

Auf einen Blick

# Bußgeldkonzept der DSK

## Ausgangslage

Die Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der Umsetzung der Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) sind nach wie vor groß. Auch hinsichtlich der Sanktionen, die für DS-GVO Verstöße verhängt werden können, zeichnet sich in der EU noch keine einheitliche Handhabung ab. Die Datenschutzkonferenz (DSK) hat kürzlich das für die deutschen Aufsichtsbehörden verbindliche Bußgeldkonzept vorgestellt, das für mehr Einheitlichkeit sorgen soll und in erster Linie am Umsatz des betroffenen Unternehmens ansetzt.

## Bitkom-Bewertung

**Das Bußgeld-Konzept der DSK widerspricht der DS-GVO und wirft verfassungsrechtliche Fragen auf:** Die Umsatzzentrierung des Bußgeldkonzept widerspricht den Regelungen und Wertungen der DS-GVO, die den Umsatz des betroffenen Unternehmens als Obergrenze, nicht aber als Untergrenze der Sanktionierung heranzieht. **Unser Ziel ist** eine EU-einheitliche Herangehensweise der Umsetzung und auch Durchsetzung der DS-GVO, die wertungswiderspruchsfrei und angemessen ist.

## Das Wichtigste

Im Bitkom sind neue Anbieter genauso wie Mitglieder mit großer Nähe zu den klassischen Diensten vertreten. Unser Papier zeichnet daher mögliche Kompromisslinien vor:

- **Verhältnismäßigkeit sicherstellen**

Die Durchsetzung der Datenschutzgrundverordnung mittels Sanktionen (darunter unter anderem Bußgelder) muss verhältnismäßig sein. Dies ist auch als Grundsatz des Verwaltungshandelns strikt zu beachten.

- **Umsatzbezug**

Die Umsatzbezogenheit ist kein geeignetes Hauptkriterium für die Bußgeldzumessung; es sind vielmehr weitere Faktoren in die Grundberechnung einzubeziehen. Die vorgeschlagene Berücksichtigung des Umsatzes führt zu einem Wertungswiderspruch bei schwerwiegenden Vergehen begangen von kleinen Unternehmen und kleinen Verstößen von großen Unternehmen.

- **Einzelfallprüfung**

Die in der DS-GVO vorgesehene Einzelfallbezogenheit der Sanktionierung wird durch den Katalog mit einer starren 5-Stufen Prüfung ins Gegenteil verkehrt. Mitwirkung und Kooperation der betroffenen Unternehmen werden unzureichend beachtet.

## Bitkom-Zahl

### 95 Prozent

der Unternehmen in Deutschland halten die DS-GVO praktisch nicht für vollständig umsetzbar (lt. einer Studie von [Bitkom Research](#)).

# Stellungnahme

## Konzept der DSK zur Bußgeldzumessung in Verfahren gegen Unternehmen

10. Dezember 2019

Seite 1

### I. Einleitung und Executive Summary

Am 14. Oktober 2019 veröffentlichte die DSK ihr „[Konzept der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder zur Bußgeldzumessung in Verfahren gegen Unternehmen](#)“. Das Bußgeldkonzept soll der Vereinheitlichung der Bußgeldpraxis der deutschen Aufsichtsbehörden dienen, bis auf europäischer Ebene durch den Europäischen Datenschutzausschuss (EDSA) Leitlinien (zusätzlich zu den bisher nicht verbindlichen Leitlinien für die Anwendung und Festsetzung von Geldbußen der Art. 29 Arbeitsgruppe vom 03.10.2017) abgestimmt sind.

Während wir die Arbeit der DSK mit dem Ziel der Vereinheitlichung der Aufsichtspraxis begrüßen, halten wir eine Anpassung des Konzepts für erforderlich. Einige der inhaltlichen Ausführungen scheinen keine Grundlage in der DS-GVO zu haben. Zudem sollte die europäische Dimension nicht aus dem Blick geraten: Es besteht das Risiko, durch zu weit reichende Bußgeldbemessung abschreckende Effekte zu bewirken, die nichts mit dem in der DS-GVO enthaltenen Gedanken der generalpräventiven Wirkung der Sanktionen zu tun haben, sondern dazu dienen können, den Standort Deutschland unattraktiv erscheinen zu lassen und die Gräben bei der Anwendung der DS-GVO zwischen den Mitglied- und EWR-Staaten zu vertiefen. Die unterschiedliche Anwendung würde sich insbesondere hier auswirken, da sich bereits heute enorme Unterschiede in der Bewertung zeigen, wann zB eine Datenpanne vorliegt. Da dies der Anknüpfungspunkt für die Meldepflicht ist und eben auch eine Sanktion auslösen kann, wird sich die Reichweite der Sanktionierungsentscheidung für den Standort Deutschland ggf. verstärken. Dieser Effekt wird verschlimmert durch die Tatsache, dass in Deutschland keine Rechtsmittel gegeben sind, mit denen Betroffene die inkonsistente Anwendung der DS-GVO in den Mitgliedsstaaten unmittelbar rügen könnten.

Es ist daher notwendig, das Konzept anzupassen und wir begrüßen, dass die DSK diese Möglichkeit explizit vorgesehen hat (S.2). Wir stellen nachfolgend die Einzelheiten des Bußgeldkonzepts

Bitkom  
Bundesverband  
Informationswirtschaft,  
Telekommunikation  
und Neue Medien e.V.

**Rebeka Weiß, LL.M.**  
**Leiterin Vertrauen & Sicherheit**  
T +49 30 27576 161  
r.weiss@bitkom.org

Albrechtstraße 10  
10117 Berlin

Präsident  
Achim Berg

Hauptgeschäftsführer  
Dr. Bernhard Rohleder

## Stellungnahme Bußgeldkonzept der DSK

Seite 2|17

dar (II.) und gehen anschließend auf die aufgeworfenen Fragen und den aus unserer Sicht notwendigen Anpassungsbedarf ein (III.).

### II. Zusammenfassung und Gesamteinschätzung des Konzepts

#### 1. Zusammenfassung des Konzepts

Das Konzept richtet sich weitgehend am Umsatz der Unternehmen aus und begründet in verschiedenen Rechenschritten die Bußgeldbemessung nach Art. 83 DS-GVO. Dabei beginnen die Behörden mit der Berechnung eines „Tagessatzes“, der durch die Teilung des Umsatzes (oder der Umsatz-Größenklasse, die für verschiedene Unternehmensgrößen zugrundegelegt wird) durch 360 festgelegt wird. Das Konzept des Tagessatzes, das offenbar dem § 40 Abs. 1 StGB entnommen ist, ist im Ordnungswidrigkeitenverfahren nicht anwendbar, da es durch die §§ 46 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 OWiG ausgeschlossen ist. Die weiteren Ausführungen hierzu zeigen nicht ausreichend deutlich, dass dieses Zumessungsverfahren nicht im Ordnungswidrigkeitenverfahren angewendet werden kann.

