

Schriften zum Internationalen Recht

---

Band 226

# Datenschutz im nationalen sowie grenzüberschreitenden Kontext

Zum Erfordernis eines Internationalen Öffentlichen Rechts  
am Beispiel sozialer Netzwerke

Von

Anja Kettgen-Hahn



Duncker & Humblot · Berlin

ANJA KETTGEN-HAHN

Datenschutz im nationalen sowie  
grenzüberschreitenden Kontext

Schriften zum Internationalen Recht

Band 226

# Datenschutz im nationalen sowie grenzüberschreitenden Kontext

Zum Erfordernis eines Internationalen Öffentlichen Rechts  
am Beispiel sozialer Netzwerke

Von

Anja Kettgen-Hahn



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer  
hat diese Arbeit im Jahre 2019 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

D90

Alle Rechte vorbehalten  
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf  
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0720-7646

ISBN 978-3-428-18000-4 (Print)

ISBN 978-3-428-58000-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde 2019 von der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer als Dissertation angenommen.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Professor Dr. Joachim Wieland, LL.M., der die Erstellung dieser Arbeit von Anbeginn an vertrauensvoll begleitet und unterstützt hat. Seine Anregungen haben mich stets motiviert und herausgefordert und prägenden Einfluss auf die Ausgestaltung der Dissertation gehabt.

Professor Dr. Dr. h.c. Jan Ziekow danke ich für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens sowie die lehrreiche Zusammenarbeit am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung.

Mein Interesse an der Thematik wurde in einem datenschutzrechtlichen Seminar an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer geweckt und durch mein LL.M.-Studium im Bereich des US-amerikanischen Verfassungs- bzw. Privacy-Rechts intensiviert. Hierfür möchte ich meinen inspirierenden Lehrern Dr. Stefan Brink sowie Professor Pnina Lahav und Professor Tracey Maclin danken. Dies gilt ebenso für Professor William W. Park, mit dem ich im Bereich International Arbitration zusammenarbeiten durfte und der insbesondere meine Sichtweise auf die internationale Problematik der Anwendbarkeit von Rechtsordnungen geschärft hat.

Meinem Mann und Informatiker Pascal Hahn danke ich für viele interdisziplinäre und oft auch kontroverse Diskussionen zum Thema Datenschutz. Auch meiner Familie und Freunden, die mich über die Jahre in verschiedenster Art unterstützt und bekräftigt haben, möchte ich an dieser Stelle meinen herzlichen Dank aussprechen, Euer Anteil am Gelingen der Arbeit ist groß.

Gewidmet sei dieses Buch meinen beiden Töchtern, die in einer immer weiter digitalisierten und vernetzten Welt aufwachsen.

Während der Stand der Arbeit Februar 2019 ist, wird es spannend bleiben, die weiteren Entwicklungen in diesem zukunftsträchtigen Gebiet der Schnittmenge aus Recht, Technik und Internationalisierung zu beobachten.

Berlin, im Februar 2020

*Anja Kettgen-Hahn*



# Inhaltsverzeichnis

## 1. Teil

<b>Einleitung und Vorgehensweise</b>	17
--------------------------------------	----

## 2. Teil

<b>Ermittlung des anwendbaren Rechts</b>	20
--	----

A. Anwendbarkeit europäischen Datenschutzrechts auf deutsches <i>facebook</i> -Angebot . . .	20
I. Sachlicher Anwendungsbereich, Art. 2 DSGVO . . . . .	20
II. Räumlicher Anwendungsbereich, Art. 3 DSGVO . . . . .	21
1. Art. 3 Abs. 1 DSGVO: Sitzlandprinzip . . . . .	21
a) Niederlassung . . . . .	21
aa) Facebook Germany GmbH . . . . .	21
bb) Facebook Ireland Limited . . . . .	22
b) Verantwortlicher . . . . .	22
aa) Bedeutung der Anbieterstellung . . . . .	23
bb) Entscheidungskompetenz . . . . .	23
cc) Zwischenergebnis . . . . .	25
2. Art. 3 Abs. 2 lit. a DSGVO: Marktortprinzip . . . . .	25
III. Zwischenergebnis . . . . .	27
B. Analyse und Kritik . . . . .	27
C. Dimensionen der Unsicherheit: Resümee und weitere Vorgehensweise . . . . .	30

## 3. Teil

<b>Ermittlung des anwendbaren Rechts mittels Internationalen Öffentlichen Rechts</b>	34
--	----

