

In Kooperation mit:

bitkom - Bundesverband Informationswirtschaft,
Telekommunikation und neue Medien e.V.
davit im DAV - Arbeitsgemeinschaft IT-Recht
im Deutschen Anwaltverein
eco - Verband der Internetwirtschaft e.V.
game - Verband der deutschen Games-Branche e.V.
VAUNET - Verband Privater Medien

MMR

MultiMedia und Recht

Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht

10/2018

HERAUSGEBER

RAin **Dr. Astrid Auer-Reinsdorff**, FAIT-Recht, Berlin/Lissabon/Vorsitzende des Geschäftsführenden Ausschusses der Arbeitsgemeinschaft IT-Recht im DAV (davit) – RA **Prof. Dr. Oliver Castendyk**, MSc. (LSE), Direktor Allianz Deutscher Produzenten – Film & Fernsehen e.V., Berlin – **Prof. Dr. Nikolaus Forgó**, Professor für Technologie- und Immaterialgüterrecht und Vorstand des Instituts für Innovation und Digitalisierung im Recht, Universität Wien – RAin **Prof. Dr. Sibylle Gierschmann**, LL.M. (Duke University), FA Urheber- und Medienrecht, Partnerin Kanzlei Taylor Wessing, München – **RA Prof. Dr. Christian-Henner Hentsch**, M.A., LL.M., Leiter Recht und Regulierung beim game – Verband der deutschen Games-Branche e.V. in Berlin/Professor für Urheber- und Medienrecht an der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht der TH Köln – **Prof. Dr. Reto M. Hilty**, Direktor am Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb, München/Ordinarius an der Universität Zürich – **Prof. Dr. Thomas Hoeren**, Direktor der Zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Prof. Dr. Bernd Holznapel**, Direktor der Öffentlich-rechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Universität Münster – **Wolfgang Kopf**, LL.M., Leiter Zentralbereich Politik und Regulierung, Deutsche Telekom AG, Bonn – **Prof. Dr. Marc Liesching**, Professor für Medienrecht und Medientheorie, HTWK Leipzig/München – RA **Prof. Dr. Peter Raue**, Raue LLP, Berlin – **Prof. Dr. Alexander Roßnagel**, Universität Kassel/Leiter der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) – RA **Prof. Dr. Joachim Scherer**, LL.M., Baker & McKenzie, Frankfurt a.M. – RA **Dr. Raimund Schütz**, Loschelder Rechtsanwälte, Köln – **Prof. Dr. Ulrich Sieber**, Direktor und Leiter der strafrechtlichen Abteilung des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg/Honorarprofessor und Leiter des Rechtsinformatikzentrums an der Ludwig-Maximilians-Universität, München – **Prof. Dr. Louisa Specht**, Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Informations- und Datenrecht, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn – RA **Dr. Axel Spies**, Morgan, Lewis & Bockius LLP, Washington DC – **Prof. Dr. Gerald Spindler**, Universität Göttingen

WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT

Daniela Beaujean, Mitglied der Geschäftsleitung Recht und Regulierung/Justiziarin, Verband Privater Medien (VAUNET), Berlin – **Dietrich Beese**, Hamburg – **Prof. Dr. Herbert Burkert**, Forschungsstelle für Informationsrecht, Universität St. Gallen – RAin **Susanne Dehmel**, Mitglied der Geschäftsleitung BITKOM e.V., Berlin – **Jürgen Doetz**, Koordinator der Deutschen Content Allianz, Berlin – **Dr. Andrea Huber**, LL.M. (USA), Geschäftsführerin, ANGA Verband Deutscher Kabelnetzbetreiber e.V., Berlin – **Dr. Christine Kahlen**, Leiterin Öffentlichkeitsarbeit, Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Berlin – **Dr. Christopher Kuner**, J.D., LL.M., Senior of Counsel, Wilson Sonsini Goodrich & Rosati, LLP, Brüssel – **Prof. Dr. Wernhard Möschel**, Vorsitzender des Wissenschaftlichen Beirats beim BMWV/Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Universität Tübingen – **Robert Queck**, Maître de Conférences, Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID), Universität Namur, Belgien – **Prof. Dr. Eike Ullmann**, Vors. Richter des I. Zivilsenats am BGH a.D., Karlsruhe

