Kommunikation & Recht

Betriebs-Berater für
● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

2
K&R

Zum Schutz der Persönlichkeitsrechte im digitalen Raum
Dr. Simon Assion

73 Das neue Schuldrecht 2022 – Teil 1
Prof. Dr. Felix Buchmann und **Chiara Panfili**

82 Inspector Gadget ermittelt? – Zur Unzulässigkeit von Produktwarnungen durch die Datenschutzaufsichtsbehörden
Stefan Hessel und **Moritz Schneider**

87 Aktuelle Entwicklungen im Steuerrecht in der Informationstechnologie 2020/2021 – Teil 1
Prof. Dr. Jens M. Schmittmann und **Dr. Julia Sinnig**

92 Recht auf Versorgung mit einem schnellen Internetzugang im TKG 2021
Prof. Dr. Torsten J. Gerpott

101 **BVerfG:** Gerichtliche Untersagung einer Antisemitismus-Behauptung verletzt Meinungsfreiheit

103 **BGH:** Kein Unterlassungsanspruch gegen Basis-Eintrag in Ärztebewertungsportal

115 **BGH:** Reichweite des postmortalen Persönlichkeitsrechts bei Buchveröffentlichungen

123 **BGH:** Vererblichkeit von Geldentschädigungsansprüchen wegen Persönlichkeitsrechtsverletzung
mit Kommentar von **Marvin Damian Hubig**

135 **KG Berlin:** Unternehmen als unmittelbar Betroffener bei Datenschutz-Bußgeld
mit Kommentar von **Dr. Christoph Schnabel**

140 **OLG Frankfurt a. M.:** Keine wirksame Auslandszustellung eines Schriftstücks über WhatsApp
mit Kommentar von **Philip Bafteh** und **Marek van Hattem**

25. Jahrgang **Februar 2022** Seiten 73 – 152

dfv Mediengruppe · Frankfurt am Main

RA Stefan Hessel, LL.M. und wiss. Mitarbeiter Moritz Schneider*

Inspector Gadget ermittelt? – Zur Unzulässigkeit von Produktwarnungen durch die Datenschutzaufsichtsbehörden

Kurz und Knapp

Der Beitrag widmet sich der Praxis deutscher Datenschutzaufsichtsbehörden, Produkte abstrakt auf ihre Vereinbarkeit mit datenschutzrechtlichen Vorschriften zu bewerten. Durch eine schlechte Bewertung wird die Beeinflussung von Marktentscheidungen angestrebt. Daher handelt es sich um Eingriffe in Grundrechte der Hersteller, für die es an einer Ermächtigungsgrundlage fehlt. Darüber hinaus werden weitere verfassungs- und europarechtliche Grenzen solcher Warnungen in der Behördenpraxis missachtet.

I. Einleitung

Ob Windows 10, Microsoft 365, Zoom oder die Luca-App – immer wieder beschäftigen sich deutsche Datenschutzaufsichtsbehörden mit dem DSGVO-konformen Einsatz von Produkten. Was früher als Ausgangspunkt für Gespräche mit den Herstellern diente, ist jedoch – spätestens seit dem „Digitalisierungsbooster Corona" – immer wieder Grundlage für aufsichtsbehördliche Produktwarnungen. In der Vergangenheit wurden hierbei im Einzelfall sogar Produkte mit einem Ampelsystem farblich markiert.[1] Diese geänderte Praxis, deren Ziel offenbar darin besteht, Hersteller unter dem Druck der Öffentlichkeit zu einer Erfüllung der Anforderungen der Aufsichtsbehörden zu bewegen, wirft Fragen auf. Dürfen staatliche Aufsichtsbehörden wie private Verbraucherschutzorganisationen Produkte abstrakt bewerten? Oder stellt dies einen unzulässigen Eingriff in die Rechte der Hersteller dar, der gar Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüche auslösen kann?

II. Problemstellung

Die Datenschutzaufsichtsbehörden nehmen in Deutschland neben ihren klassisch-hoheitlichen Befugnissen auch das Recht der Einflussnahme durch Informationshandeln für sich in Anspruch. Dass Behörden sich öffentlich im Rahmen ihrer Zuständigkeiten äußern, mutet zunächst unproblematisch an. Die Frage nach Voraussetzungen und Grenzen solchen Informationshandelns stellen sich jedoch spätestens, sobald Rechte Dritter betroffen sind. Sowohl wenn Datenschutzaufsichtsbehörden in Pressemitteilungen die Öffentlichkeit über die Verhängung von Bußgeldern gegen namentlich genannte Unternehmen informieren[2] als auch bei Produktwarnungen[3] ist dies der Fall. In beiden Fällen drohen Unternehmen durch die damit verbundene Prangerwirkung erhebliche negative Konsequenzen. Dass solche Eingriffe in Form von „Naming and Shaming" nur unter sehr engen Grenzen zulässig sein können, liegt auf der Hand. Streitig ist jedoch, wo genau diese Grenzen verlaufen. Insbesondere bei der Warnung vor Produkten lässt sich zudem mit guten Gründen bezweifeln, dass diese überhaupt von der allgemeinen Äußerungsbefugnis der Aufsichtsbehörden gedeckt ist.

