

Milliardenbußgelder nach der DS-GVO?

Ein Überblick über die neuen Sanktionen bei Verstößen gegen den Datenschutz

Compliance
Kartellrecht
Unternehmensbegriff
Wirtschaftliche Einheit
Bußgeldrahmen

■ Nach der EU-Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) können Aufsichtsbehörden Bußgelder von bis zu € 20 Mio. verhängen. Gegen Unternehmen sind aber noch deutlich höhere Geldbußen möglich. Hier können die Aufsichtsbehörden Bußgelder von bis zu 4% des weltweiten Umsatzes des Vorjahrs verhängen. Diese Art der Sanktionierung ist deutlich an das Kartellrecht angelehnt. Die DS-GVO nimmt sogar ausdrücklich auf den Unternehmensbegriff i.S.d. EU-Kartellrechts Bezug. Im Kartellrecht ist für die Bemessung des Bußgelds nicht nur der Umsatz des einzelnen betroffenen Unternehmens, sondern der gesamten Unternehmensgruppe maßgeblich. Gerade für Konzerne oder sonstige Unternehmensverbände hat dieser Unterschied gravierende Folgen für die Bestimmung möglicher Bußgeldrisiken. Hier setzt der vorliegende Beitrag an. Er erläutert zunächst den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff. Im Anschluss stellt er Verantwortlichkeiten und Sanktionen in der datenschutzrechtlichen Systematik dar. Der vorliegende Überblick zeigt, welche Auswirkungen eine Übertragung des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs auf die DS-GVO in der Praxis hat.

■ The supervisory authorities may issue fines of up to € 20 million under the EU General Data Protection Regulation (GDPR). Even significantly higher fines are possible against undertakings. In these cases, supervisory authorities may issue fines of up to 4% of the global turnover of the preceding year. This kind of sanction is obviously borrowed from anti-trust law. The GDPR even explicitly refers to the definition of an undertaking under EU anti-trust law. Under anti-trust law, fines are not only calculated based on the turnover of the specific affected undertaking, but of the whole group of undertakings. This difference has serious consequences for groups of undertakings but also for other associations of undertakings, when assessing the potential liability risk. This article starts here. First of all, it explains the definition of an undertaking from an anti-trust perspective, followed by an overview of the accountability and sanctions under current and future data protection law. The overview shows the practical effects of adopting the anti-trust law definition of an undertaking for the GDPR.

Lesedauer: 21 Minuten

I. Sanktionen, die „wehtun sollen“

Der europäische Gesetzgeber hat im Dezember 2015 eine Einigung über die Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutzgrundverordnung – DS-GVO)¹ erzielt.

Einer der Kernpunkte der europaweiten Datenschutzreform ist die Einführung „starker Sanktionen“ bei Datenschutzverstößen, die „wehtun sollen“.² Nach geltendem Datenschutzrecht verhängten deutsche Aufsichtsbehörden bislang nur Bußgelder in Gesamthöhen von unter € 2 Mio. gegen einzelne Unternehmen.³ Künftig beträgt die maximale Geldbuße für Datenschutzverstöße bis zu € 20 Mio. Unternehmen drohen sogar bis zu 4% des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes im vorangegangenen Geschäftsjahr. Laut *Jan Philipp Albrecht*, dem Berichterstatter des Europäischen Parlaments, könne dies für die großen globalen Internetkonzerne „auf Milliarden“ hinauslaufen.⁴

Im Kartellrecht setzen die zuständigen Behörden bereits seit langem Bußgelder gegen Unternehmen auf der Basis ihres Umsatzes fest.⁵ Die Behörden verhängen hier Bußgelder gegen einzelne Unternehmen in bis zu dreistelliger Millionenhöhe.⁶ Der europäische Gesetzgeber hat kurz vor Ende der Trilog-Verhandlungen den Erwägungsgrund 120 der DS-GVO noch einmal angepasst. Er hat dort den Hinweis aufgenommen, dass bei Bußgeldern der Begriff des Unternehmens i.S.d. Art. 101 und 102 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) gilt. Bei Geldbußen gegen Unternehmen gilt also der kartellrechtliche Unternehmensbegriff. Für die praktische Anwendung der DS-GVO stellt sich somit die Frage, was unter dem kartellrechtlichen Unternehmensbegriff zu verstehen ist und welche Auswirkungen sich für Bußgelder nach der DS-GVO ergeben.

II. Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff in der Unionsrechtsordnung

Erwägungsgrund 120 DS-GVO verweist auf Art. 101 und 102 AEUV. Damit bezieht sich die DS-GVO auf einen relativ weiten, in jahrelanger Entscheidungspraxis der *Kommission* und des *EuGH* geprägten Unternehmensbegriff.

1. Unternehmen i.S.d. Art. 101 und 102 AEUV

Der Begriff des Unternehmens i.S.d. Art. 101 und 102 AEUV (ex-Art. 81 und 82 EGV) ist nach st. Rspr. des *EuGH* ein funktionaler Unternehmensbegriff.⁷ Hiernach ist ein Unternehmen „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“.⁸ Nicht

¹ Dieser Aufsatz basiert auf der englischen Fassung der DS-GVO v. 15.12.2015, abrufbar unter: <http://statewatch.org/news/2015/dec/eu-council-dp-reg-draft-final-compromise-15039-15.pdf>. Auf Grund der noch erforderlichen redaktionellen Überarbeitung des Texts ist es möglich, dass sich die Zählung der Artikel, Absätze und Erwägungsgründe gegenüber der endgültigen Fassung ändert.

² *LIBE-Ausschuss des Europäischen Parlaments*, EU-Datenschutzgrundverordnung: Stand der Dinge – 10 wichtige Punkte v. 11.6.2015, S. 2.

³ S. z.B. *Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Rheinland-Pfalz*, PM v. 29.12.2014 zum Verfahren gegen Debeka.