REDAKTION

Anke Zimmer-Helfrich, Chefredakteurin –
RAin **Ruth Schrödl**, Redakteurin –
Eva Wanderer, Redaktionsassistentin –
Maren Otter, Volontärin
Wilhelmstr. 9, 80801 München

EDITORIAL

Fake News? – Art. 5 DS-GVO und die Umkehr der Beweislast

Lesedauer: 11 Minuten

In der sich abzeichnenden Literatur zum neuen Datenschutz wird stets und fatalerweise betont, dass die Datenschutzgrundverordnung zu einer radikalen Änderung der Darlegungs- und Beweislast für die ordnungsgemäße oder unrechtmäßige Verarbeitung personenbezogener Daten geführt hat. Hierzu wird auf Art. 5 Abs. 2 Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) verwiesen, wonach der Verantwortliche für die Einhaltung des Abs. 1 dieses Artikels verantwortlich sei und dessen Einhaltung nachweisen müsse. Die Rechenschaftspflicht führe damit in der Praxis im Vergleich zum bisherigen Recht zu umfangreichen zusätzlichen Dokumentations- und Nachweispflichten. Durch Absatz 2 werde klargestellt, dass die Beweislast für die Rechtmäßigkeit einer Datenverarbeitung beim Verantwortlichen liegt, und dies werde durch Art. 24 DS-GVO noch einmal bekräftigt. Im Weiteren wird nachgewiesen, dass diese Auslegung unzutreffend ist.

Die Reichweite von Art. 5 Abs. 2 DS-GVO

Noch entscheidet über die Auslegung der Wortlaut der Vorschrift. Art. 5 Abs. 2 DS-GVO verweist ausdrücklich auf die Einhaltung des Absatzes 1. Er gilt daher nicht für die besonderen

Vorschriften der DS-GVO, sondern die Grundsätze für die allgemeine Datenverarbeitung. Nun umfasst Art. 5 Abs. 1 DS-GVO auch die Pflicht zur Verarbeitung personenbezogener Daten in rechtmäßiger Weise. Nicht gemeint ist aber mit Rechtmäßigkeit, dass die gesamten Vorgaben der DS-GVO eingehalten werden: vielmehr verweist Art. 5 Abs. 1 DS-GVO mit dem Erfordernis der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung auf Art. 6 Abs. 1 DS-GVO.

Der Kommissionsentwurf der DS-GVO hatte noch die allgemeine Verantwortlichkeit dafür vorgesehen, „... dass bei jedem Verarbeitungsvorgang die Vorschriften

dieser Verordnung eingehalten“ werden. Nunmehr bezieht sich Absatz 2 nur auf Absatz 1 und damit auf die Grundsätze der Verarbeitung personenbezogener Daten.

Diese Grundsätze sind sehr allgemein gehalten und schwierig zu konkretisieren. In früheren Regelwerken bestand die Tendenz, solche allgemeinen Prinzipien als unverbindliche Leitsätze aufzuziehen. Der Ordnungsgeber war demgegenüber in der Zwangslage, die Einhaltung der Grundsätze zu betonen und die Verantwortlichen zur Einhaltung nachhaltig zu verpflichten. Abgesehen von der Tatsache, dass damit die Rechenschaftspflicht nur für die Datengrundsätze in Art. 5 Abs. 1 DS-GVO fehlte, ist die Rechenschaftspflicht in Art. 5 Abs. 2 DS-GVO nur bezogen



Professor Dr. Thomas Hoeren

darauf, dass der Verantwortliche die Einhaltung nachweisen muss. Mit diesem Nachweis ist nicht die Darlegungs- und Beweislast im Sinne des Zivilprozessrechts gemeint. Vielmehr besteht die Rechenschaftspflicht nur in einem Nachweis der Einhaltung für die Aufsichtsbehörden. Sie ist also als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren und nicht als zivilprozessual. Jedenfalls gibt dies der Wortlaut von Art. 5 DS-GVO nicht her.

