

„Gelbe Karte“ von der Aufsichtsbehörde: die Verwarnung als datenschutzrechtliches Sanktionenhybrid

Von Prof. Dr. *Mario Martini* und Wiss. Mit. *Michael Wenzel*

Das Datenschutzrecht leidet bisher weniger an einem Norm- als vielmehr einem Umsetzungsdefizit. Sein Sanktionsregime will der Unionsgesetzgeber daher zu einem wirksamen Arsenal gegen Rechtsverstöße ausbauen. Im Schatten der Geldbuße (Art. 83, 58 Abs. 2 lit. i DSGVO) und der sonstigen Sanktionen des Art. 84 DSGVO etabliert die DSGVO eine dritte Sanktionsform: die Verwarnung (Art. 58 Abs. 2 lit. b DSGVO). Ihren Anwendungsbereich und ihre Wirkweise analysieren die Autoren.

I. Die Verwarnung als erste Stufe des datenschutzrechtlichen Sanktionsregimes

„Ich will es einmal bei einer Verwarnung belassen“. Diesen Satz erhofft sich jeder reuige Autofahrer von dem Verkehrspolizisten, der ihn bei einem Regelverstoß ertappt hat. In der Annahme, dass eine Verwarnung hinreichend durchgreifende Wirkung entfaltet, implementiert die DSGVO sie als Bestandteil ihres Handlungsinstrumentariums. Datenschutzrechtlichen Rechtsverletzungen will sie rechtzeitig und niederschwellig entgegentreten, bevor es zu nachhaltigen Persönlichkeitsverletzungen kommt. Die Verwarnung soll Verantwortlichen die Wehrhaftigkeit der Rechtsordnung vor Augen führen und sie frühzeitig zu einem rechtmäßigen Umgang mit personenbezogenen Daten anhalten – „denn manchen, welcher an der Schwelle stolpert,“ verwarnt „dieß, drinnen laure die Gefahr.“¹

¹ *Shakespeare*, König Heinrich VI, Dritter Teil, Vierter Aufzug, Siebente Szene, Vers 12 f.

1. Systematische Verortung

Terminologisch flaggt Art. 58 Abs. 2 DSGVO die Verwarnung als aufsichtsbehördliche „Abhilfebefugnis“ aus. Im Kapitel „Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen“ findet sie demgegenüber keine Erwähnung. Gleichwohl betrachtet die DSGVO die Verwarnung in ihrer inhaltlichen Ausrichtung als Sanktion: Sie konzipiert diese in ihren Erwägungsgründen als kleine Schwester der Geldbuße (ErwG 148 S. 1 u. S. 2 DSGVO [„anstelle einer Geldbuße“]) und stellt sie als „andere Sanktion“ zur Seite (ErwG 150 S. 7 DSGVO).²

2. Abgrenzung zur Warnung

Schon begrifflich hat die Verwarnung mit der *Warnung* des Art. 58 Abs. 2 lit. a DSGVO viel gemeinsam. Beide unterscheiden sich aber im Sanktionscharakter:³ Eine Warnung kann die Aufsichtsbehörde aussprechen, wenn es an einem Datenschutzverstoß zwar derzeit fehlt, ein solcher aber zu befürchten ist („voraussichtlich“). Sie zielt also allein auf noch bevorstehende Rechtsverletzungen. Damit ist sie von dem verwaltungsökonomischen Ansatz der (Spezial-)Prävention geprägt: Ein rechtzeitiger Hinweis auf bevorstehende Rechtsverstöße soll im Idealfall gewährleisten, dass es anschließend keiner zusätzlichen aufsichtsrechtlichen Maßnahmen mit sanktionierendem Charakter mehr bedarf; der Warnung selbst fehlt aber der Sanktionsgehalt.

Eine *Verwarnung* knüpft demgegenüber an einen *feststehenden* Verstoß gegen die DSGVO an. Sie ist systematisch nicht (wie die Warnung) als vorbeugendes Mittel der Prävention, sondern als nachträgliche, also repressive Reaktion auf datenschutzrechtliche Verstöße konzipiert. Eine Rechtsverletzung soll sie weder verhindern noch beseitigen. Im Gegenteil: Sie setzt voraus, dass ein Verantwortlicher bzw. Auftragsverarbeiter sich bereits rechtswidrig verhalten hat.

Die Verwarnung kommt als „Gelbe Karte“ der Aufsichtsbehörde zum Einsatz, die dem Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiter anzeigt, dass sie sein Verhalten nicht hinnimmt und er im Wiederholungsfall mit härteren Sanktionen rechnen muss. Im Ergebnis wohnt ihr

² Art. 79 Abs. 3 DSGVO-E(KOM) hatte die Verwarnung demgegenüber noch nicht als Sanktion eingeordnet („anstatt einer Sanktion“); anders aber dann Art. 79 Abs. 2a lit. a DSGVO-E (EP).

³ Vgl. auch *Körffler*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DS-GVO, 2016, Art. 58 Rn. 17.

ein spezial- und generalpräventives Element inne, wie es für das Handlungsinstrument der Sanktion typisch ist.