⁴ *Jan Philipp Albrecht*, PM v. 21.12.2015.

⁵ Vgl. Art. 23 Abs. 1, 2 Satz 2 der VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln.

⁶ 2008 hat die *EU-Kommission* z.B. ein Bußgeld i.H.v. € 899 Mio. gegen *Microsoft* verhängt, s. PM der *EU-Kommission* v. 27.2.2008.

⁷ S. zum funktionalen sowie zum weitgehend überkommenen institutionellen Unternehmensbegriff etwa *Emmerich*, in: Immenga/Mestmäcker, *EU-Wettbewerbsrecht*, 5. Aufl., Art. 101 Rdnr. 8 m.w.Nw.; einen Überblick über den Unternehmensbegriff und Bußgeldhaftung in der Entscheidungspraxis des *EuGH* gibt etwa *Kersting*, *WuW* 2014, 1156 ff.

⁸ St. Rspr., s. etwa *EuGH*, Slg. 1991, I-2010 Rdnr. 21 – Höfner und Elser; *EuGH*, Slg. 2006, I-6319 Rdnr. 25 – FENIN m.w.Nw.

entscheidend ist dabei, wer tätig ist, sondern die aktive Teilnahme am Wirtschaftsleben durch das Anbieten oder u.U. auch Nachfragen von Gütern oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt.⁹ Unerheblich ist somit insbesondere, ob die Marktteilnahme ohne Gewinnerzielungsabsicht, in Ausübung eines freien Berufes oder als künstlerische Tätigkeit erfolgt.¹⁰ Ausgenommen sind u.a. nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten als Arbeitnehmer oder Verbraucher.¹¹

Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für den Unternehmensbegriff ist die „wirtschaftliche Einheit“, die bereits der Definition des *EuGH* zu entnehmen ist. Diese wirtschaftliche Einheit kann dabei nicht nur aus einem einzelnen Unternehmen i.S.e. Rechtssubjekts, sondern aus mehreren, natürlichen oder juristischen Personen bestehen.¹² Sie liegt vor, wenn „die Tochtergesellschaft trotz eigener Rechtspersönlichkeit ihr Marktverhalten nicht autonom bestimmt, sondern im Wesentlichen Weisungen der Muttergesellschaft befolgt“.¹³ Dies ist der Fall, wenn auf die Tochtergesellschaft ein bestimmender Einfluss ausgeübt wird.

Der Grund für diesen weiten Unternehmensbegriff¹⁴ des europäischen Kartellrechts liegt in der Zielsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts. Dies ist die Sicherung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs und damit auch die Schaffung eines funktionierenden Binnenmarkts nach Art. 26 Abs. 1 AEUV.¹⁵ Zur Sicherung dieses Ziels ist es zweckmäßig, nicht an der Rechtsform oder dem einzelnen Rechtssubjekt anzuknüpfen, sondern am (wettbewerbswidrigen) Marktverhalten der wirtschaftlichen Einheit insgesamt.¹⁶

⁹ *Bosch*, in: Bechtold/Bosch, *GWB*, 8. Aufl., § 1 *GWB* Rdnr. 7 m.w.Nw.; *EuGH*, Slg. 2006, I-6319 Rdnr. 25 f. – *FENIN* m.w.Nw.; s. zur Beurteilung der Nachfrage bei späterer nicht wirtschaftlicher Verwendung *Emmerich* (o. Fußn. 7), Art. 101 Rdnr. 17 f. m.w.Nw.

¹⁰ *Mestmäcker/Schweitzer*, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3. Aufl., § 9 Rdnr. 32 ff. m.w.Nw.

¹¹ S. nur *Bosch* (o. Fußn. 9), § 1 *GWB* Rdnr. 7.

¹² St. Rspr., s. etwa *EuGH*, Slg. 1984, 2999 Rdnr. 11 – *Hydrotherm*; *EuGH*, Slg. 2011, I-0001 Rdnr. 35 – *General Química* m.w.Nw.

¹³ St. Rspr., s. etwa *EuGH*, Slg. 1972, 622 Rdnr. 132 ff. – *ICI*; *EuGH*, Slg. 2009, I-8237 Rdnr. 58 – *Akzo Nobel* m.w.Nw.

¹⁴ Einen umfassenden Überblick über die entschiedenen Einzelfälle und die wenigen einschränkenden Konstellationen, etwa bei Sozialversicherungsträgern, gibt *Emmerich* (o. Fußn. 7), Art. 101 Rdnr. 19 ff.

¹⁵ Vgl. etwa *Bunte*, in: *Langen/Bunte*, *Europäisches Kartellrecht*, 12. Aufl., Einl., Rdnr. 36 m.w.Nw.; zur Bedeutung der novellierten Vertragsziele *Kling/Thomas*, *Kartellrecht*, 2. Aufl., § 2 Rdnr. 47 m.w.Nw.

¹⁶ In diesem Sinne etwa auch *Kersting*, *WuW* 2014, 1156, 1157.

¹⁷ S. zur Haftung einer Holdinggesellschaft für ein konzernangehöriges Tochterunternehmen etwa *EuGH*, Slg. 2011, I-0001 Rdnr. 85 ff. – *General Química*.

¹⁸ St. Rspr., s. etwa *EuGH*, Slg. 2009, I-8237 Rdnr. 60 – *Akzo Nobel* m.w.Nw.; zur Frage der Rechtmäßigkeit einer solchen Vermutung *Kokott/Dittert*, *WuW* 2012, 670, 675 f. m.w.Nw.

¹⁹ Erforderlich ist der Nachweis, dass die Tochtergesellschaft auf dem Markt eigenständig aufgetreten ist, s. etwa *EuGH*, Slg. 2011, I-0001 Rdnr. 89 – *General Química* m.w.Nw.; zu den hiermit verbundenen Schwierigkeiten *Kersting*, *WuW* 2014, 1156, 1163 ff.; sowie *Hengst*, in: *Langen/Bunte* (o. Fußn. 15), Art. 101 AEUV Rdnr. 46.