A. Erfordernis der Schaffung eines dem IPR vergleichbaren Regelungsgefüges für das Öffentliche Recht . . . . .	34
I. Das Grundproblem . . . . .	34
1. Nationale Regelungen als Ausfluss räumlich begrenzter Herrschaftssphäre	35
2. Der Cyberspace: Kein Substitut für ein konkretes Staatsgebiet . . . . .	35



3. Rechtliche Regelung des Cyberspace .....	36
II. Der Faktor „technischer Fortschritt“ .....	37
III. Bedeutung für soziale Netzwerke und Zwischenergebnis .....	38
IV. Zwischenergebnis .....	39
V. Erfordernis gemeinsamer, internationaler Regelungen .....	39
VI. Zwischenergebnis .....	40
B. Möglichkeit kollisionsrechtlicher Regelungen im Öffentlichen Recht .....	41
I. Forschungsstand .....	41
1. Natur und Funktion des IPR .....	41
2. Existenz öffentlich-rechtlicher Kollisionsnormen .....	42
3. Einseitigkeit öffentlich-rechtlicher Kollisionsnormen .....	43
4. Allseitig- bzw. Zweiseitigkeit öffentlich-rechtlicher Kollisionsnormen .....	45
5. Stellungnahme .....	47
a) Zur Ablehnung eines Kollisionsrechts .....	47
b) Zur Einseitigkeit .....	47
c) Zwischenergebnis .....	51
d) Zur All- bzw. Zweiseitigkeit .....	51
e) Zwischenergebnis .....	53
6. Zwischenergebnis und weiteres Vorgehen .....	53
7. Kollisionslage .....	54
a) Kollisionslage im Öffentlichen Recht .....	54
b) Unterschiede zum IPR und Konsequenzen .....	55
c) Zwischenergebnis .....	56
8. Zwischenergebnis .....	56
II. Zwischenergebnis .....	56
C. Internationales Öffentliches Recht (IÖR) .....	56
I. Begrifflichkeit .....	57
II. Definition .....	58
1. Zweck und Funktion des IÖR .....	58
2. Zwischenergebnis .....	59
III. Die rechtliche Einkleidung des IÖR: Möglichkeiten der Gestaltung .....	60
1. Kollisionsrecht .....	60
2. Völkerrechtliche Verträge .....	60
a) Funktionaler Anwendungsbereich völkerrechtlicher Verträge .....	61
b) Eignung des Instruments völkerrechtlicher Vertrag .....	61
3. Zwischenergebnis und weiteres Vorgehen .....	62

D. Herausforderungen und Grenzen der vorgeschlagenen Gestaltungsansätze für ein IÖR	62
I. IÖR in Gestalt kollisionsrechtlicher Regelungen	62
1. Grenzen der Leistungsfähigkeit	62
2. Erfordernis ausländischer Sachnormen	62
3. Erfordernis einer ausdrücklichen kollisionsrechtlichen Regelung	64
4. Zwischenergebnis	65
5. Vereinbarkeit mit Ziel der Harmonisierung der Rechtslage	65
6. Auffang- bzw. Basisfunktion des Kollisionsrechts	66
7. Zwischenergebnis	67
II. IÖR in Gestalt von völkerrechtlichen Verträgen	67
1. Verhältnis zu nationalen Regelungen	67
2. Wirkungsgrad	68
3. Umfang der Verträge	68
4. Stellungnahme und Zwischenergebnis	69
III. Herausforderungen bei der Ausgestaltung des IÖR	69
1. Rechtspolitische Grenzen und Akzeptanz	69
2. Ordre public-Vorbehalt	70
a) Bei Ausgestaltung als Kollisionsrecht	70
b) Bei Ausgestaltung mittels völkerrechtlicher Verträge	71
3. Clausula rebus sic stantibus: Anpassungsvorbehalt	73
IV. Zwischenergebnis	74
E. Konkrete Anforderungen an die möglichen Gestaltungsansätze des IÖR	74
I. Ausgestaltung als Kollisionsrecht	74
1. Regelungsmaterie	74
2. Anknüpfungspunkte und Territorialitätsprinzip	75
a) Anknüpfungspunkte des IPR	75
b) Übertragbarkeit auf IÖR	76
c) Territoriale Anknüpfung	76
aa) Territorialitätsprinzip	76
bb) Territoriale Anknüpfung im IÖR	77
3. Erfordernis weiterer Anknüpfungspunkte	77
4. Staatsangehörigkeit	78
a) Das passive Personalitätsprinzip	78
b) Das aktive Personalitätsprinzip	79
c) Eingeschränktes aktives Personalitätsprinzip	82
d) Zwischenergebnis	83
5. Domizilprinzip	84
a) Aktives Domizilprinzip	84
b) Passives Domizilprinzip	85