III. Das Recht zur Öffentlichkeitsarbeit

Die Debatte über die rechtsstaatlichen Grenzen staatlichen Informationshandelns ist nicht neu. Die Voraussetzungen „weicher Beeinträchtigungen" etwa durch staatliche Warnungen, Informationen und Empfehlungen sind bis heute Gegenstand fortwährender Debatten.[4] Aufgrund der Vielgestaltigkeit möglicher Szenarien und der Zunahme öffentlicher Äußerungen staatlicher Stellen, etwa durch die zunehmende Präsenz von Behörden in sozialen Netzwerken,[5] ist ein baldiges Ende der Debatte nicht zu erwarten.

1. Der Eingriffscharakter von Äußerungen

Weitestgehend unbestritten ist heute, dass amtliche Äußerungen Grundrechtseingriffe darstellen können. Vorrangig kommt durch die Verlautbarung von Produktwarnungen ein Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht. Nach dem klassischen Eingriffsbegriff stellen nur mit Zwang durchsetzbare rechtsförmige Hoheitsakte, die den Schutzbereich eines Grundrechts unmittelbar verkürzen, einen Eingriff dar. Zwischenzeitlich hat sich jedoch die Einsicht durchgesetzt, dass auch faktische und sogar bloß mittelbare Beeinträchtigungen des Schutzbereichs eines Grundrechts Eingriffsqualität haben können, wobei die genauen Kriterien, wann die Eingriffsschwelle erreicht wird, umstritten sind. Debattiert werden etwa Finalität, Intensität und Unmittelbarkeit der Beeinträchtigung.[6] Dabei scheint sich Intensität im Sinne von Erheblichkeit als Hauptkriterium durchzusetzen.[7]

In der berühmt gewordenen Glykol-Entscheidung hat das BVerfG festgehalten, dass der Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG durch Äußerungen nicht berührt sei, wenn eine staatliche Aufgabe vorliegt, die Zuständigkeit gewahrt ist und die Informationen sachlich und richtig sind.[8] Diese Konstruktion ist in der Literatur überwiegend auf Kritik gestoßen.[9] Kann doch die Frage, ob eine Information

* Mehr über die Autoren erfahren Sie am Ende des Beitrags. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 16. 12. 2021.

1 So die Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit in einer Handreichung: https://www.datenschutz-berlin.de/fileadmin/user_upload/pdf/orientierungshilfen/2021-BlnBDI-Hinweise_Berliner_Verantwortliche_zu_Anbietern_Videokonferenz-Dienste.pdf.

2 *Born*, K&R 2021, 13 ff.

3 Zu den Produktwarnungen zählen die Verfasser jede Bewertung von Produkten durch die Datenschutzaufsichtsbehörden, da in einer negativen Bewertung immer die implizite Aufforderung der Behörde enthalten ist, das betroffene Produkt zu meiden.

4 *Schoch*, NVwZ 2011, 193, 193 f.

5 Beispielhaft sei die Vielzahl an Twitter-Accounts verschiedener Polizeibehörden genannt.

6 *Wollenschläger*, VerwArch 2011, 20, 37.

7 *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 49. Ed. 15. 11. 2021, Art. 12 Rn. 48.

8 BVerfG, 26. 6. 2002 – 1 BvR 558/91, Rn. 47.

9 *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 7) Art. 12 Rn. 48 - 50; *Schoch*, NVwZ 2011, 193, 194.

richtig oder falsch ist, höchstens die Frage der Rechtfertigung berühren und nicht, ob durch die Information der Gewährleistungsgehalt eines Grundrechts verkürzt wird.[10] Außerdem wird das Gewicht staatlicher Warnungen, die mit der besonderen Autorität demokratisch legitimierter Stellen ausgestattet sind, gegenüber sonstigen Informationen, die Verbraucherentscheidungen beeinflussen, drastisch unterschätzt.

Vieles spricht dafür, der Glykol-Entscheidung im Jahre 2021 kein größeres Gewicht mehr beizumessen. In der Rechtsprechung scheint diese Linie, deren Begründung in den entsprechenden Entscheidungen des BVerfG äußerst dürftig ausgefallen ist, in dieser Form nicht weiter verfolgt zu werden. 2011 warnte das nordrhein-westfälische Gesundheitsministerium in einer Pressemitteilung vor dem Verkauf von „E-Zigaretten". Der Handel mit E-Liquids verstieße gegen arzneimittel- und medizinproduktrechtliche Vorschriften. Das BVerwG, das diese Pressemitteilung im Ergebnis für rechtswidrig hielt, nahm einen Eingriff in die Berufsfreiheit an. Ein Eingriff sei jedenfalls dann zu bejahen, wenn sich das Informationshandeln als Äquivalent eines klassischen Eingriffs darstelle.[11]