²⁰ S. *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:605, Rdnr. 58 f. – *Dow Chemical*; und *EuGH*, ECLI:EU:C:2013:601, Rdnr. 47 f. – *El du Pont de Nemours*, für den Fall eines Vollfunktions-JVs, auf das beide Mütter einen bestimmenden Einfluss hatten und ausübten.

²¹ St. Rspr., s. etwa *EuGH*, Slg. 2009, I-8237 Rdnr. 59, 61 – *Akzo Nobel*; *EuGH*, Slg. 2011, I-0001 Rdnr. 85, 89 – *General Química*.

²² Näher hierzu *Kling*, *ZWeR* 2011, 169, 171 m.w.Nw.

²³ Vgl. hierzu *Sura*, in: *Langen/Bunte* (o. Fußn. 15), Art. 23 VO Nr. 1/2003, Rdnr. 10, 36 sowie zur Bußgeldbemessung Rdnr. 41 ff.; diese Selbstverständlichkeit des europäischen Kartellrechts ergibt sich in Deutschland auf Grund der Besonderheiten des OWiG aus der Anordnung im kartellrechtlichen Bußgeldtatbestand des § 81 Abs. 4 Satz 3 *GWB*, der auf den Umsatz der „wirtschaftlichen Einheit“ verweist.

²⁴ S. zum Grundsatz der Unternehmenskontinuität und den einzelnen Fallgruppen *Emmerich* (o. Fußn. 7), Art. 101 Rdnr. 13 f. m.w.Nw., anders als derzeit noch teils im deutschen Recht besteht damit im europäischen Kartellrecht nicht die Möglichkeit, durch geschickte Umstrukturierung ggf. einer Millionenbuße zu entgehen.

²⁵ Vgl. *Schwarzel/Bechtold/Bosch*, *Rechtsstaatliche Defizite im Kartellrecht der Europäischen Gemeinschaft*, S. 46 m.w.Nw.

²⁶ S. etwa *Schwarzel/Bechtold/Bosch* (o. Fußn. 25).

2. Zurechnung innerhalb der wirtschaftlichen Einheit

Als Konsequenz der wirtschaftlichen Einheit erfolgt innerhalb einer Unternehmensgruppe eine Zurechnung des Verhaltens von unten nach oben und ggf. über zahlreiche Ebenen, sofern ein bestimmender Einfluss gegeben ist.¹⁷

a) Haftung für Tochterunternehmen

In der Regel bilden Mutter- und Tochtergesellschaft eine wirtschaftliche Einheit. Ausschlaggebend für die Bewertung als wirtschaftliche Einheit ist, ob die Muttergesellschaft aus wirtschaftlichen, organisatorischen oder rechtlichen Gründen die Möglichkeit eines bestimmenden Einflusses auf die Tochtergesellschaft hat und diesen Einfluss auch ausübt. Soweit die Tochtergesellschaft zu (beinahe) 100% der Muttergesellschaft gehört, besteht hierbei die Vermutung, dass ein bestimmender Einfluss auch ausgeübt wurde.¹⁸ Dabei ist die Vermutung zwar grundsätzlich widerlegbar, wenn dies auch in der Praxis bisher nicht gelungen sein dürfte.¹⁹ Eine wirtschaftliche Einheit kann unter gewissen Umständen jedoch sogar bei einem 50/50-Joint Venture und seinen beiden Müttern angenommen werden.²⁰

Als Folge der wirtschaftlichen Einheit besteht die Möglichkeit, Mutter- und Tochtergesellschaft gesamtschuldnerisch für ein Fehlverhalten der Tochter heranzuziehen und zu beuhen, ohne dass die persönliche Beteiligung der Mutter an der Zuwiderhandlung nachzuweisen wäre.²¹ Die Konstruktion als Gesamtschuld birgt den Vorteil, dass das Kartellrecht auch extraterritorial vollstreckt werden kann, wenn z.B. die Muttergesellschaft in einem Drittland ansässig ist.²²

b) Konzernumsatz und Rechtsnachfolge

Beim Vorliegen einer wirtschaftlichen Einheit kann ein Konzern als ein einziges Unternehmen im kartellrechtlichen Sinne behandelt werden. In diesem Falle bildet der gesamte Konzernumsatz den für die Berechnung eines Bußgelds maßgeblichen Unternehmensumsatz.²³ Schließlich stellt die wirtschaftliche Einheit sicher, dass im Falle von Umstrukturierungen die Haftung im Konzern verbleibt bzw. auf den Rechtsnachfolger übergeht.²⁴

3. Für das Unternehmen handelnde Personen

Als weitere Konsequenz der wirtschaftlichen Einheit genügt es, wenn irgendeine natürliche Person für das Unternehmen gehandelt hat. Insoweit ist es in der Praxis des *EuGH* ausreichend, dass ein Verhalten dem Unternehmen zuzurechnen ist, ohne dass eine konkret handelnde Person überhaupt benannt werden muss.²⁵ Eine Grenze erfährt dies ggf. dort, wo eine Person klar die Grenzen ihrer Funktion überschreitet und dieses Verhalten dem Unternehmen auch nicht anderweitig zuzurechnen ist, etwa durch Billigung.²⁶

III. Verantwortlichkeit und Sanktionen für Datenschutzverstöße nach geltendem und kommendem Recht

Um die möglichen Auswirkungen einer Übertragung des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs auf das Datenschutzrecht bestimmen zu können, muss die Systematik der Sanktionen für Datenschutzverstöße durch die Datenschutzbehörden nach geltendem deutschen und kommendem europäischen Recht betrachtet werden.

