

Berlin, 4. Januar 2017

Lina Herrmann  
Christoph Cordes

Repräsentanten der  
Bundesrepublik Deutschland

An den  
Gerichtshof der Europäischen Union  
Luxemburg

### **Stellungnahme der Bundesrepublik Deutschland**

**betreffend das Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV)  
in der Rechtssache BVerwG v. 25.02.2016, Az. 1 C 28/14:**

**Das Bundesverwaltungsgericht der Bundesrepublik Deutschland hat  
dem Gerichtshof der Europäischen Union  
folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:**

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?
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?
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?

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?

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?

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 wirkungsvollen 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?

**Im Folgenden nehmen die Bevollmächtigten der Bunderepublik Deutschland zu den Vorlagefragen des BVerwG Stellung:**

**A. Einleitung**

Die Bevollmächtigten der Bundesrepublik Deutschland möchten einfürend auf das besondere Interesse der Bundesrepublik an einem effektiven Datenschutz hinweisen. Rechtshistorische Analysen zeigen die Vorreiterrolle, welche Deutschland in Sachen Datenschutz legislativ schon seit den 1970er Jahren einnimmt. Spätestens seit dem sogenannten Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 15. Dezember 1983 ist der Datenschutz mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 I, 1 I GG) hierzulande auch grundrechtlich verbürgt.

Nicht zuletzt ausgehend von der daraus resultierenden Schutzpflicht des Staates verweisen wir auch für das Verfahren auf europäischer Ebene ausdrücklich auf die grund- und menschenrechtliche Dimension des Verfahrens. Der Gerichtshof der Europäischen Union möge die Richtlinie (RICHTLINIE 95/46/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr) mit Blick auf Art. 7, 8 EU GRCH und Art. 8 I EMRK auslegen. Beide Rechtsquellen verpflichten den Rechtsanwender in ihrer unmittelbaren sowie in ihrer mittelbaren Dimension zur Gewährleistung eines effektiven Datenschutzes. Kurz vor Inkrafttreten der Grundverordnung (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) im Jahr 2018 sollte unter der noch geltenden Richtlinie (s.o.) bereits der Standard der Verordnung nicht erheblich unterschritten werden, da eine etwaige Verarbeitung (sensibler) personenbezogener Daten Eingriffe in die Rechte aus Art. 7, 8 EU GRCH und Art. 8 I EMRK bedeuten kann, die auch später nicht mehr umgekehrt werden können.

Abschließend sei natürlich auch auf die Bedeutung der kollidierenden (mitunter ebenfalls grundrechtlichen) Interessen der Klägerin verwiesen.

## **B. Hauptteil**

Im Einzelnen nehmen wir wie folgt zu den Vorlagefragen des Bundesverwaltungsgerichts Stellung:

### I. Vorlagefrage 1:

Zunächst stellt das vorlegende Gericht fest, dass die Klägerin selbst nicht verantwortliche Stelle iSv. Art. 2 lit. d DSRL ist, da sie weder rechtlich noch tatsächlich auf die Art und Weise der Datenverarbeitung durch die Beigeladene Einfluss nehmen kann (eine Frage die ihrerseits umstritten ist und auch hätte anders beantwortet werden können). Darauf aufbauend wird nach einer möglichen über Art. 2 lit. d DSRL hinausgehenden Verantwortlichkeit der Klägerin auf Grundlage der DSRL gefragt. Das BVerwG hält insbesondere eine entsprechende Auslegung von Art. 24, 28 III DSRL für möglich.

Laut *Petri* (ZD 2016, 399) zielt die Frage auf eine richterliche Rechtsfortbildung ab, da die DSRL bekanntlich aus einer Zeit stamme, in der es mehrstufige Informationsanbieterverhältnisse nicht gab. Damit soll die Klägerin als Inhalteanbieterin mitverantwortlich gemacht werden dafür, dass sie im Rahmen einer bewusst arbeitsteiligen Vorgehensweise die etwaig datenschutzrechtswidrige Infrastruktur der Beigeladenen auswählt.

