

Appel | Kreuz | Helmschrot (Hrsg.)

**DATEN
INFORMATION
RECHT**

**Festschrift
für Andreas Wiebe
zum 65. Geburtstag**



Nomos

facultas

Clemens Appl / Oliver Kreutz
Céline Helmschrot (Hg.)

Daten Information Recht

Festschrift für
Andreas Wiebe zum 65. Geburtstag

Sonderdruck

Wien 2024



Nomos

facultas

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Angaben in diesem Fachbuch erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr, eine Haftung der Autoren oder des Verlages ist ausgeschlossen.

© 2024 Facultas Verlags- und Buchhandels AG
facultas, 1050 Wien, Österreich

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und der Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten.

Printed in the EU

Österreich: ISBN 978-3-7089-2550-9 (facultas)
Deutschland: ISBN 978-3-7560-2300-4 (Nomos)

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	7
--------------	---

Immaterialgüterrecht

Georg E. Kodek

Neue Entwicklungen im einstweiligen Rechtsschutz	23
--	----

Oliver Kreuz

Lichtbildschutz für teil- und vollautomatisch erzeugte Fotoaufnahmen nach § 72 UrhG	37
--	----

Guido Kucsko

Auf den Spuren der „Aura“ im Urheberrecht	59
---	----

Axel Metzger

CRISPR/Cas 9 – Neubewertung im Regulierungs- und Patentrecht	67
--	----

Anke Nordemann-Schiffel / Jan Bernd Nordemann

Wettbewerbsrechtlicher Ausstattungsschutz im Lichte der urheberrechtlichen Entwicklungen seit EuGH-Cofemel	81
---	----

Dan Jerker B. Svantesson

Beer Law – A Toast to Professor Wiebe	91
---	----

Clemens Thiele

Designte Marillen oder alles Käse – Zum Verhältnis zwischen geschützten Herkunftsangaben und Gemeinschaftsgeschmacksmustern	103
---	-----

Mladen Vukmir

Why will intellectual property law change: the staying power of intangible assets and malfunctioning of analog institutions	119
--	-----

Michel M. Walter

Karikatur, Parodie, Pastiche und tiefere Bedeutung aus unionsrechtlicher, deutscher und österreichischer Sicht.....	137
--	-----

Wettbewerbsrecht

Eckart Bueren / Marcel Zober

Anknüpfungspunkte für Effizienzerwägungen im DMA.....	157
---	-----

Helmut Köhler

Verstößt die Neuregelung der Gewinnabschöpfung nach § 10 UWG gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit?.....	185
---	-----

Torsten Körber
 Internet-Suchmaschinen im Fokus des Kartellrechts 193

Jochen Schlingloff
 Die Abmahnung bei unlauteren Nachahmungen 201

Jan Timke
 Off-Label-Werbung für Arzneimittel und Medizinprodukte 211

Datenschutz

Maximilian Becker
 Datenwirtschaft unter der DSGVO –
 eine nicht getroffene Entscheidung
 am Beispiel von KI-VO und Data Act 225

Matthias Eichfeld
 Die Anwendung der JI-Richtlinie am Beispiel
 der Protokollierungspflicht nach § 76 BDSG 239

Céline Helmschrot
 Das Schufa-Urteil des EUGH
 Epic Fail für KI-gestützte Entscheidungen? 253

Thomas Hoeren
 Unternehmenshaftung nach der DSGVO –
 ein Spagat zwischen Datenschutzrecht und Kartellrecht 269

Rüdiger Krause
 Kollegen unter Beobachtung
 Eigenmächtige Observierungsmaßnahmen durch Beschäftigte 283

Christopher Kuner
 Are EU data transfer rules fit for purpose?
 A critical view 295

Gregor Scheja
 Die zweite gemeinsame Prüffaktion des EDSA
 zur Rolle der Datenschutzbeauftragten im Unionsgebiet 305

Jürgen Taeger
 Regulierung des Profiling 317

Barbara Thiel
 Aufsicht trifft Wissenschaft
 Eine Betrachtung aus Sicht einer
 (ehemaligen) Landesdatenschutzbeauftragten 335

Datenrecht

Christian Czychowski / Luisa Siesmayer

Neue Anforderungen an Datenlizenzverträge nach dem Data Act?
 „Die Suche nach der Angemessenheit“ 345

Thomas Dreier

Miszellen und „Re-reading“ Weizenbaum –
 Lektionen für die Zukunft? 353

Nico Schur

FRAND im Datenrecht
 Rechtstheoretische und rechtspraktische
 Überlegungen am Beispiel des Data Acts 365

Digitalisierung

Clemens Appl

Digitale Identität –
 Schutz und Verwertung der Persönlichkeit im virtuellen Raum 381

Zsolt G. Balogh

Computable law
 Representation of legal knowledge and benefits of fuzzy logic 401

Dirk Heckmann

Digitaler Handel: Flucht in den virtuellen Raum 2.0
 Die Geschichte eines NJW-Aufsatzes, von Freundschaft und der DGRI 415

Peter W. Heermann

Neue Entwicklungen bei der Bekämpfung
 illegaler Streamingangebote von Live-Sportveranstaltungen 427

Gerald Spindler

Der Digital Services Act und seine Auswirkungen
 auf die Haftungsprivilegierungen für die Intermediaries 439

Herbert Zech

Semiotik und Immaterialgüterrecht 441

Künstliche Intelligenz

Josef Drexl

Förderung Künstlicher Intelligenz durch AGB-Kontrolle –
 Welchen Beitrag leistet der EU Data Act? 449

<i>Wolfgang Kilian</i> Rechtliche Funktion technischer Normen für die generative KI	467
<i>Andreas Leupold / Thomas Usländer</i> Rechtsgeschäfte in industriellen Datenräumen unter Einsatz von KI-Systemen – technische und rechtliche Aspekte	477
<i>Ian Lloyd</i> Artificial intelligence Some legal questions – and fewer answers	495
<i>Thomas Stögmüller</i> Immaterialgüterrechtlicher Schutz KI-generierter Werke	509
<i>Irini Vassilaki</i> Künstliche Intelligenz: Ein Risiko für das Strafrecht?	525
Schriftenverzeichnis Andreas Wiebe	539

Unternehmenshaftung nach der DSGVO – ein Spagat zwischen Datenschutzrecht und Kartellrecht

Thomas Hoeren*

Der Zusammenhang zwischen gesellschaftsrechtlichen und informationsrechtlichen Strukturprinzipien wird gerade im neuen Datenschutzrecht sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung äußerst unterschiedlich beurteilt. Dabei ist scharf umstritten, ob der Anwendungsbefehl des § 41 BDSG durchgreift oder ob mit dem sog. „Funktionsträgerprinzip“ eine unmittelbare Verbandshaftung sui generis begründet wird. Nachfolgend wird zu diesem Streitstand unter Berücksichtigung der widerstreitenden Argumente Stellung bezogen.