6. Rechtswahl	86
7. Auswirkungsprinzip	86
8. Schutzprinzip	88
9. Universalitäts- bzw. Weltrechtsprinzip	88
a) Klassisches Verständnis	88
b) Begrenztes Weltrechtsprinzip	89
c) Zwischenergebnis	90
10. Zwischenergebnis	90
11. Kollisionsrechtliche Anknüpfung von Online-Sachverhalten	90
a) Kombination klassischer und Schaffung internetspezifischer Anknüpfungspunkte	91
b) Kombination der Anknüpfungspunkte Auswirkungs- und Schutzprinzip	92
aa) Einzelfallspezifische Prüfung	92
bb) Zwischenergebnis	93
cc) Grenzen und Probleme dieses Ansatzes	94
12. Internetspezifische Anknüpfungspunkte	94
a) Sendelandprinzip und Internet: Abstellen auf Serverstandort?	94
b) Empfangslandtheorie bzw. „Bogsch-Theorie“	98
c) Zwischenergebnis zu internetspezifischen Anknüpfungspunkten	99
13. Anknüpfungspunkte: Zwischenergebnis und Stellungnahme	100
14. Rechtsstaatliche Geeignetheit eines Anknüpfungspunktes	100
a) Problem: Entstehen von Zuständigkeitskonkurrenzen	101
b) Vermeidung und Auflösung der Zuständigkeitskonkurrenz	101
c) Zwischenergebnis	102
d) Folgeproblem: Durchsetzung von Hoheitsakten	103
e) Zwischenergebnis	104
15. Weitere Besonderheiten der rechtlichen Ausgestaltung: Vorbehalt des Gesetzes und Demokratieprinzip	104
a) Demokratieprinzip	104
b) Vorbehalt des Gesetzes	105
16. Zwischenergebnis zur kollisionsrechtlichen Ausgestaltung	106
17. Für und Wider eines IÖR in kollisionsrechtlicher Gestalt	106
18. Ergebnis zum kollisionsrechtlichen Ansatz	107
II. Ausgestaltung mittels völkerrechtlicher Verträge	107
1. Ausrichtung und Vorteile der völkervertraglichen Gestaltung	108
a) Regelungsweite der Verträge	108
b) Bestimmtheit	109
2. Vorteile völkervertraglicher Anknüpfungspunkte	110
3. Zwischenergebnis	111
4. Rechtliche Rahmenbedingungen	111

5. Zwischenergebnis ..... 112

III. Kombinierte Variante ..... 112

1. Schwächen und Ausgleich bei rein völkerrechtlicher Regelung ..... 112

2. Schwächen und Ausgleich bei rein kollisionsrechtlicher Regelung ..... 112

3. Kombination und Wechselspiel der Gestaltungsansätze ..... 114

4. Die Kombinierte Variante: Dreistufiges System aus zwei Grundkomponenten 114

    a) Bedeutung der Einteilung in Stufen ..... 115

    b) Erste Prioritätsstufe ..... 116

        aa) Umfassende gemeinsame Regelungen ..... 116

        bb) Völkervertragliche Kollisionsregeln gegenüber Nichtvertragsstaaten 116

    c) Zweite Prioritätsstufe ..... 117

        aa) Völkervertragliche Kollisionsnormen mit inter partes-Wirkung ..... 117

        bb) Völkervertragliche Kollisionsnormen mit Drittwirkung ..... 117

        cc) Folgen kollisionsrechtlicher Vereinbarungen ..... 118

    d) Dritte Prioritätsstufe ..... 118

        aa) Auffangfunktion ..... 118

        bb) Basisfunktion ..... 119

        cc) Zwischenergebnis ..... 119

        dd) Buch ähnlich dem IPR-Teil des EGBGB ..... 120

            (1) Herausforderungen und Vorteile ..... 120

            (2) Stellungnahme ..... 120

5. Die Kombinierte Variante: Konflikte und systemorientierte Lösung ..... 121

    a) Problemaufriss ..... 121

        aa) Zulässigkeit eines Treaty Override ..... 122

        bb) Abwägungsentscheidung zur verfassungsrechtlichen Einordnung eines Treaty Overrides ..... 127

        cc) Stellungnahme ..... 129

            (1) Gewichtung von Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip ..... 129

