

## Das neue Sanktionsregime der DSGVO – ein scharfes Schwert ohne legislativen Feinschliff

- Teil 2 -

*Prof. Dr. Mario Martini, David Wagner und Michael Wenzel\**

<b>I. »Andere Sanktionen« (Art. 84 Abs. 1 DSGVO): Grenzen der nationalen Regelungsbefugnis für Geldbußentatbestände</b>	<b>2</b>
<b>1. Verhältnis des Art. 83 DSGVO zu Art. 84 DSGVO</b>	<b>3</b>
a) Enges Verständnis: »andere Sanktionen als die Geldbuße« – Systematik und Wortlaut	3
b) Weites Verständnis: »weitere Sanktionen (einschließlich Geldbußen)« – EG 152 DSGVO	4
c) Art. 83 und 84 DSGVO als ein System kommunizierender Röhren	5
<b>2. Bußgeldbefugnis des nationalen Gesetzgebers jenseits des Verantwortlichen und Auftragsverarbeiters?</b>	<b>6</b>
a) Sanktionierung der Randfiguren der Verarbeitung?	7
aa) Mitarbeiter	8
(1) Sanktionierung des Mitarbeiters als Nicht-Verantwortlicher?	8
(2) Sanktionierung als Verantwortlicher: der »Mitarbeiterexzess«	10
(3) Zwischenergebnis	11
bb) Datenschutzbeauftragter	11
cc) Vertreter (Art. 27 DSGVO)	12
(1) Materiell-rechtliche Pflichtenstellung	12
(2) Bußgeldbefugnis?	13
b) Ausgestaltung(-soptionen) des nationalen Gesetzgebers	13
aa) Gestaltungsgrenzen des nationalen Gesetzgebers (Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO)	14
(1) Bindung an das Pflichtenregime der DSGVO	14
(2) Ausstrahlungswirkung des Art. 83 DSGVO: Harmonisierung auch hinsichtlich sonstiger Akteure?	14
(a) Mitgliedstaatliche Geldbußen als Instrument der Lückenfüllung?	15
(b) Normsystematische Grenzen	15
bb) Die Regelungen des BDSG-neu	16
(1) § 130 OWiG – Verletzung der Aufsichtspflicht	16
(a) Anwendbarkeit	16
(b) Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht	17
(2) § 9 OWiG – Leitungsverantwortung	18
(3) § 14 OWiG – Beihilfe und Anstiftung?	18

(a) Nationaler Normbefund	18
(b) Unionsrechtlicher Spielraum?	19
(4) § 8 OWiG – Täterschaft durch Unterlassen	20
<b>3. (Unbewusste) Lücken des Art. 83 DSGVO hinsichtlich Verantwortlichem und Auftragsverarbeiter?</b>	<b>21</b>
<b>4. Bußgeldbefugnis der Mitgliedstaaten für Verstöße gegen Öffnungsklausel-Regelungen des nationalen Rechts kraft Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO?</b>	<b>23</b>
a) EG 149 Satz 1 DSGVO	23
b) Art. 83 Abs. 5 lit. d DSGVO	24
aa) Art. 84 DSGVO als Anknüpfungspunkt einer nationalen Regelungsbefugnis?	25
bb) Sperrwirkung des Art. 83 DSGVO?	25
(1) Verarbeitungserlaubnis (insbesondere Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c und e DSGVO)	26
(2) Ausnahmen von Pflichten sowie Konkretisierungsermächtigungen	26
(3) Pflichtenergänzungen und selbstständige nationale Pflichten	27
c) Regelungen des BDSG	29
d) Regelungen der Landesdatenschutzgesetze	29
<b>II. Die Strafvorschriften des BDSG-neu</b>	<b>31</b>
<b>1. Verhältnis zwischen § 42 Abs. 1 BDSG-neu und § 42 Abs. 2 BDSG-neu</b>	<b>32</b>
<b>2. § 42 Abs. 2 BDSG-neu</b>	<b>32</b>
a) Tatbestand	32
b) Rechtsfolge	33
<b>3. § 42 Abs. 1 BDSG-neu</b>	<b>33</b>
a) Tatbestand	33
b) Rechtsfolge	34
<b>4. Täterkreis des § 42 BDSG-neu</b>	<b>34</b>
<b>III. Art. 82 DSGVO: Schadenersatz als Sanktion?</b>	<b>37</b>
<b>IV. Fazit</b>	<b>39</b>

## I. »Andere Sanktionen« (Art. 84 Abs. 1 DSGVO): Grenzen der nationalen Regelungsbefugnis für Geldbußentatbestände

Sanktionen müssen wirken wie bittere Medizin. Diesem Leitbild verschreibt die DSGVO ihr neues Sanktionsregime: Sie verordnet dem Datenschutzrecht abschreckende, aber zugleich verhältnismäßige und wirksame Reaktionen auf datenschutzrechtliche Pflichtverstöße.

Seine sanktionsrechtliche Therapie versteht der Unionsgesetzgeber als Zeichen gewachsener Stärke des Datenschutzrechts und der besonderen Anfälligkeit der informationellen Selbstbestimmung im digitalen Kosmos: Unter den Bedingungen ubiquitärer Datenverarbeitung sind die Abwehrkräfte der Rechtsordnung zum Schutz der Privatsphäre stärker denn je gefordert. Denn Verletzungen finden häufig im Verborgenen statt; in den Tiefen

nach außen abgeschirmter, globaler Serverstrukturen sind sie nicht immer leicht diagnostizierbar und daher nicht immer wirksam verfolgbar, können aber (gerade auch deshalb) tiefe Wunden schlagen. Zwischen Normbefehl und Anwendungsrealität klafft oftmals eine schmerzhaftige Lücke.

Der Unionsgesetzgeber gibt den Aufsichtsbehörden daher in Art. 83 DSGVO ein scharfes Operationsbesteck mit ausdifferenzierten *Geldbußentatbeständen* an die Hand (dazu Teil 1 des Beitrages VerwArch 2018, S. 163 ff.). Zusätzlich gewährt die sanktionsrechtliche Öffnungsklausel des Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO den Mitgliedstaaten gleichzeitig Regelungsbefugnisse für »andere Sanktionen«, um Datenverarbeiter vor Datenschutzverstößen abzuschrecken und begangenes Unrecht zu ahnden.

Die normativen Wechselwirkungen der Art. 83 und 84 DSGVO lassen ihre Adressaten mit einem Rätsel zurück: Welche »andere[n] Sanktionen für Verstöße gegen diese Verordnung« die Mitgliedstaaten gestützt auf Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO etablieren können, behält die DSGVO in lakonischer Würde für sich. In geheimnisvolles Schweigen hüllt sie sich insbesondere sub specie der Frage, ob auch Geldbußen »andere Sanktionen« im Sinne des Art. 84 DSGVO sein können, welche die Mitgliedstaaten Datenschutzsündern als Rosskur verschreiben dürfen. Die »Gretchenfrage« des Sanktionsrechts nach der konkreten Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten beantwortet der Unionsgesetzgeber nicht klar.

## 1. Verhältnis des Art. 83 DSGVO zu Art. 84 DSGVO

### a) Enges Verständnis: »andere Sanktionen als die Geldbuße« – Systematik und Wortlaut

In der Zusammenschau mit Art. 83 DSGVO liest sich Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO als strikt limitierte Sanktionskompetenz des nationalen Gesetzgebers: »Andere Sanktionen« meint bei unbefangener semantischer Analyse nur solche Sanktionstypen, die sich in ihrer Rechtsnatur von der Geldbuße unterscheiden. Denn unter der Überschrift »Allgemeine Bedingungen für die Verhängung von Geldbußen« hat die Union die Sanktionsform der Geldbuße in Art. 83 DSGVO einer grundsätzlich abschließenden Regelung zugeführt. Der Regelungsumfang und die Regelungsichte der Norm deuten jedenfalls auf ein Ausschließlichkeitsverhältnis der Sanktionsformen hin: Sie zählt detailliert Verstöße gegen einzelne Ordnungsbestimmungen auf, die eine Geldbuße nach sich ziehen, und gibt den Aufsichtsbehörden präzise Vorgaben an die Hand, nach welchen Maßstäben sie eine solche Sanktion verhängen sollen.

Nicht zuletzt stellt die Wendung »Vorschriften über andere Sanktionen« (engl.: »on other penalties«) des Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO selbst einen Rückbezug zu Art. 83 DSGVO her, der die Geldbuße aus dem Kreis derjenigen Sanktionen auszunehmen scheint, welche die

Mitgliedstaaten gestützt auf Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO kraft eigenen Gestaltungsspielraums implementieren dürfen.<sup>1</sup>

Ermächtigt Art. 84 DSGVO die Mitgliedstaaten lediglich dazu, *andere Sanktionen als die Geldbuße* zu regeln, stellt das letztlich auch einen normativen Gleichklang mit den Aussagen des EG 149 DSGVO her. Der Erwägungsgrund kehrt heraus, dass Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO die Mitgliedstaaten vor allem dazu ermächtigt, *strafrechtliche* Sanktionsnormen zu implementieren. Sie bilden dann das normative Epizentrum der Öffnungsklausel.

b) Weites Verständnis: »weitere Sanktionen (einschließlich Geldbußen)« – EG 152 DSGVO

»Ausgemachte Sache« ist ein enges Verständnis des Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO keineswegs. Die weite amtliche Überschrift »Sanktionen« deutet darauf hin, dass die mitgliedstaatliche Sanktionsbefugnis sich nicht auf *bestimmte Sanktionsformen* beschränken soll. Sie impliziert grundsätzlich etwa auch die Möglichkeit, als Teil der Unterkategorie »verwaltungsrechtliche Sanktionen« eigene Geldbußentatbestände zu erlassen.<sup>2</sup>

Jedenfalls versagt der Unionsgesetzgeber den Mitgliedstaaten nicht *expressis verbis*, solche Normen aus der Taufe zu heben. Er belässt ihnen vielmehr die Freiheit, nationale Regelungen »insbesondere für Verstöße, die keiner Geldbuße gemäß Art. 83 unterliegen« zu erlassen. Das insinuiert, dass dort, wo die Union keine Geldbußen geregelt hat, die Regelungsbefugnis des nationalen Gesetzgebers nicht präkludiert ist. Wo die DSGVO schweigt, legt sie in dieser Lesart dem nationalen Gesetzgeber also keinen regulatorischen Maulkorb an.

In diese Richtung weist – jedenfalls isoliert betrachtet – auch die Aussage des EG 152 DSGVO: Die Mitgliedstaaten dürfen eigene verwaltungsrechtliche Sanktionen erlassen, *soweit* die Verordnung sie nicht harmonisiert (Satz 1 Alt. 1) oder »wenn es in anderen Fällen – bspw. bei schweren Verstößen gegen die DSGVO – *erforderlich* ist«<sup>3</sup> (Satz 1 Alt. 2). Der Unionsgesetzgeber stellt es dem nationalen Gesetzgeber sogar frei, eigene Sanktionen nach seinem Willen entweder verwaltungs- oder strafrechtlich auszugestalten (EG 152 Satz 2 DSGVO). Konsequenter weitergedacht, müsste die Ausgestaltungsfreiheit dann im Grundsatz auch die Geldbuße einschließen, selbst wenn der Unionsgesetzgeber sie in EG 152 DSGVO nicht explizit erwähnt.<sup>4</sup>

---

\* *Mario Martini* ist Lehrstuhlinhaber an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer und Leiter des Programmbereichs »Digitalisierung« am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung. *David Wagner* und *Michael Wenzel* sind dort Forschungsreferenten. Die Autoren danken Herrn *Michael Kolain* für seine sehr gute inhaltliche Unterstützung.

<sup>1</sup> Vgl. bereits *Kühling/Martini et al.*, Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 280 f.

<sup>2</sup> Hierfür etwa *Feldmann*, in: Gierschmann/Schlender/Stenzel et al. (Hrsg.), DSGVO, 2018, Art. 83 Rdnr. 10.

<sup>3</sup> Hervorhebung d. Verf.

<sup>4</sup> Interpretiert man EG 152 Satz 1 DSGVO aus deutscher Warte, so scheint er nationale Regelungen zu Geldbußen förmlich zu intendieren. Als verwaltungsrechtliche Sanktion greift das deutsche Recht nämlich vornehmlich auf die Geldbuße zurück. Für die Interpretation der DSGVO ist jedoch nicht das nationale, sondern allein das unionale Vorverständnis maßgeblich. Die unionsrechtliche Dogmatik kennt neben der Geldbuße noch weitere verwaltungsrechtliche Sanktionen, etwa die Strafkautions, die Versagung oder Aussetzung künftiger Vorteile oder

Nimmt man diesen EG beim Wort, dürfen die Mitgliedstaaten – gestützt auf Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO – mithin auch eigene Geldbußentatbestände erlassen, soweit sie dadurch das Ziel des Art. 83 DSGVO nicht konterkarieren, die Geldbußen zu harmonisieren.<sup>5</sup> Die Wendung »andere Sanktionen« im Sinne des Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO steht in diesem Lichte als Chiffre für »weitere Sanktionen (einschließlich Geldbußen)«. Das Sanktionsregime der DSGVO erschöpfte sich folglich darin, einen Grundstock gemeinsamer Vorschriften zu etablieren, dessen Lücken die Mitgliedstaaten in Eigenregie auffüllen dürfen.

Die unionsrechtlichen Sanktionsregeln mit einem hohen Grad an normativer Anpassungsfähigkeit auszustatten und den Mitgliedstaaten bei neu auftretenden Sanktionsbedürfnissen nicht gänzlich die Hände zu binden, entspricht auch einem einleuchtenden rechtspraktischen Bedürfnis: Müsste der nationale Gesetzgeber stets die Füße stillhalten, bis ein erneuter unionsweiter Konsens gefunden ist, um die Grundverordnung zu reformieren, drohten mitunter Vollzugsprobleme und normative Graubereiche.<sup>6</sup> Die dynamische Marktentwicklung im Bereich der Datenwirtschaft liefe Gefahr, das geltende Datenschutzrecht zu überholen oder gar zu überrollen, wenn die Union auf neue Problemlagen und identifizierte Regelungslücken nur träge reagieren könnte.<sup>7</sup>

Eine Grenze setzt Art. 83 DSGVO den Mitgliedstaaten bei diesem Grundverständnis lediglich (aber immerhin) in einer Hinsicht: Sie dürfen keine Sanktionen für Verstöße gegen das Datenschutzregime der DSGVO vorsehen, die bereits einer »Geldbuße gemäß Artikel 83 unterliegen« (Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO). Verstellt wäre ihnen also allein die Möglichkeit, Geldbußentatbestände für all diejenigen Verstöße zu schaffen, die Art. 83 DSGVO *explizit* regelt.

---

#### c) Art. 83 und 84 DSGVO als ein System kommunizierender Röhren

So sehr eine weite Deutung des Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO *prima vista* überzeugt, so problematisch erweist sie sich unter dem analytischen Mikroskop: Art. 83 DSGVO zielt nach seinem inneren Anspruch darauf ab, die Sanktionsform der Geldbuße unionsweit grundsätzlich vollständig zu harmonisieren. Dass die Vorschrift zu bestimmten Geldbußendrohungen – etwa

---

aber auch direkte Rechtsverluste; vgl. *Holländer*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK DatenschutzR, 24. Ed. (Stand: 1.5.2018), Art. 84 DSGVO Rdnr. 3 m.w.N.

<sup>5</sup> Vgl. etwa auch *Bergt*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 84 DSGVO Rdnr. 8; *Feldmann* (Fußn. 2), Art. 84 Rdnr. 13; *Holländer* (Fußn. 4), Art. 84 DSGVO Rdnr. 4; *Nemitz*, in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), DSGVO, 2017, Art. 84 Rdnr. 6; restriktiver *Kühling/Martini et al.* (Fußn. 1), S. 280 ff.; unter Verweis hierauf auch *Golla*, in: Eßer/Kramer/von Lewinski (Hrsg.), DSGVO, 6. Aufl. 2018, Art. 84 Rdnr. 2; *Schwartmann/Jacquemain*, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2018, Art. 84 Rdnr. 7; zurückhaltend auch *Popp*, in: Sydow (Hrsg.), DSGVO, 2017, Art. 84 Rdnr. 3.

<sup>6</sup> Zwar verfügt der Europäische Datenschutzausschuss über die Kompetenz, Leitlinien für die Festsetzung von Geldbußen zu erlassen (Art. 70 Abs. 1 lit. k DSGVO). Der Ausschuss kann mit ihrer Hilfe aber nur die Auslegung des Art. 83 DSGVO im Rahmen des geltenden Rechts vereinheitlichen, nicht demgegenüber neue gesetzgeberische Impulse setzen.

<sup>7</sup> Die Steuerungswirkung, welche der nationale Gesetzgeber allein durch neue Sanktionsnormen entfalten kann, ist aber zum einen ohnedies begrenzt: Sanktionen knüpfen immer an einen Verstoß gegen eine Pflicht auf Primärebene an. Zum anderen impliziert ein Regelungsbedürfnis der Mitgliedstaaten nicht notwendig ihre Regelungskompetenz. Diese kann ebenso der Union zukommen.

zur Tatbegehung durch Unterlassen – schweigt, kann sich daher auch als planvolle Nichtregelung entpuppen, die in negativer Hinsicht harmonisierend wirkt, es den Mitgliedstaaten also versagt, eigene Geldbußenvorschriften zu schaffen.

Die scheinbar weite kryptische mitgliedstaatliche Regelungsermächtigung, die der Unionsgesetzgeber »insbesondere für Verstöße, die keiner Geldbuße gemäß Artikel 83 unterliegen« erteilt, liest sich in diesem Lichte nicht als mitgliedstaatliche Kompetenz, eigene Bußgeldtatbestände zu schaffen. Sie versteht sich vielmehr als Gebot, bußgeldferne mitgliedstaatliche Sanktionstypen – insbesondere mit Blick auf das Verbot der Doppelsanktionierung im Mehrebenensystem – (gleichsam in einem System kommunizierender Röhren) auf die Geldbußen der Union abzustimmen: Sie soll verhindern, dass Verstöße gegen das Datenschutzregime der DSGVO jeweils auf unionaler und nationaler Ebene Sanktionsfolgen auslösen, die in ihrem Zusammenspiel das Fass der Sanktionen in unverhältnismäßiger Weise zum Überlaufen bringen (vgl. Art. 49 Abs. 3 GRCh). Dort, wo die Union keine Geldbußen vorsieht, genießt der Mitgliedstaat also die größte Regelungsfreiheit für »andere Sanktionen«. Soweit die Union bereits selbst Geldbußen verhängt, unterliegen die Mitgliedstaaten bei ihren daneben tretenden geldbußenfernen Sanktionsdrohungen demgegenüber engeren Bindungen (vgl. auch EG 149 Satz 3 DSGVO).

Harmonisiert Art. 83 DSGVO die Tatbestände für Geldbußen im Grundsatz, muss das nationale Vorschriften aber nicht notwendig kategorisch ausschließen. Drei Konstellationen sind konstruktiv denkbar, in denen Art. 83 DSGVO den Mitgliedstaaten womöglich ausnahmsweise dafür Raum belässt und ein rechtspolitisches Bedürfnis bestehen kann, eigene Geldbußentatbestände aus der Taufe zu heben: Fälle, in denen ein anderer Akteur als der Verantwortliche bzw. Auftragsverarbeiter rechtswidrig handelt (2.), materiell-rechtliche Pflichtverstöße des Verantwortlichen bzw. des Auftragsverarbeiters, die Art. 83 Abs. 4 und 5 DSGVO infolge einer unbeabsichtigten unionalen Regelungslücke nicht adressieren (3.), sowie Verstöße gegen die Vorgaben nationaler Vorschriften, die auf Öffnungsklauseln fußen (4).

## 2. Bußgeldbefugnis des nationalen Gesetzgebers jenseits des Verantwortlichen und Auftragsverarbeiters?

Die Geldbußentatbestände des Art. 83 DSGVO richten sich im Kern auf Pflichtverstöße des Verantwortlichen und des Auftragsverarbeiters aus.<sup>8</sup> Das entspricht der generellen

---

<sup>8</sup> Verantwortlicher bzw. Auftragsverarbeiter kann nicht nur eine natürliche, sondern auch eine juristische Person sein (vgl. Art. 4 Nr. 7 und 8 DSGVO). Während natürliche Personen ihren Pflichten selbst nachkommen können, handeln für juristische Personen ihre Organe und Mitarbeiter. Deren Verhalten müssen sich juristische Personen zurechnen lassen und dafür einstehen. Die DSGVO etabliert damit ein *Verbandssanktionsrecht*. Sie adressiert die (auftrags-)verarbeitende Stelle grundsätzlich als monolithische Einheit: Sanktionsrechtliches Haftungssubjekt ist ausschließlich der Verband (also das Unternehmen oder die Behörde). Dabei lässt sich der Normgeber von der Erwägung leiten, dass Unternehmen von den Handlungen ihrer Beschäftigten wirtschaftlich profitieren und deswegen grundsätzlich auch die Verantwortung für deren Fehlverhalten tragen sollen.