Sie spricht eine Missbilligung aus, ohne hieran allerdings eine konkrete, unmittelbar negative Rechtsfolge für den Adressaten (jenseits der förmlichen Feststellung) zu knüpfen.⁴ In der Spürbarkeit der Rechtsfolge grenzt sich die Verwarnung als dritte, hybride Sanktionsart von der Geldbuße (Art. 83; 58 Abs. 2 lit. i DSGVO) und der strafrechtlichen Sanktion (Art. 84 DSGVO) ab: Sie ist das mildeste Sanktionsmittel der DSGVO.

II. Vergleich zur Rechtslage unter dem BDSG

Das Instrument der Verwarnung ist im europäischen Datenschutzrecht kein völliges Novum. Bereits die Datenschutzrichtlinie (RL 95/46/EG) nannte als eine von mehreren denkbaren „wirksamen Einwirkungsbefugnissen“ der Kontrollstellen paradigmatisch die Verwarnung (Art. 28 Abs. 3 UAbs. 1 Spstr. 2 RL 95/46/EG). Der Gesetzgeber des BDSG ist dem Gebot, solche Befugnisse zu schaffen, u. a. durch das Instrument der Beanstandung (§ 25 BDSG) nachgekommen.⁵

1. Die Beanstandung nach § 25 BDSG

In ihrer Wirkweise entsprechen sich Beanstandung (§ 25 BDSG) und Verwarnung (Art. 58 Abs. 2 lit. b DSGVO) weitgehend:⁶ Beide Maßnahmen lösen als solche keinen normativen Zwang aus, den begangenen Verstoß tatsächlich zu beseitigen.⁷ Die Verwarnung ist gleichwohl kein eineiiger Zwilling der Beanstandung. Für den Adressaten zeitigen die Instrumente unterschiedliche Wirkungen: Während die *Verwarnung* ihm keine zusätzlichen Rechtspflichten auferlegt,⁸ zwingt eine *Beanstandung* ihn nach geltendem Bundesrecht⁹ immerhin grundsätzlich¹⁰ dazu, sich mit ihrem Inhalt in Gestalt einer Pflicht zur

⁴ Körfner (Fn. 3), Art. 58 Rn. 18.

⁵ Auch alle Landesdatenschutzgesetze kennen das Instrument der Beanstandung: § 30 Abs. 2-4 LDSG BW; Art. 31 BayDSG; § 26 BlnDSG; § 25 BbgDSG; § 29 BremDSG; § 25 HmbDSG; § 27 HDSG; § 32 DSg M-V; § 23 NDSG; § 24 DSG NRW; § 25 LDSG Rh-Pf; § 27 SDSG; § 29 SächsDSG; § 24 DSG LSA; § 42 LDSG S-H; § 39 ThürDSG.

⁶ So auch Körfner (Fn. 3), Art. 58 Rn. 18.

⁷ Dammann, in: Simitis (Hrsg.), BDSG, 8. Aufl., 2014, § 25 Rn. 11.

⁸ Die DSGVO kennt keine ausdrückliche Pflicht, auf eine Verwarnung zu reagieren. Der Kabinettsentwurf für ein neues BDSG (BT-Drucks 18/11325) sieht in § 16 Abs. 1 S. 2 bis 4 aber vor, dass die BfDI der zuständigen Rechts- oder Fachaufsichtsbehörde Gelegenheit zur Stellungnahme gibt, bevor sie eine Verwarnung ausspricht.

⁹ Für das bayerische Datenschutzgesetz gilt dies demgegenüber nicht (Art. 31 BayDSG).

¹⁰ Siehe aber § 25 Abs. 2 BDSG: Er stellt es in das Ermessen der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, eine Stellungnahme zu verlangen.

Stellungnahme gegenüber der Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit auseinanderzusetzen (§ 25 Abs. 1 S. 1 a. E. BDSG).¹¹

Auch in einem weiteren Aspekt sind die beiden aufsichtsbehördlichen Instrumente nicht identisch: Während die Beanstandung i. S. d. § 25 BDSG *nur öffentliche Stellen* adressiert,¹² kommt eine Verwarnung auch gegenüber Privaten in Betracht.

2. Verwarnung im Sinne des OWiG

Auch das Ordnungswidrigkeitenrecht kennt die Sanktionsform der Verwarnung.¹³ Schon im bisherigen Recht kam sie im Falle der Verletzung eines datenschutzrechtlichen Bußgeldtatbestandes zur Anwendung: „Bei geringfügigen Ordnungswidrigkeiten“ stand es der Datenschutzaufsichtsbehörde frei, auf die Verhängung einer Geldbuße zugunsten einer Verwarnung zu verzichten.¹⁴ Sie konnte *mit* (§ 56 Abs. 1 S. 1 OWiG) oder *ohne* (§ 56 Abs. 1 S. 2 OWiG) gleichzeitige *Verhängung eines Verwarnungsgeldes* erfolgen. In Kombination mit einem Verwarnungsgeld ergeht sie nach einhelliger Auffassung als Verwaltungsakt i. S. d. § 35 S. 1 VwVfG.¹⁵

Der Vorschlag für ein neues, an die Vorgaben der DSGVO angepasstes BDSG¹⁶ erklärt die Verwarnungsnorm des § 56 OWiG *expressis verbis* für unanwendbar (vgl. § 41 Abs. 2 S. 2 BDSG-neu). Die Bundesregierung geht damit implizit davon aus, dass der deutsche Gesetzgeber die Verwarnung i. S. d. § 56 OWiG unter Geltung der DSGVO nicht länger selbst regeln darf.¹⁷ Sie hält die DSGVO insoweit für abschließend.