Ähnlich argumentierte auch das BVerfG in einem Beschluss neueren Datums.[12] Dort wird ein Eingriff in die Berufsfreiheit von Unternehmen zumindest dann bejaht, wenn eine amtliche Information auf „ein konkret individualisiertes Unternehmen zielt, die Grundlagen der Entscheidungen am Markt zweckgerichtet beeinflusst und so die Markt- und Wettbewerbssituation zum wirtschaftlichen Nachteil der betroffenen Unternehmen verändert".[13] Darin ist eine unausgesprochene Abkehr von der Glykol-Rechtsprechung zu sehen.[14] Produktwarnungen, deren Ziel es ist, Verbraucher bzw. – im Fall des Datenschutzrechts – Verantwortliche von der Verwendung bestimmter Produkte abzuhalten und somit wirtschaftliche Nachteile konkreter Unternehmen zu billigen, fallen geradezu exemplarisch unter den Begriff des funktionalen Äquivalents, wie ihn das BVerfG und das BVerwG verwenden. Daher stellt eine Produktwarnung durch eine Datenschutzaufsichtsbehörde in der Regel sowohl nach den Stimmen in der Literatur als auch nach der neueren Rechtsprechung einen rechtfertigungsbedürftigen Grundrechtseingriff dar.

2. Erforderlichkeit einer Ermächtigungsgrundlage

Nach der klassischen Lehre vom Gesetzesvorbehalt bedarf ein Eingriff in Grundrechte einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage.[15] Ein weiterer anerkannter rechtsstaatlicher Grundsatz besteht darin, dass eine Aufgabenzuweisung noch keine Ermächtigungsgrundlage darstellt.[16] Demnach wäre die Sache einfach. Da es sich, wie oben dargelegt, bei Produktwarnungen um Grundrechtseingriffe handelt, wäre eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage erforderlich.

Dass die Frage nach der Erforderlichkeit einer Ermächtigungsgrundlage in diesen Fällen dennoch diskutiert wird, ist ebenfalls das Resultat der Glykol- und Osho-Rechtsprechung des BVerfG. In diesen fast 20 Jahre alten Entscheidungen hat das BVerfG die Auffassung vertreten, in Fällen des Informationshandelns sei in bestimmten Fällen eine bloße Aufgabenzuweisung ausreichend. Die Bundesregierung könne sich bei amtlichen Äußerungen auf ihre Aufgabe zur Staatsleitung stützen. Begründet wurde dies damit, dass gerade der Bereich der öffentlichen Informationen einer Normierung nicht ohne Weiteres zugänglich sei.[17] Dies erscheint zweifelhaft. Inzwischen existieren vielfältige Ermächtigungsgrundlagen für das Informationshandeln des Staates, etwa im Umweltinformationsgesetz (§ 10 Abs. 1 UIG), im Lebensmittel-, Bedarfsgegenstände- und Futtermittelgesetzbuch (§ 40 LFGB) und im Produktsicherheitsgesetz (§ 31 ProdSG). Offensichtlich ist eine Normierung des Informationshandels, wie in der Literatur schon seit Veröffentlichung der Beschlüsse angemerkt wurde,[18] durchaus möglich.

Darüber hinaus sei darauf hingewiesen, dass bereits die Osho- und die Glykol-Entscheidung nicht apodiktisch festgestellt haben, Beeinträchtigungen durch staatliche Informationen könnten immer auf eine bloße allgemeine Aufgabenzuweisung gestützt werden. Bereits dort findet sich die Einschränkung, dies gelte nicht im Falle des funktionalen Äquivalents eines klassischen Eingriffs. In diesen Fällen dürfe das Erfordernis einer besonderen Ermächtigungsgrundlage nicht unterlaufen werden.[19] Konsequenterweise hat deswegen auch das BVerwG die Warnung des nordrhein-westfälischen Gesundheitsministeriums vor dem Vertrieb von E-Liquids mangels Ermächtigungsgrundlage für rechtswidrig gehalten. In diesen Fällen reiche die Aufgabenzuweisung der Staatsleitung in der Landesverfassung nicht aus.[20] Entsprechendes hat das OVG Münster in einer aktuellen Entscheidung in Bezug auf Pressemitteilungen über die Verhängung von Bußgeldern durch die Bundesnetzagentur bei Nennung konkreter Unternehmen angenommen. Die rechtsstaatlichen Grundsätze dürften bei einem Eingriff in die Berufsfreiheit, der sich als funktionales Äquivalent eines klassischen Eingriffs erweist, nicht unterlaufen werden. Es sei bei dieser Intensität eine explizite Ermächtigungsgrundlage erforderlich. Die bloße generelle Befugnis zur Öffentlichkeitsarbeit sei nicht ausreichend.[21]

Ferner hat das BVerfG selbst in einem Verfahren ein Gesetz für verfassungswidrig erklärt,[22] das die Verwaltung zur Veröffentlichung von für Unternehmen sensiblen Informationen ermächtigte, jedoch keine zeitliche Begrenzung explizit im Gesetz selbst vorsah. Löschfristen, die bloß in Vollzugshinweisen der Länder geregelt sind, seien nicht ausreichend. Vielmehr müssten diese im Gesetz selbst normiert werden.[23] Wenn nicht nur eine Ermächtigungsgrundlage erforderlich ist, sondern diese sogar verbindliche Löschfristen vorsehen muss, ist es erst recht undenkbar, dass ein solcher Eingriff durch Informationshandeln gänzlich ohne Ermächtigungsgrundlage rechtmäßig wäre.

