1 Einführung

Am 24. Mai 2016 trat nach mehr als vierjähriger Verhandlung die 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 – DSGVO)[1] in Kraft. Nach Ablauf einer zweijährigen Übergangsfrist ist sie seit dem 25. Mai 2018 in allen EU-Mitgliedsstaaten unmittelbar anwendbar. Seitdem wird die Datenschutz-Grundverordnung in der Praxis der Datenverarbeitung personenbezogener Daten angewendet.

Für die von der Verarbeitung personenbezogener Daten betroffenen Personen bringt die Datenschutz-Grundverordnung sowohl Vor- als auch Nachteile gegenüber der bisherigen Rechtslage.[2] Bezogen auf die Datenverarbeitung durch private Unternehmen sind die meisten betroffenen Person auch zugleich Verbraucher.[3] Daher bezeichnen im Folgenden „betroffene Person“ und „Verbraucher“ immer dieselbe natürliche Person. Diese Gruppe betroffener Personen benötigt den stärksten Schutz, weil sie wirtschaftlich die Gruppe der schwächsten Markteilnehmer ist. Für sie stellt sich am dringendsten die Frage, ob in der Datenschutz-Grundverordnung die Vor- und Nachteile für unterschiedliche Interessengruppen ausgeglichen sind. Genau diese Frage untersucht die folgende Abhandlung. Vier Jahre nach Inkrafttreten und zwei Jahre nach Geltungsbeginn konnten bereits ausreichende Erfahrungen mit der Datenschutz-Grundverordnung gewonnen werden. Auf deren Grundlage muss sich die folgende Untersuchung nicht darauf beschränken, Defizite der Datenschutz-Grundverordnung aus Verbrauchersicht festzustellen, sondern kann auch erste Vorschläge entwickeln, wie sie aus der Perspektive von Verbrauchern verbessert werden kann.

---

1 EU ABl. L 119 vom 4.5.2016, 1.

2 S. z.B. Roßnagel, VuR 2015, 361; Roßnagel, in: Brönneke/Willburger/Bietz, 2020, 299 ff.

3 Zur besseren Lesbarkeit des Textes wird auf die Aufzählung mehrerer Geschlechter verzichtet. Der Begriff „Verbraucher“ und ähnliche Begriffe umfassen immer auch alle Personen anderen Geschlechts.

1.1 Status quo des europäischen Datenschutzrechts

Die Datenschutz-Grundverordnung gilt seit dem 25. Mai 2018 mit all ihren Regelungen in allen Mitgliedstaaten unmittelbar und ist Teil ihrer Rechtsordnung. Sie bestimmt vorrangig das Datenschutzrecht in der Union und im Europäischen Wirtschaftsraum. Sie genießt gegenüber allen Regelungen der Mitgliedstaaten Anwendungsvorrang. Kommt die Anwendung mitgliedstaatlicher Regelungen und der Datenschutz-Grundverordnung zu unterschiedlichen Ergebnissen, ist die Datenschutz-Grundverordnung anzuwenden. Dies gilt allerdings nur dem Grundsatz nach. Denn die Datenschutz-Grundverordnung enthält 70 Öffnungsklauseln. Durch diese überlässt sie in vielen Bereichen und Aspekten die Regelungskompetenz den Mitgliedstaaten. Für das europäische Datenschutzrecht besteht somit eine Ko-Regulierung durch Union und Mitgliedstaaten.[4]

Zwar wurden aufgrund der Datenschutz-Grundverordnung das Bundesdatenschutzgesetz novelliert und allein im Bund Anpassungen in ca. 200 Gesetzen mit Datenschutzregelungen durch drei umfangreiche Artikelgesetze vorgenommen.[5] Doch sind dadurch kein einziges Datenschutzgesetz und kein einziger Abschnitt zum Datenschutzrecht in einem Gesetz gestrichen worden. Sie gelten trotz Datenschutz-Grundverordnung weiter. Die Datenschutz-Grundverordnung hat daher das Datenschutzrecht in Europa nicht vereinheitlicht, sondern dieses einer Ko-Regulierung durch die Gesetzgeber der Union und der Mitgliedstaaten unterworfen. Wer wissen will, was nach geltendem Datenschutzrecht in Deutschland geregelt ist, muss somit immer in die Datenschutz-Grundverordnung und in das einschlägige deutsche Gesetz schauen. Für den Datenschutz der Verbraucher gelten grundsätzlich und überwiegend die Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung, für einzelne Fragestellungen aber auch die Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes.

