47. Jahrgang
datenschutz-berater.de
DSB 11/2023

DATENSCHUTZ-BERATER

» Ihr zuverlässiger Partner für Datenschutz und Datensicherheit

ISSN 0170-7256

dfv Mediengruppe

Sascha Kremer

Der EuGH: Die Überaufsicht?

Das Tempo, mit dem der EuGH im Datenschutz durchentscheidet, die DSGVO verbindlich auslegt, nationales Recht für unvereinbar mit der DSGVO erklärt und damit das Datenschutzrecht prägt, ist rasant. Allein zum Auskunftsanspruch und Recht auf Erhalt einer Kopie aus Art. 15 Abs. 1, Abs. 3 DSGVO gab es in diesem Jahr vier Entscheidungen des EuGH, die das Auskunftsrecht deutlich konturiert und Streitfragen aufgelöst haben. Wer hier nur am Rande eine Rolle spielt, sind die Aufsichtsbehörden, die sich in einem Wust an unverbindlichen Veröffentlichungen und langwierigen Kohärenzverfahren verrennen, anstatt – jedenfalls in Deutschland – für ihre Rechtsauffassungen auch konsequent zu streiten.

Aufsichtsbehörden, wo seid ihr?

Das Vollzugsdefizit im Datenschutzrecht ist unverändert.

DPC denkt langsam und verschleiert …

Die irische Aufsichtsbehörde DPC verschleppt (absichtlich?) jahrelang Anordnungen gegen Meta und handelt erst, nachdem ihr auf Druck des Europäischen Datenschutzausschusses (EDSA) keine andere Wahl mehr bleibt. Statt Einsicht und Kooperation zu zeigen, schießt man sich in Irland bei der DPC lieber auf Beschwerdeführer und Verfahrensbeteiligte ein, die Informationen zu aufsichtsbehördlichen Verfahren „durchstechen". Um das zu unterbinden, versucht die DPC, Verfahrensinhalte durch Vertraulichkeitsanordnungen der öffentlichen Diskussion zu entziehen.

Kohärenzverfahren funktioniert nicht…

Das Kohärenzverfahren nach Art. 63 ff. DSGVO zur Abstimmung der Aufsichtsbehörden bei grenzüberschreitenden Sachverhalten ist zu schwerfällig und dauert zu lange. Deshalb legte die Kommission einen Vorschlag für eine „Verordnung zur Festlegung zusätzlicher Verfahrensregeln für die Durchsetzung der Verordnung (EU) 2016/679 (COM(2023) 348 final)" vor, damit die Aufsichtsbehörden im Datenschutz zeitnah zu abgestimmten Entscheidungen kommen. Hinterfragen der DSGVO und der dort bestehenden Anpassungsbedarfe? Fehlanzeige. Es braucht eine Verordnung zur Verordnung, damit die Verordnung durchgesetzt werden kann.

Wer schreibt, der bleibt …

Und was passiert in Deutschland?

Die Datenschutzkonferenz veröffentlicht munter weiter Beschlüsse, Entschließungen, Orientierungshilfen und Anwendungshinweise, obwohl sie rechtlich ein Nullum ist. Daran wird im auch § 16a BDSG im Referentenentwurf für ein erstes Gesetz zur Änderung des BDSG nichts ändern. Im Übrigen veröffentlichen die Aufsichtsbehörden in den Ländern, im Bund und den Kirchen mal mehr, mal weniger untereinander abgestimmte Stellungnahmen zu allen möglichen Aspekten des Datenschutzes, selbst wenn der EDSA schon eine ausführlichere Leitlinie in die Welt gesetzt hat (an deren Erstellung die deutschen Aufsichtsbehörden im Übrigen beteiligt waren). Gerne weicht man dabei auch von der Position der Behörde im Nachbarbundesland oder gar gleich von den Empfehlungen des EDSA ab, weil – was richtig ist – jede Aufsichtsbehörde selbst eine Meinung haben darf.

Das Ergebnis…

Meistens, leider, nur heiße Luft.

Beispiel: Microsoft 365.

Seit Jahren wird mantraartig wiederholt, dass eine datenschutzkonforme Nutzung von Microsoft 365 und dessen Vorgänger nicht oder nur unter Bedingungen möglich sei, die in der Praxis jedenfalls von KMU (und auch von den meisten Konzernen) kaum oder gar nicht umsetzbar sind. Neuestes Highlight: Lieber Verantwortlicher, bitte verhandele mit Microsoft eine Zusatzvereinbarung zum Auftragsverarbeitungsvertrag, in der Du bitte die Forderungen durchsetzt, die wir als Aufsichtsbehörden seit Jahren bei Microsoft platzieren, aber von Microsoft trotzdem nicht umgesetzt werden (möglicherweise sogar zu Recht).

