

Alwine Henning
Laura Klein
Bevollmächtigte der französischen Regierung

04.01.2017

**An den Gerichtshof der Europäischen Union in der Verwaltungs-
streitsache BVerwG 1 C 28.14**

Betreffend des Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art. 267 AEUV, eingereicht als Beschluss durch das Bundesverwaltungsgericht der Bundesrepublik
Deutschland

Stellungnahme der Republik Frankreich zu den folgenden Fragen des verwaltungsrechtlichen Beschlusses:

1. Ist Art. 2 Buchst. d) RL 95/46/EG dahin auszulegen, dass er Haftung und Verantwortlichkeit für Datenschutzverstöße abschließend und erschöpfend regelt oder verbleibt im Rahmen der "geeigneten Maßnahmen" nach Art. 24 RL 95/46/EG und der "wirksame[n] Eingriffsbefugnisse" nach Art. 28 Abs. 3 Spiegelstrich 2 RL 95/46/EG in mehrstufigen Informationsanbieterverhältnissen Raum für eine Verantwortlichkeit einer Stelle, die nicht im Sinne des Art. 2 Buchst. d) RL 95/46/EG für die Datenverarbeitung verantwortlich ist, bei der Auswahl eines Betreibers für sein Informationsangebot?

Besonders relevant für die Beantwortung der ersten Frage ist die genaue Definition der „Verarbeitung personenbezogener Daten“, insbesondere in Bezug auf Haftung und Verantwortlichkeit im Falle etwaiger Datenschutzverstöße. Es ist zu klären, ob die Verantwortung bei Facebook oder bei der Klägerin, welche eine Fanpage auf der eben genannten Seite betreibt, liegt.

Grundsätzlich kann für die ausschließliche Verarbeitung auch nur der verantwortlich gemacht werden, der wirklich in Berührung mit den Daten kommt und die Möglichkeit zum Einfluss auf die Datenverarbeitung hat. Das wäre in diesem Falle Facebook, da die Klägerin ausschließlich Zugang zu anonymisierten und bereits verarbeiteten Datensätzen hat, welche ihnen Auskunft über das Nutzungsverhalten der Besucher ihrer Fanpage geben. Auf diese sogenannten „Insights“ hat der Fanpagebetreiber keinerlei Einfluss, er kommt mit den Daten auch unter keinen Umständen vor ihrer Anonymisierung in Kontakt.

Fraglich ist, ob eventuell ein eigener Geschäftszweck des Fanpagebetreibers als Anknüpfungspunkt für eine datenschutzrechtliche Mitverantwortung nach §3 BDSG dienen kann. Die RL 95/46/EG ist in Art. 2 diesbezüglich offener gefasst, bei einer richtlinienkonformen Auslegung des BDSG (welches die Implementierung der genannten Richtlinie in nationales Recht darstellt) ist also auch nach deutschem Recht zumindest eine Mitverantwortlichkeit denkbar. Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Bundesrepublik Deutschland deutet in eine Richtung, nach der bei, wie auch hier vorliegend, mehrstufigen Informationsanbieterverhältnissen wenigstens eine Mitverantwortlichkeit nicht ausgeschlossen werden kann.

Auch wenn der Fanpagebetreiber keinen Zugriff auf die von Facebook erhobenen Nutzungsdaten hat, so ist doch eine Verfügungsmöglichkeit bezüglich der Daten gegeben, die Nutzer in Form von Kommentaren oder Beiträgen auf der Facebookfanpage der

Klägerin hinterlassen. Allerdings sind die Inhaltsdaten auf den Fanpages eine grundsätzliche Voraussetzung für die von Facebook erhobenen Nutzungsdaten. Somit kann man diese Überlegung in Erwägung ziehen, sie tut allerdings bei der Beantwortung der Vorlagefrage grundsätzlich nichts zur Sache, da die Nutzungsdaten unabhängig von jeglichen anderen personenbezogenen Daten erhoben werden.

Letztlich bleibt die Beteiligung eines Fanpagebetreibers hinter einer relevanten rechtlichen Verantwortung zurück, insbesondere der tatsächliche Einfluss auf die Nutzungsdaten ist einfach zu gering. Die Klägerin hat bezüglich der „Insights“ höchstens rein subjektive Intentionen, es sind aber keine objektiv festlegbaren Handlungen oder Geschehnisse festzustellen. Somit ist eine Verantwortung der Klägerin bezüglich der Verarbeitung der personenbezogenen Daten abzulehnen.

