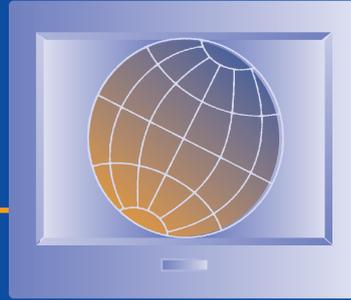


# Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

6  
K&R

- Editorial: Portabilität und Regulierung des Geoblockings  
als Teil der Digital Single Market Initiative der EU  
*Prof. Dr. Mathias Schwarz*
- 373 Zur Gestaltung des Minderjährigendatenschutzes in digitalen  
Informationsdiensten  
*Christine Möhrke-Sobolewski und Benedikt Klas*
- 378 Aktuelle Entwicklungen in der Providerhaftung im Jahr 2015  
*Dr. Christian Volkmann*
- 382 Wearables und Datenschutz – Gesetze von gestern für die Technik  
von morgen? · *Stefan Wilmer*
- 389 Mehrstufige Anbieterverhältnisse im Datenschutz: letzte Station  
Unionsrecht? · *Johannes Marosi*
- 393 Länderreport USA · *Clemens Kochinke*
- 395 BVerfG: Zur Verfassungsmäßigkeit des BKAG  
mit Kommentar von *Dr. Ulf Buermeyer*
- 403 BVerfG: Untersagung von Opfer-Äußerungen nach Freispruch  
verletzt Meinungsfreiheit  
mit Kommentar von *Prof. Dr. Dr. Karl-Heinz Ladeur*
- 407 BGH: Davidoff Hot Water II: Auskunftsanspruch gegen Bank  
zu markenverletzendem Kontoinhaber  
mit Kommentar von *Jennifer Hort-Boutouil und Sebastian Telle*
- 424 OLG München: Internetpranger: Presseveröffentlichung eines Fotos  
aus sozialem Netzwerk nur mit Einwilligung  
mit Kommentar von *Sebastian Laoutoumai und Dr. Christian Grunst*
- Beihefter 1/2016  
Rechtsfragen gemeindlicher Teilhabe an öffentlicher Kommunikation  
*Prof. Dr. Christoph Degenhart*

19. Jahrgang

Juni 2016

Seiten 373–444

des Paragraphen sind „die technischen und organisatorischen Maßnahmen zu treffen, die erforderlich sind, um die Ausführung der Vorschriften dieses Gesetzes, insbesondere die in der Anlage zu diesem Gesetz genannten Anforderungen, zu gewährleisten“. Welche Maßnahmen hier nach erforderlich sind, ist nach S. 2 des § 9 BDSG nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beurteilen, wobei eine Abwägung zwischen dem Schutzzweck und

dem hierfür entstehenden Aufwand erforderlich ist. Zwar hängt die Bewertung vom Einzelfall ab und entzieht sich einer pauschalen Beurteilung. Mit Bezug zu Wearables wird hiernach jedoch häufig ein eher hohes Niveau an Sicherheitsvorkehrungen erforderlich sein. Denn viele Wearables gehen tendenziell mit besonders sensiblen personenbezogenen Daten, vgl. insoweit auch die Ausführungen unter Ziffer III. 2.

Dipl.-Jur. Johannes Marosi, Karlsruhe\*

## Mehrstufige Anbieterverhältnisse im Datenschutz: letzte Station Unionsrecht?

Zugleich Kommentar zu BVerwG, Beschl. v. 25. 2. 2016 – 1 C 28.14, K&R 2016, 437 ff.  
(in diesem Heft)

*Die Vorlage des BVerwG findet sich in eine Reihe von Verfahren ein, die das ULD – unmittelbar wie mittelbar – gegen Facebook führt oder geführt hat. Der Senat kam zur Erkenntnis, dass eine Verantwortlichkeit nach BDSG ausscheidet. Er sieht aber – wie die Vorlage deutlich macht – durchaus einen Spielraum des Unionsrechts. Dieses Verfahren wird nicht das letzte zu diesem Themenkomplex bleiben und wird über kurz oder lang auch den Gesetzgeber – national wie in der Union – beschäftigen.*

### I. Problematik

Angefangen mit dem ursprünglichen Untersagungsbescheid aus dem November 2011<sup>1</sup> bis hin zur ausstehenden EuGH-Vorlageentscheidung<sup>2</sup> streitet sich das ULD nun schon knapp vier Jahre mit der Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein. In technischer Hinsicht ist dies eine gefühlte halbe Ewigkeit.<sup>3</sup> Kern des Rechtsstreits ist die Frage, wer für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben bei einer Fanpage zu sorgen hat. Vom konkreten Fall losgelöst stellt sich damit die Frage, ob bei Nutzung einer fremden Plattforminfrastruktur neben dem Plattformbetreiber auch denjenigen der die Plattform mit Inhalten füllt, datenschutzrechtliche Verpflichtungen treffen. Außerdem hatte das BVerwG über Ausnahmen vom gestuften Verfahren nach § 38 Abs. 5 BDSG zu entscheiden. Ob Facebook selbst gegen materielles Datenschutzrecht<sup>4</sup> verstoßen hat, war, mangels hinreichender Klärung durch die Vorinstanzen und vorgeschalteter Vorlagefragen, nicht Gegenstand des Verfahrens.<sup>5</sup> Die Vorlagefragen 4 - 6 können nur kurz angedeutet werden.