Cloud ist böse… immer noch

Die wahre Aussage hinter alldem scheint zu sein:

Liebe Verantwortliche, nutzt nicht die böse Cloud, insbesondere nicht die aus den USA, sondern betreibt eure Systeme On Premises, da habt ihr die volle Kontrolle über „Eure" Daten. Mag so sein, ist aber für den Datenschutz meist kontraproduktiv. Dafür genügt allzu oft ein Blick auf die Infrastrukturen, auf denen die Applikationen dann On Premises laufen. Oder ein Gespräch mit dem Vertrieb eines IT-Systemhauses, was ausführlich erklärt, dass nicht unterstützte Firewalls gerne noch ein paar Jahre länger laufen, um Kosten zu Lasten der Daten- und Informationssicherheit zu sparen.

Durchsetzung? Fehlanzeige.

Bußgelder? Untersagungsanordnungen? Dann sogar durchgesetzt und rechtskräftig? Gibt es, was die Tätigkeitsberichte der Aufsichtsbehörden und der eine oder andere Rechtsstreit belegen.

Nur: Wie hoch ist die Wahrscheinlichkeit für einen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter, sanktioniert zu werden? Statistisch: Null oder zumindest nah dran, sagt jedenfalls die KI meiner Wahl auf einen entsprechenden Prompt. Zu keiner Sanktion kommt es leider häufig selbst dann, wenn der Aufsichtsbehörde der Sachverhalt über eine fundierte Beschwerde auf dem Elfmeterpunkt präsentiert wird und nur noch auf das leere Tor geschossen werden muss.

Und warum? Weil Rechtsauffassungen behaupten und Rechtsauffassungen durchsetzen zwei völlig unterschiedliche Dinge sind. Wer Dinge mit breiter Brust behauptet, muss auch aushalten können, dass ein Gericht zu einem anderen Ergebnis kommt. Behauptungen nicht durchzusetzen kostet demgegenüber Glaubwürdigkeit und schädigt den Datenschutz, der angesichts unserer KI-durchseuchten Welt heute wichtiger ist als jemals zuvor.

Die Lösung… der EuGH, die Überaufsicht?

Dieses Vakuum, auch geschuldet der enormen Komplexität und zuweilen Widersprüchlichkeit der DSGVO, schließt zunehmend der EuGH.

Verbindliche Auslegung der DSGVO

Mit seinen Entscheidungen zur DSGVO sowie den (manchmal sogar rechtmäßig in Ausfüllung von Öffnungsklauseln erlassenen) nationalen Datenschutzgesetzen und deren Vereinbarkeit mit der DSGVO sorgt er in rasender Geschwindigkeit für Klarheit und räumt gelegentlich auch mit eigentlich schon immer unvertretbaren Rechtspositionen der „Mitdiskutierenden“ im Datenschutz auf, egal ob es um Aufsichtsbehörden, Verantwortliche, Auftragsverarbeiter, betroffene Personen, Datenschutzberater, Rechtsanwälte oder Datenschutzverbände geht.

Das verbindliche Auslegen europäischer Regelwerke ist ureigene Aufgabe des EuGH als Teil der Judikative. Aufgabe der Aufsichtsbehörden als Teil der Exekutive wäre es aber, Teil der Auseinandersetzungen auch vor dem EuGH zu sein und für ihre Rechtsauffassungen zu streiten, indem diese im behördlichen Verfahren wo erforderlich erzwungen und dann ggf. auch gerichtlich verteidigt werden. Genau an dieser Streitkultur fehlt es aber weiterhin in Deutschland, anders als etwa in Österreich oder Frankreich, wo die Aufsichtsbehörden aktiv auf die verbindliche Klärung von Rechtsfragen im Datenschutz hin wirken anstatt sich, von einzelnen Ausnahmen abgesehen, auf den – unbenommen gleichfalls sehr wichtigen – beratenden und kommunikativen Teil zu beschränken, der aber im Unverbindlichen „wir empfehlen ja nur…“ bleibt.