1. Verantwortung und Sanktionen nach geltendem Recht

a) Verantwortliche Stelle als Adressat der Vorgaben des BDSG

Die Verantwortung für die Einhaltung des Datenschutzrechts beim Umgang mit personenbezogenen Daten liegt im deut-

schen Datenschutzrecht bei der verantwortlichen Stelle nach § 3 Abs. 7 BDSG. Verantwortliche Stelle ist danach jede Person oder Stelle, die personenbezogene Daten für sich selbst erhebt, verarbeitet oder nutzt oder dies durch andere im Auftrag vornehmen lässt. Im nicht-öffentlichen Bereich sind verantwortliche Stellen sowohl natürliche Personen als auch juristische Personen, Gesellschaften und andere Personenvereinigungen des privaten Rechts.²⁷ Soweit personenbezogene Daten durch Unternehmen verarbeitet werden, wird die jeweilige juristische Person bzw. Personengesellschaft als eigenständige verantwortliche Stelle angesehen.²⁸ Auch bei Unternehmensgruppen ist nicht der Konzern als solcher die verantwortliche Stelle, sondern jede einzelne Konzerngesellschaft für sich.²⁹ Das bisherige deutsche Datenschutzrecht kennt kein Konzernprivileg.³⁰ Anknüpfungspunkt für die Verantwortlichkeit ist damit primär das jeweilige Rechtssubjekt.

b) Sanktionen

Stellt eine deutsche Datenschutzbehörde i.S.d. § 38 Abs. 1 BDSG einen Verstoß gegen das deutsche Datenschutzrecht durch ein Unternehmen fest, kann sie hierauf vor allem mit den folgenden Maßnahmen reagieren.

■ Anordnungsverfügung

Zunächst kann die Behörde per Verwaltungsakt gegenüber dem Unternehmen nach § 38 Abs. 5 Satz 1 und 2 BDSG anordnen, den Verstoß abzustellen. Eine solche Anordnungsverfügung kann unproblematisch direkt gegen das handelnde Unternehmen als verantwortliche Stelle ergehen.³¹

■ Bußgelder und Gewinnabschöpfung

Wurde der Datenschutzverstoß fahrlässig oder vorsätzlich begangen, kann die Datenschutzbehörde ein Bußgeld von bis zu € 300.000,- pro Verstoß verhängen, § 43 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 BDSG.

Das Bußgeld nach § 43 BDSG kann nicht direkt gegen Unternehmen verhängt werden. Denn ein Bußgeld richtet sich zunächst gegen den Täter der Ordnungswidrigkeit. Täter kann zunächst nur eine natürliche Person sein.³² Adressat eines Bußgelds ist mithin derjenige, dem die tatsächliche Verantwortung und Entscheidungsbefugnis über den gesetzlich geregelten Sachverhalt obliegt.³³ Dies ist bei Unternehmen vor allem der konkret tätige Mitarbeiter.³⁴

Begeht eine der in § 30 Abs. 1 OWiG aufgeführten Leitungspersonen eine Ordnungswidrigkeit nach § 43 BDSG, kann eine Geldbuße auch gegen das Unternehmen selbst verhängt werden. Da gem. § 14 OWiG der Begriff des Einheitstäters gilt, ist es unerheblich, ob die Leitungsperson den Verstoß allein, als Mittäter, als Anstifter oder als Gehilfe begeht.³⁵ Darüber hinaus sanktioniert § 130 OWiG die Verletzung von Aufsichtspflichten durch den Inhaber eines Unternehmens. Handelt es sich bei dem Inhaber eines Unternehmens wiederum um eine juristische Person (z.B. die Konzernmutter), sind gem. § 9 OWiG deren vertretungsberechtigte Organe maßgeblich.³⁶ Ein Verstoß gegen § 130 OWiG kann zum einen mit einem Bußgeld gegen den Inhaber geahndet werden. Darüber hinaus kann die Ordnungswidrigkeit nach § 130 OWiG über § 30 OWiG wiederum dem Unternehmen selber zugerechnet werden.³⁷ Die Höhe der Geldbuße gegen Unternehmen und Inhaber richtet sich nach § 43 BDSG (§§ 30 Abs. 2 Satz 2, 130 Abs. 3 Satz 3 OWiG).

Die nach § 43 Abs. 3 Satz 2 und 3 BDSG ebenfalls vorgesehene Gewinnabschöpfung hat zwar bislang (noch) keine deutlich erkennbare praktische Relevanz. Dies könnte sich aber durch die engmaschigen Vorgaben der DS-GVO durchaus ändern, etwa beim Profiling oder bei Big Data. Gerade Unternehmen, deren

Geschäftsmodell weitgehend auf der Verarbeitung personenbezogener Daten beruht, sollten daher auch das mögliche Risiko einer Gewinnabschöpfung berücksichtigen. Auch nach Inkrafttreten der DS-GVO können Aufsichtsbehörden weiterhin Gewinne abschöpfen. Hierfür kommt es nicht darauf an, ob § 43 Abs. 3 Satz 2 und 3 BDSG durch Art. 79 DS-GVO verdrängt wird oder ob die Abschöpfung als sonstige Sanktion nach Art. 79b DS-GVO zulässig bleibt. Denn bereits die allgemeine Vorschrift des § 17 Abs. 4 OWiG sieht bei der Verhängung von Bußgeldern wegen der Begehung von Ordnungswidrigkeiten die Möglichkeit vor, Gewinne abzuschöpfen.

■ Straftat

Liegt sogar eine Straftat nach § 44 Abs. 1 BDSG vor, kann die Datenschutzbehörde Strafanzeige bei der zuständigen Staatsanwaltschaft nach § 44 Abs. 2 Satz 2 BDSG stellen. Die strafrechtlichen Sanktionen richten sich gegen die jeweils handelnden natürlichen Personen. Inwieweit sich Mitglieder der Unternehmensleitung strafbar machen, richtet sich nach den allgemeinen Regelungen des StGB.³⁸ Im Fall einer (vorsätzlichen) Straftat kann das Bußgeld gem. § 30 OWiG bereits nach bisherigem Recht bis zu € 10 Mio. betragen. Zudem können die Aufsichtsbehörden Geldbußen nach § 130 OWiG i.H.v. bis zu € 1 Mio. verhängen.