Der Weg, den die DSGVO einschlägt, ist aus Sicht des deutschen Rechts durchaus bemerkenswert. Dem deutschen Kriminalstrafrecht ist (bislang) die Vorstellung prinzipiell fremd, Verbände als solche zu sanktionieren: Es gründet



Regelungslogik der DSGVO: Ihr datenschutzrechtliches Fadenkreuz nimmt grundsätzlich (nur) diejenigen ins Visier, die den Verarbeitungsprozess als Zentralfiguren steuern und wirtschaftlich von ihm profitieren.

Die DSGVO begnügt sich aber nicht damit, allein den Verantwortlichen und den Auftragsverarbeiter mit einer Geldbuße zu bedrohen: Sie adressiert daneben auch Zertifizierungs- (Art. 83 Abs. 4 lit. b DSGVO) und Überwachungsstellen (Art. 83 Abs. 4 lit. c DSGVO). Demgegenüber erfasst Art. 83 DSGVO weder die Beschäftigten des Verantwortlichen bzw. des Auftragsverarbeiters (Art. 29 DSGVO), den Datenschutzbeauftragten (Art. 37 DSGVO) noch den Vertreter (Art. 27 DSGVO) ausdrücklich.

---

#### a) Sanktionierung der Randfiguren der Verarbeitung?

Enthält sich die DSGVO einer Aussage zur Bebußung der Nebenfiguren der Verarbeitung, kann das den Mitgliedstaaten womöglich den Weg ebnen, via Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO<sup>9</sup> selbst darüber zu entscheiden, ob sie Geldbußentatbestände etablieren wollen. Äußert sich in einem Schweigen der DSGVO demgegenüber der Wille des Unionsgesetzgebers, einzelne Mitarbeiter, Datenschutzbeauftragte und den Vertreter bewusst keinen Geldbußen auszusetzen, ist es auch den Mitgliedstaaten versagt, sie zu Adressaten einer Geldbuße zu erklären.

---

Strafe auf die persönliche Verantwortung des Handelnden. Schuld als zwingende Voraussetzung der Strafbarkeit ist nach hergebrachter Dogmatik natürlichen Personen vorbehalten (vgl. BVerfG, Beschluss vom 25.10.1966, BVerfGE 20, 323 (331); *Freund*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), MüKo-StGB, 3. Aufl. 2017, Vor § 13 StGB Rdnr. 237 f.). Auch das Ordnungswidrigkeitenrecht knüpft seine Sanktionen stets unmittelbar an das Verhalten einer natürlichen Person. Das gilt letztlich auch für § 30 OWiG: Er gestattet Behörden zwar, eine Geldbuße gegen einen Verband zu erlassen; die Vorschrift rekurriert aber auf das schuldhaftes Fehlverhalten einer natürlichen Person, das sich anschließend der Verband zugerechnen lassen muss (vgl. *Rogall*, in: Mitsch (Hrsg.), KK-OWiG, 5. Aufl. 2018, § 30 Rdnr. 1 ff., insbesondere Rdnr. 8). Mit dieser deutschen Rechtstradition bricht die DSGVO insoweit. Wo § 30 OWiG nur eine Einstandspflicht des Verbands auf der Rechtsfolgenseite kennt, integriert das Unionsrecht sie nunmehr in den Tatbestand. Dadurch sanktioniert die DSGVO Verstöße, die das Produkt des Verhaltens natürlicher Personen sind – als Verstöße der ihnen übergeordneten juristischen Personen, Unternehmen oder Behörden – allein gegenüber den Verbänden (kritisch zur Sachgerechtigkeit des § 30 OWiG im Datenschutzrecht auch *Bergt* (Fußn. 5), § 41 BDSG Rdnr. 7).

Das nationale Sanktionsrecht ist derzeit im Begriff, sich stärker einem Verbandssanktionsrecht anzunähern. Der Koalitionsvertrag der Großen Koalition kündigt entsprechende Regelungsinitiativen an; vgl. *CDU, CSU und SPD*, Ein neuer Aufbruch für Europa - Eine neue Dynamik für Deutschland - Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, 2018, S. 126 (Zeile 5895 ff.). Er lässt sich in Teilen von dem Kölner Entwurf zur Einführung eines Verbandssanktionsrechts inspirieren (KEV; *Henssler/Hoven et al.*, Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes, 2017, S. 13 ff.). Dieser folgt allerdings nicht dem Modell der DSGVO, sondern schlägt ein dem § 30 OWiG vergleichbares Zurechnungsmodell vor (vgl. § 3 KEV). Er knüpft an eine Verfehlung des Verbands zugleich deutlich höhere Sanktionen als bisher (bis zu 15 % des durchschnittlichen Umsatzes der letzten drei Geschäftsjahre, § 4 KEV) und sieht eine Ermittlungspflicht der Staatsanwaltschaft vor (§ 13 KEV; die Verfolgung eines Verbands überantwortet § 30 OWiG derzeit dem pflichtgemäßen Ermessen der Verfolgungsbehörde, § 47 Abs. 1 OWiG).

<sup>9</sup> Sub specie der Mitarbeiter öffentlicher Stellen erwächst eine Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten nicht aus Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO, sondern allenfalls aus der Öffnungsklausel des Art. 83 Abs. 7 DSGVO; siehe dazu I. 4. d).

---

## aa) Mitarbeiter

Mitarbeiter datenverarbeitender Unternehmen treten im Verordnungstext nur eingeschränkt in Erscheinung. Art. 88 DSGVO adressiert sie zwar umfänglich: Er gesteht den Mitgliedstaaten zu, die Verarbeitung im Beschäftigungskontext normativ zu spezifizieren. Allerdings hat die Norm nach dem Willen des Unionsgesetzgebers ausschließlich die Verarbeitung personenbezogener Daten *von* Beschäftigten, nicht *durch* Beschäftigte zum Gegenstand (EG 155 Satz 1 DSGVO), greift also nicht in Konstellationen, in denen Mitarbeiter die personenbezogenen Daten *Dritter* verarbeiten.

Eine eigenständige materielle Pflicht bürdet allein Art. 29 DSGVO den Mitarbeitern auf: Sie dürfen Daten grundsätzlich<sup>10</sup> nur auf Weisung des Verantwortlichen verarbeiten. Die Vorschrift stellt damit sicher, dass der Verantwortliche stets die vollumfängliche Herrschaft über den Verarbeitungsvorgang in seiner Hand behält.<sup>11</sup>

### (1) Sanktionierung des Mitarbeiters als Nicht-Verantwortlicher?

Einen Verstoß gegen Art. 29 DSGVO kann die Datenschutzaufsichtsbehörde zwar bußgeldrechtlich ahnden (Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO). Als taugliche Sanktionsadressaten stuft die Vorschrift aber nicht die Mitarbeiter selbst ein.<sup>12</sup> Vielmehr beschränkt sie ihren Sanktionsanspruch *expressis verbis* auf Pflichtverstöße »der Verantwortlichen und der Auftragsverarbeiter«: Diese müssen sich das datenschutzrechtliche Fehlverhalten ihrer Beschäftigten zurechnen lassen und sanktionsrechtlich dafür einstehen.<sup>13</sup>

Auch kein anderer Tatbestand des Art. 83 DSGVO macht den Weg dafür frei, den Mitarbeiter selbst zu sanktionieren. Zwar zeigt sich der Wortlaut der *Art. 83 Abs. 5 und 6 DSGVO* prinzipiell für andere Tatsubjekte als den Verantwortlichen und den Auftragsverarbeiter offen: Er spezifiziert nicht ausdrücklich, welchem Akteur die bußgeldbewährten Pflichten obliegen – und folgt damit einer anderen Regelungslogik als Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO. Die sanktionsbewehrten Verordnungsbestimmungen, auf die Art. 83 Abs. 5 DSGVO rekurriert, tragen aber ausschließlich dem Verantwortlichen und dem Auftragsverarbeiter Pflichten auf.

---

<sup>10</sup> Ohne Weisung dürfen sie Daten nur verarbeiten, wenn »sie nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten zur Verarbeitung verpflichtet sind«, Art. 29 Hs. 2 DSGVO.

<sup>11</sup> Vgl. ausführlicher *Hartung*, in: Kühling/Buchner (Fußn. 5), Art. 29 DSGVO Rdnr. 5 f.; *Martini*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 29 DSGVO Rdnr. 5 f.

<sup>12</sup> So auch *Bergt* (Fußn. 5), Art. 83 DSGVO Rdnr. 25; *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr (Fußn. 5), Art. 29 Rdnr. 7; implizit auch *Kramer*, in: Gierschmann/Schlender/Stenzel et al. (Fußn. 2), Art. 29 Rdnr. 27.

<sup>13</sup> Vgl. *Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht*, EU-Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO), [https://www.lida.bayern.de/media/baylda\\_ds-gvo\\_7\\_sanctions.pdf](https://www.lida.bayern.de/media/baylda_ds-gvo_7_sanctions.pdf) (26.1.2018), S. 2; siehe auch bereits oben Fußn. 8. Eine Sanktion des Verantwortlichen wegen eines Verstoßes gegen Art. 29 DSGVO kommt im Ergebnis gleichwohl nicht in Betracht: Die Norm erlegt ausschließlich dem »Auftragsverarbeiter und jede[r] dem Verantwortlichen oder dem Auftragsverarbeiter unterstellte[n] Person« Pflichten auf. Sub specie des *Verantwortlichen* läuft ihre Aufnahme in den Katalog des Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO daher im Ergebnis leer. Etwaige Überwachungspflichten des Verantwortlichen (die Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO mit einem Bußgeld bedroht) statuiert die DSGVO aber in Art. 25 und 32 DSGVO (vgl. dazu auch Fußn. 22).



Ähnliches gilt auch für Art. 83 Abs. 6 DSGVO, der an einen Verstoß gegen eine aufsichtsbehördliche Anweisung anknüpft. Eine Anweisung der Aufsichtsbehörde im Sinne des Art. 58 Abs. 2 DSGVO adressiert nämlich grundsätzlich nur den Verantwortlichen und den Auftragsverarbeiter – das zeigt der tatbestandliche Zuschnitt der einzelnen aufsichtsbehördlichen Befugnisse.<sup>14</sup> Dass Art. 83 Abs. 5 und 6 DSGVO die tauglichen Tatsubjekte auf Verantwortliche und Auftragsverarbeiter limitieren, ergibt sich im Ergebnis also mittelbar daraus, dass sich die Geldbußentatbestände allein auf Verstöße gegen Vorschriften beziehen, die nur die Zentralfiguren der Verarbeitung adressieren.<sup>15</sup> Auch eine Verwarnung im Sinne des Art. 58 Abs. 2 lit. b DSGVO scheidet als Sanktion gegen Mitarbeiter aus. Denn sie adressiert ebenfalls nur »einen Verantwortlichen oder einen Auftragsverarbeiter«.

Der Beschäftigte ist auch nicht generell dazu verpflichtet, die Weisung seines Arbeitgebers im Detail daraufhin zu prüfen, ob sie ihm tatsächlich ein rechtmäßiges Handeln abverlangt.<sup>16</sup> Regelmäßig wird er dazu faktisch ohnehin nur sehr eingeschränkt in der Lage sein. Denn er überblickt typischerweise nicht sämtliche Geschehensabläufe, die für eine verlässliche Rechtmäßigkeitsprüfung erforderlich wären. Konsequenterweise hat der einzelne Mitarbeiter für Verstöße gegen die DSGVO daher grundsätzlich weder gegenüber dem Geschädigten haftungsrechtlich einzustehen (Art. 82 Abs. 1 DSGVO) noch ein Bußgeld zu fürchten, wenn er eine Weisung mit rechtswidrigem Inhalt ausführt. Auch eine Pflicht, eine rechtswidrige Weisung zu beanstanden, formuliert die DSGVO ausdrücklich nur für den Auftragsverarbeiter (Art. 28 Abs. 3 UAbs. 2 DSGVO), nicht aber für den Mitarbeiter.<sup>17</sup>

Wie die datenverarbeitenden Verbände ihren Mitarbeiter *intern* für Fehlverhalten sanktionieren, überlässt die DSGVO diesen selbst und der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung. Ihnen steht dafür das arbeitsrechtliche Handlungsbesteck – namentlich der haftungsrechtliche Rückgriff auf den Mitarbeiter – zur Verfügung, um sich bei einer eigenen Sanktionierung schadlos zu halten, wenn dieser durch sein Verhalten zugleich gegen eine arbeitsvertragliche

---

<sup>14</sup> A. A. *Bergt*, DuD 2017, 555 (561).

<sup>15</sup> So auch *Becker*, in: Plath (Hrsg.), BDSG/DSGVO, 2. Aufl. 2016, Art. 83 Rdnr. 23; *Nolde*, PinG 2017, 114 (117).

<sup>16</sup> Selbst der Auftragsverarbeiter darf eine Weisung des Verantwortlichen erst dann ignorieren, wenn sie ihm ein *offensichtlich rechtswidriges* Handeln abverlangt. Nur in diesem Fall läuft er Gefahr, gegenüber dem Betroffenen auf Schadensersatz haften zu müssen (vgl. *Martini* (Fußn. 11), Art. 29 DSGVO Rdnr. 22; siehe auch *Spoerr*, in: Wolff/Brink (Fußn. 4), Art. 29 DSGVO Rdnr. 17 ff.). Welche Konsequenzen es nach sich zieht, wenn der *Mitarbeiter* eine offenkundig rechtswidrige Weisung des Verantwortlichen ausführt, scheint die DSGVO offen zu lassen. In jedem Fall haftet der Mitarbeiter dem Betroffenen nicht in eigener Person auf Schadensersatz: Das Haftungsregime des Art. 82 Abs. 1 und 2 DSGVO richtet sich explizit nur an den Verantwortlichen und den Auftragsverarbeiter (»gegen den Verantwortlichen oder gegen den Auftragsverarbeiter«) – vom Mitarbeiter ist nicht die Rede. Haftungsrechtlich folgt die DSGVO damit einem klaren Grundmuster: Nicht den Mitarbeiter, der eine offensichtlich rechtswidrige Weisung befolgt, trifft eine unionsrechtliche Einstandspflicht. Haftbar ist im Außenverhältnis vielmehr allein der weisungsbefugte Verantwortliche bzw. Auftragsverarbeiter. Selbst in diesem Extremfall tritt also nicht der Mitarbeiter gegenüber Betroffenen nach außen in Erscheinung, sondern weiterhin nur der Verband. Allerdings müssen Haftung und Sanktion nicht notwendig derselben Logik folgen.

<sup>17</sup> Dazu etwa *Martini* (Fußn. 11), Art. 29 DSGVO Rdnr. 22.

Pflicht verstößt.<sup>18</sup> Der Unionsgesetzgeber beschränkt sich datenschutzrechtlich also letztlich darauf, die Unternehmen dazu anzuhalten, ihren Betrieb ordnungsgemäß zu organisieren und Mitarbeiter angemessen zu beaufsichtigen. Tun sie das nicht, trifft sie der Vorwurf eines Organisationsverschuldens<sup>19</sup> – mit der möglichen Folge einer bußgeldrechtlichen Ahndung.

## (2) Sanktionierung als Verantwortlicher: der »Mitarbeiterexzess«

---

Führt der Mitarbeiter nicht lediglich eine Weisung aus, sondern setzt sich bewusst eigenmächtig über die Vorgaben seines Dienstherrn hinweg und entscheidet »über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung«, mutiert er selbst zum Verantwortlichen im Sinne des Art. 4 Nr. 7 DSGVO.<sup>20</sup> In der Folge finden auf ihn dann auch die Bußgeldtatbestände des Art. 83 DSGVO – als »Verantwortlichen« – Anwendung.<sup>21</sup> Das schließt umgekehrt einen zeitgleichen

---

<sup>18</sup> Vgl. z.B. § 43 Abs. 2 GmbHG, § 116, § 93 Abs. 2 AktG für Leitungspersonen; die Arbeitnehmerhaftung beschränkt sich im Übrigen nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs regelmäßig auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit, vgl. etwa BAG, Beschluss vom 27.9.1994, BAGE 78, 56 (60 ff.). Eine Sperrwirkung zugunsten des Mitarbeiters, die ihn von der Haftung gegenüber seinem Arbeitgeber für eigenes Fehlverhalten freistellt, entfaltet Art. 82 DSGVO nicht. Die Vorschrift ist von vornherein nur auf das datenschutzrechtliche Außenverhältnis zugeschnitten: Ihr Ziel ist es, dem Betroffenen einen solventen Anspruchsgegner zu verbürgen. Das macht auch die gesamtschuldnerische Haftung deutlich, die Art. 82 Abs. 4 DSGVO anordnet. Der Unionsgesetzgeber hätte mit dieser Zielsetzung zwar auch den Mitarbeiter in den Haftungsverbund und Ausgleichsmechanismus integrieren können. Ein möglicher Zahlungsausfall des Mitarbeiters wäre dann allein im Innenverhältnis der Schädiger (Art. 82 Abs. 5 DSGVO) von Relevanz. Die DSGVO verzichtet darauf jedoch: Sie trifft keine Vorentscheidung für das Auftragsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Art. 29 DSGVO verpflichtet den Mitarbeiter im Ergebnis allein negativ: Er darf personenbezogene Daten nicht ohne Weisung verarbeiten. Ein positives Gebot, die Rechtmäßigkeit zu prüfen, begründet die Vorschrift hingegen nicht. Der Arbeitgeber darf das Risiko fehlerhafter Weisungen auch nicht auf seine Mitarbeiter auslagern. Hier findet die arbeitsvertragliche Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers in § 242 BGB ihre Grenze: Den Mitarbeiter für Datenschutzverstöße des Verbands eintreten zu lassen, obwohl er sich an die Weisungen seines Vorgesetzten gehalten hat, verstößt als Ausfluss der Wertung des Art. 29 DSGVO grundsätzlich gegen Treu und Glauben.

<sup>19</sup> Vgl. auch *Steffen*, DuD 2018, 145 (146 f).

<sup>20</sup> Dieses Ergebnis ergibt sich zwar nicht aus Art. 28 Abs. 10 DSGVO: Ausweislich ihres klaren Wortlauts betrifft diese Vorschrift nicht den einzelnen Mitarbeiter, sondern lediglich den Auftragsverarbeiter. Allerdings betont sie ohnehin nur das, was bereits aus konsequenter Anwendung der Legaldefinition des Art. 4 Nr. 7 DSGVO folgt. So wohl auch *Hartung* (Fußn. 11), Art. 28 DSGVO Rdnr. 103.

<sup>21</sup> So etwa auch *Bergt* (Fußn. 5), Art. 83 DSGVO Rdnr. 21, 88; *Bertermann* (Fußn. 12), Art. 29 Rdnr. 7; *Hartung* (Fußn. 11), Art. 29 DSGVO Rdnr. 20; *Nolde* (Fußn. 15), S. 119; *Schefzig/Rothkegel/Cornelius*, Kapitel 16: Behördliche und gerichtliche Verfahren, in: *Moos/Schefzig/Arning* (Hrsg.), Die neue Datenschutz-Grundverordnung, 2018, S. 579 Rdnr. 121.

bußgeldbewährten Datenschutzverstoß des Arbeitgebers nicht von vornherein aus.<sup>22</sup> Schließlich bleibt dieser weiterhin für die Verarbeitung verantwortlich.<sup>23</sup>

### (3) Zwischenergebnis

---

Art. 29 DSGVO räumt den Mitarbeitern des Verantwortlichen bzw. des Auftragsverarbeiters eine privilegierte Stellung ein: Sie scheiden als taugliche Adressaten einer aufsichtsbehördlichen Geldbuße aus, wenn sie die Weisungen ihres Dienstherrn befolgen. Missachten sie diese aber bewusst, verarbeiten sie personenbezogene Daten also gleichsam nach eigenem Gutdünken, und entscheiden sie dabei selbst »über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung«, verlassen sie die Schutzzone des Art. 29 DSGVO und schwingen sich zu Herren der Verarbeitung auf. Als Verantwortliche geraten sie (nur) dann auch als Bezugssubjekt einer Geldbuße in das Visier der Aufsichtsbehörde.