Die Behörde ermittelt dann den Schweregrad des Verstoßes und gestaltet den ermittelten Tagessatz durch Regelbußgeldkorridore aus, indem der Grundwert (Tagessatz) mit einem Schweregradfaktor multipliziert wird (Faktor 1 bis 12 bei den Kategorien leicht bis schwer, >12 bei sehr schweren Verstößen). Das vorgeschlagene 5-stufige Modell sieht dann auf Stufe 5 noch eine Anpassung des ermittelten Wertes anhand täterbezogener und sonstiger nicht berücksichtigter Umstände vor.

#### 2. Änderungsbedarf

Folgende Aspekte sind aus unserer Sicht noch nicht ausreichend im Konzept berücksichtigt:

- Die Verhältnismäßigkeit der Sanktionen ist im bisherigen Konzept nicht durchgängig gewahrt.
- Die Umsatzbezogenheit ist kein geeignetes Hauptkriterium für die Bußgeldzumessung; es sind vielmehr weitere Faktoren in die Grundberechnung einzubeziehen.

---

<sup>1</sup> Der Begriff Umsatz wird im Konzept nicht konkretisiert. Eine klarstellende Erläuterung, ob der Brutto- oder Nettoumsatz herangezogen wird, ist mit Blick auf eine transparente Darlegung des Berechnungskonzepts notwendig. Aus unserer Sicht kann dabei nur der Nettoumsatz entscheidend für eine Berechnung sein.

## Stellungnahme Bußgeldkonzept der DSK

Seite 3|17

- Die in der DS-GVO vorgesehene Einzelfallbezogenheit der Sanktionierung wird durch den Katalog ins Gegenteil verkehrt.
- Opportunitätsprinzip und Auswahlermessen sind nicht hinreichend abgebildet.
- Die Mitwirkung und Kooperation der Unternehmen wird nicht ausreichend berücksichtigt.

Die vorstehenden fünf Kernpunkte beschreiben die aus unserer Sicht wichtigsten Anknüpfungspunkte für Änderungen des Bußgeldkonzepts. Der Ansatz, die Berechnung des Bußgelds auf die Grundlage eines von den Behörden selbst als verbindlich angesehenen Bußgeldkatalogs zu stützen, begegnet bereits grundsätzlichen Bedenken. Bei Entscheidungen der Verwaltung mit einer strafgleichen Sanktionswirkung ist die Betätigung des durch die Sanktionsnorm eingeräumten Ermessens (Art. 83 DS-GVO) Kern der Legitimität der Entscheidung. So normiert Art. 83 Abs. 2 DS-GVO denn auch die wesentlichen ermessenleitenden Erwägungen, die der Bemessung des Bußgelds zugrunde zu legen sind. Die vorgeschlagene Berechnungsmethode berücksichtigt bei der Bemessung des Bußgelds jedoch gerade keine dieser Aspekte. Daran kann der unter 5. beschriebene Schritt nichts ändern, der grundsätzlich für die Einzelfallbewertung herangezogen werden soll. Denn er intendiert gerade nicht die Berechnung des Bußgelds, sondern allenfalls die Korrektur eines an sich bereits berechneten Grundwerts. Das trägt dem Gesetzesprogramm zur Ermittlung des Bußgelds jedoch nicht und schon gar nicht ausreichend Rechnung. Eine auf Grund des Bußgeldkatalogs ergehende Entscheidung muss daher zwangsläufig unter Ermessensausfall leiden.

Die vorgeschlagene Berücksichtigung des Umsatzes führt zu einem Wertungswiderspruch bei schwerwiegenden Vergehen begangen von kleinen Unternehmen und kleinen Verstößen von großen Unternehmen. Während die Frage der Schwere eines Verstoßes aus der Perspektive des Betroffenen nicht vom Umsatz des verstoßenden Unternehmens abhängt, erfährt letzteres eine Privilegierung allein deshalb, weil es vergleichsweise wenig Umsatz macht. Unabhängig davon, dass dadurch Anreize für geringes Wachstum und geringen Innovationswillen gesetzt werden, wird dies dem Anspruch des Gesetzes, ein dem Verstoß (nicht dem verstoßenden Unternehmen) angemessenes Bußgeld zu bemessen, nicht gerecht. In gleicher Weise werden große Unternehmen unangemessen auch dann benachteiligt, wenn die ihnen zu Last zu legenden Verstöße – nicht nur aber auch angesichts der größeren Komplexität der Prozesse – eher geringerer Natur sind. Allein wegen der Unternehmensgröße würde einem solchen Verstoß eine unangemessen hohe Priorität eingeräumt.

## Stellungnahme Bußgeldkonzept der DSK

Seite 4|17

Erst durch die Orientierung an dem aus dem Strafrecht bekannten Tagessatzmodell, der die finanzielle Leistungsfähigkeit des Täters in den Blick nimmt, ermöglicht überhaupt erst die Orientierung am Umsatz. Das ist jedoch eine für die Berechnung des Umsatzes der DS-GVO völlig unbekannte Kategorie – abgesehen von der Verhängung des Bußgelds gegenüber natürlichen Personen (EG 150 Satz 4).

Im Folgenden gehen wir auf die dargestellten Punkte im Detail ein, möchten unsere Kommentierung aber daneben vor allem als Diskussionsanstoß verstanden wissen und würden die Gelegenheit eines weiteren Austauschs und die Fortentwicklung des Konzepts sehr begrüßen.

### III. Detailanalyse des Konzepts und Begründung des Änderungsbedarfs

#### 1. Umsatzzentrierung und Berechnungsmethodik

Wie die DSK zu Beginn des Konzepts ausführt, wird der Umsatz eines Unternehmens als „eine geeignete, sachgerechte und faire Anknüpfung zur Sicherstellung der Wirksamkeit, Verhältnismäßigkeit und Abschreckung“ angesehen. Die Bemessungsgrundlage ist daher auch nahezu vollständig umsatzzentriert. Die Bußgeldbemessung in der im Konzept dargestellten Weise am Umsatz festzumachen, entspricht aus unserer Sicht nicht der von der DS-GVO vorgesehenen Sanktionierung.