Die Datenschutz-Grundverordnung orientiert sich in weiten Teilen weiterhin an den alten Zielen und Grundsätzen der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG[6] von 1995.[7] Sie übernimmt unter anderem in Art. 2 und 3

4 S. Roßnagel, in: Roßnagel, 2018, § 1 Rn. 47 ff.
5 Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU vom 30.6.2017 (DSAnpUG-EU), BGBl. I, S. 2097; Zweites Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU (2. DSAnpUG-EU), BT-Drs 19/4674; Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679, BT-Drs 19/4671.
6 EG ABl. L 281 vom 23.11.1995, 31.
7 S. Erwägungsgrund 9 DSGVO.

DSGVO weitgehend die Regelungen zum sachlichen und räumlichen Anwendungsbereich, in Art. 5 DSGVO nahezu unverändert die Grundsätze der Datenverarbeitung, in Art. 6 Abs. 1 DSGVO wörtlich die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Datenverarbeitung und in Art. 9 DSGVO grundsätzlich die Regelungen zu besonderen Kategorien personenbezogener Daten. Hinsichtlich der Rechte der betroffenen Person orientiert sie sich in den Art. 12 bis 23 DSGVO ebenfalls stark an der Richtlinie. In Art. 28 und 29 DSGVO greift die Verordnung grundsätzlich auf die Vorgaben der Richtlinie zur Auftragsverarbeitung zurück. In Art. 32 DSGVO übernimmt sie weitgehend die Anforderungen an die Datensicherheit, in Art. 44 bis 50 DSGVO konzeptionell die Grundsätze zur Datenübermittlung in Drittländer und in Art. 51 bis 59 DSGVO die Konzeption der Stellung und Aufgaben der Aufsichtsbehörden. Diese Regelungen werden in der Verordnung präzisiert, neugestaltet oder erweitert, aber konzeptionell nicht weiterentwickelt.

Allerdings enthält sie in wenigen Bereichen auch Innovationen, die in der Richtlinie nicht enthalten oder nur angedeutet waren. Diese neuen Instrumente betreffen vor allem die Pflichten der Verantwortlichen und deren Durchsetzung durch die Aufsichtsbehörden, die betroffenen Personen und ihre Verbände.[8] Diese Innovationen sind für Verbraucher mit großen Hoffnungen verbunden.[9] Innovativ ist z.B. in Art. 3 Abs. 2 DSGVO die Ausweitung des räumlichen Anwendungsbereichs durch das Aufenthaltsprinzip. Danach ist die Verordnung auch anwendbar, wenn ein Datenverarbeiter personenbezogene Daten von Personen verarbeitet, die sich in der Union aufhalten. Dies gilt allerdings nur, wenn der Verarbeiter entweder der betroffenen Person Waren oder Dienstleistungen anbietet oder die Datenverarbeitung der Beobachtung ihres Verhaltens in der Europäischen Union dient. Diese Erweiterung sorgt auf dem europäischen Markt für Wettbewerbsgleichheit zwischen Anbietern in der Union und Anbietern außerhalb der Union und vereinfacht die Wahrnehmung von Betroffenenrechten. Bisher unbekannt ist das Recht für betroffene Personen in Art. 20 DSGVO, ihre Daten, die sie einem Verantwortlichen bereitgestellt haben, auf einen anderen Datenverarbeiter zu übertragen. Innovativ sind auch die Anforderungen an den Verantwortlichen in Art. 25 DSGVO, Datenschutz durch Systemgestaltung und Voreinstellungen herzustellen. Neu