All das spricht dafür, sich nicht ohne Weiteres auf die 20 Jahre zurückliegende Glykol-Rechtsprechung zu stützen, wobei selbst nach dieser eine gesonderte Ermächtigungsgrundlage in den Fällen erforderlich ist, in denen das

10 *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 7), Art. 12 Rn. 61.
11 BVerwG, 20. 11. 2014 – 3 C 27.13, NVwZ-RR 2015, 425, 426.
12 BVerfG, 21. 3. 2018 – 1 BvF 1/13.
13 BVerfG, 21. 3. 2018 – 1 BvF 1/13, Rn. 28.
14 *Starke*, DVBl 2018, 1469, 1471.
15 *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 7), Art. 20 Rn. 172.
16 *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 7), Art. 20 Rn. 179.
17 BVerfG, 26. 6. 2002 – 1 BvR 670/91, Rn. 75; BVerfG, 26. 6. 2002 – 1 BvR 558/91, Rn. 49.
18 Vgl. exemplarisch *Huber*, JZ 2003, 290, 294 f.
19 BVerfG, 26. 6. 2002 – 1 BvR 558/91, Rn. 60.
20 BVerwG, 20. 11. 2014 – 3 C 27/13, NVwZ-RR 2015, 425, 426.
21 OVG Münster, 17. 5. 2021 – 13 B 331/21, NVwZ-RR 2021, 974, 975 f.; ebenfalls bejahend bei Informationen über Bußgeldbescheide, der Datenschutzaufsichtsbehörden: LG Hamburg, 28. 10. 2021 – 625 Qs 22/21 OWi.
22 BVerfG, 21. 3. 2018 – 1 BvF 1/13.
23 BVerfG, 21. 3. 2018 – 1 BvF 1/13, Rn. 60.

Informationshandeln einem funktionalen Äquivalent eines klassischen Eingriffs gleichkommt. Letzteres wird man insbesondere bei Produktwarnungen durch staatliche Stellen bejahen müssen.

IV. Das Informationshandeln der Datenschutzaufsichtsbehörden

Bei den Aufsichtsbehörden herrschte, wohl im Bewusstsein der Intensität des Grundrechtseingriffs und der damit verbundenen hohen rechtlichen Hürden, lange Zeit Zurückhaltung bei Produktwarnungen. Noch im Juni 2020 verlautbarte etwa die Datenschutzaufsichtsbehörde Nordrhein-Westfalen anlässlich einer Anfrage nach dem Informationsfreiheitsgesetz (IFG), dass die Behörde „keine Produktbewertungen wie zum Beispiel Verbraucherschutzorganisationen" vornehme.[24] Diese Zurückhaltung scheint im Zuge der Pandemie und des damit einhergehenden Digitalisierungsschubs aufgegeben worden zu sein. So veröffentlichte etwa die Berliner Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit eine Handreichung, auf der Videokonferenzdienste nach datenschutzrechtlichen Kriterien mit einem farblichen Ampelsystem bewertet wurden.[25] Ein weiteres Beispiel ist eine Handreichung des Landesdatenschutzbeauftragten von Baden-Württemberg zum Einsatz von Videokonferenzdiensten, die unter anderem eine tabellarische Auflistung verschiedener Software und deren vermeintlicher Eigenschaften enthält.[26] Dabei handelt es sich lediglich um die umfangreichsten Verlautbarungen. Es existieren eine Vielzahl von Pressemitteilungen und anderen Stellungnahmen, in denen Aufsichtsbehörden sich zu Software wie z. B. Videokonferenzdiensten, aber auch Microsoft Office 365 öffentlich äußern.

Die Datenschutzkonferenz (DSK) beauftragte am 9. 11. 2020 einen Arbeitskreis (AK) mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens zu dieser Frage. Der AK Grundsatz erstellte daraufhin ein vorläufiges Papier, das die DSK auf eine IFG-Anfrage hin veröffentlichte.[27] In diesem wird zunächst in fragwürdiger Weise zwischen der Rechtsprechung der BVerfG und des BVerwG differenziert. Übertrüge man die Rechtsprechung des BVerfG zum Informationshandeln von Ministerien auf das Handeln der Datenschutzaufsichtsbehörden, seien Produktwarnungen ohne Ermächtigungsgrundlage zulässig, sofern sie in die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden fielen und inhaltlich richtig sowie mit gebotener Zurückhaltung formuliert seien. Dies verkennt, dass bereits die ältere Rechtsprechung des BVerfG die Einschränkung enthält, dies gelte nicht für das funktionale Äquivalent eines klassischen Eingriffs. Ein solches Äquivalent wurde durch das BVerfG in jüngerer Vergangenheit, wie oben bereits ausgeführt, anders als noch in der Glykol-Entscheidung, angenommen. Dabei ging es um § 40 Abs. 1a LFGB a. F. Diese Norm ermächtigte und verpflichtete Behörden, die Öffentlichkeit von Amts wegen unter namentlicher Nennung der Unternehmen über Verstöße von Lebensmittel- oder Futtermittelunternehmen gegen Grenzwertregelungen und alle sonstigen Vorschriften im Anwendungsbereich des Gesetzes zu unterrichten. Wenn nun konkrete Produkte mit einem roten Ampelsymbol bewertet werden, was ein verständiger Betrachter nur als Aufruf, das Produkt zu meiden, verstehen kann, liegt es nahe, ebenfalls einen solchen Eingriff anzunehmen. Daher lässt sich mit guten Gründen bezweifeln, dass das Papier überhaupt die heutige Rechtsprechung des BVerfG korrekt auf den Fall von Produktwarnungen der Datenschutzaufsichtsbehörden überträgt.