Dementsprechend sind die Erwägungsgründe zu Art. 5 DS-GVO stumm. Ausführlich werden dort die einzelnen Grundsätze geschildert. Art. 5 Abs. 2 DS-GVO wird hingegen schmählich unterschlagen. Von daher entspricht die Begründung nicht der großen Bedeutung von Art. 5 Abs. 2 DS-GVO, den die Literatur dieser Regelung zuweist. Auch in den anderen Entwürfen findet sich kein Anhaltspunkt dafür, dass Art. 5 Abs. 2 DS-GVO eine Umkehr der Darlegungs- und Beweislast zu Lasten des Verantwortlichen mit sich bringen soll.

Die Reichweite von Art. 24 Abs. 1 DS-GVO

Manchmal wird auch noch Art. 24 DS-GVO als Beleg für die These herangezogen, die Verordnung wolle eine umfassende Umkehr der Darlegungs- und Beweislast mit sich bringen. Nach Art. 24 Abs. 1 DS-GVO setzt der Verantwortliche geeignete technische und organisatorische Maßnahmen um, um sicherzustellen und den Nachweis dafür erbringen zu können, dass die Verarbeitung gemäß dieser Verordnung erfolgt. Er muss dies aber nicht unbeschränkt tun, sondern nur unter Berücksichtigung der Art, des Umfangs der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung sowie der unterschiedlichen Eintrittswahrscheinlichkeit und Schwere der Risiken für die Rechte und für die Freiheiten natürlicher Personen. Alle Pflichten der Verordnung stehen durch den allgemeinen Grundsatz in Art. 24 Abs. 1 DS-GVO unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit (risikobasierter Ansatz). Spätestens der Hinweis auf die Verhältnismäßigkeit macht einen stutzig. Dieser Grundsatz kommt aus dem Öffentlichen Recht und ist eher ein Einstieg in eine einzelfallbezogene Betrachtung der Pflichten „Pi mal Daumen“. Art. 24 DS-GVO betont also, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in jedem Einzelfall gesondert und besonders zu prüfen ist. Auf keinen Fall kann man daraus etwas für die Frage der zivilprozessualen Darlegungs- und Beweislast ableiten. Wenn Erwägungsgrund 74 DS-GVO von der Verantwortung und Haftung des Verantwortlichen spricht, ist nur die öffentlich-rechtliche bzw. verwaltungsrechtliche Haftung des Verantwortlichen gegenüber der Aufsicht gemeint.

Rückschluss aus Art. 7 Abs. 1 DS-GVO

Dieses Ergebnis wird auch bestätigt durch einen Blick in Art. 7 DS-GVO. Hiernach muss der Verantwortliche bei der Einwilligung in die Verarbeitung sensibler Daten „nachweisen“ können, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat. Für sensible Daten muss also der Nachweis geführt werden können und der Verantwortliche trägt die volle Darlegungs- und Beweislast. Diese Regelung macht nur Sinn, wenn sie auch im Umkehrschluss genutzt werden kann. Im Umkehrschluss würde sie besagen, dass für die anderen Legitimationsgründe in Art. 6 DS-GVO der entsprechende Nachweis nicht geführt werden muss. Dies macht aber deutlich, dass der Begriff Nachweis in den verschiedenen Regelungen von Art. 5 Abs. 2, Art. 24 und hier Art. 7 DS-GVO nicht konsequent gehandhabt wird. Denn ein solcher Schluss würde die ganze Regelung in Art. 6 und Art. 7 DS-GVO ad absurdum führen. An all diesen Stellen findet sich die englische Formulierung „demonstrate“. Dieser Begriff ist weiter als das deutsche „nachweisen“. Während der deutsche Begriff einen bestimmten Behördenkontext und eine bestimmte verwaltungsrechtliche Nachweispflicht im Hinterkopf führt, verweist der englische Begriff allgemein auf das Zeigen. Außerdem ist es auch ein Problem der aufkommenden Kommentarliteratur, dass dem Ordnungsgeber viel mehr

Struktur unterstellt wird, als er tatsächlich hatte. Die Verordnung ist durch wirre, lobbyistische Kämpfe und viele Änderungen zu Stande gekommen. Dabei blieb die Logik der Begrifflichkeit oft auf der Strecke, wie auch der *Generalanwalt beim EuGH* in der jüngsten Sache Zeugen Jehovas (ZD 2018, 469 m. Anm. Hoeren) kritisiert hat. Nachträgliches Rationalisieren wird diesem oft konfusem Regelwerk nicht gerecht.

