

Linie zur Einhaltung der Vorschriften der DS-GVO anhalten will, so dass fraglich erscheint, ob die Finanzierungsfunktion hinreichend in den Vordergrund tritt. Zudem lässt sich oftmals nicht verlässlich ermitteln, ob die Bußgelder nun der Finanzierung der Aufsicht dienen oder nicht. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollten daher auch Bußgelder der Aufsicht entsprechend dem o.g. Grundsatz unter § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO fallen.

III. Relevanz für betroffene Personen

- 139** Die Norm schafft keinen Ausgleich für von Datenschutzverletzungen betroffene Personen. Allerdings kann durch die Anzeige von Datenschutzverstößen, durch Kunden oder Beschäftigte eine Rechtsdurchsetzung initiiert werden.

IV. Relevanz für Aufsichtsbehörden

- 140** Aufsichtsbehörden fällt nach der Logik der DS-GVO die besondere Verantwortung zu, das scharfe Schwert der Bußgelder mit Augenmaß zu nutzen. Die Anforderungen des Abs. 1 werden zunächst durch ihre Praxis mit Leben gefüllt werden. Zugleich können die Bußgelder im Falle rechtlicher Auseinandersetzungen mit verantwortlichen Stellen für Aufsichtsbehörden einen Bumerang-Effekt auslösen, der große Risiken bergen kann. Bei verlorenen Prozessen dürfte die Staatskasse angesichts der besonders hohen Streitwerte nennenswert belastet werden. Hinzu kommt der Glaubwürdigkeits- und Integritätsverlust bei gerichtlich verworfenen Bußgeldbescheiden.
- 141** Zudem bedeutet ein erhöhtes Aufkommen von Beschwerden neben der Mehrarbeit eine ressourcenbedingte Beschränkung ihrer Möglichkeiten, eigene Prioritäten in der Aufsicht zu setzen. Andererseits besteht durch diesen Effekt im Rahmen der Beschwerdeverfahren für die Aufsichtsbehörden darin ein Nutzen, Informationen zu erlangen, die ihnen sonst vorenthalten blieben.¹⁷³

V. Relevanz für das Datenschutzmanagement

- 142** Der Bußgeldrahmen ist der entscheidende Treiber für ein funktionierendes Datenschutzmanagement bei nichtöffentlichen Stellen. Bei öffentlichen Stellen entfällt dieser Antrieb. Die Rechtstreue kann neben der Grundrechtsbindung der Verwaltung und der öffentlichen Kontrolle durch Medien und Gesellschaft insbesondere die Überwachung der Aufsicht erzeugen.

Anhang

§ 41 BDSG Anwendung der Vorschriften über das Bußgeld- und Strafverfahren

(1) Für Verstöße nach Artikel 83 Absatz 4 bis 6 der Verordnung (EU) 2016/679 gelten, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, die Vorschriften des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten sinngemäß. Die §§ 17, 35 und 36 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten finden keine Anwendung. § 68 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten findet mit der Maßgabe Anwendung, dass das Landgericht entscheidet, wenn die festgesetzte Geldbuße den Betrag von einhunderttausend Euro übersteigt.

¹⁷³ Vgl. *Martin et al.* Das Sanktionsregime der Datenschutz-Grundverordnung, 2019, S. 33.

(2) Für Verfahren wegen eines Verstoßes nach Artikel 83 Absatz 4 bis 6 der Verordnung (EU) 2016/679 gelten, soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt, die Vorschriften des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten und der allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren, namentlich der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes, entsprechend. Die §§ 56 bis 58, 87, 88, 99 und 100 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten finden keine Anwendung. § 69 Absatz 4 Satz 2 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten findet mit der Maßgabe Anwendung, dass die Staatsanwaltschaft das Verfahren nur mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde, die den Bußgeldbescheid erlassen hat, einstellen kann.

Übersicht

	Rn		Rn
A. Einordnung und Hintergrund	1	4. Höhe der Bußgelder	33
B. Kommentierung	4	a) Nichtanwendbarkeit des § 17 OWiG	35
I. Materielles Bußgeldrecht	5	b) Divergenz zwischen dem Bußgeldkonzept der DSK und § 17 OWiG	36
1. Die juristische Person als Bußgeldadressat	8	c) Verfassungsrechtliche Bewertung	38
a) Handlungs- und Schuldzurechnung zur juristischen Person (§ 30 OWiG)	9	(1) Gerechter Schuld- ausgleich durch Sanktion	39
b) Haftung handelnder Akteure (§§ 9, 130 OWiG)	13	(2) Verhältnismäßig- keitsprinzip	43
2. Schuld	14	d) Unionsrechtswidrigkeit	46
a) § 10 OWiG	15	II. Bußgeldverfahrensrecht	48
b) Das Schuldprinzip	16	III. Vorbeugender Rechtsschutz gegen ein Bußgeld	53
c) Erkennbarkeit des Pflichtverstoßes	21		
3. Verhältnismäßigkeits- prinzip	27		

Literatur: *Adam/Schmidt/Schumacher* Nulla poena sine culpa – Was besagt das verfassungsrechtliche Schuldprinzip?, NStZ 2017, 7–13; *DSK* Entschließung vom 3.4.2019: Unternehmen haften für Datenschutzverstöße ihrer Beschäftigten; *DSK* Konzept zur Bußgeldzumessung in Verfahren gegen Unternehmen, 2019; *Faust/Spittka/Wybitul* Milliardenbußgelder nach der DSGVO?. Ein Überblick über die neuen Sanktionen bei Verstößen gegen den Datenschutz, ZD 2016, 120–125; *Noak* Einführung ins Ordnungswidrigkeitenrecht – Teil 1, ZJS 2012, 175–183; *Osterloh* Strafrechtsdogmatische und strafprozessuale Probleme bei der Einführung und Umsetzung einer Verbandsstrafbarkeit, 2016; *Paal* Kritische Würdigung des Konzepts der Datenschutzaufsichtsbehörden zur Bußgeldzumessung, 2020; *Schwarze/Bechtold/Bosch* Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2008; *Thiel/Wybitul* Bußgelder wegen Datenschutzverstößen – aus Sicht von Aufsichtsbehörden und Unternehmen. ZD-Interview mit Barbara Thiel und Tim Wybitul, ZD 2020, 3–7; *Thüsing/Kudlich* Zielgenaue Berechnung von Bußgeldern für Datenverstöße, RDV Februar 2020, Editorial; *Timmer/Radlanski/Eisenfeld* Warum das Bußgeldkonzept der Datenschutzkonferenz europa- und verfassungsrechtlich bedenklich ist, CR 2019, 782–788; *Uebele* Das „Unternehmen“ im europäischen Datenschutzrecht, EuZW 2019, 440–446.

A. Einordnung und Hintergrund

- 1 § 41 BDSG konkretisiert Art. 83 und ist daher stets im Zusammenhang mit diesem zu lesen. Er schließt unter Verweis auf die Vorschriften des Ordnungswidrigkeitenrechts die Lücken, die durch den fragmentarischen Charakter der Sanktionsbestimmungen der DS-GVO entstehen, und stellt somit die **zentrale Bußgeldnorm des nationalen Rechts** dar. Insofern setzt § 41 BDSG sowohl den Regelungsauftrag des **Art. 83 Abs. 8** um als auch die allgemeine Verpflichtung, die **Durchführung des Unionsrechts zu gewährleisten** (Art. 197 Abs. 3 S. 1, Art. 291 Abs. 1 AEUV).
- 2 Eine Konkretisierung der Bußgeldvorschriften war erforderlich, da das europäische Recht bisher weder über einen allgemeinen Teil eines Sanktionsrechts noch über ein hierzu passendes Prozessrecht verfügt bzw. einen einheitlichen Verwaltungsvollzug.¹ Insofern kommt dem Gesetzgeber – wo die DS-GVO nicht ausnahmsweise eigene Regelungen enthält – ein relativ weiter **Gestaltungsspielraum** zu. Freilich ist auch dieser nicht grenzenlos. Die Regelungen dürfen zum einen nicht dazu führen, dass die materiellen Vorgaben der DS-GVO an praktischer Wirksamkeit verlieren. Anderenfalls läge einen Verstoß gegen den, bei der Umsetzung von europäischem Recht stets zu berücksichtigenden, **Effektivitätsgrundsatz** vor. Zum anderen sind die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, neben den nationalen die im europäischen Recht gewährten **Verfahrensgarantien** umzusetzen.
- 3 Bestehende Zweifel an der **Unionsrechtskonformität** der Norm begründen sich vor allem in dem pauschalen Verweis auf eine Vielzahl von Vorschriften, die teilweise bereits in der DS-GVO eine Entsprechung gefunden haben. Potentielle Konflikte führen hier jedoch nicht zu einer Unanwendbarkeit der Norm im Gesamten, sondern vielmehr lediglich im Einzelfall, insofern das OWiG mit dem Unionsrecht im Widerspruch steht.² Demzufolge unanwendbar bleibt etwa § 5 OWiG, da sich der räumliche Anwendungsbereich der Sanktionsvorschrift des Art. 83 nach Art. 3 richtet.

