

Rechtsgutachten

**Vorbeugender verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz zur
Abwehr drohender Bußgeldverfahren im Datenschutzrecht**

vorgelegt von

Professor Dr. Rolf Schwartzmann

und Lucia Burkhardt

im Auftrag der Freenet AG

Zusammenfassung in Thesen und Handlungsoptionen

1. Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergibt sich eine Stufenfolge der Befugnisse der Aufsicht aus Art. 58 DS-GVO, wonach Anordnung und Anweisung jedenfalls im Falle bestehender Rechtsunsicherheiten gegenüber einem Bußgeld vorrangiges Eingriffsmittel sein müssen.
2. Die Damokles-Rechtsprechung gewährt verwaltungsgerichtlichen vorbeugenden Rechtsschutz also auch zur Abwehr drohender Bußgelder. So kann die Frage geklärt werden, ob ein bestimmtes Verhalten die Vorgaben der DS-GVO erfüllt und gleichzeitig ein vorschnell verhängenes Bußgeld vermieden werden. Die konkreten Voraussetzungen einer solchen vorbeugenden Klage werden dargelegt. Im Zentrum steht die vorbeugende Feststellungsklage.
3. Solange sich eine Klage inhaltlich um die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Datenschutzrechtes dreht, ist der Verwaltungsrechtsweg nach der Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht auch dann eröffnet, wenn es um die Vermeidung eines Bußgeldes in sog. „Damokles-Situationen“ geht.
4. Gegenstand einer vorbeugenden Feststellungsklage kann sowohl ein gegenwärtiges als auch ein zukünftiges sowie ein vergangenes Rechtsverhältnis sein. Bei zukünftigen Rechtsverhältnissen müssen die rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen im Zeitpunkt der Klagerhebung bereits gelegt sein und längerfristige wirtschaftliche Dispositionen von der verbindlichen Auslegung der Norm abhängen. Bei vergangenen Rechtsverhältnissen sind Besonderheiten beim Feststellungsinteresse zu beachten.
5. Die abstrakte Rechtsbeziehung zwischen Aufsicht und datenschutzrechtlich Verantwortlichem muss sich bei einer zulässigen

vorläufigen Feststellungsklage zu einem konkreten und streitigen, also feststellungsfähigen Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 VwGO verdichten. Dazu bedarf es einer irgendwie gearteten Handlung der Aufsichtsbehörde. Diese kann förmlich oder formlos erfolgen. Entscheidend ist, dass die Behörde meint, auf dieser Grundlage ein bestimmtes Tun oder Unterlassen vom Verantwortlichen verlangen zu können bzw. ein solches Vorgehen aus Klägersicht zu besorgen ist. Es kann sich ergeben aus einer:

- Sanktionsandrohung
- formlos rügenden Behauptung der Rechtswidrigkeit eines Vorganges
- Position in einem Tätigkeitsbericht
- Position in Papieren von Datenschutzkonferenz (DSK) und Europäischem Datenschutzausschuss (EDSA)
- Verlautbarungen in Sozialen Medien
- Behördenpraxis

6. Ein qualifiziertes Feststellungsinteresse hinsichtlich der gerichtlichen Klärung verwaltungsrechtlicher Streitfragen besteht nach der Damokles- Rechtsprechung immer dann, wenn dem potentiellen Kläger ein Bußgeld droht.

7. Damit ein Bußgeld im Sinne der „Damokles-Rechtsprechung“ „droht“ ist nicht erforderlich, dass die Behörde die Sanktionierung unmittelbar und konkret in Aussicht stellt. Ein Feststellungsinteresse besteht vielmehr, sobald die (abstrakte oder konkrete) Gefahr der Sanktionierung Handlungsdruck auf den Kläger ausübt. Dies ist bei der uneinheitlichen und potentiell eingriffsintensiven Praxis der Aufsichtsbehörden im Bereich des Datenschutzrechtes grundsätzlich bereits der Fall, wenn der Kläger von einer Rechtsposition der Aufsichtsbehörde abweichen will.

8. Das Feststellungsinteresse nach der „Damokles-Rechtsprechung“ kann auch dann bestehen, wenn das der Klage zugrunde liegende

Rechtsverhältnis in der Vergangenheit liegt, etwa weil der Kläger die streitgegenständlichen Datenverarbeitungsprozesse nicht mehr durchführt. Es ist in diesem Fall immer dann zu bejahen, wenn erstens ein Ordnungswidrigkeitenverfahren bereits anhängig ist, das Rechtsverhältnis somit nach wie vor anhaltende abträgliche Wirkungen entfaltet, und zweitens das Urteil des Verwaltungsgerichts geeignet ist, Einfluss auf das Ergebnis des Sanktionsprozesses zu nehmen.

9. Ist die Behörde gegenüber dem Kläger bereits verwaltungsrechtlich tätig geworden, gilt es je nach Situation unterschiedliche Aspekte zu bedenken.

- Unzulässig ist die vorbeugende Feststellungsklage in Anbetracht des Subsidiaritätsgrundsatzes nach § 43 Abs. 2 S. 1 VwVfG dann, wenn die Behörde bereits einen Verwaltungsakt erlassen hat, gegen den im Wege der Anfechtungsklage vorgegangen werden kann.
- Hat die Behörde einen solchen lediglich in Aussicht gestellt, ist zu untersuchen, ob diese Ankündigung eines Verwaltungsaktes etwa in Form einer Untersagungsverfügung den Erlass eines Bußgeldbescheides unwahrscheinlich erscheinen lässt. Ist das der Fall, entfällt das Feststellungsinteresse mangels drohender Sanktion.

10. Handlungsoption Die Erhebung einer vorbeugenden Feststellungsklage ist statthafte und – in Abgrenzung zur vorbeugenden Unterlassungsklage (dazu sogleich) – die empfohlene Klageart, wenn es dem Kläger darum geht, bestehende Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der Auslegung der DS-GVO mit Blick auf etwaige Bußgelder vorbeugend beizulegen. Vergleichbare Klagen etwa im Lebensmittel- oder Arzneimittelrecht waren bereits erfolgreich.

11. Handlungsoption Zur Abwehr drohender Bußgelder kann, wenn man die Rechtsprechung des *VG Ansbach* zugrunde legt, auch eine vorbeugende Unterlassungsklage erhoben werden. Diese würde

anders als die Feststellungsklage einen Vollstreckungstitel vermitteln. Allerdings steht die Rechtsprechung des *VG Ansbach* in Konflikt zur Rechtsprechung des *Bundesverwaltungsgerichts*, weil sie die Trennung zwischen Verwaltungs- und Ordnungswidrigkeitenrecht verkennt. Vorbeugende Unterlassungsklagen mit dem Ziel der Verhinderung einer Sanktionierung sind zudem soweit ersichtlich bisher nicht erhoben. Die Erfolgsaussichten einer solchen Klage erscheinen insgesamt höchst unsicher.

12. Der Richter des Bußgeldprozesses ist im Rahmen seiner materiellrechtlichen Entscheidung grundsätzlich frei, das Ergebnis des Verwaltungsgerichts zu befolgen. Bei der Ausübung dieser Entscheidung ist jedoch das Interesse an der Vermeidung widersprüchlicher obergerichtlicher Entscheidungen zu berücksichtigen. Prozessual haben Behörden und Gerichte die Möglichkeit, das Ordnungswidrigkeitenverfahren mit Blick auf den Verwaltungsprozess entweder einzustellen oder auszusetzen.

Inhalt

TEIL 1: ANLASS UND GEGENSTAND DES GUTACHTENS	9
A. Anlass des Gutachtens	9
B. Gegenstand des Gutachtens	13
TEIL 2: DAS VERHÄLTNIS DES SANKTIONSVORFAHRENS NACH ART. 83 DS-GVO ZUM VERWALTUNGSVERFAHREN NACH ART. 58 DS-GVO	14
A. Das gestufte Regulierungssystem der DS-GVO	14
B. Vorrang von Anordnung und Anweisung	16
TEIL 3: VERWALTUNGSGERICHTLICHE KLAGEOPTIONEN	19
A. Der vorbeugende Rechtsschutz als Handlungsoption der Praxis	19
I. Das Klagebegehren nach § 88 VwGO	20
II. Die Damokles-Rechtsprechung	21
B. Die vorbeugende Feststellungsklage	23
I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges	23
1. Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichts für Ordnungswidrigkeitensachen	24
2. Abgrenzung der Verwaltungs- von den Ordnungswidrigkeitenangelegenheiten	25
a) Die Befugnis aus Art. 58 Abs. 2 lit. i iVm Art. 83 DS-GVO	26
b) Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe der DS-GVO	27
c) Abgrenzungskriterium: Materielle Bewertung des Streitgegenstandes	28
d) Die Grenze zwischen Verwaltungs- und Ordnungswidrigkeitensache im Datenschutzrecht	30
aa) Die Anwendung der Abgrenzungsgrundsätze des <i>Bundesverwaltungsgerichts</i> auf das Datenschutzrecht	31
bb) Die Anwendung der Abgrenzungsgrundsätze des <i>Bundesverfassungsgerichts</i> zu unbestimmten Rechtsbegriffen auf das Datenschutzrecht	31
cc) Zwischenergebnis: Regelmäßig keine prozessualen Unsicherheiten	32
II. Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis	33
1. Die verwaltungsrechtliche Pflicht als „Bezugsobjekt“ des Rechtsverhältnisses	33
2. Keine Feststellungsfähigkeit abstrakter Rechtsfragen	34
3. Erfordernis eines überschaubaren Sachverhalts	36
a) Gegenwärtiges Rechtsverhältnis	36
b) Zukünftiges Rechtsverhältnis	37
c) Vergangenes Rechtsverhältnis	38
4. Erfordernis eines konkreten und streitigen Rechtsverhältnisses	39
a) Sanktionsandrohungen („Damokles-Rechtsprechung“)	40
b) Formlos rügende Behauptung eines Datenverarbeitungsprozesses	42
c) Konkretisierung der Rechtsbeziehung durch Positionspapiere einzelner Aufsichtsbehörden	44
d) Konkretisierung durch Positionspapiere der DSK und des EDSA	45
aa) <i>BVerwG</i> : Konkretisierung der Rechtsbeziehung bereits durch das begründete Befürchten behördlichen Einschreitens	46

bb) Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf das Datenschutzrecht.....	47
cc) Zwischenergebnis: Konkretisierung der Rechtsbeziehung im Zeitpunkt der Veröffentlichung einer Stellungnahme durch die DSK und des EDSA	48
e) Sonderproblem: Disclaimer durch die DSK	48
f) Konkretisierung durch öffentliche Äußerungen in sozialen Netzwerken oder sonstigen Medien.....	50
g) Begründung eines streitigen Rechtsverhältnisses durch die Praxis der Aufsichtsbehörden.....	53
III. Feststellungsinteresse	56
1. Die „Damokles-Rechtsprechung“: qualifiziertes Feststellungsinteresse bei Bußgeldgefahr	57
a) Das Interesse an verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz	58
b) Das Interesse an vorbeugendem Rechtsschutz	59
2. Feststellungsinteresse bei abstrakter Sanktionsgefahr.....	61
a) Das Kriterium der Zumutbarkeit als konkrete Voraussetzung des Feststellungsinteresses	63
aa) Fehlende Zumutbarkeit bei wirtschaftlichem Handlungsdruck.....	63
bb) Wirtschaftlicher Handlungsdruck in der Rechtsprechung des <i>BVerwG</i>	65
cc) Die Rechtsprechung anderer Gerichte zum wirtschaftlichen Handlungsdruck	66
dd) Zwischenergebnis: Wirtschaftlicher Handlungsdruck als konkrete Voraussetzung des Feststellungsinteresses.....	67
b) Der wirtschaftliche Handlungsdruck im Lichte der Sanktionspraxis der Datenschutzaufsichten	67
aa) Die repressive Praxis der Aufsichtsbehörden	68
bb) Der wirtschaftliche Zwang zur Reaktion.....	72
cc) Zwischenergebnis: Qualifiziertes Feststellungsinteresse im Zeitpunkt der Konkretisierung der Rechtsbeziehung.....	73
3. Feststellungsinteresse bei Erledigung des Streitgegenstandes.....	73
a) Feststellungsfähigkeit vergangener Rechtsverhältnisse	75
b) Feststellungsfähigkeit vergangener Rechtsverhältnisse im Lichte der Damokles- Rechtsprechung	75
aa) Die Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf vergangene Rechtsverhältnisse ..	76
bb) Voraussetzungen des Feststellungsinteresses	77
c) Widerspruch durch die Rechtsprechung des <i>OVG Münster</i>	77
4. Einfluss des Ordnungswidrigkeitenverfahrens auf das Feststellungsinteresse	78
a) Parallelität von Verwaltungs- und Ordnungswidrigkeitenverfahren	79
b) Der Einfluss des Verwaltungsprozesses auf die Schuld	80
IV. Subsidiarität der Feststellungsklage	83
1. Konkurrierender verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz	84
2. Das Verhältnis zum Ordnungswidrigkeitenprozess	86
3. Rechtsschutzmöglichkeiten im Falle verwaltungsrechtlicher Anordnungen	86
4. Zwischenergebnis.....	88
C. Die vorbeugende Unterlassungsklage als Alternative	89
I. Rechtsprechung zum Anspruch des Betroffenen auf die Verhängung eines Bußgeldes ..	89
1. Die Bedeutung der Rechtsprechung für die vorbeugende Unterlassungsklage	90
2. Kritik an der Rechtsprechung	91
a) Die sachgerechte Abgrenzung der gerichtlichen Zuständigkeiten zueinander.....	91
b) Kein Anspruch auf behördliche Sanktionierung	92
aa) Rechtsprechung deutscher Verwaltungsgerichte.....	93
bb) Europarechtliche Erwägungen	94
II. Zulässigkeit der Unterlassungsklage	95
1. Statthaftigkeit der Unterlassungsklage	95

2. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs und Klagebefugnis	96
3. Rechtsschutzbedürfnis	96
III. Begründetheit: Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs.....	97
1. Grundrechtseingriff durch rechtswidriges hoheitliches Handeln.....	97
2. Wiederholungs- bzw. Erstbegehungsgefahr.....	99
3. Zwischenergebnis	100

**TEIL 4: DAS VERHÄLTNIS DES VERWALTUNGSPROZESSES ZUM
ORDNUNGSWIDRIGKEITENVERFAHREN 101**

A. Das Opportunitätsprinzip des Ordnungswidrigkeitenverfahrens	101
I. Reichweite des § 47 OWiG.....	102
II. Einstellungsbefugnis der Staatsanwaltschaft	103
III. Die Bindungswirkung der Einstellung	103
B. Bindungsfreiheit des Richters im Sanktionsprozess	104
C. Die Aussetzung des Sanktionsprozesses	105

Teil 1: Anlass und Gegenstand des Gutachtens

A. Anlass des Gutachtens

Die datenschutzrechtlichen Handlungspflichten des Verantwortlichen nach der seit Mai 2018 anwendungspflichtigen Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) sind, weil sie Handlungsspielräume zur eigenverantwortlichen Ausfüllung eröffnen, prinzipiell nicht bestimmt formuliert. So sind die in der DS-GVO verwandten Begriffe oftmals im hohen Maße auslegungsbedürftig. Dies zeigt sich etwa daran, dass offenbleibt, wann eine technisch-organisatorische Schutzmaßnahme nach Art. 25, 32 DS-GVO „geeignet“ ist, die datenschutzrechtlichen Anforderungen zu wahren. Da sich eine Rechtspraxis im verhältnismäßig neuen Datenschutzrecht unter Geltung der DS-GVO noch entwickeln muss, ist für Unternehmen die Frage, welche Rechtsposition die Datenschutzaufsichtsbehörde oder ein Gericht bei der Auslegung der entsprechenden Normen einnehmen wird, nur schwer absehbar und damit in vielen Fällen mit Rechtsunsicherheit behaftet. Einschlägige Urteile zur DS-GVO und höchstrichterliche Rechtsprechung, die im Detail für Rechtsklarheit sorgen könnten, gibt es im Herbst 2020 ebenfalls kaum. In der Praxis stellen sich daher eine **Vielzahl ungeklärter Rechtsfragen**.

Dies ist deshalb problematisch, da Verstöße gegen die Pflichten der DS-GVO trotz ihrer Unbestimmtheit sanktionsbewehrt (vgl. Art. 83 DS-GVO) sind und daher drastische **Bußgelder** (vgl. Art. 83 Abs. 4 und 5 DS-GVO) nach sich ziehen können.¹ Angesichts dieser Bußgeldhöhen, die in den meisten Fällen geeignet wären, den Jahresgewinn eines Unternehmens abzuschöpfen,² bedeuten die bestehenden Unsicherheiten nicht nur eine **latente Sanktionsgefahr**, sondern enorme, unter Umständen gar existenzielle, **finanzielle Risiken** für die Verantwortlichen. Hinzu kommt, dass durch die Datenschutzaufsicht

¹ Eine fortlaufende Liste stellt *CMS Hasche Sigle* bereit, abrufbar unter: <https://www.enforcementtracker.com/> (zuletzt abgerufen am 11.7.2020).

² So HK DS-GVO/BDSG-*Schwartmann/Jaquemain* Art. 83 Rn. 11, 135.

verhängte Bußgelder, insbesondere in Anbetracht ihrer Höhe, eine besondere **Stigmatisierungswirkung** entfalten. Die bloße Verwicklung in ein Bußgeldverfahren begründet regelmäßig bereits eine nachhaltige und teilweise irreparable **Rufschädigung**, die selbst ein „Freispruch“ nicht wiedergutzumachen vermag. Aufgrund dieser im schlimmsten Fall **image- und wirtschaftlich existenzvernichtenden Auswirkungen**, entfalten Bußgeldandrohungen im datenschutzrechtlichen Bereich eine enorme **Abschreckungswirkung**.

Konflikte entstehen hierdurch für die Verantwortlichen vor allem in Anbetracht der teils **scharfen Sanktionspraxis** einiger Datenschutzaufsichten. In der Vergangenheit wurden Bußgelder in Millionenhöhe nämlich auch bei unsicherer Rechtslage sowie geringer Schuld verhängt, obwohl in derartigen Fällen vielmehr ein Vorgehen mittels verwaltungsrechtlicher Eingriffsbefugnisse angezeigt wäre (s.u. Teil 2). Prominentestes Beispiel hierfür ist ein Bußgeld des *BfDI* gegenüber der *1&1 Telecom GmbH* in Höhe von fast 10 Millionen Euro wegen eines Verstoßes gegen Art. 25 DS-GVO. Die *1&1 Telecom GmbH* hatte im entsprechenden Fall zur Authentifizierung des Kunden bei der telefonischen Kundenbetreuung Name und Geburtsdatum abgefragt, was ein bis dahin in der Praxis verbreitetes Vorgehen auf Grundlage einer Risikoabschätzung für Vertragsauskünfte darstellte.³ Auch das angesichts der scharfen Sanktion angerufene *LG Bonn* hielt das Vorgehen der Aufsicht für unverhältnismäßig. Es stellt in seinem Urteil fest, dass zwar ein Verstoß gegen die DS-GVO vorliege, dieser aber gering sei, da er nicht „zur massenhaften Herausgabe von Daten an Nichtberechtigte“ habe führen könne. Zudem habe es dem Unternehmen an Problembewusstsein gefehlt, da die über Jahre geübte Authentifizierungspraxis zuvor nicht beanstandet worden sei. Da es zudem an verbindlichen Vorgaben für ein Callcenter gefehlt habe, sei der Rechtsirrtum der *1 & 1 Telecom GmbH* verständlich

³ Weitere Beispiele in Teil 3, Abschnitt B III 2 b aa.

gewesen, so das *LG Bonn*.⁴ In Anbetracht eines solchen „**Vorpreschens**“ der **Aufsichtsbehörden**, die Verstöße gegen die DS-GVO trotz Rechtsunsicherheiten bzw. geringer Schuld auf der Grundlage der eignen, u.U. fehlerhaften Rechtsposition, pönalisieren und Bußgelder in enormer Höhe verhängen, werden die **Handlungsspielräume** des DS-GVO de facto auf die Aufsichtspositionen **verengt**, was im Ergebnis zu massiven **Einschränkungen von Art. 12 und 14 GG** führt.

Solange die Behörden nämlich auch bei ungesicherter Rechtslage unmittelbar Bußgelder verhängen, ohne zuvor auf mildere verwaltungsrechtliche Maßnahmen wie Anweisung und Anordnung zurückzugreifen, werden die Verantwortlichen den Rechtspositionen der Behörde aus wirtschaftlichen Gründen grundsätzlich Folge leisten müssen. Durch ihr Vorgehen spricht sich die Aufsicht faktisch eine Art **Deutungshoheit** über die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe der DS-GVO zu. Ob das von Art. 83 DS-GVO gewollt ist, muss bezweifelt werden, da den nationalen Behörden bei der Auslegung der Rechtsbegriffe grundsätzlich **keinerlei Beurteilungsspielraum** zukommt.⁵ Zwar liegt die Sensibilisierung der Verantwortlichen für ihre Verpflichtungen gemäß Art. 57 Abs. 1 lit. d DS-GVO durchaus innerhalb des Aufgabenbereichs der Behörden, auch verfügt sie bspw. über das Recht die Verantwortlichen auf etwaige Verstöße hinzuweisen (Art. 58 Abs. 1 lit. d DS-GVO).⁶ Die Aufgabe, verbindlich über unklare und v.a. strittige Rechtsfragen zu entscheiden, ist aber **Aufgabe der nationalen Gerichte und des Europäischen Gerichtshofs**, nicht der Überwachungsbehörden.⁷ Die Behörde kann im Wege der Anwendung

⁴ Vgl. hierzu *LTO* Bußgeld gegen 1&1 rechtens, aber zu hoch, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/lg-bonn-29owi120lg-bussgeld-1und1-datenschutzverstoss-dsgvo-millionen-herabgesetzt/> (zuletzt abgerufen am: 18.11.2020).

⁵ BVerfGE 103, 142 (156).

⁶ Vgl. hierzu auch HK DS-GVO/BDSG-Schwartzmann/Burkhardt § 41 im Anh. zu Art. 83 Rn. 23 f.

⁷ Selbst der EDSA, der anders als die Aufsichtsbehörden immerhin über die Befugnis verfügt, die DS-GVO betreffende Fragen zu prüfen und Leitlinien zur Verfügung zu stellen (Art. 70 Abs. 1 S. 2 lit. e), kann über die Auslegung der unbestimmten

des Rechts lediglich Vorschläge zur Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe formulieren. De facto entsteht unter dem Regime der besonders hohen und medienwirksamen Sanktionen der Behörden aber ein **Diktat der Aufsicht** hinsichtlich der Bewertung unklarer Rechtsfragen, da die Verantwortlichen aus wirtschaftlichen Gründen gezwungen werden, sich den **Rechtsauffassungen der Aufsicht** zu unterwerfen.

Verschärft wird diese Zwangslage dadurch, dass sich der nachträgliche Rechtsschutz gegen Bußgelder nicht nur im Falle einer Prozessniederlage, die stets droht, sondern auch im Falle eines Obsiegens mit Blick auf die bereits eingetretene **Rufschädigung** häufig als ineffektiv erweist. So konnte etwa auch das die *1 und 1 Telecom GmbH* entlastende erstinstanzliche Urteil des *LG Bonn*, welches das durch die Aufsicht festgelegte Strafmaß um nahezu 90 % reduzierte, die durch die hohe Sanktionierung bereits erfolgte Rufschädigung nicht mehr rückgängig machen. Die mannigfaltigen Rechtsunsicherheiten im Zusammenhang mit der DS-GVO gehen so im Ergebnis **einseitig zu Lasten der Unternehmen**.⁸ Die hierin wurzelnden Probleme für die Verantwortlichen verschärfen sich dadurch, dass auch gemeinsame Positionen der Aufsicht nicht durch alle 18 Behörden⁹ in gleicher Weise vollzogen werden und die deutschen Aufsichtsbehörden mitunter selbst von anerkannten Positionen abweichen und auch in zentralen Anwendungsfragen offen unterschiedliche Positionen verfolgen¹⁰

Rechtsbegriffe nicht verbindlich entscheiden, er erlässt vielmehr sog. Soft Law. Vgl. HK DS-GVO/BDSG-*Seckelmann* Art. 70 Rn. 14.

⁸So der DIHK-Chefjustiziar *Stephan Wernicke* gegenüber dem Handelsblatt. Vgl. *Anger/Neuerer* Datenschutzverstöße: Zahl der Bußgelder ist drastisch gestiegen, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/DS-GVO-datenschutz-verstoesse-zahl-der-bussgelder-ist-drastisch-gestiegen/25364576.html> (zuletzt abgerufen am 19.7.2020).

⁹ Die Landesmedienanstalten und die kirchlichen Aufsichtsbehörden kommen hinzu.

¹⁰ Dazu Pressemeldung von fünf Aufsichtsbehörden vom 2.10.2020 zur Frage der Beurteilung von Microsoft 365. Dazu *Schwartmann*, Handelsblatt Gastbeitrag vom 8.10.2020. Zum Missstand der uneinheitlichen Rechtsanwendung in Deutschland auch das Gutachten der Datenschutzethikkommission S. 103.

B. Gegenstand des Gutachtens

Vor diesem Hintergrund ist zu klären, welche rechtlichen Mittel und Möglichkeiten für Verantwortliche bestehen, um dieser Schieflage entgegenzuwirken. Hilfreich wäre aus Unternehmensperspektive v.a. eine Möglichkeit, Rechtsunsicherheiten gerichtlich zu klären, bevor ein Bußgeldbescheid ergeht. Das Ordnungswidrigkeitenrecht selbst kennt vorbeugenden Rechtsschutz jedoch nicht, Klageoptionen stehen hier vielmehr nur zur Abwehr eines bereits ergangenen Bußgeldbescheides zur Verfügung, Da für Straf- und Bußgeldvorschriften der Bestimmtheitsgrundsatz gilt, der fordert, dass Betroffene von vornherein in der Lage sein müssen, zu wissen, welche Handlungen von ihnen verlangt werden oder ihnen untersagt sind, erscheint diese Entscheidung legitim.¹¹ Gerade vor diesem Hintergrund stellt sich jedoch die Frage, ob es Verantwortlichen tatsächlich **zugemutet** werden kann, einen Bußgeldbescheid „abzuwarten“, der konkret droht, weil Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der Auslegung der Normen der DS-GVO bestehen und der Verantwortliche eine andere Rechtsposition vertritt als die zuständige Aufsichtsbehörde oder ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen **zur Klärung der Rechtunsicherheiten** ausnahmsweise eine **vorbeugende Klage gegen die zuständige Aufsichtsbehörde** statthaft sein kann.¹² Schutz könnte hier der Verwaltungsrechtsweg bieten. Rechtlichen Anlass zur Prüfung gibt insbesondere die sogenannte „Damokles-Rechtsprechung“ des *Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG)*. Danach kann unter bestimmten Voraussetzungen verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz zur vorbeugenden Abwehr von Bußgeldern in Anspruch genommen werden.