1. Art. 58 Abs. 3 lit. b DSGVO als Ermächtigungsgrundlage?

Als Ermächtigungsgrundlage führt das DSK-Gutachten Art. 58 Abs. 3 lit. b DSGVO an.[28] Art. 58 Abs. 3 DSGVO normiert Genehmigungsbefugnisse und „beratende Befugnisse" der Aufsichtsbehörden. Unter lit. b wird festgehalten, dass die Behörden sich zu Fragen, die im Zusammenhang mit dem Schutz personenbezogener Daten stehen, von sich aus oder auf Anfrage gegenüber den nationalen Parlamenten oder der nationalen Regierung äußern können. Da es sich vorliegend um keine solchen Stellungnahmen handelt, kommt nur die letzte Variante der Vorschrift in Betracht. Danach können sich die Behörden *im Einklang mit dem Recht des Mitgliedsstaates* auch an die Öffentlichkeit wenden.

Es ist augenfällig, dass von den verschiedenen Varianten, die von Art. 58 Abs. 3 lit. b DSGVO genannt werden, nur die letzten beiden die Einschränkung „im Einklang mit dem Recht des Mitgliedsstaates" enthalten. Es verwundert, dass ein Teil der Kommentarliteratur diesen Umstand völlig ignoriert[29] oder sich in der erläuterungslosen Wiedergabe des Gesetzeswortlauts erschöpft.[30] Auch das Papier des AK Grundsatz der DSK geht auf diesen Aspekt nicht ein. Dabei drängt sich die Frage förmlich auf, warum der Verordnungsgeber zwischen Stellungnahmen gegenüber den Parlamenten und der Regierung und Stellungnahmen gegenüber der Öffentlichkeit differenziert. Offenbar schien dieser Regelungsbedarf dafür zu sehen, unter welchen Voraussetzungen die Aufsichtsbehörden sich aus eigenem Antrieb an die Öffentlichkeit wenden können. Schließlich handelt es sich bei Aufsichtsbehörden gerade nicht um private Verbraucherschutzorganisationen.

Nach einer Auffassung handelt es sich um eine Öffnungsklausel, nach der in Bezug auf Äußerungen gegenüber der Öffentlichkeit einfach das nationale Recht gilt,[31] wobei daraus meist nur gefolgert wird, dass die Information sachlich richtig, im Rahmen der Zuständigkeit und unter Beachtung des Übermaßverbotes erfolgen müsse. Dass seit 2002 in der Rechtsprechung einiges passiert ist und sowohl das BVerfG als auch das BVerwG in jüngeren Entscheidungen hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlagen gefordert haben, wird gänzlich außer Acht gelassen.

---

24 Vgl. Antwort der Datenschutzaufsicht Nordrhein-Westfalen auf eine IFG-Anfrage vom 3. 6. 2020, abrufbar unter https://fragdenstaat.de/anfrage/datenschutzrechtliche-bewertung-von-microsoft-produkten-5/500280/anhang/BegleitschreibenLDINRW2-7-2020_geschwaerzt.pdf.

25 BInBDI, Hinweise für Berliner Verantwortliche zu Anbietern von Videokonferenzdiensten, Version 2.0 v. 18. 2. 2021, https://www.datenschutz-berlin.de/fileadmin/user_upload/pdf/orientierungshilfen/2021-BlnBDI-Hinweise_Berliner_Verantwortliche_zu_Anbietern_Videokonferenz-Dienste.pdf.

26 LfDI Baden-Württemberg, Handreichung Videokonferenzsysteme – Hinweise zur praktischen Nutzung, https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2021/10/VKS_mit-Tabelle_Online.pdf.

27 AK Grundsatz der DSK, Rahmenbedingungen aufsichtsbehördlicher Produktwarnungen, https://fragdenstaat.de/dokumente/9490-berichtakgrundsatzrahmenbedingungenproduktwarnungen002/.

28 AK Grundsatz der DSK, Rahmenbedingungen aufsichtsbehördlicher Produktwarnungen, https://fragdenstaat.de/dokumente/9490-berichtakgrundsatzrahmenbedingungenproduktwarnungen002/.

29 *Körffer*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DSGVO, 3. Aufl. 2021, Art. 58 Rn. 29.

30 *Eichler*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK DatenschutzR, 38. Ed. 1. 11. 2021, DSGVO Art. 58 Rn. 35.

31 *Ngyuen*, in: Gola (Hrsg.), DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 58 Rn. 23; *Polenz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2019, Art. 58 DSGVO Rn. 54.