¹¹ Zum Umfang der Stellungnahme siehe § 25 Abs. 3 S. 1 BDSG.

¹² Die Beanstandung darf aber nicht gegenüber *jeder* öffentlichen Stelle ausgesprochen werden, sondern nur gegenüber den in § 25 Abs. 1 S. 1 BDSG genannten Einrichtungen. Sie adressiert allein die zuständige oberste Bundesbehörde. Das Instrument setzt darauf, dass diese auf die ihr im hierarchischen Verwaltungsaufbau nachgeordneten Behörden im Wege der ihr zur Verfügung stehenden Aufsichtsbefugnisse einwirkt, *Gola/Klug/Körffler*, in: *Gola/Schomerus* (Hrsg.), BDSG, 12. Aufl., 2015, § 25 Rn. 4.

¹³ Vgl. auch das als „Zuchtmittel“ (§§ 13-16a JGG) ausgestaltete Instrument der Verwarnung in § 14 JGG, die Ermahnung in § 45 Abs. 3 JGG und die Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 StGB).

¹⁴ Vgl. auch *von Lewinski*, in: *Auernhammer* (Hrsg.), BDSG, 4. Aufl., 2014, § 43 BDSG Rn. 73.

¹⁵ Vgl. *Lutz*, in: *Senge* (Hrsg.), *KK-OWiG*, 4. Aufl., 2014, § 56 Rn. 1. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 22, 125, 131) hat die gebührenpflichtige Verwarnung i. S. d. § 22 StVG ebenfalls als Verwaltungsakt eingestuft. Ob auch die Verwarnung ohne Verwarnungsgeld ein Verwaltungsakt ist, ist str. Bejahend *Straßer*, in: *Graf* (Hrsg.), *BeckOK OWiG*, 13. Ed., 2016, § 56 Rn. 1.

¹⁶ Enthalten als „Art. 1“ im Kabinettsentwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680, BT-Drs. 18/11325, S. 9 ff.

¹⁷ Vgl. BT-Drs. 18/11325, S. 108.

Rechtsdogmatisch entspricht die Verwarnung der DSGVO insgesamt eher dem Modell des § 56 Abs. 1 S. 2 OWiG als der auf öffentliche Stellen zugeschnittenen Beanstandung i. S. d. § 25 BDSG. Sie präsentiert sich als das datenschutzrechtliche Pendant zum „erhobenen Zeigefinger“ des Verkehrspolizisten.

III. Anwendungsbereich

1. Gegenständlicher Anwendungsbereich

Während der unionale Gesetzgeber die Geldbuße in Art. 83 DSGVO in neun Absätzen detailreich ausformt, regelt er die Verwarnung nur lakonisch: Art. 58 Abs. 2 lit. b DSGVO beschränkt sich darauf, der Aufsichtsbehörde die Befugnis zu verleihen, eine Verwarnung auszusprechen. Als tatbestandlichen Anknüpfungspunkt nennt die Norm lediglich den objektiven¹⁸ Verstoß eines Verarbeitungsvorgangs gegen die Verordnung. Trotz des anders anmutenden Wortlauts, ist nicht entscheidend, welche Vorschrift der DSGVO der zu Verwarnende übertreten hat. Das entspricht der Rationalität der Verwarnung, dem Instrument der Geldbuße eine eingriffsschwächere Sanktionsebene für grundsätzlich sämtliche Datenschutzverstöße vorzuschalten: Alle Vorschriften der DSGVO sind grundsätzlich verwarnungsfähig. Eine Verwarnung kommt also nicht nur in Betracht, wenn der Verarbeitungsvorgang selbst den Vorgaben der DSGVO zuwiderläuft – sondern bspw. auch dann, wenn sich der Verantwortliche weigert, dem Betroffenen die Auskunft zu erteilen, zu der ihn Art. 15 Abs. 1 DSGVO verpflichtet.

Präzisierende Klarheit über den der Verwarnung zgedachten Anwendungsbereich verschafft (allein) ErwG 148 S. 2 DSGVO:¹⁹ In Betracht kommt sie „im Falle eines geringfügigeren Verstoßes“ (a) „oder falls [die] voraussichtlich zu verhängende Geldbuße eine unverhältnismäßige Belastung für eine natürliche Person bewirken würde“ (b). Auf den ersten Blick scheint der Anwendungsbereich dadurch klar abgesteckt. Doch bei näherem Hinsehen zeigt sich, dass die Aussage des ErwG 148 S. 2 DSGVO nicht hinreichend auf die normative Struktur des implizit in Bezug genommenen Art. 83 DSGVO abgestimmt ist. Diese handwerkliche Ungenauigkeit des Verordnungsgebers führt zu Abgrenzungsproblemen.

¹⁸ Auf die subjektive Vorwerfbarkeit des Verstoßes kommt es nicht an. So auch für die Beanstandung nach § 25 BDSG *Dammann* (Fn. 7), § 25 Rn. 6; *Gola/Klug/Körffler* (Fn. 12), § 25 Rn. 2.