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	269
B. „Rechtsträgerprinzip“ im Datenschutzrecht	270
I. Anwendungsbefehl des § 41 BDSG	270
II. Täterkreis bei Datenschutzrechtsverstößen	270
C. Unmittelbare Verbandshaftung sui generis („Funktionsträgerprinzip“)	274
I. Was gilt hiernach für die Unternehmenshaftung?	274
II. Parallele Kartellrecht?	275
III. Kritik	277
1. Kritik am Europäischen Gesetzgeber	277
2. Kartellrecht und die DS-GVO – Eine vergleichende Betrachtung	279

A. Einführung

Andreas, ein seit langer Zeit sehr geschätzter Kollege und Freund, hat sich seit vielen Jahren mit dem Zusammenhang zwischen gesellschaftsrechtlichen und informationsrechtlichen Strukturprinzipien beschäftigt.¹ In jüngster Vergangenheit kristallisierten sich dabei zwei Lager insbesondere zur Unternehmenshaftung nach der DSGVO heraus. Während ersteres eine Anwendung der §§ 30, 130, 9 OWiG strikt ablehnt und eine unmittelbare Verbandshaftung unter einer analogen Anwendung des EU-kartellrechtlichen Unternehmenssanktionsrechts propagiert, belässt es die dem gegenüberstehende Ansicht bei den nationalen Haftungsvorschriften und mithin dem

* Univ.-Prof. Dr.; Informations- und Medienrecht; Lehrstuhl für Informationsrecht und Rechtsinformatik, Leiter der zivilrechtlichen Abteilung für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht, Westfälische Wilhelms-Universität Münster.

1 Siehe z.B. *Wiebe/Helmschrot*, Untersuchung der Umsetzung der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) durch Online-Dienste (2019); *ders.*, The Data Act Proposal – Access rights at the Intersection with Database Rights and Trade Secret Protection, GRUR 2023, 227–238.

Modell der akzessorischen Haftung für fremdes Verschulden als Ausprägung des Rechtsträgerprinzips.²

B. „Rechtsträgerprinzip“ im Datenschutzrecht

Letzterer Ansicht zugunsten einer Anwendung der nationalen haftungsrechtlichen Vorschriften nach §§ 30, 130, 9 OWiG wird insbesondere in der Literatur und von vereinzelt Gerichten, wie jüngst in aufsehenerregender Weise das LG Berlin, gefolgt.³

I. Anwendungsbefehl des § 41 BDSG

Danach bleibt es bei dem den §§ 30, 130, 9 OWiG zugrunde gelegten Schuldprinzip. Die Aufsichtsbehörden müssten demnach einen schuldhaften Verstoß gegen eine Pflicht der DS-GVO seitens einer natürlichen Person zur Verhängung einer Verbandsgeldbuße nachweisen, wobei die Pflichtverletzung seinerseits dem Verband unter den Voraussetzungen der §§ 130, 30, 9 OWiG zuzurechnen ist.⁴ Für die Anwendbarkeit der obigen Vorschriften streitet mittelbar insbesondere die Norm des § 41 Abs. 1 S. 1 BDSG. Danach gelten für die Verhängung von Bußgeldern nach Art. 83 Abs. 4–6 DS-GVO die Vorschriften des OWiG sinngemäß. Ausgenommen sind lediglich gem. § 41 Abs. 1 S. 2 BDSG die §§ 17, 35, 36 OWiG. Somit wird im Rahmen dieses Lagers e contrario die Anwendbarkeit der §§ 30, 130, 9 OWiG angenommen.⁵

II. Täterkreis bei Datenschutzrechtsverstößen

Als Täter der akzessorischen Anknüpfungstat kommen dabei auch bei einem Verstoß gegen die datenschutzrechtlichen Bestimmungen der DS-GVO zunächst nach § 30 Abs. 1 Nr. 1 OWiG die vertretungsberechtigten Organe sowie deren Mitglieder in Betracht. Im Falle einer GmbH handelt es sich hierbei etwa in erster Linie um

-
- 2 Zur ersten Ansicht insb. LG Bonn, Urt. vom 11.11.2020 – 29 OWi 1/20; so auch *Boms*, Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach der DS-GVO in Deutschland – Ist § 43 Abs. 4 BDSG unionsrechtskonform?, ZD 2019, 536, 537 f.; *Cornelius*, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Hg.), Betrieblicher Datenschutz³, Teil XIV. Rz. 3, 88. Zur a.A. LG Berlin, Beschl. vom 18.2.2021 – (526 OWi LG) 212 Js-OWi 1/20 (1/20); so wohl auch *Konrad*, LG Bonn: DSGVO-Bußgeld gegen Unternehmen bei unzureichender Organisation der Anrufer-Authentifizierung in Callcentern, CR 2021, 389 (389 f.); *Wybitul/Venn*, Verteidigung von Unternehmen gegen Geldbußen nach Art. 83 DS-GVO – Streit um rechtliche Voraussetzungen für Unternehmenssanktionen, ZD 2021, 343 (348).
 - 3 LG Berlin, Beschl. vom 18.2.2021 – (526 OWi LG) 212 Js-OWi 1/20 (1/20); so auch *Drewes/Walchner*, Zur Sanktionierung von Datenschutzverstößen von Unternehmen DSK Iocuta – causa finita?, CR 2023, 163 (170 f.); *Adamek/Raeder/Konrad*, Probleme bei der Haftung von Unternehmen für Datenschutzverstöße, ITRB 2021, 189 (194).
 - 4 Im Überblick *Drewes/Walchner*, CR 2023, 163 (165).
 - 5 So u.a. LG Berlin, Beschl. vom 18.2.2021 – (526 OWi LG) 212 Js-OWi 1/20 (1/20); so wohl auch *Konrad*, CR 2021, 389 (389 f.); *Wybitul/Venn*, ZD 2021, 343 (348).

den Geschäftsführer im Sinne des § 35 Abs. 1 GmbHG, während bei einer AG sowohl der Vorstand im Sinne der §§ 76, 78 AktG als vertretungsberechtigtes Organ als auch dessen Mitglieder in Betracht kommen.⁶ Im Falle einer Personengesellschaft erstreckt sich der Kreis derjenigen Personen, deren Datenschutzrechtsverstöße dem Unternehmen zugerechnet werden können, vordergründig gem. § 30 Abs. 1 Nr. 3 OWiG auf ihre vertretungsberechtigten Gesellschafter. Kommanditisten einer KG werden damit gem. § 170 HGB zunächst nicht erfasst.⁷

Etwas anderes gilt lediglich, sofern der Kommanditist eine gewillkürte Vollmacht oder Prokura innehat. So findet nach § 30 Abs. 1 Nr. 4 OWiG gerade auch dann eine Zurechnung statt, wenn derjenige als Generalbevollmächtigter oder in leitender Stellung als Prokurist bzw. Handlungsbevollmächtigter für das jeweilige Unternehmen tätig wird.⁸