##### 1.1. Art. 83 Absatz 1 DS-GVO sieht angemessene und verhältnismäßige Bußgeldbemessung vor

Wie unter I. ausgeführt wählt das Konzept als ersten und Hauptanknüpfungspunkt der Bußgeldzumessung den Umsatz des betroffenen Unternehmens des Vorjahres. Diese Herangehensweise erscheint angesichts Art. 83 Absatz 1 DS-GVO fragwürdig, der eine angemessene und verhältnismäßige Bußgeldbemessung vorsieht. Die Tat- und schuldangemessenen Faktoren, folgenbegrenzende und schuld-mildernde Aspekte wie Kooperation und Reichweite des Verstoßes werden nach dem Konzept erst auf der letzten Modellstufe (5) berücksichtigt. Dass dann noch eine Minderung unterhalb des Tagessatzes und dem Faktor 1 möglich sein soll, ist aus dem Konzept nicht ersichtlich, obwohl eben diese Einbeziehung für die Verhältnismäßigkeit der Sanktion essentiell ist.

## Stellungnahme Bußgeldkonzept der DSK

Seite 5|17

### 1.2. Art. 83 Absatz 2 DS-GVO gibt Kriterien vor

Aus unserer Sicht sind beim Stufenmodell und der Tagessatzberechnung die Kriterien aus Art. 83 Absatz 2 DS-GVO nicht hinreichend einbezogen. Art. 83 Absatz 2 DS-GVO gibt wörtlich vor: „bei der Entscheidung über die Verhängung einer Geldbuße und über deren Betrag wird **in jedem Einzelfall** Folgendes gebührend berücksichtigt (Katalog a bis k)“.

Eine Bezugnahme auf dem Umsatz ist in dem abschließenden Katalog des Art. 83 Abs. 2 DS-GVO indes gerade nicht vorgesehen und daher auch für betroffene Verantwortliche nicht vorhersehbar. Das Abstellen auf den Umsatz als maßgeblichen Berechnungsfaktor führt außerdem zu der Einführung einer de-facto Untergrenze von einem Tagessatz, für die es keine gesetzliche Grundlage gibt. Die umsatzbezogene Berechnung stellt die Höchstgrenze des Sanktionsrahmens fest, nicht etwa ein eigenes Zumessungskriterium. Den Überlegungen der DSK scheint zugrunde zu liegen, dass umsatzstärkere Unternehmen grundsätzlich schärfer zu sanktionieren seien als umsatzschwächere Unternehmen; auch ein solcher Gedanke, der das Schuldprinzip grob missachten würde, lässt sich der DS-GVO nicht entnehmen. Außerdem sei bereits hier erwähnt, dass hinsichtlich des „Schweregrades“ Art. 83 Ziff 3 DS-GVO unberücksichtigt bleibt, wonach es bei einem Vorliegen mehrerer Verstöße nicht zu einer Sanktionierung oberhalb des Bußgeldes für den schwersten Verstoß kommen darf. Wir halten eine Klarstellung für wichtig, dass diese Obergrenze auch hier angelegt werden muss.

Hinsichtlich der in Art. 83 Absatz 2 lit. a-k DS-GVO genannten Kriterien halten wir es nicht für ausreichend, wenn diese lediglich auf Stufe 5 des Berechnungsmodells und damit lediglich als Korrektiv herangezogen werden. Diese „Rolle“ als bloßes Korrektiv berücksichtigt nicht ausreichend, dass die Kriterien vom Ordnungsgeber bereits bei der Zusammensetzung von Bußgeldern maßgeblich Berücksichtigung finden sollen.

Eine Klarstellung dazu, welche Kriterien die Aufsichtsbehörden heranziehen um zu bestimmen, ob überhaupt ein Bußgeld verhängt werden soll, ist aus unserer Sicht ebenfalls notwendig. Wir schlagen daher vor, die Ausführungen zur Stufe 5 zu erweitern und die Kriterien aus Art. 83 Abs. 2 lit. a bis k DS-GVO bereits auf erster Stufe des Modells zu berücksichtigen.

## Stellungnahme Bußgeldkonzept der DSK

Seite 6|17

### 1.3. Ratio des Erwägungsgrundes 150 Satz 4 DS-GVO

Vor allem entspricht die Außerachtlassung des Unternehmensumsatzes bei der Bußgeldbemessung dem ausdrücklich erklärten Willen des EU-Gesetzgebers. So heißt es in Erwägungsgrund 150 Satz 4 DS-GVO: „Werden Geldbußen Personen auferlegt, bei denen es sich nicht um Unternehmen handelt, so sollte die Aufsichtsbehörde bei der Erwägung des angemessenen Betrags für die Geldbuße dem allgemeinen Einkommensniveau in dem betreffenden Mitgliedstaat und der wirtschaftlichen Lage der Personen Rechnung tragen.“ Im Umkehrschluss sind die wirtschaftlichen Verhältnisse von Unternehmen bei der Bußgeldbemessung grundsätzlich außer Acht zu lassen. Überdies soll der Bemessungsfaktor des Umsatzes allein zugunsten der natürlichen Person eingreifen.

### 1.4. Umsatz lediglich als Bußgeldobergrenze heranzuziehen

Der Umsatz eines Unternehmens wird lediglich als Maßstab für die Bußgeldobergrenze gemäß Art. 83 Abs. 4 bis 6 DS-GVO herangezogen und ist nicht Bestandteil einer bestimmten Berechnungsmethode für die Höhe des Bußgelds. Das Abstellen auf eine umsatzbezogene Limitierung soll allein die Verhältnismäßigkeit der Bußgeldhöhe, der Vorhersehbarkeit des möglichen Umfangs der Sanktion für die zu Sanktionierenden, und das wirtschaftliche Überleben des Sanktionierten gewährleisten.

Es lässt sich also festhalten, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse im Rahmen der Bußgeldberechnung nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers grundsätzlich nur für die Obergrenze des Bußgelds heranzuziehen sind. Erhöhend zu berücksichtigen sind allein die konkreten, „durch den Verstoß erlangte(n) finanzielle(n) Vorteile oder vermiedene(n) Verluste“, Art. 83 Abs. 2 Satz 2 k) DS-GVO.

### 1.5. Auswirkungen der Umsatzzentrierung

Nimmt man jedoch wie hier vorgeschlagen den Umsatz als Maßstab für die Berechnung des Tagessatzes, auf dessen Basis die ganze weitere Berechnung erfolgt heißt das stets, dass große (umsatzstarke) Unternehmen auch bereits bei leichten Verstößen mit erheblichen Bußgeldern im zumindest ein- bis zweistelligen Millionenbereich rechnen müssen und zwar nicht etwa wegen der Schwere des Verstoßes, sondern allein wegen ihres Umsatzes. In Kombination mit den fehlenden Ausführungen zu Umständen, wann die Bebußung überhaupt greifen soll (und wann die anderen Sanktionen verhängen werden) und der fehlenden Detailtiefe hinsichtlich der Stufe 5 lässt das Konzept eine Einzelfallgerechtigkeit und damit Verhältnismäßigkeit der Sanktion nicht mehr zu. Wir halten eine Anpassung daher für dringend notwendig.

