Autor:	Dr. Klaus Lodigkeit, LL.M, RA, FA für Gewerblichen Rechtsschutz, FA für IT-Recht und FA für Urheber- und Medienrecht
Datum:	26.01.2018
Quelle:	
Normen:	§ 43 BDSG 1990, § 44 BDSG 1990, § 201 StGB, § 148 TKG 2004, § 85 SGB 10 ... mehr
Fundstelle:	AnwZert ITR 2/2018 Anm. 2
Herausgeber:	Prof. Dr. Dirk Heckmann, Universität Passau Prof. Dr. Peter Bräutigam, RA und FA für IT-Recht, München
Zitiervorschlag:	Lodigkeit, AnwZert ITR 2/2018 Anm. 2

Sanktionen nach der Datenschutz-Grundverordnung (Teil 2): Sanktionen nach Art. 84 Abs. 1 DS-GVO

A. Einleitung

Im Anschluss an die Betrachtung der allgemeinen Bedingungen für die Verhängung von Geldbußen des Art. 83 DS-GVO im Teil 1 dieses Beitrags1 hat dieser fortsetzende Beitrag die weiteren Vorgaben zu Sanktionen bei Verstößen gegen die Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) nach Art. 84 Abs. 1 DS-GVO zum Gegenstand.

Im Gegensatz zu den Bußgeldtatbeständen ist den Mitgliedstaaten hier ein weiter Regelungsspielraum eingeräumt. Auf Bundesebene liegt mit dem durch das Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU2 eingeführten BDSG bereits eine erste allgemeine Umsetzungsgesetzgebung vor. Mittlerweile sind auch in einigen Bundesländern die Gesetzgeber aktiv geworden und haben entsprechende Gesetzesentwürfe vorgelegt, die momentan diskutiert werden. Zu nennen sind die Gesetzesentwürfe zum Brandenburgischen Datenschutzgesetz (BbgDSG)3, zum Sächsischen Datenschutzgesetz4 und zum Hessischen Datenschutz- und Informationsfreiheitsgesetz (HDSIG)5. In den folgenden Ausführungen werden diese nicht detailliert dargestellt, allerdings lassen sich die kritischen Anmerkungen in Teilen auf diese übertragen.

Der vorliegende Beitrag erläutert die Regelungsanforderungen des Art. 84 Abs. 1 DS-GVO an die Mitgliedstaaten. Außerdem wird der Stand der bundesrechtlichen Umsetzungsgesetzgebung dargestellt und einer kritischen Würdigung unterzogen.

B. Die Rechtslage

Schon nach Art. 24 der Richtlinie 95/46/EG6 waren die Mitgliedsstaaten dazu verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die volle Anwendung der Bestimmungen der Richtlinie sicherzustellen. Insbesondere sollten Sanktionen festgelegt werden, die bei Verstößen gegen die zur Umsetzung der Richtlinie erlassenen Vorschriften zur Anwendung kommen sollten.

Der deutsche Gesetzgeber ist diesem Regelungsauftrag insbesondere durch die §§ 43, 44 BDSG-alt nachgekommen. Weitere auch datenschutzspezifische Straftatbestände finden sich in den §§ 201 ff. StGB, den Datenschutzgesetzen der Länder und diversen Fachgesetzen, etwa § 148 TKG und § 85 SGB X. Durch die DS-GVO ist eine Überarbeitung und Anpassung dieses Sanktionsregimes nötig geworden.

C. Andere Sanktionen nach Art. 84 DS-GVO

I. „Obligatorische Öffnungsklausel“

Die Öffnungsklausel des Art. 84 Abs. 1 DS-GVO bestimmt, dass die Mitgliedstaaten Vorschriften über andere Sanktionen für Verstöße gegen die DS-GVO und insbesondere für die nicht einer Geldbuße gemäß Art. 83 DS-GVO unterliegende Verstöße festlegen und alle zu deren Anwendung erforderliche Maßnahmen treffen sollen.

Aus dem Wortlaut der Regelung wird deutlich, dass es sich bei Art. 84 Abs. 1 DS-GVO um eine „obligatorische Öffnungsklausel“7 handelt, die den Mitgliedstaaten eine Regelungspflicht auferlegt. Die Mitgliedstaaten sind danach verpflichtet, nationale Vorschriften zur Sanktionierung von Verstößen zu schaffen, bleiben hierbei aber in der Auswahl der Mittel frei. In Art. 84 Abs. 1 Satz 2 DS-GVO ist insoweit nur vorgegeben, dass die Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen.