B. Kommentierung

- 4 Der Wortlaut der Norm deutet eine Differenzierung zwischen **materiellem Bußgeldrecht** und **Verfahrensfragen** an, die auch dieser Kommentierung zugrunde liegt. § 41 Abs. 1 BDSG spricht von „Verstoßen nach Art. 83“, wohingegen Abs. 2 auf „Verfahren wegen Verstoßen nach Art. 83“ verweist.³

I. Materielles Bußgeldrecht

- 5 § 41 Abs. 1 S. 1 BDSG verweist für das materielle Bußgeldrecht – vorbehaltlich einiger ausdrücklich genannter Ausnahmen – auf das OWiG, auf dessen Kommentierung insofern im Wesentlichen verwiesen werden kann. Relevant sind hier vor allem die §§ 1–34 OWiG, die etwa Regelungen zu Versuch und Unterlassen enthalten.
- 6 Eines **Rechtsanwendungsbefehls** bedurfte es, da das OWiG nach § 2 OWiG direkt lediglich für Ordnungswidrigkeiten nach Bundes- und nach Landesrecht gilt. Zwar ist auch die nach Art. 288 AEUV unmittelbar geltende DS-GVO Teil der deutschen

1 BeckOK DatenSR-Brodowski/Nowak § 41 BDSG Rn. 1, 3.1.

2 BeckOK DatenSR-Brodowski/Nowak § 41 BDSG Rn. 5.

3 Inhaltlich wird diese Differenzierung allerdings nicht stringent durchgehalten, so betreffen § 41 Abs. 1 S. 2 Var 2 und 3 sowie S. 3 (systemwidrig) Verfahrensvorschriften.

Rechtsordnung, sie ist aber als Unionsrecht und damit weder als Bundes- noch als Landesrecht zu qualifizieren.⁴

Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf die besonderen Problemfelder der **Sanktionierung** von Bußgeldtatbeständen aus dem Datenschutzrecht **nach nationalem Recht**, die sich aus der „**sinngemäßen**“ **Anwendung** des OWiG sowie aus dem Einfluss der **nationalen Verfassung** ergeben. Hierbei entfalten insbesondere die Fragen nach der Anwendbarkeit der §§ 9, 30, 130 OWiG (s.u. Rn. 8 ff.), dem für eine Sanktionierung erforderlichen Verschulden (s.u. Rn. 14 ff.) sowie der Bußgeldzumessung (s.u. Rn. 33 ff.) besondere Relevanz.

1. Die juristische Person als Bußgeldadressat. Äußerst praxisrelevant ist die Frage, welche gesetzlichen Grundlagen die Sanktionierung bestimmen, insofern **datenschutzrechtlich Verantwortlicher** bzw. Auftragsverarbeiter (sprich: Bußgeldadressat) eine **juristische Person** ist. Das OWiG enthält Regelungen sowohl hinsichtlich der Zurechnung eines Verstoßes zu einer juristischen Person (§ 30 OWiG) als auch zur Frage nach der Bebußbarkeit von handelnden Akteuren, wie etwa Stellvertretern oder Betriebsinhabern (§§ 9, 130 OWiG). Ausgeschlossen ist die Anwendung der Normen nicht explizit. Insofern erstreckt sich der Rechtsanwendungsbefehl des § 40 de lege lata auch auf die §§ 9, 30, 130 OWiG. Für deren Anwendbarkeit ist – da der Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers zur Regelung des materiellen Bußgeldrechts dort endet, wo die DS-GVO abschließende Bestimmungen enthält – entscheidend, ob die DS-GVO die genannten Bereiche selbst regelt oder Raum für eine Konkretisierung durch den nationalen Gesetzgeber besteht.

a) Handlungs- und Schuldzurechnung zur juristischen Person (§ 30 OWiG). Richtigerweise ist mit der vorherrschenden Meinung in der Literatur⁵ sowie der Aufsichtsbehörden⁶ davon auszugehen, dass die DS-GVO eigene, wenn auch weitestgehend ungeschriebene, Zurechnungsregeln enthält. Schließlich weist Art. 83 die Haftung dem Verantwortlichen und damit im Falle einer juristischen Person dem pflichtwidrig handelnden Unternehmen im Gesamten zu. Die Sanktion ergeht im Datenschutzrecht insofern, wie im europäischen Kartellrecht, als sog. **Unternehmensgeldbuße**.⁷ Der Begriff Unternehmen soll hierbei nach ErWG 140 ausdrücklich im Sinne der Art. 101 und 102 AEUV verstanden werden. Den Normen liegt damit der sog. **funktionale Unternehmensbegriff** zugrunde. Hiernach ist ein Unternehmen „jede, eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art der Finanzierung“⁸. Die Frage nach Handlungs- und Schuldzurechnung zum „funktionalen Unternehmen“ lässt sich anhand eines Blickes auf die Rechtsprechung des EuGH zu Unternehmensstrafen beantworten.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH haftet ein Unternehmen in diesem Sinne als Konsequenz des sog. Funktionsträgerprinzips für Zuwiderhandlungen

4 Paal/Pauly-Frenzel § 41 BDSG Rn. 1.

5 Vgl. hierzu Gola/Heckmann-Ehmann § 41 BDSG Rn. 19 ff.; Kühling/Buchner-Bergt § 41 BDSG Rn. 7, 20; BeckOK DatenSR-Brodowski/Nowak § 41 BDSG Rn. 11.

6 Vgl. etwa Thiel/Wybiłul ZD 2020, 3, 3; DSK EntschlieÙung v. 3.4.2019: Unternehmen haften für Datenschutzverstöße ihrer Beschäftigten.

7 So BeckOK DatenSR-Holländer Art. 83 Rn. 11; ebenso DSK EntschlieÙung vom 3.4.2019: Unternehmen haften für Datenschutzverstöße ihrer Beschäftigten.

8 Statt aller EuGH v. 23.4.1991 – C-41/90, Rn. 21 m.w.N.

aller Personen, die berechtigt sind, für das Unternehmen tätig zu werden (insofern die Grenze zum Mitarbeiter-Exzess nicht überschritten ist⁹). Auf eine Kenntnis oder gar Anweisung der Geschäftsführung oder eine Verletzung der Aufsichtspflicht kommt es nicht an. Insofern **haften** Unternehmen für jedes **Fehlverhalten ihrer Mitarbeiter (Handlungszurechnung)**.¹⁰ Nach dem Volkswagen-Urteil des EuGH muss die natürliche Person, deren Handlungen die Normübertretung begründet, für eine Sanktionierung noch nicht einmal zwingend benannt werden.¹¹

- 11** Bei der **Schuldzurechnung** geht es sodann um den Grad der **Verknüpfung der Schuldfähigkeit des Verbandes** mit der **Schuld der handelnden Individualpersonen**. Nach der hierzu ergangenen Rechtsprechung handelt es sich um Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig, wenn **dem Unternehmen** der Normverstoß bewusst gewesen ist oder es sich hierüber nicht in Unkenntnis befinden konnte.¹² Der EuGH bezieht die Prüfung, ob die Zuwiderhandlung vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde, direkt auf das Unternehmen und nicht auf die handelnde natürliche Person.¹³ Er vertritt insofern ein Zurechnungsmodell, das die Schuld des Verbandes nicht durch die bloße Zurechnung der Schuld einer natürlichen Person begründet. Er nimmt vielmehr eine **eigene Verbandsschuld** an, weil und soweit der Verband für das Fehlverhalten verantwortlich ist.¹⁴
- 12** Die Regelung des § 30 OWiG, der dem Unternehmen lediglich konkret bestimmbare Handlungen von gesetzlichen Vertretern oder Leitungspersonen zurechnet,¹⁵ erscheint insoweit aus europäischer Perspektive zu eng. Die Handlungs- und

9 Ausnahme ist der sog. Mitarbeiter-Exzess, also eine Handlung, die nicht dem Kreis der jeweiligen unternehmerischen Tätigkeit zuzurechnen ist. In diesem Fall kann (nur) gegen den entsprechenden Mitarbeiter ein Bußgeld festgesetzt werden. Der *LfDI BW* hat auf dieser Grundlage etwa ein Bußgeld gegen einen Polizeibeamten verhängt, der polizeiliche Datenbanken für private Zwecke genutzt hat. Vgl. *Thiel/Wybitul ZD 2020*, 3, 4.

10 Vgl. *EuGH v. 7.6.1983*, Verb. Rs. 100 to 103/80, Rn. 96; *Schwarzel/Bechtold/Bosch*, Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft 2008, S. 46; *Thiel/Wybitul ZD 2020*, 3, 3 f.

11 *EuGH v. 18.9.2003 – C-338/00 P*, Rn. 94 ff. Der *EuGH* argumentierte, dass eine Identifizierung nicht erforderlich sei, da die Geldbußen nach Art. 15 Abs. 4 der Verordnung Nr. 17 keinen strafrechtlichen Charakter hätten, und dass ein solches Erfordernis die Effektivität des Wettbewerbsrechts der Europäischen Gemeinschaft ernsthaft gefährden würde. Diese Argumentation steht zum einen auf wackeligen Beinen, da es nicht möglich ist den strafrechtlichen Charakter einer Norm gesetzlich abzubedingen. Zum anderen lässt sich die Argumentation auf den datenschutzrechtlichen Bereich nicht ohne weiteres Übertragen, schließlich sind Datenpannen anders als Wettbewerbsverstöße nicht ihrer Natur nach konspirativ.

12 *EuGH v. 18.9.2003 – C-338/00 P*, Rn. 29 ff. m.w.N. So auch *EuG v. 6.10.1994 – T-83/91*, Rn. 238 ff.; ebenso *EuGH v. 8.11.1983 – C-96/82*, Rn. 45.

13 So auch *Schwarzel/Bechtold/Bosch* Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft, 2008, S. 46.

14 Zur den verschiedenen nationalen Modellen die im Zusammenhang eines potenziellen Unternehmensstrafrecht diskutiert werden vgl. *Osterloh* Strafrechtsdogmatische und strafprozessuale Probleme bei der Einführung und Umsetzung einer Verbandsstrafbarkeit, 2016, S. 71 ff.