Das ULD – als zuständige Aufsichtsbehörde – hatte gemäß § 38 Abs. 5 S. 2 BDSG die Deaktivierung einer Fanpage gegenüber der Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein, einem privaten Bildungsunternehmen und somit einer nicht-öffentlichen Stelle i. S. v. § 2 Abs. 4 BDSG, angeordnet. Für die Rechtmäßigkeit dieser Untersagungsanordnung ist entscheidend, ob a) die Wirtschaftsakademie verantwortliche Stelle i. S. v. § 3 Abs. 7 BDSG ist oder b) ob

§ 38 Abs. 5 S. 2 BDSG auch bei einer anderweitigen „Pflichtigkeit“ Anwendung findet.<sup>6</sup> Die Wirtschaftsakademie hält sich nicht für verantwortlich.<sup>7</sup> Das ULD geht von einer Verantwortlichkeit der Wirtschaftsakademie als Dienstanbieter gemäß § 3 Abs. 3 Nr. 4, § 12 Abs. 1 TMG i. V. m. § 3 Abs. 7 BDSG<sup>8</sup> oder einer Auftragsdatenverarbeitung durch Facebook gemäß § 11 BDSG i. V. m. § 3 Abs. 7 BDSG<sup>9</sup> aus.

Man könnte nun auf die Idee kommen, dass ein aufmerksamer Gesetzgeber im Hinblick auf langfristige technische Entwicklungen wie soziale Netzwerke, das sogenannte Internet of Things<sup>10</sup> oder vernetztes Fahren<sup>11</sup> die gesetzliche Einkleidung anpasst oder neu entwirft. Allerdings ist es hier zu keinerlei Änderungen gekommen.<sup>12</sup> Die Datenschutzgrundverordnung<sup>13</sup> definiert die verantwortliche Stelle nahezu deckungsgleich zur Datenschutzrichtlinie.<sup>14</sup> Auch der Auftragsdatenverarbeiter wird in der Datenschutzgrundverordnung<sup>15</sup> wie in der Datenschutzrichtlinie<sup>16</sup> fast identisch definiert.

\* Johannes Marosi ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Bäcker (KIT) in Karlsruhe und beschäftigt sich in seiner Dissertation mit dem Normadressat im Datenschutzrecht. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. XII.

1 Zu den Vorinstanzen: Schleswig-Holsteinisches VG, 9. 10. 2013 – 8 A 14/12, K&R 2013, 824 ff. (m. Anm. Härtling); Schleswig-Holsteinisches OVG, 4. 9. 2014 – 4 LB 20/13, K&R 2014, 831 ff.

2 Verfahrensnummer: C-210/16.

3 So auch *Marit Hansen* für das ULD: <https://www.datenschutzzentrum.de/artikel/1013-Verantwortlichkeit-von-Fanpage-Betreibern-vom-BVerwG-noch-nicht-entschieden-der-EuGH-soll-sich-richten.html>.

4 Es geht hier um Verstöße gegen das TMG.

5 BVerwG, 25. 2. 2016 – 1 C 28.14, K&R 2016, 437, 440, Rn. 37.

6 Insgesamt zur Problematik in sozialen Netzwerken schon früher: *Jandt/Roßnagel*, ZD 2011, 160 ff.

7 BVerwG, 25. 2. 2016 – 1 C 28.14, K&R 2016, 437, Rn. 4, 6.

8 BVerwG, 25. 2. 2016 – 1 C 28.14, K&R 2016, 437, Rn. 5.

9 BVerwG, 25. 2. 2016 – 1 C 28.14, K&R 2016, 437, Rn. 13.

10 Vgl. bei mobilen Bezahlsystemen *Hellmich/Hufen*, K&R 2015, 688, 693 f.

11 *Schwartzmann/Ohr*, RdV 2015, 59, 61.

12 So auch *Martini/Fritzsche*, NVwZ-Extra 21/2015, 16.

13 Siehe Art. 4 Abs. 7 DSGVO: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST\\_5419\\_2016\\_REV\\_1&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_5419_2016_REV_1&from=EN).

14 Siehe Art. 2 d) RL 95/46/EG.

15 Siehe Art. 4 Abs. 8 DSGVO.

16 Siehe Art. 2 e) RL 95/46/EG.

## II. Entscheidung des Gerichts

Das BVerwG hat den Rechtsstreit zum Zwecke einer Vorabentscheidung an den EuGH gemäß Art. 267 AEUV per Beschluss ausgesetzt.

