission setzt nicht an Verbesserungsbedarfen und Verbesserungsmöglichkeiten der Datenschutz-Grundverordnung selbst an, sondern beschränkt sich ausschließlich auf den „Umgang“ mit ihr. Sie kritisiert vor allem ergänzende und konkretisierende Regelungen der Mitgliedstaaten. Konkret benennt die Kommission eine Überdehnung der Öffnungsklauseln der Verordnung durch mitgliedstaatliches Recht.<sup>97</sup> In einer Liste in Annex I des „Commission Staff Working Document“ erkennt die Kommission nur 15 Öffnungsklauseln für fakultative Spezifizierungen der Vorschriften der Verordnung an. Warum in dieser Liste etwa die Öffnungsklauseln der Art. 6 Abs. 4, 9 Abs. 2, 17 Abs. 1 lit. d, 26 Abs. 1 Satz 2, 28 Abs. 3, 32 Abs. 4, 35 Abs. 10 und viele weitere fehlen, bleibt unverständlich und unbeantwortet. Spezifizierungen im mitgliedstaatlichen Recht ohne Öffnungsklausel – etwa bezogen auf die Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO – lehnt sie grundsätzlich ab: Der nationale Gesetzgeber dürfe die Abwägung der berechtigten Interessen des Datenverarbeiters mit den schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person zu deren Schutz nicht allgemein regeln, sondern müsse diese im Einzelfall dem Verantwortlichen überlassen.<sup>98</sup> Ebenso lehnt sie begriffliche Spezifizierungen im Recht der Mitgliedstaaten<sup>99</sup> und die Etablierung zusätzlicher Voraussetzungen in spezifischen Verarbeitungssituationen ab. Sie kritisiert, dass die meisten nationalen Datenschutzgesetze bei Beschränkungen

---

95 Commission Staff Working Document, 27.

96 Commission Staff Working Document, 21.

97 Europäische Kommission, COM(2020) 264 final, 7; Commission Staff Working Document, 15.

98 Commission Staff Working Document, 15 f.

99 Commission Staff Working Document, 15.

der Betroffenenrechte nicht angeben, welche schutzwürdigen Ziele mit den Beschränkungen erreicht werden sollen und keinen Raum für eine Verhältnismäßigkeitsprüfung lassen.<sup>100</sup> Selbst die Nutzung der in Art. 8 Abs. 1 Satz 3 DSGVO explizit angelegten Möglichkeit, die Altersgrenze innerhalb eines vorgegebenen Rahmens von dem vollendeten dreizehnten Lebensjahr bis zum vollendeten sechzehnten Lebensjahr bei der Einwilligung eines Kindes in Bezug auf Dienste der Informationsgesellschaft anzupassen, brandmarkt die Kommission als eine gefährliche Abweichung von einem Harmonisierungsgedanken des europäischen Datenschutzrechts.<sup>101</sup> Es wird das Schreckgespenst einer Fragmentierung des Datenschutzes in der Europäischen Union wie noch unter der Datenschutzrichtlinie beschworen, die den freien Fluss von Daten in der Union bedrohe.

Aufgrund dieser Analyse fordert die Kommission die Mitgliedstaaten auf, die Nutzung von Öffnungsklauseln zu beschränken, um eine Fragmentierung des Datenschutzes zu verhindern.<sup>102</sup> Auch sollen sie überprüfen, ob sich die nationalen Umsetzungsgesetze tatsächlich innerhalb des Rahmens bewegen, den die Verordnung vorgibt. Die Kommission kündigt an, diesbezüglich in bilaterale Gespräche mit einzelnen Mitgliedstaaten einzutreten und vor der Nutzung des Instruments des Vertragsverletzungsverfahrens nicht zurückzuschrecken.<sup>103</sup>

In dieser überzogenen Kritik wird deutlich, dass die Kommission ihre Niederlage im Gesetzgebungsprozess der Datenschutz-Grundverordnung nicht überwunden hat. In diesem hat – vor allem der Rat – der Selbstermächtigung der Kommission durch 48 Ermächtigungen zur Konkretisierung der Verordnung Grenzen gesetzt und diese Ermächtigungen der Kommission überwiegend durch Öffnungsklauseln für die Mitgliedstaaten ersetzt.<sup>104</sup> Die Kommission beschwört die Harmonisierung weiterhin als „zentrale Zielsetzung“ der Datenschutz-Grundverordnung,<sup>105</sup> als hätte es diese Korrektur der Datenschutz-Grundverordnung im Trilog durch die Anerkennung von 70 Öffnungsklauseln nicht gegeben, die dieses Ziel zugunsten einer Ko-Regulierung durch Union und Mitgliedstaaten aufgege-

---

100 Commission Staff Working Document, 18.

101 Europäische Kommission, COM(2020) 264 final, 7; Commission Staff Working Document, 16f.

102 Europäische Kommission, COM(2020) 264 final, 14.

103 Europäische Kommission, COM(2020) 264 final, 15; Commission Staff Working Document, 15.

104 S. hierzu ausführlich Roßnagel, in: Roßnagel, 2018, § 1 Rn. 15 ff.

105 Commission Staff Working Document, 17.

ben hat.<sup>106</sup> Der europäische Gesetzgeber, also Rat und Parlament, hat dies – im Gegensatz zur Kommission – so gewollt und so entschieden und damit notwendig eine gewisse Fragmentierung des Datenschutzrechts in der Union akzeptiert. Die Kommission nimmt jedoch mit ihrem Evaluationsbericht den Machtkampf wieder auf und versucht, die Entscheidung des Gesetzgebers durch ihre Auslegung der Öffnungsklauseln zurückzudrehen. Auch wenn manche Mitgliedstaaten – auch Deutschland – im Einzelfall etwa unzulässig starke Einschränkungen der Rechte der betroffenen Personen vorgenommen haben, ist es – gemessen am Text der Datenschutz-Grundverordnung – übertrieben, die Legitimität der Ausfüllung der Öffnungsklauseln durch die Mitgliedstaaten grundsätzlich in Frage zu stellen.