Neben diesen evidenten Erwägungen genießt im datenschutzrechtlichen Kontext darüber hinaus die Zurechnungsvorschrift des § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG eine nicht zu verachtende Bedeutung, sofern man die §§ 30, 130, 9 OWiG für anwendbar hält. Danach werden auch die verwirklichten Anknüpfungstaten derjenigen Personen zugerechnet, die lediglich faktisch und mithin nicht formal eine Leitungsfunktion in der Unternehmensstruktur übernehmen. Nach seiner gesetzgeberischen Intention soll die Vorschrift insbesondere die Personen erfassen, die in sonstiger leitender Stellung Kontrollbefugnisse innerhalb des Unternehmens übernehmen. Dementsprechend fallen nach mittlerweile überwiegender Ansicht neben dem Hauptanwendungsbereich des Aufsichtsrats auch die sogenannten *Compliance-Beauftragten* unter § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG, sofern sie infolge ihrer Kontrollbefugnisse eine Führungsposition innehaben und entsprechende Befugnisse zur Beanstandung und Abwehr von Rechtsverstößen haben.⁹ Im datenschutzrechtlichen Kontext kommt damit auch derjenige als Leitungsperson nach § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG in Betracht, der als Compliance-Beauftragter innerhalb des Betriebs die Befugnisse hat, um die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die datenschutzkonforme Verarbeitung personenbezogener Daten zu gewährleisten.¹⁰

Ob dagegen eine Parallele zwischen dem Compliance-Beauftragten und dem bloßen Datenschutzbeauftragten im Sinne des Art. 39 DS-GVO gezogen werden

6 *Meyberg*, in: Graf (Hg.), BeckOK OWiG³⁸, § 30 OWiG Rz. 48.1; *Jacoby*, in: Bork/Schäfer (Hg.), GmbHG⁵, § 35 GmbHG Rz. 1; *Fleischer*, in: Henssler/Spindler/Stilz (Hg.), BeckOGK AktG¹, § 76 AktG Rz. 4.

7 *Schmitt-Leonardy*, in: Gassner/Seith (Hg.), OWiG, 2. Aufl. 2020, § 30 OWiG Rn. 19.

8 Im Falle einer GmbH & Co. KG findet grundsätzlich eine Zurechnung der GmbH als vertretungsberechtigte Komplementärin statt. Über § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG wird jedoch auch der bloß mittelbare Verstoß des tatsächlich handelnden Geschäftsführers der GmbH erfasst; *Schmitt-Leonardy*, in: Gassner/Seith (Hg.), OWiG-HK², § 30 OWiG Rz. 19.

9 So die mittlerweile h. M., *Rogall*, in: Mitsch (Hg.), Karlsruher Kommentar zum OWiG⁵, § 30 OWiG Rz. 84; *Schmitt-Leonardy*, in: Gassner/Seith (Hg.), OWiG², § 30 OWiG Rz. 19; vgl. BGH, Urt. vom 17.7.2009 – 5 StR 394/08, wonach der Compliance-Beauftragte auch folgerichtig Überwachungsgarant des Unternehmens im Sinne des § 13 StGB ist.

10 So wohl auch *Moos*, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg (Hg.), BeckOK Datenschutzrecht⁴⁴, Art. 39 DS-GVO Rz 37.

kann, ist in der Literatur Bestandteil eines kontroversen Diskurses.¹¹ Dabei kommen unstreitig gegen den Datenschutzbeauftragten als solchen keine Bußgelder im Falle der nicht ordnungsgemäßen Verarbeitung personenbezogener Daten in Betracht, indem die Art. 83 Abs. 2–6 DS-GVO lediglich die Verantwortlichen sowie den Auftragsverarbeiter als taugliche Adressaten benennen. Schließlich ist der Datenschutzbeauftragte nicht selbst Verantwortlicher, sondern bloß Teil der verarbeitenden Stelle.¹²

Zugunsten einer Garantenstellung des Datenschutzbeauftragten und mithin einer Zurechnung als tauglicher Täter gem. § 30 Abs. 1 Nr. 5 DS-GVO wird insbesondere die Vorschrift des Art. 39 Abs. 1 lit. b) DS-GVO herangezogen. Danach obliegt dem Datenschutzbeauftragten die Überwachung der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften der DS-GVO sowie der Mitgliedstaaten. Zu diesem Zweck geht die Vorschrift im Vergleich zur vorherigen Rechtslage unter § 4g Abs. 1 S. 1 BDSG a.F. bedeutend weiter, indem zuvor den Datenschutzbeauftragten in dem jeweiligen Betrieb bloß eine Pflicht traf, auf die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften hinzuwirken. Nunmehr treffen den Datenschutzbeauftragten darüber hinaus gem. Art. 39 Abs. 1 lit. b) DS-GVO umfassende Überwachungspflichten innerhalb des Betriebs, in deren Rahmen dieser etwa die Datenschutzstrategie und Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen evaluieren muss.¹³ Vor dem Hintergrund des nahezu drakonischen Bußgeldrahmens der Art. 83 Abs. 4–6 DS-GVO besteht ein gewisses Risiko, dass die Aufsichtsbehörden künftig erwägen könnten, den Datenschutzbeauftragten gleich einem Compliance-Beauftragten als Überwachergaranten zu behandeln und eine Haftung des Unternehmens über das Vehikel des § 30 Abs. 1 OWiG begründen.¹⁴

Die wohl überwiegende Ansicht lehnt es dagegen ab, dass eine ordnungswidrigkeitenrechtliche Haftung des Unternehmens hinsichtlich der nicht ordnungsgemäßen Verarbeitung in Betracht kommt, wenn der Datenschutzbeauftragte gegen seine Überwachungspflichten verstößt.¹⁵ So obliegt die abschließende Entscheidung über die Art und Weise der Verarbeitung personenbezogener Daten gerade weiterhin, un-

11 Im Überblick zum Meinungsstand *Moos*, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg (Hg.), BeckOK Datenschutzrecht⁴⁴, Art. 39 DS-GVO Rz 37 ff.

12 *Niklas/Faas*, Der Datenschutzbeauftragte nach der Datenschutz-Grundverordnung, NZA 2017, 1091 (1096); *Bergt*, in: Kühling/Buchner (Hg.), Datenschutz-Grundverordnung/BDSG³, Art. 37 DS-GVO Rz. 51, 55.

13 So insb. *Wybitul*, Was ändert sich mit dem neuen EU-Datenschutzrecht für Arbeitgeber und Betriebsräte? – Anpassungsbedarf bei Beschäftigendatenschutz und Betriebsvereinbarungen, ZD 2016, 203 (204 f.).

14 Dafür streitet schließlich auch der im Ordnungswidrigkeitenrecht gem. § 14 OWiG maßgebliche Einheitstäterbegriff; vgl. bloß *Wybitul*, ZD 2016, 203 (204 f.); vgl. auch von *Gierke/Wybitul*, Checklisten zur DSGVO – Teil 2: Pflichten und Stellung des Datenschutzbeauftragten im Unternehmen, BB 2017, 181 (182); *Bergt*, in: Kühling/Buchner (Hg.), Datenschutz-Grundverordnung/BDSG³, Art. 37 DS-GVO Rz. 51, 55.