Die Verteilung der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit zwischen den verschiedenen Ebenen in diesem mehrstufigen System ist für den Nutzer nicht erkennbar. Im Übrigen ist es für ihn im Ergebnis auch gleichgültig, wer im rechtstechnischen Sinne „verantwortliche Stelle“ ist. Dies sollte sich nicht zu seinen Lasten auswirken. In Ansehung der bereits oben angesprochenen grund- und menschenrechtlichen Dimension dieser Frage ließe sich an eine grundrechtskonform erweiternde Auslegung der DSRL denken. Andernfalls wäre das vom europäischen Gesetzgeber gewünschte hohe Schutzniveau (vgl. Erwägungsgrund 10 DSRL) nicht erreichbar und auch die „geeigneten Maßnahmen“ iSv. Art. 24 DSRL und die „wirksamen Eingriffsbefugnisse“ iSv. Art. 28 II DSRL (Hervorhebung der Verf.) liefen leer.

## II. Vorlagefrage 2:

Die zweite Vorlagefrage des Bundesverwaltungsgerichts nimmt eine andere Möglichkeit in Bezug, um eine datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit der Klägerin als Fanpagebetreiberin bei der Beigeladenen zu begründen. Wenn und soweit die Klägerin nicht nach Art. 2 lit. d DSRL (auch in seiner erweiterten Auslegung) selbst verantwortliche Stelle ist, kommt eine Verpflichtung als Auftraggeberin iSv. Art. 17 II DSRL in Betracht. In diesem Fall würden die Klägerin Auswahl- und Überprüfungspflichten treffen.

Ein Auftragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beigeladenen liegt nicht vor. Die Klägerin ist nicht „Herrin der Daten“, wie es ein Auftragsverhältnis klassischerweise voraussetzt. Stattdessen setzt Facebook einseitig und nicht verhandelbare Nutzungsbedingungen für Fanpage-Betreiber. Damit bleibt die Entscheidungsbefugnis über Zweck und Mittel der Datenverarbeitung allein bei Facebook.

Die Vorlagefrage zielt auf eine mögliche analoge Anwendung der Auswahl- und Überprüfungspflichten. Dies setzt bekanntlich eine vergleichbare Interessenlage sowie eine planwidrige Regelungslücke voraus. Für eine vergleichbare Interessenlage spricht, dass sich ein Informationsanbieter wie die Klägerin nicht durch die Wahl eines bestimmten Infrastrukturanbieters von datenschutzrechtlichen Pflichten soll freizeichnen dürfen. Die planwidrige Regelungslücke folgt aus der oben getroffenen Feststellung, nach welcher der europäische Gesetzgeber bei Erlass der DSRL 1995 noch immer ein überwiegend analoges Bild von Datenverarbeitung vor Augen hatte. Mehrstufige arbeitsteilige Informationsanbieterverhältnisse, deren Design den Anschein erwecken, bewusst datenschutzrechtliche Anforderungen durch digitale Innovation umgehen zu wollen, waren zu diesem Zeitpunkt undenkbar.

Insoweit, wie der Gerichtshof der Europäischen Union eine erweiternde Auslegung iSd. ersten Vorlagefrage für unzulässig erachtet, befürworten wir als Repräsentanten der Bundesrepublik Deutschland jedenfalls eine analoge Anwendung der Regeln der

Auftragsdatenverwaltung. Eine andere Möglichkeit zur Gewährleistung eines effektiven Datenschutzes erscheint nicht ersichtlich.

### III. Vorlagefrage 3:

Gemäß dem Art. 1 RL 95/46/EG sowie dem 10. Erwägungsgrund ist der hohe Schutz der vorher genannten Grundrechte und Grundfreiheit natürlicher Personen Sinn und Zweck der Richtlinie. Als Konsequenz daraus ergeben sich eine unionale Vollharmonisierung des Datenschutzes und die Möglichkeit den niedrigen US-amerikanischen Datenschutzstandards als Union entgegenzutreten. Für die Gewährleistung eines hohen datenschutzrechtlichen Niveaus ist der in der Frage genannten Kontrollstelle eine solche Befugnis zuzusprechen. Zwar werden die maßgeblichen Entscheidungen i.S.v. Art. 4 Abs. 16 a DS-GVO bezüglich der Datenverarbeitung innerhalb der EU in einem anderen Mitgliedsstaat getroffen und somit ist die Aufsichtsbehörde in dem Mitgliedsstaat federführend, vgl. Art. 56 DS-GVO. Jedoch wird dadurch die Zuständigkeit einer anderen Aufsichtsbehörde nicht ausgeschlossen, vgl. Art. 56 Abs. 2 DS-GVO. Als Repräsentanten der BRD sind wir der Auffassung, dass Art. 28 Abs. 3 Spiegelstrich 2 RL 95/46/EG eine Kontrollbefugnis jeder Kontrollstelle zuspricht. Jeder Mitgliedstaat ist zusätzlich durch Art. 24 RL 95/46/EG dazu aufgerufen, die volle Anwendung der Datenschutzrichtlinie und somit den Schutz des Rechts auf Privatsphäre aus Art. 8 EMRK sicherzustellen. Ebenso wie der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) möchten wir die Art. 7 und Art. 8 der Grundrechte-Charta betonen, die sowohl die Achtung des Privatlebens als auch den Schutz personenbezogener Daten gewährleisten.