15 Zur Rechtsnatur des § 30 OWiG vgl. *Graf-Meyberg* § 40 OWiG Rn. 14 ff.

Schuldzurechnung richtet sich daher ausschließlich nach unionsrechtlichen Maßstäben; § 30 OWiG bleibt unanwendbar.¹⁶

b) Haftung handelnder Akteure (§§ 9, 130 OWiG). Es ist durchaus denkbar, dass die Bestimmung des Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiters als Haftungsadressat im Art. 83 diesem die Haftung nicht lediglich zuweist, sondern den Adressatenkreis zugleich auf diesen beschränkt. Eine dem § 130 OWiG entsprechende Haftung des Betriebsinhabers für Aufsichtspflichtverletzungen oder eine Erweiterung des Adressatenkreises entsprechend § 9 OWiG kennt die DS-GVO jedenfalls nicht. Insofern erscheint ein Vorgehen gegen einzelne Beteiligte – insb. gegen den DSB, dem die DS-GVO ausdrücklich keine Verantwortlichkeit zuweist – nicht unproblematisch; Einigkeit herrscht hinsichtlich der Anwendbarkeit der §§ 9, 130 OWiG gegenwärtig jedoch keine.¹⁷ Die DSK hält jedenfalls § 130 ausdrücklich für nicht anwendbar.¹⁸

2. Schuld. Die im europarechtlichen Kontext geführte Diskussion um die Frage, ob Art. 83 ein Verschulden voraussetzt oder ein objektiver Pflichtverstoß für eine Sanktionierung genügt,¹⁹ spielt aus nationaler Perspektive keine Rolle. Neben Art. 83 enthalten sowohl das nationale Verfassungsrecht als auch das OWiG Regelungen hinsichtlich der Schuld als Bestrafungsvoraussetzung. Die Frage nach dem abstrakten **Schulderfordernis** ist im nationalen Kontext insofern im Lichte des verfassungsrechtlich verbürgten Schuldprinzips sowie dessen Umsetzung im § 10 OWiG unabhängig von den Vorgaben im Art. 83 zu beantworten. Praxisrelevanz entfaltet in diesem Kontext die Frage nach der Übertragbarkeit des Grundsatzes auf juristische Personen (s.u. Rn. 18 ff.) sowie die Bestimmung der konkreten Anforderungen an das erforderliche Verschulden im Pflichtenbereich der DS-GVO. Angesichts der generalklauselartigen Bestimmungen und der gestuften Abhilfebefugnisse kommt hierbei vor allem der Erkennbarkeit des Pflichtverstoßes eine bedeutende Rolle zu (s.u. Rn. 21 ff.).

a) § 10 OWiG. Die für das Verschulden maßgebliche Vorschrift im nationalen Kontext findet sich im **§ 10 OWiG**. Dieser ordnet an, dass als Ordnungswidrigkeit nur vorsätzliches Handeln geahndet werden kann, solange nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln „ausdrücklich mit Geldbuße bedroht“. Zwar fehlt es sowohl in der DS-GVO als auch im BDSG an einer expliziten Anordnung, aus Art. 83 ergibt sich aber eindeutig (vgl. Art. 83 Abs. 2 lit. b, Abs. 3), dass der Unionsgesetzgeber die Möglich-

16 Dies erscheint auch angesichts der im § 41 Abs. 2 S. 2 ausdrücklich angeordneten Nichtanwendbarkeit des § 88 OWiG konsequent, der, den § 30 OWiG ergänzend, Regelungen hinsichtlich der Festsetzung von Geldbußen gegen juristische Personen enthält.

17 Einer Anwendung der Normen ablehnend gegenüber stehen aus der Praxis *Thiel/Wybitul* ZD 2020, 3, 4; aus der Literatur Kühling/Buchner-Bergt § 41 BDSG Rn. 10; Gola-Gola Art. 83 Rn. 8; a.A. BeckOK DatenSR-Brodowski/Nowak § 41 BDSG Rn. 13 f; kritisch Taeger/Gabel-Nolde § 41 BDSG Rn. 4 ff.

18 DSK Entschließung vom 3.4.2019: Unternehmen haften für Datenschutzverstöße ihrer Beschäftigten.

19 Vgl. etwa Kühling/Buchner-Schwichtenberg Art. 83 Rn. 35, der eine verschuldensunabhängige Haftung annimmt. Der Konflikt in der Auslegung der DS-GVO entsteht dadurch, dass Art. 83 Abs. 2 lit. b zwar die „Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit“ des Verstoßes als relevantes Kriterium für die Bußgeldbemessung erfasst, nicht jedoch ausdrücklich als tatbestandliche Voraussetzung nennt.

keit der Sanktionierung auch fahrlässiger Verstöße voraussetzt. Insofern ist § 10 OWiG unionsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass sowohl **Vorsatz** als auch **Fahrlässigkeit** genügt, um eine Bebußbarkeit von Datenschutzverstößen zu begründen.²⁰ Eine Normübertretung ohne jegliche persönliche Vorwerfbarkeit ist hiernach jedoch nicht ausreichend.

- 16 **b) Das Schuldprinzip.** Diese Auslegung steht auch im Einklang mit dem verfassungsrechtlich verbürgten **Schuldprinzip**. Hiernach darf der Staat eine Normübertretung nur dann sanktionieren, wenn dem Täter seine Tat persönlich zum Vorwurf gemacht werden kann.²¹ Diese sog. Strafbegründungsschuld gehört, als Teil des Schuldprinzips, zu den elementaren Grundsätzen der deutschen Verfassungsidentität. In einem Rechtsstaat darf es eine „Vergeltung für einen Vorgang, den der Betroffene nicht zu verantworten hat,“ nicht geben.²² Auch das Bundesverfassungsgericht betont in ständiger Rechtsprechung die besondere Bedeutung des Schuldprinzips für die deutsche Rechtsordnung.²³ In seiner „Lissabon“-Entscheidung hat das Gericht zudem ausdrücklich klargestellt, dass das Schuldprinzip Teil des unabänderbaren Verfassungskerns des Art. 79 Abs. 3 GG ist und damit **integrationsfest**.²⁴
- 17 Das Schuldprinzip gilt hierbei nicht lediglich für das Strafrecht im klassischen Sinne, sondern stellt auch für das **Ordnungswidrigkeitenrecht** eine verbindliche Leitlinie dar. Zwar umfasst das Ordnungswidrigkeitenrecht Gesetzesübertretungen mit im Vergleich zum Strafrecht geringerem Unrechtsgehalt und formuliert daher keinen sozialetischen Vorwurf,²⁵ dass aber auch die Ahndung einer Tat mittels des Ordnungswidrigkeitenrechts materiell strafenden Charakter hat, verdeutlicht etwa die Gesetzgebungskompetenz „Strafrecht“ (Art. 74 Nr. 1 GG), welche nicht nur das Strafrecht im herkömmlichen Sinn, sondern auch das Ordnungswidrigkeitenrecht erfasst.²⁶ Sowohl dem klassischen Strafrecht als auch dem Ordnungswidrigkeitenrecht geht es anders als dem Verwaltungs- oder Zivilrecht darum, eine Normübertretung zu sühnen.²⁷
- 18 Ob und wie sich der **Schuldgrundsatz** auf die **Sanktionierung von Unternehmen** übertragen lässt, wird in der Literatur bisher nicht einheitlich beurteilt. Das BVerfG beschäftigte sich bisher lediglich 1966 in seiner Bertelsmann-Lesering-Entscheidung mit der Möglichkeit der Bestrafung von Verbänden und der Handlungs- und Schuldzurechnung zu einem Verband als Haftungsadressat. Die Entscheidung erging im Hinblick auf § 890 ZPO, dem vom BVerfG ausdrücklich ein strafähnlicher

20 So auch BeckOK DatenSR-Brodowski/Nowak § 41 BDSG Rn. 17.1.

21 BVerfGE 20, 323 Rn. 31.

22 Vgl. BVerfG v. 25.19.1966 – 2 BvR 506/63.

23 BVerfG v. 23.9.2020 – 2 BvR 2545/12, Rn. 9 m.w.N.

24 BVerfG v. 30.6.2009 – 2 BvF 2/08 2, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, Rn. 350.

25 BVerfGE 22, 49, 81.

26 Vgl. hierzu Noak ZJS 2012, 175, 176.

27 Adam/Schmidt/Schumacher NSTZ 2017, 7, 13. Das BVerfG nimmt einen solchen Charakter sogar für einzelne Bestimmungen aus anderen Rechtsgebieten, etwa § 890 ZPO an, vgl. BVerfGE 20, 323, 333.

Charakter zugeschrieben wurde.²⁸ Das BVerfG hat hier u.a. Folgendes festgestellt: „Daß bei einer Bestrafung [...] die Schuld des zu der Unterlassung oder Duldung Verpflichteten maßgebend ist, wird allgemein anerkannt.“ Der Grundsatz „nulla poena sine culpa“ gilt „auch für juristische Personen.“²⁹ „Die juristische Person ist rechtsfähig. Sie nimmt gleichwertig mit den natürlichen Personen am Rechtsleben teil. Auch eine juristische Person ist [...]wegen einer jeden Zuwiderhandlung zu einer Geld- oder Haftstrafe zu verurteilen. [...] Die Anwendung strafrechtlicher Grundsätze ist also nicht grundsätzlich ausgeschlossen, wenn das Rechtssubjekt eine juristische Person ist.“³⁰ Jedoch ist die „juristische Person [...] als solche nicht handlungsfähig. Wird sie für schuldhaftes Handeln im strafrechtlichen Sinne in Anspruch genommen, so kann nur die Schuld der für sie verantwortlich handelnden Personen maßgebend sein.“³¹

Die Entscheidung stellt ausdrücklich klar, dass eine Strafbarkeit von Verbänden auch im Lichte der deutschen Verfassung nicht ausgeschlossen ist und dass der Satz „nulla poena sine culpa“ in diesem Fall **auch für den Verband** Anwendung findet.³² Im Übrigen liegt auch den (im Kontext der DS-GVO unanwendbaren) §§ 30 und 130 OWiG das Schuldprinzip zugrunde.³³

Keine Aussage enthält die Entscheidung darüber, ob den Verband eine Verbands-schuld treffen kann, oder ob die erforderliche Vorwerfbarkeit stets nur durch Zurechnung der Schuld natürlicher Personen begründet werden kann. Das Urteil macht lediglich deutlich, dass die Unternehmensschuld an die Schuld handelnder Personen **anknüpfen** muss, da es einem Unternehmen an einer Handlungsfähigkeit im natürlichen Sinne fehlt.³⁴ Der Grad der erforderlichen Verknüpfung bleibt offen. Im Kontext der DS-GVO ist insofern (zweifelsfrei) auf die hierzu vom EuGH entwickelten Grundsätze zurück zu greifen (vgl. hierzu Rn. 11).