8 S. zu den Innovationen ausführlich Roßnagel, DuD 2019, 467 ff. und das gesamte Heft 8 der DuD 2019.

9 S. z.B. Verbraucherzentrale Bundesverband, 2013; Verbraucherzentrale Bundesverband, 2018.

ist auch seine Verpflichtung in Art. 35 DSGVO, vor riskanten Datenverarbeitungen eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen. Die engere Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden in der Union erforderte in Art. 60 bis 76 DSGVO eigene Regelungen zu deren Durchführung. Eine auffällige Veränderung bringt auch Art. 83 DSGVO, der für Verstöße gegen Vorgaben der Verordnung drastische Sanktionen ermöglicht. Nach Art. 83 Abs. 5 DSGVO können bei den dort aufgelisteten Verstößen Geldbußen von bis zu 20 Mio. Euro oder im Fall eines Unternehmens von bis zu 4 % seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs verhängt werden, je nachdem, welcher der Beträge höher ist.

1.2 Herausforderungen für den Verbraucherdatenschutz

Die Datenschutz-Grundverordnung will das Datenschutzrecht der Mitgliedstaaten ablösen. Wo bisher die Mitgliedstaaten jeweils viele Hunderte von Vorschriften zum Datenschutz hatten, sollen nun die 99 Artikel der Datenschutz-Grundverordnung gelten. Von diesen befassen sich nur 50 Artikel mit materiellen Fragen des Datenschutzes und die anderen Artikel vor allem mit Aufgaben und Kompetenzen und Zusammenarbeit der Aufsichtsbehörden und sonstigen organisatorischen Fragen. Um alle vielfältigen Datenschutzprobleme in der gesamten Union in allen Gesellschafts-, Wirtschafts- und Verwaltungsbereichen in 50 Artikeln zu regeln, musste der Unionsgesetzgeber für die Datenschutz-Grundverordnung ein sehr hohes Abstraktionsniveau wählen.

Für den Datenschutz von Verbrauchern enthält die Datenschutz-Grundverordnung auf diesem Abstraktionsniveau eine Reihe von Verbesserungen – in der Regelung des Anwendungsbereichs, in der Anerkennung von Grundsätzen der Datenverarbeitung, in den Rechten für betroffene Personen,[10] in neuen Pflichten für Verantwortliche, in drastischen Sanktionsdrohungen und in neuen Möglichkeiten für Verbraucher, die Aufsichtsbehörden anzurufen und Verbraucherverbände einzuschalten.

10 S. Aridor/Che/Nelson/Salz, 2020 zu den empirischen Wirkungen der DSGVO auf die Überwachung und die Verhaltensvorsage von Verbrauchern: Zunahme von Opt-out.

Sie hat aber auch die Verarbeitung personenbezogener Daten erleichtert,[11] Zweckänderungen der Datenverarbeitung ermöglicht, eine Reihe von Pflichten der Verantwortlichen reduziert und zahlreiche Möglichkeiten geschaffen, Betroffenenrechte außer Kraft zu setzen. Vor allem hat sie keine einzige Regelung getroffen, die die modernsten Herausforderungen für den Datenschutz von Technikanwendungen spezifisch adressieren. Die Risiken von Big Data, Cloud Computing, smarten Informationstechniken im Alltag, Künstlicher Intelligenz, lernfähigen Systemen, Social Networks oder anderen datengetriebenen Geschäftsmodellen haben keine spezifische Regelung erfahren.[12]

In der Praxis entscheidend ist, wie die vorteilhaft oder nachteilig klingenden Regelungen in ihrer hohen Abstraktheit konkretisiert werden. Hierfür ist entscheidend, dass zwar die Datenschutzaufsichtsbehörden eingreifen und irgendwann die Gerichte entscheiden können, den ersten Zugriff auf das Verständnis und die Konkretisierung der Regelungen aber die Verantwortlichen haben. In jedem Interessenkonflikt nutzen sie jede Unklarheit, Ungenauigkeit, Regelungslücke – schlicht jeden Abstraktionsgrad für ihre Interessen. Die Erfahrung zeigt, dass überall da, wo das Recht normative Spielräume eröffnet, letztlich soziale, politische und wirtschaftliche Macht eindringt und einseitige Ergebnisse durchsetzt.[13]