2. Folgt aus der Pflicht der Mitgliedstaaten nach Art. 17 Abs. 2 RL 95/46/EG, bei der Datenverarbeitung im Auftrag vorzuschreiben, dass der für die Verarbeitung Verantwortliche einen "Auftragsverarbeiter auszuwählen hat, der hinsichtlich der für die Verarbeitung zu treffenden technischen Sicherheitsmaßnahmen und organisatorischen Vorkehrungen ausreichend Gewähr bietet", im Umkehrschluss, dass bei anderen Nutzungsverhältnissen, die nicht mit einer Datenverarbeitung im Auftrag im Sinne des Art. 2 Buchst. e) RL 95/46/EG verbunden sind, keine Pflicht zur sorgfältigen Auswahl besteht und auch nach nationalem Recht nicht begründet werden kann?

Die zweite Frage zielt darauf ab, ob eine Pflicht der Mitgliedsstaaten nach Art. 17 I RL 94/46/EG dahingehend besteht, bei einer Datenverarbeitung ohne Auftrag, ebenso wie bei einer Konstellation mit Auftragsverhältnis, die Unternehmen zur sorgfältigen und Sicherheitsmaßnahmen berücksichtigenden Auswahl bezüglich einer Plattform zu verpflichten.

Vom Bundesverwaltungsgericht der Bundesrepublik Deutschland wird ein Auftragsverhältnis in der vorliegenden Rechtssache zwar eindeutig abgelehnt, grundsätzlich wird diese Frage jedoch im Schrifttum unterschiedlich beurteilt. Da aber jedenfalls – unabhängig von der Frage nach dem Bestehen eines Auftragsverhältnisses – sensible Daten schützenswert sind und die Vorlagefrage in gestellter Form zu beantworten ist, kann diese Diskussion dahinstehen und ein fehlendes Auftragsverhältnis angenommen werden.

Grundsätzlich kann man die Überlegung anstellen, dass ja beiden Parteien in einem Auftragsverhältnis mehr Gestaltungsmöglichkeiten und eine stärkere Kontrolle in der Ausgestaltung ihrer Beziehung haben. Bei einem Vertrag der nur durch die Akzeptierung von Nutzungsbedingungen zustande kommt, ist diese Kontrolle der genauen Verhältnisse nicht möglich. Auch wenn eine Anonymisierung der Daten durch Facebook erfolgt, so gibt es aber doch geringere Kontrollmöglichkeiten durch den Informationsanbieter. Das spricht eigentlich dafür, dass hier erst Recht die genutzte Plattform mit großer Sorgfalt ausgesucht werden sollte. Die personenbezogenen Daten werden ja nicht durch ein fehlendes Auftragsverhältnis weniger schützenswert, der Konsument ist gegebenenfalls in seinen Rechten auf

- (1) einen wirksamen und umfassenden Schutz des Rechts auf die Privatsphäre aus Art. 8 EMRK,
- (2) die Achtung seines Privatlebens aus Art. 7 GRC,
- (3) sowie in seinem durch Art. 8 GRC gewährleisteten Grundrechts auf Schutz personenbezogener Daten verletzt.

Ein so grundrechtsnahes Thema kann jedoch nicht wegen des simplen Fehlens eines als Auftrag gestalteten Vertrags der staatlichen Kontrolle hinsichtlich eines gewissenhaften Umgangs mit Nutzungsdaten entzogen werden. In gewisser Weise wäre dies auch eine Erleichterung der Prozesse zugunsten der Informationsanbieter und auf Kosten der Verbraucher. Hier stellt sich die Grundsatzfrage, ob denn dies mit der stark verbraucherfreundlichen Linie in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zusammenpassen kann.

Auch ist fraglich, ob bei einer Vorlagefrage an den EuGH Maßstäbe des deutschen Zivilrechts zum Vorliegen eines Auftragsverhältnisses angelegt werden können.