15 So vertreten von u.a. *Moos*, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg (Hg.), BeckOK Datenschutzrecht⁴⁴, Art. 39 DS-GVO Rz. 38; *Drewes*, in: Simitis/Hornung/Spiecker (Hg.), Datenschutzrecht¹, Art. 39 DS-GVO Rz. 58 ff.; *Helfrich*, in: Sydow/Marsch (Hg.), DS-GVO/BDSG³, Art. 39 DS-GVO Rz. 68 ff.

abhängig von den durchaus intensiven Überwachungspflichten des Datenschutzbeauftragten, dem Verantwortlichen selbst, wie sich unschwer aus der Rechenschaftspflicht des Art. 5 Abs. 2, 1 lit. a) DS-GVO ergibt. Schließlich wird dem Datenschutzbeauftragten nach dem gesetzgeberischen Grundmodell bloß eine Überwachungs- und eine damit einhergehende Hinweispflicht auferlegt. Vom Compliance-Beauftragten unterscheidet er sich dagegen zentral dadurch, dass der Datenschutzbeauftragte selbst über keine Eingriffsbefugnisse verfügt, um Verstößen gegen die datenschutzrechtlichen Bestimmungen innerhalb des Unternehmens abzuwehren. Eine solche Eingriffsbefugnis würde den Grundsatz der Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten untergraben. So darf es nach Art. 38 Abs. 6 S. 2 DS-GVO bei der Tätigkeit des Datenschutzbeauftragten nicht zu Interessenkonflikten kommen, die jedoch mit einer Entscheidungsbefugnis zwangsläufig einhergehen würden.¹⁶

Für eine bloße Überwachungs- und Hinweispflicht streitet schließlich darüber hinaus die französische (*contrôler*) wie auch die englische Sprachfassung (*to monitor*).¹⁷ Mithin bezweckte der europäische Gesetzgeber mit Einführung des Art. 39 Abs. 1 lit. b) DS-GVO keinen Paradigmenwechsel zum § 4g BDSG a.F. und führte ausdrücklich keine Weisungs- oder Interventionsbefugnis des Datenschutzbeauftragten innerhalb des Unternehmens ein. Der Datenschutzbeauftragte hat damit trotz seiner zentralen Stellung im Betrieb, bei der er etwa auch als erste Anlaufstelle für die Aufsichtsbehörden gem. Art. 37 Abs. 7 DS-GVO fungiert, mit den Worten des § 30 Abs. 1 Nr. 5 a.E. OWiG keine sonstige leitende Stellung bei der Ausübung von Kontrollbefugnissen.¹⁸

Im Einklang mit der letztgenannten Ansicht tendiert wohl auch die Rechtsprechung dazu, eine Garantienstellung des Datenschutzbeauftragten abzulehnen, indem dieser anders als der Verantwortliche keine Erfolgsverantwortung für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung übernimmt.¹⁹ Letztlich soll der Verantwortliche bzw. Auftragsverarbeiter weiterhin selbst für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben rechenschaftspflichtig bleiben, wofür auch die Systematik der Art. 35 Abs. 2, 38 Abs. 2 DS-GVO streitet.²⁰ Der Datenschutzbeauftragte wäre demzufolge auch bei Verstößen gegen seine Pflicht aus Art. 39 Abs. 1 lit. b) DS-GVO nicht dem Täterkreis des § 30 Abs. 1 Nr. 5 OWiG als sonstige Leitungsperson zuzurechnen.²¹

16 So etwa Moos, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg (Hg.), BeckOK Datenschutzrecht⁴⁴, Art. 39 DS-GVO Rz. 40.

17 Helfrich, in: Sydow/Marsch (Hg.), DS-GVO/BDSG³, Art. 39 DS-GVO Rz. 70 ff. sowie Art. 38 DS-GVO Rz. 32 ff.

18 Helfrich, in: Sydow/Marsch (Hg.), DS-GVO/BDSG³, Art. 39 DS-GVO Rz. 70 ff.; Heberlein, in: Ehmann/Selmayr (Hg.), Datenschutz-Grundverordnung², Art. 39 DS-GVO Rz. 16; Kahler/Licht, Die neue Rolle des Datenschutzbeauftragten nach der DSGVO – Was Unternehmen zu beachten haben, ITRB 2016, 178 (179).

19 Vgl. LG Landshut, Urt. vom 6.11. 2020 – 51 O 513/20, wonach der Datenschutzbeauftragte nicht Verantwortlicher im Sinne des Art. 4 Nr. 7 DS-GVO ist; Moos, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg (Hg.), BeckOK Datenschutzrecht⁴⁴, Art. 39 DS-GVO Rz. 41.

20 Moos, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg (Hg.), BeckOK Datenschutzrecht⁴⁴, Art. 39 DS-GVO Rz. 40 f.

21 Interne Regressansprüche des Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeiters gegen den Datenschutzbeauftragten bei Verletzung seiner Pflichten bleiben hiervon unberührt; Heberlein, in: Ehmann/Selmayr (Hg.), DS-GVO², 2, Art. 39 DS-GVO Rz. 25.

C. Unmittelbare Verbandshaftung sui generis („Funktionsträgerprinzip“)

Dass es überhaupt auf die Grundsätze der §§ 30, 130, 9 OWiG bei der Verhängung von Verbandsgeldbußen gegen Unternehmen nach den Art. 83, 58 Abs. 2 DS-GVO ankommt, wird von vereinzelt Stimmen in der Literatur und insbesondere den Aufsichtsbehörden in der Verwaltungspraxis lautstark bezweifelt. Vielmehr plädiert dieses Lager für eine *unmittelbare Verbandshaftung sui generis*, die sich an dem kartellrechtlichen Unternehmenssanktionsrecht europäischer Prägung nach Art. 101, 102 AEUV orientiert.²² Eine solche Analogie hierzu schließt der Generalanwalt des EuGH in dem Vorabentscheidungsverfahren „Deutsche Wohnen“ zu dieser Streitfrage mit seinen jüngst veröffentlichten Schlussanträgen nicht vollkommen aus, was umso mehr eine kritische Auseinandersetzung mit diesem Standpunkt gebietet.²³

I. Was gilt hiernach für die Unternehmenshaftung?

Im Sinne eines *Funktionsträgerprinzips* soll der Art. 83 DS-GVO hiernach entsprechend des Grundsatzes des Anwendungsvorrangs das innerstaatliche *Rechtsträgerprinzip* des § 30 OWiG überformen und so dessen Anwendung entgegenstehen. Infolgedessen müssten die zuständigen Datenschutz-Aufsichtsbehörden nicht mehr in Form einer rechtsfolgenbezogenen Zurechnung des Handelns von Leitungspersonen die Voraussetzungen des § 30 OWiG zur Verhängung von Verbandsgeldbußen positiv nachweisen. Dies hat aus Sicht der Verwaltung den praktischen, im höchsten Maße relevanten Vorteil, dass sie sich nicht mit der Organisationsstruktur des jeweiligen Unternehmens auseinandersetzen muss, um so den Nachweis einer tatbestandlich, rechtswidrig und schuldhaft verwirklichten Anknüpfungstat einer natürlichen (Leitungs-)Person überhaupt zu ermöglichen.²⁴ In diesem Kontext wird gar der § 41 Abs. 1 BDSG als unionsrechtswidriger Versuch des deutschen Gesetzgebers bezeichnet, die Anwendung des § 30 OWiG zu erzwingen.²⁵

Vielmehr würde nach der hiernach propagierten unmittelbaren Verbandshaftung sui generis der Nachweis vollends entfallen, welche konkrete natürliche Person nun gegen die Bestimmungen des Datenschutzrechts innerhalb des Unternehmens verstoßen hat. So können auch Verhaltensweisen natürlicher Personen der juristischen Person zugerechnet werden, selbst wenn es sich um keinen Repräsentanten im Sinne

22 So vertreten von u.a. LG Bonn, Urt. vom 11.11.2020 – 29 OWi 1/20; *Holländer*, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg (Hg.), *Datenschutzrecht*⁴⁴, Art. 83 DS-GVO Rz. 8 ff. Ausdrücklich schließt sich auch die DSK dieser Meinung an, https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/st/20230118_DSK_Stellungnahme_Datenschutzverstoesse_von_Unternehmen.pdf (zuletzt geöffnet am 3.7.2023).