28 BVerfGE 20, 323, 333; vgl. hierzu auch *Osterloh* Strafrechtsdogmatische und strafprozessuale Probleme bei der Einführung und Umsetzung einer Verbandsstrafbarkeit, 2016, S.67 ff.

29 *BVerfG* v. 25.10.1966 – 2 BvR 506/63, Rn. 39, 42.

30 *BVerfG* v. 25.10.1966 – 2 BvR 506/63, Rn. 43 f.

31 *BVerfG* v. 25.10.1966 – 2 BvR 506/63, Rn. 46.

32 Unklar ist bisher, ob sich das Schuldprinzip auch hinsichtlich einer potenziellen Unternehmensstrafbarkeit als integrationsfest darstellt, da das *Bundesverfassungsgericht* dieses, wenn es um die Sanktionierung von Verbänden geht, auf das Rechtsstaatsprinzip stützt (vgl. hierzu Rn. 18), die Integrationsfestigkeit des Schuldprinzips hingegen mit der Menschenwürde begründete. Da sich aber weder der Rechtsprechung des *EuGH* noch der DS-GVO ein verbindlicher Verzicht auf das Schuldverfordernis im Bereich der Unternehmenssanktion entnehmen lässt, ist der Gesetzgeber im verfahrensrechtlichen Umsetzungsspielraum zweifelsfrei an die nationale Schuldvorgabe gebunden. Zwar hält der *EuGH* auch unter Geltung der GRCh weiter an seiner Rechtsprechung fest, wonach nationale Systeme rein objektiver – selbst klassisch strafrechtlicher – Verantwortung grundsätzlich zulässig sind (wenn nur die Verhältnismäßigkeit gewahrt ist), dies bedeutet aber nicht zwingend, dass ein an der Schuld orientiertes Sanktionsverfahren nicht ebenso geeignet ist, auch europäische Sanktionsbedürfnisse, zu befriedigen.

33 Graf-Meyberg § 30 OWiG Rn. 19.

34 *Osterloh* Strafrechtsdogmatische und strafprozessuale Probleme bei der Einführung und Umsetzung einer Verbandsstrafbarkeit, 2016, S.67 f.

- 21 **c) Erkennbarkeit des Pflichtverstoßes.** Zwingende Voraussetzung für ein am Schuldprinzip orientiertes Verfahren ist das Vorliegen eines vorwerfbaren Handlungsunwerts, konkret eine vorsätzliche oder fahrlässige Tathandlung. Sanktionsbewährte Handlung im Bereich datenschutzrechtlicher Bußgelder ist typischerweise das Unterlassen erforderlicher (Schutz)Maßnahmen, welche sich aus den entsprechenden Bestimmungen der DS-GVO, wie bspw. Art. 32, ergeben. Wusste der Verantwortliche um seine Verpflichtung, etwa effizientere technische Schutzmaßnahmen zu implementieren, handelte er vorsätzlich. Hätte er dies unter Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen müssen, liegt nach der gemeinhin anerkannten, auch vom EuGH zugrunde gelegten,³⁵ Definition **Fahrlässigkeit** vor.³⁶
- 22 Bedeutsam in diesem Kontext ist vor allem die **Perspektive**, aus der heraus die **Erkennbarkeit** der konkreten **Sorgfaltspflicht** zu ermitteln ist. Der Verantwortliche muss nach den hierzu entwickelten Grundsätzen um eine Handlungspflicht nur dann Wissen, wenn ein besonnener und gewissenhafter Mensch **aus dem Verkehrskreis des Täters** diese **im Zeitpunkt der Tathandlung** gesehen und einen Verstoß verhindert hätte.³⁷ Dieses Erfordernis entfaltet gerade für die allgemein gefassten Normen der DS-GVO Relevanz, da sich die Pflichten hier typischerweise, anders als im klassischen Ordnungswidrigkeitenrecht etwa bei DIN-Vorschriften, nicht zweifelsfrei und ausdrücklich aus den entsprechenden Artikeln ergeben. So ist etwa auch die sehr vage gehaltene Kooperationspflicht aus Art. 33 nach Art. 83 Abs. 4 lit. a bußgeldbewährt.
- 23 Der **Maßstab** für die hierbei von Unternehmen anzulegende Sorgfalt bestimmt sich nach **individuellen Kriterien** wie der Größe, der Art der wirtschaftlichen Tätigkeit sowie Art und Umfang der Datenverarbeitungsprozesse. Aber auch die **Systematik der DS-GVO** hat Einfluss auf die Ermittlung der gesetzlich erforderlichen Sorgfalt. Die Schwelle der fehlenden subjektiven Vorwerfbarkeit erhöht sich etwa dann, wenn nach Art. 37 eine Pflicht zur Benennung eines **DSB** besteht, zu dessen Aufgabenkreis nach Art. 39 Abs. 1 lit. b insbesondere die Überwachung der Einhaltung der Pflichten aus der DS-GVO gehört. Andererseits sind auch die **Aufgaben und Befugnisse der Aufsicht** bei der Ermittlung des **Maßes des erlaubten Risikos** zu berücksichtigen. Diese hat den Verantwortlichen nach Art. 57 Abs. 1 lit. d etwa für seine Pflichten zu „sensibilisieren“. Außerdem verfügt sie neben dem Recht zur Sanktion über mannigfaltige Beratungsbefugnisse, zu denen nach Art. 58 Abs. 1 lit. d auch die Ermächtigung gehört, den Verantwortlichen auf einen Verstoß gegen die Verordnung hinzuweisen.
- 24 Insofern besteht bei der Durchsetzung der in den **generalklauselartigen Normen der DS-GVO** enthaltenden Sorgfaltspflichten **in Zweifelsfällen** (etwa wenn das Handeln des Verantwortlichen der gegenwärtigen Praxis entspricht und kein offensichtlicher Rechtsverstoß vorliegt) die Notwendigkeit einer **Konkretisierung durch die Auf-**

35 *EuGH* v. 18.9.2003 – C-338/00 P, Rn. 29 ff. m.w.N. So auch *EuG* v. 6.10.1994 – T-83/91, Rn. 238 ff.; ebenso *EuGH* v. 8.11.1983 – C-96/82, Rn. 45.

36 Ausführlich zur Fahrlässigkeit etwa Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schuster § 15 StGB Rn. 109 ff.

37 Statt aller Heintschel-Heinegg-Kudlich § 15 StGB Rn. 56 f.; Schönke/Schröder-Sternberg-Lieben/Schuster § 15 StGB Rn. 133.

sichtsbehörden. Dies kann sowohl durch allgemeine **Orientierungshilfen** der DSK³⁸ als auch durch **Anweisungen und Anordnungen im Einzelfall** erfolgen. Anderenfalls besteht, mangels Erkennbarkeit der Pflichtwidrigkeit im Zeitpunkt der Tat, die Gefahr eines Verstoßes gegen das Schuldprinzip. Im Übrigen ist, insofern der Verantwortliche eine von der Aufsicht verschiedene Rechtsposition vertritt, an eine vorbeugende Feststellungsklage zu denken (hierzu vertiefend Rn. 53 ff.).

Die Frage nach der Vorhersehbarkeit des Pflichtverstoßes hat indes nicht nur Auswirkungen auf das „Ob“ einer vorwerfbaren Zuwiderhandlung, sondern auch auf den **Verschuldensgrad**, d.h. auf die v.a. für die Strafzumessung relevante Frage, ob der Verantwortliche schlicht fahrlässig, leicht oder grob fahrlässig oder gar leichtsinnig gehandelt hat. So reduziert etwa die Tatsache, dass die gewählte Art und Weise der Gestaltung von Verarbeitungsprozessen der gegenwärtigen Praxis entspricht, den Grad des Verschuldens auch dann, wenn die Offensichtlichkeit des Verstoßes die Erkennbarkeit nicht gänzlich ausschließt.

Fehlt es hingegen gänzlich an der subjektiven **Vorhersehbarkeit** der konkreten Sorgfaltspflicht, ist auch ein präventives **Strafbedürfnis**, welches etwa durch Abschreckungsinteressen begründet würde, kaum ersichtlich. Insofern droht bei der Verhängung eines Bußgeldes nicht nur ein Verstoß gegen das integrationsfeste Schuldprinzip, sondern auch gegen das sowohl im nationalen als auch im Unionsrecht anerkannten Verhältnismäßigkeitsprinzip.

3. Verhältnismäßigkeitsprinzip. Die Verhängung eines Bußgeldes muss gem. Art. 83 Abs. 1 ausdrücklich aber auch im Lichte der nationalen Verfassungsdogmatik stets verhältnismäßig sein. Hiernach muss der durch das Bußgeld erfolgte **Eingriff** in die Freiheiten des Belasteten das bei gleich geeigneten, mildeste Mittel zum Rechtsgüterschutz darstellen und in einem **angemessenen Verhältnis** zum **Zweck der Strafe** und damit **präventiven Gesichtspunkten** stehen. Diese wiederum bestimmen sich maßgeblich anhand der Kriterien des Art. 83 Abs. 2 und damit sowohl an tat- als auch täterbezogenen Aspekten wie der Schuld.