Zuletzt sollte noch erwähnt sein, dass Informationsanbieter wie die Klägerin aus den „Insights“ erheblichen Nutzen ziehen: Würden sie eine entsprechende Informationserhebung über ihre potentiellen Kunden bei einem anderen Anbieter durchführen wollen, wäre das für sie nur mit erheblichem Zeit- und Kostenaufwand möglich. Es kommt also ihrerseits zu erheblichen Kosteneinsparungen im Marketing-, PR- und Marktforschungsbereich.

In Anbetracht dieser starken Argumente spricht sich die französische Regierung dafür aus, den Mitgliedstaaten und ihren Kontrollstellen mindestens eine Kontroll- und Verpflichtungsmöglichkeit hinsichtlich der sorgfältigen Auswahl in mehrstufigen Informationsanbieterverhältnissen ohne Auftragsverhältnis zu gewähren.

3. Ist in Fällen, in denen ein außerhalb der Europäischen Union ansässiger Mutterkonzern in verschiedenen Mitgliedstaaten rechtlich selbständige Niederlassungen (Tochtergesellschaften) unterhält, nach Art. 4, Art. 28 Abs. 6 RL 95/46/EG die Kontrollstelle eines Mitgliedstaates (hier: Deutschland) zur Ausübung der nach Art. 28 Abs. 3 RL 95/46/EG übertragenen Befugnisse gegen die im eigenen Hoheitsgebiet gelegene Niederlassung auch dann befugt, wenn diese Niederlassung allein für die Förderung des Verkaufs von Werbung und sonstige Marketingmaßnahmen mit Ausrichtung auf die Einwohner dieses Mitgliedstaates zuständig ist, während der in einem anderen Mitgliedstaat (hier: Irland) gelegenen selbständigen Niederlassung (Tochtergesellschaft) nach der konzerninternen Aufgabenverteilung die ausschließliche Verantwortung für die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten im gesamten Gebiet der Europäischen Union und damit auch in dem anderen Mitgliedstaat (hier: Deutschland) obliegt, wenn tatsächlich die Entscheidung über die Datenverarbeitung durch den Mutterkonzern getroffen wird?

Bei der dritten Frage ist zu beantworten, ob es nur möglich ist, den Tochterkonzern (hier Facebook Ireland Ltd.) zu belangen, der von sich selbst behauptet für die Datenverarbeitung innerhalb der EU die Verantwortung zu tragen, wenn doch tatsächlich die relevanten Entscheidungen im Mutterkonzern außerhalb der EU (ansässig in den USA) getroffen werden, oder kann in diesem Fall auch gegen den im eigenen Land ansässigen Tochterkonzern (hier Facebook Germany GmbH) vorgegangen werden? Es könnte überlegt werden, Facebook Ireland Ltd. dazu zu verpflichten, einen Nachweis für ihre ausschließliche Verantwortung bezüglich Datenverarbeitung aller innerhalb der EU verarbeiteten Daten zu liefern und damit ihre konzerneigene Organisationsstruktur zumindest zum Teil offenzulegen. Sollte dieser nicht in zufriedenstellender Form erbracht werden, sollte es die Möglichkeit der gerichtlichen Vorgehensweise auch an nationalen Gerichten gegen den im jeweiligen Mitgliedsstaat ansässigen Tochterkonzern geben. Dies würde eine Vereinfachung und Beschleunigung der Prozesse bedeuten, nicht zuletzt durch die fehlende Internationalisierung der Verfahren. Dies würde auch die Möglichkeit eröffnen, das BDSG richtlinienkonform anzuwenden und durch das Verbleiben der Verhandlung in einem Rechtssystem eine höhere Rechtssicherheit bieten.

Auch im Google Spain Urteil ließ der Europäische Gerichtshof trotz ähnlicher Thematik

und Betroffenheit der gleichen Grundrechte aus der GRCh sowie der EMRK die Frage nach der Zuständigkeit der Kontrollstellen und der mitgliedstaatlichen Gerichte teilweise offen beziehungsweise nicht abschließend beantwortet. Um eine genaue Klärung dieser Thematik wird dringend gebeten.