### IV. Vorlagefrage 4:

Art. 4 Abs. 1 Buchst. a), Art. 28 Abs. 3 RL 95/46/EG sind dahingehend auszulegen, dass die Kontrollstelle des Mitgliedstaates jedenfalls federführend ist, in der sich die Hauptniederlassung eines Nicht-EU-Konzerns befindet. Von einer Niederlassung i.S.v. Art. 4 Abs.1 Buchst. a) kann dann gesprochen werden, wenn in einem Mitgliedstaat eine Tätigkeit effektiv und tatsächlich in Form einer festen Einrichtung ausgeübt wird. Eine Niederlassung ist dann eine Hauptniederlassung, wenn dort die maßgeblichen

Entscheidungen bezüglich der (hier: Daten-)Verarbeitung getroffen werden, vgl. Art. 4 Abs. 16a DS-GVO. Ausschlaggebend sind dabei die tatsächlichen Gegebenheiten, vgl. Erwägungen 36 DS-GVO. Dass eine Kontrollstelle federführend ist, bedeutet jedoch nicht automatisch, dass die Zuständigkeit anderer Kontrollstellen ausgeschlossen ist, vgl. Art. 56 Abs. 2 DS-GVO. Somit können also mehrere Kontrollstellen gleichzeitig zuständig sein. Sie zur Kooperation aufgerufen, wobei die federführende Kontrollstelle regelmäßig für die Beschlussfassung zuständig sein wird, vgl. Art. 60 DS-GVO. Kommt es hier zu Meinungsverschiedenheiten, können diese bei einem Streitbeilegungsverfahren vor dem Europäischen Datenschutzausschuss geschlichtet werden, vgl. Art. 65 DS-VGO. Die Kontrollstelle eines Mitgliedstaates in dem die Niederlassung des Nicht-EU-Konzerns keine Hauptniederlassung ist, kann also gem. Art. 4 Abs. 1 Buchst. a), Art. 28 Abs. 3 RL 95/46/EG wie die Kontrollstelle des Mitgliedstaates in dem sich die Hauptniederlassung befindet, tätig werden und somit mit der anderen Kontrollstelle kooperieren i.S.v. Art. 28 Abs. 6 RL 95/46/EG. Die Formulierung „einer oder mehrerer öffentlicher Stellen“ ist dabei nicht speziell auf den regionalen Gliederung, so wie es auf den ersten Blick erscheint, bezogen, sondern ganz in Sinne von Effektivität und Bürgerfreundlichkeit sowie einer zentralen europäischen Kontrolle zu verstehen.

#### V. Vorlagefrage 5:

Art. 4 Abs. 1 Buchst. a), Art. 28 Abs. 3 und 6 RL 95/46 EG sind dahingehend auszulegen, dass die tätig werdende Kontrollbehörde eines Mitgliedstaates in dem sich nicht die Hauptniederlassung bzw. die für die Datenverarbeitung verantwortliche Niederlassung befindet, nicht zwangsläufig an die rechtliche Einschätzung der Kontrollstelle desjenigen Mitgliedstaates in dessen Hoheitsgebiet sich die Hauptniederlassung befindet gebunden ist. Grundsätzlich ist i.S.v. Art. 4 Abs. 1 Buchst. a) jenes Recht eines Mitgliedstaates maßgeblich, in dem die spezifischen Daten verarbeitet werden. Hat ein Unternehmen mehrere Niederlassungen mit verschiedenen Verarbeitungsaktivitäten, so muss durch geeignete organisatorische Vorkehrungen gewährleistet werden, dass