#### bb) Datenschutzbeauftragter

Ebenso wenig wie Art. 83 DSGVO den einzelnen Mitarbeiter unmittelbar adressiert, erstreckt er seine Sanktionsdrohung auf die behördlichen bzw. betrieblichen Datenschutzbeauftragten. Im Vergleich zu den Mitarbeitern weist die Verordnung ihnen aber in wesentlich größerem Umfang eigene Aufgaben und Pflichten zu. Zum einen nehmen sie eine Kontrollaufgabe wahr: Sie überwachen, ob die Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiter die Daten rechtmäßig verarbeiten (vgl. Art. 39 Abs. 1 lit. b DSGVO). Zum anderen positioniert die DSGVO sie als Ansprechpartner in jede Richtung: Dem *Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiter* stehen sie als beratendes und unterrichtendes Wissensreservoir zur Seite (vgl. Art. 39 Abs. 1 lit. a-c

---

<sup>22</sup> Beruht das eigenmächtige Verhalten des Mitarbeiters auf einer unzureichenden Gestaltung betriebsorganisatorischer Abläufe (speziell fehlerhafter oder fehlender betriebsinterner Kontrollen oder hat der verantwortliche Verband das Verhalten sogar wissentlich geduldet), kann darin ein Verstoß des Arbeitgebers gegen Art. 32 Abs. 1 DSGVO liegen: Die Vorschrift verpflichtet Verantwortliche (wie auch Auftragsverarbeiter) dazu, mit Hilfe geeigneter technischer und organisatorischer Maßnahmen ein Schutzniveau zu gewährleisten, das dem Risiko angemessen ist. Der Schutz erstreckt sich vor allem auf die »Integrität und Vertraulichkeit« personenbezogener Daten, die Art. 5 Abs. 1 lit. f DSGVO als allgemeinen Grundsatz festschreibt; vgl. *Mantz*, in: *Sydow* (Fußn. 5), Art. 32 Rdnr. 1; *Martini* (Fußn. 11), Art. 32 DSGVO Rdnr. 2. Verletzt der Verantwortliche seine Pflichten aus Art. 32 Abs. 1 DSGVO, kann die Aufsichtsbehörde auch ihn via Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO mit einer Geldbuße belegen. Beide stehen dann als taugliche Adressaten nebeneinander. In der Folge haftet der sich zum Verantwortlichen aufschwingende Mitarbeiter dem Betroffenen auch zivilrechtlich in eigener Person auf Schadensersatz (Art. 82 Abs. 1 DSGVO). Der Binnenausgleich zwischen beiden Schädigern bestimmt sich dann nach Art. 82 Abs. 5 DSGVO. Sie sind letztlich im Sinne des Art. 82 Abs. 4 DSGVO »an derselben Verarbeitung beteiligt«. Dass der Mitarbeiter und seine Dienststelle nicht »gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche« im Sinne des Art. 26 DSGVO sind (vgl. auch Fußn. 23), ändert daran nichts: Art. 82 Abs. 4 DSGVO spricht lediglich von der *Beteiligung* mehrerer Verantwortlicher, ohne hiermit auf das spezifische *Zusammenwirken* gemeinsam Verantwortlicher abzustellen, das Art. 26 DSGVO regelt. Ein mögliches Bußgeld wegen des jeweiligen Ordnungsverstoßes verhängt die Aufsichtsbehörde einzeln gegen jeden der beiden Verantwortlichen, sodass sich insoweit die Frage nach einem späteren zivilrechtlichen Ausgleich ohnedies nicht stellt.

<sup>23</sup> Eine echte gemeinsame Verantwortlichkeit im Sinne des Art. 26 DSGVO besteht nicht. Der Mitarbeiter und seine Dienststelle legen die Zwecke und Mittel der Verarbeitung nämlich gerade nicht »gemeinsam« fest (vgl. Art. 26 Abs. 1 Satz 1 DSGVO, siehe aber jüngst [noch zur alten Datenschutzrichtlinie] EuGH, Urteil vom 5.6.2018, ECLI:EU:C:2018:388, Rdnr. 29 u. 43). Sie sind vielmehr nebeneinander verantwortlich – in strafrechtlichem Duktus handelt es sich um eine Nebentäterschaft.

DSGVO). Aber auch *Betroffenen* (Art. 38 Abs. 4 DSGVO) und den *Aufsichtsbehörden* (Art. 39 Abs. 1 lit. d und e DSGVO) dient der Datenschutzbeauftragte als informatorischer Intermediär. Seine Aufgabe ist es, eine kommunikative Brücke zwischen dem Betroffenen bzw. den Aufsichtsbehörden auf der einen und dem Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiter auf der anderen Seite zu bauen.

Verletzt der Datenschutzbeauftragte seine Pflichten, knüpft die DSGVO daran aber keine Bußgelddrohung: *Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO* adressiert ausschließlich den Verantwortlichen und den Auftragsverarbeiter.<sup>24</sup> Auch die Bußgeldtatbestände des *Art. 83 Abs. 5 DSGVO* zielen nicht auf den Datenschutzbeauftragten – ebenso wenig der Ungehorsamstatbestand des *Art. 83 Abs. 6 DSGVO*. Er knüpft an eine Anweisung der Aufsichtsbehörde im Sinne des Art. 58 Abs. 2 DSGVO an; eine solche Rechtsmacht kommt dieser gegenüber dem Datenschutzbeauftragten aber nicht zu. Sanktionieren können die Aufsichtsbehörden den Datenschutzbeauftragten als Täter daher allenfalls dann, wenn die Mitgliedstaaten von der Öffnungsklausel des Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO Gebrauch machen dürfen.<sup>25</sup>

---

## cc) Vertreter (Art. 27 DSGVO)

### (1) Materiell-rechtliche Pflichtenstellung

---

Ebenso wie die Mitarbeiter und Datenschutzbeauftragte erwähnt Art. 83 DSGVO auch den Vertreter nicht ausdrücklich. Ihm obliegt es, Verantwortliche und Auftragsverarbeiter vor Ort zu repräsentieren, die nicht in der Union niedergelassen sind, aber Waren oder Dienstleistungen in der Union anbieten oder das Verhalten von Unionsbürgern beobachten (Art. 4 Nr. 17, Art. 27 Abs. 1 i.V. mit Art. 3 Abs. 2 DSGVO).<sup>26</sup> In dieser Funktion dient er als »Anlaufstelle« für die Aufsichtsbehörden und betroffene Personen (Art. 27 Abs. 4 DSGVO): Er nimmt *abgeleitete Aufgaben und Pflichten* wahr, die an sich den Verantwortlichen oder den Auftragsverarbeiter treffen, aber ihm im Innenverhältnis zur Erledigung zugewiesen sind.<sup>27</sup> *Eigene Rechtspflichten*, gegen die er verstoßen könnte, schreibt die DSGVO dem Vertreter aber nur in einem sehr eingeschränkten Maße in das Pflichtenheft: Art. 30 sowie 31 DSGVO geben ihm lediglich auf, ein Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten zu führen und mit der Aufsichtsbehörde zusammenzuarbeiten.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> So auch *Bergt* (Fußn. 5), Art. 37 DSGVO Rdnr. 55; *Popp* (Fußn. 5), Art. 83 Rdnr. 4; *Steffen* (Fußn. 19), S. 145. Anders aber wohl *Laue/Nink/Kremer*, Das neue Datenschutzrecht in der betrieblichen Praxis, 2016, § 1 Rdnr. 95 f.

<sup>25</sup> Siehe dazu unten I. 2. b).

<sup>26</sup> Vgl. etwa *Hartung* (Fußn. 11), Art. 27 DSGVO Rdnr. 15.

<sup>27</sup> *Martini* (Fußn. 11), Art. 27 DSGVO Rdnr. 49 f.; *Piltz*, in: Gola (Hrsg.), DS-GVO, 2017, Art. 27 Rdnr. 36.

<sup>28</sup> *Piltz* (Fußn. 27), Art. 27 Rdnr. 37.

Anders als den Datenschutzbeauftragten und den Mitarbeiter erklärt die Verordnung den Vertreter zum Adressaten aufsichtsbehördlicher Maßnahmen (Art. 58 Abs. 1 lit. a DSGVO).<sup>29</sup> Selbst wenn er der Anweisung der Aufsichtsbehörde nicht nachkommt, »alle [erforderlichen] Informationen bereitzustellen«, kann sie seine Weigerung aber nicht mit einer Geldbuße beantworten: Zwar bedroht *Art. 83 Abs. 5 lit. e DSGVO* Verstöße gegen die Untersuchungsanordnungen des Art. 58 Abs. 1 lit. e und f DSGVO sowie gegen Anweisungen, welche die Aufsichtsbehörde auf der Grundlage des Art. 58 Abs. 2 DSGVO<sup>30</sup> erlässt, mit einem Bußgeld. Eben diese Anordnungen können aber gerade nicht gegenüber dem Vertreter, sondern nur gegenüber dem Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter ergehen. Der Vertreter ist deshalb kein tauglicher Sanktionsadressat des Art. 83 Abs. 5 lit. e DSGVO. Ähnliches gilt für die Bußgeldanordnung aus *Art. 83 Abs. 6 DSGVO*: Auch sie knüpft an eine »Anweisung der Aufsichtsbehörde gemäß Artikel 58 Absatz 2« an. Art. 83 Abs. 5 und Abs. 6 DSGVO etablieren also keinen Geldbußentatbestand, der den Vertreter erfasst.

Immerhin belegt *Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO* unmissverständlich Verstöße gegen die Vorschrift des Art. 27 DSGVO mit einer Geldbuße. Der Tatbestand zielt aber nur auf den Verantwortlichen und den Auftragsverarbeiter als Tatsubjekt;<sup>31</sup> den Vertreter selbst verschont er von einer Bußgeldandrohung. Ungeachtet seiner Repräsentationsfunktion obliegt ihm insbesondere keine Pflicht, für das Fehlverhalten des Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiters rechtlich einzustehen.

Purer Zufall ist die bußgeldrechtliche Lakonie der DSGVO zur Person des Vertreters nicht: Die Kommission wollte der Aufsichtsbehörde ursprünglich einen ergänzenden sanktionsrechtlichen Zugriff auf den Vertreter eröffnen.<sup>32</sup> Sie konnte sich mit ihrem Vorschlag in den Verhandlungen aber nicht durchsetzen. Die Möglichkeit, den Vertreter unmittelbar zu sanktionieren, hat im Ergebnis daher wohl bewusst keinen Eingang in die Verordnung gefunden.

---

b) Ausgestaltung(-soptionen) des nationalen Gesetzgebers

Sanktioniert die DSGVO Mitarbeiter, Datenschutzbeauftragte und Vertreter nicht selbst, schließt das nicht von vornherein aus, dass die Mitgliedstaaten sie auf der Grundlage des Art. 84

---

<sup>29</sup> Siehe hierzu etwa *Martini* (Fußn. 11), Art. 27 DSGVO Rdnr. 55; *Piltz* (Fußn. 27), Art. 27 Rdnr. 39 ff.

<sup>30</sup> Die Vorschrift adressiert insbesondere Art. 58 Abs. 2 lit. d, e und f DSGVO.

<sup>31</sup> So schon für die abgeleiteten Pflichten des Vertreters nach Art. 27 Abs. 4 DSGVO *Martini* (Fußn. 11), Art. 27 DSGVO Rdnr. 55; ebenso *Bergt* (Fußn. 5), Art. 83 DSGVO Rdnr. 25; im Ergebnis auch *Hartung* (Fußn. 11), Art. 27 DSGVO Rdnr. 23; wohl auch *Popp* (Fußn. 5), Art. 83 Rdnr. 4; a. A. aber *Piltz* (Fußn. 27), Art. 27 Rdnr. 47.

<sup>32</sup> Art. 78 Abs. 2 KOM-E lautete: »Hat der für die Verarbeitung Verantwortliche einen Vertreter benannt, wirken die Sanktionen gegen den Vertreter unbeschadet etwaiger Sanktionen, die gegen den für die Verarbeitung Verantwortlichen verhängt werden könnten.«

Abs. 1 Satz 1 zu Adressaten einer Geldbuße erklären (aa). Der Bund und die Länder tun dies zum Teil auch (bb).

---

aa) Gestaltungsgrenzen des nationalen Gesetzgebers (Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO)

### (1) Bindung an das Pflichtenregime der DSGVO

---

Sanktionsregeln darf der nationale Gesetzgeber nur »für Verstöße gegen *diese Verordnung*«<sup>33</sup> erlassen (Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO). Nationale datenschutzrechtliche Sanktionstatbestände sind daher jedenfalls an das Pflichtenregime der DSGVO rückgekoppelt: Sie dürfen nicht in Eigeninitiative *neue* sanktionsbewehrte Pflichten aus der Taufe heben.<sup>34</sup> Als Adressat eines nationalen Sanktionstatbestandes kommt demnach nur in Frage, wer datenschutzrechtlichen Pflichten unterliegt, also überhaupt gegen die Verordnung verstoßen kann.<sup>35</sup>

Vor allem die Sanktionierung einzelner *Mitarbeiter* des Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiters stößt dann an ihre unionsrechtlichen Grenzen: Trägt die Verordnung den Beschäftigten neben Art. 29 DSGVO keine weiteren Pflichten auf,<sup>36</sup> so kann auch der nationale Gesetzgeber in dem System der DSGVO grundsätzlich von vornherein nur den Verstoß gegen diese Vorschrift via Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO nach mitgliedstaatlichem Recht sanktionieren.

Geringfügig anders stellt sich die Situation sub specie des *Datenschutzbeauftragten* und des *Vertreter*s dar: Für beide entwirft die Verordnung ein buntes Kaleidoskop eigener Pflichten, gegen die sie verstoßen können. Deshalb darf der nationale Gesetzgeber für sie grundsätzlich in weiterem Umfang eigene Sanktionstatbestände einführen; dazu ermächtigt ihn Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO.

### (2) Ausstrahlungswirkung des Art. 83 DSGVO: Harmonisierung auch hinsichtlich sonstiger Akteure?

---

Will der nationale Gesetzgeber das Damoklesschwert der Sanktion über den Randfiguren der Verarbeitung schweben lassen, steht ihm dabei nicht notwendig die gesamte Kaskade denkbarer Ahndungen offen. Vielmehr gilt zum einen die Losung: »Zum letzten Mittel, wenn kein anderes mehr verfangen will, ist ihm das Schwert [der Strafe] gegeben.«<sup>37</sup> *Straftatbestände* darf der Mitgliedstaat daher nur für besonders schwerwiegende Pflichtverstöße vorsehen (vgl. Art. 84 Abs. 1 Satz 2 DSGVO). *Geldbußentatbestände* darf er zum anderen nur etablieren, soweit er dadurch nicht das vollharmonisierenden Ordnungsgefüge des Art. 83 DSGVO (a) normsystematisch (b) unterminiert.

---

<sup>33</sup> Hervorhebung d. Verf.

<sup>34</sup> Insoweit ist der nationale Gesetzgeber stets auf eine anderweitige Öffnungsklausel der Verordnung angewiesen.

<sup>35</sup> Für Bereiche, die nicht Gegenstand der DSGVO sind, schränkt Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO die Gestaltungsmacht des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers hingegen von vornherein nicht ein.

<sup>36</sup> Setzen sich Mitarbeiter bewusst über Weisungen hinweg und bestimmen die Ziele und Zwecke der Verarbeitung, sind sie selbst Verantwortliche. Dazu bereits oben I. 2. a) aa) (2).

<sup>37</sup> *Stauffacher* in *Schillers Drama »Willhelm Tell«*, 2. Akt, 2. Szene.



### (a) Mitgliedstaatliche Geldbußen als Instrument der Lückenfüllung?

---

Mitgliedstaatliche Geldbußentatbestände können dazu beitragen, Lücken im Sanktionssystem zu schließen: Die abschreckende Wirkung, die von ihnen auf die Mitarbeiter, den Datenschutzbeauftragten und auch den Vertreter ausgeht, harmoniert mit der Intention des Art. 84 Abs. 1 Satz 2 DSGVO, das Ensemble der Sanktionen der DSGVO einzelfallgerecht und zielgenau abzurunden.

Das alleine legitimiert die Mitgliedstaaten aber nicht, Bußgeldtatbestände zu erlassen und dadurch die materiell-rechtlichen Wertungen des Art. 83 DSGVO zu überspielen. Schon die selektierende Wortwahl des Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO (»Pflichten der Verantwortlichen und der Auftragsverarbeiter«) deutet darauf hin, dass der Ordnungsgeber in seiner normativen Partitur bewusst keine Leerstelle gelassen hat, in die der nationale Gesetzgeber mit eigenen Bußgeldvorschriften vordringen darf.<sup>38</sup> Dem grundsätzlichen Anliegen der DSGVO, in der Union ein einheitliches Sanktionsrecht für Datenschutzverstöße zu schaffen, liefe ein solcher nationaler bußgeldrechtlicher Spielraum zuwider.

### (b) Normsystematische Grenzen

---

Normsystematisch gibt der Unionsgesetzgeber den Mitgliedstaaten für Geldbußen via Öffnungsklauseln ausdrücklich nur zwei Steuerungsmöglichkeiten an die Hand. Sie können zum einen bestimmen, »ob und in welchem Umfang« die Aufsichtsbehörde auch *gegenüber öffentlichen Stellen* Geldbußen verhängen darf (Art. 83 Abs. 7 DSGVO).<sup>39</sup> Zum anderen sind die Mitgliedstaaten legitimiert und dazu aufgerufen, den verfahrensrechtlichen Rahmen abzustecken, in dem sich die Bußgeldmaßnahmen der Aufsichtsbehörden bewegen (Art. 83 Abs. 8 DSGVO).<sup>40</sup> Das indiziert einen Gegenschluss: Der nationale Gesetzgeber darf (und muss) *verfahrensrechtliche* Normen erlassen, ist aber nicht befugt, das Regime für Geldbußen in Art. 83 DSGVO mit eigenen *materiellen Regelungen* anzureichern.

Es greift also die allgemeine Ordnungsidee der DSGVO: Regelungsbefugnisse stehen den Mitgliedstaaten nur zu, soweit die DSGVO dafür ausdrücklich Raum eröffnet (sprich: »Präzisierungen oder Einschränkungen ihrer Vorschriften« vorsieht, EG 8 DSGVO). Ob und inwiefern die Randfiguren datenschutzrechtlicher Verarbeitung einer Geldbuße unterliegen können, regelt Art. 83 DSGVO insoweit in einem negativen Sinne abschließend: Die Vorschrift spart diese als taugliche Sanktionsadressaten gezielt aus. Es ist daher nur folgerichtig und zu

---

<sup>38</sup> Sub specie des Vertreters greift insoweit zusätzlich nicht nur ergänzend der Umstand, dass der Trilog der Konstruktion einer bußgeldrechtlichen Einstandspflicht des Vertreters eine Absage erteilt hat (vgl. dazu bereits oben I. 2. a.) cc) (2) mit Fußn. 32), sondern auch die konzeptionelle Ausgestaltung der Rolle des Vertreters: Die DSGVO lässt einen aufsichtsbehördlichen Zugriff auf ihn als Substitut für den Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiter nur in sehr begrenztem Maße zu; vgl. dazu *Hartung*, in: Kühling/Buchner (Fußn. 5), Art. 27 DSGVO Rdnr. 19 ff.; *Martini* (Fußn. 11), Art. 27 DSGVO Rdnr. 5, 53 ff.

<sup>39</sup> Dazu schon *Martini/Wagner/Wenzel*, *VerwArch* 2018, 163, S. 175 ff.

<sup>40</sup> Hierzu bspw. *Martini/Wagner/Wenzel* (Fußn. 39), S. 177 ff.

begrüßen, dass der Bundesgesetzgeber von seinen ursprünglichen Plänen abgerückt ist, Geldbußentatbestände einzuführen, die sich explizit an Mitarbeiter richten.<sup>41</sup>

---

bb) Die Regelungen des BDSG-neu

Hat der Bundesgesetzgeber in seinem neuen BDSG auch keine Geldbußentatbestände für die Randfiguren des Datenschutzrechts etabliert, verweist § 41 Abs. 1 Satz 1 BDSG immerhin gleichwohl pauschal auf das OWiG: Die Bestimmung erklärt ohne nähere Spezifizierung »die Vorschriften des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten« für »sinngemäß« anwendbar.

Der unscheinbare Verweis auf das allgemeine Ordnungswidrigkeitenrecht mit seinen disparaten Formen der Tatbegehung kann nachhaltige Friktionen zu den unionsrechtlichen Vorgaben auslösen.<sup>42</sup>

---

(1) § 130 OWiG – Verletzung der Aufsichtspflicht

§ 41 Abs. 1 Satz 1 BDSG-neu verweist im Grundsatz auch auf § 130 OWiG: Die Vorschrift belegt Betriebs- oder Unternehmensinhaber mit einem Bußgeld, wenn diese ihre Aufsichtspflicht verletzen.