## Stellungnahme Bußgeldkonzept der DSK

Seite 7|17

Es ist auch nicht ersichtlich, wie die einzelnen Faktoren der Art. 83 Abs. 2 sich überhaupt auswirken. Ist nur ein Faktor bereits ein maßgeblicher Gesichtspunkt für einen mittleren oder gar schweren Verstoß, z.B. wenn es sich um einen Fall von grober Fahrlässigkeit anstelle von leichter Fahrlässigkeit handelt (Beispiel: jemand verliert einen USB Stick mit Daten; hierbei ist zu unterscheiden, ob die Daten für Dritte einsehbar sind oder nicht). Wie werden in einem solchen Fall die anderen Faktoren mit berücksichtigt, z.B. wenn im vorherigen Fall regelmäßig Trainings angeboten wurden und der verantwortliche Mitarbeiter auch daran teilgenommen hat? Auch die Ausübung der Verantwortung in Bezug auf die TOMs kann zu einer ganz anderen „Verantwortlichkeit“ führen und muss ebenfalls berücksichtigt werden. Wenn z.B. der Cloud Provider nach eingehender Prüfung ausgewählt wurde und klare Verantwortlichkeiten abgestimmt wurden, dann muss auch dieser Umstand berücksichtigt werden. Keinesfalls darf es zu einer verschuldensunabhängigen Haftung kommen, die aber dann entstehen würde, wollte man Verstöße außerhalb des eigenen Verantwortungsbereichs dem zu Sanktionierenden stets zurechnen. Auch der DS-GVO lässt sich eine solche verschuldensunabhängige Haftung nicht entnehmen. Zudem sollte auch die Art und Weise der Einhaltung und Ausführung der „Rechenschaftspflicht“ (*Accountability*) Auswirkung auf das Bußgeld dahingehend haben, dass diese dann dementsprechend gemindert wird- auch dies ist nur grob in der fünften Stufe umschrieben und in keiner Weise ausreichend transparent dargelegt, wie dies stattfinden würde. Damit ist das Stufenmodell nicht im Einklang mit dem Art. 83, der nicht zuerst die Höhe des Unternehmensumsatzes, sondern zunächst die einzelnen Kriterien des Katalogs Art. 83 Abs. 2 a-k heranzieht. Damit ist die Stufeneinordnung an sich, aber auch die Einordnung der Schweregrad der Tat ohne Ausführung der mindernden Faktoren schon nicht mit dem Grundsatz der DS-GVO vereinbar.

Die Methode der Berechnung nach dem Umsatz und der Größenklassen führt in vielen Fällen zu einem so hohen Grundwert, dass sich dieser durch die Multiplikation auf Stufe 4 derartig erhöht, dass keine Verhältnismäßigkeit mehr hergestellt werden kann. Die abschließende individuelle „Anpassung“ auf Stufe 5 der bis dahin beinahe nur rein mathematisch berücksichtigten Kriterien genügt nicht, um am Ende der Berechnung noch einen adäquaten Wert zu ermitteln. Im Gegenteil, die notwendige individuelle Anpassung auf Stufe 5 offenbart vielmehr den Korrekturbedarf der auf den Vorstufen gefundenen Zwischenergebnisse (jedoch ohne dass die Korrektur im Sinne einer verhältnismäßige Reduzierung der Bußgelder auf der lediglich auf dieser letzten Stufe stattfindenden Abwägung noch in ausreichendem Maß erreicht werden könnte). Individuelle Kriterien, wie zB das Verschulden, müssen daher unbedingt bereits früher in der Berechnung einbezogen werden. Alternativ wären deutlich umfassendere Erläuterungen zur Anpassung auf Stufe 5 und auch die Klarstellung erforderlich, dass der Grundwert nach Stufe 3 unterschritten werden kann.

## Stellungnahme Bußgeldkonzept der DSK

Seite 8|17

Inhaltlich sollte hinsichtlich der Verstöße auch im Einklang mit Art. 83 Abs. 3 DS-GVO klargestellt werden, dass bei Verstößen mit einer Vielzahl von Betroffenen durch den gleichen „Fehler“ nicht automatisch eine Vielzahl von Verstößen, sondern ein Verstoß vorliegt.

### 1.6. Umsatzbegriff

Die Berechnung des Umsatzes erfolgt nach Seite 3 des Konzepts unter Zugrundlegung des „funktionalen Unternehmensbegriffs“, was zur Folge hat, dass Mutter- und Tochtergesellschaften als wirtschaftliche Einheit betrachtet werden. Dies wirkt sich für Konzerne selbstverständlich stark aus, da die Umsatzgrößen sich zwischen den einzelnen Konzerngesellschaften und der Konzerngruppe stark unterscheiden können. Die DSK stellt bei ihrer Argumentation auf Erwägungsgrund 150 der DS-GVO ab. Dass es zulässig und angemessen ist diese Ausweitung des Haftungsmaßstabs allein auf einen Erwägungsgrund zu stützen, liegt fern. Erwägungsgründe können allenfalls einen Anhalt zur Auslegung von Sanktionsregelungen geben, da sie nicht dem durch die Verordnung materiell gesetzten Recht gleichstehen, können sie aber keine eigene Sanktionsregelung begründen oder gestalten; jede andere Auslegung verstieße gegen den Grundsatz des Art. 103 Abs. 2, sowie § 1 StGB, und § 3 OWiG. Die unreflektierte Übernahme des weiten, kartellrechtlichen Unternehmensbegriffs sehen wir daher kritisch, solange sie nicht auf die materiellen Regelungen der DS-GVO und nur auf den unverbindlichen Erwägungsgrund gestützt werden kann. Die Entstehungshistorie der DS-GVO und die Beratungen im Zuge des Trilogs zeigten, dass es hier durchaus unterschiedliche Auffassungen gab. Die Auswirkung der Einbeziehung des Konzernumsatzes, unabhängig von weiteren Faktoren, hätte faktisch die Mithaftung der Muttergesellschaften für alle Verstöße der Tochtergesellschaften zur Folge, was den Sanktionsrahmen unverhältnismäßig ausdehnt und vom konkreten Verstoß des betroffenen Unternehmens abkoppelt. Eine solche Mithaftung ist auch vor dem Hintergrund fraglich, dass die Verantwortlichkeit zB bei der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung und der Erfüllung einzelner Pflichten klar voneinander abzugrenzen sind.

Darüber hinaus geht auch der Europäische Datenschutzausschuss in den kürzlich veröffentlichten Guidelines zum Territorialen Anwendungsbereich der DS-GVO davon aus, dass Bezugspunkt der Anwendbarkeit der DS-GVO nicht an die „legal entity“ anknüpft, sondern die konkrete „processing activity“ entscheidend sein soll. Diese Betrachtungsweise sollte im Sinne einer europäisch einheitlichen Auslegung und den kohärenten Rechtsrahmen übertragen werden auf die Umsatzberechnung im Rahmen der Sanktionierung.