### 1. § 38 Abs. 5 BDSG und das gestufte Verfahren

Zunächst hat sich das BVerwG mit dem zweistufigen Verfahren nach § 38 Abs. 5 BDSG befasst.<sup>17</sup> Grundsätzlich solle die Aufsichtsbehörde zuerst gemäß § 38 Abs. 5 S. 1 BDSG Maßnahmen zur Beseitigung von Datenschutzverstößen sowie technischer oder organisatorischer Mängel anordnen, bevor die Verarbeitung insgesamt untersagt werde. Das BVerwG klassifiziert hier die Anordnung der Deaktivierung der Fanpage, wie auch die Vorinstanz, als Untersagungsmaßnahme nach § 38 Abs. 5 S. 2 BDSG. Die Berufungsinstanz hatte noch eine Ausnahme vom gestuften Verfahren *nur* bei Gesamtunzulässigkeit der Verarbeitung festgestellt.<sup>18</sup> Das BVerwG erkennt daneben auch dann eine Ausnahme, wenn, wie hier, der Anordnungsadressat keinen „direkten, steuernden oder gestaltenden“ Einfluss auf die Verarbeitung hat.

Hieraus könne aber nicht bereits eine zusätzliche „Pflichtigkeit“ neben der Verantwortlichkeit aus § 3 Abs. 7 BDSG abgeleitet werden. Art. 28 Abs. 3 RL 95/46/EG als europarechtliche Grundlage bedinge eine adressatoffene<sup>19</sup> Ausgestaltung des § 38 Abs. 5 BDSG, um so eine wirksame Durchsetzung zu sichern. Sofern also eine datenschutzrechtliche Pflichtigkeit bestehe, soll diese auch anhand von § 38 Abs. 5 BDSG durchsetzbar sein.

### 2. Verantwortlichkeit nach dem TMG

In aller Kürze verneint das BVerwG eine Verantwortlichkeit allein aufgrund der Tatbestandsmerkmale eines Diensteanbieters nach § 2 Nr. 1, § 12 Abs. 1 TMG.<sup>20</sup> Die Verantwortlichkeit sei auch immer nach dem BDSG zu bemessen.<sup>21</sup>

### 3. Verantwortlichkeit nach § 3 Abs. 7 BDSG i. e. S.

Hinsichtlich der Verantwortlichkeit stellt das Gericht fest, dass eine solche weder nach § 3 Abs. 7 BDSG noch nach Art. 2 d) RL 95/46/EG vorliege.<sup>22</sup> Hierbei legt das BVerwG im Hinblick auf die gemeinsam verantwortliche Stelle die Vorschrift des § 3 Abs. 7 BDSG europarechtskonform aus.<sup>23</sup>

Erforderlich sei also eine eigene, oder beauftragte, Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung nach § 3 Abs. 7 BDSG oder aber eine, möglicherweise auch gemeinsame, Entscheidung über Zwecke, Bedingungen und Mittel der Verarbeitung nach Art. 2 d) RL 95/46/EG.

Das BVerwG wertet zwar die Eröffnung der Fanpage als rein kausalen Beitrag dazu, dass Facebook Cookies<sup>24</sup> zu einer Datenverarbeitung ihrerseits setzen könne. Allerdings könne die Fanpage-Betreiberin weder Art und Umfang der Verarbeitung direkt in irgendeiner Art beeinflussen, noch eröffnen die Nutzungsbedingungen zwischen Facebook und der Fanpage-Betreiberin Einwirkungs- oder Kontrollrechte oder gar eine Untersagung der Verarbeitung. Zudem seien die Nutzungsbedingungen auch nicht Ergebnis eines Aushandlungsprozesses. Es gebe auch keine Alternative eine Fanpage ohne eine Datenerhebung oder -verarbeitung seitens Facebooks zu eröffnen. Letztlich bestünden also weder aufgrund von

Vereinbarung noch tatsächlich Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Verarbeitung seitens der Fanpage-Betreiberin.