---

(a) Anwendbarkeit

So klar der Verweis des § 41 Abs. 1 Satz 1 BDSG-neu auch § 130 OWiG erfasst, so wenig eindeutig ist doch, ob er ihn für anwendbar erklären *wollte*: § 41 BDSG-neu hebt zum einen ausdrücklich nur auf das *Verfahren*, nicht auf *materielle* Ordnungswidrigkeitentatbestände ab (»Anwendung der Vorschriften über das Bußgeld- und Strafverfahren«). Die Vorschrift rekuriert damit womöglich in der Sache auf die Öffnungsklausel des Art. 83 Abs. 8 DSGVO für das mitgliedstaatliche *Verfahrensrecht*.<sup>43</sup> In der gesetzesinternen Rollenverteilung scheint zum anderen allein dem § 43 BDSG-neu die Aufgabe zuzukommen, die *Geldbußentatbestände* zu bündeln.

Die Binnensystematik des § 41 BDSG-neu deutet jedoch darauf hin, dass neben den Normen des zweiten Teils des OWiG zum »Bußgeldverfahren« zumindest auch die allgemeinen Vorschriften (erster Teil) zur Anwendung gelangen sollen.<sup>44</sup> Das indiziert der voneinander abweichende

---

<sup>41</sup> Vgl. § 42 Abs. 1 Satz 1 Referentenentwurf des BMI vom 5.8.2016 sowie § 40 Abs. 1 Satz 1 Referentenentwurf des BMI vom 23.11.2016. Die neuen Landesdatenschutzgesetze etablieren demgegenüber teilweise jedenfalls für Mitarbeiter *öffentlicher Stellen* bußgeldrechtliche Sanktionen. Dazu unten I. 4. d.

<sup>42</sup> Vgl. auch *Bergt* (Fußn. 5), § 41 BDSG Rdnr. 1; *Feldmann* (Fußn. 2), Art. 83 Rdnr. 8.

<sup>43</sup> Die Begründung des Regierungsentwurfs ist insofern nicht eindeutig. Zum einen rekuriert sie ausdrücklich auf die Öffnungsklausel des Art. 83 Abs. 8 DSGVO, »da insbesondere Artikel 83 Absatz 8 Verordnung (EU) 2016/679 ausdrücklich fordert, dass die Mitgliedstaaten angemessene Verfahrensgarantien vorsehen« (BT-Drucks. 18/11325, S. 108). Im nächsten Satz formuliert der Entwurf aber wieder allgemeiner: »§ 41 Absatz 2 Satz 1 regelt, dass die Vorschriften des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten und der allgemeinen Gesetze über das Strafverfahren grundsätzlich Anwendung finden.« (BT-Drucks. 18/11325, S. 108).

<sup>44</sup> So im Ergebnis auch *Bülte*, StV 2017, 460 (468).

Wortlaut der beiden Absätze: § 41 Abs. 2 Satz 1 BDSG-neu rekuriert auf verfahrensrechtliche Aspekte (»für Verfahren wegen eines Verstoßes nach Artikel 83 Absatz 4 bis 6 der Verordnung (EU) 2016/679«<sup>45</sup>). Abs. 1 erstreckt seinen Verweis demgegenüber allgemein auf »Verstöße nach Artikel 83 Absatz 4 bis 6 der Verordnung (EU) 2016/679«<sup>46</sup>. Verwies Abs. 1 nur auf die verfahrensrechtlichen Vorschriften des OWiG, wäre er neben Abs. 2 überflüssig. Überdies nimmt § 41 Abs. 1 Satz 2 BDSG-neu die Vorschrift des § 17 OWiG von ihrem pauschalen Verweis ausdrücklich aus. Dessen hätte es nicht bedurft, wenn der Gesetzgeber davon ausgegangen wäre, Satz 1 erkläre ohnehin nur den zweiten Teil des OWiG – also die §§ 35 ff. OWiG (»Bußgeldverfahren«) – für anwendbar. § 41 Abs. 1 Satz 1 BDSG-neu verweist daher jedenfalls auf die allgemeinen Vorschriften des OWiG (erster Teil) – wohl auch auf den dritten Teil des OWiG.<sup>47</sup> Darauf deutet auch die Entstehungsgeschichte des BDSG-neu hin: Während der Referentenentwurf die Vorschrift des § 130 OWiG noch explizit von dem Verweis ausgeschlossen hat, verzichtet § 41 Abs. 1 Satz 1 BDSG-neu auf diesen Hinweis.<sup>48</sup>

#### (b) Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht

---

Soweit § 41 Abs. 1 Satz 1 BDSG den Bußgeldtatbestand des § 130 OWiG auf datenschutzrechtliche Pflichtverletzungen zur Anwendung bringt, setzt er sich in Widerspruch zu den unionsrechtlichen Vorgaben.<sup>49</sup> Denn die DSGVO zeichnet die Ahndung derjenigen Fälle, die ein Verweis auf § 130 OWiG abdeckt, bereits anders vor: Sie belegt Verstöße des Verantwortlichen und des Auftragsverarbeiters gegen datenschutzrechtliche Grundpflichten via Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO mit einer Geldbuße. Im Falle einer Aufsichtspflichtverletzung oder eines Organisationsverschuldens hat der Unionsgesetzgeber also alleine den Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter, mithin den Verband als solchen, zum Adressaten einer Geldbuße auserkoren (Art. 83 Abs. 4 lit. a i.V. mit Art. 24, 25 und 32 DSGVO). Spezielle *Inhaberplichten* etwaiger Dritter kennt die DSGVO demgegenüber nicht: Eine Aufsichts- oder Überwachungspflicht des Inhabers zeichnet sie nicht vor. Dann kann die Aufsichtsbehörde den Inhaber auch nicht mit einer Geldbuße belegen.

Der deutsche Gesetzgeber unterliefe folglich die unionsrechtliche Wertung der DSGVO, erklärte er § 130 OWiG für anwendbar. § 41 Abs. 1 Satz 1 BDSG ist aber auch nicht zwingend in diesem Sinne zu lesen: Er knüpft ausdrücklich an »Verstöße nach Art. 83 Absatz 4 bis 6 DSGVO« an. Er setzt damit in der Sache voraus, dass bereits ein unionsrechtlicher Bußgeldtatbestand greift. Der pauschale Verweis auf das Ordnungswidrigkeitenrecht erstreckt sich also im Ergebnis jedenfalls in unionskonformer Auslegung nicht auf § 130 OWiG.

---

<sup>45</sup> Hervorhebung d. Verf.

<sup>46</sup> Hervorhebung d. Verf.

<sup>47</sup> Davon gehen auch *Eckhardt/Menz*, DuD 2018, 139 (143) und *Schefzig/Rothkegel/Cornelius* (Fußn. 21), Rdnr. 122 aus. *Bergt* (Fußn. 5), § 41 BDSG Rdnr. 2 liest, § 41 Abs. 1 BDSG-neu demgegenüber lediglich als einen Verweis auf die allgemeinen Vorschriften des Ersten Teils des OWiG.

<sup>48</sup> Siehe *Bülte* (Fußn. 44), S. 468.

<sup>49</sup> Weniger restriktiv hingegen *Nolde* (Fußn. 15), S. 119.

## (2) § 9 OWiG – Leitungsverantwortung

---

Nimmt man den Verweis in § 41 Abs. 1 Satz 1 BDSG-neu beim Wort, erhebt § 9 OWiG auch Leitungspersonen zu tauglichen Tätern der Bußgeldtatbestände des Art. 83 DSGVO.<sup>50</sup> Die Vorschrift hilft damit dem Umstand ab, dass die Leitungsperson selbst nicht Verantwortlicher bzw. Auftragsverarbeiter ist und auf Grundlage der DSGVO keine Geldbuße zu fürchten hat. Zugleich verdoppelt sie jedoch auch die Sanktionsadressaten in unionsrechtswidriger Weise: Die DSGVO zielt auf eine Sanktion gegenüber dem Verantwortlichen bzw. dem Auftragsverarbeiter ab. Eine zusätzlich zu den »Verstöße[n] nach Art. 83 Absatz 4 bis 6« hinzutretende Bebußung des einzelnen Mitarbeiters respektive der Leitungsperson lässt die DSGVO nicht zu – zumal Mitarbeitern, den einfachen wie den Leitungspersonen, grundsätzlich keine eigenen geldbußenbewehrten Pflichten obliegen. § 9 OWiG darf daher im Datenschutzrecht keine Anwendung finden.<sup>51</sup>

## (3) § 14 OWiG – Beihilfe und Anstiftung?

---

Das Unionsrecht verstellt den Mitgliedstaaten bei genauerem Hinsehen zwar den Weg, das datenschutzrechtliche Fehlverhalten der Randfiguren der Verarbeitung *täterschaftlich* zu ahnden. Weniger klar ist demgegenüber, ob die Mitgliedstaaten zumindest ihre *Beteiligung* an einem Pflichtverstoß des Verantwortlichen bzw. des Auftragsverarbeiters mit einer Geldbuße belegen dürfen.

### (a) Nationaler Normbefund

---

Den Weg, einen Anstifter oder Gehilfen mit einem Bußgeld zu ahnden, bereitet auf nationaler Ebene im Grundsatz § 41 Abs. 1 Satz 1 BDSG-neu: Er nimmt die Vorschrift des § 14 OWiG in Bezug. Diese erstreckt ihre Sanktionsdrohung auch auf diejenigen, die sich an einer Ordnungswidrigkeit beteiligen.

Anders als das StGB (§§ 25 ff.) unterscheidet das Ordnungswidrigkeitenrecht nicht zwischen Täterschaft und Teilnahme. Es folgt vielmehr dem Gedanken der Einheitstäterschaft: Eine Person, die an einer mit Geldbuße bewehrten Tat des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters teilnimmt (oder mittäterschaftlich hieran mitwirkt),<sup>52</sup> begeht selbst eine Ordnungswidrigkeit, ist also ebenfalls Täter.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Zur Wirkweise des § 9 OWiG siehe *Rogall* (Fußn. 8), § 9 Rdnr. 21.

<sup>51</sup> A.A. *Bergt* (Fußn. 5), § 41 BDSG Rdnr. 12 f.

<sup>52</sup> Eine »Randfigur« der Verarbeitung via § 14 OWiG zu sanktionieren, impliziert zugleich, dass die Aufsichtsbehörde ihm vorwirft, einen Datenschutzverstoß des Verantwortlichen bzw. des Auftragsverarbeiters zu unterstützen oder daran mitzuwirken. Dann muss aber bereits der Verantwortliche bzw. Auftragsverarbeiter einen ahndbaren Verstoß begehen. Fehlt es hieran, so ist auch keine Sanktion gegen den Datenschutzbeauftragten möglich – selbst, wenn er gegen Aufgaben und Pflichten verstößt, die ihm die Verordnung auferlegt.

<sup>53</sup> *Coen*, in: Graf (Hrsg.), BeckOK OWiG, 18. Ed. (Stand: 1.3.2018), § 14 Rdnr. 2; *Rengier*, in: Mitsch (Fußn. 8), § 14 Rdnr. 14.

Bei der Eigenschaft »Verantwortlicher« bzw. »Auftragsverarbeiter« handelt es sich zwar um ein besonderes persönliches Merkmal; der einzelne Mitarbeiter,<sup>54</sup> der Datenschutzbeauftragte sowie der Vertreter können deshalb an sich auch nicht taugliche Täter der Bußgeldtatbestände des Art. 83 DSGVO sein. Darüber hilft jedoch § 14 Abs. 1 Satz 2 OWiG hinweg.

### (b) Unionsrechtlicher Spielraum?

---

Ob ein Dritter die Tatsubjekte des Art. 83 DSGVO zur Tat anstiften oder Beihilfe leisten kann, beantwortet Art. 83 DSGVO nicht explizit.<sup>55</sup> Er adressiert vielmehr ausschließlich diejenigen Personen, an die sich die Pflichten ihrer Tatbestände *in persona* richten. Das unionsrechtliche Sanktionsregime erweist sich insoweit als eng und normtechnisch unterkomplex.<sup>56</sup>

Jegliche Form der Tatteilnahme durch Anstiftung oder Beihilfe sanktionslos zu stellen, entspräche nicht der normativen Konzeption der DSGVO, Verletzungshandlungen umfassend bußgeldrechtlich abzubilden, und wäre in der Sache ein rechtspolitischer Missgriff. Eine Öffnungsklausel, die den nationalen Gesetzgeber *explizit* ermächtigt, einen möglichen Teilnehmer durch eigenen Normbefehl zum Adressaten einer Geldbuße zu erklären, hält die DSGVO aber ebenso wenig vor. Aus Art. 83 Abs. 8 DSGVO ergibt sich vielmehr ein *argumentum e contrario*: Die Mitgliedstaaten dürfen *verfahrensbezogene* Regelungen erlassen,<sup>57</sup> nicht aber *materielle* Regelungen ergänzen. Das Schweigen der DSGVO indiziert also, dass der nationale Gesetzgeber (nicht nur die Täterschaft, sondern auch) die bloße Teilnahme an Verstößen gegen die Tatbestände des Art. 83 DSGVO nicht mit einer Geldbuße bedrohen darf.<sup>58</sup> Dass der Mitgliedstaat Mitarbeiter, Datenschutzbeauftragte, Vertreter oder gar Dritte via § 14 OWiG gesetzestechnisch sogar zu Tätern einer Geldbuße erklärt, widerspricht mithin den unionsrechtlichen Vorgaben.<sup>59</sup> Die Entscheidung, auch die Anstiftung und Teilnahme an einem Datenschutzverstoß mit einer Geldbuße zu belegen, kann *de lege ferenda* nur der Unionsgesetzgeber durch Änderung der DSGVO fällen.

---

<sup>54</sup> Dazu auch Rengier, in: Mitsch (Fußn. 8), § 14 Rdnr. 42 sowie BayOblG, Beschluss vom 28.12.2000, GewArch 2001, 205 f. zum besonderen persönlichen Merkmal des Entleihers in § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG.

<sup>55</sup> So auch *Feldmann* (Fußn. 2), Art. 83 Rdnr. 8.

<sup>56</sup> Dazu bereits *Kühling/Martini et al.* (Fußn. 1), S. 277.

<sup>57</sup> Dazu auch *Martini/Wagner/Wenzel* (Fußn. 39), S. 184 f.

<sup>58</sup> So im Ergebnis auch bereits *Kühling/Martini et al.* (Fußn. 1), S. 277; großzügiger insoweit aber *Bergt* (Fußn. 5), § 41 BDSG Rdnr. 10 f. Art. 49 GRCh gilt auch für Behörden, die Geldbußen aussprechen wollen; EuG, Urteil vom 8.10.2008, Slg. 2008, II-2567 Rdnr. 29 – Schunk. Teilnehmer eines Pflichtverstoßes können die Aufsichtsbehörden deshalb nur dann mit einer Geldbuße belangen, wenn die Sanktionierung eine ausreichende normative Grundlage findet. Das Unionsrecht hält eine solche nicht bereit.

<sup>59</sup> Etwas anderes gilt nur in der Konstellation, in der die Mitwirkungshandlung eines Dritten ein solches Gewicht aufweist, dass er zusammen mit dem Verantwortlichen »über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung [...] entscheidet« (Art. 4 Nr. 7 DSGVO), also eine echte Mittäterschaft vorliegt. Er mutiert dann zum Verantwortlichen. Die Aufsichtsbehörde kann sich in diesem Fall unmittelbar auf Art. 83 DSGVO stützen, um ihn als Täter für sein datenschutzrechtliches Fehlverhalten mit einer Geldbuße zu belangen. Eines Rekurses auf § 14 OWiG bedarf es dann von vornherein nicht.



Der Verweis des § 41 BDSG-neu auf das allgemeine Ordnungswidrigkeitenrecht bringt auch die Vorschrift des § 8 OWiG zur Anwendung: Sie sanktioniert eine Tatbegehung durch Unterlassen. Um ihre Voraussetzungen zu erfüllen, muss dem Täter jedoch eine Garantenstellung zukommen (»wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt«). Eine solche kann aufgrund der grundsätzlich abschließenden Konzeption der Verordnung nur aus den materiellen Pflichten der DSGVO erwachsen.

Bußgeldrechtliche Relevanz kann § 8 OWiG insbesondere für den Datenschutzbeauftragten entfalten: Er avanciert womöglich zum Täter, sofern er es unterlässt, den Verantwortlichen auf Datenschutzverstöße hinzuweisen bzw. nicht gegen diese interveniert.<sup>60</sup> Im Vergleich zu § 4g Abs. 1 BDSG a. F. weitet Art. 39 DSGVO seinen Pflichtenkreis qualitativ immerhin deutlich aus:<sup>61</sup> Er muss nicht länger nur darauf *hinwirken*, dass der Verarbeiter die datenschutzrechtlichen Vorgaben erfüllt (§ 4g Abs. 1 Satz 1 BDSG a. F.). Zu seinen Aufgaben gehört nun vielmehr auch die »Überwachung« (Art. 39 Abs. 1 lit. b DSGVO). Das insinuiert, dass ihn die rechtliche Pflicht trifft, den Verantwortlichen bzw. den Auftragsverarbeiter aktiv an einem datenschutzrechtlichen Verstoß zu hindern.<sup>62</sup> Konsequenterweise müsste er dann auch dafür einstehen, den Erfolg abzuwenden.<sup>63</sup> Er wäre womöglich ein »Überwachergarant«, der die Gefahren beobachten und eindämmen muss, welche von den Datenverarbeitungen des Verantwortlichen bzw. des Auftragsverarbeiters ausgehen.<sup>64</sup>

---

<sup>60</sup> Normsystematisch ergäbe sich eine Täterschaft des Datenschutzbeauftragten in diesem Fall aus dem Zusammenwirken der §§ 8 und 14 OWiG: Während § 14 Abs. 1 Satz 2 OWiG zulässt, dass der Datenschutzbeauftragte trotz fehlender besonderer persönlicher Merkmale zum (Mit-)Täter werden kann, wenn er sich an der Tat des Verantwortlichen beteiligt, folgt aus § 8 OWiG, dass sein Tatbeitrag auch in einem Unterlassen liegen kann. Zu der Frage, ob § 14 OWiG und § 8 OWiG kumulativ anwendbar sind und eine Beteiligung durch Unterlassen möglich ist, vgl. *Rengier* (Fußn. 53), § 14 Rdnr. 27 ff. Eine isolierte Anwendung des § 8 OWiG auf den Datenschutzbeauftragten scheidet jedenfalls aus: Es fehlt bereits an einem Sanktionstatbestand, den er selbst durch aktives Handeln verwirklichen könnte.

<sup>61</sup> Zur umstrittenen Frage, ob Datenschutzbeauftragte unter der Rechtslage des BDSG a. F. eine Garantenstellung innehatten, *Marschall*, ZD 2014, 66 (68).

<sup>62</sup> So wohl die überwiegende Ansicht, siehe *Bergt* (Fußn. 5), Art. 37 DSGVO Rdnr. 55 m.w.N.; *Wybitul/Gierke*, BB 2017, 181 (182) m.w.N. Tendenziell anders aber *Steffen* (Fußn. 19), S. 148, der gerade mit Blick auf die anderen Sprachfassungen eher eine nachvollziehende Kontrollpflicht annimmt.

<sup>63</sup> *Wybitul*, ZD 2016, 203 (204 f.); vgl. auch *Nolde* (Fußn. 15), S. 119. Kritisch zu einer Ausweitung des Aufgabenbereichs *Lantwin*, ZD 2017, 411 (413 f.).

<sup>64</sup> Die Übernahme des Amtes kann demgegenüber nur schwerlich eine *Beschützergarantenstellung* des Datenschutzbeauftragten begründen: Zwar bewahrt der Datenschutzbeauftragte einerseits den *Verantwortlichen bzw. den Auftragsverarbeiter* im Ergebnis davor, im Umgang mit personenbezogenen Daten Fehler zu begehen. Dem Beschützergaranten fällt aber nicht die Aufgabe zu, Fehler des zu Beschützenden zu unterbinden, sondern Gefahren von ihm abzuwenden, die von außen drohen (*Valerius*, in: Graf (Fußn. 53), § 8 Rdnr. 16). Der Datenschutzbeauftragte ist auch nicht Beschützergarant im Verhältnis zum *betroffenen Dritten*. Denn ihm ist dessen Privatsphärenschutz nicht aufgrund besonderer Nähebeziehung als Rechtsgut in einer Weise anvertraut, dass er es gegen jegliche Gefahren von außen schützen muss. Darin unterscheidet er sich bspw. von der Garantenstellung des Amtsträgers bei dem Betrieb öffentlicher Einrichtungen (dazu *Rengier* (Fußn. 53), § 8 OWiG. Rdnr. 53).