Beweislast früher und heute

In der Literatur zur DS-GVO wird behauptet, dass es sich bei Art. 5 Abs. 2 DS-GVO um „eine folgenschwere Veränderung gegenüber dem bisherigen Recht“ handle. Gerade der ehem. Berichterstatter des EP, *Jan Philipp Albrecht*, hat sich in dem Sinne öfters geäußert. Die These von der grundsätzlichen Veränderung der Beweislast durch Art. 5 Abs. 2 DS-GVO steht im Raum und wird häufig und immer mehr wiederholt. Sie sorgte in den betroffenen Kreisen für große Unruhe. Sie ist aber falsch. Sie entspricht nicht dem Wortlaut der Vorschriften. Außerdem bringt sie auch keine folgenschwere Veränderung, da das alte Recht die öffentlich-rechtliche Verantwortlichkeit der verarbeitenden Stelle kannte und regelte. Schon nach dem alten BDSG galt der Grundsatz des Verbots der Verarbeitung personenbezogener Daten mit Erlaubnisvorbehalt. Die Rechtfertigungsgründe waren Ausnahmen und als solche von der verantwortlichen Stelle zu beweisen. Nichts anderes sagt Art. 6 DS-GVO mit dem Zauberspruch „only if“. Die Ermächtigungsgrundlagen der neuen Verordnung sind genauso darlegungs- und beweispflichtig wie der § 4 BDSG a.F. Zu trennen sind im alten Recht und in der neuen Verordnung die Pflichten gegenüber der Aufsichtsbehörde. Von der Beweislast zu unterscheiden ist daher die in Art. 24 DS-GVO geregelte öffentlich-rechtliche Nachweispflicht gegenüber den Aufsichtsbehörden. Diese findet sich an verschiedenen Stellen der Datenschutzgrundverordnung geregelt. Die Aufsichtsbehörde hat das Recht verschiedene Dokumente von der verantwortlichen Stelle herauszuverlangen.

Warum die Panik?

Es stellt sich für den unbedarften und unabhängigen Betrachter die Frage, wer seit Beginn der Diskussionen um die DS-GVO diese Panik verbreitet und warum. Offensichtlich haben bestimmte Verkehrskreise Vorteile davon, mit irreführenden Informationen über den Datenschutz an die Öffentlichkeit zu treten. Im Zusammenhang mit der DS-GVO ist eine neue Spezies von Datenschutzbeauftragten entstanden, die ihre eigene Existenzberechtigung aus einem Zuviel an Dokumentationspflichten zieht. Diese neue Spezies wird noch unterstützt von zahlreichen neuen „Datenschutzexperten“ aus der Anwaltschaft und anderen mit Rechtsfragen rund um den Datenschutz oft juristisch laienhaft befassten Personenkreisen, die gerne Verunsicherung und Diskussionen rund um den Datenschutz anfeuern und damit in nicht unerheblichem Maße für ein unnötiges Mehr an Arbeit und Umsatz sorgen. Ob damit dem Sinn und Zweck des Datenschutzes nicht ein Bärendienst erwiesen wird, ist hier noch die Frage. Es besteht die Gefahr, dass die Öffentlichkeit über die neuen Regelungen so verzweifeln wird, dass es nie zu einer Akzeptanz des Datenschutzes im positiven Sinne kommen wird. Wie die derzeit in der Tageszeitung oft hämisch geschilderten Extremfälle, etwa von Kinderfotos in einer Kindereinrichtung, zeigen, macht sich in der Öffentlichkeit das Bild vom Datenschutz als sinnlose Erfindung Brüsseler Bürokraten breit. Die eigentlichen Datenschutzskandale bleiben dann aber eher unbeachtet.

Münster, im Oktober 2018

Thomas Hoeren

Professor Dr. Thomas Hoeren
ist Direktor der zivilrechtl. Abt. des ITM, Universität Münster und Mit-herausgeber der MMR.