Unter Bezugnahme auf WP 169 der Art. 29-Datenschutzgruppe stellt das BVerwG zwar fest, dass der Begriff der verantwortlichen Stelle gemäß § 3 Abs. 7 BDSG bzw. des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Art. 2 d) RL 95/46/EG grundsätzlich weit auszulegen sei, allerdings stelle hier die Möglichkeit über die Zwecke und Mittel der entsprechenden Datenverarbeitung (mit-)entscheiden zu können ein prägendes Merkmal dar. Dies fehle aber bei der Fanpage-Betreiberin. Falsch scheint hier indes die Formulierung „Zwecke und Mittel“. So heißt es im WP 169 „[...] Eine gemeinsame Kontrolle ist somit gegeben, wenn verschiedene Parteien im Zusammenhang mit spezifischen Verarbeitungen *entweder* über den Zweck *oder* über wesentliche Elemente der Mittel entscheiden, die einen für die Verarbeitung Verantwortlichen kennzeichnen [...]“.<sup>25</sup>

Auch der mögliche Verzicht auf die Nutzung der Fanpage, die Steigerung der Attraktivität der Plattform durch den Betrieb der jeweiligen Fanpage oder den Erkenntnisgewinn der Betreiberin der Fanpage durch die „Facebook Insights“-Funktion<sup>26</sup> lässt das BVerwG nicht als hinreichende Möglichkeit der Einflussnahme auf Ob, Art und Umfang der Verarbeitung gelten.

### 4. Verantwortlichkeit nach § 3 Abs. 7 BDSG i. w. S. – Auftraggeber

Eine weitere Verantwortlichkeit könne bestehen, sofern die Fanpage-Betreiberin Auftraggeber i. S. v. § 3 Abs. 7 a. E. BDSG und Facebook Auftragnehmer nach § 11 BDSG ist. Auch dies verneint das BVerwG.<sup>27</sup> So bestünde zwar ein Rechtsverhältnis zwischen der Fanpage-Betreiberin und Facebook. Allerdings beinhalte dieses nicht den Auftrag über die Erhebung und Verarbeitung von Nutzerdaten. Bei der Datenverarbeitung handele es sich auch um keine Haupt- oder Nebenpflicht aus dem Fanpageverhältnis. Facebook gestalte das Nutzungsverhältnis weder technisch noch vertraglich als gemeinsame Datenverarbeitung aus, noch sei dies beabsichtigt. Auch wenn die Fanpage-Betreiberin weiß, dass Facebook die Daten nutzt, folge daraus noch kein Auftragsverarbeitungsverhältnis. Das BVerwG stellt insofern klar: „Die Auftragsdatenverarbeitung folgt der Verantwortlichkeit, begründet diese aber nicht.“ Zudem geht das BVerwG, aufgrund anderer gewichtiger Gründe,<sup>28</sup> auch nicht davon aus, dass Facebook nur zum Zwecke der Umgehung datenschutzrechtlicher Pflichten genutzt werde.

17 BVerwG, 25. 2. 2016 – 1 C 28.14, K&R 2016, 437, 439, Rn. 22.

18 BVerwG, 25. 2. 2016 – 1 C 28.14, K&R 2016, 437, Rn. 10.

19 So nennt Art. 28 Abs. 3 RL 95/46/EG den für die Verarbeitung Verantwortlichen nur ausdrücklich in Hinsicht auf die Ermahnung nach Spiegelstrich 2.

20 BVerwG, 25. 2. 2016 – 1 C 28.14, K&R 2016, 437, 439, Rn. 23.

21 Etwas verwunderlich ist hier der sprachliche Wechsel von der „Pflichtigkeit“ einer sorgfältigen Auswahl hin zur „Verantwortlichkeit“.

22 BVerwG, 25. 2. 2016 – 1 C 28.14, K&R 2016, 437, 439, Rn. 24 ff.

23 Vgl. auch *Monreal*, ZD 2014, 611 ff.

24 Zur Wirkungsweise und dem Verbot des datr-Cookies durch ein belgisches Gericht siehe CRi 2016, 57 ff.

25 Art. 29 Datenschutzgruppe, WP 169, 23 f. i.V.m. 18.

26 Hierzu erläuternd BVerwG, 25. 2. 2016 – 1 C 28.14, K&R 2016, 437, Rn. 3.

27 BVerwG, 25. 2. 2016 – 1 C 28.14, K&R 2016, 437, 439, Rn. 29 f.

28 Etwa die hohe Zahl von Nutzern oder der erhoffte Nutzen für die Verbreitung des eigenen Informationsangebotes.

## 5. Die Vorlagefragen

Nachdem das BVerwG die möglichen Verantwortlichkeiten aus dem BDSG verneint hat, behandelt es die Vorlagefragen. Ausgangspunkt sei hierbei, ob bei „mehrstufigen Anbieterverhältnissen“ eine Kontroll- und Eingriffsbefugnis der Datenschutzaufsichtsbehörden auch neben Art. 2 d) RL 95/46/EG bzw. § 3 Abs. 7 BDSG gerade im Hinblick auf die Auswahl eines Datenverarbeiters<sup>29</sup> bestehe und – falls ja – unter welchen Voraussetzungen.<sup>30</sup>

