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.
VPRT - Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V.

MMR
MultiMedia und Recht

Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht

2/2018

EDITORIAL

Datenschutz: Jetzt wird's ernst – Großbritannien wird Drittland

Lesedauer: 10 Minuten

Das hat die Briten bestimmt nicht „amused", als die *EU-Kommission* im Datenschutzrecht überraschenderweise die Tür in Richtung Großbritannien zugeschlagen hat. Die *Kommission* verkündete in einer Mitteilung v. 9.1.2018 (http://ec.europa.eu/newsroom/just/document.cfm?action=display&doc_id=49245), dass das Vereinigte Königreich ab dem 30.3.2019, 00:00 Uhr CET – vorbehaltlich eines anderslautenden Datums in einem Austrittsabkommen – als „Drittland" i.S.d. Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) einzustufen ist.

Durch den „Brexit" wird das Primär- und Sekundärrecht der EU ab diesem Datum nicht mehr anwendbar sein. Großbritannien und Nordirland sind datenschutzrechtlich also so zu behandeln wie die USA, Russland oder China. Damit macht die *Kommission* deutlich, dass sie – entgegen entsprechender Hoffnungen – das Datenschutzniveau in Großbritannien nicht ohne weiteres als angemessen anerkennen wird. Die DS-GVO gilt im Kern nur bis zum Austritt aus der EU; dann gilt Großbritannien als Drittstaat. Für den Datenaustausch zwischen der EU und Großbritannien gelten dann besondere Regelungen, die Unternehmen eine länderübergreifende Datenverarbeitung deutlich erschweren würden.

Prof. Dr. Thomas Hoeren

Dabei hatten es die Briten doch so gut gemeint. Im September 2017 haben sie ein neues Datenschutzgesetz (Data Protection Bill) ins *Parlament* eingebracht, das in den nächsten Monaten verabschiedet werden sollte. Am 17.1.2018 fand die dritte Sitzung des *House of Lords* über den Entwurf statt. Der Entwurf enthielt aus der Sicht britischer Datenschutzexperten alles, was nach der DS-GVO als verbindlich vorgesehen war. Trotz kleinerer Unterschiede hielt man in Großbritannien stets daran fest, dass künftig das britische Datenschutzrecht dem Schutzstandard der DS-GVO entspreche.

Von britischen Tageszeitungen gerne zitiert wird *Neil Brown*, ein angesehener IT-Anwalt: „The message seems clear: irrespective of Brexit, the GDPR is here to stay, so you may as well get on and implement it, and do it well." In der britischen Öffentlichkeit sieht man sich sogar als weltweiter Sieger und Pionier im Bereich des Datenschutzes. Bei der Ankündigung des Gesetzesentwurfs ließ sich selbst die *Queen* zu der Aussage hinreißen, man werde das Vereinigte Königreich zum „safest place to be online" machen (https://www.gov.uk/government/speeches/queens-speech-2017). Anlässlich der Mitteilung der *Kommission* erklärt

auch *Price Waterhouse*: „The UK has one of the world's best resourced and most influential national Data Protection regulators in the Information Commissioner's Office (ICO)" (https://www.pwc.co.uk/press-room/press-releases/european-commission-data-protection-notice-brexit-adequacy.html).

Dies sieht die *Kommission* wohl grundsätzlich anders. Man kann nur spekulieren, warum sie mit der Mitteilung vorgeprescht ist und nicht bis zum Inkrafttreten britischer Regeln warten wollte. Vielleicht wollte man dem Frieden so recht nicht trauen und hatte Zweifel, ob es in Großbritannien wirklich zu einer entsprechenden nationalen Regelung kommt. Denn schon in den parlamentarischen Verhandlungen hat die *Regierung* betont, dass sie möglichst viel vom alten Datenschutzrecht retten will und sich vorbehält, nach dem Brexit alle Datenschutzgesetze neu zu verhandeln und zu einem einheitlichen Datenschutzgesetz zusammenzufassen. Damit droht auch die Frage virulent zu werden, wie man in London mit dem Problem der Zuständigkeit der *Europäischen Datenschutzaufsichtsbehörde* und des *EuGH* fertig werden will. Es wird sich auf Dauer nicht vermeiden lassen, dass bei der Auslegung des Datenschutzrechts eine Kluft entsteht zwischen europäischer Auslegung und britisch-nationalstaatlicher Interpretation.