2. Verantwortlichkeit und Sanktionen nach der DS-GVO

Die Aufsichtsbehörden können Bußgelder nach der DS-GVO sowohl gegen Unternehmen als auch gegen handelnde Personen verhängen. Gerade bei den Bußgeldvorschriften gibt es umfassende Änderungen. Die in Art. 79 DS-GVO normierten Tatbestände reichen deutlich weiter als die bisherigen Bußgeldtatbestände nach § 43 BDSG. Hier kommen auf Unternehmen künftig erhebliche Haftungsrisiken zu.

a) Verantwortlichkeit

Nach Art. 5 Abs. 2 DS-GVO ist der für die Verarbeitung Verantwortliche für die Einhaltung der Datenschutzprinzipien nach Art. 5 Abs. 1 DS-GVO verantwortlich („Accountability“-Prinzip). Zu diesen Prinzipien gehört auch die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten (Art. 5 Abs. 1 lit. a) DS-GVO). Die Vorschrift sieht ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt vor und entspricht somit systematisch dem bisherigen § 4 Abs. 1 BDSG. „Für die Verarbeitung Verantwortlicher“ ist gem. Art. 4 Abs. 5 1. Halbs. DS-GVO „die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder jede andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet“. Der Begriff des „Verantwortlichen“ ersetzt somit die „verantwortliche Stelle“ nach § 3 Abs. 7 BDSG. Darüber hinaus sind auch Auftrags(-daten)verarbeiter für die Befolgung einer Reihe von Vorschriften³⁹ rechtlich verantwortlich. Dies stellt gegenüber dem bisherigen Recht eine erhebliche Neuerung dar. Auch der Auftragsverarbeiter ist als „natürliche oder juristische Person, Behörde, Ein-

²⁷ Vgl. § 2 Abs. 4 BDSG.

²⁸ Simitis, BDSG, 8. Aufl., § 3 Rdnr. 323.

²⁹ Simitis (o. FuBn. 28); Wolff/Brink, Datenschutzrecht in Bund und Ländern, 2013, § 3 BDSG Rdnr. 125.

³⁰ Simitis (o. FuBn. 28), § 32 Rdnr. 116.

³¹ Simitis (o. FuBn. 28), § 38 Rdnr. 73.

³² Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, BDSG, 4. Aufl., § 43 Rdnr. 2.

³³ Gola/Schomerus, 12. Aufl., § 43 Rdnr. 3.

³⁴ Taeger/Gabel, BDSG, 2. Aufl., § 43 Rdnr. 9.

³⁵ Göhler, OWiG, 16. Aufl., § 14 Rdnr. 1.

³⁶ Göhler (o. FuBn. 35), § 130 Rdnr. 6.

³⁷ Göhler (o. FuBn. 35), § 130 Rdnr. 3.

³⁸ S. hierzu Wolff/Brink (o. FuBn. 29), § 44 BDSG Rdnr. 3.

³⁹ Z.B. Art. 29, 30, 35 bis 37, 40 sowie 53 DS-GVO.

richtung oder jede andere Stelle“ definiert (Art. 4 Abs. 6 DS-GVO). Bei der Datenverarbeitung durch Unternehmen bleibt jedoch weiterhin die jeweilige Gesellschaft für die Einhaltung des Datenschutzrechts verantwortlich.

Auch die Systematik der DS-GVO sieht grundsätzlich nicht mehrere Gesellschaften i.S.e. Konzerns als einen für die Verarbeitung Verantwortlichen an. Die DS-GVO sieht zwar in Art. 4 Abs. 16 die Definition der „Unternehmensgruppe“ vor. Dies ist jedoch lediglich i.R.d. Regelungen zu Binding Corporate Rules (Art. 43 Abs. 1 lit. a) DS-GVO), zur Bestellung des Datenschutzbeauftragten (Art. 35 Abs. 2 DS-GVO) relevant. Auch die DS-GVO führt zunächst kein Konzernprivileg ein. Unter den Voraussetzungen des Art. 24 DS-GVO können mehrere für die Verarbeitung Verantwortliche auch „gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche“ sein, wenn sie gemeinsam über die Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung bestimmen. An der Verantwortlichkeit des einzelnen für die Verarbeitung Verantwortlichen ändert dies jedoch nichts. Die datenschutzrechtliche Verantwortung knüpft daher auch in der Systematik der DS-GVO weiterhin an das konkrete Rechtssubjekt an.

b) Sanktionen

Den deutschen Datenschutzbehörden stehen als „Aufsichtsbehörde“ i.S.d. Art. 5 Abs. 19 DS-GVO zahlreiche Sanktionsmöglichkeiten bei Datenschutzverstößen zur Verfügung.

■ Anordnungsverfügungen

Zunächst kann die Aufsichtsbehörde gem. Art. 53 Abs. 1b DS-GVO verschiedene Anordnungen zur Beendigung des Datenschutzverstößes treffen. Dies reicht von einer Rüge über die Anweisung, die Datenverarbeitung den gesetzlichen Vorgaben anzupassen, bis hin zu einem zeitlich begrenzten oder endgültigen Verbot der Datenverarbeitung. Die Anordnung kann gegen das jeweilige Unternehmen als für die Verarbeitung Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter ergehen. Für den Erlass von Anordnungsverfügungen unter der DS-GVO kommt es nicht auf den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff an.