¹⁹ Art. 79 Abs. 3 DSGVO-E(KOM) hatte den Anwendungsbereich der Verwarnung noch mit „einem ersten, unabsichtlichen Verstoß“ in Bezug auf die in der Vorschrift genannten Fälle abgesteckt.

a) Geringfügiger Verstoß

Wann ein Fall „eines geringfügigeren Verstoßes“ vorliegt, präzisieren weder ErwG 148 S. 2 DSGVO noch die Verordnung selbst. Der anzulegende Maßstab lässt sich aber mittelbar aus dem gestuften Sanktionssystem der Verordnung herauslesen: Er bewegt sich unterhalb des Sanktionsradius der Geldbuße als der im Vergleich zur Verwarnung belastungsintensiveren Sanktion.

Kriterien, die sowohl für die Entscheidung über die Verhängung einer Geldbuße („Ob“) als auch deren Höhe („Wie“) maßgeblich sind, benennt die DSGVO in Art. 83 Abs. 2 S. 2 DSGVO.²⁰ Die Vorschrift rekurriert – zumindest in ihrer Grundausrichtung – auf verhaltensbezogene Parameter, die der Pflichtige beeinflussen kann und die daher einen Schuldvorwurf rechtfertigen. Erweist sich eine Geldbuße im Lichte dieser Kriterien nicht als indiziert, handelt es sich regelmäßig um einen lediglich „geringfügigeren“ Verstoß, den die Aufsichtsbehörde mit einer Verwarnung sanktionieren kann.²¹

b) Geldbuße als unverhältnismäßige Belastung

Nicht nur im Fall eines geringfügigen Verstoßes, sondern auch dann, wenn eine Geldbuße den Adressaten unverhältnismäßig belastet,²² ist die Verwarnung die Sanktionsform der Wahl: Lässt sich das Sanktionsziel statt durch Geldbuße in gleicher Weise durch eine Verwarnung erreichen, hat die Aufsichtsbehörde diese zu wählen.

Regelmäßig ist die Verwarnung weniger einschneidend als die Geldbuße. An ihren spürbaren, verhaltenssteuernden Effekt reicht sie nicht heran: Indem die Geldbuße den Sanktionsadressaten finanziell trifft, ist sie regelmäßig besser geeignet, ihm einerseits eindrücklich vor Augen zu führen, dass die Rechtsordnung sein Verhalten nicht toleriert, und ihn andererseits für die Zukunft zu einem ordnungskonformen Umgang mit personenbezogenen Daten anzuhalten. Ergibt sich aber aus der persönlichen Situation des Adressaten, dass eine bloße Verwarnung im konkreten Fall denselben Abschreckungseffekt

²⁰ Frenzel, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DS-GVO, 2016, Art. 83 Rn. 13.

²¹ So wohl Holländer, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK DatenschutzR, 18. Ed., 2016, Art. 83 DSGVO Rn. 26.

²² Zum Verhältnismäßigkeitsprinzip im Unionsrecht bspw. EuGH, Urt. v. 11.7.1989 – Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237, 2269, Rn. 21.

wie eine Geldbuße erzielen kann, schießt letztere über das Ziel hinaus und ist daher unzulässig.²³

c) Verhältnis zwischen „geringfügigere[m] Verstoß“ und der Geldbuße als „unverhältnismäßige[r] Belastung“

Das Nebeneinander der beiden typisierten Anwendungsszenarien einer Verwarnung in ErwG 148 S. 2 DSGVO erschließt sich nicht auf den ersten Blick: Eine „abschreckend[e]“ Geldbuße für einen „geringfügigeren“ Verstoß zu verhängen, ist typischerweise schon nach Art. 5 Abs. 1 EUV unverhältnismäßig. Ausnahmsweise kann es aber auch geringfügige Verstöße geben, die sich mit einer Geldbuße in zulässiger Weise ahnden ließen (falls es das mildere Instrument der Verwarnung nicht gäbe). Umgekehrt sind auch schwerwiegende Verstöße denkbar, die sich nach den Umständen des Einzelfalles durch das sanftere Instrument der Verwarnung statt durch eine Geldbuße in hinreichendem Maße sanktionieren lassen – etwa im Falle eines Unternehmens, das grundsätzlich besonderes Vertrauen in sein hohes Datenschutzniveau und seinen Rechtsverfolgungswillen verdient.

Die beiden Konstellationen des ErwG 148 S. 2 DSGVO überlappen sich also nur teilweise. Im Falle der Unverhältnismäßigkeit fußt der Verzicht auf eine Geldbuße – anders als im Fall eines geringfügigen Verstoßes – nicht auf der objektiven Schwere oder der Tragweite der Rechtsverletzung, sondern auf der unterschiedlichen *Wirkung* auf den Adressaten.

2. Adressaten einer Verwarnung

Eine Verwarnung kann die Aufsichtsbehörde nur gegenüber dem Verantwortlichen oder einem Auftragsverarbeiter aussprechen (Art. 58 Abs. 2 lit. b DSGVO). Die Verwarnung eines einzelnen Mitarbeiters des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters ist demgegenüber nicht vorgesehen.

a) Unternehmen?