23 *Campos Sánchez Bordona*, Schlussanträge des Generalanwalts vom 27.4.2023, Rechtsache C-807/21, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:62021CC0807> (zuletzt geöffnet am 27.7.2023)

24 KG Berlin, Beschl. vom 6.12.2021 – 3 WS 250/21 = NZKart 2022, 83 Rz. 8 f.

25 So ausdrücklich *Bergt*, Sanktionierung von Verstößen gegen die Datenschutz-Grundverordnung, DUD 2017, 555 (556).

des § 30 Abs. 1 OWiG, sondern etwa um bloße Mitarbeiter handelt.²⁶ Einer Zurechnungsvorschrift wie der des § 30 Abs. 1 OWiG bedarf es danach nicht.²⁷ Dem liegt ein Verständnis zugrunde, nach dem ein Unternehmen eine umfassende Organisationspflicht trifft, um ein datenschutzrechtlich konformes Verhalten seiner Mitarbeiter zu gewährleisten, unabhängig davon, ob der jeweilige Mitarbeiter eine Stellung als Leitungsperson innehat. Lediglich, wenn der Mitarbeiter seine Befugnisse deutlich überschreitet, soll eine Exkulpation des Unternehmens möglich sein.²⁸ Auf diesem Weg kommt es zu einer sehr umfassenden Zurechnung haftungsbegründenden Verhaltens, wofür der Aufsichtsbehörde lediglich der Nachweis gelingen muss, dass ein Verstoß als solcher aus der Sphäre des Unternehmens stammt.²⁹

Für diesen Standpunkt wird maßgeblich der Wortlaut der Art. 83 Abs. 4–6 DSGVO rekuriert, die ausdrücklich die Verhängung von Bußgeldern gegen *Unternehmen* regeln. Als vorrangig anwendbare Verordnung konstruieren diese Vorschriften danach ein abschließendes Haftungsregime zur Unternehmenshaftung nach der DS-GVO, für die ein Rückgriff auf die materiell-rechtlichen Vorschriften des nationalen Rechts in den §§ 130, 30, 9 OWiG gesperrt ist.³⁰ Für diese unmittelbare Verbandshaftung soll weiterhin Erwägungsgrund 150 den Unternehmensbegriff näher konturieren. Nach diesem wird der Begriff des Unternehmens bei der Verhängung von Geldbußen nach der DS-GVO synonym zu den Art. 101, 102 AEUV verstanden. Mithin wäre hiernach ein kartellrechtliches Begriffsverständnis maßgeblich.³¹

II. Parallele Kartellrecht?

In ständiger Rechtsprechung des EuGH wird der unionsrechtlich geprägte kartellrechtliche Unternehmensbegriff sehr weit verstanden, wobei es insbesondere nicht darauf ankommt, ob ein Verband in dem jeweiligen Mitgliedstaat als juristische Person anerkannt ist. Stattdessen kommt es auf ein *funktionales Verständnis* an. Anschaulich ist in diesem Zusammenhang auch vom *Funktionsträgerprinzip* die Rede. Dabei wird an das Kriterium der *wirtschaftlichen Einheit* ohne Rückgriff auf eine bestimmte Rechtsform oder gar Gewinnerzielungsabsicht angeknüpft.³² Ein Unter-

26 *Zelger*, Der Begriff des „Unternehmens“ im europäischen Datenschutzrecht – Vorbild europäisches Kartellrecht?, EuR 2021, 478 (481).

27 *Cornelius*, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Hg.), Betrieblicher Datenschutz³, Teil XIV. Rz. 3, 88.

28 *Cornelius*, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Hg.), Betrieblicher Datenschutz³, Teil XIV. Rz. 3, 88.

29 *Cornelius*, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Hg.), Betrieblicher Datenschutz³, Teil XIV. Rz. 3, 88; *Nietsch/Osmanovic*, Zurechnung von DSGVO-Verstößen im Unternehmensbereich, BB 2021, 1858 (1859).

30 KG Berlin, Beschl. vom 6.12.2021 – 3 WS 250/21 = NZKart 2022, 83 Rz. 9 ff.; *Brodowski/Nowak*, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg (Hg.), BeckOK Datenschutzrecht⁴⁴, § 41 BDSG Rz. 11 f.

31 KG Berlin, Beschl. vom 6.12.2021 – 3 WS 250/21 = NZKart 2022, 83 Rn. 15; *Cornelius*, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Hg.), Betrieblicher Datenschutz³, Teil XIV. Rz. 89.

32 *Cornelius*, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Hg.), Betrieblicher Datenschutz³, Teil XIV. Rz. 90 f.

nehmen ist danach „eine wirtschaftliche Einheit, die in einer einheitlichen Organisation personeller, materieller oder immaterieller Mittel besteht, welche dauerhaft einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt“.³³ Dementsprechend kann ein Unternehmen auch mehrere natürliche oder juristische Personen umfassen, solange sie eine wirtschaftliche Einheit bilden. In einem solchem Verbund besteht eine wirtschaftliche Einheit dann, wenn die verbundenen Teile nicht in ihrem Marktverhalten unabhängig sind und ein Unternehmen herrschend ist. So kann eine wirtschaftliche Einheit auch dann ausscheiden, wenn ein Tochterkonzern vollends autark handelt.³⁴

Im datenschutzrechtlichen Kontext wird der kartellrechtliche Unternehmensbegriff leicht modifiziert angewandt. Im Gegensatz zum originären Verständnis nach Art. 101, 102 AEUV soll im Falle des Art. 83 DS-GVO aufgrund des besonderen Schutzzweckes der DS-GVO anstatt der wirtschaftlichen eine *datenschutzrechtliche Einheit* als entscheidendes Kriterium herangezogen werden.³⁵ Soweit innerhalb einer Unternehmensgruppe eine Datenverarbeitung erfolgt, ist nach diesem Verständnis dasjenige Unternehmen herrschend, das die Zwecke und Mittel für die Datenverarbeitung bestimmt. So gibt Erwägungsgrund 37 gerade ausdrücklich vor, dass es zur Bestimmung des herrschenden Unternehmens im datenschutzrechtlichen Kontext neben den Eigentums- und Beteiligungsverhältnissen insbesondere auf die Befugnis ankommt, die Einhaltung der Datenschutzvorschriften zu gewährleisten. Konsequenterweise bildet eine Unternehmensgruppe hiernach etwa dann eine wirtschaftliche bzw. datenschutzrechtliche Einheit, wenn der Mutterkonzern maßgeblich die datenschutzrechtsgemäße Verarbeitung in der Tochtergesellschaft sicherstellen und beeinflussen kann. In einem solchen Fall bilden Mutter- und Tochtergesellschaft als ein *Unternehmen* im Sinne des Art. 83 DS-GVO eine Einheit, sodass bei der Bestimmung des Bußgeldes auch der Umsatz des Mutterkonzerns zu berücksichtigen ist.³⁶ Folglich bilden nach dieser Auslegung Mutter- und Tochtergesellschaft im Falle einer datenschutzrechtlichen Einheit ein einzelnes datenschutzrechtlich verantwortliches Subjekt, das als Normadressat der Bußgeldvorschriften für eine Zuwiderhandlung einzustehen hat.³⁷