■ Straftaten

Die DS-GVO selber beinhaltet keinen Straftatbestand für Datenschutzverstöße. Erwägungsgrund 119 DS-GVO sieht aber vor, dass die Mitgliedstaaten strafrechtliche Sanktionen für die Verletzung der DS-GVO festlegen können. Dies umfasst auch Regelungen zur (strafrechtlichen) Gewinnabschöpfung. Der Erlass dieser zusätzlichen strafrechtlichen Sanktionen richtet sich nach Art. 79b DS-GVO. Sollte der deutsche Gesetzgeber von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, würde sich die konkrete Strafbarkeit wiederum nach den allgemeinen strafrechtlichen Regeln richten. Dasselbe würde gelten, wenn der deutsche Gesetzgeber davon absehen würde, § 44 BDSG außer Kraft zu setzen.

Da § 44 Abs. 1 BDSG auf § 43 Abs. 2 BDSG und diese Regelung wiederum auf verschiedene Vorschriften des BDSG verweist, hätte ein solches Versäumnis zudem den Effekt, dass das BDSG insoweit weiterhin subsidiär anwendbar bliebe.⁴⁰ In beiden Fällen wäre jedoch der kartellrechtliche Unternehmensbegriff nicht zu berücksichtigen.

■ Bußgelder

Die Voraussetzungen für die Verhängung der Bußgelder nach Art. 53 Abs. 1b lit. g) DS-GVO sowie für die Bestimmung der Höhe sind in Art. 79 DS-GVO geregelt. Die Bußgeldtatbestände

des Art. 79 DS-GVO umfassen eine Vielzahl von Pflichten, welche Unternehmen nach der DS-GVO treffen. In Art. 79 Abs. 3 DS-GVO aufgeführte Verstöße können mit einem Bußgeld von bis zu € 10 Mio. oder im Fall eines Unternehmens 2% seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs geahndet werden. Die übrigen Verstöße nach Abs. 3a und 3aa können zu Geldbußen von bis zu € 20 Mio. oder im Fall eines Unternehmens bis zu 4 % des Jahresumsatzes führen. In beiden Fällen gilt für Unternehmen, dass das umsatzbasierte Bußgeld die Grenzen von € 10 bzw. 20 Mio. übersteigen kann, wenn ein umsatzbezogenes Bußgeld zu einem höheren Betrag führt. Die DS-GVO sieht keine Deckelung auf einen bestimmten Höchstbetrag vor.

IV. Übertragung des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs auf Art. 79 DS-GVO

Weder Art. 79 DS-GVO noch die übrigen Vorschriften der DS-GVO sehen vor, unter welchen konkreten Voraussetzungen ein Bußgeld gegen ein Unternehmen verhängt werden kann. Insbesondere regelt die DS-GVO nicht, wann die Verwirklichung eines Bußgeldtatbestands durch für ein Unternehmen handelnde natürliche Personen diesem Unternehmen zugerechnet werden kann. Mögliche Adressaten eines Bußgelds sind nach Erwägungsgrund 120 DS-GVO zunächst „Unternehmen“ sowie „Personen, die kein Unternehmen sind“. Täter der Ordnungswidrigkeit sind damit neben Unternehmen auch natürliche Personen. Letztere können insoweit auch unter den datenschutzrechtlichen Begriff des Unternehmens fallen, als sie wirtschaftlich tätig sind.

1. Datenschutzrechtlicher Unternehmensbegriff nach der DS-GVO

Der Begriff des Unternehmens ist zwar definiert als „jede natürliche und juristische Person, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform, einschließlich Personengesellschaften oder Vereinigungen, die regelmäßig einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen“.⁴¹ Allerdings wird in der englischen Fassung der DS-GVO in Art. 4 Abs. 15 der Begriff „enterprise“ und in Art. 79 der Begriff „undertaking“ verwendet. Man kann also nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass sich die Definition in Art. 4 Abs. 15 DS-GVO auch auf Art. 79 DS-GVO bezieht.

2. Bußgeldrechtlicher Unternehmensbegriff nach der DS-GVO

Nach dem klar geäußerten Willen des Gesetzgebers⁴² ist der Begriff des Unternehmens in Bezug auf Bußgelder nach Art. 79 DS-GVO i.S.d. Art. 101 und 102 AEUV zu verstehen. Wie bereits dargestellt, ist der kartellrechtliche Unternehmensbegriff weiter als der Begriff des für die Verarbeitung Verantwortlichen. Er bezieht sich auf die jeweilige wirtschaftliche Einheit. Auf Grund der unbestimmten Fassung des Art. 79 DS-GVO stellt sich die Frage, was der Gesetzgeber mit diesem pauschalen, nicht weiter erläuterten Verweis auf den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff zum Zweck der Verhängung eines Bußgelds gegen Unternehmen beabsichtigt hat.

a) Praxisfolgen eines weit gefassten bußgeldrechtlichen Unternehmensbegriffs

Überträgt man das Haftungssystem des EU-Kartellrechts, welches der *EuGH* am Begriff des Unternehmens i.S.d. Art. 101 AEUV entwickelt hat, auf die Verhängung von Bußgeldern nach Art. 79 DS-GVO, hätte dies für die Praxis gravierende Konsequenzen. Wenn Gesellschaften, die zu einem Konzern gehören, gegen die in Art. 79 aufgeführten Vorschriften der DS-GVO verstoßen, könnte die zuständige Aufsichtsbehörde unter be-

⁴⁰ Ähnl. wie etwa §§ 33 i.V.m. 22, 23 KUG.

⁴¹ Art. 4 Abs. 15 DS-GVO.

⁴² Vgl. Erwägungsgrund 120 DS-GVO.

stimmten Voraussetzungen die Geldbuße nicht nur gegen die rechtswidrig handelnde Gesellschaft verhängen, sondern ggf. auch gesamtschuldnerisch gegen die Muttergesellschaft. Der Höchstbetrag des Bußgelds wären nicht 4% des Umsatzes der rechtswidrig handelnden Gesellschaft, sondern des Umsatzes der wirtschaftlichen Einheit. Dies könnte den gesamten globalen gruppenweiten Umsatz des Konzerns betreffen. Unternehmen haften auch bei Datenschutzverstößen für jede Handlung einer natürlichen Person, die für das Unternehmen handelt, ohne dass diese Person Teil der Geschäftsleitung i.S.d. § 30 Abs. 1 OWiG sein muss. Eine Ausnahme würde lediglich dann bestehen, wenn die handelnde Person klar die Grenzen ihrer Funktion überschreiten würde.

