

DATENSCHUTZ- BERATER

» Ihr zuverlässiger Partner für Datenschutz und Datensicherheit

Chefredakteur: Dr. Carlo Piltz

Schriftleitung: Prof. Dr. Alexander Golland, Tilman Herbrich, Philipp Quiel, Laurenz Strassemeyer

Editorial

Philipp Quiel

Das Aussprechen, Hören, Sehen und Merken von personenbezogenen Daten durch Menschen

Seite 65

Stichwort des Monats

Christina Gräfin von Wintzingerode, Dirk Müllmann und Prof. Dr. Indra Spiecker gen. Döhm

Neue Strukturen in der Europäischen Cybersicherheit – ein Über- und Ausblick

Seite 66

Datenschutz im Fokus

Dr. Jan-Peter Ohrtmann und Prof. Dr. Alexander Golland

Datenschutz & Datenrecht – ein Ausblick auf 2023: Nationale Entwicklungen, EuGH-Vorlagen & Aufsicht

Seite 73

Tim Wybitul

Erfahrungsbericht: Verteidigung gegen „funktionale“ DSGVO-Bußgelder vor dem EuGH

Seite 77

Dr. Gerhard Eibach

Das Recht auf Auskunft und Datenkopie im Datenschutzrecht der EKD

Seite 81

Dr. Jan-Michael Grages

Datenschutz bei internen Ermittlungen: Herausforderungen beim Zugriff auf E-Mails und andere Daten

Seite 86

Aktuelles aus den Aufsichtsbehörden

Dr. Carlo Piltz und Ilia Kukin

Auswahl der Auftragsverarbeiter und Drittstaatentransfer – Beschluss der DSK

Seite 90

Rechtsprechung

Dr. Dominik Sorber

Betriebsratsvorsitzender und gleichzeitig interner Datenschutzbeauftragter = Interessenkonflikt? Ja!

Seite 93

Sebastian Laoutoumai

AG München – Die ewige Frage nach dem Verfallsdatum von Einwilligungserklärungen

Seite 96

▪ **Nachrichten Seite 70**

Tim Wybitul

Erfahrungsbericht: Verteidigung gegen „funktionale“ DSGVO-Bußgelder vor dem EuGH

Am 17. Januar 2023 verhandelte die Große Kammer des EuGH in der Rechtssache C-807/21. Dabei geht es um die Voraussetzungen der Verhängung von Bußgeldern gegen Unternehmen. Die deutschen Datenschutzbehörden vertreten eine unmittelbare Unternehmenshaftung. Das LG Berlin wandte im bisherigen Verfahren dagegen deutsches Ordnungswidrigkeitenrecht an. Das KG Berlin legte diese Frage dann dem EuGH zur Vorabentscheidung vor. Der Verfasser dieses Beitrags hielt in diesem Verfahren das Plädoyer der Verteidigung. Er fasst wesentliche Beobachtungen und Positionen aus Sicht der Verteidigung zusammen und gibt einen Ausblick auf das weitere Verfahren und die möglichen Folgen der Entscheidung des EuGH.

Hintergrund: Worum geht es vor dem EuGH?

Wie in allen Vorabentscheidungsverfahren geht es um die Fragen der Auslegung des EU-Rechts. Die Entscheidung wird erhebliche Auswirkungen auf die Verhängung von Geldbußen nach Art. 83 DSGVO gegen Unternehmen haben.

Die deutschen Datenschutzbehörden und der europäische Datenschutzausschuss gehen davon aus, dass sie Geldbußen direkt gegen Unternehmen verhängen könnten. Sie sind der Auffassung, dass sie hierbei wesentliche Vorgaben des deutschen Ordnungswidrigkeitengesetzes (OWiG) nicht berücksichtigen müssten.