¹¹ Der Notwendige Grad der Bestimmtheit variiert hier je nach Adressatenkreis sowie schwere der angedrohten Sanktion. Hierzu *Bundeministerium der Justiz und Verbraucherschutz* Handbuch des Nebenstrafrechts, 3. Aufl. 2018, Rn. 14 ff.

¹² So HK DS-GVO/BDSG-*Schwartmann/Jaquemain* Art. 83 Rn. 11.

Teil 2: Das Verhältnis des Sanktionsverfahrens nach Art. 83 DS-GVO zum Verwaltungsverfahren nach Art. 58 DS-GVO

Bevor die Frage der Zumutbarkeit des weiteren Abwartens des Verantwortlichen sowie die Möglichkeiten vorbeugenden verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes untersucht werden können, ist das Verhältnis des Sanktionsverfahrens nach Art. 83 DS-GVO zum Verwaltungsverfahren nach Art. 58 DS-GVO zu klären. Denn die oben beschriebene Schiefelage entsteht vor allem daraus, dass die Aufsichtsbehörde in ihrer Praxis durch einen vorschnellen Rückgriff auf die Sanktionsbefugnisse die gebotene Differenzierung zwischen ihren Befugnissen aus Art. 58 und 83 DS-GVO übersieht und so ihre **Verwaltungs- und Sanktionsbefugnisse zu Lasten der Verantwortlichen vermischt**. Im Folgenden soll daher untersucht werden, ob das Regulierungskonzept der DS-GVO ein solches Vorgehen intendiert oder ob die Aufsichtsbehörde mit der Systematik ihrer Befugnisse innerhalb der DS-GVO bricht.

A. Das gestufte Regulierungssystem der DS-GVO

Der Aufsicht kommt bei der Entscheidung, ob sie bei Vorliegen der Tatbestandvoraussetzungen des Art. 83 DS-GVO eine Geldbuße verhängt oder hiervon absieht, schon der DS-GVO zufolge ein sog. **Verfolgungsermessen** zu.¹³ Dass auch der deutsche Gesetzgeber von einem Verfolgungsermessen ausgeht, wird vor allem dadurch deutlich, dass § 47 Abs. 1 OWiG, der das **Opportunitätsprinzip** für das Ordnungswidrigkeitenverfahren anordnet, nicht von der Verweisung des § 41 Abs. 2 BDSG ausgenommen wurde¹⁴, die für Art. 83 Abs. 4-6 DS-GVO eine entsprechende Anwendung des

¹³ So aus der Literatur Wolff/Brink-Holländer Art. 83 Rn. 26 f.; Paal/Pauls-Frenzel Art. 83 Rn. 10 f. a.A. Kühling/Buchner-Bergt Art. 83 Rn. 30 ff.

¹⁴ So Wolff/Brink-Brodowski/Nowak § 41 BDSG Rn. 41.2. Bei strafrechtlich bewehrten Handlungspflichten besteht hingegen, da hier das Opportunitäts- vom Legalitätsprinzip ersetzt wird, keinerlei Handlungsspielraum der Verfolgungsbehörden.

innerstaatlichen Ordnungswidrigkeitenrechts anordnet. Geldsanktionen nach dieser Norm unterliegen aber nicht nur dem Opportunitätsprinzip, werden mithin nicht stets, sondern „je nach den Umständen des Einzelfalls“ verhängt, sondern ergehen auch „zusätzlich zu oder anstelle von Maßnahmen nach Artikel 58 Abs. 2 Buchstaben a bis h und j“ (Art. 83 Abs. 2 S.1). Die Datenschutzaufsicht kann insofern auf einen Verstoß gegen die in Art. 83 Abs. 4-6 DS-GVO sanktionsbewehrten Verhaltenspflichten, nicht nur mit einer Sanktionierung reagieren, sondern auch andere Maßnahmen ergreifen. Das Verfolgungsermessen erschöpft sich mithin nicht in der Entscheidung für oder gegen eine Ahndung der Tat als Ordnungswidrigkeit. Die Behörde hat vielmehr nach Art. 58 Abs. 2 DS-GVO auch die Möglichkeit, von weniger eingriffsintensiven Abhilfemaßnahmen, wie Anordnung und Anweisung, Gebrauch zu machen.

Die DS-GVO normiert nämlich ein **gestuftes System von Abhilfebefugnissen**, in dem bei demselben Datenschutzverstoß sowohl ein Ordnungswidrigkeitenverfahren eingeleitet als auch von verwaltungsrechtlichen Eingriffsbefugnissen Gebrauch gemacht werden kann. Anordnung und Anweisung sind hierbei primär darauf gerichtet, den gegenwärtigen Datenschutzverstoß zu beenden und kooperativ mit dem Verantwortlichen einen datenschutzkonformen Zustand wieder herzustellen; das Bußgeld hingegen sühnt vom Täter begangenes Unrecht und möchte so, gleichartige Ordnungsverstöße in der Zukunft verhindern.¹⁵

Der übergeordnete Zweck, ein möglichst hohes Datenschutzniveau zu gewährleisten, wird effektiv nur durch ein Ineinandergreifen aller zur Verfügung stehender Mittel erreicht. Es besteht mithin eine **Wechselwirkung zwischen Anweisung und Anordnung** auf der ersten und der Verhängung von Geldbußen auf einer zweiten Stufe.¹⁶ Mit der Normierung des Art. 83 DS-GVO geht insofern **weder** eine

¹⁵ Noak Einführung ins Ordnungswidrigkeitenrecht – Teil 2, ZJS 2012, 329, 329 m.w.N.

¹⁶ HK DS-GVO/BDSG-Schwartmann/Burkhardt § 41 im Anh. zu Art. 83 Rn. 28.

Verfolgungspflicht, noch die gesetzgeberische Wertung einher, die Einleitung eines **Ordnungswidrigkeitenverfahrens** stelle **regelmäßig eine angemessene Reaktion** auf die im Art. 83 DS-GVO pönalisierten Verstöße dar.¹⁷

Zudem kann die Behörde auf die Verwarnung als „kleine Schwester der Geldbuße“¹⁸ zurück greifen. Diese kommt in der Regel dann in Betracht, wenn es sich um eine eher einfache Verletzung datenschutzrechtlicher Vorschriften handelt und die Schwelle zur Verhängung einer Geldbuße noch nicht überschritten ist. Entsprechend erläutert ErwG 148, dass im Falle eines geringfügigen Verstoßes oder falls eine zu verhängende Geldbuße eine unverhältnismäßige Belastung darstellen würde, anstelle einer Geldbuße eine Verwarnung erteilt werden kann. Auch die **Verwarnung** kann daher **eine Vorstufe zur Geldbuße** sein.¹⁹

B. Vorrang von Anordnung und Anweisung

Bei der Auswahl der geeigneten Abhilfemaßnahmen nach Art. 58 Abs. 2 DS-GVO muss die Aufsichtsbehörde den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten und insofern auch die Eingriffsintensität berücksichtigen.²⁰ Rechtsunsicherheiten verwaltungsrechtlicher Natur sollten daher nicht nur, sondern müssten mit Blick auf den **verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** zur **Passivität der Behörden** in ihrer Funktion als Verfolgungsbehörde, d.h. in Ausübung ihrer Sanktionsbefugnisse (vgl. § 46 Abs. 2 OWiG), führen, wenn zuvor keine weniger eingriffsintensiven (verwaltungsrechtlichen) Schritte, wie eine Anordnung oder eine Anweisung, ergriffen wurden. Schließlich wirken sich Rechtsunsicherheiten mildernd auf das Verschulden des

¹⁷ So auch Wolff/Brink-Brodowski/Nowak § 41 Rn. 41 m.w.N.; a.A. Kühling/Buchner-Bergt DS-GVO Art. 83 Rn. 30 ff.

¹⁸ Ehmann/Selmayr-Selmayr Art. 58 DS-GVO Rn. 20.

¹⁹ VG Mainz Urt. v. 24.9.2020 – 1 K 584/19 MZ.

²⁰ VGH BW Beschl. v. 22.1.2020 – VGH 1 S 3001/19 – BA S. 18; VG Mainz Urt. v. 24.9.2020 – 1 K 584/19 MZ.

Verantwortlichen aus, können dieses über die Figur des unvermeidbaren Verbotsirrtums gar gänzlich ausschließen.²¹ Zudem eignen sich nur Anordnung und Anweisung dazu, Rechtssicherheit hinsichtlich der nach der DS-GVO erforderlichen Schutzmaßnahmen zu schaffen, nur diese helfen dem Rechtsverstoß insofern nachhaltig ab. Die Behörde müsste im Zuge des Erlasses einer Anordnung nämlich entscheiden, welche datenschutzrechtlichen Anforderungen der fragliche Prozess ihrer Meinung nach erfordere. Ein Bußgeld oder eine Untersagung hingegen, bestimmen lediglich die gewählte Art der Datenverarbeitung für unzulässig. Auch diese bedürfen aber zur Rechtmäßigkeit einer nachvollziehbaren Begründung. Rechtsunsicherheiten wirken sich mithin maßgebend auf die Verhältnismäßigkeit einer Sanktionierung aus.²²

Konsequenz eines gestuften Vorgehens wäre zudem, dass die Verantwortlichen in den Stand gesetzt würden, über Rechtsfragen eine gerichtliche Klärung zu ersuchen, ohne zuvor mit einem ggf. nicht mehr abzuwendenden Bußgeldbescheid belegt zu werden. Auch würde so nicht das für Ordnungswidrigkeiten zuständige, aber für die Klärung der verwaltungsrechtlichen datenschutzrechtlichen Sachfragen sachfremde Amts- bzw. Landgericht über einen potenziellen Rechtsstreit entscheiden. Die Anforderungen der DS-GVO an den Verantwortlichen könnten so, durch das verfahrens- und materiellrechtlich im Verwaltungsrecht bewanderte Verwaltungsgericht konkretisiert werden.²³

Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergibt sich eine Stufenfolge der Befugnisse der Aufsicht aus Art. 58 DS-GVO,²⁴ wonach Anordnung und Anweisung jedenfalls im Falle bestehender

²¹ Hierzu HK DS-GVO/BDSG-Schwartzmann/Burkhardt § 41 im Anh. zu Art. 83 Rn. 25.

²² So HK DS-GVO/BDSG-Schwartzmann/Burkhardt § 41 im Anh. zu Art. 83 Rn. 29.

²³ So HK DS-GVO/BDSG-Schwartzmann/Burkhardt § 41 im Anh. zu Art. 83 Rn. 32.

²⁴ VG Mainz Ur. v. 24.9.2020 – 1 K 584/19 MZ; Ehmann/Selmayr-Selmayr Art. 58 DS-GVO Rn.20; HK DS-GVO/BDSG-Kugelman/Buchmann Art. 58 Rn. 39.

Rechtsunsicherheiten gegenüber einem Bußgeld vorrangiges Eingriffsmittel sein müssen.

Teil 3: Verwaltungsgerichtliche Klageoptionen

Um der eingangs beschriebenen Drucksituation, die vor allem durch das Damoklesschwert stetig drohender Bußgelder begründet wird, entgegen zu wirken, empfiehlt es sich für die Praxis, Rechtsunsicherheiten möglichst zeitnah einer gerichtlichen Klärung zu unterziehen. Im Folgenden wird es daher nach einer kurzen Darstellung der Besonderheiten der Klagesituation in der Fallkonstellation, die dieser Untersuchung zugrunde liegt (hierzu Teil 2 Abschnitt A), um die konkreten Voraussetzungen gehen, die für eine vorbeugende Klage vor dem Verwaltungsgericht zum Schutz vor der Ahndung einer Tat als Ordnungswidrigkeit erfüllt sein müssen. In Betracht kommt hierbei insbesondere die vorbeugende Feststellungsklage (hierzu Teil 2 Abschnitt B). Im Lichte des Begehrens des Klägers kann zudem an eine vorbeugende Unterlassungsklage gedacht werden (hierzu Teil 2 Abschnitt C).