4. Sind Art. 4 Abs. 1 Buchst. a), Art. 28 Abs. 3 RL 95/46/EG dahin auszulegen, dass in Fällen, in denen der für die Verarbeitung Verantwortliche eine Niederlassung im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates (hier: Irland) besitzt und eine weitere, rechtlich selbständige Niederlassung in dem Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates (hier: Deutschland) besteht, die u.a. für den Verkauf von Werbeflächen zuständig ist und deren Tätigkeit auf die Einwohner dieses Staates ausgerichtet ist, die in diesem anderen Mitgliedstaat (hier: Deutschland) zuständige Kontrollstelle Maßnahmen und Anordnungen zur Durchsetzung des Datenschutzrechts auch gegen die nach der konzerninternen Aufgaben- und Verantwortungsverteilung für die Datenverarbeitung nicht verantwortliche weitere Niederlassung (hier: in Deutschland) richten kann oder sind Maßnahmen und Anordnungen dann nur durch die Kontrollbehörde des Mitgliedstaates (hier: Irland) möglich, in dessen Hoheitsgebiet die konzernintern verantwortliche Stelle ihren Sitz hat?

Die 4. Frage zielt darauf, **welche Kontrollstelle** Maßnahmen und Anordnungen zur Durchsetzung des Datenschutzrechts treffen kann. Kann im vorliegenden Fall also die deutsche Kontrollstelle Maßnahmen auch gegen die nach der konzerninternen Aufgaben- und Verantwortungsverteilung für die Datenverarbeitung *nicht* verantwortliche weitere Niederlassung in Deutschland richten oder sind Maßnahmen dann nur durch die Kontrollbehörde von Irland möglich, in dessen Hoheitsgebiet die konzernintern für das Unionsgebiet verantwortliche Stelle ihren Sitz hat?

Zuständig für den Verkauf von Werbeflächen in Deutschland ist die deutsche Niederlassung; grundsätzlich muss sich diese dann auch an dortiges nationales Recht halten, in diesem Fall an das BDSG; so auch das Google Spain Urteil.

Art. 28 ff RL 95/46/EG bieten keine genaueren Anhaltspunkte; auch Art. 28 Abs. 6 95/46/EG trifft hierzu keine eindeutige Regelung.

Als Auslegungshilfe könnte hier jedoch die erst im Mai 2018 in Kraft tretende Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) dienen. Diese darf zum einen als Auslegungshilfe

herangezogen werden, da die Art. 28 ff der momentan noch geltenden RL 95/46/EG keine eigene genaueren Zuständigkeitsregelungen enthält; zum anderen die noch nicht in Kraft getretene DSGVO bereits durch die Kommission verabschiedet wurde – und damit durch die EU-Mitgliedstaaten – und deshalb für alle EU-Mitgliedstaaten und ebenso für den EuGH ersichtlich ist, in welche Richtung sich das europäische Datenschutzrecht entwickeln wird.

Die Art. 55 ff. DSGVO enthalten Regelungen zu Zuständigkeitsfragen; insb. dem Art. 56 Abs. 2, 3 DSGVO ist zu entnehmen, dass grds. mehrere Stellen als Aufsichtsbehörden zuständig sein können. Demnach kann Frage 4 dahingehend beantwortet werden, dass **sowohl die deutsche als auch die irische Kontrollstelle** Maßnahmen und Anordnungen zur Durchsetzung des Datenschutzrechts treffen können.

5. Sind Art. 4 Abs. 1 Buchst. a), Art. 28 Abs. 3 und 6 RL 95/46/EG dahin auszulegen, dass in Fällen, in denen die Kontrollbehörde eines Mitgliedstaates (hier: Deutschland) eine in ihrem Hoheitsgebiet tätige Person oder Stelle nach Art. 28 Abs. 3 RL 95/46/EG wegen der nicht sorgfältigen Auswahl eines in den Datenverarbeitungsprozess eingebundenen Dritten (hier: Facebook) in Anspruch nimmt, weil dieser Dritte gegen Datenschutzrecht verstoße, die tätig werdende Kontrollbehörde (hier: Deutschland) an die datenschutzrechtliche Beurteilung der Kontrollbehörde des anderen Mitgliedstaates, in dem der für die Datenverarbeitung verantwortliche Dritte seine Niederlassung hat (hier: Irland), in dem Sinne gebunden ist, dass sie keine hiervon abweichende rechtliche Beurteilung vornehmen darf, oder darf die tätig werdende Kontrollstelle (hier: Deutschland) die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung durch den in einem anderen Mitgliedstaat (hier: Irland) niedergelassenen Dritten als Vorfrage des eigenen Tätigwerdens selbständig auf seine Rechtmäßigkeit prüfen?