Unter Verweis auf die „geeigneten Maßnahmen“ des Art. 24 RL 95/46/EG,<sup>31</sup> die „wirksamen Eingriffsbefugnisse“ des Art. 28 Abs. 3 RL 95/46/EG und die europäischen Grundrechte hält das BVerwG jedenfalls bei gestuften Informationsanbieterverhältnissen, in denen der Informationsanbieter (also hier die Betreiberin der Fanpage) die Verarbeitung personenbezogener Daten nicht beherrschen kann, es für erforderlich, dass auch den Informationsanbieter eine gewisse Verantwortlichkeit bzw. Pflichtigkeit trifft.<sup>32</sup> Diese Pflichtigkeit solle sich nicht auf Erhebung und Verarbeitung der Daten durch den Infrastrukturanbieter beziehen, sondern auf eine sorgfältige Auswahl eben dieses Infrastrukturanbieters. Maßgebliches Argument des BVerwG ist hier die fehlende Transparenz der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit im Rahmen mehrstufiger Informationsanbieterverhältnisse.<sup>33</sup> Ob Art. 2 d) RL 95/46/EG die Adressaten von Eingriffsmaßnahmen abschließend bestimmt oder aber Art. 24 und Art. 28 Abs. 3 Spiegelstrich 2 RL 95/46/EG Raum für weitere Adressaten lässt, ist damit Vorlagefrage eins.

In Vorlagefrage zwei<sup>34</sup> fasst sich das BVerwG mit einem möglichen Anknüpfungspunkt für diese Pflichtigkeit. So soll § 11 Abs. 2 S. 1 u. 4 BDSG als Umsetzung von Art. 17 Abs. 2 RL 95/46/EG eine mögliche Grundlage bilden. Das BVerwG sieht hier einen analogiefähigen Grundgedanken in der Pflicht der verantwortlichen Stelle zur sorgfältigen Auswahl des Auftragsdatenverarbeiters. Im Rahmen von mehrstufigen Nutzerverhältnisse (Nutzer Informationsangebot – Nutzer Infrastruktur – Plattformbetreiber) sieht das BVerwG eine gegenüber Art. 2 d) RL 95/46/EG neuartige Gefährdungslage.<sup>35</sup> Gleichermäßen stellt das BVerwG fest, dass auch ein Umkehrschluss aus Art. 17 Abs. 2 RL 95/46/EG in dem Sinne, dass die Auswahl- und Kontrollpflicht gerade nur beim Auftragsdatenverarbeiter besteht, denkbar sei. Auch eine Abgrenzung zur ASNEF/FECEMD-Entscheidung des EuGH<sup>36</sup> und der dort vorgenommenen Feststellung, dass die Verarbeitungstatbestände grundsätzlich abschließend seien, wird vom BVerwG vorgenommen. So gehe es hier gerade nicht um neue oder zusätzliche Bedingungen für eine Zulässigkeit der Datenverarbeitung.

Die Vorlagefragen 3 - 6 behandeln Aspekte der Zuständigkeit sowie Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden untereinander. Für den vorliegenden Fall ist dies deswegen von Bedeutung, da sich hiernach bemisst, ob die Aufsichtsbehörde in Schleswig-Holstein, Hamburg oder Irland zuständig ist und inwiefern Aufsichtsbehörden autark Sachverhalte ermitteln und bewerten sowie Anordnungen treffen können.

So zielt Vorlagefrage drei<sup>37</sup> darauf ab, ob bei Vorhandensein sowohl einer Marketing-Niederlassung als auch einer – jedenfalls nach Eigenangaben – über die Datenverarbeitung entscheidenden Niederlassung im Anwendungsbereich der Richtlinie die faktischen Verhältnisse der Datenverarbeitung maßgeblich seien. Sollte hier das Vorbringen des ULD, die eigentliche Datenverarbeitung finde in den USA statt, Bestand haben, wäre demnach die irische

Niederlassung von Facebook „ausgeschaltet“ und im Rahmen der Google Spain<sup>38</sup> Rechtsprechung eine Zuständigkeit über die deutsche Facebook-Niederlassung möglich.<sup>39</sup> Dadurch würde aber in jedem Fall auch eine weitere Sachverhaltsaufklärung über die konzerninternen Entscheidungs- und Datenverarbeitungsstrukturen notwendig.

Vorlagefrage vier<sup>40</sup> stellt eine Vertiefung der „Google Spain“<sup>41</sup> – und „Weltimmo“<sup>42</sup> – Rechtsprechung dar. Sollte der EuGH auch bei einer über die Verarbeitung entscheidenden Niederlassung im Anwendungsgebiet der Richtlinie die Marketing-Niederlassung im Inland als entscheidend erachten, sei ein Vorgehen gegen die Fanpage-Betreiberin ermessensfehlerhaft. Stattdessen müsste im vorliegenden Fall die Hamburger Aufsichtsbehörde gegen Facebook Germany direkt vorgehen.