## Stellungnahme Bußgeldkonzept der DSK

Seite 9|17

Richtig ist, dass die DS-GVO Situationen vermeiden wollte, in denen ggf. „kritische“ Datenverarbeitungen an wirtschaftlich kleinere Tochterunternehmen bewusst ausgelagert werden. Diese Problematik ließe sich aber auch anders adressieren, als bei allen Datenschutzverletzungen stets den Konzern haftbar zu machen. Anders als zum Beispiel im Kartellrecht stellt das Sanktionssystem auch nicht auf den korrigierenden Faktor des „befangenen“ Umsatz bzw. den durch den Datenschutzverstoß erwirtschafteten Umsatzvorteil ab. Auch dies wäre eine Möglichkeit, die konkrete Verhaltensweise des betroffenen Unternehmens spezifischer zu adressieren und eine Einzelfallgerechtigkeit herbeizuführen. Hierfür könnte beispielsweise auch ein Auffangtatbestand bei Missbrauch einbezogen werden (zB durch bewusste Umsatzverschiebung oder bewusste Auslagerung kritischer Datenverarbeitungsvorgänge in wirtschaftlich kleinere Tochtereinheiten, um die mögliche Sanktion niedrig zu halten).

Im Hinblick auf die Bußgeldbemessung hingegen legen die Kartellbehörden, obgleich der Gesetzgeber anders als im Datenschutzrecht die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse eines Unternehmens vorsieht (§ 81a Abs. 4a Satz 1 GWB), gerade unter dem Gesichtspunkt des notwendigen Sachzusammenhangs maßgeblich den im Einzelfall tatbezogenen Unternehmensumsatz zugrunde (vgl. Leitlinien des Bundeskartellamts für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren, Rn. 4 ff., 9 ff.; Leitlinien der Europäischen Kommission für das Verfahren zur Festsetzung von Geldbußen gemäß Artikel 23 Absatz 2 Buchstabe a) der Verordnung (EG) Nr. 1/2003, Rn. 5). Der Bundesgerichtshof führt im Hinblick auf die Höhe der Bußgelder bei Kartellordnungswidrigkeiten außerdem als Besonderheit an, dass diese das marktwirtschaftliche Gefüge häufig „in ganz erheblichem Umfang stören und große volkswirtschaftliche Schäden verursachen können“, so das im Anknüpfen an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmens ausnahmsweise ein sachgerechtes Kriterium zu erblicken sei (BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013 – KRB 20/12, Rn. 60 ff.).

Weder der Art des Verstoßes noch dem Umfang des Schadens nach können jene Erwägungen auf das Datenschutzrecht übertragen werden. Weder wirken sich begangene datenschutzrechtliche Verstöße regelmäßig umsatzsteigernd aus, noch liegt ihnen in jedem Fall die Absicht einer verbesserten Gewinnerzielung zugrunde. Erhebliche volkswirtschaftliche Schäden wie im Falle großer Unternehmenskartelle oder des Missbrauchs einer monopolartigen Marktstellung sind bei Verstößen gegen datenschutzrechtliche Verhaltenspflichten kaum zu erwarten. Insoweit stellt, wie auch § 43 Abs. 3 Satz 2 a. F. sowie Art. 83 Abs. 2 Satz 2 k) DS-GVO verdeutlichen, der aus dem Verstoß konkret erlangte finanzielle Vorteil das im Datenschutzrecht sachgerechte wirtschaftliche Kriterium für die Bemessung der Bußgeldhöhe dar. Die Anknüpfung an den Gesamt-Jahresumsatz eines Unternehmens hingegen ist aus unserer Sicht sachfremd.

## Stellungnahme Bußgeldkonzept der DSK

Seite 10|17

### 1.7. Berechnung nach Mittelwerten statt an konkretem Umsatz

Aus unserer Sicht ist es zudem vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes bedenklich, dass erst ab 500 Millionen Euro Jahresumsatz mit dem konkreten Umsatz gerechnet werden soll und für Unternehmen mit weniger Jahresumsatz auf Mittelwerte zurückgegriffen wird. Selbst in Strafverfahren ist es unzulässig, ohne den Versuch einer konkreten Ermittlung die Bemessungsgrundlage für den Tagessatz zu schätzen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 01.06.2015, 2 BvR 67/15); nichts anderes gilt in Ordnungswidrigkeitenverfahren. Das Mittelwertverfahren bedeutet nicht nur den Verzicht auf die konkrete Ermittlung im Einzelfall, sondern sogar den regelmäßigen Ausschluss für ganze Kategorien von Fällen und den Verweis der Sanktionierten auf die Hauptverhandlung und die – in Ordnungswidrigkeitenverfahren sowieso stark eingeschränkte – Rechtsmittelinstanz.

Die Heranziehung des tabellarischen Mittelwertes benachteiligt darüber hinaus kleinere Unternehmen, die an der unteren Grenze des Mittelwertes liegen. Bei diesen würde ein höherer Umsatzwert zugrunde gelegt, als die Unternehmen eigentlich haben. Ein Grund hierfür erscheint wenig ersichtlich, insbesondere weil sich die DSK auf eine EU-Empfehlung aus dem Jahr 2003 bezieht, die mittlerweile 16 Jahre alt ist.

### 1.8. Berechnung ohne Vorjahresumsatz

Offen lässt das Konzept zudem auch die Frage, wie die Berechnung erfolgen soll, wenn noch kein Vorjahresumsatz vorliegt oder das Unternehmen (noch) nichts erwirtschaftet. Hier wären ergänzende Ausführungen wünschenswert.

### 1.9. Sonderfälle

Die weitreichenden Auswirkungen der Heranziehung des Umsatzes als Hauptkriterium und der daraus resultierenden hohen Sanktionen zeigen sich an einigen spezifischen Branchenbeispielen. So dienen zB die Bruttobeitragseinnahmen im Versicherungssektor größtenteils der Absicherung von Risiken und dienen damit direkt dem Versicherungsschutz. Darüber hinaus sind diese Bruttobeiträge der Versicherungssteuer unterworfen, und unbeschadet aller anderen Erwägungen wäre es stets unzulässig, die hierdurch erheblich belasteten Umsatzanteile ebenfalls in die Berechnung einzubeziehen (dies gilt auch für alle anderen zu versteuernden Umsätze anderer Branchen). Für diese Fälle ist die Klarstellung wichtig, dass in die Umsatzberechnung nicht dasjenige Kapital einbezogen wird, der an den Kunden (z.B. den Versicherungsnehmer, Bankkunden) zurückgezahlt werden muss.