Zwar verweist Art. 83 Abs. 8 DSGVO auf die Verfahrensgarantien der Mitgliedstaaten. Zudem gilt hier der europarechtliche Grundsatz der Verfahrenautonomie der Mitgliedstaaten. Dennoch gehen die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK) und Teile der Literatur davon aus, dass Verstöße gegen die DSGVO durch eine analoge Anwendung des EU-Kartellrechts geahndet werden sollen (vgl. DSK, Stellungnahme v. 5.1.2023 zur Rs. C-807/21). Die Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit (BlnBDI) verhängte auf der Grundlage dieser Rechtsmeinung ein Bußgeld direkt gegen ein Unternehmen, ohne konkrete Verstöße oder Aufsichtspflichtverletzungen von Leitungspersonen festzustellen.

Sowohl das deutsche Schuldprinzip als auch die §§ 30, 130, 9 OWiG setzen solche Tatfeststellungen in Bezug auf ein vorwerfbares Verhalten einer natürlichen Person jedoch voraus. Das LG Berlin gelangte auf dieser Basis zu dem Ergebnis, dass der Bußgeldbescheid schon aus formellen Gründen keinen Bestand haben kann (Beschl. v. 18.2.2021 – 526 OWi LG 212 Js-OWi 1/20 (1/20)). Dementsprechend traf das LG Berlin auch keinerlei Tatsachenfeststellungen. Vielmehr stellte es das Verfahren nach § 206a StPO i. V. m. mit §§ 46, 71 OWiG wegen des Bestehens eines Verfahrenshindernisses durch Beschluss ein. Im anschlie-

ßenden Rechtsmittelverfahren legte das KG Berlin dem EuGH wesentliche Rechtsfragen zur Auslegung von Art. 83 DSGVO zur Vorabentscheidung vor (Beschl. v. 6.12.2021 – 3 Ws 250/21).

Über welche Fragen entscheidet der EuGH?

Das KG Berlin legte dem EuGH zwei Fragen zur Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV vor, die es für das fragliche Bußgeldverfahren für entscheidungserheblich hielt.

Die erste Vorlagefrage

Die erste Vorlagefrage besteht aus zwei Teilen:

1. möchte das KG Berlin wissen, ob ein Bußgeldverfahren ebenso wie im EU-Kartellrecht nach Art. 83 DSGVO direkt gegen ein Unternehmen geführt werden kann.
2. fragt das Gericht, ob für eine Geldbuße gegen ein Unternehmen nach Art. 83 DSGVO eine durch eine natürliche und identifizierte Person, gegebenenfalls volldeiktisch, begangenen Ordnungswidrigkeit erforderlich ist.

Die zweite Vorlagefrage

Die zweite dem EuGH zur Entscheidung vorgelegte Frage geht sogar noch einen Schritt weiter. Das KG Berlin stellt sie für den Fall, dass der EuGH eine sinnngemäße Anwendung des EU-Kartellrechts bejahen sollte. Es fragt, ob das Unternehmen – ebenso wie im EU-Kartellrecht – den durch einen Mitarbeiter vermittelten Verstoß schuldhaft begangen haben muss oder ob für eine Bebußung des Unternehmens im Grundsatz bereits ein dem Unternehmen zuzuordnender objektiver Pflichtenverstoß ausreichen soll. Das KG Berlin benutzt hier den Begriff einer sog. „strict liability“.

Analoge Anwendung des EU-Kartellrechts?

Die erste Vorlagefrage des KG Berlin bezieht sich auf die Rechtsauffassung der BlnBDI. Danach solle die umfangreiche Rechtsprechung des EuGH zur Verhängung von Kartellgeldbußen durch die EU-Kommission auch im Rahmen von Art. 83 DSGVO gelten. Denn das Sanktionssystem der

DSGVO sei dem EU-Kartellrecht nachgebildet. Das zeige sich etwa an ErwGr. 150 Satz 3 zur DSGVO. Dieser lautet: „Werden Geldbußen Unternehmen auferlegt, sollte zu diesem Zweck der Begriff „Unternehmen“ im Sinne der Art. 101 und 102 AEUV verstanden werden.“

Die genannten Vorschriften regeln kartellrechtliche Verbote. Art. 101 AEUV verbietet Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen, die geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Zudem müssen solche Handlungen eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken. Art. 102 EUV verbietet die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch Unternehmen, soweit dies den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann. Der EuGH bestimmt den Begriff der in Art. 101, 102 AEUV vorausgesetzten Unternehmen auf der Basis des sogenannten funktionalen Unternehmensbegriffs als funktionale Einheit.