Da die repressive Sanktionierung im besonderen Maße in die Rechtsgüter der Betroffenen eingreift, darf Strafe im Lichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips stets nur als letztes Mittel zum Rechtsgüterschutz eingesetzt werden (**ultima-ratio**). Insofern ist, sollten ausreichend andere Mittel zur Gewährung eines hohen Datenschutzniveaus zur Verfügung stehen, von einer Sanktionierung abzusehen. Insbesondere kann die Aufsichtsbehörde, ebenso wie die Ordnungsbehörde, bei geringfügigen Verstößen, anstatt ein Bußgeld zu verhängen, auch eine Verwarnung aussprechen (Art. 58 Abs. 2 lit. b).³⁹ Zudem verfügt die Datenschutzaufsicht, anders als klassische Ordnungsbehörden, beim Vorliegen eines Datenschutzverstoßes nicht lediglich über Sanktionsbefugnisse, sondern hat nach Art. 58 Abs. 2 auch die Möglichkeit, von weniger eingriffintensiven Abhilfemaßnahmen wie Anordnung und Anweisung Gebrauch zu machen. Die DS-GVO normiert ein **gestuftes System** der Abhilfebefugnisse, in welchem neben präventiven, verwaltungsrechtlichen Eingriffsbefugnissen sanktionsrechtliche Maßnahmen stehen. Anordnung und Anweisung sind primär darauf

38 Online abrufbar unter: <https://www.datenschutzkonferenz-online.de/orientierungshilfen.html>.

39 Die Regelungen über das Verwarnungsverfahren im nationalen Recht sind jedoch nach § 41 Abs. 2 S. 2 BDSG unanwendbar.

gerichtet, kooperativ mit dem Verantwortlichen einen datenschutzkonformen Zustand (wieder) herzustellen; das Bußgeld hingegen sühnt einen begangenen Datenschutzverstoß. Der übergeordnete Zweck, ein möglichst hohes Datenschutzniveau zu gewährleisten, wird effektiv nur durch ein Ineinandergreifen aller zur Verfügung stehender Mittel erreicht. Es besteht eine Wechselwirkung zwischen Anweisung und Anordnung auf der ersten und der Verhängung von Geldbußen auf einer zweiten Stufe.⁴⁰ Ein Datenschutzverstoß führt insofern, anders als etwa ein Verstoß gegen § 24 StVG im klassischen Ordnungswidrigkeitenrecht, schon der Systematik des DS-GVO zufolge nicht typischerweise zu einem Bußgeld, sondern lediglich falls ein solches „nach den Umständen im Einzelfall“ (vgl. Art. 58 Abs. 2 lit. i) erforderlich erscheint.

- 29 Auch bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit spielt der **generalklauselartige Charakter** der Normen aus der DS-GVO eine Rolle. Der primäre Rückgriff auf Anweisung und Anordnung zur datenschutzkonformen Ausgestaltung eines Verfahrens erscheint gerade bei bestehenden **Rechtsunsicherheiten** hinsichtlich der Auslegung der Handlungsgebote aus der DS-GVO im Lichte des Verhältnismäßigkeitsprinzips zwingend geboten. Diese wirken sich nämlich nicht nur mildernd auf das Verschulden des Verantwortlichen aus (vgl. Rn. 25); auch eignen sich Anordnung und Anweisung, anders als die Verhängung eines Bußgeldes, dazu, **Rechtssicherheit** hinsichtlich der erforderlichen Schutzmaßnahmen zu schaffen. Ein Bußgeld bestimmt hingegen lediglich eine konkrete Praxis für unzulässig, ohne einen Anhaltspunkt für rechtmäßiges Verhalten zu geben. Anweisung und Anordnung sind daher nicht nur **weniger eingriffintensiv**, sondern im Lichte eines möglichst weitreichenden Datenschutzes auch **effektiver** als ein Bußgeld. Anweisung und Anordnung sollten insofern vor allem in Situationen der Unklarheit Mittel der Wahl sein.
- 30 Unter diesen Gesichtspunkten erscheint etwa das **gegen die 1&1 Telecom GmbH** verhängte Bußgeld aufgrund nicht hinreichender technischer und organisatorischer Maßnahmen nach Art. 32 beim telefonischen Kundendienst durchaus problematisch.⁴¹ Hinsichtlich konkreter Anforderungen lässt sich dem Wortlaut der Norm, der „geeignete technische und organisatorische Maßnahmen“ nach dem „Stand [...] der Technik“ fordert, nichts Wesentliches entnehmen. Zur Authentifizierung des Kunden wurde im Fall der 1&1 Telecom GmbH Name und Geburtsdatum abgefragt, was ein bis dahin in der Praxis verbreitetes Vorgehen auf Grundlage einer Risikoeinschätzung für Vertragsauskünfte darstellte. Die Aufsichtsbehörde hatte zudem nicht etwa vor der Verhängung des Bußgeldes, im Übrigen auch nicht in dessen Folge,⁴² klare Leitlinien bekannt gegeben, welche Art der Authentifizierung am Telefon Art. 32 nun tatsächlich erfordert, um Auskünfte datenschutzkonform zu erteilen.

40 Vgl. hierzu die Kommentierung zu Art. 58 Rn. 112 ff.

41 Vgl. hierzu die PM des *BfDI* online abrufbar unter: https://www.bfdi.bund.de/DE/Infothek/Pressemitteilungen/2019/30_BfDIverh%C3%A4ngtGeldbu%C3%9Fe1u1.html, zuletzt abgerufen am: 7.3.2019.

42 Das Bußgeld erklärt lediglich die Authentifizierung zur Preisgabe von Vertragsdaten, hier einer Telefonnummer, durch Namen und Geburtsdatum für unzulässig.

Auch ist nicht ersichtlich warum eine mangelhafte Organisation selbst in Fällen geringer Risiken für Betroffene den Zugriff auf ein Bußgeld erforderlich macht.⁴³ 31

Positiver Reflex eines **gestuften Vorgehens** ist die Tatsache, dass insofern die Behörden zunächst auf verwaltungsrechtliche Anweisungen zurückgreifen, nicht das für Ordnungswidrigkeiten zuständige, aber in datenschutzrechtlichen Spezialfragen sachfremde Amts- bzw. Landgericht über einen potentiellen Rechtsstreit entscheidet und somit die Anforderungen, die die DS-GVO an den Verantwortlichen stellt, konkretisiert. Bei einer Klage gegen eine Anweisung wäre das typischerweise **im datenschutzrechtlichen Bereich bewanderte Verwaltungsgericht** zuständig. 32

4. Höhe der Bußgelder. Die Höhe der Geldbuße wird im nationalen Recht anhand des § 17 Abs. 3 OWiG (bei der Sanktionierung von Unternehmen i.V.m. § 30 Abs. 2 OWiG) bestimmt. Da nach § 41 Abs. 1 S. 1 BDSG der § 17 OWiG **nicht anzuwenden** ist und auch § 30 OWiG aufgrund von Wertungswidersprüchen unanwendbar bleibt (vgl. Rn. 9 ff.), richtet sich die Bußgeldbemessung im Anwendungsbereich der DS-GVO einfach-rechtlich allein nach Art. 83.⁴⁴ 33

Ergänzend hat die DSK zugunsten einer weitergehenden Vereinheitlichung auf nationaler Ebene ein Konzept für die Bemessung von Unternehmensbußgeldern in der Praxis erarbeitet.⁴⁵ Hier wird ausgehend vom Jahresumsatz eines Unternehmens ein wirtschaftlicher Grundwert ermittelt, der durch Multiplikation unter Berücksichtigung der in Art. 83 Abs. 2 genannten Faktoren die Höhe des Bußgeldes bestimmt. Weitere täterbezogene Merkmale, wie etwa eine potenzielle Insolvenz oder eine in der Branche besonders geringe Rendite,⁴⁶ können in einem letzten Schritt der Anpassung berücksichtigt werden (vgl. hierzu ausführlich Art. 83 Rn. 91 ff.). 34

a) Nichtanwendbarkeit des § 17 OWiG. Die Nichtanwendbarkeit des § 17 OWiG wurzelt ausweislich der Gesetzesbegründung in der Tatsache, dass der Gesetzgeber davon ausging, ihm stünde kein diesbezüglicher Gestaltungsspielraum zu, da die DS-GVO die Bußgeldhöhe abschließend regelt.⁴⁷ Zuzustimmen ist dieser Auslegung zwar dahingehend, dass der Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers zur Regelung des materiellen Bußgeldrechts dort endet, wo die DS-GVO abschließende Bestimmungen enthält, angesichts des fragmentarischen Charakters der Regelungen zur Bußgeldhöhe⁴⁸ erscheint ein abschließender Charakter der Bestimmungen des Art. 83 im Bereich der Bußgeldbemessung aber keinesfalls eindeutig. Art. 83 enthält in seinen Abs. 4–6 Regelungen bezüglich Höchststrafen, sowie im Abs. 2 35

43 Dazu *Schwartzmann* Datenschutz braucht Augenmaß, abrufbar unter: <https://www.rdv-online.com/blog/detail/sCategory/119/blogArticle/3865>, zuletzt abgerufen am 14.4.2020.