Vorlagefrage fünf<sup>43</sup> behandelt die Problematik, ob die Aufsichtsbehörde eines Mitgliedsstaates an die Beurteilung der Aufsichtsbehörde eines anderen Mitgliedsstaates gebunden ist oder eine eigenständige Beurteilung vornehmen kann.<sup>44</sup> Das BVerwG grenzt wiederum zu Weltimmo<sup>45</sup> ab: Es gehe nicht um ein hoheitliches Vorgehen gegen Facebook Ireland, sondern um die Vorfrage der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung. Das BVerwG sieht hier Art. 28 Abs. 6 RL 95/46/EG im Hinblick auf hoheitliche Befugnisse territorial begrenzt, nicht allerdings auf die rechtliche Bewertung. Die Artikel-29-Datenschutzgruppe solle zwar zu einer einheitlichen Anwendung der Datenschutzrichtlinie gemäß Art. 30 Abs. 1 a) RL 95/46/EG beitragen, könne diese aber nicht erzwingen.<sup>46</sup>

Vorlagefrage sechs<sup>47</sup> ist Vorlagefrage 5 nachgeschaltet. Bestünde die Möglichkeit einer abweichenden Bewertung, sei zu klären, ob ein vorheriges Ersuchen der anderen Aufsichtsbehörde zur Ausübung ihrer hoheitlichen Befugnisse notwendig ist. Sollte die abweichende Bewertung von vornherein nicht möglich sein, sei auch das Ersuchen entbehrlich. Der Klärung bedürfe hier also, ob ein abgestuftes Verfahren notwendig sei, bei dem die Aufsichtsbehörde des Informationsanbieters die Aufsichtsbehörde des primär Verantwortlichen um Ausübung ihrer Befugnisse ersuche und erst dann gegen den Pflichtigen im Rahmen der Auswahlverantwortlichkeit vorgehe.

## III. Konsequenzen

Zunächst: Die Auswirkungen auf die Praxis sind aufgrund des Vorlagebeschlusses noch nicht klar. Dass der

29 Aber eben nicht im Sinne der Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG.

30 BVerwG, 25. 2. 2016 – 1 C 28.14, K&R 2016, 437, 439, Rn. 31 ff.

31 So etwa auch *Mantz*, ZD 2014, 62, 64.

32 Mit Verweis auf *Martini/Fritzsche*, NVwZ-Extra 21/2015, 1, 11.

33 So soll dies etwa auch dann gelten, wenn sich anhand des Seitendesigns des Informationsangebotes erkennen lässt, dass eine bestimmte Infrastruktur benutzt wird.

34 BVerwG, 25. 2. 2016 – 1 C 28.14, K&R 2016, 437, 440, Rn. 35 f.

35 Insbesondere, wenn das Informationsangebot auch für außerhalb der Infrastruktur stehende Nutzer erreichbar ist.

36 EuGH, 24. 11. 2011 – C-468/10 und C-469/1000, K&R 2012, 40 ff. = ZD 2012, 33 ff. – ASNEF/FECEMD.

37 BVerwG, 25. 2. 2016 – 1 C 28.14, K&R 2016, 437, 440, Rn. 38 f.

38 EuGH, 13. 5. 2014 – C-131/12, K&R 2014, 502 ff. – Google Spain.

39 Wobei hier dann freilich die hamburgische Datenschutzbehörde zuständig wäre.

40 BVerwG, 25. 2. 2016 – 1 C 28.14, K&R 2016, 437, 441, Rn. 40.

41 EuGH, 13. 5. 2014 – C-131/12, K&R 2014, 502 ff. – Google Spain.

42 EuGH, 1. 10. 2015 – C-230/14, K&R 2015, 719 ff. – Weltimmo.

43 BVerwG, 25. 2. 2016 – 1 C 28.14, K&R 2016, 437, 441, Rn. 41 f.

44 Insofern unklar, da es um das Verhältnis zu der EU-Kommission ging: EuGH, 6. 10. 2015 – C-362/14, K&R 2015, 710 ff. – Schrems (m. Anm. *Bretthauer*).