Die DSGVO gibt dem Datenschutzbeauftragten jedoch kein Mittel an die Hand, mit dessen Hilfe er den Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiter dazu zwingen könnte, rechtskonform zu handeln:<sup>65</sup> Er kann ihm weder verbindliche Weisungen erteilen<sup>66</sup> noch bspw. aus eigener Initiative die Gerichte anrufen; Art. 79 DSGVO berechtigt dazu vielmehr nur die »betroffene Person«. Die Überwachungspflicht des Datenschutzbeauftragten geht somit von vornherein nicht über eine Unterrichtungspflicht hinaus.<sup>67</sup> Eine Verantwortung dafür, dass die Verarbeitungen des Verarbeiters rechtmäßig sind, bürdet ihm die DSGVO nicht auf.<sup>68</sup> Nicht nur in kleinen, sondern auch in großen Verbänden mit komplexen Arbeits- und Verarbeitungsabläufen wird er auch regelmäßig nicht über die erforderlichen Ressourcen verfügen, um eine solche echte, effektive Rechtmäßigkeitskontrolle stemmen zu können. Eine Garantenpflicht des Datenschutzbeauftragten etabliert das geltende Recht mithin nicht: Er kann nicht durch Unterlassen an einem Verstoß des Verarbeiters gegen die DSGVO teilhaben, den Art. 83 DSGVO mit einer Geldbuße bedroht.

Selbst wenn sich der DSGVO eine Garantenpflicht des Datenschutzbeauftragten oder anderer Akteure des Datenschutzrechts entnehmen ließe, fiel nicht dem Mitgliedstaat, sondern allein der Union die Kompetenz zu, die Voraussetzungen für eine bußgeldbewehrte Tatbegehung durch Unterlassen zu definieren: Solange die Union nicht selbst Regelungen trifft, versperrt Art. 83 DSGVO den Mitgliedstaaten insoweit den Weg zu eigenen Sanktionsregelungen.

### 3. (Unbewusste) Lücken des Art. 83 DSGVO hinsichtlich Verantwortlichem und Auftragsverarbeiter?

Die datenschutzrechtlichen Pflichten des Verantwortlichen und des Auftragsverarbeiters sichert der Unionsgesetzgeber in Art. 83 DSGVO mit einem sehr engmaschigen Sanktionsnetz ab: Die Aufsichtsbehörden können nahezu jede ihrer DSGVO-Verletzungen unmittelbar mit einer Geldbuße belegen, solange eine Sanktion sich im Einzelfall als verhältnismäßig erweist (Art. 83 Abs. 1 und Abs. 2 DSGVO).

Verstöße gegen die speziellen Anforderungen, die Art. 10 DSGVO an die Verarbeitung personenbezogener Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten stellt, erfassen die Art. 83 Abs. 4 und Abs. 5 DSGVO demgegenüber nicht. Das verwundert umso mehr, als gerade solche Daten einen besonders hohen Sensibilitätsgrad aufweisen.<sup>69</sup> Sie zu verarbeiten, lässt der Unionsgesetzgeber deshalb grundsätzlich nur unter behördlicher Aufsicht zu. Der

---

<sup>65</sup> Steffen (Fußn. 19), S. 147 f.

<sup>66</sup> Aus der Überwachungsaufgabe als solcher folgt jedoch noch keine Weisungsbefugnis bzw. -pflicht. Eine solche hätte aufgrund der starken Einwirkung auf das Verhalten des Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiters, die nach außen Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung tragen, einer eigenständigen Positivierung bedurft. So im Ergebnis auch Lantwin (Fußn. 63), S. 413 m.w.N.; Wybitul/Gierke (Fußn. 62), S. 182; zurückhaltend auch Marschall/Müller, ZD 2016, 415 (418).

<sup>67</sup> So wohl auch Helfrich, in: Sydow (Fußn. 5), Art. 37 Rdnr. 70, der dieses Ergebnis aber maßgeblich mit einer vergleichenden Betrachtung der anderen Sprachfassungen begründet. Was die »Überwachung« im Einzelnen beinhaltet, lässt sich daraus allerdings nicht zweifelsfrei ableiten.

<sup>68</sup> Siehe auch Helfrich (Fußn. 67), Art. 37 Rdnr. 71 f.; Lantwin (Fußn. 63), S. 414.

<sup>69</sup> Frenzel, in: Paal/Pauly (Fußn. 11), Art. 10 DSGVO Rdnr. 1.

Verdacht drängt sich auf, dass er die Anforderungen des Art. 10 in Art. 83 Abs. 4 und Abs. 5 DSGVO versehentlich außen vor gelassen hat.

Gänzlich folgenlos sind Verstöße gegen Art. 10 DSGVO für Verantwortliche und Auftragsverarbeiter allerdings nicht: Art. 58 DSGVO gibt der Aufsichtsbehörde ein vielschichtiges Arsenal von Befugnissen an die Hand, die auf Verantwortliche und Auftragsverarbeiter eine repressive Wirkung ausüben können – etwa indem die Aufsichtsbehörde ihnen untersagt, personenbezogene Daten zu verarbeiten (Art. 58 Abs. 2 lit. f DSGVO). Sie kann auch von ihrer Befugnis Gebrauch machen, den Verarbeiter anzuweisen, »Verarbeitungsvorgänge gegebenenfalls auf bestimmte Weise und innerhalb eines bestimmten Zeitraums in Einklang mit [der DSGVO] zu bringen« (Art. 58 Abs. 2 lit. d DSGVO). Befolgt der Adressat die Anweisung nicht, kann die Aufsichtsbehörde ihn via Art. 83 Abs. 5 lit. e DSGVO bzw. Art. 83 Abs. 6 DSGVO mit einer Geldbuße sanktionieren. Die Tatbestände fungieren insoweit als Auffangnormen, die jegliche – auch nicht explizit genannte – Verstöße der Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter gegen die DSGVO mit einer Geldbuße bedrohen.

Als wirksamer Lückenfüller eignet sich das dreistufige Sanktionsmodell dieser Ungehorsamstatbestände im Fall eines Verstoßes gegen Art. 10 DSGVO allerdings nicht. Denn es vermittelt Verarbeitern bis zum Zeitpunkt der aufsichtsbehördlichen Weisung gleichsam einen »Freischuss«. Eine Geldbuße haben sie erst zu gewärtigen, wenn sie der expliziten Weisung nicht Folge leisten. Da personenbezogene Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten einen besonders heiklen Verarbeitungsbereich markieren, befriedigt der Umweg über Art. 83 Abs. 5 lit. e DSGVO bzw. Art. 83 Abs. 6 DSGVO das notwendige Schutzbedürfnis nicht. Dass der Unionsgesetzgeber auf die Vorgaben des Art. 10 DSGVO nicht explizit mit einer Geldbuße reagiert, erweist sich auch deshalb als eine ungewollte Fehlleistung im Bußgeldregime der DSGVO – und nicht als beredtes Schweigen.

So sehr es *de lege ferenda* wünschenswert ist, einen Verstoß gegen Art. 10 DSGVO unmittelbar bußgeldrechtlich ahnden zu können, so wenig steht es den Mitgliedstaaten jedoch frei, diese Regelungslücke in Eigenregie zu schließen. Denn der Unionsgesetzgeber gibt in Art. 83 DSGVO zu erkennen, dass er die bußgeldbewehrten Verhaltensweisen nicht nur umfassend, sondern auch abschließend benennen wollte. Er behält sich selbst das Recht vor, die Geldbußentatbestände zu formulieren. Den Mitgliedstaaten lässt er nur im Umfang der Öffnungsklauseln des Art. 83 Abs. 7 und 8 DSGVO Raum für ergänzende Vorschriften. Um das gleichmäßig scharfe Gebiss, das der Unionsgesetzgeber der Datenschutzaufsicht verleihen will,<sup>70</sup> wäre es auch schlecht bestellt, könnten die Mitgliedstaaten jede Zahnücke im Sanktionsregime der DSGVO einzeln mit einem nationalen Implantat füllen. Die Mitgliedstaaten müssen den harmonisierenden Regelungsansatz respektieren und der Versuchung widerstehen, einen nationalen Bußgeldtatbestand für Verstöße gegen Art. 10 DSGVO zu schaffen, der materielle Leerstellen im Regime des Art. 83 DSGVO überbrückt.

---

<sup>70</sup> Kühling/Martini, EuZW 2016, 448 (452).

#### 4. Bußgeldbefugnis der Mitgliedstaaten für Verstöße gegen Öffnungsklausel-Regelungen des nationalen Rechts kraft Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO?

Versagt Art. 83 DSGVO den Mitgliedstaaten eine Bußgeldbefugnis im Grundsatz, liegt eine solche aber dort im Bereich des Möglichen, wo die Union ihnen eine ausdrückliche materielle Regelungsermächtigung erteilt. Macht der nationale Gesetzgeber von einer unionalen Öffnungsklausel (z.B. Art. 23, 37 Abs. 4, Art. 87 DSGVO) <sup>71</sup> Gebrauch, ist er es, der die materielle Pflicht kraft eigener datenschutzrechtlicher Erlaubnis der Union begründet hat und begründen durfte. Über die Konsequenzen von Pflichtverstößen selbst entscheiden zu können, entspricht dann einer nachvollziehbaren Zuordnung von Entscheidungsmacht.

Die besondere Sachnähe und materielle Regelungsbefugnis als solche vermitteln den Mitgliedstaaten aber noch nicht notwendig auch eine eigene Sanktionskompetenz: Dass die Union den nationalen Gesetzgeber zu eigenen materiell-rechtlichen Regelungen ermächtigt, schließt noch nicht aus, dass sie sich gleichwohl das Recht vorbehält, ausschließlich eigene Geldbußentatbestände zu erlassen. Die Sanktions- ist keine notwendige Annexkompetenz zur Befugnis, inhaltliche Regelungen zu treffen. Steht es der Union kompetenziell frei, die betreffende Materie mit unmittelbarer Wirkung selbst zu regeln, darf sie vielmehr grundsätzlich auch selbst dekretieren, welche (Teil-)Befugnisse sie auf die Mitgliedstaaten überträgt. Der Unionsgesetzgeber kann also im Grundsatz frei entscheiden, ob er das Sanktionsregime komplett an sich zieht oder es (in Teilen) den Mitgliedstaaten überantwortet.

Zu der kompetenziellen Gemengelage, die dadurch entsteht, dass kraft unionaler Ermächtigung sowohl die Union als auch der nationale Gesetzgeber Regelungskompetenzen beanspruchen, schweigt sich die DSGVO nicht gänzlich aus. An zwei Stellen äußert sie sich zur Sanktionsbefugnis für Vorschriften, die auf der Grundlage von Öffnungsklauseln ergangen sind: in EG 149 Satz 1 (a) sowie in Art. 83 Abs. 5 lit. d DSGVO (b).

##### a) EG 149 Satz 1 DSGVO

EG 149 Satz 1 DSGVO gesteht den Mitgliedstaaten explizit das Recht zu, Sanktionen »für Verstöße gegen auf der Grundlage und in den Grenzen dieser Verordnung erlassene[n] nationale[n] Vorschriften« zu verhängen. Der Unionsgesetzgeber erstreckt seine Aussage aber ausdrücklich nur auf »die strafrechtlichen Sanktionen«, nicht aber auf Geldbußen. Das insinuiert einen Umkehrschluss: Der nationale Gesetzgeber darf keine eigenen

---

<sup>71</sup> Die Öffnungsklauseln erlauben den Mitgliedstaaten, die Anforderungen an die Verarbeitung personenbezogener Daten zu konkretisieren, zu ergänzen und zu modifizieren (EG 8 DSGVO; zur Dogmatik der Öffnungsklauseln siehe *Kühling/Martini et al.* (Fußn. 1), S. 10). Im BDSG-neu hat der deutsche Gesetzgeber diese Öffnungsklauseln in den §§ 26-29 genutzt. Eigenständige Anforderungen etabliert er insbesondere in § 26 Abs. 1 und § 27 Abs. 3 und 4 BDSG-neu.

*Bußgeldtatbestände* für Verstöße gegen die Vorschriften vorsehen, die er selbst unter Rückgriff auf Öffnungsklauseln der DSGVO erlassen hat.<sup>72</sup>

Zwingend ist dieser Schluss allerdings nicht. Ebenso gut kann es sich bei der Aussage um eine ausdrückliche Klarstellung handeln, die jedenfalls strafrechtliche Sanktionen erfasst, andere Sanktionen aber nicht ausschließt. Nicht zuletzt verfügt die Union für strafrechtliche Regelungen ohnedies nur über eine eng begrenzte Regelungskompetenz.<sup>73</sup> Erstreckte sich die Zuerkennung der Regelungsmacht in EG 149 Satz 1 DSGVO ausschließlich auf strafrechtliche Normen, hätte es seiner nicht bedurft. Könnten die Mitgliedstaaten Verstöße gegen ihre nationalen Vorschriften nur mit Strafvorschriften sanktionieren, risse überdies womöglich eine Sanktionslücke auf: Die Aufsichtsbehörden könnten Geldbußen für Verstöße gegen nationales Recht selbst dann nicht verhängen, wenn sie im Einzelfall die passgenauere Ahndungsform wären.

---

b) Art. 83 Abs. 5 lit. d DSGVO

Der *verfügende Teil* der DSGVO lässt grundsätzlich offen, inwieweit die Mitgliedstaaten Verstöße gegen ihre eigenen Vorschriften mit einem Bußgeld belegen können. Das kann andeuten, dass der unionale Gesetzgeber die inhaltliche Ausgestaltungs- und die Bußgeldbefugnis synchronisieren, also den Mitgliedstaaten vorbehalten möchte.

Diesem nachvollziehbaren rechtspolitischen Konzept folgt die DSGVO aber jedenfalls nicht konsequent: Verstößt eine Datenverarbeitung gegen nationale Vorschriften, welche die Mitgliedstaaten aufgrund der *Öffnungsklauseln des neunten Kapitels* (also der Art. 85 ff. DSGVO) erlassen haben, sanktioniert die DSGVO die Maßnahme selbst: Art. 83 Abs. 5 lit. d DSGVO belegt einen Verstoß gegen diese Vorschriften unmittelbar unionsrechtlich mit einer Geldbußendrohung.

Der Sondertatbestand legt einen Umkehrschluss nahe: Behält sich der Unionsgesetzgeber nur für mitgliedstaatliche Vorschriften explizit eine eigene Bußgeldbefugnis vor, die auf die Öffnungsklauseln des neunten Kapitels zurückgehen, reklamiert die Union für alle übrigen Öffnungsklauseln keine exklusive Sanktionsbefugnis. Die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber hätten es dann in der Hand, gestützt auf die Öffnungsklausel des Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO eigene Sanktionstatbestände (einschließlich Geldbußen) zu schaffen.

---

<sup>72</sup> Anders wohl *Frenzel* (Fußn. 11), § 41 BDSG Rdnr. 3.

<sup>73</sup> Die Ermächtigungen der Mitgliedstaaten erlauben der Union primärrechtlich zwar auch, Mindestvorschriften für Straftaten und Strafen zu erlassen, wenn sich dies als »unerlässlich [erweist] für die wirksame Durchführung der Politik der Union auf einem Gebiet, auf dem Harmonisierungsmaßnahmen erfolgt sind« (Art. 83 Abs. 2 Satz 1 AEUV). Da Straf- und Strafverfahrensnormen in die demokratische Selbstgestaltungsfreiheit eines Verfassungsstaates in besonders sensibler Weise hineinwirken, ist die Kompetenznorm aber eng auszulegen, vgl. BVerfG, Urteil vom 30.6.2009, BVerfGE 123, 267 (410). Es »muss nachweisbar feststehen, dass ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich besteht und nur durch Strafdrohung beseitigt werden kann«, BVerfG, aaO., S. 411 f. Ein derartiges unitarisierendes *Strafbedürfnis* ist für das Datenschutzrecht bislang nicht belegt. Art. 83 AEUV verleiht überdies nur eine Kompetenz zum Erlass von Richtlinien, nicht aber von Verordnungen.

Art. 83 Abs. 5 lit. d DSGVO lässt sich aber ebenso gut in anderer Weise deuten: Er kann auch implizieren, dass die Union in allen Öffnungsklauseln jenseits des neunten Kapitels kein besonderes Regelungsbedürfnis für eine Bußgelddrohung zu erkennen vermochte oder rechtspolitisch aussprechen wollte, weil sie die betreffenden Verstöße in Art. 83 DSGVO bereits anderweitig ausreichend adressiert sah.

Raum für eine mitgliedstaatliche Regelungsbefugnis auf der Grundlage des Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO (aa) verbleibt im Ergebnis mithin nur, wenn Art. 83 DSGVO in der Sache keine Sperrwirkung auslösen soll (bb).

---

aa) Art. 84 DSGVO als Anknüpfungspunkt einer nationalen Regelungsbefugnis?

Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO gesteht den Mitgliedstaaten eine Regelungsbefugnis nur »für Verstöße gegen diese Verordnung« zu: Versteht man die Wendung eng, gestattet sie dem nationalen Gesetzgeber keine Sanktionen für Verstöße gegen Normen, die er selbst, nicht aber die Union erlassen hat.

Allerdings stützen sich die Vorschriften des nationalen Gesetzgebers immerhin auf Öffnungsklauseln »der Verordnung« und sind insoweit in einem weiten Sinne auch deren Teil. Das gilt jedenfalls dann, wenn man die mitgliedstaatlichen Regelungen über datenschutzrechtliche Verstöße als Annex zu den Öffnungsklauseln der DSGVO versteht. In diesem Bereich hat die Verordnung das Sanktionsrecht dann nicht harmonisiert und gibt den Mitgliedstaaten den Weg frei, eigene ergänzende Sanktionsregelungen zu erlassen (vgl. auch EG 152: »Soweit diese Verordnung verwaltungsrechtliche Sanktionen nicht harmonisiert«).<sup>74</sup>

Denkbar ist auch, dass die Union für den normativen Korridor, in dem sie den Mitgliedstaaten Öffnungsklauseln zugesteht, keinerlei Regelungskompetenz (mehr) für sich beansprucht. In dieser Lesart reicht sie die Sanktionsbefugnis gleichsam (jenseits der DSGVO) wie ein ungeöffnetes Kuvert an die Mitgliedstaaten weiter. Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO trifft dann gar keine Aussage zur mitgliedstaatlichen Regelungsbefugnis für Verstöße, die außerhalb der Verordnung liegen.

In beiden Fällen ist der Wortlaut des Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO dann für solche mitgliedstaatliche Regelungen offen, die Geldbußentatbestände für Verstöße gegen nationale Datenschutzvorschriften aus der Taufe heben.

---

bb) Sperrwirkung des Art. 83 DSGVO?

Den Mitgliedstaaten eigene Befugnisse für *Geldbußen* zuzugestehen, widerspricht dem Regelungsanspruch der Union, die Vorgaben in Art. 83 DSGVO unionsweit einheitlich zu konzentrieren, also in allen Mitgliedstaaten gleichwertige Sanktionen herzustellen (EG 13 Satz 1 DSGVO). Könnte ein Mitgliedstaat Verstöße gegen nationale Umsetzungs- und

---

<sup>74</sup> Vgl. auch Kühling/Martini et al. (Fußn. 1), S. 282.

Abweichungsvorschriften eigenständig mit einer Geldbuße sanktionieren, stiege sein Einfluss auf das Sanktionsregime der DSGVO proportional in dem Maß an, in dem er von den (fakultativen) Öffnungsklauseln der Verordnung Gebrauch macht. Davon ginge letztlich eine disharmonisierende Anreizfunktion aus, extensiv auf Öffnungsklauseln und mit ihnen korrespondierende Sanktionsbefugnisse zurückzugreifen.

Auf eine solche Regelungsmacht sind die Mitgliedstaaten nach dem normativen Konzept der DSGVO aber auch nicht angewiesen, um normative Sanktionslücken zu schließen. Das Bußgeldregime des Art. 83 DSGVO lässt die Aufsichtsbehörden gegenüber Verstößen nationaler Bestimmungen nämlich nicht mit leeren Händen zurück: Ein Verstoß gegen nationales Datenschutzrecht kann sich zugleich als Verstoß gegen diejenigen Verordnungsbestimmungen entpuppen, die Art. 83 DSGVO mit einer Bußgeldandrohung versieht. Dann sind Verstöße gegen nationale Regelungen ebenso Verstöße gegen diejenigen Vorschriften der DSGVO, die sie konkretisieren oder von denen sie abweichen.<sup>75</sup> In diesem Fall hat die Union den normativen Bußgeldrahmen durch eigene Regelungen bereits selbst ausgefüllt.