Eine andere Ansicht scheint die Formulierung „im Einklang mit dem Recht des Mitgliedsstaates“ nur auf das „sonstige Einrichtungen und Stellen“ beziehen zu wollen. Demnach soll die Vorschrift, die Mitgliedsstaaten nur dazu ermächtigen, weitere Stellen zu benennen, an die sich die Aufsichtsbehörden mit eigenen Stellungnahmen wenden können.[32] Diese Auffassung ist jedoch mit dem Wortlaut nicht vereinbar. Das „oder“ grenzt die Varianten, die „im Einklang mit dem Recht des Mitgliedsstaates“ erfolgen müssen, eindeutig von den Varianten ab, bei denen dies nicht der Fall ist. Noch deutlicher wird dies in der englischen Sprachfassung der DSGVO, wo es „as well as to the public“ heißt und der Vorbehalt mitgliedsstaatlicher Regelungen sich sprachlich somit noch eindeutiger auch auf die Stellungnahmen an die Öffentlichkeit bezieht.[33] Folglich handelt es sich in Bezug auf das Informationshandeln gegenüber der Öffentlichkeit um eine Öffnungsklausel.

Daraus ergibt sich, dass Art. 58 Abs. 3 lit. b DSGVO keine Ermächtigungsgrundlage darstellt. Vielmehr handelt es sich, zumindest in Bezug auf das Informationshandeln gegenüber der Öffentlichkeit, um eine Öffnungsklausel. Die allgemeine Befugnis zur Öffentlichkeitsarbeit im eigenen Zuständigkeitsbereich eines Verwaltungsträgers ist vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG zu § 40 LFGB a. F. nicht als ausreichend für intensive Eingriffe wie Produktwarnungen anzusehen. Vielmehr müsste der Gesetzgeber für solche Maßnahmen eine explizite Ermächtigungsgrundlage mit klar definierten Voraussetzungen und Einschränkungen, wie z. B. Löschfristen, vorsehen. Interessanterweise zitiert das Papier des AK Grundsatz der DSK diese Rechtsprechung sogar und verweist zu Recht darauf, dass ggf. Löschungen nach einer gewissen Zeit erfolgen müssen. Dass in der Entscheidung gefordert wird, dieser Umstand müsse explizit in der Ermächtigungsgrundlage selbst geregelt sein, wird geflissentlich übergangen.

2. Zuständigkeit

Selbst wenn man unterstellt, eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage sei vorhanden, ist es mehr als fraglich, ob die bisher erfolgten Produktwarnungen der Aufsichtsbehörden die sonstigen Anforderungen des staatlichen Informationshandelns einhalten. Unbestritten ist die Zuständigkeit der handelnden Behörde eine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für staatliche Warnungen.[34] Das vorläufige DSK-Gutachten will es dafür ausreichen lassen, dass ein IT-Produkt nur möglicherweise im Gebiet einer Aufsichtsbehörde eingesetzt werden *könnte*, um das Produkt nicht nur im Einzelfall auf rechtskonformen Einsatz zu kontrollieren, sondern abstrakt bewerten zu dürfen, wobei man sich unwillkürlich fragt, bei welchem IT-Produkt demnach überhaupt ausgeschlossen sein kann, dass es in einem bestimmten Gebiet auch nur potenziell zum Einsatz kommt. Nimmt man Videokonferenzdienste als Beispiel, handelt es sich um Software, die im gesamten Geltungsbereich der DSGVO angewendet wird. Das bedeutet, dass es denkbar wäre, dass allein in Deutschland 16 Behörden, weit mehr in der gesamten Europäischen Union, das identische Produkt öffentlich auf Konformität mit der DSGVO bewerten. Die drohende Dissonanz steuerfinanzierter Produktbewertungen wird man rechtspolitisch kaum wünschenswert finden können. Ob ein derart schwacher Anknüpfungspunkt als ausreichend angesehen werden kann, um eine Zuständigkeit nach dem bereits geltenden Recht zu begründen, erscheint mehr als fraglich. Vielmehr sollen die Datenschutzaufsichtsbehörden nach Art. 55 Abs. 1 DSGVO konkret stattfindende Datenverarbeitungen im eigenen Zuständigkeitsgebiet überwachen. An eine solche wird bei abstrakten Bewertungen gerade nicht angeknüpft. Ein in diesem Zusammenhang oft zitierter Beschluss des OVG Schleswig-Holstein aus dem Jahr 2014 schränkte zumindest ein, dass nicht unmittelbar zuständige Behörden bei abweichender Beurteilung ihre Position als eigene kennzeichnen müssen und nicht den Eindruck erwecken dürfen, absolut zu gelten.[35] Eine Zurückhaltung, die sich in den Verlautbarungen der Datenschutzaufsichtsbehörden zum Teil nur schwer finden lässt.