            (2) Nichtanwendbarkeit des *lex-posterior*-Satzes? ..... 130

            (3) Zusammenfassende Betrachtung des Beschlusses ..... 131

    b) Zwischenergebnis ..... 131

    c) Bedeutung der Ergebnisse für das System der Kombinierten Variante .... 132

IV. Zwischenergebnis ..... 133

4. Teil

**Das IÖR in Form der Kombinierten Variante** 134

A. Ein Allgemeiner Teil für das „System IÖR“ ..... 134

    I. Abschluss eines völkerrechtlichen Grundlagenvertrages ..... 134

II. Festlegung der Struktur .....	135
III. Bestimmtheitsgebot .....	136
IV. Ordre public .....	136
V. Inhaltlicher Teil des AT: Regelungsbereich des IÖR .....	137
1. Staats- und Verfassungsrecht .....	137
a) (Internationales) Staatsrecht .....	137
b) Grundrechtskollisionsrecht .....	138
aa) Möglichkeit und Grenzen .....	139
bb) Vorteile .....	140
cc) Filter der Völkerrechtskonformität und Wirkungsgrad der Grundrechte	141
dd) Besonderheiten und Funktion eines Grundrechtskollisionsrechts .....	142
c) Zwischenergebnis zum Grundrechtskollisionsrecht .....	143
2. Zwischenergebnis .....	143
3. Verwaltungsrecht .....	143
a) Erforderlichkeit eines Internationalen Verwaltungsrechts .....	144
aa) Bereichsausnahmen und Konsequenzen .....	144
bb) Staatliche Schutzfunktion und Bereichsausnahmen: Ein Beispiel. ....	145
(1) Völkervertragliche Berücksichtigung des Schutzauftrages .....	146
(2) Zwischenergebnis .....	147
(3) Kollisionsrechtliche Berücksichtigung des Schutzauftrages .....	147
(4) Zwischenergebnis .....	148
cc) Regelungsgestaltung .....	148
(1) Nationales öffentlich-rechtliches Kollisionsrecht .....	148
(2) Völkerrechtliche Verträge .....	149
(3) Zwischenergebnis .....	150
b) Zwischenergebnis .....	150
B. Geltungsbereich des IÖR .....	150
C. Durchführung: Neue Verwaltungsstrukturen .....	151
D. Ergebnis zum System der Kombinierten Variante .....	151
E. IÖR und Soziale Online-Netzwerke – Aufgabenbewältigung mittels kombinierter Variante des IÖR .....	152
I. Völkervertragliche Regelung und Recht auf informationelle Selbstbestimmung	153
II. Zwischenergebnis .....	154
F. Ergebnis .....	154

## 5. Teil

**Verfassungsrechtliche sowie politische Dimensionen  
der Umsetzung des IÖR**

156

A. Erfordernis neuer Verwaltungsstrukturen für grenzüberschreitende Rechtsräume . . . .	157
B. Ausgestaltung der neuen Verwaltungsstrukturen und Rechtsweg . . . . .	158
I. Behörden: Nationale und Gemeinsame? . . . . .	158
II. Zwischenergebnis . . . . .	159
III. Inter-/nationale behördliche Kompetenzen und Zusammenarbeit . . . . .	159
1. Umsetzung gemeinsamer Regelungen . . . . .	160
a) Gemeinsame, internationale Behörde . . . . .	160
aa) Verwaltungshandeln . . . . .	160
(1) Grundsätzliche verfassungsrechtliche Möglichkeit der Kompe- tenzübertragung . . . . .	160
(2) Übertragung von Hoheitsrechten auf eine zwischenstaatliche Ein- richtung gem. Art. 24 Abs. 1 GG und Möglichkeit der vertikalen Öffnung des deutschen Rechtsraumes . . . . .	161
(a) Anwendbarkeit des Art. 24 GG . . . . .	161
(b) Kompetenzübertragung und Mitwirkungsberechtigung . . . . .	162
(3) Öffnung des Staates und Bedeutungsverlust der nationalen Parla- mente . . . . .	164
(a) Ausgangslage . . . . .	164
(b) Legitimation der Regierungsvertreter in supranationalen Ein- heiten . . . . .	166
(4) Bedeutung der Lissabon-Entscheidung für die Installation einer supranationalen, gemeinsamen Behörde im System der Kombi- nierten Variante . . . . .	168
(5) Zwischenergebnis . . . . .	169
bb) Vorteile einer gemeinsamen Sachentscheidungsbehörde . . . . .	169
cc) Vollstreckung . . . . .	170
dd) Kooperationsverhältnis . . . . .	173
b) Zwischenergebnis . . . . .	174
c) Alternative: Nationale Sachentscheidungs- und Vollstreckungsbehörde . . . . .	174
2. Zwischenergebnis . . . . .	175
IV. Rechtsweg . . . . .	175
1. Nationale oder Internationale Beschwerdestelle? . . . . .	176
2. Internationale Beschwerdebehörde und internationales Gericht . . . . .	176
3. Internationales Gericht: „ <i>International Court of Public Law</i> “ . . . . .	177
4. Verfahrensrechtlicher Rahmen für das IÖR . . . . .	179
5. Bedeutung für den Datenschutz im Internet: Der <i>Cybercourt</i> . . . . .	180
V. Nutzer-Partizipation und ergänzende nichtstaatliche Aufsicht . . . . .	180