44 Zudem ermächtigt Art. 70 Abs. 1 S. 2 lit. k den EDSA zur Ausarbeitung von Leitlinien für die Aufsichtsbehörden in Bezug auf die Anwendung von Sanktionsmaßnahmen und die Festsetzung von Geldbußen. Bisher hat die EDSA sich (nur) den in einem Arbeitspapier niedergelegten Ausführungen der *Art.-29-Datenschutzgruppe* angeschlossen, in dem Kriterien der Bußgeldzumessung ausgearbeitet werden.

45 Online abrufbar unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/ah/20191016_bu%C3%9Fgeldkonzept.pdf, zuletzt abgerufen am 7.3.2020.

46 Vgl. *Thiell/Wybitul* ZD 2020, 3, 4.

47 BT-Drucks. 18/11325, S. 108.

48 Dieser wird schon an der Überschrift der Norm „Allgemeine Bedingungen für die Verhängung von Geldbußen“ deutlich.

Regelungen bezüglich der bei der Zumessung der Geldbuße zu berücksichtigenden Faktoren.⁴⁹ Art. 83 Abs. 1 bestimmt zudem, dass die Bußgelder „in jedem Einzelfall wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein müssen, d.h. im Ergebnis, dass die Bußgelder geeignet sein müssen, general- und spezialpräventive Wirkung zu entfalten.⁵⁰ Erfasst ist insofern auch eine Regelung zur beabsichtigten Wirkungskraft der Bußgelder, die es bei der Bemessung zu bedenkenden gilt. Nicht normiert ist aber insbesondere eine dem § 17 Abs. 3 OWiG entsprechende Regelung zur Frage des **Ansatzpunktes** für die Strafzumessung oder anwendbare **Leitlinien**; auch eine Regelung etwa zu Mindeststrafen ist nicht enthalten.

36 b) Divergenz zwischen dem Bußgeldkonzept der DSK und § 17 OWiG. Aus der Nichtanwendbarkeit des § 17 Abs. 3 S. 1 OWiG resultiert eine problematischen **Divergenz** zwischen Strafzumessung bei der Sanktionierung von Unternehmen im klassischen Ordnungswidrigkeitenrecht auf der einen Seite und der Bestimmung von Bußgeldhöhen im Datenschutzrecht auf der anderen. So bestimmt etwa § 17 Abs. 3 S. 1 OWiG die **Bedeutung der Ordnungswidrigkeit** sowie (dem Strafrecht entsprechend) die **Schuld als primären Ansatzpunkt** für die Bußgeldzumessung.⁵¹ Kein Ansatzpunkt sind hingegen ausdrücklich die „wirtschaftlichen Verhältnisse“ des Täters. Sie kommen lediglich „in Betracht“, und auch dies nur bei nicht „geringfügigen“ Ordnungswidrigkeiten. Die wirtschaftlichen Verhältnisse bemessen sich hier an der **finanziellen Leistungsfähigkeit** des Verbands, nicht an dessen Umsatz.⁵²

37 Die DSK hat hingegen in ihrem Konzept zur Bußgeldzumessung den **Unternehmensumsatz als primäre Grundlage** der Bußgeldzumessung bestimmt und ausdrücklich klargestellt, der Umsatz eines Unternehmens stelle „eine geeignete, sachgerechte und faire Anknüpfung“ für die Bußgeldzumessung dar.⁵³ Tatbezogene Umstände und damit die „Bedeutung der Ordnungswidrigkeit“ können, da der geringste Multiplikationsfaktor der vierten Stufe „1“ ist, ausgehend vom Basiswert nur strafscharfend, nicht jedoch strafmildernd wirken. Die Vorwerfbarkeit wird erst in der letzten Stufe, bei der Anpassung eines zuvor ermittelten Grundwertes anhand täterbezogener Umstände, berücksichtigt. Die Schuld ist insoweit nicht nur nicht Ausgangspunkt der Berechnung, sie entfaltet zudem, als ein Kriterium unter mehreren, nur begrenzte Wirkungskraft. Auch ist wohl davon auszugehen, dass die zuvor angedeutete Größenordnung auch nach der Anpassung erhalten bleibt.⁵⁴ Der Unternehmensumsatz stellt demnach im Wesentlichen eine **de facto Mindeststrafe** dar.⁵⁵

49 Genannt werden hier etwa die Art, Schwere und Dauer des Verstoßes, die Zahl der betroffenen Personen sowie der Verschuldensgrad des Verantwortlichen.

50 Paal Kritische Würdigung des Konzepts der Datenschutzaufsichtsbehörden zur Bußgeldzumessung, S. 2.

51 Schuld wird in der Terminologie des OWiG als Vorwerfbarkeit bezeichnet. Es handelt sich bei den beiden Begriffen jedoch um Synonyme.

52 Vgl. Graf-Meyberg § 30 OWiG Rn. 103.

53 DSK Konzept zur Bußgeldzumessung in Verfahren gegen Unternehmen, S. 2.

54 Timmer/Radlamski/Eisenfeld CR 2019, 782, 787.

55 Vgl. hierzu auch Timmer/Radlamski/Eisenfeld CR 2019, 782, 786 ff.; Paal Kritische Würdigung des Konzepts der Datenschutzaufsichtsbehörden zur Bußgeldzumessung, 2020, S. 5.

c) Verfassungsrechtliche Bewertung. Die Nichtanwendbarkeit des § 17 OWiG ist aus verfassungsrechtlicher Perspektive vor allem deswegen problematisch, da § 17 OWiG nicht lediglich unverbindliche Bestimmungen etwa hinsichtlich Mindest- und Höchststrafe enthält. Vielmehr ist § 17 Abs. 3 S. 1 OWiG Ausprägung des für staatliches Handeln stets erforderlichen Übermaßverbotes sowie des integrationsfesten Schuldprinzips. Insofern besteht, unabhängig von der Frage nach einer Befugnis zum Erlass einer dem § 17 OWiG entsprechenden Norm im Bereich des Datenschutzrechts, aus nationaler Perspektive vor allem eine **verfassungsrechtliche Verpflichtung** der staatlichen Akteure, dafür Rechnung zu tragen, dass diesen Grundsätzen bei der Sanktionierung mittels Geldbußen hinreichend Rechnung getragen wird. 38

(1) Gerechter Schuldausgleich durch Sanktion. Ausprägung des Schuldprinzips ist nicht nur der Grundsatz: „Ohne Schuld keine Sanktion“, vielmehr erwächst aus dem Schuldprinzip auch das verfassungsrechtliche Gebot, dass die Sanktion das Maß der Schuld nicht übersteigen darf, und zwar auch dann nicht, wenn präventive Gesichtspunkte, wie etwa Abschreckungsinteressen, eine schärfere Sanktion erfordern würden. In diesem Sinne muss die Buße einen **gerechten Schuldausgleich** schaffen.⁵⁶ 39

Um diesem Grundsatz gerecht zu werden, müsste im Bereich der datenschutzrechtlichen Bußgelder – wie auch im klassischen Ordnungswidrigkeitenrecht – das Maß der konkreten **Schuld**, nicht der Unternehmensumsatz, die **relevante (Ausgangs-)Größe** für die Bemessung darstellen und nicht lediglich ein in seiner Bedeutung und Wirkungskraft beschränktes Kriterium zur Anpassung eines Grundwertes (vgl. Rn. 37). 40

Wäre die Schuld die primäre Ausgangsgröße, würden die Behörden dazu gezwungen, zunächst präzise die **Vorwerfbarkeit** der Tat im konkreten Fall **zu bestimmen**. Nach dem aktuellen Konzept besteht die erhebliche Gefahr, dass der Grad der Vorwerfbarkeit, der insbesondere angesichts der vagen gesetzlichen Vorgaben der DSGVO und den mannigfaltigen Abhilfebefugnissen (vgl. hierzu Rn. 23f.) einer intensiven Betrachtung bedarf, nicht hinreichend berücksichtigt wird. 41

Zudem führt nach dem Ansatz der DSK ein **hoher Umsatz** unabhängig von der finanziellen Leistungskraft des Unternehmens und auch bei sehr geringer Schuld zwangsläufig zu einem **hohen Bußgeld**.⁵⁷ Eine Sanktion, die die das Maß der Schuld übersteigt, steht aber im deutlichen Spannungsverhältnis zum Grundsatz schuldangemessenen Sanktionierens. 42

(2) Verhältnismäßigkeitsprinzip. Ebenfalls zweifelhaft erscheint, ob die sich nach dem Positionspapier des DSK zu berechnenden Geldbußen – die sich gerade nicht an den Bestimmungen des § 17 OWiG orientieren – tatsächlich dem **Verhältnismäßigkeitsprinzip** gerecht werden, d.h. die durch die Bußgelder erfolgten Eingriffe in einem angemessenen Verhältnis zum präventiven Zweck des Rechtsgüterschutzes der Strafe stehen. Hier stellen sich zwei Probleme. 43

Zunächst ergeben sich Zweifel hinsichtlich der generellen **Umsatzanknüpfung**. Zwar stellt die **finanzielle Leistungsfähigkeit** eines Unternehmens eine für die Verhältnismäßigkeit relevante Größe dar. Sie beeinflusst schließlich den Grad der 44

56 Adam/Schmidt/Schumacher NSTZ 2017, 7f.

57 So auch Thiel/Wybitul ZD 2020, 3, 4.

Belastung, die die Geldbuße für das entsprechende Unternehmen darstellt. Insofern kann und muss sie durchaus auch im Rahmen der Verhältnismäßigkeit eine Rolle spielen. Hierfür entscheidend ist aber nicht der Umsatz, sondern vielmehr der **Unternehmensgewinn** und das aus dem Verhältnis zwischen Buße und Gewinn resultierende **Schadenspotential**.⁵⁸