Vollständige Geltung der Mechanismen des EU-Kartellrechts?

Nach Auffassung der BlnBDI sei ErwGr. 150 Satz 3 zur DSGVO als vollumfänglicher Verweis auf die Geltung der Rechtsprechung des EuGH zum EU-Kartellrecht zu verstehen. Daher gelte dies vorrangig, so dass für eine Anwendung der deutschen Regeln zur Sanktionierung von Unternehmen kein Raum bleibe. Deshalb könnten die Datenschutzbehörden nach dieser Auffassung Geldbußen auch direkt gegen Unternehmen verhängen.

„Strict liability“ von Unternehmen?

Mit seiner zweiten Vorlagefrage geht das KG Berlin sogar noch über einen möglichen Rückgriff auf das EU-Kartellrecht hinaus und zieht eine verschuldensunabhängige Haftung in Betracht. Denn selbst das EU-Kartellrecht setzt ein Verschulden voraus, vgl. Art. 23 VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (Kartellverfahrens-VO).

Warum fordern Datenschutzbehörden eine „funktionale“ Unternehmenshaftung?

Die deutschen Datenschutzbehörden vertreten in der genannten DSK-Stellungnahme die Auffassung, der Unionsgesetzgeber habe ein supranationales und damit einheitliches Sanktionsregime schaffen wollen. Er habe zum Ziel gehabt, Gesetzesverstöße in der EU harmonisiert zu sanktionieren. Die Anwendung der §§ 30, 130 OWiG würde nach Ansicht der Behörden den Vollzug von Art. 83 DSGVO in Deutschland erheblich erschweren und das europäische Effektivitätsgebot verletzen. Es würde zu einer erheblichen Einschränkung der Bußgeldverhängung gegen juristische

Personen führen, wenn die Datenschutzbehörden trotz Feststehen eines Datenschutzverstößes noch die internen Verantwortlichkeiten aufklären müssten. Der Nachweis eines Organisations- oder Überwachungsverschuldens einer Leitungsperson werde umso schwieriger, je größer das Unternehmen und seine organisatorischen Verflechtungen seien. Dies gelte insbesondere bei großen Konzernen. Hierdurch entstünde auf Seiten der deutschen Behörden erheblicher Aufwand sowie enorme Kosten im Rahmen von Durchsuchungen und Sichtung von Material, wie etwa interner E-Mail-Kommunikation. Der Nachweis eines Organisationsverschuldens sei regelmäßig mit einem hohen Aufwand verbunden.

Argumente der DSK aus Sicht der Verteidigung

Zwar lassen die knappen Regelungen in Art. 83 DSGVO Raum für Auslegung. Vor diesem Hintergrund sind zu den Voraussetzungen für die Verhängung von DSGVO-Geldbußen gegen Unternehmen unterschiedliche Auffassungen denkbar. Allerdings sprechen gerade Wortlaut und Telos von Art. 83 Abs. 8 DSGVO sehr klar gegen die Möglichkeit einer Analogie zum EU-Kartellrecht. Die Vorschrift verweist unzweideutig auf die Verfahrensgarantien der Mitgliedstaaten. Diese regeln das Verfahren zur Ahndung von Datenschutzverstößen vollständig und ohne Lücken. Der Begriff „Verfahren“ in Art. 83 Abs. 8 DSGVO ist dabei nicht gleichzusetzen mit Prozessrecht im engeren Sinne. Vielmehr umfasst er durchaus auch sonstige in der DSGVO nicht geregelte Fragen, wie etwa Täterschaft, Teilnahme, Verjährung und Zurechnung.