## Stellungnahme Bußgeldkonzept der DSK

Seite 11|17

Ebenso bedarf es aufgrund der Besonderheiten bei der Umsatzberechnung bei Kreditinstituten weiterer Konkretisierungen diesbezüglich.

### 1.10. Berücksichtigung wesentlicher Faktoren für die Berechnung

Das Konzept legt nahe, dass unabhängig von Art, Dauer und Schwere des Verstoßes und ohne Berücksichtigung, ob der Verstoß vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde, stets eine Berechnung nach den Schritten 1 bis 3 des Bußgeldkonzepts vorgenommen wird. Nur im letzten Schritt unter 5 werden auch mildernde Umstände betrachtet. Damit fehlt eine für die Verhältnismäßigkeit sowie für die Herstellung von Einzelfallgerechtigkeit maßgebliche Betrachtung bei z.B. fahrlässig verursachten Fällen. Hilfreich wäre, wenn ein Berechnungsmodell entweder erst ab einer bestimmten Erheblichkeit zur Anwendung käme oder die Granularität deutlich differenzierter wäre als 1/360 des Jahresumsatzes.

Das Konzept erörtert bisher auch nicht, wie die Schwerefaktoren angewandt werden sollen. Aus Transparenzaspekten ist es notwendig darzulegen, wie genau der Schwerefaktor eines Verstoßes zu ermitteln sein soll. Ohne eine solche Erläuterung würde die Clusterung der individuellen, subjektiven Einschätzung des jeweiligen Bearbeiters anheim gestellt und würde das gesetzte Ziel einer transparenten und einheitlichen Bemessung unterlaufen.

Am deutlichsten zeigt sich die mangelnde Differenzierung bei der Frage, ob ein Missbrauch gegeben und ein Schaden durch die Datenverarbeitung entstanden ist. Aus rechtsstaatlichen Erwägungen müssen diese Überlegungen am Anfang jeder Prüfung stehen. Die rein formale Feststellung, dass ein Verstoß vorliegt, darf nicht gegen den Wortlaut der DS-GVO zu horrenden Geldbußen führen. So ist bereits bei der Erfassung des Tatbestandes zu differenzieren, ob es sich z.B. um eine lediglich etwas zu lange Speicherung nicht weiter genutzter Daten handelt oder z.B. um deren geschäftsmäßige Weitervermarktung. Solchen und ähnlichen Überlegungen wird das Bußgeldkonzept nichtgerecht, da die Abwägungen im 5. Schritt kaum zu substantiellen Reduzierungen der Bußgeldsummen führen werden.

Es drängt sich hierbei der Eindruck auf, die Aufsichtsbehörden wollten sicherstellen, dass auch Verstöße, die im Ergebnis wirtschaftlich folgenlos bleiben, genauso behandelt werden, wie wenn den betroffenen Personen ein wirtschaftlicher Schaden entstanden sei, nachdem es nicht gelungen ist, im Ordnungsverfahren durchzusetzen, dass betroffene Personen eine Geldentschädigung stets erhalten, auch wenn sie keinen Schaden erlitten haben. Eine auf solche Gedanken gestützte Zumessung wäre offenkundig rechtswidrig, da sie die Folgen des Verstoßes im Ergebnis außer Acht lässt.

## Stellungnahme Bußgeldkonzept der DSK

Seite 12|17

### 2. Vergleich mit Bußgeldpraxis anderer Mitgliedstaaten

Dass die hier gewählte Herangehensweise keineswegs zwingend ist, zeigen die bereits veröffentlichten Sanktionskataloge anderer EU-Aufsichtsbehörden.

Im Rahmen der Bußgeldbemessung sollte zudem ein wesentlicher Aspekt gesondert betont werden: Die Wichtigkeit der Kooperation des betroffenen Unternehmens als bei der Bewertung der Schuld zu berücksichtigender Faktor oder z.B. auch die Einbindung eines Compliance Management Systems

### 3. Fehlender Hinweis auf alternative Sanktionierungsmöglichkeiten

Aus unserer Sicht wäre zudem eine Klarstellung mit einem Hinweis auf die weiteren Sanktionierungsmöglichkeiten nach Art. 58 DS-GVO und die nationalen Regelungen nach § 41 Abs. 1 Satz 1 BDSG-Neu (iVm dem OwiG) zur besseren Einordnung des Konzepts erforderlich. Denn auch wenn das Konzept auf Art 83 DS-GVO rekurriert und wörtlich nur die Bußgeldbemessung betrifft, erfordert die Auseinandersetzung mit der Sanktionierungspraxis in der momentan häufig bereits angespannten Diskussionssituation einige einordnende Bemerkungen. Dies würde insbesondere auch die Einordnung erleichtern, welche „leichten“ Verstöße tatsächlich überhaupt schon einer Bebußung bedürfen. Dies wäre es auch dem Ziel des Konzepts dienlich, eine nachvollziehbare und transparente Form der Bußgeldbemessung zu ermöglichen. Opportunitätsprinzip und Auswahlermessen sollten daher zukünftig ebenso Erwähnung finden wie die weiteren Werkzeuge, die der Aufsicht im Falle eines Datenschutzverstößes zur Verfügung stehen. Solche Hinweise können durchaus die Kooperationsbereitschaft der Unternehmen fördern, wenn sie in der Praxis dann auch wirklich umgesetzt werden; ihre Abwesenheit in Verbindung mit der Drohkulisse, die das Konzept aufstellen will, wird kaum dazu führen, dass Verantwortliche und Auftragsverarbeiter den offenen Austausch mit den Aufsichtsbehörden anstreben, den diese ja fördern wollen.

### 4. Verfassungsrechtliche Erwägung, insb. Ermessen und Opportunitätsprinzip

Das Bußgeldkonzept wirft nach unserer Auffassung verfassungsrechtliche Fragen auf. In Bezug auf das auszuübende Ermessen und das Opportunitätsprinzip ist insbesondere von Bedeutung, dass auch hier der Art. 83 Abs. 1 DS-GVO herangezogen werden muss. Das Konzept als solches sollte zudem eindeutig klarstellen, dass sich ein möglicher Bußgeldbescheid in das gesamte Maßnahmenportfolio der Aufsichtsbehörden eingliedert.

---

<sup>2</sup> Siehe zum Beispiel das Modell der Niederländischen Aufsicht:  
<https://www.hldataprotection.com/2019/03/articles/international-eu-privacy/dutch-data-protection-authority-sets-gdpr-fines-structure/>.

## Stellungnahme Bußgeldkonzept der DSK

Seite 13|17

Das Konzept sollte daher auch aufgreifen, in welchen Fällen von einem Bußgeld gänzlich abgesehen werden kann und welche Maßnahmen zunächst auszuschöpfen sind.