- 45 Durch die wesentliche **Fokussierung auf den Unternehmensumsatz** entsteht nicht nur die **Gefahr**, dass die Schuld bei der Sanktionszumessung nicht hinreichend berücksichtigt wird; auch **einzelfallbezogenen Erwägungen**, die das tatsächliche Sanktionsbedürfnis bestimmen, wird die Strafe ggf. **nicht hinreichend gerecht**. Gerade in der Befriedigung des präventiven Strafbedürfnisses, welches sich aus den Kriterien des Art. 83 Abs. 2 S. 2 ergibt, liegt aber der Zweck sanktionierender Maßnahmen. Dieses sollte daher kumulativ mit der Schuld maßgebliches Bemessungskriterium sein.⁵⁹
- 46 **d) Unionsrechtswidrigkeit.** Das vom § 17 OWiG abweichende Konzept der Bußgeldzumessung erscheint schließlich auch aus europäischer Perspektive nicht völlig unproblematisch.⁶⁰ Zweifel bestehen auch hier im Lichte des **Verhältnismäßigkeitsprinzips** angesichts der Bestimmung des **Unternehmensumsatzes als primären Anknüpfungspunkt** für die die Bußgeldzumessung.
- 47 Etwas anderes ergibt sich auch nicht unter Berücksichtigung der Regelung des Art. 83. Schließlich nennt der Katalog des Art. 83 Abs. 2 den Unternehmensumsatz gerade nicht.⁶¹ Ausdrücklich berücksichtigt wird er zwar im Art. 83 Abs. 4–6, die flexible am Umsatz orientierte Regelung hinsichtlich potenzieller Höchststrafen soll aber vor allem verhindern, dass große Unternehmen Bußgelder einfach „einpreisen“. Hierdurch entstünde für umsatzstarke Marktteilnehmer die Möglichkeit, datenschutzrechtlichen Vorgaben ohne nennenswertes finanzielles Risiko zu umgehen.⁶² Ein solcher Handlungsspielraum ist in Bezug auf den abstrakten Bußgeldrahmen insofern nachvollziehbar,⁶³ bedeutet aber nicht, dass der Umsatz als maßgebliches Zurechnungskriterium oder, wie es nach dem Positionspapier der DSK faktisch der Fall ist, gar als Mindestgrenze für das Bußgeld⁶⁴ heranzuziehen ist.⁶⁵

58 So *Thüsing/Kudlich* RDV Februar 2020, Editorial.

59 Vgl. hierzu auch *Paal* Kritische Würdigung des Konzepts der Datenschutzaufsichtsbehörden zur Bußgeldzumessung, S. 8.

60 Ausführlich hierzu *Paal* Kritische Würdigung des Konzepts der Datenschutzaufsichtsbehörden zur Bußgeldzumessung, S. 4 f.

61 Er nennt jedoch auch keinen anderen Faktor, der die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens in ein Verhältnis zur Tat bzw. zur Schuld setzen würde. Ein solcher ist aber zur Ermittlung von verhältnismäßigen Strafen unbedingt erforderlich.

62 So *Thiell/Wybitul* ZD 2020, 3, 4.

63 So auch *Thiell/Wybitul* ZD 2020, 3, 4.

64 Ein Unterschreiten des Basiswertes ist nur mittels einer Anpassung im letzten Schritt möglich, wo etwa eine drohende Insolvenz, nicht jedoch die Faktoren des Art. 83 Abs. 2 berücksichtigt werden.

65 A.A. *Uebele* EuZW 2019, 440, 442, der in der Bestimmung keine mit dem Kartellrecht vergleichbare Kappungsgrenze sieht, sondern einen Bußgeldrahmen, der (nur) im Falle besonders schwerer Verstöße auszureizen ist. Als Bußgeldrahmen wäre der Umsatz maßgeblicher Bemessungsfaktor, allerdings stets im Verhältnis zur Tatschwere und Schuld.

II. Bußgeldverfahrensrecht

§ 41 Abs. 2 BDSG ordnet die entsprechende Anwendung des OWiG, der StPO und des GVG für ein „Verfahren wegen eines Verstoßes nach Artikel 83“ an. Insofern kann im Wesentlichen auf die entsprechenden Kommentierungen verwiesen werden. Weitere verfahrensrechtliche Bestimmungen finden sich in § 40 Abs. 4, § 42 Abs. 3 und 4 sowie in § 43 Abs. 4 BDSG.

48

Das nationale Bußgeldverfahren teilt sich in verschiedene Phasen auf. Zunächst findet das sog. **Vorverfahren** statt, in welchem die zuständige Behörde den Sachverhalt ermittelt und bei Vorliegen der erforderlichen Voraussetzungen einen Bußgeldbescheid erlässt. Die Regelungen über das Verwarnungsverfahren finden hierbei, obwohl die DSGVO die Verwarnung als Rechtsinstitut durchaus kennt (Art. 58 Abs. 2 lit. b), nach § 41 Abs. 2 S. 2 BDSG keine Anwendung; ebenso wenig die Bestimmungen über die Einziehung, die Festsetzung gegen jur. Personen und die Vollstreckung von Nebenfolgen.⁶⁶ § 41 Abs. 1 S. 2 BDSG schließt zudem die Anwendung der §§ 35, 36 OWiG aus, da die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörden bereits im Art. 83 geregelt ist.

49

Nach Erlass des Bußgeldbescheides hat der Adressat die Möglichkeit hiergegen Einspruch einzulegen (§ 67 OWiG) und so das sog. **Zwischenverfahren** (§ 69 OWiG) einzuleiten. Die Behörde prüft sodann, ob sie den Bußgeldbescheid angesichts des erhobenen Einspruchs zurücknimmt. Hält die Behörde an ihrer Entscheidung fest, werden die Akten typischerweise dem zuständigen Gericht vorgelegt. Zwar übermittelt die Aufsichtsbehörde die Akten zunächst an die Staatsanwaltschaft, diese kann das Verfahren aber nur mit Zustimmung der Aufsichtsbehörde einstellen (§ 41 Abs. 2 S. 2 BDSG).

50

Zuständiges Gericht ist prinzipiell das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Aufsichtsbehörde ihren Sitz hat (§ 68 Abs. 1 OWiG). § 41 Abs. 1 S. 3 BDSG ordnet zudem an, dass das **Landgericht** über die Geldbuße entscheidet, wenn der Betrag 100 000 EUR überschreitet. Die Regelung wirkt in Anbetracht des Umstandes, dass die Amtsgerichte in anderen Rechtsgebieten befugt sind, Geldbußen in Millionenhöhe festzusetzen (§§ 30, 130 Abs. 3 OWiG),⁶⁷ nicht nur systemfremd und recht willkürlich.⁶⁸ Da bisher keine verfahrensrechtlichen Vorschriften zur **Besetzung der Kammern** für Bußgeldsachen am Landgericht ergangen sind, ergeben sich auch **Unsicherheiten** hinsichtlich der ordnungsgemäßen Durchführung eines entsprechenden Verfahrens.⁶⁹ Zwar verweist § 41 Abs. 1 BDSG i.V.m. § 71 Abs. 1 OWiG für das Bußgeldverfahren auf die StPO und das GVG. Dieser Verweis bedeutet aber, würde man ihn auch auf die Fälle des § 41 Abs. 1 S. 3 anwenden, dass die Kammern der Landgerichte auch in Bußgeldsachen mit zwei Richtern und zwei Schöffen zu besetzen wären (§§ 41 Abs. 1 BDSG, 46 Abs. 1, 71 Abs. 1 OWiG, 76 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 4 GVG). Diese Entscheidung war vom Gesetzgeber wohl weder intendiert, noch

51

66 Vgl. Paal/Pauly-Frenzel § 41 BDSG Rn. 10.

67 So BR-Drucks. 107/20, S. 33.

68 So Gola/Heckmann-Ehmann § 41 Rn. 23 f.

69 Piltz Gesetzesentwurf zu DSGVO-Bußgeldverfahren – aktuelle Regelungen verfassungswidrig?, abrufbar unter: <https://www.delegedata.de/2020/04/gesetzentwurf-zu-dsgvo-bussgeldverfahren-aktuelle-regelungen-verfassungswidrig/>, zuletzt abgerufen am 19.6.2020; BR-Drucks. 107/20, S. 33 f.

ist sie angezeigt. In Ermangelung einer sachgerechten Verfahrensvorschrift erscheint es somit unklar, in welcher Besetzung das Landgericht in Bußgeldverfahren bei Datenschutzverstößen entscheidet. Das Land Hessen geht in Anbetracht der vorgenannten Regelungslücke gar davon aus, dass es „nahezu ausgeschlossen“ ist, das gerichtliche Verfahren vor dem Landgericht ordnungsgemäß durchzuführen und fordert in einem aktuellen Gesetzesentwurf die Streichung des § 41 Abs. 1 S. 3 BDSG.⁷⁰

- 52 Die Unstimmigkeit könnte auch einen **Angriffspunkt** gegen Entscheidungen in Verfahren vor Landgerichten gegen Bußgelder darstellen, die die 100 000 EUR Grenze überschreiten. Da die Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) nicht nur den Bestand von Rechtssätzen voraussetzt, die für jeden Streitfall das erkennende Gericht bezeichnen, sondern auch Normen, die den Richter, der für die Entscheidung zuständig ist, bestimmen,⁷¹ wird über eine **Verfassungswidrigkeit** der Entscheidungen des Landgerichts nachgedacht.⁷²