Auslegung von Art. 83 DSGVO

Art. 83 Abs. 4 bis Abs. 6 DSGVO verwenden den Begriff des Unternehmens nicht auf der Tatbestandsseite. Vielmehr betrifft der Unternehmensbegriff die Rechtsfolge, nämlich die Höhe eines Bußgelds, dessen tatbestandliche Voraussetzungen zuvor bereits festgestellt wurden.

Auch der klare Verweis in Art. 83 Abs. 8 DSGVO spricht gegen die Annahme, der Unionsgesetzgeber habe – neben einer materiellrechtlichen Harmonisierung – auch eine vollständige Harmonisierung der Verfahren zur Bebußung von Unternehmen gewollt. Hätte der Ordnungsgeber eine solche Regelung tatsächlich beabsichtigt, hätte er sie ohne weiteres in Art. 83 Abs. 8 DSGVO vorsehen können. Stattdessen verweist die Vorschrift – wie bereits erwähnt – auf die Verfahrensgarantien der Mitgliedstaaten und greift so die im Unionsrecht geltende Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten auf. Auch ErwGr. 151 zeigt deutlich, dass das nationale Recht der Mitgliedstaaten sehr wohl für Geldbußen nach Art. 83 DSGVO maßgeblich ist. Dieser ErwGr. macht deutlich, dass Geldbußen sogar in dem nationalen Recht einzelner Mitgliedsstaaten nicht vorgesehen sind. Er trifft dann, ausschließlich für den Fall, dass das

Recht der Mitgliedsstaaten keine Geldbußen vorsieht, alternative Regelungen: „Nach den Rechtsordnungen Dänemarks und Estlands sind die in dieser Verordnung vorgesehenen Geldbußen nicht zulässig. (...)“. Noch deutlicher als mit dieser Ausnahmeregelung kann man kaum auf die Geltung der Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten hinweisen.

Wirksamkeit deutscher Verbandssanktionen

Die Annahme der DSK, die Anwendung von §§ 30, 130 OWiG stehe einer wirksamen Anwendung des Unionsrechts entgegen, trifft nachweislich nicht zu. Es fällt auf, dass die DSK-Stellungnahme entsprechende Behauptungen dementsprechend weder empirisch noch statistisch begründet.

Schon ein kurzer Blick in die Bußgeldpraxis des Bundeskartellamts widerlegt die Annahme der Datenschutzbehörden. So erreichten etwa die im Vorjahr der COVID-19 durch das Bundeskartellamt festgesetzten Bußgelder insgesamt rund 847,4 Mio. Euro. Davon entfielen 846,8 Mio. Euro auf Bußgelder, die auf der Grundlage von §§ 30, 130 OWiG gegen juristische Personen verhängt wurden (vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2019/2020, BT-Drs. 19/30775, S. 38, 41).

Aber auch in zahlreichen anderen Rechtsgebieten verhängen deutsche Aufsichtsbehörden ohne Probleme Geldbußen auf der Basis unmittelbar anwendbarer Bußgeldnormen. Beispiele hierfür sind etwa Art. 67 der Verordnung (EU) 2019/1238 über ein Paneuropäisches Privates Pensionsprodukt (PEPP) oder Art. 39 der Verordnung (EU) 2020/1503 über Europäische Schwarmfinanzierungsdienstleister. Dies gilt aber beispielsweise auch für die Verordnungen (EU) 2015/847; 260/2012; 1060/2009; 909/2014; 1286/2014 und 2017/2402.

Funktionsweise von §§ 30, 130, 9 OWiG

Im Übrigen ist die Behauptung schlicht falsch, das deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht erlaube keine effektive Sanktionierung von Unternehmen. Dies zeigt beispielsweise auch das Vorgehen deutscher Behörden gegen Unternehmen wegen der Abgaswerte von Diesel-Fahrzeugen. Hier haben die Behörden in hochgradig komplizierten Sachverhalten gegen Unternehmen mit komplexen Verantwortungsstrukturen teilweise Milliarden Bußgelder verhängt.