Soweit eine solch schwerwiegende Rechtsfolge nicht allein auf die Verwendung des Begriffs „Unternehmen“ in Art. 79 DS-GVO gestützt werden kann, bleibt es bei der Anwendung der nationalen Bußgeldregeln, in Deutschland also vor allem der §§ 30, 130 OWiG.⁴³

b) Andere Auslegung des Verweises auf Art. 101 und 102 AEUV?

Der Verweis auf den kartellrechtlichen Unternehmensbegriff könnte auch dazu dienen, wirtschaftliche von nicht-wirtschaftlichen Tätigkeiten abzugrenzen. Im Entwurf des Rates fand sich noch der Begriff „Unternehmen mit Erwerbscharakter“. Die Formulierung „mit Erwerbscharakter“ wurde in der finalen Fassung gestrichen und durch den Verweis auf Art. 101 und 102 AEUV ersetzt. Nach der Streichung von „mit Erwerbscharakter“ musste jedoch weiterhin klargestellt werden, dass lediglich eine wirtschaftliche Tätigkeit erfasst sein sollte. Hierzu hätte der Gesetzgeber in der englischen Fassung der DS-GVO auch in Art. 79 einfach weiterhin den Begriff „enterprise“ statt „undertaking“ verwenden können, da aus der Definition von „enterprise“ klar hervorgeht, dass lediglich wirtschaftliche Tätigkeiten erfasst werden.

c) Bewertung einer Ausdehnung des Bußgeldrahmens auf den Umsatz der Unternehmensgruppe

Das kartellrechtliche Verständnis des Unternehmens als wirtschaftliche Einheit unabhängig vom Rechtssubjekt steht nicht nur im Widerspruch zum System der Sanktionen für Datenschutzverstöße nach bislang geltendem Recht. Es passt auch nicht in die materiell-rechtliche Systematik der DS-GVO.

■ Konzernbegriff nach der DS-GVO

Wie im geltenden Recht werden auch in der DS-GVO Konzerne oder andere Unternehmensgruppen gerade nicht als „datenschutzrechtliche Einheit“ angesehen. Auch als „gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortlicher“ muss die Muttergesellschaft Einfluss auf die Datenverarbeitung haben. Damit ist in diesem Rahmen der einzelne für die Verarbeitung Verantwortliche bzw. der Auftragsverarbeiter maßgeblich. Es gibt ja gerade kein generelles Konzernprivileg, das einen freien Datenfluss innerhalb eines Konzerns erlaubt und damit als Gegenstück auch eine bußgeldrechtliche Konzernhaftung rechtfertigen könnte.

■ Systematische Auslegung

Eine Ausdehnung des Bußgeldrahmens auf den gruppenweiten Umsatz widerspricht zudem der Definition des Art. 4 Abs. 16 DS-GVO. Danach ist eine „Unternehmensgruppe“ (englisch „group of undertakings“) „ein beherrschendes Unternehmen und seine beherrschten Unternehmen“ (englisch „a controlling undertaking and its controlled undertakings“). Das datenschutzrechtliche Verständnis geht damit davon aus, dass die Muttergesellschaft und ihre Tochtergesellschaften verschiedene

einzelne Unternehmen sind, die zusammen eine Unternehmensgruppe bilden.⁴⁴ In der kartellrechtlichen Dogmatik werden die Muttergesellschaft und ihre Tochtergesellschaften i.R.d. wirtschaftlichen Einheit als ein einziges Unternehmen betrachtet. Wenn aber ein beherrschendes Unternehmen und seine beherrschten Unternehmen eine „Unternehmensgruppe“ bestehend aus mehreren Unternehmen bilden, können diese nur schwerlich gleichzeitig als ein „Unternehmen“ verstanden werden. Dieser Widerspruch ließe sich nur dadurch auflösen, dass Gerichte und Behörden den Begriff des Unternehmens i.S.d. Art. 79 DS-GVO für Bußgelder anders definieren als i.S.d. allgemeinen Definition des Art. 4 Abs. 16 DS-GVO. Dies ist insoweit problematisch, als sich die Definition des Unternehmens i.S.d. Art. 79 DS-GVO lediglich in einem Erwägungsgrund befindet, und nicht in den Definitionen des Art. 4 oder an einer anderen Stelle des verfügenden Teils der DS-GVO. Erwägungsgründe dürfen jedoch keine Bestimmungen mit normativem Gehalt enthalten und werden im Gegensatz zum verfügenden Teil so formuliert, dass ihre Unverbindlichkeit deutlich wird.⁴⁵ Eine Definition im unverbindlichen Teil der DS-GVO kann bei der Auslegung des Art. 79 nicht die Definition des Art. 4 Abs. 16 DS-GVO im verfügenden Teil überlagern.

■ Ergebnis

Eine so schwerwiegende Maßnahme wie die Mithaftung der Muttergesellschaft für Datenschutzverstöße durch Tochtergesellschaften sollte richtigerweise nicht auf einen unverbindlichen Erwägungsgrund gestützt werden. Dies gilt umso mehr als diese Auslegung dem Wortlaut von Art. 79 DS-GVO sowie der Systematik der gesamten Verordnung widerspricht. Zudem hätte der Gesetzgeber unproblematisch die Möglichkeit gehabt, eine solche Haftung im materiellen Teil der DS-GVO klar zu regeln. Bei der Verhängung eines umsatzbasierten Bußgelds gegen die rechtswidrig handelnde Gesellschaft auf Basis des Konzernumsatzes muss zudem berücksichtigt werden, dass ein solches Bußgeld in der Regel zu hoch sein dürfte, als dass die Gesellschaft allein es aufbringen könnte.⁴⁶

Auch im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot gem. Art. 103 Abs. 2 GG erscheint eine Ausdehnung der Bußgeldbemessung auf den Umsatz der Unternehmensgruppe ausgesprochen problematisch.