Für juristische Personen schränkt die DSGVO den Anwendungsbereich des Instruments der Verwarnung mittelbar ein: Ausweislich des ErwG 148 S. 2 DSGVO soll die unverhältnismäßig

²³ Voraussetzung ist insoweit aber, dass eine Verwarnung mit Blick auf das Gewicht des begangenen Datenschutzverstoßes noch eine adäquate Reaktion darstellt.

belastende Wirkung einer Geldbuße nur bei natürlichen Personen in eine Verwarnung münden („unverhältnismäßige Belastung für eine natürliche Person“). Für Unternehmen gilt stattdessen der Grundsatz: „Hopp oder top.“ Entweder ist eine Geldbuße also verhältnismäßig und damit zulässig. Oder sie ist es nicht; dann scheidet auch eine Verwarnung aus. Für Unternehmen bleibt nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers dann nur die Geringfügigkeit eines Verstoßes als Anwendungsfall für die Verwarnung übrig. Womöglich wollte er damit den Unternehmen „Zähne zeigen“ und ihnen insbesondere die Hoffnung auf das mildere Mittel einer Verwarnung verwehren. Da das Gebot der Verhältnismäßigkeit Teil des primärrechtlichen Bekenntnisses der Union ist (Art. 5 Abs. 4 EUV), steht diese Einschränkung allerdings unionsrechtlich auf tönernen Füßen. Denn sie lässt eine Geldbuße auch dann zu, wenn eine Verwarnung als milderes Mittel den Zweck ebenso erreichen könnte. Unionsrechtskonform ist die DSGVO daher so zu lesen, dass eine Verwarnung auch gegenüber Unternehmen im Falle der Unverhältnismäßigkeit einer Geldbuße zulässig und geboten ist.

b) Behörden

Aufgrund ihres lediglich tadelnden Charakters erweist sich die Verwarnung als im Grundsatz geradezu prädestiniert, um behördliche Datenschutzverstöße sanktionsrechtlich zu ahnden.²⁴ So konzipiert § 25 BDSG bislang auch die Beanstandung.

Ob und inwieweit *öffentliche Stellen* auf der Grundlage des Art. 58 Abs. 2 lit. b DSGVO aber überhaupt selbst taugliche Adressaten einer Verwarnung sein können, ist freilich keineswegs eindeutig. Zumindest der Wortlaut der Vorschrift legt die Möglichkeit nahe, dass die Aufsichtsbehörden auch Behörden verwarnen dürfen: Er differenziert nicht zwischen öffentlichen und privaten Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeitern. Damit scheint er sich auch an Hoheitsträger zu richten. Im Falle der Geldbuße verhält sich das anders:²⁵ Art. 83 Abs. 7 DSGVO überlässt die Bußgeldbewehrung öffentlicher Stellen ausdrücklich den Mitgliedstaaten; ihnen obliegt es zu entscheiden, ob (und wenn ja, wie) sie die Öffnungsklausel inhaltlich ausfüllen. Dass Art. 58 Abs. 2 lit. b DSGVO insoweit (womöglich beredt) schweigt, indiziert einen Gegenschluss: Für die Verwarnung ergibt sich eine

²⁴ Bei der aufsichtsbehördlichen Verhängung einer Geldbuße gegen andere staatliche Stellen wird in besonderem Maße die Grundfrage nach der Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit einer formellen Polizeipflichtigkeit von Hoheitsträgern virulent. Dazu etwa *Britz*, DÖV 2002, 891 ff.

²⁵ Ausführlich zur Öffnungsklausel des Art. 83 Abs. 7 DSGVO *Kühling/Martini/Heberlein et al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 274 ff.

entsprechende Sanktionsbefugnis gegenüber öffentlichen Stellen unmittelbar aus der Verordnung selbst, ohne dass den Mitgliedstaaten eine eigene Regelungsbefugnis zukommt.

Immerhin deuten aber die Öffnungsklauseln des Art. 83 Abs. 7 DSGVO wie auch des Art. 84 Abs. 1 DSGVO auf einen generellen Willen des Ordnungsgebers hin, die Sanktionierung von Datenschutzverstößen der öffentlichen Hand stets den Mitgliedstaaten selbst zu überlassen. Das entspräche auch dem Respekt der Union vor der staatlichen Souveränität ihrer Mitglieder. Die Verwarnung einer öffentlichen Stelle könnte die Aufsichtsbehörde dann nicht isoliert auf Art. 58 Abs. 2 lit. b DSGVO stützen. Sie wäre vielmehr darauf angewiesen, dass der nationale Gesetzgeber es ihr ausdrücklich erlaubt, eine öffentliche Stelle zu verwarnen. Wenn die Mitgliedstaaten bestimmen können, „*ob und inwieweit gegen Behörden Geldbußen*“ verhängt werden können (Art. 83 Abs. 7 DSGVO und ErwG 150 S. 6 DSGVO), sollte dies *womöglich a fortiori* auch für die im Verhältnis zur Geldbuße weniger einschneidende Verwarnung gelten.²⁶