Es lohnt sich daher ein Blick auf das genaue Vorgehen der Behörden in solchen Sachverhalten. Es ist nämlich nicht nötig, einzelne natürliche Personen im Unternehmen tatsächlich zu ermitteln. Vielmehr stellen die Behörden oftmals lediglich den tatbestandlichen Eintritt eines Verstoßes als Anknüpfungstat für § 130 OWiG fest. Die Vorschrift hat gerade das Ziel, die von der DSK angesprochenen Zu-

rechnungslücken zu schließen. Die Anknüpfungstat ist lediglich eine objektive Bedingung der Ahndbarkeit und bedarf einer sehr niedrigen Nachweisschwelle. Kann das Unternehmen dann im Anschluss die hohen Anforderungen an den Nachweis nicht erbringen, dass es die erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen umgesetzt hat, wird der damit verwirklichte Verstoß gegen § 130 OWiG dem Unternehmen als Tat einer Leitungsperson im Rahmen von § 30 OWiG zugerechnet. An das Führen dieses Nachweises werden hohe Anforderungen gestellt. Nach der sog. Risikoerhöhungslehre ist das Unternehmen bzw. dessen Inhaber verpflichtet, die ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten der Risikoverringerung auch zu nutzen; man darf daher nichts unversucht lassen, um erkannten oder erkennbaren Zuwiderhandlungsgefahren entgegenzuwirken.

Entgegen der Annahme der Datenschutzbehörden ist auch im deutschen Recht keine namentliche Nennung einer natürlichen Person nötig (anders aber DSK, Stellungnahme v. 5.1.2023 zur Rs. C-807/21, S. 16). Vielmehr erlaubt § 30 Abs. 4 OWiG die Sanktionierung von Unternehmen im selbständigen Verfahren. In der Praxis sind solche Aufsichtspflichtverletzungen nach § 130 OWiG übrigens die mit Abstand häufigsten Fälle der Verhängung von Verbandsgeldbußen nach § 30 OWiG. Rogall formuliert dies in einem der führenden Kommentare zum Ordnungswidrigkeitenrecht wie folgt: „Die Aufsichtspflichtverletzung nach § 130 ist die in der Praxis bedeutsamste Anknüpfungstat des § 30 [OWiG]. Die Funktion von § 130 OWiG ist gerade „die Sicherung von Zurechnung durch Schließung kriminalpolitisch unerwünschter Strafbarkeitslücken“.

Soweit die Datenschutzbehörden ins Feld führen, dass der Nachweis – und somit nicht die Zurechnung – von Verstößen mit Aufwand verbunden ist (DSK, Stellungnahme v. 5.1.2023 zur Rs. C-807/21, S. 15 f.), ist dies rechtsstaatlich gewollt und auch richtig. Ohne den rechtsstaatlich gebotenen Nachweis eines tatsächlichen Verstoßes kommt eine Sanktionierung nicht in Betracht. Die DSK argumentiert, es könnten schlimmstenfalls Sanktionslücken entstehen. Denn trotz enormen Ermittlungsaufwands könnte gegebenenfalls eine Leitungsperson, der ein Vorwurf zu machen ist, nicht ermittelt werden, obschon ein Verstoß des Unternehmens anhand der übrigen Beweise ansonsten zweifelsfrei feststehe (DSK, Stellungnahme v. 5.1.2023 zur Rs. C-807/21, S. 15).

Wie bereits gezeigt, ist diese Aussage ordnungswidrigkeitenrechtlich unzutreffend. Vor allem ist sie in einer Stellungnahme zu dem EuGH-Verfahren C-807/21 fehl am Platz. Denn in dem genannten Verfahren hatte sich das LG Berlin im Hinblick auf die formalen Verfahrensfehler mit dem Vorwurf in der Sache noch gar nicht zu befassen. Dementsprechend hatte das Gericht auch keine Beweise erhoben und erst recht keinen Verstoß festgestellt. Viel-

mehr hatte die Kammer des LG Berlins mehrfach kritisiert, dass die Behörde bei ihren Ermittlungen in diesem Verfahren keine hinreichenden Tatsachenfeststellungen getroffen hatte.