Für die Beantwortung der 5. Vorlagefrage, die darauf abzielt, ob eine (hier die deutsche) Kontrollbehörde eines Mitgliedstaates bei einer Weisung an einen Dritten (Facebook) an die **datenschutzrechtliche Beurteilung der Kontrollbehörde** des anderen Mitgliedstaates, in dem der für die Datenverarbeitung verantwortliche Dritte seine Niederlassung hat, in dem Sinne *gebunden* ist, dass sie **keine hiervon abweichende rechtliche Beurteilung** vornehmen darf, kommt als Auslegungshilfe wieder die noch nicht in Kraft getretene Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) in Betracht.

Da in Vorlagefrage 4 bereits beantwortet wurde, dass mehrere Kontrollstellen zuständig sind, könnte man annehmen, dass die deutsche Kontrollbehörde auch die Datenverarbeitung durch den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dritten als *Vorfrage des eigenen Tätigwerdens* selbständig auf seine Rechtmäßigkeit prüfen darf. In Art. 56 Abs. 3 iVm Abs. 1 iVm Art. 60 der DSGVO wird jedoch normiert, wer die federführende Aufsichtsbehörde ist; dies wäre bei Inkrafttreten der DSGVO dann in diesem Fall Irland. Die nicht federführende Aufsichtsstelle – in diesem Fall dann Deutschland – hätte nach Art. 60 Abs. 6 DSGVO dann eine Art Vetorecht.

Wenn also der nicht federführenden Aufsichtsstelle nach der neuen DSGVO sogar eine Art Vetorecht zukommt, dann muss doch eine rechtlich nicht bindende **Vorfrage** in Bezug auf eine Rechtmäßigkeitsprüfung der Datenverarbeitung erst recht zulässig sein. Somit könnte man dann eine eigene Rechtmäßigkeitsprüfung bejahen. Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass der Maßnahmen-**Beschluss** allein von der federführenden Aufsichtsbehörde getroffen wird, sodass weder ein Vetorecht noch eine Vorfrage der anderen Kontrollstelle schlussendlich entscheidungserheblich sind; vielmehr liegt die **Letztentscheidung** bzgl. der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung allein bei der federführenden Behörde.

6. Soweit der tätig werdenden Kontrollstelle (hier: Deutschland) eine selbständige Überprüfung eröffnet ist: Ist Art. 28 Abs. 6 Satz 2 RL 95/46/EG dahin auszulegen, dass diese Kontrollstelle die ihr nach Art. 28 Abs. 3 RL 95/46/EG übertragenen wirksamen Einwirkungsbefugnisse gegen eine in ihrem Hoheitsgebiet niedergelassene Person oder Stelle wegen der Mitverantwortung für die Datenschutzverstöße des in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dritten nur und erst dann ausüben darf, wenn sie zuvor die Kontrollstelle dieses anderen Mitgliedstaates (hier: Irland) um die Ausübung ihrer Befugnisse ersucht hat?

Anschließend an Frage 5, welche vom Mitgliedstaat Frankreich mit Ja beantwortet wurde, stellt sich nun im Rahmen der Frage 6 die Frage, ob **eine der Kontrollstellen auch ohne Konsultation** der anderen ihre Befugnisse ausüben oder ob immer beide Kontrollstellen zu beteiligen sind.

Art. 28 Abs. 6 UA 2 RL 95/46/EG verpflichtet die Kontrollstellen zu einer "erfolgreichen gegenseitige Zusammenarbeit", auch auf der gemeinschaftlichen Ebene. Die rechtliche Wirkung der Vorschrift liegt dabei sowohl in ihrem verpflichtenden Charakter als

auch in der Legitimationswirkung für den Austausch personenbezogener Daten. Um jedoch die Verpflichtung zur gegenseitigen erfolgreichen Zusammenarbeit überhaupt zu ermöglichen, ist eine Auslegung dahingehend zu befürworten, eine gegenseitige Konsultation der jeweiligen Kontrollstellen immer zu fordern.