#### (1) Verarbeitungserlaubnis (insbesondere Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c und e DSGVO)

Substanzielle Regelungsbefugnisse für eigene Verarbeitungsgrundlagen gestehen den Mitgliedstaaten bspw. Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c und e DSGVO zu. Erfüllt der Verantwortliche die Voraussetzungen solcher originär nationaler Erlaubnistatbestände nicht, verstößt er dann regelmäßig nicht nur gegen das mitgliedstaatliche Recht, sondern auch gegen das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, welches Art. 6 DSGVO etabliert. Den Rechtsverstoß kann die Aufsichtsbehörde mithin bruchlos via Art. 83 Abs. 5 lit. a DSGVO sanktionieren. Raum für eigene Geldbußenvorschriften verbleibt dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber in dieser Konstellation typischerweise nicht.

#### (2) Ausnahmen von Pflichten sowie Konkretisierungsermächtigungen

Ermächtigen Öffnungsklauseln die Mitgliedstaaten ausnahmsweise dazu, einen unionalen Regelungsstandard zu *unterschreiten* (vgl. z.B. Art. 8 Abs. 1 UAbs. 2, Art. 23 DSGVO), stellt sich die Frage nach einer nationalen Bußgeldbefugnis von vornherein nicht. Denn die nationalen Umsetzungsvorschriften verkürzen dann lediglich den Wirkradius einer unional bereits bestehenden Bußgeldandrohung. Ähnliches gilt der Sache nach in denjenigen Fällen, in denen die Mitgliedstaaten Unionsrecht durch eigene Regelungen inhaltlich *konkretisieren* oder erst *ausführbar* machen, z.B. bei der Akkreditierung von Zertifizierungsstellen auf der Grundlage des Art. 43 Abs. 1 Satz 2 DSGVO. Die nationale Vorschrift füllt dann lediglich den Inhalt der unionsrechtlichen Bußgeldandrohung aus, ohne ihre inhaltliche Substanz zu ändern.

---

<sup>75</sup> BT-Drucks. 18/11325, S. 113. Ein solches Vorgehen befürwortend *Frenzel* (Fußn. 69), § 41 BDSG Rdnr. 3.



### (3) Pflichtenergänzungen und selbstständige nationale Pflichten

---

Neben Konkretisierungsermächtigungen hält die DSGVO auch Öffnungsklauseln vor, die es den Mitgliedstaaten erlauben, den Verantwortlichen bzw. den Auftragsverarbeiter *zusätzlichen Pflichten* zu unterwerfen. So dürfen die Mitgliedstaaten etwa die Verpflichtung, einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen (Art. 37 Abs. 1 DSGVO), auf weitere Verantwortliche und Auftragsverarbeiter ausdehnen (Art. 37 Abs. 4 Satz 1 Hs. 2 DSGVO). Machen die Mitgliedstaaten davon Gebrauch, verletzt der Verantwortliche bzw. Auftragsverarbeiter die unionsrechtliche Benennungspflicht, die Art. 37 Abs. 4 Satz 1 Hs. 2 DSGVO ihm für den Fall einer nationalen Anordnung aufträgt. Die Bußgelddrohung des Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO erfasst diese Pflichten bereits tatbestandlich (»die Pflichten [...] gemäß den Artikeln [...] 25 bis 39«).

Eröffnet der Bußgeldtatbestand der Aufsichtsbehörde einen Weg, via Koppelnorm Verstöße gegen mitgliedstaatliche Erweiterungen unionaler Pflichten zu ahnden, birgt das mit Blick auf das Gebot »nulla poena sine lege« aber rechtsstaatliche Herausforderungen: Im Interesse der Rechtssicherheit fordert das Unionsrecht ein hinreichendes Maß an Normbestimmtheit ein.<sup>76</sup>

Deshalb muss der Unionsgesetzgeber in einer Bußgeldnorm ausdrücklich festschreiben, wann ein Verstoß gegen nationale Vorschriften, die sich auf eine Öffnungsklausel stützen, zugleich diejenigen Vorschriften der DSGVO verletzt, die das mitgliedstaatliche Recht konkretisiert oder von denen es abweicht.<sup>77</sup> Bußgeldbewehrt sind mithin letztlich nur Verstöße gegen nationale Öffnungsklausel-Vorschriften, soweit sie sich dem Normadressaten noch hinreichend klar als Verstoß gegen unionsrechtliche Pflichten des Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO erkennbar machen.

So erklärt sich im Ergebnis auch, warum sich der Unionsgesetzgeber in Art. 83 Abs. 5 lit. d DSGVO einer anderen Regelungssystematik als bei anderen Öffnungsklauseln bedient, namentlich die *Rechtsvorschriften, welche die Mitgliedstaaten auf der Grundlage des neunten Kapitels schaffen*, ausdrücklich dem normativen Sonderregime eines eigenen Bußgeldtatbestandes zuführt:<sup>78</sup> Typischerweise erlauben Öffnungsklauseln den Mitgliedstaaten, punktuell vom Datenschutzregime der DSGVO abzuweichen; demgegenüber stellen es die Öffnungsklauseln des neunten Kapitels dem nationalen Gesetzgeber frei, *gesamte Themenbereiche* weitgehend nach eigenen Vorstellungen zu gestalten. Sie schwören den Gesetzgeber lediglich auf ein definiertes Schutzniveau ein.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> Art. 49 Abs. 1 Satz 1, Art. 52 Abs. 1 Satz 1 GRCh; EuGH, Beschluss vom 16.1.2014, ECLI:EU:C:2014:40, Rdnr. 32 m.w.N – Dél-Zempléni Nektár Leader Nonprofit: »Eine Regelung, die nachteilige Folgen für Einzelne hat, [muss] klar und bestimmt und ihre Anwendung für die Einzelnen voraussehbar sein«; Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 52 Rdnr. 27; Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 52 GRCh Rdnr. 62.

<sup>77</sup> Kritik an der Bestimmtheit der Tatbestandsmerkmale formuliert auch *Nolde* (Fußn. 15), S. 115.

<sup>78</sup> Dazu oben I. 4. b).

<sup>79</sup> Führt er etwa nationale Kennziffern ein, darf er die Anforderungen an ihre Verarbeitung so lange selbst bestimmen, wie er die »Wahrung geeigneter Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person gemäß dieser Verordnung« sicherstellt (Art. 87 Satz 2 DSGVO). Dabei legt Art. 87 Satz 2 DSGVO den Gesetzgeber nicht eins zu eins auf das Pflichtenregime der DSGVO fest. Er verlangt lediglich, dass er das Datenschutzniveau

Einen Verstoß bspw. gegen Art. 87 DSGVO unionsrechtlich mit einer Geldbuße zu belegen, wäre daher rechtsstaatlich nicht tragfähig, erlegt die Vorschrift Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeitern doch gerade keine spezielle Pflicht auf. Diese weitgehenden mitgliedstaatlichen Befugnisse waren es letztlich, die den Unionsgesetzgeber dazu veranlasst haben, innerhalb des Art. 83 DSGVO einen hybriden Mehrebenen-Sondertatbestand vorzuhalten, der Verstöße gegen die nationalen Vorschriften des neunten Kapitels explizit mit einer Geldbuße bedroht.

*Jenseits der Öffnungsklauseln des neunten Kapitels* vertraut die Union grundsätzlich darauf, dass die Verknüpfungen bestehender unionsrechtlicher Bußgeldtatbestände mit nationalen Konkretisierungen hinreichend bestimmte Sanktionsdrohungen aussprechen. Für Verstöße gegen nationale Bestimmungen, welche die Mitgliedstaaten auf der Grundlage einer Öffnungsklausel aus der Taufe gehoben haben, dürfen sie daher nicht ohne Weiteres nach Belieben eigene Geldbußentatbestände vorhalten. Die Union konzipiert Art. 83 DSGVO auch insoweit als grundsätzlich geschlossenes Bußgeldsystem, das die Mitgliedstaaten auf sein Regime festlegt.

Eine Bußgeldbefugnis erwächst den Mitgliedstaaten nur dort, wo sie kraft Öffnungsklausel eigene Pflichten begründen dürfen, welche Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO oder andere Geldbußentatbestände des Art. 83 DSGVO nicht erfassen. Die Pflicht entstammt dann unmittelbar der nationalen Rechtsordnung; ihre Missachtung geht nicht zugleich mit einem Verstoß gegen eine originäre Pflicht aus der DSGVO einher. Dort endet der Harmonisierungsanspruch des Art. 83 DSGVO.

Dekliniert man die zahlreichen Öffnungsklauseln der DSGVO im Einzelnen durch, verbleibt im Ergebnis aber nur ein sehr schmaler Bereich, auf den diese Kriterien zutreffen. In diesen Korridor fallen Konstellationen, in denen das mitgliedstaatliche Recht selbst Verarbeitungspflichten auslösen darf, z. B. hinsichtlich der Speicherungspflicht des Art. 28 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 2 lit. g a.E. i.V. mit Art. 6 Abs. 2 u. 3 DSGVO. Bei ihr handelt es sich (jedenfalls bei enger Interpretation) nicht um eine »Pflicht des Verantwortlichen und der Auftragsverarbeiter gemäß den Artikeln 8, 11, 25 bis 39« (Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO). Denn sie ist gerade als Ausnahme von dem grundsätzlichen Pflichtenkatalog des Art. 28 DSGVO konzipiert; sie fußt daher (anders als bspw. die Pflicht des Art. 37 Abs. 4 Satz 1 Hs. 2 DSGVO, nach Maßgabe nationalen Rechts einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen) nicht auf Art. 28 DSGVO. Sie stützt sich vielmehr auf die Handlungsermächtigung der Verordnung, für die Ausübung öffentlicher Gewalt (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e DSGVO) und sub specie der Erfüllung rechtlicher Verpflichtungen (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c DSGVO) »spezifischere [nationale] Bestimmungen zur Anpassung der Anwendung der Vorschriften dieser Verordnung« (Art. 6 Abs. 3 Satz 3 DSGVO) zu erlassen.<sup>80</sup> Der Mitgliedstaat verankert mit der Speicherpflicht folglich

---

nicht unterschreitet, welches die DSGVO festgeschrieben hat; vgl. *Martini/Wagner/Wenzel*, Rechtliche Grenzen einer Personen- bzw. Unternehmenskennziffer in staatlichen Registern, 2017, S. 5 ff.: *Pauly*, in: Paal/Pauly (Fußn. 11), Art. 87 DSGVO Rdnr. 3.

<sup>80</sup> Dazu auch *Martini* (Fußn. 11), Art. 28 DSGVO Rdnr. 51; zustimmend *Spoerr* (Fußn. 16), Art. 28 DSGVO Rdnr. 80.

eine eigenständige Verarbeitungspflicht in seinem nationalen Recht. Da Art. 83 Abs. 4 lit. a DSGVO Verstöße gegen diese Pflichten nicht erfasst, darf der Mitgliedstaat sie selbst sanktionieren. Er läuft dann auch nicht Gefahr, unionsrechtlich einheitliche Maßstäbe zu unterwandern. Denn die Union gibt kraft Öffnungsklausel ihren Anspruch der Einheitlichkeit gerade auf. Die Regelungs- und Sanktionsmacht ist dann in der Hand des Mitgliedstaats vereint.

---

c) Regelungen des BDSG

Der Bundesgesetzgeber implementiert in sein neues BDSG eigene Geldbußentatbestände: § 43 BDSG-neu belegt Verstöße gegen die Auskunftspflicht und Unterrichtungspflicht für die Datenverarbeitung bei Verbraucherkrediten (§ 30 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BDSG-neu) mit einer Geldbuße von bis zu EUR 50.000.

Die nationale Vorschrift stützt sich allerdings weder auf Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO noch macht sie von einer sonstigen Öffnungsklausel der DSGVO Gebrauch. Vielmehr schöpft sie den unionsrechtlichen Regelungsspielraum der Art. 9 und 23 Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG aus, den die DSGVO nicht verdrängt. § 43 BDSG-neu schreibt mithin lediglich die Vorgängerregelung des § 29 Abs. 6 und 7 BDSG a. F. unter dem neuen Datenschutzrechtsregime fort.<sup>81</sup>

Jenseits dessen etabliert das neue BDSG keine Sanktionen für Verstöße gegen seine Bestimmungen zum Schutz der Privatheit, die von den verbleibenden nationalen Regelungsspielraum Gebrauch machen. Der deutsche Gesetzgeber zollt damit der Erkenntnis Respekt, dass Art. 83 DSGVO Verstöße gegen nationale Datenschutzvorschriften grundsätzlich unmittelbar und abschließend sanktioniert: Er folgt der unionsrechtlich vorgezeichneten Rationalität, dass Verstöße gegen nationale Regelungen typischerweise auch Verstöße gegen die DSGVO markieren.

---

d) Regelungen der Landesdatenschutzgesetze

Während das neue BDSG keine Bußgeldvorschriften für Verstöße gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen etabliert, schlagen die meisten Landesdatenschutzgesetze einen anderen Weg ein: Sie sanktionieren – insbesondere unter Berufung auf Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO<sup>82</sup> – auch Verstöße gegen das eigene Landesdatenschutzgesetz mit Bußgeldtatbeständen («entgegen den Vorschriften [...] dieses Gesetzes»).<sup>83</sup> Exemplarisch hierfür steht § 32 Abs. 1 des neuen

---

<sup>81</sup> BT-Drucks. 18/11325, S. 114.

<sup>82</sup> Siehe etwa Bbg LT-Drucks. 6/7365, S. 29.

<sup>83</sup> Art. 23 Abs. 1 BayDSG (LT-Drucks. 17/19628); § 29 Abs. 1 BlnDSG (Drucks. 18/1033); § 23 Abs. 1 BremDSGVOAG (LT-Drucks. 19/1501); § 27 Abs. 1 HmbDSG (LT-Drucks. 21/11638); § 38 Abs. 1 HDSIG (LT-Drucks. 19/5728); § 22 Abs. 1 DSG M-V (LT-Drucks. 7/1568[neu]); § 59 Abs. 1 NdsDSG (LT-Drucks. 18/548); § 33 Abs. 1 DSG NRW (LT-Drucks. 17/1981); § 24 Abs. 1 LDSG RhPf (LT-Drucks. 17/5703); § 27 Abs. 1 SaarlDSG (LT-Drucks. 16/279); § 22 Abs. 1 SächsDSDG (LT-Drucks. 6/10918); § 61 Abs. 1 ThürDSG (LT-Drucks. 6/4943). Keine Geldbußentatbestände sehen lediglich das neue baden-württembergische (LT-Drucks. 16/3930) und das schleswig-holsteinische Landesdatenschutzgesetz vor. § 68 LDSG S-H bezieht sich ausweislich der

brandenburgischen Datenschutzgesetzes (BbgDSG)<sup>84</sup>: Die Norm sanktioniert denjenigen, der personenbezogene Daten in einer Weise verarbeitet, die der DSGVO, dem BbgDSG oder einem anderen Gesetz widerspricht, mit einer Geldbuße von bis zu EUR 50.000 (§ 32 Abs. 2 BbgDSG).

Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO belässt den Mitgliedstaaten jedoch grundsätzlich nur für Sanktionen *jenseits der Geldbuße* Raum. Die landesrechtlichen Bußgeldtatbestände lassen sich mit dem Unionsrecht daher grundsätzlich allenfalls inoweit in Einklang bringen, als sie sich auf die Öffnungsklausel des Art. 83 Abs. 7 DSGVO stützen lassen: Diese erlaubt den Mitgliedstaaten, eigene Regelungen zur Bebußung öffentlicher Stellen und Behörden vorzusehen.<sup>85</sup>

Als normativer Ausdruck der landeseigenen Kompetenz, über die Datenverarbeitung der Behörden zu wachen, unterwerfen die Landesdatenschutzgesetze nach ihrem Regelungsanspruch nur den öffentlichen Sektor ihrem Anwendungsbereich (vgl. etwa § 2 BbgDSG). Sie richten ihren Handlungsauftrag daher grundsätzlich an die Mitarbeiter öffentlicher Stellen, welche die Verarbeitung vornehmen.<sup>86</sup>

Art. 83 Abs. 7 DSGVO beschränkt seine normative Ermächtigung der Mitgliedstaaten allerdings auf Regelungen »gegen Behörden und öffentliche Stellen« als solche. Der *Wortlaut* der Vorschrift stellt also auf organisationsrechtliche Einheiten, nicht auf handelnde Einzelpersonen ab. Steht es den Mitgliedstaaten jedoch frei, zu entscheiden, ob sie *Behörden* einer Bußgeldandrohung unterwerfen wollen, schließt dies bei weitem Verständnis *a maiore ad minus* auch die Freiheit ein, Geldbußendrohungen gegenüber den *Beschäftigten* der Behörden auszusprechen.<sup>87</sup> Der Rationalität des Art. 83 Abs. 7 DSGVO wird diese Wertung jedenfalls gerecht: Er zollt der staatlichen Souveränität der Mitgliedstaaten Respekt. Denn die Union genießt grundsätzlich keine Kompetenz, die verwaltungsorganisatorische Verfassung nationaler Behörden zu regeln. Dann darf sie auch nicht ohne Weiteres in die Entscheidung hineinwirken, ob (und wie) ein Mitgliedstaat seine Verwaltungsbediensteten mit Geldbußen

---

gesetzgeberischen Systematik nur auf die Umsetzung der Richtlinie (EU)2016/680 (LT-Drucks. 19/429). Wie sich das Land Sachsen-Anhalt in der Frage positionieren wird, ist derzeit noch offen.

<sup>84</sup> »Gesetz zur Anpassung des Allgemeinen Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680«, LT-Drucks. 6/7365, S. 22, 29.

<sup>85</sup> Das schließt auch ein, selbst darüber zu entscheiden, in welcher Höhe öffentliche Stellen eine Geldbuße fürchten müssen. Zwar lässt sich Art. 83 Abs. 7 DSGVO bei enger Interpretation auch anders lesen, nämlich als Ermächtigung der Mitgliedstaaten, (lediglich) darüber zu entscheiden, ob sie die grundsätzlich geltenden Bußgeldtatbestände des Art. 83 DSGVO einschränken – nicht aber, ob sie neue Tatbestände schaffen oder Bußgeldhöhen ausdehnen. Das greift jedoch etwas zu kurz: Art. 83 Abs. 7 DSGVO räumt den Mitgliedstaaten die weitergehende Regelungsautonomie ein, zu entscheiden, »ob und in welchem Umfang gegen Behörden und öffentliche Stellen [...] Geldbußen verhängt werden können« (Hervorhebung d. Verf.). Die Wendung »in welchem Umfang« bezieht sich nicht nur auf die Bandbreite der Pflichtverstöße, sondern auch auf den möglichen Bußgeldrahmen. Nur eine solche weite Lesart trägt dem Normzweck angemessen Rechnung, die Mitgliedstaaten – als Ausdruck ihrer (Eigen-)Staatlichkeit – vollständig selbst über die sanktionsrechtliche Ahndung öffentlicher Stellen entscheiden zu lassen.

<sup>86</sup> Siehe Bbg LT-Drucks. 6/7365, S. 29: »Die Verordnung (EU) 2016/679 enthält keine Regelungen zur Verhängung von Geldbußen gegenüber Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der verantwortlichen Stelle. [...] Absatz 1 greift [...] die bisherige Rechtslage auf, nach der die Verhängung von Geldbußen auch gegenüber Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen öffentlicher Stellen möglich war (§ 38 Absatz 1 BbgDSG a. F.)«.

<sup>87</sup> Restriktiver noch *Kühling/Martini et al.* (Fußn. 1), S. 274 f.

sanktioniert. Diese Regelungsmacht überlässt Art. 83 Abs. 7 DSGVO (trotz seines engen Wortlauts) allein den Mitgliedstaaten. Soweit die Bußgeldtatbestände der Landesdatenschutzgesetze Verwaltungsmitarbeiter erfassen, stehen ihre Sanktionsdrohungen daher mit der DSGVO grundsätzlich im Einklang.<sup>88</sup>

Für *sonstige Personen*, die – insbesondere durch unberechtigten Zugriff – an einem Verarbeitungsvorgang öffentlicher Stellen mitwirken, darf der Landesgesetzgeber jedoch keine Bußgeldregelungen treffen. Die Vorschrift des § 32 BbgDSG (»ordnungswidrig handelt, wer sich verschafft oder [...] ihre Übermittlung oder Weitergabe an sich oder andere veranlasst oder in anderer Weise verarbeitet«) erweist sich als partiell unionsrechtswidrig.