C. Ergebnis .....	183
-------------------	-----

### *6. Teil*

<b>Anwendbares Recht bei aus Deutschland abrufbaren Web-Angeboten und dessen Durchsetzung nach aktueller Rechtslage</b>	185
A. Anwendbarkeit der DSGVO nach geltendem Recht: Die Ausgangslage .....	185
B. Unabdingbarkeit datenschutzrechtlicher Vorschriften, Art. 3, 6, 9 Rom-I-VO .....	186
I. Verbrauchervertrag gem. Art. 6 Rom-I-VO .....	186
II. Eingriffsnormen gem. Art. 9 Abs. 1 Rom-I-VO .....	187
C. Zwischenergebnis .....	188
D. Probleme der Durchsetzbarkeit der DSGVO nach aktueller Rechtslage .....	189
I. Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde .....	189
II. Durchsetzung von Anordnungen gegen nicht-EU Unternehmen im Ausland ...	190
1. Vertreter gem. Art. 27 DSGVO .....	190
2. Rechtshilfeersuchen .....	191
3. „Naming and Shaming“ – Ausübung politischen oder öffentlichen Drucks ..	192
4. Zwischenergebnis .....	193
E. Ergebnis .....	194

### *7. Teil*

<b>Wirksamkeit der Einwilligung</b>	195
A. Nutzungsbedingungen und Datenrichtlinien: Wirksamkeit der Einwilligung .....	195
I. Einwilligung und Recht auf informationelle Selbstbestimmung .....	195
II. Freiwillige und informierte Einwilligung, Art. 4 Nr. 11, Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a und Art. 7 DSGVO .....	195
1. Freiwillig .....	196
2. Informiert .....	196
3. Zwischenergebnis .....	197
III. Zwischenergebnis .....	197
IV. Einwilligung Minderjähriger .....	198
B. Ergebnis .....	198

*8. Teil*

<b>Konsequenzen der Unwirksamkeit der Einwilligung</b>	199
A. Rechtliche Folgen .....	199
I. Ordnungsrechtliche Maßnahmen und ihre Grenzen .....	199
II. Abhilfe durch Überarbeitung der Nutzungsbedingungen? .....	200
B. Alternativen zu auf Nutzungsbedingungen basierender Einwilligung .....	200
I. Ziel .....	200
II. EURRA als Alternative zu Nutzungsbedingungen .....	202
III. Zwischenergebnis .....	204
IV. IÖR und EURRA .....	204
V. Zwischenergebnis .....	206
VI. Umsetzung des nutzerorientierten Ansatzes .....	206
C. Ergebnis .....	207

*9. Teil*

<b>Ausblick und Entwicklungen</b>	208
-----------------------------------	-----

*10. Teil*

<b>Ergebnis</b>	211
<b>Anhang I</b> .....	215
<b>Anhang II</b> .....	216
<b>Anhang III</b> .....	217
<b>Anhang IV</b> .....	218
<b>Anhang V</b> .....	219
<b>Anhang VI</b> .....	220
<b>Anhang VII</b> .....	221
<b>Anhang VIII</b> .....	223
<b>Anhang IX</b> .....	226



<b>Literaturverzeichnis</b> .....	232
I. Literatur .....	232
II. Internetquellenverzeichnis .....	268
III. Internetquellen ohne Verfasserangabe (o.V.) .....	272
IV. Dokumente von EU-Organen und internationalen Organisationen und Gerichten	273
V. Anhänge .....	274
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	275