Eine datenschutzrechtliche Einheit scheidet dagegen selbstverständlich aus, soweit die Tochtergesellschaft selbständig und unabhängig die Datenverarbeitung durchführt und insbesondere die Zwecke und Mittel hierfür festlegt. Nur, soweit ein herrschendes Unternehmen tatsächlich Einfluss auf die Datenverarbeitung nehmen kann, wird eine datenschutzrechtliche Einheit angenommen und ihr Umsatz

33 *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hg.), EUV/AEUV⁶, Art. 101 AEUV Rz. 25; so st. Rspr. vgl. EuGH, Urt. vom 23.4.1991 – Rs C-41/90.

34 *Weiß*, in: Calliess/Ruffert (Hg.), EUV/AEUV⁶, Art. 101 AEUV Rz. 35; *Cornelius*, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Hg.), Betrieblicher Datenschutz³, Teil XIV. Rz. 91.

35 So *Cornelius*, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Hg.), Betrieblicher Datenschutz³, Teil XIV. Rz. 99.

36 Vgl. auch Art. 4 Nr. 19 DS-GVO zur Definition der Unternehmensgruppe; *Cornelius*, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Hg.), Betrieblicher Datenschutz³, Teil XIV. Rz. 99.

37 *Cornelius*, Die „datenschutzrechtliche Einheit“ als Grundlage des bußgeldrechtlichen Unternehmensbegriffs nach der EU-DSGVO, NZWiSt 2016, 421 (423).

zur Bestimmung der Verbandsgeldbuße herangezogen.³⁸ Nichtsdestotrotz führt die Analogie zum kartellrechtlichen Unternehmensbegriff gem. Art. 101, 102 AEUV im Sinne eines Funktionsträgerprinzips zu einer erheblichen Ausweitung der Unternehmenshaftung nach Art. 83 Abs. 4–6 DS-GVO, was umso mehr gilt, soweit man die strengen Vorschriften der §§ 130, 30, 9 DS-GVO als Ausdruck des Rechtsträgerprinzips nach dieser Ansicht für unanwendbar hält. Zwar erwirtschaften die einzelnen Tochtergesellschaften oftmals selbst keine enormen Umsätze. Wenn jedoch in entsprechender Anwendung des kartellrechtlichen Verständnisses auf die Gesamtumsätze der international agierenden Unternehmensgruppe zurückgegriffen werden kann, kommen bei einem Bußgeld in Höhe von 4 % des Gesamtumsatzes gem. Art. 83 Abs. 5, 6 DS-GVO beachtliche Summen im teils neun- bis zehnstelligen Bereich zusammen. Dabei drohen den Unternehmen unter Anwendung dieser Grundsätze insbesondere auch dann Bußgelder, wenn sämtliche Anforderungen zur Wahrung der Aufsichtspflicht gem. § 130 OWiG eingehalten werden.³⁹

III. Kritik

Vor dem Hintergrund des sich evident aufdrängenden Haftungsrisikos verwundert es kaum, dass die zuvor erläuterte Analogie zum kartellrechtlichen Unternehmenssanktionsrecht in der Literatur auf lautstarke und durchaus berechtigte Kritik stößt.⁴⁰

1. Kritik am Europäischen Gesetzgeber

Dabei überrascht es zunächst in systematischer Hinsicht überaus, dass sich der europäische Gesetzgeber dazu entschied, den Begriff des Unternehmens in Art. 4 Nr. 18 DS-GVO legal zu definieren, nur um anschließend dem Begriff Art. 83 DS-GVO i.V.m. Erwägungsgrund 150 DS-GVO eine abweichende Bedeutung nach dem kartellrechtlichen Verständnis zuzusprechen.⁴¹ Dieser Befund lasse sich jedoch mit einem redaktionellen Übersetzungsfehler in der deutschen Sprachfassung erklären. So heißt es etwa in der englischen Version in Art. 4 Nr. 18 DS-GVO *enterprise*, während in Art. 83 DS-GVO i.V.m. Erwägungsgrund 150 vom *undertaking* die Rede ist. Mithin komme beiden Begriffen auch im jeweiligen Kontext eine unter-

38 *Cornelius*, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Hg.), Betrieblicher Datenschutz³, Teil XIV. Rz. 100, 105.

39 *Wybitul*, Die DS-GVO – ein Compliance-Thema?, ZD 2016, 105 (105); *Wybitul*, Data Privacy Litigation und kein Ende?, ZD 2021, 177 (178).

40 Zur Kritik im Überblick *Cornelius*, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Hg.), Betrieblicher Datenschutz³, Teil XIV. Rz. 94 ff.; *Wybitul*, ZD 2016, 105 (105 f.); *Faust/Spittka/Wybitul*, Milliardenbußgelder nach der DS-GVO? – Ein Überblick über die neuen Sanktionen bei Verstößen gegen den Datenschutz, ZD 2016, 120 (123).

41 Nach Art. 4 Nr. 18 DS-GVO handelt es sich bei einem Unternehmen um eine natürliche oder juristische Person, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform, einschließlich Personengesellschaften oder Vereinigungen, die regelmäßig einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen.

schiedliche Bedeutung zu.⁴² Dies ist umso unglücklicher, indem der Unternehmensbegriff nach der Analogie zum kartellrechtlichen Verständnis eher dem Begriff der *Unternehmensgruppe* in Art. 4 Nr. 19 DS-GVO entspricht. Manch einer spricht diesbezüglich gar zutreffend von einem *legislativen Chaos*.⁴³

Zwar streitet demnach durchaus der Gesetzeswortlaut des Art. 83 DS-GVO auf dem ersten Blick unter Berücksichtigung der englischen Sprachausgabe für die unmittelbare Verbandshaftung nach dem kartellrechtlichen Modell, der die Haftung im Falle eines *Unternehmens* regelt und über den hierzu akzessorischen Erwägungsgrund 150 DS-GVO auf das Kartellrecht verweist.⁴⁴ Zum tauglichen Täterkreis gehören zwar weiterhin bloß die Verantwortlichen wie auch die Auftragsverarbeiter. Es entspricht jedoch der ständigen Rechtsprechung des EuGH, dass auch Unternehmen wie *Facebook Irland* Verantwortliche im Sinne des Art. 4 Nr. 7 DS-GVO sein können.⁴⁵ Demnach solle es auch nicht auf eine schuldhaftige Handlung der Organe bzw. Leitungspersonen ankommen, indem diese gerade selbst nicht von den Bußgeldtatbeständen des Art. 83 DS-GVO adressiert werden, sondern lediglich die Unternehmen als Verantwortliche.⁴⁶