A. Der vorbeugende Rechtsschutz als Handlungsoption der Praxis

Erhebt ein Verantwortlicher eine **Klage zur Klärung von Rechtunsicherheiten** vor dem Verwaltungsgericht **gegen die zuständige Aufsichtsbehörde**, um die Ahndung eines vermeintlichen Verstoßes gegen Art. 83 DS-GVO zu verhindern, geht es ihm inhaltlich, um *verwaltungsgerichtlichen* Rechtsschutz zur vorbeugenden Abwehr *sanktionsrechtlicher* Maßnahmen. **Anlass** der der vorbeugenden verwaltungsgerichtlichen Klage ist es nämlich, einer unrechtmäßigen Damokles-Situation durch drohende Bußgelder zu entkommen und so ein vorschnell verhangenes Bußgeld zu vermeiden. **Streitgegenstand** ist die Klärung der Frage, ob ein bestimmtes Verhalten die primär verwaltungsrechtlichen Vorgaben der DS-GVO erfüllt.

I. Das Klagebegehren nach § 88 VwGO

Da es dem Verantwortlichen weder um die Abwehr eines Verwaltungsaktes noch um eine positive Leistung geht, kommen im Lichte des § 88 VwGO als **statthafte Klageart** nur die vorbeugende Unterlassungs- und Feststellungsklage in Betracht.

Unter Zugrundelegung der **Rechtsprechung des BVerwG** zur Abgrenzung des Verwaltungs- vom Sanktionsprozess scheidet eine Klage gerichtet auf das Unterlassen einer Sanktionierung vor den Verwaltungsgerichten allerdings aus. Da die Ahndung einer Tat als Ordnungswidrigkeit keine verwaltungsrechtliche Maßnahme mehr darstellt, ist der des Verwaltungsrechtswegs hiernach nicht eröffnet (hierzu Teil 3, Abschnitt B I 2 a). Insofern kommt als statthafte Klage lediglich die **vorbeugende Feststellungsklage** in Betracht. Vergleichbare Klagen finden sich gegenwärtig bereits im Bereich des Lebensmittel- sowie vereinzelt im Bereich des Arzneimittelrechts.²⁵

Legt man hingegen die **Rechtsprechung des VG Ansbach** zu den Ansprüchen eines Betroffenen auf Tätigwerden der Aufsichtsbehörden (hierzu Teil 3, Abschnitt C I) zugrunde, ergibt sich auch die Möglichkeit einer **vorbeugenden Unterlassungsklage**. Diese dürfte sich in ihren Voraussetzungen nicht wesentlich von der Feststellungsklage unterscheiden (hierzu Teil 3, Abschnitt C II). An vergleichbaren Unterlassungsklagen, gerichtet auf das Unterlassen einer staatlichen Sanktionierung, fehlt es aber bisher. Eine Unterlassungsklage würde indes, anders als die Feststellungsklage, einen Vollstreckungstitel vermitteln.²⁶

²⁵ Vgl. *BVerwG* Urt. v. 9.5.1957 – I C 31.54, Rn. 16; Urt. v. 13.1.1969 – I C 86/64, Rn. 18; Urt. v. 17.1.1972 – I C 33.68, Rn. 7; Urt. v. 23.6.2016 – 2 C 18.15, Rn. 20; *OVG Münster* Urt. v. 29.1.2014 – 13 A 1901/11, Rn. 25; *VGH Mannheim* Urt. v. 11.2.2010 – 9 S 1130/08, Rn. 16; *VG Aachen* Urt. v. 8.12.2017 – 7 K 1859/17; *VG Trier* Urt. v. 2.9.2003 – 2 K 471/03.

²⁶ *Wysk-Wysk* § 43 VwGO Rn. 45

II. Die Damokles-Rechtsprechung

Da in der beschriebenen Situation nicht nur das Anlass, sondern auch der Streitgegenstand der verwaltungsrechtlichen Klage auch sanktionsrechtliche Elemente aufweist, entsteht eine Art **hybride Klagesituation**. Diese Konstellation ist ein Spezifikum des sog. **Verwaltungsstrafrecht**, zu dem auch Art. 83 DS-GVO zählt. Tatbeständen des Verwaltungsstrafrechts liegt nämlich kein eigenständiges und damit *sanktionsrechtliches* Ver- oder Gebot zugrunde, sondern eine (ausfüllungsbedürftige) *verwaltungsrechtliche* Pflicht, die anders als ein strafrechtliches Verbot Gegenstand eines Verwaltungsprozesses sein kann (hierzu Teil 3, Abschnitt B I 2 b). Art. 82 Abs. 5 lit. a) DS-GVO bspw. sanktioniert den Verstoß gegen das prinzipiell unabhängig von der Sanktionsnorm des Art. 83 bestehende Transparenzgebot aus Art. 5 DS-GVO.²⁷ Art. 83 DS-GVO ist insofern stets im Zusammenhang mit den Verwaltungspflichten zu lesen, die dem Artikel zugrunde liegen.

Unter welchen Voraussetzungen verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz mit dem Ziel ersucht werden kann, sanktionsrechtlichen Maßnahmen vorzubeugen, hat das *BVerwG* im Zuge der sog. **„Damokles-Rechtsprechung“** entschieden. Die „Damokles-Rechtsprechung“ spricht dem Adressaten einer Sanktionsnorm ein schützenswertes Interesse sowohl an *vorbeugendem* Rechtsschutz als auch an *verwaltungsgerichtlichem* Rechtsschutz zu, wenn eine Sanktionierung aufgrund von verwaltungsrechtlichen Zweifelfragen droht. Dieses Interesse beruht im Wesentlichen auf der „Sachnähe“ der Verwaltungsgerichte zur verwaltungsrechtlichen Zweifelfrage sowie der besonderen Zwangslange, die die Pönalisierung eines Verhaltens für den Adressaten der Sanktionsnorm bedeutet. Entwickelt wurde die „Damokles-Rechtsprechung“ ursprünglich für das verwaltungsakzessorische Strafrecht, d.h. nicht explizit mit Blick auf

²⁷ § 203 StGB enthält hingegen das Verbot Privatgeheimnisse zu offenbaren unmittelbar. Würde § 203 StGB aufgehoben, gelte auch das diesem immanenten Verbot nicht mehr.

das **Ordnungswidrigkeitenrecht**, sie gilt aber nach dem *BVerwG* ausdrücklich auch für drohende Ordnungswidrigkeitenverfahren.²⁸

Daher soll im Folgenden insbesondere mit Blick auf die „Damokles-Rechtsprechung“ untersucht werden, in welchen Fällen bzw. unter welchen Voraussetzungen eine vorbeugende Klage zur Klärung von Rechtsunsicherheiten gegen die zuständige Aufsichtsbehörde vor dem Verwaltungsgericht statthaft sein kann.

Die Damokles-Rechtsprechung gewährt verwaltungsgerichtlichen vorbeugenden Rechtsschutz also auch zur Abwehr drohender Bußgelder. So kann die Frage geklärt werden, ob ein bestimmtes Verhalten die Vorgaben der DS-GVO erfüllt und gleichzeitig ein vorschnell verhängenes Bußgeld vermieden werden. Die konkreten Voraussetzungen einer solchen vorbeugenden Klage werden dargelegt. Im Zentrum steht die vorbeugende Feststellungsklage.

²⁸ *BVerwG* Urt. v. 8.12.2017 – 7 K 1859/17.

B. Die vorbeugende Feststellungsklage

Nach § 43 VwGO kann die Feststellung des Bestehens bzw. Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden. § 43 VwGO ergänzt damit die klassischen Klageoptionen der VwGO (Anfechtungs- Verpflichtungs- und Leistungsklagen) um die Feststellungsklage, um eine Art „Auffangklage“. Voraussetzung für deren Zulässigkeit sind das Vorliegen eines **konkreten und streitigen Rechtsverhältnisses**, ein **berechtigtes Interesse** an der baldigen Feststellung dieses Rechtsverhältnisses sowie die Tatsache, dass der Kläger seine Rechte nicht mit einer Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann (**Subsidiarität**). Zudem muss nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO der **Verwaltungsrechtsweg** eröffnet sein.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges

Da es sich bei der Feststellungsklage um eine Klage vor den *Verwaltungsgerichten* handelt, und zwar auch dann, wenn sie erhoben wird, um die Ahndung einer Tat als *Ordnungswidrigkeit* zu verhindern, muss der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Gem. § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten gegeben, soweit diese nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Da sich eine solche „abdrängende Sonderzuweisung“ zu den ordentlichen Gerichten auch für Ordnungswidrigkeitensachen findet (vgl. §§ 63, 67 ff. OWiG), bedarf es einer genaueren Untersuchung der Abgrenzung der Rechtswege zueinander.

Praktische Relevanz entfaltet diese Unterscheidung insb., da das Ordnungswidrigkeitenrecht vorbeugenden Rechtsschutz nicht kennt. Eine vorbeugende Klage vor den ordentlichen Gerichten, die eingereicht wird, *bevor* ein Bußgeld ergeht, steht daher nicht zur Verfügung.

1. Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichts für Ordnungswidrigkeitensachen

Nach den §§ 63, 67 OWiG gehören **Ordnungswidrigkeitensachen** nicht vor die Verwaltungs-, sondern vor die ordentlichen Gerichte. Eine Ordnungswidrigkeit ist nach § 1 OWiG eine *rechtswidrige* und *vorwerfbare* Handlung, die den Tatbestand eines sanktionsrechtlichen Verbotstatbestandes verwirklicht. Es geht im Ordnungswidrigkeitenverfahren, anders als im Verwaltungsverfahren, daher **nicht** um die Feststellung bestimmter, verwaltungsrechtlicher Pflichten, also um die **Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe**; die Voraussetzungen der Verbotsnorm müssen vielmehr nach dem auch verfassungsrechtlich verbürgten Bestimmtheitsgrundsatz im Tatzeitpunkt bereits hinreichend bestimmt sein.²⁹ Gegenstand des Ordnungswidrigkeitenverfahrens ist vielmehr die Prüfung, **ob** die gesetzlichen **Voraussetzungen** der bußgeldbewehrten Verbotsnorm, d.h. für das Datenschutzrecht des Art. 83 DS-GVO, **beim Beschuldigten vorliegen**, ob dieser Verstoß **rechtswidrig** erfolgt ist und ob dem Beschuldigten ein **Schuldvorwurf** zu machen ist (§§ 1, 8 ff. OWiG). Die rechtsverbindliche Beurteilung dieser **spezifisch sanktionsrechtlichen Kriterien** ist gem. §§ 63, 67 ff. OWiG Sache der ordentlichen Gerichte in einem Verfahren gegen ein verhängtes Bußgeld.³⁰ Es handelt sich also um Ordnungswidrigkeitensachen.

Gegenstand der Verwaltungsgerichtsbarkeit können Ordnungswidrigkeitensachen hingegen nicht sein.³¹ Die §§ 63, 67 ff. OWiG stellen in diesem Fall eine **allgemeine abdrängende Sonderzuweisung** dar.³² Hiergegen könnte zwar sprechen, dass die

²⁹ HK-DSGVO/DSG-Schwartzmann/Burkhardt § 41 im Anhg. zu Art. 83 Rn. 29.

³⁰ BVerwG Urt. v. 23.1.1992 – 3 C 50/89, Rn. 30.

³¹ BVerwG Urt. v. 13.1.1969 – I C 86/64, Rn. 17; Eyermann-Happ § 43 VwGO Rn. 125.

³² Teilweise wird ein spezifisch *Verwaltungsrechtliches* Rechtsverhältnis verlangt und so bei Straf- und Ordnungswidrigkeitensachen schon das Vorliegen eines Rechtsverhältnisses iSd §§ 40, 43 Abs. 1 S. 1 VwGO abgelehnt. Auf etwaige

§§ 63, 67 ff. OWiG nur den repressiven Rechtsschutz gegen erlassene Bußgeldbescheide regeln, vorläufigen Rechtsschutz oder etwa ein mit dem aus dem Strafrecht bekannten Klageerzwingungsverfahren vergleichbares „Anordnungserzwingungsverfahren“ kennt das OWiG nicht. Denkbar wäre es daher, die verdrängende Wirkung der §§ 63, 67 OWiG nur für den vom OWiG auch geregelten nachträglichen Rechtsschutz anzunehmen.

Tatsächlich muss das OWiG aber gerade wegen seines fragmentarischen Charakters gegenüber dem Rechtsschutzsystem der VwGO **insgesamt als spezieller angesehen** werden, sofern Ordnungswidrigkeitensachen zur Entscheidung stehen. Das Fehlen eines „Anordnungserzwingungsverfahrens“ ist nämlich gerade keine Rechtsschutzlücke, sondern eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers (vgl. § 46 Abs. 3 Satz 3 OWiG). Die §§ 63, 67 ff. OWiG stellen daher eine abdrängende Sonderzuweisung für jegliche Form des Rechtsschutzes dar, sofern eine Ordnungswidrigkeitensache zur Entscheidung steht und damit auch für vorbeugenden Rechtsschutz.