## 1. Teil

# Einleitung und Vorgehensweise

Soziale Netzwerke sind aus dem alltäglichen Leben zwischenzeitlich nicht mehr wegzudenken. Alleine in Deutschland sind über 30 Millionen<sup>1</sup> Menschen Mitglied einer solchen „Online-Community“. Bei der Entscheidung für ein bestimmtes Netzwerk steht zumeist im Vordergrund zu welchen Zwecken – beruflich oder privat – es genutzt werden soll, oder in welchem Netzwerk mit den meisten Bekannten – abhängig von z. B. Status als Schüler, Student oder Berufstätiger<sup>2</sup> – zu rechnen ist. Bei alledem gerät allerdings die Frage nach den Bedingungen, unter denen das Netzwerk zur Nutzung angeboten wird, zumeist in den Hintergrund. Und dies, obwohl sich die Nutzer angesichts der bei der Nutzung stattfindenden Preisgabe persönlicher Daten doch sehr genau darüber im Klaren sein sollten, wie diese weiterverwendet werden und wer Zugriff auf sie hat. Hiervon kann es abhängen, ob und wo ihre Daten nach Eingabe in das ausgewählte Netzwerk darüber hinaus auch im World Wide Web aufzufinden sind. Eine besondere Rolle spielen hierbei sowohl netzwerkinterne Apps als auch externe Suchmaschinen. Diesen wird oftmals durch bereits vom Anbieter gesetzte bzw. für den Nutzer nicht durchschaubare, datenschutzrelevanten Einstellungen in den Nutzerkonten der Zugriff auf Nutzerdaten erlaubt, während der Nutzer selbst seine Daten in dem vermeintlich sicheren, abgeschlossenen Raum des sozialen Netzwerkes wähnt. Das Ausmaß der Abrufbarkeit solcher Daten durch Dritte ist eindrucksvoll durch den Fall „*Cambridge Analytica*“ zu Tage getreten. Dort hatten 270.000 Nutzer an einer Umfrage auf Facebook teilgenommen und es der ausführenden App namens „*thisisyourdigitallife*“ erlaubt auf Profildaten und Informationen von Freunden zuzugreifen, falls diese nicht der Weitergabe solcher Daten zuvor widersprochen hatten<sup>3</sup>. Auf diese Weise gelang es *Cambridge Analytica* Zugang zu rund 87 Millionen Nutzerprofilen zu erhalten<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Vgl. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/37545/umfrage/anzahl-der-aktiven-nutzer-von-facebook/>, Stand: 2. Quartal 2018. Vgl. zu *facebook* und XING: <http://bit.ly/1cbj3zx> sowie <https://recruiting.xing.com/de/daten-und-fakten/>, alle zuletzt abgerufen am 14.09.2018.

<sup>2</sup> Zum Spektrum der sozialen Netzwerke vgl. *Birk/Wegener*, Von Facebook bis X(ing), in: DuD 2010, S. 435, 435; *Scheddin*, Networking, S. 66.

<sup>3</sup> Vgl. beispielhaft Anhang I; vgl. a. *Schaar*, Cambridge Analytica, zuletzt abgerufen am 24.03.2018 unter <https://www.eaid-berlin.de/?p=2021>; *Decker/Bernau*, Datenskanal, zuletzt abgerufen am 23.03.2018 unter: <https://bit.ly/2DP4rFY>.

<sup>4</sup> Vgl. Facebook to contact 87 million users affected by data breach, in: The Guardian, zuletzt abgerufen am 15.06.2018, unter: <https://bit.ly/2qixVqL>; *Kang/Frenkel*, Facebook Says Cambridge Analytica Harvested Data of Up to 87 Million Users, in: NY Times, zuletzt abgerufen am 15.06.2018, unter: <https://nyti.ms/2IuGhDr>; *Chadwick*, How many people had their

Daher sollten sich künftige Nutzer zur Klärung zumindest dieser Kernfragen mit den Allgemeinen Nutzungsbedingungen bzw. Geschäftsbedingungen der Anbieter auseinandersetzen, denen sie zum Abschluss des Registrierungs Vorganges zustimmen müssen, um das Angebot tatsächlich nutzen zu können. Doch ob sie dies tun oder nicht, steht letztlich in der Verantwortung eines jeden Einzelnen<sup>5</sup>.

Unabhängig davon stellt sich die Frage, ob durch die Zustimmung zu den Nutzungsbedingungen überhaupt eine wirksame Einwilligung im Sinne der Artikel 4 Nr. 11, Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a und Art. 7 Europäischen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) erteilt werden kann. Eine solche ist stets erforderlich, wenn es um den Umgang mit personenbezogenen Daten geht und es für diesen keine gesetzliche Grundlage gibt, die dies bereits erlaubt, vgl. Art. 6 DSGVO.