Die Kommission versucht mit ihrem Bericht eine Diskussion über die Verbesserung des europäischen Datenschutzrechts zu verhindern. Sie richtet den Scheinwerfer von den Defiziten der Verordnung selbst weg auf die Gesetzgebung der Mitgliedstaaten. Klar ist aber, dass die Diskussion um die Weiterentwicklung des Datenschutzrechts im Allgemeinen und der Datenschutz-Grundverordnung im Speziellen als Fundament dieses Datenschutzrechts dennoch nicht stehenbleiben darf. Zu groß ist der Druck durch moderne Verarbeitungspraktiken, neue Technologien und praktische Probleme. Gerade aus Sicht der Verbraucher zeigt sich, dass die Datenschutz-Grundverordnung trotz der zahlreichen, mitunter großen Verbesserungen des rechtlichen Status quo noch deutlichen Verbesserungsbedarf in sich trägt. Zudem sind auch zwei Jahre nach ihrem Geltungsbeginn die in der Verordnung angelegten Potenziale längst noch nicht ausgeschöpft.<sup>107</sup> Dies gilt insbesondere für die wesentlichen Innovationen der Datenschutz-Grundverordnung, zu deren prominentesten Vertretern die Forderung nach Datenschutz durch Systemgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen in Art. 25 DSGVO gehört.

Mit der Fokussierung ihrer Evaluation der Verordnung hat sich die Europäische Kommission auf die Untersuchung ausgewählter Probleme ihrer Umsetzung beschränkt. Eine echte Bewertung und Überprüfung der Verordnung selbst, wie in Art. 97 Abs. 1 Satz 1 DSGVO gefordert, ist unterblieben. Stattdessen führt die Kommission ihre Auseinandersetzung mit den Mitgliedstaaten fort, deren selbständige Ausfüllung der von der Verordnung ausdrücklich vorgesehenen Öffnungsklauseln sie als eine Bedrohung ihrer spezifischen, aber nicht Gesetz gewordenen Konzeption emp-

---

106 S. näher Roßnagel, in: Roßnagel, 2018, § 1 Rn. 29 ff.

107 S. zu den Innovationen der DSGVO Roßnagel, DuD 2019, 467 ff. sowie den Schwerpunkt des Heftes 8 der DuD 2019.

findet. Dabei sind einige der in den Mitgliedstaaten erfolgten Abweichungen gerade mit dem Ziel erfolgt, bestehende Regelungslücken der Verordnung zu schließen und Defizite zu beheben. Im Ergebnis zementiert die Kommission die Datenschutz-Grundverordnung mit all ihren Mängeln. Sie berücksichtigt nicht, dass ihre Konzeption bereits 10 Jahre alt ist, ihr Entwurf durch die Kommission acht Jahre her ist und die Verordnung bereits vor fünf Jahren im Trilog ihre endgültige Form gefunden hat – Zeiträume, die angesichts der technischen Entwicklung enorm sind. Umso fataler ist, dass die Europäische Kommission für die nächste Evaluation 2024 nur eine weitere Überprüfung ihrer Umsetzung ankündigt.<sup>108</sup>

Mag sein, dass die Kommission befürchtet hat, dass der über viele Jahre mühsam ausgehandelte Kompromiss erodiert, wenn sie an einzelnen Formulierungen rüttelt. Auch wollte sie wohl an der von ihr betriebenen Überhöhung der Datenschutz-Grundverordnung als besonders gelungenes Gesetzeswerk festhalten. Dass sie nicht einmal eine Diskussion über eine künftige Evolution des Datenschutzrechts in der Europäischen Union angesessen hat, ist jedoch in höchstem Maße zu bedauern. Sie hat damit die in der Verordnung selbst angelegte Chance einer regelmäßigen Weiterentwicklung zum Stichtag der ersten vorgesehenen Evaluation vertan. Dabei zeigt sich, dass eine Adressierung vieler Defizite der Datenschutz-Grundverordnung bereits mit geringen textlichen Veränderungen erreicht werden könnte. Diese Änderungen würden sich in greifbaren Verbesserungen für die Verbraucher manifestieren.

Für die Kommission könnte ihr Vorgehen ins Gegenteil dessen umschlagen, was sie als Ziel vorgegeben hat. Die Diskussion über die Weiterentwicklung des Datenschutzrechts wird weitergeführt werden und notwendige Anpassungen werden möglicherweise auf mitgliedstaatlicher Ebene stattfinden. Die Androhung von Vertragsverletzungsverfahren angesichts des rechtspolitischen Versagens der Kommission vor den datenschutzrechtlichen Herausforderungen ist kein besonders „scharfes Schwert“ um die Mitgliedstaaten vor legislativen Innovationen abzuschrecken. Fragen der Harmonisierung des Datenschutzrechts und der Reichweite der 70 Öffnungsklauseln der Datenschutz-Grundverordnung werden dann eine umso größere Rolle spielen und zu einer Evolution der Datenschutz-Grundverordnung zwingen.<sup>109</sup>

---

108 Europäische Kommission, COM(2020) 264 final, 14.

109 S. hierzu Kap. 7.