

hörden bestehen.³⁴ Vorbild für eine Regelung könnte zum Beispiel die Regelung nach § 17 Abs. 1 FinDAG sein. Für die Bewertung kommt es auf die Effektivität des Gesamtsystems der Rechtsdurchsetzung an.

- 36 Die Abkehr von einer umfassenden Polizeifestigkeit der öffentlichen Verwaltung führt zu einer Wandlung des Verständnisses der Datenschutzaufsichtsbehörden und der öffentlichen Stellen bezüglich ihrer Funktionen. Die DS-GVO hat daher Auswirkungen auf das **Selbstverständnis** der Datenschutzaufsichtsbehörden und deren Verhältnis zu den öffentlichen Stellen. Die praktischen Konsequenzen hängen auch von den Regelungen des innerstaatlichen Rechts ab. Die Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz sollte nahelegen, dass von den Datenschutzaufsichtsbehörden erlassenen Verwaltungsakten nachgekommen wird. Bereits das aufsichtsbehördliche Mittel der Beanstandung führt in der Regel dazu, dass Datenschutzverstöße ausgeräumt werden. Das Ergreifen verbindlicher Maßnahmen durch die Datenschutzaufsichtsbehörde kann sich dann als nicht mehr notwendig erweisen.

II. Grundlagen zur Ausübung der Befugnisse

- 37 **1. Auswahlermessen.** Nach Art. 58 verfügen die Aufsichtsbehörden über **neue und stärker eingreifende Befugnisse**.³⁵ Neben den Verwarnungen sind die Anordnungen bzw. Anweisungen hervorzuheben, die gegenüber allen Verantwortlichen erlassen werden können. Die Stärkung der Rolle der Datenschutzaufsichtsbehörden findet in dem deutlich strengeren Rahmen für Geldbußen nach Art. 83 seinen offensichtlichsten Ausdruck.
- 38 Die **Wahl der Befugnis steht im Ermessen** der zuständigen Datenschutzaufsichtsbehörde. Eine Stufenfolge, wonach zunächst zwingend die eine Maßnahme zu treffen ist, bevor die stärker eingreifende Maßnahme getroffen werden kann, besteht nicht. Es besteht demnach ein Auswahlermessen. Jedenfalls im Fall einer Beschwerde nach Art. 77 besteht kein Entschließeremessen. Die Datenschutzaufsichtsbehörden haben die Aufgabe, sich mit der Beschwerde zu befassen, den Gegenstand der Beschwerde in angemessenen Umfang zu untersuchen und den Beschwerdeführer innerhalb einer angemessenen Frist über das Ergebnis der Untersuchung zu unterrichten (Art. 57 Abs. 1 lit. f). Der Umfang der Befassung steht im Ermessen der Datenschutzaufsichtsbehörde (siehe Art. 57 Rn. 67). Ein Anspruch auf die Wahrnehmung einer bestimmten Befugnis bzw. auf die Ergreifung einer bestimmten Maßnahme besteht grds. nicht, es sei denn dies ist aufgrund einer Ermessensreduktion auf null angezeigt.³⁶
- 39 Im Rahmen des **Verhältnismäßigkeitsprinzips** ist die Datenschutzaufsichtsbehörde dazu verpflichtet, bei der Wahl ihrer Mittel das bei gleicher Effektivität am geringsten

34 Generell und nicht (nur) in Bezug auf die Zwangsvollstreckung Ehmann/Selmayr-Selmayr Art. 58 Rn. 5. Zu der Alternative der Klagebefugnis der Datenschutzaufsichtsbehörden gegenüber öffentlichen Stellen Rn. 168. Man könnte die Zwangsbefugnis des Zwangsgeldes aufgrund ihres sanktionierenden Charakters auch im Rahmen des Art. 84 regeln, vgl. Kühling/Buchner-Bergt Art. 84 Rn. 8.

35 Kröger/Pilniok-Spiecker gen. Döhmann Unabhängiges Verwalten in der Europäischen Union, S. 107.

36 Vgl. VG Ansbach v. 8.8.2019 – AN 14 K 19.00272; vgl. Will ZD 2020 97, 98.

eingreifende Mittel auszuwählen.³⁷ Orientierung bieten die nach Eingriffsintensität gestaffelte Reihenfolge bzw. die „Eskalationsstufen“³⁸.