Sinn und Zweck der genannten Regelungen ist es, den Einzelnen vor der Beeinträchtigung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts, welches durch den Datenumgang in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen sein könnte, zu schützen. Eine wirksame Einwilligung kann unter dieser Prämisse nur durch einen umfassend informierten Rechtsträger erteilt werden, denn nur ein solcher kann selbstbestimmt entscheiden. Er muss daher über alle relevanten Umstände in Kenntnis gesetzt werden, damit seine Einwilligung im Lichte des Schutzzwecks der DSGVO Bestand haben kann. Dies erscheint im Hinblick auf die Ausgestaltung der von den Betreibern der sozialen Netzwerke gestellten Nutzungsbedingungen fraglich. Aus ihnen müssten sich nämlich eben jene Umstände eindeutig ergeben. Erhebliche Zweifel an dieser Erkennbarkeit, die voraussetzt, dass dem Nutzer die tatsächliche Reichweite der von ihm zu erteilenden Einwilligung bewusst ist, drängen sich jedoch insbesondere im Hinblick auf Umfang und Komplexität der Nutzungsbedingungen auf.

Es wird daher die Wirksamkeit der bei Eröffnung eines Nutzerkontos erteilten Einwilligung auf den Prüfstand gestellt, wobei dies am Beispiel des mit weltweit rund 2,27 Milliarden aktiven Nutzern<sup>6</sup> größten amerikanischen sozialen Netzwerkes erfolgt: *facebook*.

Der Analyse der Wirksamkeit der Einwilligung geht ein weiterer Teil voran, in welchem ermittelt wird, welches Recht anwendbar ist, wenn ein amerikanischer Plattformanbieter seine Dienstleistung im Inland bzw. in der Europäischen Union anbietet. Dabei wird konkret der kollisionsrechtlichen Vorfrage der Anwendbarkeit der DSGVO auf Sachverhalte, die sich aus dem von *facebook* bereitgestellten Angebot ergeben, nachgegangen. Problematisch ist dies insbesondere, da *facebook*

---

data harvested by Cambridge Analytica?, abgerufen unter <https://bit.ly/2LWUw6J>, zuletzt am 15.06.2018; Bt.-Drs. 19/2552 v. 6.6.2018, S. 1.

<sup>5</sup> Vgl. *Karg/Fahl*, Rechtsgrundlagen für den Datenschutz in sozialen Netzwerken, in: KuR 2011, S. 453, 455; *Schmidt/Cohen*, Vernetzung der Welt, S. 84.

<sup>6</sup> Stand: 3. Quartal 2018, zuletzt abgerufen am 02.02.2019, unter: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/37545/umfrage/anzahl-der-aktiven-nutzer-von-facebook/>; vgl. a. *Karg/Fahl*, Rechtsgrundlagen für den Datenschutz in sozialen Netzwerken, in: KuR 2011, 453, 453.

sowohl eine deutsche GmbH, eine irische Limited als auch eine amerikanische Incorporated betreibt, die grundsätzlich alle als datenschutzrechtlich Verantwortlicher im Sinne des Art. 3 i.V.m. Art. 4 Ziff. 7 DSGVO in Betracht kommen.

Ein weiterer Untersuchungsschwerpunkt wird in diesem Zusammenhang auf die Bedeutung des Territorialitätsprinzips gelegt. Denn die Ausgestaltung der Regelungen der DSGVO kann nicht nur zu schwierigen rechtlichen Einordnungsproblemen führen, sondern zeigt auch die Grenzen des durch europäisches bzw. deutsches Recht vermittelbaren Schutzes auf. Dieser beschränkt sich nämlich – anders als beim Privatrecht – auf das jeweilige Staats- bzw. Staatenverbundsgebiet. Denn nationale bzw. europäische öffentlich-rechtliche Regelungen werden grundsätzlich durch die (Mitglieds-)Staaten durchgesetzt, wozu diese jedoch nur auf ihrem Hoheitsgebiet befugt sind. Daher wird im Folgenden erörtert, ob zur Handhabung grenzüberschreitender Materie auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ein Erfordernis dafür besteht, Regelungen zu schaffen, die denen des Internationalen Privatrechts vergleichbar sind. Hierbei wird unter dem Begriff des Internationalen Öffentlichen Rechts auf die Bedeutung und die grundsätzliche Möglichkeit bzw. Vereinbarkeit solcher Regelungen mit dem Territorialitätsprinzip eingegangen. Darüber hinaus werden verschiedene Möglichkeiten der rechtlichen Einkleidung solcher Regelungen diskutiert sowie deren Systematisierung unter der Prämisse ihrer möglichst effektiven Durchsetzbarkeit vorgeschlagen.