## II. Die Strafvorschriften des BDSG-neu

Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO gesteht den Mitgliedstaaten die Befugnis zu, eigene Straftatbestände zu implementieren. Davon hat der bundesdeutsche Gesetzgeber an zwei Stellen Gebrauch gemacht:<sup>89</sup> § 42 Abs. 1 BDSG-neu bedroht es mit Strafe, personenbezogene Daten einer großen Zahl von Personen gewerbsmäßig unberechtigt zu übermitteln oder anderweitig zugänglich zu machen. Die unberechtigte oder erschlichene Verarbeitung<sup>90</sup> personenbezogener Daten gegen Entgelt oder in der Absicht, sich oder einen Dritten zu bereichern, stellt Abs. 2 unter Strafe.

Beide Tatbestände gestaltet der Gesetzgeber als absolute Antragsdelikte aus (§ 42 Abs. 3 BDSG-neu).<sup>91</sup> Sie bewegen sich damit in der Kontinuität der Vorgängerregelung des § 44 Abs. 2 BDSG a. F.

---

<sup>88</sup> Art. 83 Abs. 7 DSGVO vermittelt dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber keine Befugnis, eigene *datenschutzrechtliche Pflichten* der Mitarbeiter öffentlicher Stellen zu etablieren, die der DSGVO widersprechen. Er darf die Beschäftigten öffentlicher Stellen also nur insoweit zu Adressaten einer Geldbuße erklären, wie ihnen eigene datenschutzrechtliche Pflichten obliegen. Art. 29 DSGVO verbietet dem Mitarbeiter grundsätzlich, eigenmächtig Daten zu verarbeiten. Den Mitarbeiterexzess mit einer Bußgeldandrohung zu versehen, ist daher mit der DSGVO vereinbar – ebenso aber auch eine Bußgeldandrohung für Mitarbeiter öffentlicher Stellen, die eine offensichtlich rechtswidrige Weisung befolgen und sehenden Auges Verarbeitungsvorgänge durchführen, welche der DSGVO widersprechen. Denn Art. 29 DSGVO verlangt dem Mitarbeiter keinen blinden Gehorsam ab: Er gibt ihm lediglich auf, nicht ohne Weisung zu handeln, nicht aber jede rechtswidrige Weisung zu befolgen. Die Vorschrift befreit Mitarbeiter also nicht von Sanktionen für offensichtlich datenschutzwidriges Verhalten.

<sup>89</sup> Auch die meisten Landesdatenschutzgesetze halten eigene Strafvorschriften vor, siehe § 29 LDSG BW; Art. 23 Abs. 2 BayDSG; § 29 Abs. 2 BlnDSG; § 33 BbgDSG; § 24 BremDSGVOAG; § 26 HmbDSG; § 37 HDSIG; § 23 DSG M-V; § 60 NdsDSG; § 34 DSG NRW; § 25 LDSG Rh-Pf; § 27 Abs. 4 SaarlDSG; § 22 Abs. 4 SächsDSDG; § 19 Abs. 2-4 LDSG S-H; § 61 Abs. 5 ThürDSG. Von der Möglichkeit, andere verwaltungsrechtliche Sanktionen einzuführen, hat der deutsche Gesetzgeber demgegenüber keinen Gebrauch gemacht. Vgl. hierzu bereits *Martini/Wagner/Wenzel* (Fußn. 39), S. 167 f.

<sup>90</sup> Der Begriff der »Verarbeitung« knüpft akzessorisch an die Legaldefinition des Art. 4 Nr. 2 DSGVO an: Er erfasst auch den Abruf und die Bereitstellung von Daten.

<sup>91</sup> Zur Regelung der Selbstbelastungsfreiheit in § 42 Abs. 4 BDSG-neu siehe *Martini/Wagner/Wenzel* (Fußn. 39), S. 179 ff.

## 1. Verhältnis zwischen § 42 Abs. 1 BDSG-neu und § 42 Abs. 2 BDSG-neu

Gleicht man die Tatbestandsmerkmale des § 42 Abs. 1 BDSG-neu einerseits und des § 42 Abs. 2 (Nr. 1) BDSG-neu andererseits im Detail ab, fallen zahlreiche Parallelen<sup>92</sup> ins Auge. Im Vergleich zu § 42 Abs. 2 BDSG-neu zieht § 42 Abs. 1 BDSG-neu jedoch ein zusätzliches Merkmal in den Tatbestand ein, das auch die Strafrahmenerhöhung im Verhältnis zu Abs. 2 rechtfertigt: das gewerbsmäßige Handeln.

Gleichwohl konzipiert der Gesetzgeber § 42 Abs. 1 BDSG-neu nicht als Qualifikation des Abs. 2. Bereits die binnensystematische Struktur der Norm widerspricht einer solchen Einordnung: Wäre § 42 Abs. 1 BDSG-neu eine Qualifikation, hätte es gesetzestechnisch nahe gelegen (wenn auch nicht zwingend erfordert),<sup>93</sup> dem Grundtatbestand den ersten Absatz zu widmen und erst anschließend zu bestimmen, welche zusätzlichen Merkmale es rechtfertigen, die Strafdrohung zu erhöhen. Vor allem aber weisen die beiden Vorschriften im subjektiven Tatbestand wesentliche Divergenzen auf: Im Falle des § 42 Abs. 1 BDSG-neu muss der Täter wissentlich vorgehen. Demgegenüber setzt § 42 Abs. 2 BDSG-neu eine Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht voraus, sofern kein Handeln gegen Entgelt vorliegt. Nicht zuletzt bilden die Begehung *gegen Entgelt* und ein Handeln *in Bereicherungsabsicht* keine Auffangkategorie für das Merkmal der *Gewerbsmäßigkeit*. Ob dieser Unterschiede stehen beide Tatbestände nicht in dem Stufenverhältnis, das für eine Einordnung als Qualifikation notwendig wäre.<sup>94</sup> Die Merkmale – und damit ihre Strafnormen – stehen vielmehr in einem Aliudverhältnis selbstständiger Tatbestände zueinander.<sup>95</sup>

## 2. § 42 Abs. 2 BDSG-neu

### a) Tatbestand

Das Tatbestandsmerkmal »ohne hierzu berechtigt zu sein« im Sinne des § 42 Abs. 2 Nr. 1 BDSG-neu meint nichts anderes als das bisherige Kriterium »unbefugt[e]« in § 44 Abs. 1 BDSG i.V. mit § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG a. F.: In beiden Fällen rekurriert das Gesetz darauf, dass eine Verarbeitungsgrundlage fehlt.<sup>96</sup> Hätte der Gesetzgeber mit dem Wortlaut statt des Rekurses auf

---

<sup>92</sup> So knüpft der Tatbestand des Abs. 1 mit der Übermittlung (Nr. 1) und der Zugänglichmachung auf andere Art und Weise (Nr. 2) an spezielle Verarbeitungsvorgänge an, die ohne Weiteres dem allgemeinen Verarbeitungsbegriff (Art. 4 Nr. 2 DSGVO) unterfallen. Die Tathandlungen decken sich deshalb auch mit dem Anwendungsbereich des § 42 Abs. 2 Nr. 1 BDSG-neu. Überdies sind auch andere Tatbestandsmerkmale beider Bestimmungen identisch, namentlich der Rekurs auf »nicht allgemein zugängliche personenbezogene Daten« sowie auf die mangelnde Berechtigung zur Verarbeitung.

<sup>93</sup> Vgl. bspw. die systematische Strukturierung der §§ 211 und 212 StGB; dazu *Eser/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), StGB, 29. Aufl. 2014, Vor § 211 m.w.N. Gleichwohl erkennt die Rechtsprechung in §§ 211 und 212 StGB zwei selbstständige Tatbestände, vgl. BGH, Urteil vom 9.11.1951, BGHSt 1, 368 (370); Urteil vom 12.1.2005, BGHSt 50, 1 (5).

<sup>94</sup> *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 47. Aufl., 2017 Rdnr. 109 ff.

<sup>95</sup> Die Gesetzgebungsmaterialien treffen keine Aussage zum Verhältnis beider Bestimmungen.

<sup>96</sup> *Holländer*, in: Wolff/Brink (Hrsg.), DatenschutzR, 2013, § 43 BDSG Rdnr. 47.



Art. 6 Abs. 1 DSGVO alle rechtlichen Anforderungen an die Datenverarbeitung zum Bezugspunkt des Tatbestandsmerkmals erheben wollen (etwa Anforderungen an die Sicherheit der Verarbeitung, Art. 32 DSGVO),<sup>97</sup> hätte er das mit Blick auf das Gebot »nulla poena sine lege« deutlicher und in klar bestimmbareren Kategorien zum Ausdruck bringen müssen. Schließlich hätte das den Radius strafbaren Verhaltens erheblich erweitert.

## b) Rechtsfolge

Als Strafraumen zeichnet § 42 Abs. 2 BDSG-neu die Linien des § 44 Abs. 1 BDSG a. F. nach: Er bemisst ihn mit »Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder [...] Geldstrafe«. Da sich Freiheits- und Geldstrafe als Kriminalstrafen strukturell von der Geldbuße unterscheiden,<sup>98</sup> unterliegen seine Sanktionen nicht den Bindungen des Geldbußensystems der DSGVO. Neben den repressiven und präventiven Zwecksetzungen,<sup>99</sup> die auch der Geldbuße innewohnen, sprechen strafrechtliche Sanktionen als sinngebendes Element auch ein sozialetisches Unwerturteil über den Täter aus.<sup>100</sup> Von der im äußersten Fall mehrjährigen Strafdrohung geht damit eine hinreichende Abschreckungswirkung aus, wie sie Art. 84 Abs. 1 Satz 2 DSGVO unionsrechtlich fordert.

## 3. § 42 Abs. 1 BDSG-neu

### a) Tatbestand

Die widerrechtliche gewerbliche<sup>101</sup> Weitergabe personenbezogener Daten stellt § 42 Abs. 1 BDSG-neu unter Strafe, sofern eine »große Zahl von Personen« betroffen ist. Diesen interpretationsoffenen Terminus zu konkretisieren, überlässt der Gesetzgeber – wie auch im Kontext des § 263 Abs. 3 Nr. 2 Var. 2 StGB, § 283a Nr. 2 Satz 2 StGB, § 306b Abs. 1 und § 330 Abs. 2 Nr. 1 StGB – den Gerichten.<sup>102</sup> Eine einheitliche Linie hat sich dort insoweit bislang weder

<sup>97</sup> So für Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO *Frenzel* (Fußn. 11), Art. 5 DSGVO Rdnr. 14 ff.

<sup>98</sup> Will das Gericht eine Geldstrafe ausurteilen, richtet sich deren Höhe nach § 40 StGB: Während die Zahl der anzusetzenden Tagessätze auf einen gerechten Schuldausgleich abzielt und zugleich präventiv einer Wiederholung vorbeugen soll, bemisst sich die Höhe des Tagessatzes am Einkommen des Täters. § 40 StGB folgt damit einer anderen Rationalität als Art. 83 DSGVO: Bei der Geldstrafe handelt es sich um eine Kriminalstrafe, die ein Richter ausspricht, und nicht um eine verwaltungsrechtliche Sanktion der Aufsichtsbehörde, vgl. *von Heintschel-Heinegg*, in: ders. (Hrsg.), BeckOKStGB, 38. Ed. (Stand: 1.5.2018), § 40 Rdnr. 4 ff.

<sup>99</sup> Vgl. *Radtke*, in: Joecks/Miebach (Fußn. 8), Vor § 38 Rdnr. 28.

<sup>100</sup> Vgl. *Radtke* (Fußn. 8), Vor § 38 Rdnr. 2.

<sup>101</sup> Nach allgemeiner Ansicht handelt gewerbsmäßig im strafrechtlichen Sinne, »wer sich durch wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer verschaffen will«, BGH, Beschluss vom 1.9.2009, NJW 2009, 3798 (3798, Rdnr. 5) zu § 146 Abs. 2 StGB. Vgl. auch *Kühl*, in: Lackner/Kühl (Hrsg.), StGB, 29. Aufl. 2018, vor § 52 Rdnr. 20.

<sup>102</sup> Auch die Gesetzgebungsmaterialien geben keinen Aufschluss darüber, welche Zahl der Gesetzgeber genau vor Augen hatte.

im Rahmen der jeweiligen Einzeltatbestände noch im Verhältnis zwischen ihnen herausgebildet.<sup>103</sup>

Da § 42 Abs. 1 BDSG-neu schon strukturell ein Delikt mit einer kritischen Breitenwirkung konstruiert und die Vorschrift insbesondere auf digitale Datenverarbeitungen abzielt, liegt es nahe, eine höhere Personenanzahl als in den vergleichbaren Tatbeständen des StGB zu verlangen.<sup>104</sup> Typischerweise wird ein Ausmaß von mehr als 50 Personen erforderlich sein.<sup>105</sup> Erst ab dieser Größenordnung entsteht regelmäßig eine Ausstrahlungswirkung datenschutzrechtlichen Fehlverhaltens, die angesichts des Ultima-ratio-Gedankens des Kriminalstrafrechts eine *strafrechtliche* Ahndung rechtfertigt.

Zwar hätte es dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit entsprochen, die Neuregelung mit einer konkreten Zahl zu verknüpfen oder wenigstens deutlicher konturierte Vorgaben zu etablieren. Die Personenmenge, ab der die Schwelle der »große[n] Zahl« greift, ist im Einzelfall jedoch auch an der Schwere der Tathandlung zu messen: Es kommt auch darauf an, ob es sich um sensible Daten (Sexualität, Geschlecht, Rasse etc.), um Personenprofile für ein Mikrotargeting oder etwa nur um reine Adressdaten oder pseudonymisierte Daten handelt. Der Gesetzgeber hat wohl gerade deshalb (bewusst) einen unbestimmten Rechtsbegriff gewählt, damit die Gerichte die konkrete Tat in all ihren Facetten strafrechtlich würdigen können.

---

#### b) Rechtsfolge

Auf der Rechtsfolgenebene zieht § 42 Abs. 1 BDSG-neu den Strafrahmen einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Im Vergleich zu § 42 Abs. 2 BDSG-neu und zur Vorgängerregelung des § 44 Abs. 1 BDSG a. F. erhöht der Gesetzgeber das Höchstmaß der Freiheitsstrafe damit um ein Jahr: Er folgt der Grundphilosophie der DSGVO, die Ahndungsmacht im neuen Sanktionsregime auszubauen, um dem Datenschutzrecht eine höhere Schlagkraft zu verleihen.

#### 4. Täterkreis des § 42 BDSG-neu

Die Straftatbestände des § 42 Abs. 1 und 2 BDSG-neu setzen keine besonderen persönlichen Merkmale beim Täter voraus: Der unspezifische Terminus »wer« macht deutlich, dass grundsätzlich jedermann das Delikt verwirklichen kann.<sup>106</sup> Auch § 44 BDSG a. F., der seinen

---

<sup>103</sup> Siehe zu den Divergenzen etwa *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), StGB, 5. Aufl. 2017, § 263 Rdnr. 396. Der BGH verlangt nach einer »tatbestandsspezifischen Auslegung«; BGH, Beschluss vom 5.8.1998, BGHSt 44, 175 (177).

<sup>104</sup> So auch *Frenzel* (Fußn. 11), § 42 BDSG Rdnr. 6.

<sup>105</sup> *Bergt* (Fußn. 5), § 42 BDSG Rdnr. 6: »jedenfalls im zweistelligen Bereich«; *Frenzel* (Fußn. 69), § 42 BDSG Rdnr. 6 hält »einen Personenkreis im niedrigen zweistelligen oder gar nur einstelligen Bereich« nicht für ausreichend; kritisch zur hinreichenden Bestimmtheit der Norm etwa *Golla* (Fußn. 5), § 42 BDSG Rdnr. 8.

<sup>106</sup> Speziell für § 43 BDSG-neu *Bergt* (Fußn. 5), § 43 BDSG Rdnr. 3 und 29; generell *Wessels/Beulke/Satzger* (Fußn. 94), Rdnr. 38.

Täterkreis ebenfalls pauschal abgesteckt hat, qualifizierte die Literatur gemeinhin als Allgemeindelikt.<sup>107</sup>

Die semantische Konstruktion des § 42 BDSG-neu löst jedoch Spannungen mit der Regelungsphilosophie der DSGVO aus. Denn ihr unionsrechtlicher Regelungsradius unterwirft grundsätzlich nur Verantwortliche und Auftragsverarbeiter als *magistri ludi* den datenschutzrechtlichen Anforderungen. Deshalb versteht es sich nicht von selbst, wenn als jedermann etwa auch Mitarbeiter<sup>108</sup> oder externe Dritte in § 42 Abs. 1 und 2 BDSG-neu eigenständige Strafdrohungen treffen. Eben dies ist aber die Folge, wenn man § 42 Abs. 1 und 2 BDSG-neu als Allgemeindelikt qualifiziert.<sup>109</sup>

Die Regelungskompetenz für das Strafrecht liegt zugleich (anders als für Geldbußen) zuvorderst bei den Mitgliedstaaten, nicht bei der Union. Art. 84 DSGVO drückt insoweit eine kompetenzielle Selbstverständlichkeit aus: Mangels primärrechtlicher Regelungskompetenz für das Datenstrafrecht<sup>110</sup> dürfen die Mitgliedstaaten selbst entscheiden, wie sie strafrechtliche Datenschutzsanktionen ausgestalten, solange diese »wirksam, verhältnismäßig und abschreckend« sind (Art. 84 Abs. 1 Satz 2 DSGVO).

Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO gesteht den Mitgliedstaaten die Regelungsbefugnis aber ausschließlich »für Verstöße gegen diese Verordnung« zu. Die materielle Pflicht und die Sanktion müssen also miteinander korrespondieren. Die Mitgliedstaaten dürfen mit anderen Worten nur dort Sanktionen aussprechen, wo die DSGVO selbst materiell-rechtliche Pflicht für den Verarbeitungsvorgang auslösen wollte (es sei denn, die Sanktion knüpft nicht an diesen, sondern an einen Sachverhalt an, der sich außerhalb der kompetenziellen Regelungsmacht der Union, insbesondere der DSGVO bewegt). Sonst hätten die Mitgliedstaaten es in der Hand, unter Rückgriff auf ihre Sanktionsbefugnis den materiellen Harmonisierungsanspruch der DSGVO zu unterlaufen.<sup>111</sup>

---

<sup>107</sup> *Ambts*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 183. Erg.-Lfg. (Stand: Jan. 2011), § 44 BDSG Rdnr. 1; *Gola/Klug/Körffler*, in: Gola/Schomerus (Hrsg.), BDSG, 12. Aufl. 2015, § 44 Rdnr. 3; *Holländer* (Fußn. 4), § 44 BDSG Rdnr. 6; *von Lewinski*, in: Auernhammer (Hrsg.), BDSG, 4. Aufl. 2014, § 44 BDSG Rdnr. 6. Anders aber *Brodowski/Nowak*, in: Wolff/Brink (Fußn. 4), § 42 BDSG, Rdnr. 15, denen zufolge der Täterkreis des § 44 BDSG a. F. »nicht abschließend geklärt« sei.

<sup>108</sup> Allerdings läuft der einzelne Mitarbeiter auch dann, wenn er Weisungen umsetzt, die den objektiven Tatbestand des § 42 Abs. 1 oder 2 BDSG-neu verwirklichen, nicht ohne Weiteres Gefahr, sich strafbar zu machen: Die Vorschriften greifen – gerade auch in subjektiver Hinsicht – nur bei einem besonders verwerflichen Verhalten ein. Versehentlich, also durch fahrlässiges Verhalten, kann sich der einzelne Mitarbeiter gerade nicht strafbar machen.

<sup>109</sup> *Brodowski/Nowak* (Fußn. 4), § 42 BDSG 2018, Rdnr. 15, qualifizieren § 42 Abs. 1 und 2 BDSG-neu deshalb als Sonderdelikte, die nur der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter begehen kann. Via § 14 StGB sollen nach ihrer Einschätzung bei einem Verband aber auch Leitungspersonen strafrechtlich einstehen müssen (aaO, Rdnr. 16).

<sup>110</sup> Vgl. Fußn. 73.