Brücke gebaut: Rechenschaftspflicht

Dabei baut der EuGH den Aufsichtsbehörden sogar unzerstörbare Brücken hin zu einer effektiven, einfachen Rechtsdurchsetzung. Wenn der EuGH wiederholt entscheidet, die Rechenschaftspflicht aus Art. 5 Abs. 2 DSGVO führe zu einer Beweislast des Verantwortlichen für die Einhaltung der Grundsätze aus Art. 5 Abs. 1 DSGVO (EuGH, Urt. v. 24.02.2022 – C-175/20, Rn. 77, 81; Urt. v. 04.05.2023 – C-60/22, Rn. 53) bedarf es im Ernstfall kaum noch einer Ermittlung:

- Verstoß gegen Informationspflichten?
- Empfänger trotz konkreter Anfrage nicht beauskunftet?
- Interessenabwägung nicht dokumentiert?
- Erforderlichkeit einer DSFA nicht bewertet?
- Verarbeitungszweck geändert für KI-Training?

Bitte, lieber Verantwortlicher, weise mir nach, dass Du die Grundsätze aus Art. 5 Abs. 1 DSGVO eingehalten hast. Kannst Du nicht oder willst Du nicht? Kein Problem, hier ist die geeignete, erforderliche und verhältnismäßige Sanktion aus dem Katalog in Art. 58 Abs. 2 DSGVO oder zumindest ein Hinweis nach Art. 58 Abs. 1 Buchst. d DSGVO. Gerne helfen wir Dir, in Zukunft Derartiges zu vermeiden. Mit besten Grüßen, Deine Aufsichtsbehörde. Das ist sicherlich ein fiktiver, arg vereinfachter Dialog.

Ist das anstrengend und kräfteraubend? Ja. Ist das frustrierend: Mit Sicherheit. Gefällt das dem Verantwortlichen? Nein. Wird er sich wehren? Vermutlich meist ja. Aber am Ende wird die DSGVO wieder ein Stück greifbarer sein, der Datenschutz von mindestens einem Verantwortlichen mehr ernst genommen und dort nicht länger als eine von vielen Compliance-Pflichten „wegdokumentiert“, weil „passiert ja sowieso nichts, jedenfalls nichts Ernstes“.

Praxisbeispiel: Auskunftsanspruch

Wer glaubt, ich dramatisiere, mag sich mal die Prozesse zur Bearbeitung von Anfragen betroffener Fragen nach Art. 15 ff. DSGVO anschauen, gerne in einem KMU um die Ecke.

Auskunftsanspruch: So sollte es nicht sein.

Einen dokumentierten Prozess gibt es oft noch: Wer macht wann, was, wie? Häufig gibt es sogar ein „Datenschutztool“, in dem man den ordnungsgemäßen Ablauf des Prozesses dokumentieren kann. Wo aber die Daten für die Auskunft herkommen, wird allzu oft von Fall zu Fall betrachtet („für den einen Fall im Jahr reicht das locker!“).

Erhalt einer Kopie nach Art. 15 Abs. 3 DSGVO? Abgelehnt, die Dokumente können wegen Ausnahmen nach Art. 15 Abs. 4 DSGVO leider nicht herausgegeben werden, Schwär-

zung nach Wahl unmöglich oder unverhältnismäßig. Angabe konkreter Empfänger? Nein, ich als Verantwortlicher beauskunfte nur Empfängerkategorien. Arbeitnehmer mit Auskunft vor Kündigungsschutzprozess? Abgelehnt, der Antrag ist rechtsmissbräuchlich oder wird aus einem nicht der DSGVO-dienenden Grund gestellt. Die Liste der die Betroffenenrechte einschränkenden Auslegungen der DSGVO ließe sich beliebig fortführen. Wer räumt auf? Der EUGH.

EuGH, Urt. v. 12.01.2023 – C-154/21

Rn. 36, 39, 43: Die betroffene Person entscheidet, nicht der Verantwortliche, ob sie die Auskunft über konkrete Empfänger oder über Empfängerkategorien gemäß Art. 15 Abs. 1 Buchst. c DSGVO wünscht. Hintergrund: Rechtsstreit einer betroffenen Person aus Österreich mit einem Verantwortlichen.