2. Abgrenzung der Verwaltungs- von den Ordnungswidrigkeitenangelegenheiten

Im Lichte der Zuweisung der §§ 63, 67 ff. OWiG ist es somit, wenn der Sache nach die Feststellung begehrt wird, dass ein konkreter Vorgang die Tatbestände des Art. 83 DS-GVO nicht erfüllt, sprich nicht bußgeldbewehrt ist, erforderlich, anhand des jeweiligen Klagegegenstandes zwischen Ordnungswidrigkeitensache, die es vor den

abdränge Zuweisungen käme es mithin nicht mehr an. So sieht etwa das *OVG Niedersachsen* Beschl. v. 17. Juni 2010 – 13 LA 78/09, Rn. 11 den Verwaltungsrechtsweg im Falle der Einleitung eines Sanktionsverfahrens mangels spezifisch verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnisses als nicht eröffnet an. Ebenso das *BVerwG* Urt. vom 23. Januar 1992 – 3 C 50/89, Rn. 33, wenn es feststellt, dass es auf der Hand liege, dass die Einleitung eines Bußgeldverfahrens selbst noch kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis begründe, da es hier allein um die den ordentlichen Gerichten vorbehaltene Prüfungen gehe. So auch *Sodan/Ziekow-Sodan* § 43 VwGO Rn. 70.

ordentlichen Gerichten zu verhandeln gilt, und Verwaltungssache, die vor die Verwaltungsgerichte gehören, zu differenzieren.

a) Die Befugnis aus Art. 58 Abs. 2 lit. i iVm Art. 83 DS-GVO

Die DS-GVO selbst differenziert weder zwischen Verwaltungs- und Ordnungswidrigkeitenrecht, noch enthält sie Regelungen für die Verhängung einer Geldbuße nach Art. 83 DS-GVO. Mangels unionsrechtlicher Ausgestaltung obliegt die Normierung des Verfahrens sowie der materiellrechtlichen Voraussetzungen der Bußgeldverhängung also den Mitgliedstaaten (vgl. auch Art. 83 Abs. 8 DS-GVO).³³ Maßgeblich für die prozessuale Einordnung der Befugnis aus Art. 58 Abs. 2 lit. i iVm Art. 83 DS-GVO ist daher das nationale Recht und damit § 41 BDSG.

§ 41 BDSG verweist als mitgliedstaatliche Bestimmung für ein Verfahren wegen eines Verstoßes nach Art. 83 Abs. 4-6 DS-GVO auf die Vorschriften des OWiG, so dass die Verfolgung eines solchen Verstoßes nicht im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens, sondern nach § 41 Abs. 2 S. 1 BDSG im Wege eines **Ordnungswidrigkeitenverfahrens** durch die zuständige **Verfolgungsbehörde** erfolgt, die über dieselben Rechte und Pflichten wie die Staatsanwaltschaft bei der Verfolgung von Straftaten verfügt (§ 46 Abs. 2 OWiG). Hierbei kommt der Behörde ein sog. **Verfolgungsermessen** zu (§ 47 Abs. 1 OWiG).

Für die Ahndung eines Verstoßes gegen Art. 83 Abs. 4-6 DS-GVO gilt zudem nach § 41 BDSG nicht das materielle Verwaltungs-, sondern das **materielle Ordnungswidrigkeitenrecht** (§ 41 Abs. 1 S. 1 BDSG). Bei den Tatbeständen des Art. 83 Abs. 4-6 DS-GVO handelt es sich daher um Ordnungswidrigkeiten. D.h. für eine Sanktionierung ist es erforderlich, dass die Tat rechtswidrig und schuldhaft erfolgte (§ 1, 10 ff. OWiG); zudem ist bspw. auch ein Begehen durch Unterlassen sanktionierbar (§ 8 OWiG).

³³ HK-DS-GVO-Schwartmann/Jacquemain Art. 83 Rn. 47; BT-Drs. 18/11325, S. 108.

Insofern bedarf es zur Ausübung der Befugnis aus Art. 58 Abs. 2 lit. i) iVm Art. 83 DS-GVO, anders als im Rahmen der übrigen Rechte aus Art. 58 DS-GVO, der Durchführung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens und damit unausweichlich auch einer Prüfung **spezifisch sanktionsrechtlicher Voraussetzungen** wie Schuld und Rechtswidrigkeit sowie der Ausübung des **sanktionsrechtlichen Verfolgungsermessens** durch die Aufsicht in ihrer Funktion als „Verfolgungsbehörde“ (§ 46 Abs. 2 OWiG).³⁴ Eine Klage gerichtet auf die Feststellung, dass die Aufsicht zum Erlass eines Bußgeldbescheids nach Art. 58 Abs. 2 lit. i) iVm. Art. 83 DS-GVO nicht berechtigt ist, betrifft insofern die Prüfung bzw. die **Vorwegnahme der Sanktionsentscheidung** und daher eine Ordnungswidrigkeitensache. Der **Verwaltungsrechtsweg** ist somit im Lichte der §§ 63, 67 ff. OWiG jedenfalls dann, wenn es im Rahmen der Klage **unmittelbar** um die **Ausübung der Befugnis aus Art. 58 Abs. 2 lit. i) iVm. Art. 83 DS-GVO** geht, **nicht eröffnet**.

b) Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe der DS-GVO

Sehr wohl tauglicher Streitgegenstand in einem Verwaltungsprozess können hingegen die objektiven verwaltungsrechtlichen Pflichten des Verantwortlichen sein, auf die die Tatbestände des Art. 83 Abs. 4-6 DS-GVO Bezug nehmen. Anders als dem Großteil der Straftatbestände des StGB liegt den Sanktionstatbeständen der DS-GVO kein eigenständiges sanktionsrechtliches Ver- oder Gebot, sondern eine **ausfüllungsbedürftige verwaltungsrechtliche Pflicht**, eine verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung zwischen Aufsicht und Verantwortlichem, zugrunde. Beispiel hierfür ist die Pflicht zur Implementierung von technisch-organisatorischen Maßnahmen nach

³⁴ Deutlich wird die unterschiedliche Natur der Sanktionierung nach Art. 58 Abs. 2 lit. i) iVm. 83 DS-GVO im Vergleich zum Verwaltungsverfahren auch mit Blick auf den Aufbau der Datenschutzaufsichtsbehörden, bei denen die die Abteilungen, die sich mit der Ahndung von Verstößen gegen Art. 83 Abs. 4-6 befassen, organisatorisch vom Rest der Behörde getrennt sind.

Art. 25, 32 DS-GVO, auf die der Art. 83 Abs. 2 lit. d DS-GVO Bezug nimmt. Die dieses Verhältnis betreffenden Rechtsfragen, sprich Unsicherheiten hinsichtlich der **Auslegung der in der DS-GVO normierten Handlungsgebote** haben grundsätzlich **verwaltungsrechtlichen Charakter**.³⁵ Die Tatsache allein, dass von der Beantwortung der zu beurteilenden Frage *auch* bußgeldrechtliche Bewertungen abhängen, führt nicht dazu, dass eine dem Verwaltungsrecht angehörende Frage, seine diesbezügliche Rechtsnatur verliert.³⁶

Sind Rechtsfragen hinsichtlich der verwaltungsrechtlichen Handlungsgebote Streitgegenstand, ist der Verwaltungsrechtsweg daher grundsätzlich nach § 40 VwGO eröffnet.

c) Abgrenzungskriterium: Materielle Bewertung des Streitgegenstandes

Fraglich ist indes, ob dies auch dann gilt, wenn die Klage gerade das Ziel verfolgt, die Ahndung einer Tat als Ordnungswidrigkeit zu verhindern; es der Sache nach also darum geht, ob die Voraussetzungen des Art. 83 DS-GVO, nicht etwa des Art. 25 DS-GVO erfüllt sind und damit explizit um den Einfluss der Streitfrage auf bußgeldrechtliche Bewertungen.

Nach dem *BVerwG* behalten Rechtsfragen ihren verwaltungsrechtlichen Charakter zunächst auch dann, wenn es dem Kläger in der konkreten Klagesituation darum geht, beim Verwaltungsgericht vorbeugenden Rechtsschutz gegenüber etwaigen späteren Bußgeldverfahren zu erhalten.³⁷ Die **Rechtsnatur** der Fragestellung ist also **nicht unmittelbar vom Anlass bzw. Ziel der Klage abhängig**. Eine Feststellungsklage betrifft daher nicht allein deshalb eine Ordnungswidrigkeitensache, weil im konkreten Fall die

³⁵ So auch Sodan/Ziekow-Sodan § 43 VwGO Rn. 85.

³⁶ *BVerwG* Urt. v. 8.12.2017 – 7 K 1859/17.

³⁷ *BVerwG* Urt. v. 7.5.1987 – 3 C 53/85, Rn. 20; Urt. v. 31.1.1996 – 13 A 6644/95, Rn. 1.

Ahndung einer Tat als Ordnungswidrigkeit droht bzw. die Feststellung begehrt wird, ob die Voraussetzungen des Art. 83 DS-GVO erfüllt sind.³⁸

Für das *BVerwG* ist, insofern das Ziel der Klage die Verhinderung einer Sanktionierung ist, vielmehr entscheidend, ob es, **inhaltlich** der Sache nach (noch) **um** die Klärung einer „**verwaltungsrechtlichen Zweifelsfrage**“ geht, d.h. um die Feststellung des Umfangs bzw. die Auslegung verwaltungsrechtlicher Pflichten, oder **sanktionsrechtliche Fragestellungen** zur Entscheidung stehen. Erst im letztgenannten Fall ist eine Ordnungswidrigkeitensache (§ 1 OWiG) betroffen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn es um die Frage geht, ob das Verfolgungsermessen fehlerfrei ausgeübt wurde, d.h. nicht nur ob die Höhe des Bußgeldes angemessen erscheint, sondern insb. auch ob die Entscheidung für oder gegen eine Sanktionierung verhältnismäßig gewesen ist. Eine Ordnungswidrigkeitensache ist auch dann betroffen, wenn Meinungsverschiedenheiten über die Frage bestehen, ob ein Verantwortlicher einen Datenschutzverstoß hätte erkennen müssen, also ob ihn ein Verschuldensvorwurf trifft. In diesem Kontext wird zurzeit insbesondere darüber gestritten, ob eine juristische Person selbst schuldhaft handelt kann, so bspw. das *LG Bonn*, oder ob ihr lediglich die schuldhaften Handlungen ihrer Organmitglieder oder Repräsentanten zugerechnet werden können, so entschied kürzlich das *LG Berlin*.³⁹

Geht es bei der Frage, welche Anforderungen die Normen der DS-GVO an Verantwortliche stellen indes um deren objektiven Inhalt, wie etwa bei der Frage, wann technisch-organisatorische Maßnahme „geeignet“ im Sinne des Art. 25 DS-GVO sind, steht eine verwaltungsrechtliche Frage zur Entscheidung. Es geht nämlich, betrachtet man die vorgenannte Fallgestaltung aus sanktionsverfahrensrechtlicher Sicht, (erst) bei der Klärung der Schuldfrage nicht mehr um einer präjudizielle

³⁸ Eyermann-Happ § 43 VwGO Rn. 125.

³⁹ Hierzu *LG Bonn* Urt. v. 11.11.2020 – 20 OWi 1/20; abweichend hiervon stellte das *LG Berlin* das Bußgeldverfahren gegen die deutsche Wohnen mangels Benennung der handelnden Person ein.

verwaltungsrechtliche „Vorfrage“, die nach § 262 Abs. 2 StPO analog⁴⁰ (bzw. § 154 d) eine Aussetzung des Sanktionsverfahrens zur Folge haben kann, sondern bereits um die Klärung der **sanktionsrechtlichen „Hauptfrage“**.⁴¹ Das Schulderfordernis ist, anders als die Auslegung der Handlungsgebote der DS-GVO, ein spezifisch sanktionsrechtliches Kriterium. Hierüber ist daher im Bußgeldverfahren bzw. gem. §§ 63, 67 ff. OWiG nach der Einlegung eines Einspruchs vom zuständigen Amtsgericht zu entscheiden.

d) Die Grenze zwischen Verwaltungs- und Ordnungswidrigkeitensache im Datenschutzrecht

Die genauen **Grenzen** zwischen Verwaltungs- und Ordnungswidrigkeitensachen wurden vom *BVerwG* bisher nicht trennscharf definiert. Bestimmt wurden lediglich die abstrakten Abgrenzungskriterien. Zweifelhaft ist etwa, ob ein Verwaltungsrechtsverhältnis nach den dargelegten Grundsätzen auch dann gegeben sein kann, wenn es letztlich nur um die Frage geht, ob ein bestimmtes Verhalten einen in seinem **objektiven Aussagegehalt rechtlich nicht zweifelhaften** Verbots- bzw. dem hierzu akzessorischen Sanktionstatbestand in tatsächlicher Hinsicht erfüllt. In diesem Fall geht es primär um **subjektive Umstände** bzw. die Einschätzung der jeweiligen tatsächlichen Verhältnisse.

In einem Urteil aus dem Jahr 2010 ging das *Niedersächsische OVG* bspw. davon aus, dass es bei der Feststellung, dass diverse von der Behörde beanstandete Vorfälle, die Gegenstand einer Strafanzeige waren, keinen Verstoß gegen § 5 LFGB bzw. Art. 14 VO Nr. 178/2002 (und insofern gegen den sich hierauf beziehenden akzessorischen Straftatbestand aus § 59 LFGB) darstellen, wohl nicht mehr um die Klärung verwaltungsrechtlicher Zweifelsfragen, sondern um Tatfragen

⁴⁰ Für das Ordnungswidrigkeitenverfahren iVm § 46 OWiG.