Wie bereits oben ausgeführt kann in der unscharfen und ungleichen Kategorisierung und Klassifizierung der Unternehmen zudem ein Ermessensfehler liegen.

— Nachfolgend gehen wir auf einige Aspekte ein, die im Rahmen der Ermessensausübung der Aufsichtsbehörden ohnehin berücksichtigt werden müssten:

### 4.1. Unzulässige Einführung einer de-facto Bußgeld-Untergrenze

— Die umsatzbezogene Berechnungsmethode auf Grundlage des Tagessatzes führt eine variable Untergrenze in einem je nach Einzelfall bereits sehr hohen Bußgeldbereich ein (s.o.). Bereits bei „leichten Verstößen“ soll der Faktor 1 bis 4 betragen. Zwar können im Anschluss die gesetzlich vorgesehenen täterbezogenen Bemessungsfaktoren aus Art. 83 Abs. 2 Satz 2 DS-GVO zu einer Reduzierung des Bußgelds führen, die angedeutete Größenordnung des Bußgelds jedoch bleibt im Regelfall erhalten. Dadurch ergibt sich eine nicht erkennbare und auch nicht auf einer gesetzlichen Regelung basierende Untergrenze.

### 4.2. Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz

Zudem verstößt die umsatzbezogene Bußgeldberechnungsmethode gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Grundgesetzes, der gebietet, „wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln.“ Dabei ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen aus dem allgemeinen Gleichheitssatz unterschiedliche Grenzen, „die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen.“ Jedenfalls bedürfen Differenzierungen stets der „Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind.“

Nach dem genannten Maßstab lassen sich verschiedene Beispiele für eine willkürliche gleichheitsrechtswidrige Behandlung von Unternehmen bilden, die auf Grundlage der beschlossenen Methode für die Bußgeldbemessung zu erwarten sind:

Erstens wird ein Unternehmen, das einen besonders schweren Verstoß begangen hat, und das deswegen bereits durch die Anzahl der Tagessätze den gesetzlichen Bußgeldrahmen voll ausschöpft, besser behandelt, als ein Unternehmen, das nur einen leichten Verstoß begangen hat: Im ersten Fall bleibt kein Raum, die übrigen Kriterien noch bußgelderhöhend zu berücksichtigen, im zweiten Fall indes schon. Zweitens werden kleinere Unternehmen, für die aufgrund eines geringeren Jahresumsatzes nicht die

## Stellungnahme Bußgeldkonzept der DSK

Seite 14|17

Umsatzschwellen von 2% bzw. 4%, sondern die „absoluten“ Bußgeldgrenzen von 10.000.000 bzw. 20.000.000 Euro als jeweils höherer Betrag maßgeblich sind, diskriminiert: Je kleiner der Jahresumsatz, desto mehr Raum bleibt nach Ermittlung der anzulegenden Tagessätze noch, die übrigen Kriterien bußgelderhöhend zu berücksichtigen. Dies wäre bei umsatzstarken Unternehmen (wie bereits gezeigt) gerade nicht möglich.

Im Einzelnen:

### 4.2.1. Ungleichbehandlung bei schweren und leichten Verstößen großer Unternehmen

Bei Unternehmen, für die im Hinblick auf die gesetzliche Bußgeldbegrenzung die Umsatzschwellen von 2% bzw. 4% maßgeblich sind, können bei entsprechender Schwere des Verstoßes die gesetzlich vorgesehenen täterbezogenen Bemessungskriterien, wie dargelegt, bereits nicht mehr bußgelderhöhend zur Anwendung gelangen. Bei Unternehmen vergleichbarer Größe, die minder schwere Verstöße begehen, bleibt jedoch Raum für die Berücksichtigung solcher Faktoren. Hier wirkt sich also besonders problematisch aus, dass das Erreichen der gesetzlichen Bußgeldgrenzen bereits auf Grundlage der Berücksichtigung von Unternehmensumsatz und Schwere des Verstoßes sowie weiterer tatbezogenen Umstände möglich ist. Das Vorliegen der gesetzlich beschriebenen täterbezogenen Bemessungskriterien bleibt in einen Fall unberücksichtigt, im anderen wirken diese bußgelderhöhend. Eine sachliche Rechtfertigung hierfür ist nicht erkennbar, vielmehr erscheint der Rückgriff auf den Umsatz als maßgebliches Bemessungskriterium aus den genannten Gründen und angesichts der Vorgaben des Gesetzgebers als willkürlich.

### 4.2.2. Ungleichbehandlung kleinerer Unternehmen

Das Bußgeldkonzept ist hinsichtlich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, des Willkürverbots und des Schuldprinzips bedenklich und sollte angepasst werden.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, das Willkürverbot (Art. 20 Abs. 3 GG i. V. m. den Grundrechten) und das Schuldprinzip (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG) fordern, dass eine straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktion in (sach-) gerechtem Verhältnis zur Schwere der Tat und zur Schuld des Täters stehen. Jede staatliche Sanktion muss in einem gerechten und angemessenen Verhältnis zur Schwere des zur Last gelegten Verstoßes und zum im Schuldspruch konkretisierten sozial-ethischen Unwerturteil stehen. Dem werden die zum Teil pauschalen und primär mathematischen Ansätze nicht gerecht.

## Stellungnahme Bußgeldkonzept der DSK

Seite 15|17

Vor allem ist zu erwarten, dass ein nach der beschlossenen Berechnungsmethode bemessenes Eingangsbußgeld regelmäßig äußerst hoch ausfällt. Von einer verhältnismäßigen, schuldangemessenen Mindeststrafe für den denkbar leichtesten Verstoß gegen datenschutzrechtliche Pflichten kann bei Zugrundelegung der beschlossenen Berechnungsmethode anhand des Unternehmensumsatzes nicht ausgegangen werden. Beispielsweise beträgt der Tagessatz als Eingangsstrafe bei einem Unternehmen mit einem Jahresumsatz von 1 Mrd. Euro bereits 2,78 Mio. Euro. Derart hohe Geldbußen, die das Verhältnis zur konkreten Vorwerfbarkeit eines Verstoßes völlig außer Acht lassen, stimmen mit der gesetzgeberischen Bewertung des zu ahndenden Unrechts als bloßes Ordnungsunrecht nicht mehr überein.

Die beschlossene Berechnungsmethode ist auch deshalb unangemessen, weil sie die nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebotene vollständige Berücksichtigung eines lückenlos und wahrheitsorientiert ermittelten Strafzumessungssachverhalts in Frage stellt. Wie ausgeführt, müssen nach der Berechnungsmethode bei Erreichen der Bußgeldobergrenze einige gesetzlich geregelte Bemessungsfaktoren unberücksichtigt bleiben. Entgegen der Vorgaben in Erwägungsgrund 129 Satz 5 DS-GVO wird eine angemessene Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls so erheblich erschwert.