Als ein Defizit der Datenschutz-Grundverordnung gelten im Folgenden zwei verschiedene regulatorische Schwachstellen. Eine solche kann zum einen darin liegen, dass die Verordnung bestimmte Anwendungsvoraussetzungen oder Anwendungsfolgen ausgeblendet oder übersehen hat, die zu unausgeglichenen Regelungen führen. Die gleiche Wirkung haben Regelungslücken, die regelungsbedürftige Fragen ungeregelt lassen und ihre Beantwortung dem Stärkeren überlassen. In der Folge bevorzugen sie ungerechtfertigt bestimmte Interessen und benachteiligen andere. Zum anderen kann eine Schwachstelle in der mangelnden Praktikabilität der Regelung liegen. Diese fehlt, wenn die Vorschrift uneindeutig oder missverständlich ist, Wertungswidersprüche zu anderen Vorschriften oder sonstige Inkonsistenzen enthält oder Widersprüchliches regelt. Sie werden zu Defiziten der Datenschutzpraxis, wenn sie Rechtsunsicherheit, Investitionsstau, Vollzughemmnisse, Unverständnis und Handlungsbarrieren ver-

11 S. Aridor/Che/Nelson/Salz, 2020 zu den empirischen Wirkungen der DSGVO auf die Überwachung und die Verhaltensvorsage von Verbrauchern: Zunahme der Intensivierung der Datenverarbeitung.

12 S. hierzu kritisch Roßnagel, in: Roßnagel, 2018, § 1 Rn. 41 f.

13 Roßnagel, MMR 2020, 222.

ursachen. Vielfach versuchen Berater, Anwälte und Literatur sowie nach und nach die Aufsichtsbehörden und – bisher nur langsam und in wenigen Fällen – auch der Europäische Datenschutzsauschuss, diese Defizite durch entsprechende Auslegungsversuche zu beseitigen. Diese führen jedoch immer zu interessengeleiteten Meinungsstreitigkeiten, die erst nach langer Zeit und mit hohem Aufwand und großem Zeitverlust aufgelöst werden können.

Bis letztlich der Europäische Gerichtshof in Einzelfällen die Defizite beseitigt und für Rechtssicherheit und Interessenausgleich sorgt, vergeht geraume Zeit. Vielfach hat die Dynamik der technischen Entwicklung das Problem dann bereits überholt. Da der Gerichtshof an den Text der Datenschutz-Grundverordnung gebunden ist,[14] dürfte ihm in vielen Fällen die gebotene Korrektur auch gar nicht möglich sein. Schließlich sorgt nicht jede Entscheidung des Gerichts für Klarheit, sondern hinterlässt – wie bei der gemeinsamen Verantwortung[15] – mehr Fragen als vorher bestanden. Daher sollte der europäische Gesetzgeber diese Defizite, die er ja verursacht hat, möglichst bald beheben.

Die notwendigen und möglichen Verbesserungen des Verordnungstextes sind daher das zentrale Thema der folgenden Untersuchung.

1.3 Zielsetzungen und Gliederung

Die folgende Untersuchung verfolgt somit zwei Ziele, die sich auf unterschiedliche Dimensionen und Qualitäten von Regelungsproblemen der Datenschutz-Grundverordnung beziehen:

Zum einen zielt sie auf die Behebung einzelner Schwachstellen in der Regulierung spezifischer Datenschutzfragen. Hierfür analysiert sie die derzeitige Ausgestaltung der Datenschutz-Grundverordnung aus Verbrauchersicht und legt ihr Hauptaugenmerk auf die Frage, welche Defizite der Verordnung bei ihrer Anwendung bisher aufgetreten sind und wie die Verordnung nachgeschärft werden muss, um diesen Defiziten in der Textformulierung zu begegnen. Sie sollen im Sinne des Gewollten beseitigt, klargestellt oder präzisiert werden, damit die Datenschutz-Grundverordnung

14 Es sei denn, er erklärt eine Vorschrift der Verordnung als Verstoß gegen die GRCh für unionsrechtswidrig.

15 EuGH vom 5.6.2018, ECLI:EU:C:2018:388 (Facebook-Fanpage); EuGH vom 10.7.2018, C-25/17, ECLI:EU:C:2018:551 (Zeugen Jehovas); EuGH vom 29.7.2019, ECLI:EU:C:2019:629 (Fashion ID).

ihre Regelungsziele auch tatsächlich erreicht. Das Ziel dieses Teils sind konkrete Regelungsvorschläge, die zur Verbesserung der Verordnung genutzt werden können, ohne ihre generelle Regelungskonzeption in Frage zu stellen. Diese Verbesserungen könnten ohne großen Aufwand und tiefgreifende Diskussionen umgesetzt werden.