2. Kohärenz und Konsistenz. Die DS-GVO verlangt als Bestandteil der flächendeckenden Vereinheitlichung **Konsistenz** bei der Ausübung der Durchsetzungsbefugnisse. Trotz ihrer Unabhängigkeit und ihres Ermessensspielraums sollen die Datenschutzaufsichtsbehörden in ihrer Aufsichtspraxis konsistent sein, insbesondere sollen gleiche Datenschutzverstöße nicht unterschiedlich sanktioniert und ihnen nicht unterschiedlich abgeholfen werden.³⁹ Im Rahmen der Kooperation gem. Art. 57 Abs. 1 lit. g und Art. 63 soll eine weitgehend parallele oder gar einheitliche Aufsichtspraxis abgestimmt werden, die gleichwohl „effektiv, verhältnismäßig und abschreckend“ ist.⁴⁰ Einen maßgeblichen Beitrag dazu erfüllen der Europäische Datenschutzausschuss im Rahmen seiner Aufgabenerfüllung gem. Art. 70 sowie in Bezug auf Deutschland konsensorientiertes Abstimmen von Vorgehensweisen im Rahmen der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder.

3. Territoriale Grenzen der Befugnisse. Grundsätzlich sind die Datenschutzaufsichtsbehörden gem. Art. 55 Abs. 1 **in ihrem Hoheitsgebiet** für die Ausübung ihrer Befugnisse zuständig. Die Zuständigkeit als federführende Behörde richtet sich nach Art. 56 Abs. 1. Innerstaatlich tritt § 40 Abs. 2 BDSG hinzu. Die Zuständigkeitsordnung soll lückenlos sein, um auch einen lückenlosen Schutz der Grundrechte und des freien Datenverkehrs zu gewährleisten.

Im Rahmen der Befassung mit einer Beschwerde nach Art. 77 können die Datenschutzaufsichtsbehörden einzelne **Untersuchungsbefugnisse** auch **außerhalb ihres Hoheitsgebiets** ausüben. Dies hat der EuGH in seinem Urteil „Weltimmo“ klargestellt.⁴¹ Danach gilt das Territorialprinzip ausdrücklich für Einwirkungsbefugnisse, aber nicht in gleichem Maße für Untersuchungsbefugnisse. Ziel von Untersuchungen ist insbesondere das Sammeln von Informationen zur Klärung der Zuständigkeiten und des weiteren Vorgehens. Wenn eine Beschwerde bei einer Datenschutzaufsichtsbehörde erhoben wird, kann diese ihre unmittelbar auf der DS-GVO beruhenden informatorischen Untersuchungsbefugnisse etwa dadurch ausüben, dass sie sich an den möglichen Verantwortlichen wendet.⁴² Ansonsten würde die fristgerechte Behandlung von Beschwerden nach Art. 77 Abs. 1 zu Lasten des Beschwerdeführers unangemessen erschwert. Bereits für die Bestimmung der zuständigen bzw. federführenden Behörde muss es den Datenschutzaufsichtsbehörden möglich sein, Informationen einzuholen (Art. 57 Abs. 1 lit. a). Erst recht gilt dies für die Inanspruchnahme von Amtshilfe nach Art. 61 und die Durchführung gemeinsamer Maßnahmen nach Art. 62.

37 Dieses Prinzip greift der ErWG 129 explizit auf.

38 *Dieterich* ZD 2016, 260, 262.

39 WP 253/17/EN, S. 5. Aus dieser Überlegung heraus kam auch der Vorschlag der Europäischen Kommission zur Institutionalisierung des EDSA als Harmonisierungsinstantz, vgl. *Albrecht* CR 2/2016, 88, 96.

40 WP 253/17/EN, S. 6 setzt diese Aussage des ErWG 129 in Kontext. Zum Tragen kommt dieses Prinzip besonders bei der Verhängung von Geldbußen als verwaltungsrechtliche Sanktion.

41 *EuGH* v. 1.10.2015 – C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639, *Weltimmo*, Rn. 54.