<sup>111</sup> Zu dem Anwendungsvorrang, den die Mitgliedstaaten dem materiellen Recht der Union zugestanden haben, gehören auch die Kompetenz und der legitime Regelungsanspruch der Union, das Datenschutzrecht unionsweit materiell zu vereinheitlichen (Art. 16 Abs. 2 UAbs. 1 Satz 1 AEUV, Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 u. 2, EG 7 Satz 1, EG 10 Satz 1 DSGVO). Das bedingt dann auch die Pflicht der Mitgliedstaaten, materiell-rechtliche Regelungen der Union

Art. 29 DSGVO erlegt Mitarbeitern nur eingeschränkt Pflichten auf. Er unterwirft sie einer strikten Weisungsbindung: Sie dürfen Daten nur auf Weisung des Verantwortlichen verarbeiten.<sup>112</sup> Das heißt aber nicht, dass sie jede rechtswidrige Weisung auch ausführen *müssen*. Art. 29 DSGVO gibt dem Mitarbeiter keinen blinden Gehorsam auf: Die rechtswidrige Weisung rechtfertigt einen Verarbeitungsvorgang nicht.<sup>113</sup> Wer sie bösgläubig ausführt, verstößt daher auch gegen die Verordnung und handelt unberechtigt im Sinne des § 42 BDSG-neu.

Die vorsätzliche Mitwirkung eines Mitarbeiters an einem DSGVO-Verstoß darf der deutsche Gesetzgeber daher auf der Grundlage des Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO – genauso wie den Mitarbeiterexzess<sup>114</sup>, der den Einzelnen selbst zum Verantwortlichen macht – unter Strafe<sup>115</sup> stellen – ebenso sonstige Verstöße Dritter gegen materielle Pflichten der DSGVO.

---

zu achten und nicht durch nationale Sonderregelungen zu konterkarieren. Der Bundesrepublik ist es daher verwehrt, sich unter Rückgriff auf Kompetenzbereiche, die ihr im Grundsatz weiterhin zustehen, z.B. das Arbeitsrecht, solche Kompetenzen, die sie der Union auf der Grundlage des Art. 23 GG übertragen hat, gleichsam zurückzuholen.

<sup>112</sup> Siehe nur *Ingold*, in: Sydow (Fußn. 5), Art. 29 Rdnr. 1: »Verarbeitungsverbot unter Weisungsvorbehalt«.

<sup>113</sup> Siehe auch bereits Fußn. 88. Den bösgläubigen Vollzug einer rechtswidrigen Weisung mit einer Strafe zu belegen, steht insbesondere im Einklang mit der Wertung, dem einzelnen Mitarbeiter nicht zuzubilligen, sich mit blinder Gefolgschaft aus der Verantwortung zu stehlen. Der Gesetzgeber trifft sie auch an anderer Stelle. So befreien § 63 Abs. 2 Satz 4 BBG und § 36 Abs. 2 Satz 4 BeamtStG den Beamten nicht von der Sanktionsdrohung, wenn die Strafbarkeit für ihn »erkennbar ist«. Auch andere Vorschriften bringen deutlich zum Ausdruck, dass sie den Täter bei vorsätzlichem Handeln nicht vor einer Strafbarkeit schützen, wenn er einen Befehl oder eine Weisung befolgt; vgl. etwa § 11 Abs. 2 S. 2 SG; § 3 VStGB. Für Mitarbeiter eines zivilrechtlichen Verbands gilt nichts anderes; der Mitarbeiter ist an rechtswidrige Weisungen seines Arbeitgebers nicht gebunden, vgl. Kühn, NZA 2015, 10 (12 ff.).

<sup>114</sup> Dazu auch bereits oben I. 2. a) aa) (2).

<sup>115</sup> Anders verhält es sich im Falle der Geldbuße. Insoweit formt Art. 83 DSGVO (mit Ausnahme des Art. 83 Abs. 7 DSGVO) ein abschließendes System aus.

Sanktionierung von Mitarbeitern im neuen Bußgeldregime			
Geldbuße ([grds.] -)		Strafe (+)	
Art. 83 DSGVO		§ 42 BDSG-neu	
Mitarbeiter Privater (-)	Mitarbeiter öffentlicher Stellen (+)		
<i>Keine</i> Öffnungsklausel	Öffnungsklausel: Art. 83 Abs. 7 DSGVO (weite Auslegung)	Öffnungsklausel: Art. 84 DSGVO	
Art. 83 DSGVO regelt selbst, wer Adressat einer Geldbuße sein kann. Für die Bebußung von Mitarbeitern lässt er keinen Regelungsspielraum.		Voraussetzung: »Verstoß gegen diese Verordnung«	
Täterschaft	Teilnahme	»Bösgläubiger« Mitarbeiter (Befolgung einer offensichtlich rechtswidrigen Weisung im Wissen um die Rechtswidrigkeit)	Mitarbeiterexzess
keine Regelung im BDSG	§ 41 Abs. 1 Satz 1 BDSG i. V. m. § 14 OWiG ist unionsrechtswidrig	= Verstoß gegen Art. 6 ff. DSGVO; Art. 29 verpflichtet den Mitarbeiter insbes. nicht dazu, jede offensichtlich rechtswidrige Weisung zu befolgen.	= Verstoß gegen Art. 29 DSGVO (und damit einhergehend auch materielle Pflichten des Verantwortlichen)

### III. Art. 82 DSGVO: Schadenersatz als Sanktion?

Zusätzlich zu dem Sanktionssystem der Art. 83 und 84 DSGVO belegt der Unionsgesetzgeber datenschutzrechtliche Verstöße mit Ersatzpflichten: Art. 82 Abs. 1 DSGVO verbürgt jeder Person, die infolge eines Verstoßes gegen die Verordnung einen Schaden erlitten hat, einen Anspruch auf Schadenersatz.

Das Haftungsinstrument des Schadenersatzes impliziert zwar im Grundsatz weniger ein Sanktions- als vielmehr ein Ausgleichselement: Er soll einen tatsächlichen oder rechtlichen Verlust kompensieren, den die geschädigte Person erlitten hat (vgl. etwa im nationalen Recht § 249 Abs. 1 BGB). Ersatzpflichten können aber auch den Umfang übersteigen, der erforderlich ist, um den ursprünglichen Zustand wiederherzustellen – und diese Differenz in den Dienst einer anderen Zielsetzung als der Restitution stellen. Insbesondere können sie dazu dienen,

eine Tat zu pönalisieren und den Täter von Wiederholungstaten abzuschrecken.<sup>116</sup> In dem Begriffsverständnis einiger Rechtsordnungen trägt der Schadensersatz solche Sanktionsmerkmale in sich. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis spricht man von »punitive damages« (»Strafschadenersatz«).<sup>117</sup>

Auch der EuGH scheint das Institut des Strafschadenersatzes als Sanktion zu kategorisieren.<sup>118</sup> Eine generelle Pflicht, Strafschadenersatz zu gewähren, kennt das Unionsrecht aber nicht: Im Kartellrecht hat der EuGH bspw. entschieden, dass das Unionsrecht keinen Strafschadenersatz fordere.<sup>119</sup> Ähnlich hat das Gericht die Frage auch im Antidiskriminierungsrecht beantwortet: Obwohl Art. 25 Satz 1 der Richtlinie 2006/54/EG verlangt, dass Sanktionen »wirksam, verhältnismäßig und abschreckend« zu sein haben, hat der EuGH daraus keine Verpflichtung der Mitgliedstaaten abgeleitet, auch einen Strafschadenersatz auszuurteilen.<sup>120</sup>

Zur Frage, ob in die datenschutzrechtliche Ersatzpflicht auch pönalisierende Elemente einfließen dürfen oder gar müssen, schweigt sich Art. 82 DSGVO aus. Immerhin will der Unionsgesetzgeber den »Begriff des Schadens [...] im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs weit, nämlich auf eine Art und Weise ausgelegt« sehen, »die den Zielen dieser Verordnung in vollem Umfang entspricht« (EG 146 Satz 3 DSGVO). Mit der Intention der Verordnung, »ein gleichmäßiges und hohes Datenschutzniveau für natürliche Personen« (EG 10 Satz 1 DSGVO) herzustellen, ist ein Strafschadenersatz jedenfalls kompatibel: Die abschreckende Wirkung, die von einer hohen Zahlungspflicht ausgeht, kann die Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter dazu anhalten, personenbezogene Daten unionskonform zu verarbeiten. Die Haftungsverantwortung tritt dann ergänzend zur aufsichtsbehördlichen Geldbuße in den Dienst des Ziels, materielle Rechtspflichten abzusichern, indem sie die finanzielle Belastungswirkung von Verstößen verstärkt.

Die DSGVO trennt ihre Sanktionsregeln allerdings normsystematisch bewusst von zivilrechtlichen Haftungsregeln:<sup>121</sup> Sie stellt Haftung (Art. 82 DSGVO) und Sanktionen (Art. 83

---

<sup>116</sup> Einen solchen Zweck schreibt *Quaas*, in: Wolff/Brink (Fußn. 4), Art. 82 DSGVO Rdnr. 1, auch dem Art. 82 DSGVO zu: »Der Schadensersatzanspruch gleicht nicht nur einen erlittenen Schaden aus, vielmehr erfüllt er darüber hinaus general-repressive und -präventive Zwecke.«

<sup>117</sup> Vgl. etwa *Klode*, NJOZ 2009, 1762 (1762 ff.).

<sup>118</sup> Vgl. *Bitter*, Die Sanktion im Recht der Europäischen Union, 2011, S. 238 ff.

<sup>119</sup> Der Umfang des Schadensersatzes bestimme sich grundsätzlich nach dem mitgliedstaatlichen Recht. Aus Äquivalenzgründen sei ein solcher nur dann zu gewähren, wenn er auch für vergleichbare nationale Sachverhalte vorgesehen ist. EuGH, Urteil vom 13.7.2006, Slg. 2006, I-6619 Rdnr. 92 – Vincenzo Manfredi/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA u.a., st. Rspr.

<sup>120</sup> EuGH, Urteil vom 17.12.2015, ECLI:EU:C:2015:831, Rdnr. 40 ff. – Arjona Camacho/Securitas Seguridad España. Auch in anderen Kontexten hat der EuGH die Mitgliedstaaten nicht dazu verpflichtet, einen Strafschadenersatz auszuurteilen; siehe EuGH, Urteil vom 25.1.2017, ECLI:EU:C:2017:36, Rdnr. 28 – Stowarzyszenie »Oławska Telewizja Kablowa«/Stowarzyszenie Filmowców Polskich zu Art. 13 RL 2004/48/EG; EuGH, Urteil vom 9.6.2016, ECLI:EU:C:2016:419, Rdnr. 34 f. – Hansson/Jungpflanzen zu Art. 94 VO 2100/94.

<sup>121</sup> Vgl. insoweit die Überschrift des achten Kapitels: »[...] Haftung und Sanktionen«: Während Art. 82 DSGVO die Haftung regelt, ist es den Art. 83 und 84 DSGVO vorbehalten, Aussagen zu möglichen Sanktionen. Auch die Erwägungsgründe sprechen sub specie Art. 84 DSGVO nur von straf- und verwaltungsrechtlichen Sanktionen; an



DSGVO) strikt getrennt nebeneinander. Eine *Verpflichtung*, Strafschadensersatz zu gewähren, erwächst aus Art. 82 Abs. 1 DSGVO jedenfalls nicht.<sup>122</sup> Vielmehr legt die DSGVO die Höhe des Schadensersatzes auf abstrakter Ebene selbst fest: Der Pflichtige muss den materiellen und immateriellen Schaden ersetzen, den die Tat verursacht hat – nicht mehr, aber auch nicht weniger. Art. 82 Abs. 1 DSGVO gewährt den Mitgliedstaaten auch *keine Freiheit*, ihren nationalen Gerichten ein System des Strafschadensersatzes aufzugeben; eine Öffnungsklausel enthält die Vorschrift nicht. Auch auf Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO kann sich der Mitgliedstaat insoweit nicht stützen.<sup>123</sup> Ähnlich wie Art. 83 DSGVO ist Art. 82 DSGVO vielmehr von dem Ziel beseelt, das zersplitterte mitgliedstaatliche Datenschutzrecht so weitgehend wie möglich zu harmonisieren: Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter sollen einem einheitlichen, Rechtssicherheit vermittelndem Maßstab unterliegen, an dem sie ihr Handeln von Beginn an kohärent ausrichten können (und müssen). Den Umfang dieser Ersatzpflicht regelt Art. 82 DSGVO abschließend – ohne Elemente eines Strafschadensersatzes.

#### IV. Fazit

Die DSGVO gibt dem nationalen Gesetzgeber komplexe Regelungsoptionen an die Hand, um das datenschutzrechtliche Sanktionsregime inhaltlich anzureichern. Sie können den Aufsichtsbehörden zusätzliche Sanktionsinstrumente verleihen, um das informationelle Selbstbestimmungsrecht zu verteidigen: Die Öffnungsklausel des Art. 84 DSGVO vermittelt den Mitgliedstaaten generalklauselartig die Befugnis, zusätzliche »andere Sanktionen« zu implementieren. Art. 83 DSGVO gestaltet demgegenüber die Geldbuße als unionsrechtliche Vollregelung aus.

Eine eindeutige Marschroute durch das normative Labyrinth, das Art. 83 und Art. 84 DSGVO vorzeichnen, lassen die Vorschriften nicht ohne Weiteres erkennen. Ihre rechtlichen Vorgaben erweisen sich in Teilen als kryptisch, unterkomplex und lückenhaft. So lassen sie nicht nur Regelungen zur Sanktionierung des Tatversuchs, zur Teilnahme an Taten (Anstiftung und Beihilfe) und zur Tatbegehung durch Unterlassen vermissen. Auch Fragen der Schuld und der Irrtumslehre regelt die DSGVO nicht.

Etwas verklausuliert, in der Sache aber entschlossen verstellt die Union den Mitgliedstaaten jedoch den Weg, das rigide Sanktionsregime der DSGVO gezielt zu unterwandern: Art. 83 DSGVO harmonisiert die Sanktionsform der Geldbuße im Grundsatz insgesamt abschließend. Den Mitgliedstaaten eröffnet die DSGVO ausschließlich in Art. 83 Abs. 7 (im Hinblick auf Behörden) sowie Abs. 8 (hinsichtlich der Ausgestaltungen des *Verfahrensrechts*) für Geldbußen Regelungsspielraum.

---

zivilrechtliche Sanktionen hat der Unionsgesetzgeber insoweit nicht gedacht (vgl. insbesondere EG 152 DSGVO). Siehe dazu auch bereits *Martini/Wagner/Wenzel* (Fußn. 39), S. 168.

<sup>122</sup> Ebenso *Bergt* (Fußn. 5), Art. 82 DSGVO Rdnr. 18; *Wybitul/Neu/Strauch*, ZD 2018, 202 (206). Ähnlich auch *Nemitz* (Fußn. 5), Art. 82 Rdnr. 17.

<sup>123</sup> So auch *Golla* (Fußn. 5), Art. 84 Rdnr. 2. Unklar *Bergt* (Fußn. 5), Art. 84 DSGVO Rdnr. 10.

Den Mitgliedstaaten ist es daher grundsätzlich verwehrt, unter Rückgriff auf Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO nationale Geldbußentatbestände aus der Taufe zu heben. Sie dürfen insbesondere nicht datenschutzrechtliches Fehlverhalten der Randfiguren der Verarbeitung – namentlich der Mitarbeiter, des Datenschutzbeauftragten oder des Vertreters – mit einer Geldbuße bedrohen. Das Schweigen des Art. 83 DSGVO erweist sich insoweit als ein beredtes: Die Vorschrift erfasst diese Personen (bewusst) nicht. Der pauschale Verweis des § 41 Abs. 1 Satz 1 BDSG-neu auf das OWiG schießt daher über das Ziel hinaus: Indem das neue deutsche Datenschutzrecht die §§ 8, 9, 14 OWiG zur Beihilfe und Anstiftung sowie Täterschaft durch Unterlassen ebenso wie zur Verletzung der Leitungsverantwortung in seinen Anwendungsbereich integriert, maßt der nationale Gesetzgeber sich materielle Bußgeldkompetenzen an, die ihm die DSGVO nicht zugesteht.

Selbst dort, wo sich das Geldbußensystem des Art. 83 DSGVO als unbeabsichtigt unvollständig erweist, insbesondere mit Blick auf Verstöße gegen Art. 10 DSGVO, darf der nationale Gesetzgeber insoweit keine eigenen Tatbestände kreieren, um normative Lücken zu schließen: Etwaige Durchschlüpfe innerhalb des Art. 83 Abs. 4 und 5 DSGVO darf nicht der Mitgliedstaat, sondern nur die Union versperren. Mit vollends stumpfer Klinge steht die Aufsichtsbehörde Pflichtverstößen des Verantwortlichen bzw. des Auftragsverarbeiters dennoch nicht gegenüber: Wenn die Geldbußentatbestände des Art. 83 Abs. 4 und 5 DSGVO deren Handeln nicht ausdrücklich adressieren, kann sie ein Fehlverhalten über den »Umweg« des Art. 83 Abs. 6 DSGVO im Anschluss an eine Anweisung sanktionsrechtlich ahnden. Die Durchschlagkraft des Sanktionssystems bleibt in diesem Fall jedoch rechtspolitisch hinter dem Wünschenswerten zurück.

Allein die Öffnungsklauseln der DSGVO berechtigen die Mitgliedstaaten i.V. mit Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO, in sehr engen Grenzen eigene Tatbestände für Geldbußen jenseits des Art. 83 DSGVO in ihr normatives Waffenarsenal aufzunehmen. Für nationale Vorschriften, die sich auf das neunte Kapitel der DSGVO mit seinen weiten Bereichsöffnungsklauseln stützen, spricht Art. 83 Abs. 5 lit. d DSGVO die Bußgeldsanktion unmittelbar unionsrechtlich aus. In allen anderen Fällen sind Verstöße gegen nationale Regelungen typischerweise zugleich Verstöße gegen diejenigen Vorschriften der DSGVO, welche sie konkretisieren oder von denen sie abweichen. Soweit die Mitgliedstaaten aber ausnahmsweise eigene inhaltliche Gestaltungsbefugnis ausüben dürfen, die nicht bereits die DSGVO ausfüllt (insbesondere eigene Pflichten begründen dürfen, die nicht bereits die DSGVO etabliert, vgl. Art. 28 Abs. 3 UAbs. 1 Satz 2 lit. g a. E. i.V. mit Art. 6 Abs. 2 u. 3 DSGVO), dürfen sie diese auch sanktionsrechtlich durch Geldbußentatbestände flankieren. Die DSGVO erfasst diesen Sanktionsanspruch nicht.

Die Union behält sich zwar grundsätzlich selbst die Kompetenz vor, das Schwert der Geldbuße zu schmieden. Die Mitgliedstaaten können den Aufsichtsbehörden und Staatsanwaltschaften zusätzlich zu der unionsrechtlich vorgeformten Sanktionsordnung aber zumindest andere, nicht weniger bedrohliche Sanktionsformen an die Hand geben: Ihnen bleibt es unbenommen, auf der Grundlage des Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO Sanktionsformen jenseits der Geldbuße, namentlich andere Verwaltungssanktionen und Strafvorschriften, auszuformen. Auch dann gibt die DSGVO den Mitgliedstaaten aber kein Werkzeug an die Hand, um den Kreis materieller

Datenschutzpflichten auszuweiten: Der Unionsgesetzgeber gestattet es den Mitgliedstaaten nur, eigene Sanktionen vorzusehen, die auf die Verletzung solcher Pflichten rekurrieren, welche die DSGVO selbst kennt («Verstöße gegen diese Verordnung»). Weiteren sanktionsbewehrten materiellen datenschutzrechtlichen Pflichten darf er demgegenüber nicht über den Umweg des Art. 84 Abs. 1 Satz 1 DSGVO Gestalt verleihen.

Von dem wachsamen und umsichtigen Auge der Aufsichtsbehörden wird abhängen, ob sie das sanktionsrechtliche Instrumentarium der DSGVO als scharfes Schwert zielgenau einsetzen. Die DSGVO vertraut ihnen in Art. 83 DSGVO zumindest das notwendige Handlungsarsenal an, um auf Datenschutzverstöße auch mit der notwendigen Härte reagieren zu können. Die unionsweite Datenschutzaufsicht dafür personell und sachlich angemessen auszustatten, wird eine zentrale und andauernde Herausforderung für die Datenschutzpolitik der Union sein. In der Vergangenheit hat sich jedenfalls gezeigt: Allein die Wunde des schlechten Gewissens reicht in einem Universum ubiquitärer Datenverarbeitung nicht aus, um Rechtsverletzungen wirksam zu bekämpfen. Umgekehrt gilt aber auch *Schillers* Warnung: »Eh ihr zum Schwerte greift, bedenkt es wohl.«<sup>124</sup> Denn fast ebenso gefährlich wie ein Persönlichkeitsschutz ohne Schwert ist eine grobe Sanktionsklinge, welche – unachtsam eingesetzt – die Falschen trifft.

---

<sup>124</sup> So die Worte des Pfarrers *Rösselmann* in *Schillers* Drama »*Wilhelm Tell*«, 2. Akt, 2. Szene.