EuGH, Urt. v. 04.05.2023 – C-487/21

Rn. 31, 32, 39, 41 ff.: Das Recht auf Erhalt einer Kopie aus Art. 15 Abs. 3 DSGVO ist Teil des Auskunftsanspruchs aus Art. 15 Abs. 1 DSGVO und kein eigenständiger Anspruch, der separat geltend gemacht werden müsste. Eine Kopie meint vollständige und wahrheitsgemäße Reproduktion der gespeicherten personenbezogenen Daten, in Ausnahmefällen auch das Dokument, soweit zur Kontextualisierung und Verständlichkeit erforderlich. Nicht ausreichend sind allgemeine Ausführungen zum Verarbeitungsgegenstand und den Datenkategorien. Hintergrund: Rechtsstreit einer betroffenen Person aus Österreich mit der dortigen Aufsichtsbehörde.

EuGH, Urt. v. 22.06.2023 – C-579/21

Rn. 73, 74, 79 ff., 85, 86: Interne Empfänger (Arbeitnehmer und unterstellte Personen i. S. d. Art. 29 DSGVO) sind keine Empfänger i. S. d. Art. 4 Nr. 9 DSGVO und müssen deshalb nicht gemäß Art. 15 Abs. 1 Buchst. c DSGVO beauskunftet werden. Ausnahmen vom Auskunftsrecht bedürfen stets einer gesetzlichen Anordnung und ergeben sich nicht aus der Art der Tätigkeit des Verantwortlichen oder Eigenschaften der betroffenen Person, welche die Auskunft begehrt. Hintergrund: Rechtsstreit einer betroffenen Person mit einem Verantwortlichen in Finnland.

EuGH, Urt. v. 26.10.2023 – C-307/22

Rn. 38, 43: Die Geltendmachung des Auskunftsanspruchs aus Art. 15 Abs. 1 DSGVO bedarf keiner Begründung. Es darf vom Verantwortlichen auch keine Begründung verlangt werden. Die Zurückweisung des Auskunftsanspruchs bei Geltendmachung aus einem anderen Grund als der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung ist unzulässig. Die erste Auskunft darf nichts kosten, auch wenn es eine davon abweichende Festlegung in einem (ggf. vor der DSGVO erlassenen) nationalen Gesetz gibt. Hintergrund: Rechtsstreit einer betroffenen Person mit einem Verantwortlichen in Deutschland.

Aufgeräumt.

Mit diesen vier, allesamt im Jahr 2023 ergangenen Entscheidungen hat der EuGH den Auskunftsanspruch stärker konturiert als dies alle aufsichtsbehördlichen Empfehlungen, Leitlinien oder Anordnungen in den Jahren zuvor geschafft haben. In drei der vier Fälle musste die betroffene Person ihr Recht selbst durchsetzen, nicht eine Aufsichtsbehörde ihre zuvor geäußerte Rechtsposition gegenüber einem Verantwortlichen durchsetzen. Und so ist es auch in vielen anderen Bereichen der DSGVO. Der EuGH, die Überaufsicht?

Schlussnote

Es wäre wünschenswert, wenn die Überbewertung der Entscheidungsgründe in europäischen Rechtsakten bei deren Auslegung endlich aufhört. Denn Entscheidungsgründe sind kein Auslegungsmaßstab. Sie helfen beim Verständnis einer Norm, nicht mehr, nicht weniger. Deshalb ist es wichtig, die Entscheidungsgründe zu kennen, sie aber nicht über oder anstelle der Norm zu setzen. Denn das erschwert oder verhindert den Blick auf das Gesetz.

Erfreulicherweise hat der EuGH im Urt. v. 26.10.2023 – C307/22, Rn. 44, auch das noch einmal klargestellt, vermutlich um die ständigen Hinweise auf „aber das steht doch in den Entscheidungsgründen“ in den an ihn gerichteten Einlassungen (einschließlich der Schlussanträge) ins rechte Licht zu rücken: „Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung die Erwägungsgründe eines Unionsrechtsakts rechtlich nicht verbindlich sind und weder herangezogen werden können, um von den Bestimmungen des betreffenden Rechtsakts abzuweichen, noch, um diese Bestimmungen in einem Sinne auszulegen, der ihrem Wortlaut offensichtlich widerspricht.“

Danke, lieber EuGH.

Autor: **Sascha Kremer, Gründer von KREMER LEGAL (Köln), Fachanwalt für IT-Recht, Datenwirtschaftsrechtler, Mitglied im DSB-Beirat, Lehrbeauftragter an zwei Hochschulen, berät Mandanten hochspezialisiert an der Schnittstelle zwischen Technik und Recht.**