⁴¹ *OVG Niedersachsen* Beschl. v. 17.6.2010 – 13 LA 78/09, Rn. 9.

ging.⁴² Für eine sachgerechte Abgrenzung der gerichtlichen Zuständigkeiten voneinander ist insofern grundsätzlich eine sorgsame Betrachtung der Umstände im Einzelfall erforderlich.

aa) Die Anwendung der Abgrenzungsgrundsätze des Bundesverwaltungsgerichts auf das Datenschutzrecht

Im Datenschutzrecht verläuft die Grenze zwischen Verwaltungs- und Sanktionsrecht hingegen klarer. Datenschutzrechtliche Unsicherheiten bestehen typischerweise hinsichtlich der **Auslegung der** mannigfaltigen **unbestimmten Rechtsbegriffe** der DS-GVO. Insofern geht es regelmäßig um die **Auslegung** einer objektiven verwaltungsrechtlichen Pflicht, die sich **anlässlich der Anwendung** einer Norm auf einen konkreten Sachverhalt stellt. Es geht hingegen nicht um die Anwendung einer klar umrissenen Pflicht auf den Einzelfall und damit nach der oben genannten Abgrenzung (hierzu Teil 3, Abschnitt B I 2 c) typischerweise um verwaltungsrechtliche Zweifelsfragen.

bb) Die Anwendung der Abgrenzungsgrundsätze des Bundesverfassungsgerichts zu unbestimmten Rechtsbegriffen auf das Datenschutzrecht

Das *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)* hat im Jahr 2003 ausdrücklich klargestellt, dass beim Vorliegen **unbestimmter Begrifflichkeiten** fachgerichtliche Kontrolle in Form des Verwaltungsprozesses, in Abgrenzung zum Strafprozess, in besonderem Maße angezeigt ist. Als

⁴² OVG *Niedersachsen* Beschl. v. 17.6.2010 – 13 LA 78/09, Rn. 9. Ähnlich äußerte sich das *BVerfG* 1992 als es feststellte, dass die Frage, wie der Kläger im betreffenden Fall seiner gesetzlichen Verantwortung aus dem Inverkehrbringen von Lebensmitteln gerecht würde, eine Tatfrage sei, die zu beurteilen Sache der ordentlichen Gerichte sei und insofern kein zwischen den Beteiligten bestehendes Verwaltungsrechtsverhältnis betreffe. Wobei es zugleich darauf hinwies, dass sich ein Verwaltungsrechtsverhältnis dennoch ergeben könnte, wenn sich die Behörde verwaltungsrechtlicher Eingriffsbefugnisse in der entsprechenden Frage berühme und sich so an der Entscheidung, wie die lebensmittelrechtlichen Ge- und Verbote im Einzelfall einzuhalten sind, beteilige (*BVerfG* Urt. v. 23.1.1992 – 3 C 50/89, Rn. 30).

Beispiel führte es die Handwerksordnung an, die den Meisterzwang lediglich anhand von Berufs-Oberbegriffen definiert. Die Frage welche Tätigkeiten diesen Begriffen und den durch sie beschriebenen Berufsfeldern zuzuordnen sind, ist gesetzlich nicht geregelt und sei damit der Auslegung durch Behörden und die sie kontrollierenden Verwaltungsgerichte überlassen.⁴³

Dieser Gedanke gilt gleichermaßen auch für die Begrifflichkeiten der DS-GVO, wie etwa „geeignete technische und organisatorische Maßnahmen“ i.S.v. Art. 25, 32 DS-GVO, die ebenfalls unbestimmt sind. Eine Präzisierung dieser Begrifflichkeiten im Wege einer Feststellungsklage vor dem Verwaltungsgericht ist vor diesem Hintergrund sachgerecht und rechtsstaatlich angezeigt.

cc) Zwischenergebnis: Regelmäßig keine prozessualen Unsicherheiten

Prozessuale Unsicherheiten hinsichtlich einer sachgerechten Abgrenzung der gerichtlichen Zuständigkeiten bestehen daher bei der **Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Datenschutzrechtes** typischerweise weder vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des *BVerwG* (s.o. Teil 3, Abschnitt B I 2 d aa) noch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des *BVerfG* (s.o. Teil 3, Abschnitt B I 2 d bb). Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 VwGO regelmäßig eröffnet.

Solange sich eine Klage inhaltlich um die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Datenschutzrechtes dreht, ist der Verwaltungsrechtsweg nach der Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht auch dann eröffnet, wenn es um die Vermeidung eines Bußgeldes in sog. „Damokles-Situationen“ geht.

⁴³ *BVerfG* Beschl. v. 7.4.2003 – 1 BvR 2129/02, Rn. 15.

II. Feststellungsfähiges Rechtsverhältnis

Weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit einer vorbeugenden Feststellungsklage vor dem Verwaltungsgericht ist das Vorliegen eines **feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses** im Sinne des § 43 VwGO. Darunter sind nach ständiger Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte „die rechtlichen Beziehungen zu verstehen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Norm für das Verhältnis von (natürlichen oder juristischen) Personen untereinander oder einer Person zu einer Sache ergeben, kraft deren eine der beteiligten Personen etwas Bestimmtes tun muss, kann oder darf oder nicht zu tun braucht“.⁴⁴

1. Die verwaltungsrechtliche Pflicht als „Bezugsobjekt“ des Rechtsverhältnisses

Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis bezieht sich nach ständiger Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, die unter einem feststellungsfähigen Rechtsverhältnis, die rechtlichen Beziehungen verstehen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Norm ergeben, stets auf eine spezielle Rechtsnorm, hinsichtlich deren Anwendung im konkreten Fall Unsicherheiten bestehen.

Fälle, in denen eine vorbeugende Feststellungsklage in Betracht kommt, sind typischerweise dadurch gekennzeichnet, dass eine belastende staatliche Maßnahme, wie etwa eine Untersagungsverfügung oder ein Realakt, bevorsteht, welche der Kläger durch die verwaltungsgerichtliche Feststellung, die Behörde sei zu dieser Maßnahme nicht berechtigt, abwehren möchte. Begehrt wird in diesen Fällen die Feststellung des Nichtvorliegens der Voraussetzungen des potentiellen „Eingriffsrechts“ der Behörde gegenüber dem Kläger, d.h. die fehlende Befugnis zum Erlass des

⁴⁴ BVerwG Urt. v. 26.1.1996 – 8 C 19/94 Rn. 10 m.w.N.

belastenden Verwaltungsaktes. Diese Befugnis ist die öffentlich-rechtliche Norm, auf welcher die rechtliche Beziehung der Beteiligten beruht.⁴⁵

Die Feststellung, dass die Behörde zur **Ahndung einer Tat als Ordnungswidrigkeit** nicht berechtigt ist, kann aber im Lichte der §§ 63, 67 OWiG vor den Verwaltungsgerichten nicht begehrt werden. Geeignet ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zu begründen ist allein ein spezifisch verwaltungsrechtlicher Streitgegenstand (hierzu Teil 4, Abschnitt B I 2). Im Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts ist insofern **nicht** die „**Eingriffsbefugnis**“ der Behörde die öffentlich-rechtliche Norm aus welcher das Rechtsverhältnis zwischen Kläger und Beklagtem entsteht, d.h. nicht Art. 83 DS-GVO, **sondern** die **verwaltungsrechtliche Pflicht** des Bußgeldadressaten, die der Eingriffsbefugnis zugrunde liegt, etwa Art. 25, 32 DS-GVO.⁴⁶

2. Keine Feststellungsfähigkeit abstrakter Rechtsfragen

Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis iSd § 43 VwGO erfordert nach dem oben Gesagten also stets eine öffentlich-rechtliche Norm als Bezugsobjekt. *Allein* dadurch, dass das Gesetz unmittelbar einer Person eine Pflicht auferlegt, entsteht jedoch kein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen Aufsicht und Verantwortlichem, auch wenn die Einhaltung der Pflicht die Behörde grundsätzlich zu überwachen hat.⁴⁷

Es ist nämlich nicht Aufgabe der Gerichte, soweit ihnen der Gesetzgeber die abstrakte Normenkontrolle nicht ausdrücklich zugewiesen hat, Rechtsfragen nur um ihrer selbst willen, rechtstheoretisch zu lösen. Sie sind vielmehr dazu berufen, als

⁴⁵ Sodan/Ziekow-Helge/Sodan § 43 VwGO Rn. 104.

⁴⁶ Eine Klage vor dem Verwaltungsgericht kann daher zwar die Feststellung begehren, dass die vom Verantwortlichen etablierten Sicherheitsvorkehrungen, anders als von der Aufsicht unterstellt, den konkreten Voraussetzungen der DS-GVO entsprechen und daher gegen Art. 83 DS-GVO nicht verstoßen. Der Antrag festzustellen, die Aufsichtsbehörde sei zum Erlass eines Bußgeldbescheids nicht berechtigt, ist hingegen unzulässig.

⁴⁷ So VG München Ur. v. 8.7.2015 – M 18 K 14.1109, Rn. 20.

unabhängige Instanzen in Prozessen über rechtliche Auseinandersetzungen zu entscheiden, die zwischen den Prozessbeteiligten auf Grund eines bestimmten sie berührenden Sachverhalts in Bezug auf die Anwendung der Gesetze auf diesen Sachverhalt entstanden sind. Aus diesem Grund können die Gerichte nicht mit einer Feststellungsklage befasst werden, mit der lediglich die **abstrakte Klärung der Rechtslage** erreicht werden soll.⁴⁸

Die Feststellungsklage kann vielmehr nur zur Klärung eines **konkreten Rechtsverhältnisses**, d.h. nur unter der Voraussetzung erhoben werden, dass die Anwendung einer Rechtsnorm auf einen bestimmten bereits **übersehbaren Sachverhalt streitig** ist.⁴⁹

Rechtsbeziehungen allgemeiner Art, wie sie stets zwischen Rechtssubjekten wie der Aufsichtsbehörde und dem Verantwortlichen bestehen, sind mithin nicht geeignet einen prozessualen Streitgegenstand zu begründen.⁵⁰ So sind etwa Unsicherheiten, die die **Auslegung eines gesetzlichen Ver- oder Gebots** betreffen, etwa die Frage, ob die Identifizierung einer Person am Telefon durch die Abfrage des Namens und Geburtsdatums geeignet ist, die Anforderungen des Art. 25 Abs. 1 DS-GVO zu erfüllen, ohne Bezug zu einem konkreten Sachverhalt ungeeignet ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zu begründen; es handelt sich um eine **abstrakte Rechtsfrage**.⁵¹

Die durch die Verpflichtungen der DS-GVO begründeten abstrakten Rechtsbeziehungen zwischen Aufsicht und Verantwortlichem müssen sich daher zu einem hinreichend konkreten Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 VwGO verdichten, um einen tauglichen prozessualen Streitgegenstand darzustellen. Hierfür erforderlich ist, dass es um die Anwendung einer Rechtsnorm auf einen bestimmten, bereits

⁴⁸ BVerwG Urt. v. 8.6.1962 – VII C 78/61.

⁴⁹ BVerwG Urt. v. 8.6.1962 – VII C 78/61.

⁵⁰ BVerwG Urt. v. 8.6.1962 – VII C 78/61; Urt. v. 28.1.2010 – 8 C 19.09 Rn. 24; OVG Münster Urt. v. 8.12.2014 – 13 A 1505/14; VGH Kassel Urt. v. 17.12.1988 – 9 UE 2162/85.

⁵¹ So auch Sodan/Ziekow-Helge/Sodan § 43 VwGO Rn. 10; Wysk-Wysk VwGO § 43 Rn. 22.

übersehbaren Sachverhalt geht (1.) und diese Anwendung zwischen den Beteiligten streitig ist (2.).

3. Erfordernis eines überschaubaren Sachverhalts

Zur Begründung eines hinreichend konkreten Rechtsverhältnisses im Sinne des § 43 VwGO ist ein bestimmter und bereits **überschaubarer Sachverhalt** erforderlich. Es muss nach dem *BVerwG* „die Anwendung einer bestimmten Norm auf einen bereits übersehbaren Sachverhalt“ streitig sein.⁵²

a) Gegenwärtiges Rechtsverhältnis

Ein hinreichend überschaubarer Sachverhalt ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn Streitgegenstand ein bestimmter **gegenwärtiger Datenverarbeitungsprozess** des Klägers ist. Möchte der Kläger etwa gerichtlich festgestellt wissen, ob die Einwilligungserklärung, die er seinen Kunden zur Verfügung stellt, um die Verwendung von Cookies zu genehmigen, den Anforderungen der DS-GVO genügt, liegt ein hinreichend überschaubarer Sachverhalt vor.

Soll mit der Feststellungsklage hingegen lediglich die Klärung einer Rechtsfrage aufgrund eines erdachten oder eines solchen Sachverhalts erreicht werden, dessen Eintritt noch ungewiss, insbesondere von einer in ihren tatsächlichen und rechtlichen Auswirkungen noch nicht übersehbaren künftigen Entwicklung abhängig ist, können die Gerichte hiermit nicht befasst werden.⁵³ Möchte der Kläger also bspw. gerichtlich geklärt wissen, welche Anforderungen die DS-GVO an das Setzen von Cookies stellt, weil er mit dem Gedanken spielt, im Laufe der nächsten Jahre u.U. einen Online-Shop zu eröffnen, liegt ein gegenwärtig bereits hinreichend überschaubarer Sachverhalt nicht vor.