Oder aber die existierenden Unterschiede zwischen dem Gesetzesentwurf und der Verordnung waren so stark, dass Brüssel den Glauben an die Briten verloren hat. Tatsächlich enthält der Entwurf zahlreiche Ausnahmen und Befreiungstatbestände, die dem Bedürfnis geschuldet sind, den alten Datenschutzstandard von 1998 aufrechtzuerhalten. Begünstigt werden im Vergleich zur DS-GVO vor allem die Geheimdienste und neuerdings auch die Sicherheitsexperten bei der Analyse von Daten. Ferner sieht der Gesetzesentwurf nicht die in Art. 27 DS-GVO geregelte Pflicht für (Auftrags-)Datenverarbeiter vor, bei einer Datenverarbeitung außerhalb der EU einen Vertreter innerhalb der Union zu benennen, der in allen Angelegenheiten im Zusammenhang mit der Verarbeitung zur Gewährleistung der Einhaltung der Verordnung als Anlaufstelle für Aufsichtsbehörden und Betroffene dienen soll. Gegen eine effektive Durchsetzung von Datenschutzrecht spricht auch die Tatsache, dass der britische Gesetzesentwurf im Gegensatz zur Verordnung (dort in Art. 80 Abs. 2) keine Möglichkeit für Organisationen vorsieht, unabhängig von einem Auftrag einer betroffenen Person Beschwerde bei der zuständigen Aufsichtsbehörde einzulegen. In Fällen, in denen eine betroffene Person auf Grund sensibler Daten nicht namentlich mit einem Datenschutzverstoß in Verbindung gebracht werden will, können behördliche Schritte somit nicht eingeleitet werden. Es fragt sich auch, wie die 270 Seiten reiner Gesetzestext mit Inhalt und Leben gefüllt werden – in einem Land ohne Datenschutztradition. Der Entwurf ist nicht datenschutzfreundlich, sondern zielt konservativ auf die Bedürfnisse der datenverarbeitenden Industrie ab, die sich nicht ohne Grund schwerpunktmäßig weiterhin gerne in Großbritannien (und Irland) ansiedelt. Außerdem kennt man in Großbritannien traditionell keine Gesetzgebung, die einen besonderen Schutz von Gesundheitsdaten vorsieht, und verzichtet ohnehin weitgehend auf bereichsspezifische gesetzliche Regelungen (vgl. hierzu *Simitis*, Komm. zum BDSG, Einl. Rdnr. 145; *Kipker/Dix*, ZD-Aktuell 2016, 04197). Der für England und Wales geltende Health and Social Care Act von 2001 sieht lediglich die Möglichkeit vor, Patientendaten in bestimmten Ausnahmefällen zu verarbeiten. Dies spricht freilich im Umkehrschluss für einen grundsätzlichen Schutz solcher Daten, wofür es allerdings keine spezifischen gesetzlichen Regelungen gibt. Einschlägige Stimmen verweisen zwar auf die Rechtsprechung zum medizinischen Datenschutzrecht. Eine Umsetzung von EU-Recht durch Rechtsprechung ist nach Auffassung des *EuGH* aber nicht möglich (*EuGH*, U. v. 10.5.2001 – C-144/99). Diese weise nicht die nötige Klarheit und Bestimmtheit auf, um dem Erfordernis der Rechtssicherheit zu genügen, so der *EuGH*. Auch eine bloße bestehende Verwaltungspraxis reiche i.Ü. nicht, um den Vorgaben gerecht zu werden (*EuGH*, U. v. 1.3.1983 – Rs. 300/81). Britische Forscher befürchten jedenfalls schon jetzt eine massive Einschränkung ihrer Forschungsmöglichkeiten. Die gesteigerten Anforderungen an die Einwilligung der Patienten und an die Feststellung eines öffentlichen Interesses könnten so manches Forschungsprojekt gefährden („The Effect of the General Data Protection Regulation on Medical Research", vgl. https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC5346164/).

Ohnehin war Großbritannien über Jahrzehnte das Sorgenkind, wenn es um die Durchsetzung von Datenschutzrecht vor Ort ging. Die Briten kommen von einem Datenschutzmodell, das uns im Kern fremd ist: dem Nofizierungsmodell. Alles war erlaubt, solange die Datenverarbeitung einer entsprechenden Behörde notifiziert war. Dies hat viele Unternehmen bewogen, ihre Niederlassung in Großbritannien (und Irland) zu nehmen, wohl wissend, dass sie damit auch einen Freibrief in Sachen Datenschutz erhalten. Immer wieder wurde diese Datenschutzlücke kritisiert und stufenweise, etwa durch die Datenschutzrichtlinie, beschnitten. Dennoch fühlen sich kontinentaleuropäische Datenschutzaufsichtsbehörden in Großbritannien nicht wohl. Mit dem Brexit brechen nun die alten Vorbehalte massiv auf und könnten sich auch in der Mitteilung der *Kommission* entladen haben.

Die Mitteilung hat jedenfalls fatale Auswirkungen für den Datenaustausch mit Großbritannien. Mangels Angemessenheitsbeschluss der *Kommission* sind die Instrumente des Art. 46 DS-GVO anzuwenden. Verantwortliche und Auftragsverarbeiter werden wohl vorrangig auf EU-Standardvertragsklauseln zurückgreifen. Weiter könnten genehmigte Verhaltensregeln (Code of Conduct) und Zertifizierungsmechanismen als Übermittlungsgrundlage dienen. Im Blickpunkt werden aber die Musterverträge der EU stehen, die bislang im britischen Verhältnis nicht zur Anwendung kamen, jetzt aber enorm an Bedeutung gewinnen werden. Allerdings können die alten Musterverträge nicht unbesehen herangezogen werden, sondern benötigen eine Revision durch die *Kommission*. Gewarnt werden soll vor eigenmächtigen Anpassungen durch einzelne verantwortliche Stellen; denn so droht der Verlust des mit dem Mustervertrag verbundenen Privilegs. Erschwerend kommt hinzu, dass die Musterverträge nur die Situation „Controller zu Prozessor" und „Controller zu Controller" kennen. Wenn also eine britische Muttergesellschaft die Daten an eine deutsche Tochtergesellschaft übersendet und dann wieder zurückholt, passen die Muster nicht.

Zweifelhaft dürfte die Halbwertszeit der Mitteilung sein. Sobald London sein neues Datenschutzgesetz durchs *Parlament* bringt, muss Brüssel Farbe bekennen. Will man Großbritannien ernsthaft die Angemessenheit nicht attestieren? Will man die Mängel bei der Durchsetzung des Datenschutzrechts in der Vergangenheit offen kritisieren? Dann droht jedenfalls aus der Sicht der betroffenen Unternehmen ein Datenschutzkrieg zwischen Kontinentaleuropa und Großbritannien, dessen Ausgang unklar ist.

Münster, im Februar 2018

Thomas Hoeren

Prof. Dr. Thomas Hoeren
ist Direktor der zivilrechtlichen Abteilung des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und Mitherausgeber der MMR.