das jeweils anwendbare Recht des Mitgliedstaats nicht verletzt wird. Hat der Mutterkonzern seinen Sitz außerhalb der Gemeinschaft, so muss sichergestellt werden, dass durch Vertreter oder bspw. Tochtergesellschaften innerhalb der EU der Konzern „relokalisiert“ wird und somit innerhalb des räumlichen Anwendungsbereiches der Richtlinie fällt. So wird nationalen Schutz- und Kontrollstellen ermöglicht den Konzern mit einzubeziehen. Aus Art. 28 ff. RL 95/46/EG ergibt sich jedoch keine vorrangige oder sogar ausschließliche Kompetenz für Kontrollstellen des Mitgliedsstaates, in dem sich verantwortliche Tochtergesellschaft befindet. Gleichzeitig ergibt sich dadurch, dass andere Mitgliedstaaten an eine rechtliche Einschätzung der Kontrollstelle des Mitgliedsstaates, in dessen Hoheitsgebiet sich die Tochtergesellschaft befindet, nicht gebunden sind. Wäre dies nicht der Fall, würde dem jeweiligen Mitgliedstaat eine fragwürdige Kompetenz über seinen üblichen territorialen Zuständigkeitsbereich hinaus zugesprochen werden. Zwar spricht sich Art. 30 Abs. 1 Buchst. a) für eine einheitliche Anwendung der Datenschutzrichtlinie aus. Daraus darf aber nicht eine Kompetenz zu einer endgültigen Entscheidung im Falle von abweichenden rechtlichen Bewertungen durch nationale Kontrollstellen abgeleitet werden. Somit hat jede Kontrollstelle das Recht unabhängig von der Bewertung der für die jeweilige Niederlassung zuständigen Kontrollstelle die Vereinbarkeit von Datenverarbeitung mit dem Datenschutz zu prüfen und zu bewerten.

#### VI. Vorlagefrage 6:

Art. 28 Abs. 6 S. 2 RL 95/46/EG verpflichtet die Kontrollstellen zur Zusammenarbeit, sowohl auf nationaler als aber auch auf gemeinschaftlicher Ebene. Dabei soll jede Kontrollstelle gemäß dem Territorialitätsprinzip im eigenen Hoheitsgebiet zuständig sein. Daraus folgt, dass die Kontrollstelle ihre Befugnisse somit nicht außerhalb des eigenen Hoheitsgebietes ausüben. Kommt es nun jedoch zu grenzüberschreitenden Sachverhalten hat sich bereits in der Praxis die internationale Amtshilfe und Zusammenarbeit bewährt. Abs. 6 Halbsatz 2 der Richtlinie legt die Verpflichtung zur Amtshilfe. Dabei sind zum einen nationale Kontrollstelle und zum anderen auch internationale Kontrollstellen auf gemeinschaftlicher Ebene gemeint. Aus dieser Vorschrift resultiert für die einzelnen Mitgliedsstaaten, neben der bereits erläuterten Verpflichtung,

auch eine Legitimationsgrundlagen für die Kooperation von Kontrollstellen verschiedener Mitgliedsstaaten im Kontext eines grenzüberschreitenden Sachverhaltes. Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist also die Effizienz der Kontrollstellen. Es leuchtet ein, dass bei grenzüberschreitenden Sachverhalten die Zusammenarbeit von verschiedenen Mitgliedstaaten gefördert werden soll. Dies kann bspw. durch sachdienliche Informationen geschehen, sodass jede Kontrollstelle die Möglichkeit hat ihre Aufgaben in befriedigender Beweise und ohne jegliche Hindernisse zu erfüllen. Daraus folgt jedoch auch, dass gegeben dem Fall die Kontrollstelle sieht sich ausreichend informiert und in der Lage, den Sachverhalt zu beurteilen, eine solche Zusammenarbeit nicht förmlicher Weise erzwungen werden muss. Dies würde dem Sinn und Zweck der Effizienz widerstreben, den Vorgang womöglich unnötig verzögern und neue Hindernisse geschaffen werden.

#### C. Abschließende und zusammenfassende Stellungnahme :

Als Repräsentanten der Bundesrepublik Deutschland verweisen wir nochmals auf die die große Verantwortung der Europäischen Union den menschen- und grundrechtlich verankerten Datenschutz innerhalb des Gemeinschaftsgebietes zu gewährleisten. Insbesondere dürfen die Schutzstandards einzelner Mitgliedsstaaten nicht unterschritten werden. Obwohl die EU im Vergleich mit anderen Rechtsordnungen, bspw. der US-amerikanischen, schon eine Vorreiterrolle in diesem Gebiet bekleidet, darf dies noch lange nicht dazu führen, dass sich auf diesen mühsam erarbeiteten Lorbeeren ausgeruht wird. Die Bundesrepublik Deutschland betont abschließend, dass die Vollharmonisierung des Datenschutzes innerhalb des Gemeinschaftsgebietes nur durch intensiven Austausch und Kooperation möglich ist.