45 EuGH, 1. 10. 2015 – C-230/14, K&R 2015, 719 ff. – Weltimmo.

46 Anders Art. 65 DSGVO.

47 BVerwG, 25. 2. 2016 – 1 C 28.14, K&R 2016, 437, 441, Rn. 43 f.

EuGH aber in den jüngsten Entscheidungen<sup>48</sup> durchaus datenschutzfreundlich entschieden hat<sup>49</sup> und etwa in Google Spain<sup>50</sup> auch innovative Gesetzfortbildung betrieben hat, ist bekannt. Insofern wäre eine positive Beantwortung der Vorlagefragen 1 und 2 nicht völlig unwahrscheinlich. Der Praxis soll aber nicht ein ähnlich gelagertes Verfahren zur Einbindung des Like-Buttons vor dem LG Düsseldorf<sup>51</sup> verschwiegen werden. Der dortige Ansatz des LG Düsseldorf, schon die Einbindung des Like-Buttons in eine eigene Webseite als Erhebung i. S. v. § 3 Abs. 3 BDSG zu klassifizieren und damit eine Verantwortlichkeit des Webseitenbetreibers zu begründen,<sup>52</sup> scheint aus Transparenzgründen möglicherweise noch nachvollziehbar. Im Hinblick auf die prägenden Elemente<sup>53</sup> des Begriffs der Erhebung, also Kenntnisnahme oder Verfügungsgewalt<sup>54</sup> über die Daten, ist diese Auslegung aber überdehnt.<sup>55</sup> Eine solche Ansicht würde zu einer fragwürdigen Quasi-Störerhaftung führen, zeigt aber andererseits den dringenden Reformbedarf der Verantwortlichkeit, den auch der Vorlagebeschluss des BVerwG aufwirft. Frappierend wirkt das Urteil des LG Düsseldorf im Hinblick auf die seinerseits bereits veröffentlichte Pressemitteilung des BVerwG. Insgesamt lässt sich eine klare Handlungsempfehlung für die weitere Verwendung von Fanpages oder Social-Plugins nicht geben, da unklar ist, auf welche Weise den datenschutzrechtlichen Vorgaben – jedenfalls nach LG Düsseldorf – nachgekommen werden kann.<sup>56</sup> Ein sicher noch ausbaubedürftiger Ansatz für die Rechtsprechung könnte neben den Überlegungen des BVerwG etwa auch eine gestufte kollektive Verantwortlichkeit angelehnt an die Haftungsregeln von §§ 7-10 TMG sein.<sup>57</sup>

Der Vorlagebeschluss ist aufgrund der unbefriedigenden Gesetzeslage und der Auslegungsgrenzen demnach sehr zu begrüßen. Dass es bislang, trotz technischer wie sozialer Entwicklungen, kaum Verfahren gibt, die sich intensiver mit dem Normadressaten im Datenschutz beschäftigen, ist recht verwunderlich. Mitunter mag dies daran liegen, dass die Rollenverteilung im Datenschutzrecht mit der verantwortlichen Stelle gemäß § 3 Abs. 7 BDSG und dem Auftragsdatenverarbeiter in § 11 BDSG klar vorgegeben scheint. Auch § 38 Abs. 5 BDSG scheint mit seinem Bezug auf die Verarbeitung und technisch oder organisatorischen Mängel vor allem mit § 3 Abs. 7 BDSG logisch verknüpft. Zudem scheint § 11 Abs. 4 BDSG mit den eingeschränkten Vorgaben für den Auftragsdatenverarbeiter bzw. -nehmer den Adressatenkreis eher einzuschränken. Andererseits enthält § 38 Abs. 5 BDSG im Gegensatz zu § 7 und § 8 BDSG gerade nicht den Begriff der verantwortlichen Stelle.<sup>58</sup> Eine notwendige Beschränkung von § 38 Abs. 5 BDSG auf die verantwortliche Stelle bzw. den für die Verarbeitung Verantwortlichen ergibt sich weder aus einer Auslegung<sup>59</sup> der Norm, noch aus Art. 24 oder 28 RL 95/46/EG.<sup>60</sup> Dass das BVerwG sich mit der Rechtslage unzufrieden zeigt, wird in dem Beschluss insgesamt deutlich. So mag die Stellung der Fanpage-Betreiberin nicht recht unter die bislang üblichen Rollen passen.<sup>61</sup> Mit einer Umgehung des europäischen Datenschutzrechts durch die Verwendung von außereuropäischen Anbietern mag sich das BVerwG allerdings auch nicht zufriedengeben.<sup>62</sup> Insofern kann man die Vorlage auch als Aufruf zur Reform an den Gesetzgeber verstehen.<sup>63</sup>

Gleichermaßen muss man konstatieren, dass der deutsche Gesetzgeber etwa die mitverantwortliche Stelle nach

Art. 2 d) RL 95/46/EG gar nicht erst umgesetzt und somit den Spielraum für Anordnungsadressaten noch weiter verengt hat.<sup>64</sup> Andere Entwicklungen die der Gesetzgeber<sup>65</sup> „verschlafen“ hat sind das Zusammenspiel der sogenannten Haushaltsausnahme gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG und sozialer Netzwerke wie Facebook und Twitter.<sup>66</sup> Innovative Rechtsfortbildung, wie man sie noch mit dem TMG bzw. TDDSG gesehen hat und die ein Vorbild für europäische Gesetzgebung sein kann, findet schon länger nicht mehr statt. Mit einem Tätigwerden des deutschen oder europäischen Gesetzgebers ist also eher nicht zu rechnen. Insgesamt zeigt sich, dass das Datenschutzrecht in vielen Grundbegriffen mittlerweile kaum noch sozialer und technischer Entwicklung gerecht werden kann.