Zum anderen zielt sie auf eine längerfristige inhaltliche Konzeption für die Fortentwicklung der Datenschutz-Grundverordnung und des Datenschutzes in der Europäische Union, die ermöglicht, den bisher nicht adressierten und den künftigen Herausforderungen für den Datenschutz gerecht zu werden. Hier geht es um Ideen und Argumente für die laufenden Diskussionen zur zukünftigen Ausgestaltung des Datenschutzregulierungssystems.

Diese beiden Ziele bestimmen die Gliederung der folgenden Untersuchung. Das dieser Einleitung folgende Kapitel 2 greift die Evaluation der Datenschutz-Grundverordnung durch die Europäische Kommission auf und analysiert deren Rechtsrahmen, Zielsetzung, Vorbereitung und Ergebnis.

Nach dieser Grundlegung widmen sich die Kapitel 3 bis 5 der ersten Zielsetzung einer Verbesserung spezifischer Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung aus Verbrauchersicht. Kapitel 3 analysiert auf der Grundlage von Literatur, Rechtsprechung, Gutachten, Berichten der Datenschutzaufsichtsbehörden und Stellungnahmen zur Evaluation sowie Tagungsteilnahmen und Gesprächen einzelne aus Verbrauchersicht relevante Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung. Hierbei wird vor allem untersucht, wie diese Vorschriften ausgelegt und angewandt werden, ob sich inzwischen Rechtsicherheit durch eine einheitliche Meinung zur Interpretation von Tatbestandsmerkmalen ergeben oder ob die unklare Fassung einer Vorschrift zu Meinungsstreitigkeiten und Verunsicherung geführt hat. Das jeweilige Verständnis der Vorschrift wird danach bewertet, wie es sich auf die Interessen der Verbraucher oder Gruppen von Verbrauchern auswirkt. Das Kapitel 4 bewertet dann die Ergebnisse danach, ob die erkannten Defizite durch den Unionsgesetzgeber oder durch andere berufene Stellen wie den Gesetzgebern der Mitgliedstaaten, den Europäischen Datenschutzausschuss oder Datenschutzaufsichtsbehörden beseitigt werden müssen. Soweit der Unionsgesetzgeber zuständig ist, untersucht das Kapitel weiter, ob die Defizite so klar sind, dass sie durch Textänderungen einer Vorschrift behoben werden können, oder ob sie Teil von konzeptionellen Problemen der Datenschutz-Grundverordnung sind, die einer umfassenderen Diskussion bedürfen. Das Kapitel 5 enthält schließlich 33 kon-

krete Formulierungsvorschläge zur aktuellen Verbesserung der Datenschutz-Grundverordnung.

Die Kapitel 5 und 6 widmen sich sodann inhaltlich der zweiten Zielsetzung und untersuchen, wie eine längerfristige inhaltliche Konzeption für die Fortentwicklung der Datenschutz-Grundverordnung und des Datenschutzes aussehen könnte. Kap. 6 greift dabei auch die konzeptionellen Defizite der Verordnung auf, die sich nicht durch eine einfache Textänderung beseitigen lassen, sondern die eine konzeptionelle Neuausrichtung des Datenschutzes benötigen. Das Kapitel 6 bietet zu dieser notwendigen inhaltlichen Diskussion Anregungen und Lösungsansätze. Das Kapitel 7 greift den zweiten Themenkomplex prozedural auf und untersucht, in welchen Prozessen eine Fortentwicklung der Datenschutz-Grundverordnung und des Datenschutzes in der Europäischen Union und in den Mitgliedstaaten erfolgen kann und wer dafür zuständig sein sollte.

Die Kapitel 8 und 9 fassen die Ergebnisse des Gutachtens in deutscher und englischer Sprache zusammen.