⁵² Statt aller *OVG Münster* Urt. v. 8.12.2014 – 13 A 1505/14; *VG Trier* Urt. v. 2.9.2003 – 2 K 471/03.

⁵³ *BVerwG* Urt. v. 8.6.1962 – VII C 78/61.

b) Zukünftiges Rechtsverhältnis

Für die Annahme eines hinreichend überschaubaren Sachverhalts ist jedoch nicht zwangsläufig ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis erforderlich. Auch ein **zukünftiges Rechtsverhältnis** kann, unter speziellen Voraussetzungen, auf einen bereits übersehbaren Sachverhalt Bezug nehmen. Relevanz in der **Praxis** entfaltet diese Fallgruppe, immer dann, wenn ein datenschutzrechtlich Verantwortlicher beabsichtigt, seine Datenverarbeitungsprozesse erst zukünftig in einer Art und Weise umzugestalten, die der Rechtsposition der Aufsicht zufolge einen Datenschutzverstoß begründen würde. Ein Rechtsverstoß ist in diesem Fall gegenwärtig ausgeschlossen, weil der Kläger *noch nicht* gegen das streitgegenständliche Handlungsgebot verstößt.⁵⁴

Die **Feststellungsfähigkeit** zukünftiger Rechtsverhältnisse wurde in der Rechtsprechung bisher zwar nur vereinzelt ausdrücklich anerkannt,⁵⁵ in der Literatur wird sie heute jedoch überwiegend **bejaht**.⁵⁶ Die Grenze zwischen abstrakter Rechtsfrage und konkretem Rechtsverhältnis liegt mithin nicht zwischen Gegenwart und Zukunft.⁵⁷ Ein überschaubarer Sachverhalt ist immer dann anzunehmen, wenn das festzustellende Rechtsverhältnis „in die Gegenwart hinein reicht“⁵⁸ bzw. die streitige Norm schon im Zeitpunkt der Klagerhebung **Regelungswirkung** entfaltet.⁵⁹ Dies ist etwa der Fall, wenn die maßgeblichen „**rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen bereits gelegt sind**“⁶⁰ und **längerfristige wirtschaftliche Dispositionen** von

⁵⁴ Vgl. hierzu *VG München* Urt. v. 8.7.2015 – M 18 K 14.1109, Rn. 36.

⁵⁵ *VG Düsseldorf* Urt. v. 10.9.2002 – 17 K 1907/02; *VG München* Urt. v. 8.7.2015 – M 18 K 14.1109, Rn. 36.

⁵⁶ *Sodan/Ziekow-Helge/Sodan* § 43 VwGO Rn. 21 m.w.N.

⁵⁷ So *Sodan/Ziekow-Helge/Sodan* § 43 VwGO Rn. 22.

⁵⁸ *VG Düsseldorf* Urt. v. 10.9.2002 – 17 K 1907/02, Rn. 52.

⁵⁹ So *Sodan/Ziekow-Helge/Sodan* § 43 VwGO Rn. 22.

⁶⁰ *VG Düsseldorf* Urt. v. 10.9.2002 – 17 K 1907/02, Rn. 50 f. m.w.N.

der verbindlichen Auslegung der Norm abhängen.⁶¹ Gerade für den Verantwortlichen von Datenverarbeitungsprozessen kann es von enormer wirtschaftlicher Bedeutung sein, Rechtsklarheit über die normativen Voraussetzungen geplanter Prozesse zu erlangen, bevor er diese implementiert. Schließlich sind die ggf. erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen teilweise nur durch weitreichende Investitionsentscheidungen zu gewährleisten.⁶²

Um die Gerichte nicht über Gebühr zu belasten, ist zudem erforderlich, dass der Verantwortliche **ernsthaft** und **nachvollziehbar darlegt**, sich tatsächlich nicht an eine Aufsichtsposition halten zu wollen. Eine Feststellungsklage scheidet demzufolge aus, sofern sich das Rechtsverhältnis nur aufgrund eines theoretischen, ausgedachten oder unwahrscheinlichen Sachverhaltes ergeben könnte.⁶³ In diesem Fall stünde eine abstrakte Rechtsfrage im Raum.

Auch ein zukünftiges Rechtsverhältnis kann also, unter speziellen Voraussetzungen, ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis begründen. Nach § 121 VwGO entfaltet das Feststellungsurteil allerdings nur insoweit **Rechtskraft**, als der Sachverhalt eintritt, von dem das Gericht bei Entscheidungsfindung ausging.⁶⁴

c) Vergangenes Rechtsverhältnis

Hat sich das Rechtsverhältnis im Zeitpunkt der Klageerhebung bereits erledigt, etwa, weil die Prozesse bereits dem Willen der Behörde entsprechend angepasst wurden, so dass der Kläger *nicht mehr* gegen datenschutzrechtliche Handlungsgebote verstößt, wandelt sich das Rechtsverhältnis in ein **vergangenes Rechtsverhältnis** um. Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis liegt dennoch vor. § 43 Abs. 1 enthält nämlich in zeitlicher Hinsicht keine Einschränkungen.⁶⁵

⁶¹ Ein zukünftiges Rechtsverhältnis wurde auch bei BVerwG Urt. v. 8.6.1962 – VII C 78/61 bejaht, ohne dies allerdings ausdrücklich derart zu bezeichnen.

⁶² VG Düsseldorf Urt. v. 10.9.2002 – 17 K 1907/02, Rn. 52.

⁶³ So Sodan/Ziekow-Helge/Sodan § 43 VwGO Rn. 22.

⁶⁴ So Sodan/Ziekow-Helge/Sodan § 43 VwGO Rn. 22.

⁶⁵ So OVG Münster Urt. v. 8.12.2014 – 13 A 1505/14.

Besonderheiten ergeben sich in diesem Fall jedoch im Rahmen des Feststellungsinteresses (hierzu Teil 3, Abschnitt B III 3).

Gegenstand einer vorbeugenden Feststellungsklage kann sowohl ein gegenwärtiges als auch ein zukünftiges sowie ein vergangenes Rechtsverhältnis sein. Bei zukünftigen Rechtsverhältnissen müssen die rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen im Zeitpunkt der Klagerhebung bereits gelegt sein und längerfristige wirtschaftliche Dispositionen von der verbindlichen Auslegung der Norm abhängen. Bei vergangenen Rechtsverhältnissen sind Besonderheiten beim Feststellungsinteresse zu beachten.

4. Erfordernis eines konkreten und streitigen Rechtsverhältnisses

Zur Begründung eines tauglichen prozessualen Streitgegenstandes ist es zudem erforderlich, dass zwischen den Parteien des Rechtsverhältnisses ein **Meinungsstreit** besteht, aus dem heraus sich die eine Seite berührt, ein **bestimmtes Tun oder Unterlassen** der anderen Seite **verlangen zu können**.⁶⁶ Das Rechtsverhältnis muss nicht nur hinreichend konkret, sondern eben auch streitig sein. Das ist etwa dann der Fall, wenn die **Behörde droht** ihre Rechtsposition, mittels einer Anordnung qua Verwaltungsakt zwangsweise durchzusetzen. Es kann aber auch schon dann anzunehmen sein, wenn die Behörde die von der Ansicht des Klägers abweichende Würdigung eines Sachverhalts lediglich durch wiederholten Schriftwechsel kundtut.⁶⁷ Auch hierdurch wird „die rechtliche Einstellung der Parteien zu einem bestimmten tatsächlich bestehenden

⁶⁶ BVerwG Urt. v. 8.6.1962 – VII C 78/61; Urt. v. 13.11.1980 – 5 C 18.79 Rn. 20; Urt. vom 23.1.1992 – 3 C 50/89, Rn. 29; Urt. v. 28.1.2010 – 8 C 19.09 Rn. 24; OVG Münster Urt. v. 8.12.2014 – 13 A 1505/14; VG München Urt. v. 8.7.2015 – M 18 K 14.1109, Rn. 22; Urt. v. 8.7.2015 – M 18 K 14.1109, Rn. 22. Für den überwiegenden Teil der Literatur entfaltet die Frage, ob ein Meinungsstreit vorliegt, wenn überhaupt, innerhalb des berechtigten Feststellungsinteresses, nicht des Rechtsverhältnisses, Relevanz. Vgl. etwa Eyermann-Happ § 43 VwGO Rn. 25; Sodan/Ziekow-Helge/Sodan, VwGO § 43 Rn. 54ff.; Posser/Wolff-Möstl § 43 Rn. 5; a.A. Wysk-Wysk § 43 VwGO Rn. 10.

⁶⁷ So auch Schoch/Schneider-Pietzcker § 43 Rn. 29.

Sachverhalt beiderseitig so eindeutig klargelegt und kundgetan [...] dass das Vorliegen eines konkreten Rechtsverhältnisses, das allein Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann, nicht geleugnet werden⁶⁸ kann.

Die abstrakte Rechtsbeziehung muss sich durch eine irgendwie geartete Handlung der Aufsichtsbehörde, sei es auf förmliche oder formlose Art und Weise, zu einem **konkreten Rechtsverhältnis** „verdichten“, wegen dem die Behörde zumindest meint, ein bestimmtes Tun oder Unterlassen vom Verantwortlichen verlangen zu können, auf dessen Verhalten **Einfluss** nehmen zu können.⁶⁹ Erst dann entsteht dem *BVerwG* zufolge eine hinreichend konkrete und Streitige Rechtsbeziehung zwischen den Beteiligten.

Im Folgenden werden daher die verschiedenen **Handlungen der Aufsicht** dargestellt, die geeignet sind, ein Streitiges Rechtsverhältnis zwischen Aufsicht und Verantwortlichem zu begründen.

a) Sanktionsandrohungen („Damokles-Rechtsprechung“)

Rechtsbeziehungen können nicht nur durch Verwaltungs-, sondern auch durch Realakt zu konkreten und Streitigen Rechtsverhältnissen verdichten. Wichtige Aussagen bzgl. der Verdichtung der abstrakten Rechtsbeziehung durch Realakt enthält die „Damokles-Rechtsprechung“ des *BVerwG* und zwar im Hinblick auf die Begründung eines verwaltungsrechtlichen Rechtsverhältnisses durch Handlung der sanktionsrechtlichen „Verfolgungsbehörde“ (vgl. § 46 Abs. 2 OWiG).

Nach dieser „**Damokles-Rechtsprechung**“ ergibt sich die notwendige Konkretisierung abstrakter Rechtsbeziehungen nicht nur dann, wenn die Behörde den Erlass einer verwaltungsrechtlichen Handlung, wie etwa die Anwendung unmittelbaren Zwangs, in Aussicht stellt. Sie ist auch dann anzunehmen, wenn die Behörde mit der **Verhängung eines**

⁶⁸ *BVerwG* Urt. v. 8.6.1962 – VII C 78/61; Urt. vom 13. Januar 1969 – I C 86.64, Rn. 18.

⁶⁹ So auch *Sodan/Ziekow-Helge/Sodan* § 43 VwGO Rn. 46.

Bußgeldes droht. Auch dadurch kann nämlich, obwohl es sich hierbei nicht um eine verwaltungsrechtliche Maßnahme handelt, Druck auf den Bürger ausgeübt werden, um ihn zu einem verwaltungsrechtlich relevanten Verhalten zu bewegen.⁷⁰

Zwar kann die Einleitung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis im Lichte der §§ 63, 67 ff. OWiG nicht begründen (hierzu Teil 3, Abschnitt B I 2 a). Allerdings kann sich aber ein bestehendes, prinzipiell vom Ordnungswidrigkeitenverfahren unabhängiges, allgemeines Verwaltungsrechtsverhältnis durch die Androhung oder Einleitung eines solchen Verfahrens zu einem konkreten und streitigen Rechtsverhältnis verdichten. Dies geschieht, indem die Verwaltung versucht, mittels der Sanktionsandrohung, als Alternative zum Zwangsmittel des Verwaltungsaktes,⁷¹ **Einfluss auf verwaltungsrechtlich relevantes Verhalten** des Bürgers zu nehmen, um so eine „**besondere Gehorsamspflicht**“⁷² des Betroffenen zu begründen.

Das *BVerwG* verwies 1969, in einem seiner grundlegenden Urteile zum Rechtsschutz im Bereich des verwaltungsakzessorischen Strafrechts, zur Begründung der Konkretisierung der Rechtsbeziehungen ausdrücklich darauf, dass sich die Behörde nicht mit einer abstrakten Rechtsbelehrung über die Strafbarkeit des streitgegenständlichen Verhaltens begnüge, sondern durch die Drohung mit einer

⁷⁰ *OVG Münster* Ur. vom 27.06.1996 – 13 A 4024/94; Ur. v. 26.19.2010 – 13 A 929/10; Ur. v. 29.1.2014 – 13 A 1901/11 Rn. 25; *BVerwG* Ur. vom 23. Januar 1992 – 3 C 50/89, Rn. 31; *BVerwG* Ur. vom 9 Mai 1957 – I C 31.54, Rn. 16; Ur. v. 31.1.1996 – 13 A 6644/95 Rn. 4; *BVerwG* Ur. v. 25. März 2009 – 8 C 1.09, Rn. 23; *Mannheim* Ur. v. 11.2.2010 – 9 S 1130/08 (Leitsatz) ohne Bezug zur Frage nach dem Rechtsverhältnis; *VGH Kassel* Ur. v. 17.12.1985 – 9 UE 2162/85; *VG Düsseldorf* Ur. v. 10.9.2002 – 17 K 1907/02, Rn. 58 f; zustimmend auch die Literatur Sodan/Ziekow-Helge/Sodan § 43 VwGO Rn. 46, 48; Wysk-Wysk VwGO § 43 Rn. 23. Diese ursprünglich mit Blick auf eine strafrechtliche Verfolgung entwickelte Rechtsfigur gilt ausdrücklich auch für das Drohen mit einem Bußgeldbescheid. So *BVerwG* Ur. v. 31.1.1996 – 13 A 6644/95 Rn. 6.