Kontraproduktiv ist hier auch, dass kaum Verfahren in höhere Instanzen gelangen. Meist findet eine Einigung schon mit der Aufsichtsbehörde oder aber in der ersten Instanz statt.<sup>67</sup> Schwachstellen und Unklarheiten der Gesetze werden somit weder von höchstrichterlichen Gerichten auslegt, noch dem Gesetzgeber offenbart und ausgemerzt. Unklarheiten im Interesse beider Parteien bestehen zu lassen, führt aber zwangsläufig zu einer unnötigen Partisanisierung der Beteiligten und einer Schädigung der informationellen Selbstbestimmung insgesamt. Insofern lässt sich der momentane Stand des Datenschutzrechts am besten so zusammenfassen: Überkomplexe und veraltete Regelungen, unterkomplexe Durchsetzung.<sup>68</sup>

- 48 EuGH, 1. 10. 2015 – C-230/14, K&R 2015, 719 ff. – Weltimmo; EuGH, 1. 10. 2015 – C-201/14, ZD 2015, 577 ff. – Bara (m. Anm. Petri); EuGH, 6. 10. 2015 – C-362/14, K&R 2015, 710 ff. – Schrems (m. Anm. Brettbauer).
- 49 So auch Jotzo, JZ 2016, 366 f. (Anm. zu EuGH, 6. 10. 2015 – C-362/14 – Schrems).
- 50 EuGH, 13. 5. 2014 – C-131/12, K&R 2014, 502 ff. – Google Spain.
- 51 LG Düsseldorf, 9. 3. 2016 – 12 O 151/15, K&R 2016, 364 ff. Berufung wurde eingelegt.
- 52 Insofern auch fragwürdig Föhlich/Pilous, MMR 2015, 631, 633 mit Bezug auf Dammann, in: Simitis, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 3 Rn. 225.
- 53 Dammann, in: Simitis (Fn. 52), § 3 Rn. 102.
- 54 Im Hinblick auf die Dateneigentumsdebatte erscheint dieser Begriff ohnehin problematisch.
- 55 Kritisch insbesondere zur Frage der Erhebung Piltz: <https://www.delegedata.de/2016/03/zum-like-button-urteil-in-duesseldorf-wer-ist-denn-nun-fuer-was-verantwortlich/>.
- 56 So Föhlich/Pilous, MMR 2015, 631, 634 f. und Piltz: <https://www.delegedata.de/2016/03/zum-like-button-urteil-in-duesseldorf-wer-ist-denn-nun-fuer-was-verantwortlich/>.
- 57 Jandt/Roßnagel, ZD 2011, 160, 164; kritisch Martini/Fritzsche, NVwZ-Extra 21/2015, 11.
- 58 So enthält auch Art. 23 RL 95/46/EG als europarechtliche Grundlage für § 7 und § 8 BDSG ausdrücklich den für die Verarbeitung Verantwortlichen. Aus diesem leitet Piltz, K&R 2014, 80, 84 f. eine Untersagungs-befugnis, als gegenüber dem Schadensersatz milderer Mittel ab, die aber wiederum eine verantwortliche Stelle voraussetze. Hierbei werden aber die Aspekte der Aufsicht hinsichtlich der besonderen Gefahrenabwehr zu sehr von den eher zivilrechtlich anmutenden Aspekten hinsichtlich der Ansprüche von Betroffenen überlagert.
- 59 Geradezu schulmäßig Martini/Fritzsche, NVwZ-Extra 21/2015, 13. Anders noch das Schleswig-Holsteinische OVG vgl. Rn. 12.
- 60 Jedenfalls größtenteils, siehe Fn. 19.
- 61 Ähnlich zur Verantwortlichkeitsproblematik Jandt/Roßnagel, ZD 2011, 160, 165.
- 62 So auch Martini/Fritzsche, NVwZ-Extra 21/2015, 11 f.
- 63 Ebenso Martini/Fritzsche, NVwZ-Extra 21/2015, 16.
- 64 Monreal, ZD 2014, 611 ff. Dieser übersieht aber offensichtlich hinsichtlich seiner Argumentation zur Begrenzung der Begünstigung des Auftragnehmers gemäß § 3 Abs. 8 S. 3 BDSG wiederum Art. 17 Abs. 3 Spiegelstrich 2 RL 95/46/EG und den Hinweis auf die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats.
- 65 In diesem Falle aber aufgrund der europäischen Vorgabe auch der EU-Gesetzgeber.
- 66 So etwa Jandt/Roßnagel, ZD 2011, 160, 162. Vgl. auch Piltz: <https://www.delegedata.de/2016/04/datenschutzverstoss-durch-verlinkung-von-freund-en-auf-facebook/>. Hierzu in der DSGVO wenigstens ErwG 18.
- 67 So etwa: <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/facebook-like-button-pay-back-und-verbraucherschuetzer-einigen-sich-a-1089632.html>.
- 68 Frei nach Rigo Wenning.