42 Lediglich die Verhängung von Sanktionen soll ihr verwehrt sein, vgl. *EuGH* v. 1.10.2015 – C-230/14, ECLI:EU:C:2015:639, *Weltimmo*, Rn. 57.

III. Adressaten der Befugnisse

- 43 1. Verantwortliche und Auftragsverarbeiter.** Die Befugnisse können sowohl gegen Auftragsverarbeiter als auch gegen Verantwortliche ausgeübt werden. Dies ist eine Konsequenz daraus, dass die **Verantwortung für die Verarbeitung** im Rahmen der Auftragsverarbeitung nicht mehr allein und nicht vorrangig bei dem Verantwortlichen liegt, sondern der Auftragsverarbeiter durch die DS-GVO verstärkt in die Verantwortung genommen wird (Art. 28 Abs. 3). Er hat eigene unmittelbare datenschutzrechtliche Pflichten (z.B. Art. 27 Abs. 1, Art. 30 Abs. 2, Art. 32 Abs. 1).⁴³
- 44** Für den Fall, dass der Auftragsverarbeiter im Rahmen eines **Exzesses** nach Art. 28 Abs. 10 die Zwecke und Mittel der Verarbeitung eigenständig bestimmt, wird er selbst zum Verantwortlichen und als solcher Adressat der Befugnisse. Geteilte Verantwortlichkeiten zwischen gemeinsamen Verantwortlichen und im Verhältnis von Verantwortlichen und Auftragsverarbeitern müssen klar festgelegt werden, insbesondere im Hinblick auf Überwachungs- und sonstige Maßnahmen der Aufsichtsbehörden (ErwG 79).
- 45** Werden Auftragsverarbeiter und Verantwortlicher wegen **desselben Datenverarbeitungsvorgangs** in die Pflicht genommen und fällt die Datenschutzaufsicht jedoch auseinander, besteht erhöhter Koordinations- und Kooperationsbedarf zwischen den beteiligten Behörden. Dies müsste sich aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten auf der Ebene der Sanktionen fortsetzen.
- 46 2. Vertreter von nicht in der Union niedergelassenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern.** Die Befugnisse der Datenschutzaufsichtsbehörden richten sich nur dann gegen **Vertreter i.S.d. Art. 27**, wenn der Adressatenkreis der Befugnisse nicht eindeutig im Wortlaut begrenzt ist.⁴⁴ Dies dient der Geltung der DS-GVO i.S.d. Marktortprinzips (Art. 3 Abs. 2).
- 47** Die in ErwG 80 angesprochene Funktion des Vertreters als „**Anlaufstelle** der Aufsichtsbehörden“ bietet keine klare Hilfestellung. Eine Anlaufstelle ist jedenfalls ein Ansprechpartner und ein Adressat für Informationersuchen. Für die Möglichkeit auch gegenüber dem Vertreter Befugnisse ausüben zu können, spricht ErwG 81. Danach ist der Vertreter zur Zusammenarbeit mit den Datenschutzaufsichtsbehörden bezüglich Maßnahmen angehalten, die der Sicherstellung der Verordnung entsprechen. Insbesondere soll der Vertreter bei Verstößen des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters einem **Durchsetzungsverfahren**⁴⁵ unterworfen werden können.
- 48** Diese Formulierung macht deutlich, dass die Aufsichtsbehörden bei Verstößen von Verantwortlichen, die außerhalb des territorialen Geltungsbereichs der DS-GVO ihre Niederlassung haben, **Befugnisse über den Vertreter** geltend machen können, sonst würde der Schutzgehalt des Marktortprinzips in Bezug auf die Aufsichtstätigkeit ins Leere gehen.⁴⁶ Hinsichtlich der Durchsetzung der Maßnahmen sind dagegen ggf. Amts- bzw. Rechtshilfverfahren anzustrengen, da insoweit das Territorialprinzip der Ausübung und Durchsetzung von Befugnissen auf fremdem Hoheitsgebiet außerhalb der Europäischen Union entgegen steht. Der Vertreter selbst kann nur betroffener

43 Paal/Pauly-Martini Art. 28 Rn. 17.

44 Ausdrücklicher Adressat ist der Vertreter in Art. 58 Abs. 1 lit. a.

45 „enforcement proceedings“ – ErwG 80.