Könnte die Aufsichtsbehörde unmittelbar auf Grundlage des Art. 58 Abs. 2 lit. b DSGVO verwarnen, zöge dies auch Ungereimtheiten im sanktionsrechtlichen System der Arbeitsteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten nach sich. Denn eine Geldbuße gegen Behörden hinge dann von dem Willen der Mitgliedstaaten ab – die Verwarnung als milderes Mittel demgegenüber nicht. Dies führt dazu, dass die Aufsichtsbehörde eine öffentliche Stelle auch dann verwarnen kann, wenn der jeweilige Mitgliedstaat es nicht zulässt, gegen sie eine Geldbuße zu verhängen.²⁷ Nach dem Willen des Ordnungsgebers steht das Instrument der Verwarnung freilich grundsätzlich nur für „geringfügigere“ Verstöße sowie Fälle der Unverhältnismäßigkeit einer Geldbuße zur Verfügung. Auf einen schwerwiegenden behördlichen Verstoß sowie Konstellationen, in denen eine Geldbuße verhältnismäßig wäre, kann die Aufsichtsbehörde daran gemessen weder mit einer Verwarnung noch mit einer Geldbuße reagieren (vgl. ErwG 148 S. 2 DSGVO). Setzte man diese normative Erwägung konsequent um, zögen in der Folge vergleichsweise triviale Datenschutzverstöße eine Verwarnung nach sich, während gravierende Verstöße überhaupt nicht sanktioniert werden (könnten).

²⁶ Zwingend ist dies freilich nicht. Denn die Verwarnung ist konzeptionell für den Adressaten weniger einschneidend als die Geldbuße.

²⁷ § 43 Abs. 3 BDSG-neu schließt Geldbußen gegen Behörden und sonstige öffentliche Stellen ausdrücklich aus.

Dass Art. 83 Abs. 7 DSGVO erst vergleichsweise spät Eingang in den Gesetzgebungsprozess gefunden hat,²⁸ weckt die Vermutung, dass der europäische Gesetzgeber die entstandenen Friktionen unbewusst herbeigeführt hat. Die mangelnde Verzahnung des Art. 83 Abs. 7 DSGVO mit dem Instrument der Verwarnung hat er wohl nicht gesehen. Diesem Wertungswiderspruch lässt sich indes durch eine teleologische Extension des ErwG 148 S. 2 DSGVO begegnen: Bei jedem Datenschutzverstoß einer öffentlichen Stelle – auch bei erheblicher Schwere sowie dann, wenn eine Geldbuße an sich das verhältnismäßige Mittel der Wahl wäre – kann das Instrument der Verwarnung grundsätzlich zur Anwendung kommen. Für die deutschen Behörden entspräche das weitgehend dem Status quo unter dem Bundesdatenschutzgesetz: Auch § 25 BDSG erlaubt eine Beanstandung gegenüber öffentlichen Stellen, ohne dass es auf das Gewicht des Datenschutzverstoßes ankommt. Im Ergebnis darf die Aufsichtsbehörde eine öffentliche Stelle also auch dann verwarnen, wenn der jeweilige Mitgliedstaat es nicht zulässt, gegen sie eine Geldbuße zu verhängen.

Eine solche weite Auslegung des Anwendungsbereichs der Verwarnung verengt freilich prima facie gleichsam durch die Hintertür den Regelungsspielraum, den Art. 83 Abs. 7 DSGVO den Mitgliedstaaten einräumt. Die vermutete Beschränkung entpuppt sich bei näherer Betrachtung jedoch als Chimäre: Das Recht, Behörden eine Geldbuße als Sanktion anzudrohen, bleibt weiterhin dem nationalen Gesetzgeber vorbehalten. Verwarnung und Geldbuße stehen weiter als selbstständige, unterschiedliche Sanktionsinstrumente in einem Stufenverhältnis nebeneinander.

Eine Verwarnung gegenüber Behörden der Mitgliedstaaten auszusprechen, greift nicht tief in die Souveränität der Mitgliedstaaten ein. Ihr Sanktionsgehalt und ihre Eingriffsintensität (als wesensmäßig andere und vorgelagerte Maßnahme) sind deutlich unterhalb der Schwelle der Geldbuße angesiedelt. Dies kann für den Verordnungsgeber ein Motiv dafür gewesen sein, in Art. 58 Abs. 2 lit. b DSGVO (anders als im Falle von Geldbußen) nicht zwischen öffentlichen und privaten Stellen zu differenzieren. Alle Aufsichtsbefugnisse bleiben ausweislich des Wortlauts des Art. 83 Abs. 7 DSGVO neben der Befugnis zur Verhängung einer Geldbuße („unbeschadet der Abhilfebefugnisse der Aufsichtsbehörden gemäß Artikel 58 Absatz 2“) uneingeschränkt bestehen. Für diese eröffnet Art. 58 DSGVO den Mitgliedstaaten keinen normativen Handlungsspielraum.

²⁸ Vgl. zum Gesetzgebungsprozess des Art. 83 Abs. 7 DSGVO *Nguyen*, RDV 2014, 26 (29).