Ob der europäische Gesetzgeber den Adressatenkreis überhaupt in der Weise in Art. 83 DS-GVO i.V.m. Erwägungsgrund 150 DS-GVO geregelt hat, erscheint jedoch äußerst zweifelhaft.⁴⁷ So schreibt der Wortlaut des Art. 83 DS-GVO auf dem zweiten Blick gerade selbst keine unmittelbare Verbandshaftung eigener Art vor. Vielmehr ergibt sich dies bloß scheinbar aus Erwägungsgrund 150 S. 3 DS-GVO. Dieser verweist lediglich hinsichtlich des Bußgeldrahmens auf das kartellrechtliche Unternehmensverständnis, um klarzustellen, dass auch im Einzelfall die Umsätze der Muttergesellschaft des datenschutzrechtlich Verantwortlichen bei der Berechnung des Bußgelds im Rahmen des Art. 83 DS-GVO herangezogen werden sollen.⁴⁸

Eine Regelung des Bußgeldadressaten ist dagegen nicht in Erwägungsgrund 150 zu verorten, der bloß die Rechtsfolgenseite konkretisiert und gerade keine unmittelbare Verbandshaftung *sui generis* statuiert. Das ergibt sich auch aus dem Wortlaut des Erwägungsgrund 150 S. 3 DS-GVO, der voraussetzt, dass bereits ein Bußgeld dem Unternehmen dem Grunde nach auferlegt wurde. Dabei wäre es auch überraschend oder gar systemwidrig, wenn eine so zentrale Frage wie die Haftung der Muttergesellschaft in einem simplen versteckten Erwägungsgrund beantwortet wird.

42 *Faust/Spitka/Wybitul*, ZD 2016, 120 (123); *Cornelius*, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Hg.), *Betrieblicher Datenschutz*³, Teil XIV. Rz. 96 f.

43 *Cornelius*, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Hg.), *Betrieblicher Datenschutz*³, Teil XIV. Rz. 96; *Cornelius*, NZWiSt 2016, 421 (422).

44 KG Berlin, Beschl. vom 6.12.2021 – 3 WS 250/21 = NZKart 2022, 83 Rz. 13, 15.

45 So u.a. EuGH, Urt. vom 29.7.2019 – C – 40/17.

46 KG Berlin, Beschl. vom 6.12.2021 – 3 WS 250/21 = NZKart 2022, 83 Rz. 13; LG Bonn, Urt. v. 11.11.2020 – 29 OWi 1/20.

47 Zur Kritik u.a. *Wybitul*, ZD 2021, 177 (177 f.); *Wybitul*, ZD 2016, 105 (105); i.Ü. auch *Cornelius*, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Hg.), *Betrieblicher Datenschutz*³, Teil XIV. Rz. 94 ff.

48 *Wybitul*, ZD 2021, 177 (178).

Schließlich handelt es sich bei Erwägungsgründen um bloße methodische Hilfsmittel, die entweder die Rechtmäßigkeit einer Norm belegen oder bei ihrer Auslegung heranzuziehen sind, ohne dass sie jedoch einen eigenen normativen Gehalt haben dürfen.⁴⁹

Vielmehr können Erwägungsgründe den verfügenden Teil einer Verordnung lediglich präzisieren, jedoch nicht als Begründung herangezogen werden, um von dem verfügenden Teil abzuweichen.⁵⁰ Mithin spricht schon de lege lata einiges angesichts der jedenfalls konfus anmutenden Fassung der DS-GVO gegen eine Modifizierung der Unternehmenshaftung in der zuvor beschriebenen Weise.⁵¹ Der funktionale Unternehmensbegriff des europäischen Kartellrechts kann dementsprechend nicht herangezogen werden, um die Zurechenbarkeit von Verhalten natürlicher Personen, soweit der Verantwortliche bzw. Auftragsverarbeiter nicht ohnehin eine natürliche Person ist, zu modifizieren.⁵²

2. Kartellrecht und die DS-GVO – Eine vergleichende Betrachtung

Ohnehin ist eine Übertragung des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffes auf die Verhängung von Bußgeldern nach der DS-GVO schon aufgrund der erheblichen Diskrepanz zwischen beiden Rechtsmaterien abzulehnen. Dabei fällt zunächst auf, dass im Kartellrecht ein sogenanntes *Konzernprivileg* für Absprachen innerhalb der wirtschaftlichen Einheit des Konzerns besteht. Danach hat die Feststellung einer wirtschaftlichen Einheit zur Folge, dass zwischen den Beteiligten innerhalb der Einheit aufgrund des fehlenden Wettbewerbs auch konzerninterne Wettbewerbsbeschränkungen gem. Art. 101, 102 AEUV ausscheiden.⁵³

Ein solches Konzernprivileg ist im Datenschutzrecht dagegen ersichtlich nicht vorgesehen. Zwar gibt es innerhalb der DS-GVO gewisse konzerninterne Privilegierungen, wenn etwa innerhalb einer Unternehmensgruppe gem. Art. 37 Abs. 2 DS-GVO ein gemeinsamer Datenschutzbeauftragter bestellt werden kann oder es nach Art. 47 DS-GVO mit Erlaubnis der Aufsichtsbehörde gerade zulässig ist, sogenannte *Binding Corporate Rules* aufzustellen, um zwischen den Gesellschaften Datenverarbeitungen rechtmäßig durchzuführen. In dem Zusammenhang betont Erwägungsgrund 48 DS-GVO gerade ausdrücklich, dass Verantwortliche ein berechtigtes In-

49 Dem folgend *Faust/Spitka/Wybitul*, ZD 2016, 120 (124); *Krebs/Jung*, in: ders./dies./Stiegler (Hg.), *Gesellschaftsrecht in Europa*¹, § 2 Europäische Rechtsmethodik Rz. 112 f. Vgl. hierzu auch den Gemeinsamen Leitfaden des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission für Personen, die an der Abfassung von Rechtstexten der Europäischen Union mitwirken, Stand: 2014, S. 22, <http://eur-lex.europa.eu/content/techleg/KB0213228DEN.pdf> (zuletzt geöffnet am 9.7.2023).

50 *Drewes/Walchner*, CR 2023, 163 (165).

51 *Wybitul*, ZD 2021, 177 (178); vgl. auch KG Berlin, Beschl. vom 6.12.2021 – 3 WS 250/21 = NZKart 2022, 83 Rz. 13.

52 Abweichend etwa *Zelger*, *Der Begriff des „Unternehmens“ im europäischen Datenschutzrecht – Vorbild europäisches Kartellrecht*, EuR 2021, 481 (491).