II. Strafrechtliche Sanktionen

Der Sanktionsbegriff des Art. 84 Abs. 1 DS-GVO erfasst zunächst strafrechtliche Sanktionen, was sich auch klar aus Erwägungsgrund 149 ergibt. Danach sollen die Mitgliedstaaten bei Verstößen gegen die DS-GVO strafrechtliche Sanktionen festlegen können. Weiter wird festgestellt, dass durch solche Sanktionen auch eine Einziehung der Gewinne, die durch einen Verstoß erzielt wurden, ermöglicht werden kann. Das deutsche Recht bietet hierzu den Verfall nach den §§ 73 ff. StGB, § 29 OWiG und die Einziehung nach den §§ 74 ff. StGB, §§ 22 ff. OWiG. Ein solcher Entzug des wirtschaftlichen Vorteils ist allerdings auch außerhalb strafrechtlicher Sanktionen möglich, etwa mittels des verwaltungsrechtlichen Verfalls oder im Wege zivilrechtlicher Regelungen. In Erwägungsgrund 152 wird weiter klargestellt, dass der Sanktionsbegriff des Art. 84 Abs. 1 DS-GVO neben strafrechtlichen Sanktionen auch verwaltungsrechtliche Sanktionen – hierzu ist auch das Bußgeld zu zählen – umfasst.

Die Regelungspflicht der Mitgliedstaaten bezieht sich dabei insbesondere auf Verstöße gegen die DS-GVO, die keiner Geldbuße i.S.v. Art. 83 DS-GVO unterliegen. Mit Blick auf diese ausdifferenzierte Regelung betrifft dies im Wesentlichen solche Fälle, in denen durch die in Art. 83 Abs. 4 DS-GVO benannten Regelungen Personen verpflichtet werden, die nicht Adressaten des Bußgeldtatbestandes sind.8 Da außerdem die Aufnahme des Art. 10 DS-GVO in den Regelungskatalog des Art. 83 DS-GVO unterblieben ist, trifft die Mitgliedstaaten auch diesbezüglich eine Regelungsverpflichtung. Dazu stellen auch Verstöße gegen Regelungen, die im Wege der Umsetzungsgesetzgebung durch die Mitgliedstaaten erlassen wurden, Verstöße gegen die DS-GVO dar und sind durch die Mitgliedstaaten zu sanktionieren.

In der Anpassungsgesetzgebung beschränken sich die deutschen Gesetzgeber bisher auf die notwendige Anpassung der Straf- und Bußgeldtatbestände im Datenschutzrecht. Flankiert wird dies von der Beibehaltung der bereits bestehenden Sanktionsformen.

Gerade strafrechtliche Sanktionen in Umsetzung des Art. 84 Abs. 1 DS-GVO müssen wegen Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GrCh den Anforderungen der Grundrechte-Charta genügen. Hierbei ist insbesondere das aus dem Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 49 GrCh herrührende Bestimmtheitsgebot zu benennen. Außerdem ist das Verbot der Doppelbestrafung des Art. 50 GrCh zu berücksichtigen, worauf in Erwägungsgrund 149 ausdrücklich hingewiesen wird. Auch bei verwaltungsrechtlichen Sanktionen wie Bußgeldern kann es sich materiell um strafrechtliche Sanktionen handeln, sodass von den Bußgeldtatbeständen des Art. 83 DS-GVO eine Sperrwirkung gegenüber weiteren Straftatbeständen ausgehen kann.9

Die strafrechtliche Regelung des § 42 BDSG-neu bleibt gegenüber der ausdifferenzierten Regelung des Art. 83 DS-GVO eher allgemein gehalten und orientiert sich an dem Unrechtsgehalt des § 44 BDSG-alt. So wird nach § 42 Abs. 1 BDSG mit Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer ohne hierzu berechtigt zu sein wissentlich nicht allgemein zugängliche personenbezogene Daten

einer großen Zahl von Personen übermittelt oder auf andere Art und Weise zugänglich macht und dabei gewerbsmäßig handelt. Im Gegensatz zur Rechtslage des § 44 BDSG-alt wird die Strafandrohung der zeitigen Freiheitsstrafe in diesem Fall um ein Jahr erhöht, allerdings mit den Merkmalen „große Zahl von Personen“ und „gewerbsmäßig“ auch der Tatbestand verengt.

Demgegenüber können § 42 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2 BDSG-neu als Auffangtatbestände für andere unberechtigte Verarbeitungen betrachtet werden. So wird mit Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer allgemein zugängliche personenbezogene Daten ohne Berechtigung verarbeitet oder durch unrichtige Angaben erschleicht und hierbei gegen Entgelt oder in der Absicht handelt, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen.