Immerhin handelt es sich bei der Verwarnung aber um eine „andere Sanktion“, für die Art. 84 Abs. 1 DSGVO den Mitgliedstaaten eine Regelungsbefugnis ausdrücklich zugesteht. Die Befugnis zur Verwarnung regelt Art. 58 Abs. 2 lit. b DSGVO insoweit jedoch bereits abschließend. Art. 84 Abs. 1 DSGVO gesteht den Mitgliedstaaten eine Regelungsbefugnis nur für sonstige Sanktionen zu, welche die DSGVO nicht unmittelbar regelt. Mit Blick auf den unionsweiten Harmonisierungsanspruch der DSGVO sind insbesondere Öffnungsklauseln eng auszulegen.

Ohne die Möglichkeit, Behörden zu verwarnen, entstünde planwidrige Lücke im System der datenschutzrechtlichen Handlungsmöglichkeiten, welches die DSGVO angelegt hat. Die besseren Gründe streiten daher dafür, dass die Aufsichtsbehörde gegenüber Behörden eine Verwarnung auch ohne mitgliedstaatlichen Rechtsakt aussprechen darf.

IV. Inhalt und Form der Verwarnung

Welchen konkreten *Inhalt* eine Verwarnung aufweisen muss, sagt die DSGVO nicht. Dem Zweck, den sie dem Instrument zugedacht hat, lässt sich allerdings entnehmen, dass die Aufsichtsbehörde dem Adressaten mitteilen muss, gegen welche Vorgabe der DSGVO er durch welches Verhalten verstoßen hat.²⁹ Soll die Verwarnung den Adressaten dazu motivieren, den Verstoß zu beseitigen (sofern der rechtswidrige Zustand noch andauert), ist es angezeigt, dass die Aufsichtsbehörde dem Adressaten in der Verwarnung Vorschläge unterbreitet, wie er dem Datenschutzverstoß abhelfen oder rechtswidriges Verhalten in Zukunft vermeiden kann.³⁰

Auch zur *Form* der Verwarnung trifft die DSGVO keine Vorgaben.³¹ Die Aufsichtsbehörde kann also prinzipiell auch mündlich verwarnen. Seinem Zweck wird das Instrument in praxi aber regelmäßig nur dann gerecht, wenn die Verwarnung zumindest in dokumentierter Form ergeht.³² Erst dann kann die Aufsichtsbehörde dem Sanktionsadressaten ein ggf. wiederholtes Fehlverhalten beweissicher vorhalten und ist es dem Verantwortlichen in uneingeschränkter

²⁹ Ähnlich in Bezug auf § 25 BDSG *Gola/Klug/Körffler* (Fn. 12), § 25 Rn. 5; *Hullen*, in: Plath (Hrsg.), BDSG/DSGVO, 2. Aufl., 2016, § 25 BDSG Rn. 5; *Schniedermaier*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK DatenschutzR, 18. Ed., 2016, § 25 Rn. 8.

³⁰ So für den Inhalt der Beanstandung nach § 32 DSG M-V *Der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Mecklenburg-Vorpommern*, Gesetz zum Schutz des Bürgers bei der Verarbeitung seiner Daten (Landesdatenschutzgesetz – DSG M-V), https://www.datenschutz-mv.de/datenschutz/rechtsgrundlagen/dsgmv_erl.pdf (22.2.2017), S. 177.

³¹ Anders noch Art. 79 Abs. 3 DSGVO-E(KOM), der von einer „schriftlichen Verwarnung“ sprach.

³² So hinsichtlich der Beanstandung nach § 25 BDSG *Hullen* (Fn. 29), § 25 BDSG Rn. 5.

rechtsklarer Weise möglich, sich mit dem Inhalt der Verwarnung auseinanderzusetzen sowie das eigene Verhalten zu überdenken.

Die DSGVO erlegt der Aufsichtsbehörde *keine Pflicht zur Veröffentlichung* der Verwarnung auf. Ihr ist es – umgekehrt – aber auch nicht versagt, eine ausgesprochene Verwarnung (nach Maßgabe des nationalen Informationsrechts) auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung Dritten bekannt zu machen (vgl. Art. 58 Abs. 4 DSGVO „gemäß dem Unionsrecht und dem Recht der Mitgliedstaaten“). In einzelnen Fällen kann eine Veröffentlichung unter Verbraucherschutzgesichtspunkten sogar sinnvoll sein. Die Aufsichtsbehörde kann dadurch nicht nur den spezialpräventiven, sondern auch den generalpräventiven Charakter der Verwarnung zur Geltung bringen.

Veröffentlicht die Aufsichtsbehörde die Verwarnung einer nicht-öffentlichen Stelle, kann das zugleich die Reputation des betroffenen Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiter nachhaltig belasten. Da die aufsichtsbehördliche Bekanntmachung der Verwarnung als staatliches Informationshandeln zu qualifizieren ist, muss sich ihre Veröffentlichungspraxis an den hierzu entwickelten grundrechtlichen Maßstäben messen lassen.³³

V. Rechtsfolgeausspruch und Wirkungen der Verwarnung

Eine die Entschließungsfreiheit verbindlich steuernde Vorgabe, auf jeden Datenschutzverstoß mit einer Verwarnung zu reagieren, statuiert Art. 58 Abs. 2 lit. b) DSGVO nicht. Ob die Aufsichtsbehörde eine Verwarnung ausspricht, steht vielmehr in ihrem pflichtgemäßen Ermessen.³⁴ Der europäische Gesetzgeber überlässt es – im Rahmen der äußeren Ermessensgrenzen (etwa des Gebots der Gleichbehandlung) – ihrem Fingerspitzengefühl, darüber zu befinden, ob sie im Einzelfall überhaupt eine Sanktion verfügen will.