Mit Verhältnismäßigkeitsgebot und Willkürverbot in engstem Zusammenhang steht das Schuldprinzip, wonach jede zu verhängende Strafe in einem gerechten Verhältnis zum Verschulden des Täters stehen muss. Auch hieran gemessen kann die von den Datenschutzbehörden beschlossene Methode der Bußgeldmethode keinen Bestand haben. Denn zum einen knüpft sie, wie dargelegt, mit dem Unternehmensumsatz maßgeblich an ein Kriterium an, welches mit dem vorwerfbaren Verhalten und der konkret verwirklichten Schuld nicht in Zusammenhang steht. Zum anderen erfordert der Schuldgrundsatz, dass alle relevanten tat- und täterbezogenen Strafzumessungskriterien im Rahmen der Würdigung des vorwerfbaren Verhaltens gebührend Berücksichtigung finden, was bei Anwendung der beschlossenen Berechnungsmethode angesichts des schnellen Erreichens der Bußgeldgrenzen von 2% bzw. 4% des Vorjahresumsatzes nicht für jeden Fall gewährleistet ist.

## Stellungnahme Bußgeldkonzept der DSK

Seite 16|17

Das Konzept begründet in fünf Schritten die Bußgeldbemessung nach Art. 83 DS-GVO. Gemäß Art. 83 Abs. 4 c) DS-GVO sind auch gegenüber privaten Überwachungsstellen in gewissen Fällen Bußgelder zu verhängen. Da das Konzept jedoch lediglich auf die Anwendbarkeit der fünf Schritte gegenüber Unternehmen abstellt ist nicht eindeutig, inwiefern die Schritte auch für private Überwachungsstellen gelten sollen. Für private Überwachungsstellen ist keine Rechts- oder Gesellschaftsform vorgeschrieben, so dass sie nicht nur Unternehmen, sondern beispielsweise auch Vereine sein können. Zudem können private Überwachungsstellen auch innerhalb eines Unternehmens oder Verbandes bestehen, und somit keine eigene, selbstständige Rechtsform haben. Dadurch entsteht für das Konzept eine gewisse Unsicherheit, inwiefern private Überwachungsstellen auch in den Anwendungsbereich fallen sollen, oder ob sie es nur tun, wenn sie als Unternehmen existieren. Eine solche Grenzziehung würde jedoch keinen gesetzlichen oder logischen Anknüpfungspunkt finden. Daher wäre zu überdenken, inwiefern private Überwachungsstellen tatsächlich den gleichen Kriterien unterworfen werden sollten, wie Unternehmen. Stattdessen könnten aufgrund ihrer abweichenden Stellung im Rahmen der DS-GVO selbstständige Kriterien erforderlich werden. Dafür spräche, dass die oben bereits angesprochene Umsatzzentriertheit des Konzeptes auch bei privaten Überwachungsstellen einerseits willkürlich erscheint und zudem die Akzeptanz des Tools am Markt schwächen würde. Gerade bei internen Strukturen ist ein selbstständiger Umsatz von privaten Überwachungsstellen schwer ermittelbar. Zudem kann der Umsatz stark von der Anzahl der überwachten Verhaltenskodizes abhängen. Die Überwachung mehrerer Kodizes durch eine private Überwachungsstelle kann indessen notwendig und sinnvoll sein, um die Kosten für die sich unterwerfenden Unternehmen skalierbar und somit insbesondere für KMUs zugänglich zu machen. Eine Betrachtung des gesamten Umsatzes, ohne den Verstoß und den konkreten Kodex zu Grunde zulegen, würde diesen Vorteil verhindern und die Akzeptanz am Markt eindeutig schmälern.

### 5.1. Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. j) DS-GVO

Zudem geht das Konzept nicht auf Art. 83 Abs. 2 S. 2 lit. j) DS-GVO ein. Dieser stellt klar, dass die Einhaltung von genehmigten Verhaltensregeln und Zertifizierungen Berücksichtigung bei der Bebußung finden sollen. Da die Norm auf die Einhaltung abstellt, ist davon auszugehen, dass ein solcher Faktor grundsätzlich positiv zu berücksichtigen ist, sich also mindernd auf das Bußgeld auswirken soll. Eine negative Auswirkung wäre allenfalls denkbar, wenn das in Frage stehende Unternehmen die Verhaltensregel vorsätzlich missbräuchlich zur Täuschung der Aufsichtsbehörde und der Kunden benutzt hat.

## Stellungnahme Bußgeldkonzept der DSK

Seite 17|17

### 5.2. Verhältnis privater Sanktionen zur Verhängung von Bußgeldern

Zudem geht das Konzept nicht darauf ein, inwiefern bereits sich erfolgte oder zu erwartende Sanktionen durch die private Überwachungsstelle gegenüber einem Unternehmen, das gegen eine anerkannte Verhaltensregel verstößt, auf die Bebußung durch die Aufsicht auswirken können und sollten. Bereits die von der privaten Überwachungsstelle getroffenen Sanktionierungen (Geldstrafe, oder auch öffentliche Pressemitteilung) können für das Unternehmen negative wirtschaftliche Folgen bedeuten. Damit bei einem Zusammenfall zweier Sanktionierungen für dasselbe Verhalten (oder Unterlassen) der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt, wäre eine Berücksichtigung erforderlich. Zudem würde eine zu befürchtende Doppelbestrafung bei den Unternehmen dazu führen, dass eine Abschreckung bestehen könnte, sich dem zusätzlichen Sicherungsmechanismus nach Art. 40f. DS-GVO zu unterwerfen.

## IV. Fazit

Wir regen aufgrund der vorstehenden Aspekte eine Anpassung des Konzepts an. Zudem sollte auf europäischer Ebene weiterhin gemeinsam an einer einheitlichen Leitlinie gearbeitet werden, die eine verhältnismäßige und angemessene Durchsetzung der DS-GVO ermöglicht.

Bitkom vertritt mehr als 2.700 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 1.900 Direktmitglieder. Sie erzielen allein mit IT- und Telekommunikationsleistungen jährlich Umsätze von 190 Milliarden Euro, darunter Exporte in Höhe von 50 Milliarden Euro. Die Bitkom-Mitglieder beschäftigen in Deutschland mehr als 2 Millionen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Zu den Mitgliedern zählen mehr als 1.000 Mittelständler, über 500 Startups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Geräte und Bauteile her, sind im Bereich der digitalen Medien tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 80 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, jeweils 8 Prozent kommen aus Europa und den USA, 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom fördert und treibt die digitale Transformation der deutschen Wirtschaft und setzt sich für eine breite gesellschaftliche Teilhabe an den digitalen Entwicklungen ein. Ziel ist es, Deutschland zu einem weltweit führenden Digitalstandort zu machen.