53 *Cornelius*, NZWiSt 2016, 421 (423).

teresse daran haben können, personenbezogene Daten innerhalb der Unternehmensgruppe zu übermitteln.⁵⁴

Ein Konzernprivileg im kartellrechtlichen Sinne wird so jedoch nicht eingeführt. Vielmehr gelten die datenschutzrechtlichen Vorschriften ausdrücklich weiterhin innerhalb der Unternehmensgruppe, indem etwa jede Verarbeitung personenbezogener Daten zwischen zwei konzerninternen Verantwortlichen bzw. Auftragsverarbeitern einer Rechtfertigung bedarf. Dies gilt auch dann, wenn die einzelnen Gesellschaften ein Unternehmen im Sinne einer datenschutzrechtlichen Einheit nach Erwägungsgrund 150 DS-GVO bilden.⁵⁵ Schließlich bleibt der jeweilige Verantwortliche trotz seiner Zugehörigkeit zu einer Personengruppe weiterhin das von den datenschutzrechtlichen Normen adressierte Rechtssubjekt.⁵⁶

Aus diesem Grund steht eine Analogie zum kartellrechtlichen Unternehmenssanktionsrecht auch im klaren Widerspruch zu allgemeinen haftungsrechtlichen Grundsätzen. So ist eine bußgeldrechtliche Unternehmensverantwortlichkeit nur dann gerechtfertigt, wenn die wirtschaftliche Einheit selbst Normadressat der zu wählenden Pflichten ist. Das Unternehmen kann demnach nur in dem Maße als verantwortliches Rechtssubjekt sanktioniert werden, wie es auch Adressat der Verbotsnorm ist.⁵⁷ Im europäischen Kartellrecht ist dies ersichtlich der Fall, indem die Verbotsnormen das Unternehmen als wirtschaftliche Einheit Verpflichtungen unterwerfen. Dogmatisch haftet die Muttergesellschaft dabei innerhalb der wirtschaftlichen Einheit nicht für ein wettbewerbswidriges Verhalten der Tochtergesellschaft im Sinne eines Verantwortungsdurchgriffs. Vielmehr beruht die Verbandsgeldbuße gegen die Muttergesellschaft darauf, dass sie selbst Teil der wirtschaftlichen Einheit ist, in der das wettbewerbswidrige Verhalten auftrat.⁵⁸

Für dieses Verhalten ist die wirtschaftliche Einheit bzw. das Unternehmen insgesamt verantwortlich, die die maßgebliche Tat gewissermaßen selbst begeht, ohne dass es zu Zurechnungsproblemen kommt. Innerhalb des Unternehmens haftet die einzelne juristische Person daran anknüpfend im Sinne einer *Bußgeldzahlungslast*, indem sie Träger bzw. Teil des den Wettbewerbsverstoß verursachenden Unternehmens ist. Jeder Verstoß, der innerhalb des *Unternehmens* als wirtschaftliche Einheit begangen wird, ist somit als Rechtsverstoß des *Unternehmens* zu verstehen.⁵⁹

Folglich passt die kartellrechtliche Unternehmenshaftung in analoger Anwendung nur dort, wo auch die Unternehmen als solches Adressaten der Verbotsnormen

54 Im Einzelnen zu den datenschutzrechtlichen Privilegien innerhalb einer Unternehmensgruppe: *Scheja*, in: Taeger/Gabel (Hg.), DSGVO/BDSG/TTDSG⁴, Art. 37 DS-GVO Rz. 47 ff. Siehe auch Art. 4 Nr. 20 DS-GVO zum Begriff der *verbindlichen internen Datenschutzvorschriften*; *Zerdick*, in: Ehmann/Selmayr (Hg.), Datenschutzgrundverordnung², Art. 47 DS-GVO Rz. 7; *Cornelius*, NZWiSt 2016, 421 (425).

55 *Cornelius*, NZWiSt 2016, 421 (425).

56 *Faust/Spitka/Wybitul*, ZD 2016, 120 (121 f.).

57 *Cornelius*, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Hg.), Betrieblicher Datenschutz³, Teil XIV. Rz. 95.

58 *Dannecker/Dannecker*, Europäische und verfassungsrechtliche Vorgaben für das materielle und formelle Unternehmensstrafrecht, NZWiSt 2016, 162 (168).

59 *Dannecker/Dannecker*, NZWiSt 2016, 162 (168).

sind.⁶⁰ Die Normen der DS-GVO adressieren jedoch zunächst nur die Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter im Rahmen der Verarbeitung personenbezogener Daten. Dabei wird es sich in der Regel um eine Tochtergesellschaft innerhalb der Unternehmensgruppe handeln, die selbst Verantwortliche ist. Das Unternehmen wird dagegen nicht als solches adressiert, woran auch der Kunstgriff über die Auslegung des Begriffs im Sinne einer datenschutzrechtlichen Einheit nach dem Vorgesagten nichts ändert.⁶¹ Vielmehr handelt es sich bei den Art. 83 Abs. 4–6 DS-GVO um Sonderdelikte im klassischen Sinne, die sich lediglich an Verantwortliche, Auftragsverarbeiter sowie im Einzelnen an Zertifizierungs- und Überwachungsstellen, Art. 83 Abs. 4 lit. b), c) DS-GVO, und mithin nicht an die Unternehmen richten.⁶²

Im Übrigen ergeben sich auch in teleologischer Hinsicht erhebliche Differenzen zwischen den beiden Rechtsmaterien. So verfolgt das europäische Kartellrecht den Schutz eines funktionierenden und effizienten Binnenmarktes. Dagegen bezweckt das Datenschutzrecht zwar auch den freien Verkehr personenbezogener Daten, wie etwa auch Erwägungsgrund 13 S. 1 DS-GVO betont, jedoch ist die Zielsetzung in dieser Rechtsmaterie vordergründig im Schutz der Grundrechte, Art. 7, 8 GrCh i.V.m. Art. 1 Abs. 2 DS-GVO, zu verorten. Nach ihrem Sinn und Zweck stehen die Rechtsgebiete somit bereits im Widerspruch zueinander.⁶³

Eine Analogie des kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs ist demnach auch aufgrund der diametralen Unterschiede zwischen dem Kartellrecht und der DS-GVO abzulehnen. So wurde dem Unternehmen im Kartellrecht als wirtschaftliche Einheit eine eigene Rechtssubjektivität zugesprochen, die die DS-GVO so nicht vorsieht.⁶⁴ Sofern somit das kartellrechtliche Funktionsträgerprinzip nicht entsprechend auf ein anderes Rechtsgebiet anwendbar ist, bleibt es bei dem nationalen Grundmodell, das im Sinne des Rechtsträgerprinzips von der Pflichtenstellung der jeweiligen juristischen Person ausgeht. Nach deutschem Recht sind insofern vor allem die §§ 30, 130, 9 OWiG anzuwenden.⁶⁵

60 Wie hier i.E. begründet *Dannecker/Dannecker*, NZWiSt 2016, 162 (168).

61 *Holländer*, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg (Hg.), BeckOK Datenschutzrecht⁴⁴, Art. 83 DS-GVO Rz. 52; *Cornelius*, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Hg.), Betrieblicher Datenschutz³, Teil XIV. Rz. 95.

62 *Brodowski, Nowak*, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg (Hg.), BeckOK Datenschutzrecht⁴⁴, § 41 BDSG Rz. 9.

63 Vgl. *Zelger*, EuR 2021, 478 (491 f.); *Harsdorf-Borsch*, in: Bacher/Hempel (Hg.), BeckOK Kartellrecht⁸, Art. 101 AEUV Rz. 1 f.; *Schantz*, in: Wolff/Brink/v. Ungern-Sternberg (Hg.), BeckOK Datenschutzrecht⁴⁴, Art. 1 DS-GVO Rz. 5 ff.

64 *Dannecker/Dannecker*, NZWiSt 2016, 162 (168).

65 So auch *Faust/Spitka/Wybitul*, ZD 2016, 120 (124); *Dannecker/Dannecker*, NZWiSt 2016, 162 (169).