Die Verwarnung wirkt wie ein förmlicher Tadel, mit dessen Hilfe die Aufsichtsbehörde den Adressaten zur Beseitigung des Verstoßes anhalten und ihn dazu bewegen will, einen solchen in Zukunft nicht mehr zu begehen. Eine unmittelbar negative Auswirkung auf den

³³ Ausführlich bspw. *Martini/Kühl*, DÖV 2013, 573 ff.; *Kühl*, Staatlich finanzierte Bewertungsportale Privater – Lebensmittelklarheit.de aus lebensmittel- und verfassungsrechtlicher Perspektive, 2017, S. 125 ff.

³⁴ Auch bei der derzeitigen Befugnis der Aufsichtsbehörde, eine Beanstandung auszusprechen, handelt es sich um eine Ermessensentscheidung, *Gola/Klug/Körffer* (Fn. 12), § 25 Rn. 3; *Hullen* (Fn. 29), § 25 BDSG Rn. 3.

Adressaten³⁵ zeitigt sie aber nicht. In Anbetracht dessen kann man am Regelungscharakter³⁶ der Verwarnung und damit an ihrer Verwaltungsaktqualität zweifeln.³⁷ Auf eine bloße Realfolge beschränkt sich ihre Wirkung jedoch nicht. Vielmehr trifft sie eine rechtsverbindliche Feststellung des Verstoßes gegen datenschutzrechtliche Vorschriften. Die Aufsichtsbehörde legt sich mit der Verwarnung inhaltlich dahin fest, dass der Adressat Vorschriften der DSGVO nicht eingehalten hat: Es handelt sich um mehr als eine zwar verlautbarte, aber unverbindliche Einschätzung der Aufsichtsbehörde. Die Verwarnung ist nach ihrem Erklärungsgehalt darauf gerichtet, eine verbindliche missbilligende Feststellung zu treffen; sie ist ein feststellender Verwaltungsakt.³⁸

Nur ein solches Verständnis wird der von der Verordnung intendierten Einordnung der Verwarnung als Sanktion gerecht. Das wird auch vor dem Hintergrund der Kontrastfolie der Warnung des Art. 58 Abs. 2 lit. a DSGVO deutlich: Sie erschöpft sich – anders als die Verwarnung – in einem bloßen Hinweis der Aufsichtsbehörde auf noch unsicherer Tatsachengrundlage und einer prognostischen Einschätzung („voraussichtlich“); ein Verstoß, der festgestellt werden könnte, liegt gerade (noch) nicht vor.

Verwaltungsprozessual bedeutet das, dass Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter sich mit der Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO) gegen die Verwarnung der Aufsichtsbehörde zur Wehr setzen können.

VI. Fazit

Das hybride Sanktionsinstrument des Art. 58 Abs. 2 lit. b DSGVO eröffnet den Aufsichtsbehörden aller Mitgliedstaaten unmittelbar die Möglichkeit, Verantwortliche bzw. Auftragsverarbeiter bei einem Datenschutzverstoß zu verwarnen. Anders als im Falle der

³⁵ Anders verhält es sich im Falle einer Veröffentlichung der Verwarnung sowie dann, wenn die Aufsichtsbehörde bei späteren Verstößen die Verwarnung zur Grundlage eines Verhaltensvorwurfs im Rahmen einer Geldbuße macht.

³⁶ Ausführlich zu diesem Merkmal eines Verwaltungsakts bspw. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011, § 9 Rn. 6 ff.; *Ruffert*, Verwaltungsakt, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2016, S. 646, § 21 Rn. 24 ff.

³⁷ Die Beanstandung i. S. d. § 25 BDSG qualifiziert die Rechtsprechung nicht als Verwaltungsakt, BVerwG, Beschl. v. 5.2.1992 – 7 B 15/92, NVwZ-RR 1992, 371; OVG Sachsen, Urt. v. 21.6.2011 – 3 A 224/10, NVwZ-RR 2011, 980 (981).

³⁸ So für den spiegelbildlichen Fall der Feststellung der Rechtmäßigkeit *Pietzcker*, in: Schoch/Schneider/Bier (Hrsg.), VwGO, 17. Erg.-Lfg. (Juni 2016), § 42 Abs. 1 Rn. 26 mit Verweis auf VGH Baden-Württemberg, Urt. v. 1.4.1992 – 6 S 2203/90, NVwZ-RR 1993, 416.

sonstigen Sanktionsformen der DSGVO darf die Aufsichtsbehörde eine Verwarnung auch gegenüber öffentlichen Stellen aussprechen. Art. 58 Abs. 2 lit. b DSGVO gesteht den Mitgliedstaaten insoweit weder ausdrücklich noch verdeckt eine Öffnungsklausel zu. Der Kabinettsentwurf der Bundesregierung tut also gut daran, die Verwarnung nicht selbst zu regeln.