Soweit die Anwendbarkeit der DSGVO bejaht werden kann, wird geklärt, inwiefern diese auch tatsächlich durchsetzbar ist. Problematisch ist dies insbesondere, wenn der datenschutzrechtlich Verantwortliche nicht in der Europäischen Union niedergelassen ist. Zwar kann dennoch nach Art. 3 Abs. 2 DSGVO europäisches Recht anwendbar sein. Dies sagt aber noch nichts über die Möglichkeiten zur Vollstreckung in einem Drittland und die Bedeutung der Rolle des in der Union zu bestellenden Vertreters nach Art. 27 DSGVO hierbei aus.

Im Anschluss erfolgt die Prüfung der Wirksamkeit der Einwilligung. Hiernach wird ebenso auf die Konsequenzen eingegangen, die eine potenziell unwirksamen Einwilligung für Betreiber und Nutzer nach sich zöge, als auch darauf, wie die der Einwilligung zu Grunde liegenden Nutzungsbedingungen ausgestaltet werden müssten, damit die Nutzer datenschutzrechtlich wirksam in sie einwilligen können. In diesem Zusammenhang wird auch erörtert, welche Anforderungen an den Anbieter bei der Gestaltung der Plattform auf system-technischer Seite gestellt werden müssen. Um eine nicht nur recht- sondern auch zeitgemäße Lösung zu finden erfolgt beides jeweils unter Berücksichtigung der zunehmend aktiveren Rolle des Nutzers in der heutigen „Shareconomy“, die einen Trend hin zum bewussten und gewollten Teilen von Daten aufzeigt<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Vgl. a. Leitthema CeBit „Shareconomy“, zuletzt abgerufen am 13.09.2018, unter: <https://bit.ly/2MplUI9>; *Bahrke*, Umgang mit privaten Daten, S. 11; *Kühnl*, Persönlichkeitsschutz 2.0, S. 46; vgl. a. *Pennington*, Sharing Economy, zuletzt abgerufen am 13.09.2018 unter: <http://bit.ly/2eB7Uhd>; *Dannhäuser*, Social Media, S. 260; BITKOM Studie 2013, „Das Internet schafft eine Kultur des Teilens“, zuletzt abgerufen am 13.09.2018, unter: <https://bit.ly/2DUM5IB>.

## 2. Teil

# Ermittlung des anwendbaren Rechts

Um die Wirksamkeit der bei Eröffnung eines Nutzerkontos erteilten Einwilligung prüfen zu können, muss zunächst geklärt werden, welche Rechtsordnung hierbei maßgeblich ist. Denn die meisten sozialen Netzwerke werden nicht von deutschen oder europäischen, sondern von amerikanischen oder anderen nicht-europäischen Unternehmen betrieben. Es könnte daher grundsätzlich auch deren Rechtsordnung zur Anwendung berufen sein. An diesen Gedanken anknüpfend stellt sich zum einen die Frage, ob bzw. wann deutsches oder europäisches Datenschutzrecht überhaupt zu berücksichtigen ist, und ob es erforderlich ist, zur Vereinfachung der Beantwortung dieser Frage einen neuen Lösungsansatz zu entwickeln.

## A. Anwendbarkeit europäischen Datenschutzrechts auf deutsches *facebook*-Angebot

Entscheidend für die Frage der Anwendbarkeit europäischen Datenschutzrechts ist seit dem 25.05.2018, ob der sachliche und räumliche Anwendungsbereich der Europäischen Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)<sup>1</sup> eröffnet ist. Dies wird anhand des Musterbeispiels eines international agierenden Unternehmens, nämlich *facebook*, untersucht.

### I. Sachlicher Anwendungsbereich, Art. 2 DSGVO

Die DSGVO ist nach deren Art. 2 Abs. 1 dann anwendbar, wenn eine „ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten [...]“ vorliegt. Diese offene Formulierung der automatisierten Verarbeitung erfasst neben der klassischen Nutzung eines Computers, auch künftige technologische Neuerungen<sup>2</sup>. Verarbeitet werden müssen sodann personenbezogene Daten. Dies sind nach Art. 4 Ziff. 1 DSGVO solche „Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare Person beziehen [...]“. *Facebook* erhebt unter Verwendung von Compu-

---

<sup>1</sup> Vgl. im Weiteren zu rechtlichen Abkürzungen *Kirchner/Hildebert*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache.

<sup>2</sup> Vgl. Kühling/Buchner/Kühling/Raab, DS-GVO, Art. 2 Rn. 15; vgl. a. Erwägungsgrund 15 zur DSGVO.