Mit Blick auf die Anforderungen des Bestimmtheitsgebots erweisen sich die neuen Regelungen als problematisch. Sofern § 42 Abs. 2 Nr. 1 BDSG-neu pauschal auf den Begriff der unberechtigten Verarbeitung abstellt, ähnelt die Regelung Art. 83 Abs. 5 Buchst. a DS-GVO. So werden auch hier etwa sämtliche Anforderungen an die Verarbeitung aus Art. 5 DS-GVO, die einen erheblichen Interpretationsspielraum vorweisen, in Bezug genommen. Es drohen hier Strafbarkeitslücken, die der Gesetzgeber durch eine präzisere Regelung hätte vermeiden können.10

III. Bußgelder

Die Öffnungsklausel des Art. 84 Abs. 1 DS-GVO ermöglicht den Mitgliedstaaten die Festlegung von anderen Sanktionen und ist dabei systematisch auf Art. 83 DS-GVO bezogen. Aus dem Verhältnis der beiden Normen soll sich für die Mitgliedstaaten eine beschränkte Sperrwirkung bezüglich der Erweiterung von Bußgeldtatbeständen für die Mitgliedstaaten ergeben.11

Nicht von der Sperrwirkung erfasst ist die mitgliedstaatliche Schaffung von Bußgeldtatbeständen gegenüber Behörden und öffentlichen Stellen, die in dem betreffenden Mitgliedstaat niedergelassen sind. Hierzu werden die Mitgliedstaaten durch die Öffnungsklausel des Art. 83 Abs. 7 DS-GVO ausdrücklich ermächtigt.

Von dieser Öffnungsklausel hat der Gesetzgeber mit der Regelung des § 43 Abs. 3 BDSG-neu Gebrauch gemacht und die Verhängung von Geldbußen gegen Behörden und sonstige öffentliche Stellen i.S.d. § 2 Abs. 1 BDSG-neu ausgeschlossen. Ausdrücklich wird in dieser Bestimmung nicht auf am Wettbewerb teilnehmende öffentlich-rechtliche Unternehmen nach § 2 Abs. 5 BDSG-neu verwiesen, da diese gegenüber Wettbewerbern bei der Verhängung von Geldbußen nicht bessergestellt werden sollen. Vergleichbare Regelungen finden sich in den vorliegenden Anpassungsgesetzen der Länder.

Nach dem Erwägungsgrund 152 sollten die Mitgliedstaaten außerdem Sanktionen einsetzen, soweit die DS-GVO verwaltungsrechtliche Sanktionen nicht harmonisiert hat. Eine solche Harmonisierung hat die DS-GVO nach Kühling/Martini et al. nur soweit vorgenommen, als dass sie den Mitgliedstaaten durch Öffnungsklauseln keine Regelungsspielräume zugesteht.12 Auch Erwägungsgrund 149 spricht davon, dass die Mitgliedstaaten auch für Verstöße gegen nationale Vorschriften, die auf der Grundlage und in den Grenzen der DS-GVO erlassen wurden, Sanktionen festlegen können. Ausdrücklich erwähnt werden hier allerdings nur strafrechtliche Sanktionen. Würde der nationale Gesetzgeber in einem solchen Fall allerdings auf strafrechtliche Sanktionen beschränkt sein, würde dies eine Sanktionslücke erzeugen.13 Gegen Verstöße gegen nationale Umsetzungsbestimmungen zur DS-GVO, gegenüber denen eine strafrechtliche Sanktion nicht angemessen wäre, hätte der nationale Gesetzgeber dann keine Handhabe. Aus diesem Grund und unter systematischer Berücksichtigung der Erwägungsgrundes 152 gehen Kühling/Martini14 davon aus, dass die Mitgliedstaaten auch im Bereich der ihnen eingeräumten Regelungsspielräume Bußgeldtatbestände schaffen dürfen.

Der Bundesgesetzgeber hat sich mit der Schaffung weiterer Bußgeldtatbestände im BDSG-neu zurückgehalten. Die Bußgeldvorschrift des § 43 BDSG-neu gibt die Tatbestände des § 43 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. a

und Buchst. b BDSG-alt wieder und stellt damit weiterhin die Umsetzung des Art. 9 der Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG15 dar. Der bisherige Bußgeldrahmen von fünfzigtausend Euro wird beibehalten. Weitere Bußgeldtatbestände finden sich im BDSG-neu nicht. Insbesondere kommt dem nationalen Gesetzgeber keine Regelungskompetenz zu, Bußgeldtatbestände wegen Verstößen von Mitarbeitern von Unternehmen zu erlassen. Dem steht Art. 83 Abs. 3 DS-GVO entgegen, der mit dem Verantwortlichen und dem Auftragsverarbeiter die Adressaten von Bußgeldern abschließend benennt.16