III. Vorbeugender Rechtsschutz gegen ein Bußgeld

- 53 Da in der Praxis aktuell eine Vielzahl ungeklärter Rechtsfragen bestehen, die quasi „aus dem Nichts“ drastische Bußgelder nach sich ziehen können, stellt sich die Frage, ob Verantwortlichen zugemutet werden kann, einen Bußgeldbescheid auch dann abzuwarten, wenn er konkret droht, weil der Verantwortliche eine andere Rechtsposition vertritt als die zuständige Aufsichtsbehörde oder, ob zur Klärung von **Rechtunsicherheiten** nicht ausnahmsweise eine **vorbeugende Feststellungsklage** vor dem Verwaltungsgericht gegen die zuständige Aufsichtsbehörde **statthaft** sein kann.⁷³ Ziel der Klage wäre die Klärung der Frage, ob ein bestimmtes Verhalten den – sich auf ein datenschutzrechtliches Ver- bzw. Gebotstatbestand beziehenden – **Tatbestand einer Sanktionsnorm** erfüllt.
- 54 Dem Ordnungswidrigkeitenrecht ist vorbeugender Rechtsschutz prinzipiell fremd. Vertreten Aufsichtsbehörde und Verantwortlicher jedoch unterschiedliche Rechtspositionen hinsichtlich der **Anforderungen**, die **datenschutzrechtliche Handlungsgebote** wie etwa Art. 32 an das Niveau der Datensicherheit stellen, betrifft die Unstimmigkeit der Sache nach **keine „sanktionsrechtliche Hauptfrage“**. Betrachtet man eine solche Fallgestaltung aus strafverfahrensrechtlicher Sicht, geht es vielmehr um die Klärung einer präjudiziellen **verwaltungsrechtlichen „Vorfrage“**, die nach § 154d oder § 262 StPO eine Aussetzung des Verfahrens zur Folge haben kann.⁷⁴ Eine Klärung derartiger Rechtsunsicherheiten vor dem Verwaltungsgericht erscheint vor diesem Hintergrund sachgerecht. Konsequenterweise kann sich das für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage erforderliche Rechtsverhältnis zwi-

70 BR-Drucks. 107/20, S.33 f.

71 *BVerfG* v. 8.4.1997 – 1 PBvU 1/95 Rn. 40 m.w.N.; Beschl. v. 30.3.1965 – 2 BvR 341/60.

72 Zu einer potenziellen Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung des erkennenden Gerichts oder einer Besetzungsrüge *Piltz* Gesetzesentwurf zu DSGVO-Bußgeldverfahren – aktuelle Regelungen verfassungswidrig?, abrufbar unter: <https://www.delegedata.de/2020/04/gesetzesentwurf-zu-dsgvo-bussgeldverfahren-aktuelle-regelungen-verfassungswidrig/>, zuletzt abgerufen am 19.6.2020.

73 So Kommentierung zu Art. 83 Rn. 11.

74 *OVG Lüneburg* v. 17.6.2010 – 13 LA 78/09.

schen Aufsicht und Verantwortlichem jedoch nicht durch die sanktionsrechtliche Befugnis der Datenschutzaufsicht, ein Verfahren gegen den Kläger einzuleiten, begründen. Inhalt des Rechtsverhältnisses kann allein der **verwaltungsrechtliche Streitgegenstand** sein (die in der DS-GVO normierten Handlungsgebote).⁷⁵

In einer abstrakten Rechtsfrage darf sich das Klagebegehren einer Feststellungsklage allerdings nicht erschöpfen. Vielmehr muss sich das streitgegenständliche Rechtsverhältnis durch Handlungen staatlicher Akteure zu einem **hinreichend konkreten Rechtsverhältnis** verdichten. Nach der hierzu ergangenen Rechtsprechung des BVerwG kann sich die notwendige Konkretisierung – anders als die Begründung des Rechtsverhältnisses – im vorbeugenden Rechtsschutz auch mit Blick auf ein drohendes Bußgeld ergeben. Die abstrakte Rechtsbeziehung zwischen Staat und Bürger verdichtet sich nach ständiger Rechtsprechung des BVerwG in dem Moment zu einem konkreten Rechtsverhältnis, in dem eine Verwaltungsbehörde mittels der **Androhung eines Bußgeldes** Einfluss auf das Verhalten eines Bürgers nimmt. In diesem Fall sind „die rechtlichen Einstellungen der Parteien zu einem bestimmten tatsächlich bestehenden Sachverhalt beiderseitig so eindeutig klargestellt und kundgetan worden, dass das Vorliegen eines konkreten Rechtsverhältnisses, das allein Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann, nicht geleugnet werden kann“.⁷⁶ Im Lichte der stets präsenten Zwangswirkung drohender Bußgelder begründet schon die **Beanstandung eines ordnungswidrigkeitenrechtlich relevanten Verhaltens**, insb. bei Identität von Verwaltungs- und Sanktionsbehörde, eine Verdichtung der Rechtsbeziehung; einer ausdrücklichen Drohung bedarf es nicht.⁷⁷ Der nach der DS-GVO Verantwortliche muss seine Umsetzung der geforderten Schutzmaßnahmen hierbei schon dann in Frage gestellt sehen, wenn die Behörde eine **von seiner Praxis abweichende Einschätzung** publiziert.⁷⁸

Das **Feststellungsinteresse** leiten BVerwG⁷⁹ und BVerfG⁸⁰ bei drohenden Bußgeldverfahren aus dem Gebot der Gewährung effektiven Rechtsschutzes ab. Hiernach ist es einem Betroffenen nicht zuzumuten, „die Klärung verwaltungsrechtlicher Zweifelsfragen auf der Anklagebank erleben zu müssen“. Er hat vielmehr ein anzuerkennendes Interesse daran, den Verwaltungsrechtsweg als „fachspezifischere“ Rechtsschutzform einzuschlagen, „insbesondere wenn dem Betroffenen ein Ordnungswidrigkeitenverfahren droht“ (sog. **Damokles-Rechtsprechung**).⁸¹ Angesichts drohender finanzieller Einbußen ist es dem Betroffenen nämlich weder zuzumuten, eine möglicherweise bußgeldbewährte Praxis fortzusetzen noch entgegen seiner Rechtsansicht „blind“ der Auslegung der Behörde Folge zu leisten, um eine Sanktionierung zu vermeiden; insbesondere da dies typischerweise mit nicht unerheblichen finanziellen Dispositionen verbunden ist. Überdies begründet die bloße Verwicklung in ein Bußgeldverfahren regelmäßig bereits eine nachhaltige und teilweise irreparable Rufschädigung, die selbst ein Freispruch nicht wiedergutzumachen vermag. Die drohende Sanktionierung eines Verhaltens begründet insofern ein einklagbares

75 Vgl. Sodan/Ziekow-Sodan § 43 VwGO Rn. 85.

76 So BVerwG v. 13.1.1969 – I C 86.64; v. 9.5.1957 – I C 31.54.

77 Vgl. Sodan/Ziekow-Sodan § 43 VwGO Rn. 48.

78 So in einem ähnlich gelagerten Fall auch VG Köln v. 8.4.2014 – 7 K 3150/12.

79 Vgl. etwa BVerwG v. 17.1.1972 – I C 33.688.

80 BVerfG v. 7.4.2003 – 1 BvR 2129/02.

81 BVerfG v. 7.4.2003 – 1 BvR 2129/02.

Interesse daran, den Umfang unklarer, verwaltungsrechtlicher Pflichten möglichst schnell rechtverbindlich geklärt zu wissen.⁸² Dabei spielt es keine Rolle, dass die Entscheidung des Verwaltungsgerichts für den Strafrichter nicht bindend ist. Schon der **Einfluss**, den eine für den Betroffenen günstige Entscheidung **auf die Beurteilung der strafrechtlichen Schuldfrage** ausüben kann, rechtfertigt das Feststellungsbegehren.⁸³

§ 43 BDSG Bußgeldvorschriften

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. entgegen § 30 Absatz 1 ein Auskunftsverlangen nicht richtig behandelt oder
2. entgegen § 30 Absatz 2 Satz 1 einen Verbraucher nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig unterrichtet.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro geahndet werden.

(3) Gegen Behörden und sonstige öffentliche Stellen im Sinne des § 2 Absatz 1 werden keine Geldbußen verhängt.

(4) Eine Meldung nach Artikel 33 der Verordnung (EU) 2016/679 oder eine Benachrichtigung nach Artikel 34 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2016/679 darf in einem Verfahren nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten gegen den Meldepflichtigen oder Benachrichtigenden oder seine in § 52 Absatz 1 der Strafprozessordnung bezeichneten Angehörigen nur mit Zustimmung des Meldepflichtigen oder Benachrichtigenden verwendet werden.

Übersicht

	Rn		Rn
A. Einordnung und Hintergrund	1	2. Inhalt des Verwendungsverbots	13
B. Kommentierung	2	a) Reichweite	13
I. Bußgeldtatbestände (§ 43 Abs. 1 und 2 BDSG)	2	b) Persönlicher Anwendungsbereich	15
II. Ausschluss von Geldbußen gegen Behörden und öffentliche Stellen (§ 43 Abs. 3 BDSG)	6	c) Sachlicher Anwendungsbereich	16
III. Verwendungsverbot der Meldungen von Datenpannen (§ 43 Abs. 4 BDSG)	9	3. Unionsrechtskonformität	22
1. Grundrechtlicher Hintergrund	11	a) Das Selbstbelastungsprivileg in der europäischen Judikatur	23
		b) Effektivitätsgrundsatz	31

Literatur: *Boms* Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach der DS-GVO in Deutschland, ZD 2019, 536–540; *Dannecker* Der nemo tenetur-Grundsatz – prozessuale Fundierung und Geltung für juristische Personen ZStW 2015, 991–1017; *LfDI Baden-Württemberg* 35. Tätigkeitsbericht 2019; *LfDI Hamburg* 27. Tätigkeitsbericht 2018; *LfDI Hessen*

82 Sodan/Ziekow-Sodan § 43 VwGO Rn. 86.

83 BVerwG v. 13.1.1969 – I C 86.64.