3. Sachlichkeitsgebot und Verhältnismäßigkeit

Des Weiteren besteht Einigkeit, dass belastendes öffentliches Informationshandeln nur rechtmäßig ist, wenn es sachlich richtig und mit der gebotenen Zurückhaltung formuliert wird.[36] Dies wird teils als spezielle Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gedeutet.[37] Insbesondere jedes reißerische „An-den-Pranger-Stellen“ verbietet sich dabei. Ob etwa ein Ampelsystem, das äußerst suggestiv hochkomplexe Software mit vielfältigen Einstellungsmöglichkeiten anhand von drei Farben bewertet, ausreichend sachlich und zurückhaltend ist, darf angezweifelt werden.[38]

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der aus dem allgemeinen Rechtsstaatsprinzip hergeleitet wird, verlangt vielmehr, dass jeder Eingriff in Grundrechte geeignet, erforderlich und angemessen ist. Völlig zu Recht hat der AK Grundsatz in dem vorläufigen Gutachten dargelegt, dass daraus folgt, es müsse stets die aktuelle Softwareversion getestet und die getestete Version angegeben werden. Dabei stellt sich zusätzlich die Frage, ob eine einmal ins Netz gestellte Bewertung veralteter Software nicht gelöscht werden müsste. Worin sollte auch die nötige Eignung bestehen, die der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fordert, wenn Bewertungen nicht mehr aktueller Software-Versionen im Internet abrufbar sind? Zumal der Zeitraum von Bewertung bis Veröffentlichung durch die Behörden teils so lange ist, dass bereits zum Zeitpunkt der Veröffentlichung die getestete Software nicht mehr aktuell ist.

Darüber hinaus ist bereits andernorts festgestellt worden, dass vielen Äußerungen und Bewertungen der Datenschutzaufsichtsbehörden keine eigene Analyse zugrunde liegt und zum Teil technisch Unmögliches von den Herstellern gefordert wird oder Kommunikationslösungen empfohlen werden, die nicht selbst getestet wurden.[39] Dazu kommt, dass immer wieder Fehler auftreten, die teilweise durch Kontakt mit den Herstellern zu vermeiden gewesen wären. Etwa behauptet die oben bereits zitierte

32 *Grittmann*, in: Taeger/Gabel, DSGVO BDSG 3. Aufl. 2019, DSGVO Art. 58 Rn. 35; *Boehm*, in: Kühling/Buchner, DSGVO BDSG, DSGVO Art. 58 Rn. 34.

33 So auch *Polenz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker (Fn. 31), Art. 58 DSGVO Rn. 54.

34 Dies wurde schon in der Glykol- und Osho-Entscheidung (siehe oben) postuliert und wird, soweit ersichtlich, in allen Gerichtsentscheidungen auf diesem Gebiet zugrunde gelegt.

35 OVG Schleswig-Holstein, 28. 2. 2014 – 4 MB 82/13, ZD 2014, 536, 537; so auch: *Nguyen*, in: Gola (Fn. 31), Art. 58 Rn. 23.

36 BVerfG, 26. 6. 2002 – 1 BvR 558/91, Rn. 57 - 59.

37 *Voßkuhle/Kaiser*, JuS 2018, 343, 344.

38 Vgl. Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Hinweise für Berliner Verantwortliche zu Anbietern von Videokonferenzdiensten, vom 18. 2. 2021, https://www.datenschutz-berlin.de/fileadmin/user_upload/pdf/orientierungshilfen/2021-BlnBDI-Hinweise_Berliner_Verantwortliche_zu_Anbietern_Videokonferenz-Dienste.pdfium.

39 *Gerling/Gerling/Hessel/Petrlic*, DuD 2020, 740, 741.

Handreichung des Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit in Baden-Württemberg, bei Microsoft Teams sei es nicht möglich, den Hintergrund zu verpixeln,[40] was in dieser Allgemeinheit schlicht unzutreffend ist. Ein Fehler, der durch vorherige Konsultation des Herstellers hätte vermieden werden können.

4. Vorherige Anhörung

Eine weitere Frage, die auch das vorläufige Papier der DSK aufwirft, ist, ob eine vorherige Anhörung der Hersteller rechtlich erforderlich ist. Eine solche Pflicht könnte sich aus § 28 Abs. 1 VwVfG bzw. den entsprechenden Vorschriften in den Verwaltungsverfahrensgesetzen der Länder ergeben. Die Regelung des § 28 Abs. 1 VwVfG findet lediglich auf Verwaltungsakte unmittelbare Anwendung. Bei staatlichen Warnungen mangelt es allerdings an der Regelungswirkung, da sie keine verbindliche Rechtsfolge herbeiführen. Die Beschränkung der Anhörungspflicht auf Verwaltungsakte wird allerdings einer Realität nicht gerecht, in der massive Eingriffe auch durch rein tatsächliches Handeln ausgelöst werden können. Daher ist es überzeugend, zumindest bei Eingriffen, die in ihrer Wirkung einem belastenden Verwaltungsakt gleichstehen, den allgemeinen Rechtsgedanken aus § 28 Abs. 1 VwVfG, wonach dem Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden muss, anzuwenden.[41] Darüber hinaus erscheint auch aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und zur Vermeidung von Fehlern eine vorherige Anhörung der Hersteller rechtlich geboten.