V. Ergebnis und Handlungsempfehlungen

Auf Grund des Wortlauts und der Systematik der DS-GVO bestehen erhebliche Bedenken gegen eine unreflektierte Übernahme des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs i.S.e. wirtschaftlichen Einheit bei der Bestimmung von Bußgeldern nach Art. 79 DS-GVO. Richtigerweise sollten die Geldbußen gegen Unternehmen auf der Grundlage des Umsatzes des einzelnen Unternehmens selbst und nicht des Umsatzes der Unternehmensgruppe festgesetzt werden.

1. Folgen für die Praxis

In der datenschutzrechtlichen Praxis besteht jedoch die erhebliche Gefahr, dass die Datenschutzbehörden der Mitgliedstaaten unter Verweis auf Erwägungsgrund 120 DS-GVO Bußgelder auf Grundlage des Konzernumsatzes verhängen. Ermutigt

⁴³ So auch *Hartung/Reintzsch*, ZWH 2013, 129, 134.

⁴⁴ So auch *Konarski/Karwala/Schulte-Nölke/Charlton*, Reforming the Data Protection Package, 2012, S. 46, allerdings zum Kommissionsentwurf, der für „Unternehmen“ im Englischen noch „enterprise“ und nicht „undertaking“ verwendete und keinen Verweis auf Art. 101 und 102 AEUV enthielt.

⁴⁵ Gemeinsamer Leitfaden des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission für Personen, die an der Abfassung von Rechtstexten der Europäischen Union mitwirken, Stand: Dezember 2014, S. 22, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/content/techleg/KB0213228DEN.pdf>.

⁴⁶ *Konarski/Karwala/Schulte-Nölke/Charlton* (o. Fußn. 44).

werden dürften sie hierbei von der datenschutzfreundlichen Rechtsprechung des *EuGH* der letzten Jahre, in der der *Gerichtshof* zu einer weiten Auslegung der Datenschutzrichtlinie (RL 95/46/EG – DS-RL) tendiert hat.⁴⁷ Allerdings hat sich der *EuGH* hierbei nie über den Wortlaut der DS-RL hinweggesetzt. Möglich sind auch Bußgelder nicht nur gegen die rechtswidrig handelnde Gesellschaft, sondern auch gegen die Muttergesellschaft.

2. Strategien zur Risikovermeidung

Durch die neuen Sanktionen drohen Unternehmen, unabhängig davon, ob begrifflich eng oder weit verstanden, bei Datenschutzverstößen in Zukunft empfindliche Geldbußen. Unternehmen sollten die zwei Jahre bis zum Inkrafttreten der DS-GVO nutzen. Insbesondere sollten sie (analog zum ohnehin erforderlichen Compliance-Management-System) Gefährdungsanalysen sowie ein wirksames System zur Einhaltung und Kontrolle der Datenschutz-Compliance einführen.

a) Gefährdungsanalyse Datenschutz

Hierbei sollten Unternehmen bzw. Unternehmensgruppen Gefährdungsanalysen durchführen. So können sie feststellen, welche konkreten Risiken dem Unternehmen bzw. der Gruppe bei Verstößen gegen die DS-GVO drohen.

b) Datenschutz-Management-System

Ein Datenschutz-Management-System kann bei unbeabsichtigten Datenschutzverstößen zwar nicht sicher den Vorwurf der Fahrlässigkeit entfallen lassen, wäre jedoch in jedem Fall nach Art. 79 Abs. 2a lit. m) bußgeldmindernd zu berücksichtigen. Zudem ermöglicht ein effizientes Datenschutz-Management-System eine schnelle Reaktion des Unternehmens, falls es tatsächlich zu Datenschutzverstößen kommt. Maßnahmen zur Minderung des den betroffenen Personen entstandenen Schadens so-

wie Kooperation mit der Aufsichtsbehörde bei der Behebung des Verstoßes sind gem. Art. 79 Abs. 2a lit. d) und lit. g) DS-GVO von der Aufsichtsbehörde als mildernde Umstände zu berücksichtigen.

Vor allem aber kann ein solches Datenschutz-Management-System dabei helfen, drohende Übertretungen der Vorgaben der DS-GVO zu erkennen und zu vermeiden.

VI. Fazit

Die DS-GVO bringt gerade im Bereich der Bußgelder bei Datenschutzverstößen erhebliche Veränderungen mit sich. Bei der Bestimmung möglicher Risiken für Unternehmen gewinnt der Datenschutz eine völlig neue Rolle. Es bleibt abzuwarten, ob Aufsichtsbehörden und Gerichte in der EU tatsächlich Geldbußen in Milliardenhöhe verhängen werden. In jedem Falle sollten Unternehmen die für sie spezifischen Bußgeldrisiken präzise bestimmen und Maßnahmen zu deren Vermeidung umsetzen.



Sebastian Faust

ist Rechtsanwalt im Kartellrecht bei der Kanzlei Hogan Lovells International LLP in Düsseldorf.



Jan Spittka

ist Rechtsanwalt im Datenschutz- und IT-Recht bei der Kanzlei Hogan Lovells International LLP in Düsseldorf.



Tim Wybitul

ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner der Kanzlei Hogan Lovells International LLP in Frankfurt/M. sowie Mitherausgeber der ZD.

⁴⁷ Zuletzt *EuGH*ZD 2015, 580 m. Anm. *Karg* – Weltimmo; *EuGH*ZD 2014, 350 m. Anm. *Karg* = MMR 2014, 455 m. Anm. *Sörup* – Google Spain und Google.