Erfahrungsbericht aus der mündlichen Verhandlung vor dem EuGH

Der EuGH führte die mündliche Verhandlung in Besetzung der großen Kammer. Es beschäftigen sich hier also – neben dem Generalanwalt – 15 Richter mit der Auslegung von Art. 83 DSGVO, vgl. Art. 27 Abs. 1 der Verfahrensordnung des Europäischen Gerichtshofs (VerfO-EuGH). Das zeigt grundsätzlich, dass der Gerichtshof diesem Verfahren besondere Bedeutung beimisst, vgl. auch Art. 60 Abs. 1 der VerfO-EuGH. Dieser Eindruck verstärkte sich während der Verhandlung auch aufgrund der zahlreichen Fragen der Richter sowie des Generalanwalts. Die mündliche Verhandlung dauerte mit etwa vier Stunden dementsprechend außergewöhnlich lange.

Ein Schwerpunkt der Fragen der Richter lag nach dem Eindruck des Verfassers auf der Wirksamkeit des deutschen Ordnungswidrigkeitenrechts. Sowohl die Verteidigung als auch die Vertreter der Bundesrepublik Deutschland erläuterten umfangreich, wie §§ 130, 30 OWiG eine effektive Sanktionierung gewährleisten.

Ein weiterer Schwerpunkt lag auf der Frage, ob Art. 83 DSGVO eine abschließende Regelung ist oder durch das Recht der Mitgliedstaaten ergänzt werden muss. Neben der Bundesrepublik Deutschland plädierten auch die Vertreter anderer Mitgliedstaaten für die in Art. 83 Abs. 8 DSGVO angeordnete Geltung des nationalen Rechts der

Mitgliedstaaten. Der Verfasser hatte im Rahmen der weiteren Fragen der Richter den Eindruck, dass dem Gerichtshof noch nicht bewusst war, dass im gerichtlichen Ausgangsverfahren aufgrund der vom LG Berlin identifizierten formellen Fehler gerade keine Feststellungen zum Vorliegen eines Datenschutzverstößes getroffen wurden.

Fazit

Natürlich ist der Verfasser als einer der Verteidiger des an diesem EuGH-Verfahren beteiligten Unternehmen nicht unvoreingenommen. Die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs kann je nach dem Ergebnis des Verfahrens erhebliche Auswirkungen auf die Sanktionierung von Unternehmen nach Art. 83 DSGVO haben. Die Schlussanträge des Generalanwalts sind für das zweite Quartal 2023 angekündigt. Diese werden ein erster Richtungsweiser sein. Die Schlussanträge sind für den Gerichtshof aber nicht verbindlich. Mit einer Entscheidung der großen Kammer ist erfahrungsgemäß einige Monate nach den Schlussanträgen zu rechnen. Bis dahin besteht einige Rechtsunsicherheit. Betroffene Unternehmen können dies als effektiven Ansatzpunkt für eine erfolgreiche Verteidigung, etwa bei einer Verständigung mit den Aufsichtsbehörden nutzen.

Autor: Tim Wybitul ist Rechtsanwalt und Partner von Latham & Watkins in Frankfurt. Er verteidigt Unternehmen gegen Geldbußen wegen Datenschutzverstößen. Dieser Beitrag gibt allein seine Ansichten wieder und nicht die des von ihm vor dem EuGH verteidigten Unternehmens.



Herausforderungen des Datenschutz-Managements

Fundierte, konkrete und praxistaugliche Lösungen für Datenschutz-Praktiker*innen

1. Auflage 2023 | 1.140 Seiten | Broschur | ISBN: 978-3-8005-1840-1 | € 99,-

Bestellen Sie jetzt auf shop.ruw.de/18401