Unklar bleibt, ob den Mitgliedstaaten über die Öffnungsklausel des Art. 83 Abs. 7 DS-GVO die Möglichkeit eingeräumt ist, Bußgeldtatbestände gegenüber den Mitarbeitern von Behörden und öffentlichen Stellen zu erlassen. Dies sieht laut der Gesetzesbegründung etwa § 31 Abs. 1 BbgDSG-E vor. Mit Blick auf den Wortlaut des Art. 83 Abs. 3 und Abs. 7 DS-GVO sollte eine solche Regelung nicht von der Öffnungsklausel gedeckt sein.

D. Rechtliche Würdigung und Auswirkungen für die Praxis

Insgesamt ist der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung seiner Sanktionspflicht eher zurückhaltend vorgegangen. Mit Blick auf die strafrechtlichen Sanktionen wird dies mit Blick auf die ultima-ratio-Funktion des Strafrechts geboten sein und stellt eine erfreuliche Ausnahme zu den Tendenzen einer symbolischen Pönalisierung in anderen rechtlichen Bereichen dar. Mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot bleiben hier allerdings Strafbarkeitslücken zu befürchten.

Ob der Gesetzgeber allerdings ansonsten seinem Regelungsauftrag des Art. 84 Abs. 1 DS-GVO bisher vollumfänglich nachgekommen ist, erscheint zweifelhaft. Zwar ist der Regelungsspielraum des Gesetzgebers bezüglich weiteren, neben Art. 83 DS-GVO stehenden Bußgeldvorschriften in großen Teilen gesperrt. Jedenfalls die Sanktionslücke zu Art. 10 DS-GVO hätte aber geschlossen werden können. Insoweit kann jedenfalls nicht davon gesprochen werden, dass mit dem gegenwärtigen Stand der Umsetzung eine dem Regelungsauftrag des Art. 84 Abs. 1 DS-GVO entsprechende „lückenlose Sanktionskette“ geschaffen wurde. Die weitere Anpassung der Fachgesetze und der Landesgesetze bleibt hier abzuwarten.

Es bleibt jedenfalls abzuwarten, inwieweit sich die nach der Datenschutz-Grundverordnung errichtete Sanktionskaskade in lebendes Recht verwandeln wird, oder ob in ein paar Jahren wieder Klagen über einen „zahnlosen Tiger“17 laut werden. Dies wird entscheidend davon abhängen, inwieweit den Vorgaben des Art. 84 Abs. 1 DS-GVO nachgekommen wird und die erforderlichen Maßnahmen zur Anwendung der Sanktionsnormen getroffen werden. Diese müssen sich jedenfalls auch in einer entsprechenden materiellen und finanziellen Ausstattung der Aufsichtsbehörden niederschlagen. Andererseits ist aber zu beachten, dass die Ausstattung im Vergleich zu Datenschutzbehörden anderer EU-Länder nicht gering ist, und sich die Konzerne bei einer nicht harmonisierten Einsatzfähigkeit weiterhin den besseren Sitz aussuchen werden.

Fußnoten

1) Vgl. Lodigkeit, AnwZert ITR 1/2018, Anm. 2.

2) Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU), BGBl I 2017, 2097.

3) Art. 1 Entwurf für ein Gesetz zur Anpassung des Allgemeinen Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680, Landtag Brandenburg, Drs. 6/7365.

4) Art. 1 Entwurf Gesetz zur Anpassung landesrechtlicher Vorschriften an die Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, Sächsischer Landtag, Drs. 6/10918.

5) Hessisches Gesetz zur Anpassung des Hessischen Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) Nr. 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) Nr. 2016/680 und zur Informationsfreiheit, Hessischer Landtag, Drs. 19/5728.

6) Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

7) Kühling/Martini et al., Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 278.

8) Vgl. hierzu ausführlich Bergt in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 84 Rn. 11.

9) Dazu ausführlich Bergt in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 84 Rn. 16 ff.

10) Vgl. auch Bergt in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 84 Rn. 5.

11) Holländer in: BeckOK-Datenschutzrecht, 21. Edition, Stand: 01.05.2017, Art. 84 DS-GVO Rn. 4.

12) Kühling/Martini et al., Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, S. 282.

13) Kühling/Martini et al., Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, S. 282.

14) Kühling/Martini et al., Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, S. 282.

15) Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.04.2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates.

16) Holländer in: BeckOK-Datenschutzrecht, Art. 84 DS-GVO Rn. 12.

17) Wybitul/Reuling, CR 2010, 829.