46 Vgl. Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1 v. 12.11.2019, S. 28.

Adressat von Sanktions- oder Abhilfemaßnahmen der Datenschutzaufsichtsbehörde sein, soweit diese seine eigenen Verpflichtungen betreffen.⁴⁷

IV. Systematisierung

Die Datenschutzaufsichtsbehörden werden mit 26 Befugnissen ausgestattet, um die zahlreichen Aufgaben und Funktionen, die ihr nach der DS-GVO zukommen, erfüllen zu können. Diese **Vielzahl von Befugnissen** weisen teils Überschneidungen in ihrem Gehalt und ihrer Reichweite auf. **49**

Wie bereits in der DSRL vorgesehen, verfügen die Aufsichtsbehörde weiterhin über Untersuchungs- (Abs. 1) und Abhilfebefugnisse (Abs. 2).⁴⁸ Zusätzlich werden Beratungs- und Genehmigungsbefugnisse (Abs. 3) in Entsprechung zu den speziellen Genehmigungsvorbehalten der DS-GVO geregelt. **50**

1. Untersuchungsbefugnisse (Abs. 1). Korrespondierend zu den Aufgaben der Datenschutzaufsichtsbehörden, insbesondere der Kontrolle gem. Art. 57 Abs. 1 lit. h, die **anlasslos** bestehen, sind die Aufsichtsbehörden bei der Ausübung ihrer Untersuchungsbefugnisse nicht daran gebunden, dass ein Datenschutzverstoß vermutet wird, bzw. eine Beschwerde einer betroffenen Person einging. Untersuchungen können auch von Amtswegen erfolgen. Auch wenn die Untersuchungsbefugnisse getrennt aufgeführt werden, können sie kollektive Bestandteile einer Untersuchung sein und werden (abgesehen von der Überprüfung der Zertifizierung nach Art. 58 Abs. 1 lit. c) vielfach gemeinsam wahrgenommen, z.B. im Rahmen einer Vor-Ort-Kontrolle. **51**

a) Anweisung zur Herausgabe von Informationen. Maßgebliche Voraussetzung für weiter gehende Maßnahmen der Datenschutzaufsichtsbehörden ist zunächst die Erfassung eines vollständigen Sachverhalts. Dazu sind sie befugt, den Auftragsverarbeiter oder Verantwortlichen und ggf. den Vertreter anzuweisen, ihnen die erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen. Die Informationen müssen **vollständig, aktuell und richtig** sein. Bei der Ausübung dieser Befugnis sind die Datenschutzaufsichtsbehörden dazu angehalten, so konkret wie möglich gegenüber dem Adressaten zu äußern, welche Informationen zu welchen Datenverarbeitungsvorgängen benötigt werden.⁴⁹ So kann vermieden werden, dass es zu Zeitverlusten bei der Bearbeitung kommt, die zu einem sich vertiefenden Datenschutzverstoß führen können. **52**

Die Ergebnisse der zahlreichen Dokumentationspflichten, die in der DS-GVO den Verantwortlichen auferlegt werden, sollten den Aufsichtsbehörden zur Verfügung gestellt werden, um bei einer Prüfung alle bereits für den Datenschutz getätigten Schritte nachvollziehen zu können. Diese notwendige **Nachvollziehbarkeit** bezieht sich sowohl auf die technisch-organisatorischen Maßnahmen, insbesondere auf das Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten,⁵⁰ als auch auf die Grundlagen der Datenverarbeitung. **53**

47 Vgl. Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3), Version 2.1 v. 12.11.2019, S. 28.

48 In der Terminologie der DSRL wurden die Abhilfebefugnisse noch Einwirkungsbefugnisse genannt.

49 Zum möglichen Umfang des Auskunftsanspruchs der Datenschutzaufsichtsbehörde VG Mainz v. 9.5.2019 – 1 K 760/8.MZ, ZD 2020, 171, 172.