5. Grundrechtecharta der Europäischen Union

Nach der hier vertretenen Auffassung handelt es sich bei Art. 58 Abs. 3 lit. b DSGVO in Bezug auf die Befugnis, Stellungnahmen an die Öffentlichkeit zu richten, um eine Öffnungsklausel zugunsten der Mitgliedsstaaten. Somit wären nach der Rechtsprechung des BVerfG aufgrund mitgliedsstaatlicher Spielräume die Grundrechte des Grundgesetzes anzuwenden, wobei eine widerlegliche Vermutung dafür streitet, dass durch diese das Schutzniveau der Grundrechtecharta der Europäischen Union mitgewährleistet wird.[42] Da das Gutachten des AK Grundsatz der DSK eine europarechtliche Norm als Ermächtigungsgrundlage heranziehen möchte, stellt sich die Frage nach der Konformität von Produktbewertungen mit den europäischen Grundrechten. Durch Produktwarnungen wird regelmäßig sowohl die Berufsfreiheit aus Art. 15 GRCh als auch die unternehmerische Freiheit aus Art. 16 GRCh betroffen sein.

Die Frage nach der Vereinbarkeit mit europäischem Primärrecht wäre Anlass für eine eigene Betrachtung. Vorliegend soll nur darauf hingewiesen werden, dass, sofern man sich auf europarechtliche Ermächtigungsgrundlagen stützt, auch die Voraussetzungen der europäischen Grundrechtecharta zu beachten sind. Prima facie gibt es dabei keinen Anlass zu glauben, diese seien bei Produktwarnungen einfach erfüllt. Nach Art. 52 Abs. 1 GRCh müssen Einschränkungen durch Gesetz vorgesehen sein. Dabei ist nach der Rechtsprechung des EuGH zunächst erforderlich, dass die Ermächtigungsgrundlage so hinreichend genau bestimmt ist, dass der Betroffene die Folgen voraussehen und sich darauf einstellen kann. Bei schwerwiegenden Eingriffen sind des Weiteren konkrete objektive Umstände in der Befugnisnorm selbst zu regeln.[43] Dass vor diesem Hintergrund Art. 58 Abs. 3 lit. b DSGVO, selbst wenn man ihn für eine umfassende Ermächtigungsgrundlage für Stellungnahmen gegenüber der Öffentlichkeit hielte, in Bezug auf Produktwarnungen diesen Anforderungen genügt, darf bezweifelt werden.

V. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Produktwarnungen, etwa unter Verwendung roter Ampelsymbole, einen Eingriff in die Berufsfreiheit der Hersteller nach Art. 12 Abs. 1 GG darstellen. Es handelt sich aufgrund der Erheblichkeit und Zielgerichtetheit um das funktionale Äquivalent eines klassischen Eingriffs. Sowohl nach der Rechtsprechung des BVerfG als auch des BVerwG ist in diesen Fällen eine hinreichend bestimmte Ermächtigungsgrundlage erforderlich, die ggf. auch Löschfristen vorsieht. Art. 58 Abs. 3 lit. b DSGVO selbst stellt keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für Produktwarnungen gegenüber der Öffentlichkeit dar. Es handelt sich lediglich um eine Öffnungsklausel, die es den Mitgliedsstaaten ermöglicht, entsprechende Rechtsgrundlagen zu schaffen. Des Weiteren ist das Problem der Zuständigkeit ungeklärt.

Dass die Datenschutzaufsichtsbehörden der Meinung sind, einfach alle IT-Produkte, die möglicherweise in ihrem Zuständigkeitsbereich eingesetzt werden *könnten*, abstrakt, d. h. ohne Bezug zu einem konkreten Anwendungsszenario, bewerten zu dürfen, führt zu einer untragbaren dutzendfachen Zuständigkeit für denselben Sachverhalt. Schließlich gibt es bei der Verwendung nicht mehr aktueller Software-Versionen, Nichtberücksichtigung verschiedener Einstellungsmöglichkeiten, mangelnder Nachvollziehbarkeit der Testmodalitäten und der Verwendung suggestiver Symbolik Konflikte mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Aus Letzterem lässt sich auch die Pflicht der Behörden herleiten, die Hersteller wenigstens zu konsultieren und ihnen Gelegenheit zur Erläuterung und Stellungnahme zu geben, bevor entsprechende Warnungen veröffentlicht werden. Darüber hinaus ist, soweit ersichtlich, bisher ungeklärt, welche Beschränkungen sich etwas aus der EU-Grundrechtecharta ergeben. Die bisherige Rechtsprechung zum EuGH lässt daran zweifeln, dass derartige Eingriffe ohne hinreichende Ermächtigungsgrundlage europarechtlich zulässig sind.

40 Vgl. Fn. 25.
41 *Herrmann*, in: Bader/Ronellenfitsch (Hrsg.), BeckOK VwVfG, 53. Ed. 1. 10. 2021, § 28 Rn. 5.
42 BVerfG, 6. 11. 2019 – 1 BvR 16/13, Rn. 49 ff.
43 EuGH, 21. 12. 2016 – C-201/15, NZG 2017, 788, 795; *Jarass*, EU-Grundrechte-Charta, 4. Aufl. 2021, Art. 52 Rn. 27.

Stefan Hessel
RA Stefan Hessel, LL.M., ist Co-Head der Digital Business Unit bei reuschlaw Legal Consultants in Saarbrücken.

Moritz Schneider
Moritz Schneider ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei reuschlaw Legal Consultants in Saarbrücken und studiert Rechtswissenschaft an der Universität des Saarlandes.