50 Dieses ist nach Art. 30 Abs. 4 auf Anfrage der Datenschutzaufsichtsbehörde zur Verfügung zu stellen.

- 54 Die Befugnis, alle für die Kontrolle erforderlichen Informationen einzuholen, war bereits in der DSRL vorgesehen und wurde z.B. durch § 38 Abs. 3 BDSG a.F. geregelt. Gleichwohl wurde darin lediglich eine **Auskunftspflicht** manifestiert. Dagegen impliziert die weite Formulierung „Einholung von Information“, dass die Datenschutzaufsichtsbehörden nicht an eine Form gebunden sind, sondern die erforderlichen Informationen z.B. auch in Form einer Kopie von Originalunterlagen und Dateien verlangen können.⁵¹ Auch im öffentlichen Bereich der oder des Bundesbeauftragten waren die öffentlichen Stellen des Bundes dazu verpflichtet, gem. § 24 Abs. 4 Nr. 1 BDSG a.F. die erforderlichen Unterlagen bereitzustellen. Diese Regelung wurde durch § 16 Abs. 4 Nr. 2 BDSG beibehalten.
- 55 Nach dem Wortlaut der DS-GVO wird diese Befugnis nicht durch ein Auskunftsverweigerungsrecht, wie es § 38 Abs. 3 BDSG a.F. vorsah, eingeschränkt. Gleichwohl kann rechtsstaatlich von dem Verantwortlichen keine Information oder Auskunft verlangt werden, durch die er sich einer Straftat bezichtigen würde.⁵² Dieses rechtsstaatliche Prinzip ist bereits in Art. 58 Abs. 4 verbürgt und im Rahmen des BDSG in § 40 Abs. 4 S. 2 BDSG für die Verantwortlichen im nichtöffentlichen Bereich explizit geregelt.
- 56 **b) Untersuchungen zur Durchführung von Datenschutzüberprüfungen.** Mit der Durchführung von Untersuchungen ist hier die **datenschutzrechtliche Kontrolle** gemeint, die präventiv und anlasslos erfolgen kann.⁵³ Diese Befugnis ist von grundlegender Bedeutung, um die Überwachungsaufgabe der Datenschutzaufsichtsbehörden effektiv verwirklichen zu können. Als Gegenstand der Untersuchung kommen in Betracht die Überprüfung der rechtlichen Vorgaben, die dem Datenverarbeitungsvorgang zugrunde liegen, die Einhaltung der Transparenzpflichten gegenüber den betroffenen Personen und die Maßgaben, die in technisch-organisatorischer Hinsicht und hinsichtlich der Datensicherheit bestehen.
- 57 Die vereinheitlichte und flächendeckende Durchsetzung der DS-GVO durch die Datenschutzaufsichtsbehörden würde die Durchführung **gemeinsamer Datenschutzüberprüfungen** nahe legen, z.B. für den Fall, dass sich Niederlassungen eines Verantwortlichen in unterschiedlichen Mitgliedstaaten befinden. In der deutschen Aufsichtspraxis sind solche gemeinsamen Prüfungen insbesondere im Sicherheitsbereich bereits vorgenommen worden. Den Datenschutzaufsichtsbehörden steht unionsweit im Rahmen der Vorschriften über die Zusammenarbeit die Möglichkeit zur Verfügung, gem. Art. 62 Abs. 1 **gemeinsame Maßnahmen** einschließlich gemeinsamer Untersuchung durchzuführen.
- 58 **c) Überprüfung von Zertifizierungen.** Die von Zertifizierungen herbei geführte Rechtssicherheit reicht nicht soweit, dass der zertifizierte Verantwortliche deswegen keine Kontrollen der Datenschutzaufsicht befürchten müsste. Diese können sowohl durch die Datenschutzaufsichtsbehörden erteilte Zertifizierungen als auch die von Zertifizierungsstellen erteilten Zertifizierungen betreffen.

51 Ehmman/Selmayr-Selmayr Art. 58 Rn. 12.

52 Ausf. Gola-Nguyen Art. 58 Rn. 9.

53 Im Englischen wird der Ausdruck „audit“ verwendet, dies bekräftigt den präventiven Charakter der Kontrolle bzw. Untersuchung.