⁷¹ So griff etwa die Gewerbeüberwachungsbehörde langezeit vermehrt zum Bußgeldbescheid anstatt eine Untersagungsverfügung zu erlassen, weil der Betroffene wegen der aufschiebenden Wirkung der Anfechtung, das Gewerbe bis zur rechtskräftigen Abweisung der Klage weiter ausüben darf. So *Lässig* Zulässigkeit der vorbeugenden Feststellungsklage bei drohendem Bußgeldbescheid, NVwZ 1988, 410 ff.

⁷² *BVerwG* Ur. vom 13. Januar 1969 – I C 86.64, Rn. 17.

Strafanzeige **Druck** ausüben wollte. Im konkreten Fall geschah dies, um den Verkauf eines bestimmten Pflasters an Drogerien, dem Willen der Behörde entsprechend, zu unterbinden.

Würde man dem Betroffenen, der sich nach eingehender Prüfung im Recht sieht, in einem solchen Fall den Weg der Feststellungsklage versagen, so wäre eine verwaltungsgerichtliche Nachprüfung des im Kern verwaltungsrechtlichen Standpunktes der Behörde ausgeschlossen. Ein solches Ergebnis ist, so stellt es auch das *BVerwG* ausdrücklich klar, weder mit dem **Sinn der Verwaltungsgerichtsbarkeit** noch mit **Art. 19 Abs. 4 GG** vereinbar.⁷³ Insofern entsteht immer dann ein **feststellungsfähiges Rechtsverhältnis zwischen Aufsichtsbehörde und Verantwortlichem**, wenn die Aufsichtsbehörde ihre Rechtsansicht hinsichtlich der Auslegung einer Pflicht aus der DS-GVO im Zuge ihrer Beratungstätigkeit gegenüber dem Verantwortlichen zum Ausdruck bringt und ausdrücklich oder konkludent **ankündigt**, sie würde im Falle anhaltender bzw. zukünftiger Verstöße ein **Bußgeldverfahren einleiten**. Ausdrücklich ausgesprochen muss die Drohung hierbei nicht werden. Gedroht werden kann auch durch die Übersendung eines Anhörungsbogens zu einem potentiellen Verstoß gegen einen Bußgeldtatbestand.⁷⁴

b) Formlos rügende Behauptung eines Datenverarbeitungsprozesses

Es geht auch dann nicht mehr lediglich um die einer verwaltungsgerichtlichen Feststellung unzugängliche Klärung einer nur abstrakten Rechtsfrage, sondern bereits um die streitige Anwendung einer bestimmten Rechtsnorm auf einen Einzelfall und damit um ein Streitiges Rechtsverhältnisses nach § 43 Abs. 1 VwGO, wenn die Behörde ein ordnungswidrigkeitenrechtlich relevantes Verhalten, etwa

⁷³ *BVerwG* Urt. v. 13.1.1969 – I C 86.64, Rn. 19.

⁷⁴ So bei *VG Kassel* Urt. v. 17.12.1985 – 9 UE 2162/85.

im Verlaufe eines des Anhörungsverfahrens, rügt, ohne im selben Zuge ein sanktionsrechtliches Vorgehen anzukündigen.⁷⁵

Das **Aufgreifen des Falles** durch die Behörde genügt, um eine streitiges Rechtsverhältnis zu begründen.⁷⁶ Schließlich versucht die Behörde schon qua Kundgabe der eigenen Rechtsansicht, nicht etwa erst mittels der Androhung einer Zwangsmaßnahme, den Bürger zu einem speziellen, ihrer Rechtsansicht nach erforderlichen Verhalten zu bewegen.

Das *BVerwG* führte im Jahr 1987 zum Vorliegen eines Rechtsverhältnisses ausdrücklich aus, dass zu bedenken gewesen sei, dass *weder* mit der „Einleitung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens gedroht“ wurde *noch* eine „konkrete Beanstandung der Lebensmittelbehörde“ vorlag.⁷⁷ Dass die Tatsache, dass die Einleitung von Vollzugsmaßnahmen nicht konkret absehbar ist, die Entstehung eines Rechtsverhältnisses nicht hindert, hat das *BVerwG* 2007 ausdrücklich klargestellt.⁷⁸

⁷⁵ So aus der Literatur *Lässig* Zulässigkeit der vorbeugenden Feststellungsklage bei drohendem Bußgeldbescheid, NVwZ 1988, 410, 411; außerdem *Sodan/Ziekow-Helgel/Sodan* § 42 VwGO Rn. 48; wohl auch *Schoch/Schneider-Pietzcker* § 43 VwGO Rn. 20 der nicht zwischen den verschiedenen Fallgestaltungen differenziert.

⁷⁶ Vgl. etwa *BVerwG* Ur. v. 30. Mai 1985 – 3 C 53.84 Rn. 14. Hier reichte das in Kenntnis setzen über eine abweichende arzneimittelrechtliche Beurteilung. Auch bei *BVerwG* Ur. v. 20. November 2014 – 3 C 26.13, Rn. 2, 20 reichte die Mitteilung, die streitgegenständliche E-Zigarette dürfe nicht ohne Arzneimittelzulassung in den Verkehr gebracht werden.

⁷⁷ *BVerwG* Ur. v. 7. Mai 1987 – 3 C 53/85, Rn. 24, 28; so auch *BVerwG* Ur. v. 25.3.2009 – 8 C 1.09, Rn. 21. Auch die ausdrückliche Abgrenzung der Bußgeldandrohung von der „Rechtsbelehrung über die Strafbarkeit des Verhaltens“ (*BVerwG* Ur. vom 13. Januar 1969 – I C 86.64 Rn. 17) aus dem Jahr 1969 widerspricht dieser Interpretation nicht. In dem dem Urteil zugrundeliegenden Sachverhalt war ausschließlich die Polizei, nicht die handelnde Verwaltungsbehörde, für die Sanktionierung des Verhalts und den Vollzug der Verhaltensnorm zuständig. Insofern wäre die Kundgabe einer behördlichen von der Ansicht des Betroffenen abweichenden Rechtsauffassung hinsichtlich der Auslegung des einschlägigen Straftatbestandes allein, ohne die Androhung den Sachverhalt der zuständigen Polizeidienststelle anzuzeigen, nicht geeignet gewesen, auf das Verhalten des Bürgers Einfluss zu nehmen. Hierdurch allein hätte sich die Behörde sich nicht berüht, „ein bestimmtes Tun oder Unterlassen des Bürgers verlangen zu können“ (*BVerwG* Ur. vom 23. Januar 1992 – 3 C 50/89 Rn. 29), sie hätte vielmehr lediglich auf eine prinzipiell außerhalb ihres Einflussbereichs liegende Verpflichtung hingewiesen.

⁷⁸ *BVerwG* Ur. v. 23.8.2007 – 7 C 13.06, Rn. 32; bezugnehmen hierauf auch *VG Köln* Ur. v. 20.4.2018 – 9 K 3859/16, Rn. 46. So ausdrücklich auch das *VG Düsseldorf* Ur. v. 10.9.2002 – 17 K 1907/02, Rn. 49, das feststellte, dass es für die Begründung eines Rechtsverhältnisses unerheblich ist, dass die Behörde das Recht gegen den

Die Behörde berührt sich somit schon durch die Rüge eines ordnungsrechtlich relevanten Verhaltens, „ein bestimmtes Tun oder Unterlassen des Bürgers verlangen zu können“⁷⁹; hierfür kann sogar die Bekanntmachung einer vorläufigen Rechtsauffassung genügen.⁸⁰ Keine Konkretisierung tritt jedoch dann ein, wenn die Behörde schon in Abrede stellt, für eine verbindliche Beurteilung zuständig zu sein⁸¹ oder ausdrücklich betont, sie werde ihre vorläufige Rechtsansicht nicht durchzusetzen versuchen. In diesem Falle erschöpft sich die Äußerung in einer generellen Aussage darüber, wie ein Verhalten „bewertet werden könnte“⁸².

c) Konkretisierung der Rechtsbeziehung durch Positionspapiere einzelner Aufsichtsbehörden

Da die **zuständige** und unabhängige Aufsichtsbehörde im Datenschutzrecht die **allein entscheidende Behörde** für die Feststellung ist, welche konkreten Maßnahmen die DS-GVO fordert, muss der Verantwortliche seine Umsetzung der Datenschutzbestimmungen bereits dann in Frage gestellt sehen, wenn die Behörde eine von seiner Rechtsansicht und Praxis abweichende Einschätzung publiziert, unabhängig davon, ob die Behörde ihre Einschätzung gegenüber dem Verantwortlichen wiederholt.⁸³ Solange kein Zweifel an der **Übertragbarkeit** der Aufsichtsposition **auf den streitgegenständlichen Sachverhalt** besteht,⁸⁴ liefe es auf reinen **Formalismus** hinaus, von dem Verantwortlichen vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens zu verlangen, dass er die Aufsichtsbehörde zu

Kläger vorzugehen weder ausdrücklich noch schlüssig für sich in Anspruch nimmt. Maßgeblich sei allein, ob nach materiellem Recht ein solches Recht besteht bzw. dies umstritten ist.

⁷⁹ Vgl. *BVerwG* Urt. vom 23. Januar 1992 – 3 C 50/89 Rn. 29. Die abstrakte Sanktionsandrohung kommt ihr hierbei nur zusätzlich zugute und erhöht den Druck behördlicher Rügen (mit oder ohne Verweis auf die entsprechende Norm) unausweichlich.

⁸⁰ *BVerwG* Urt. v. 20. November 2014 – 3 C 26.13, Rn. 2, 20.

⁸¹ *BVerwG* Urt. v. 20. November 2014 – 3 C 26.13, Rn. 14, 20.

⁸² *BVerwG* Urt. v. 25. März 2009 – 8 C 1.09, Rn. 21.

⁸³ So auch *VG Köln* Urt. vom 8. 4. 2014 – 7 K 3150/12, Rn. 28.

⁸⁴ *VG Köln* Urt. vom 8. 4. 2014 – 7 K 3150/12, Rn. 30.

einer Aussage über deren Rechtsauffassung, konkret gemünzt auf die bei ihm stattfindenden Datenverarbeitungsprozesse, zu bewegen versucht.⁸⁵ Ein Streitiges Rechtsverhältnis setzt auch nicht voraus, dass „zwischen Normadressat und normanwendender Behörde etwa schriftlich ausgetauschte Divergenzen offenkundig geworden sein müssten“, wie das *BVerwG* betont.⁸⁶ Mithin ist mit dem *VG Köln* davon auszugehen, dass es für die Konkretisierung eines Rechtsverhältnisses ausreichend ist, dass sich die Behörde **in der Sache festlegt** und ihre Rechtsposition **nach außen kundtut**.⁸⁷ Eine individualisierte Stellungnahme ist nicht unbedingt erforderlich.⁸⁸

Die rechtlichen Verbindungen zwischen den Beteiligten verdichten sich insofern bereits durch die Veröffentlichung einer von der Praxis des Verantwortlichen abweichenden Aufsichtsposition. Dies kann etwa durch eine Pressemeldung über eine bestimmte Rechtsauffassung, oder einen Tätigkeitsbericht so deutlich erfolgen, dass von einem der Feststellung zugänglichen Streitigen Rechtsverhältnis ausgegangen werden kann.

d) Konkretisierung durch Positionspapiere der DSK und des EDSA

In der Praxis finden sich nicht nur Positionspapiere der zuständigen Aufsichtsbehörden, sondern insbesondere auch solche der Datenschutzkonferenz (*DSK*) sowie des Europäischen Datenschutzausschusses (*EDSA*). Es stellt sich daher die Frage, ob auch die in diesen Positionspapieren vertretenen Rechtspositionen

⁸⁵ *VG Köln* Ur. vom 8. 4. 2014 – 7 K 3150/12, Rn. 36.

⁸⁶ *BVerwG* Ur. v. 23.8.2007 – 7 C 13.06, Rn. 32; bezugnehmen hierauf auch *VG Köln* Ur. v. 20.4.2018 – 9 K 3859/16, Rn. 46.

⁸⁷ *VG Köln* Ur. vom 8. 4. 2014 – 7 K 3150/12, Rn. 37.

⁸⁸ In einem Urteil aus dem Jahr 2014 geht das *BVerwG* sogar noch einen Schritt weiter und stellt fest, dass sich schon aus der Besorgnis des Klägers, dass sie mit einem ordnungsbehördlichen Einschreiten zu rechnen habe „von Fall zu Fall die Zulässigkeit einer Feststellungsklage gegen die [...]Überwachungsbehörde ergeben kann“, vgl. *BVerwG* 2014 Ur. v. 20.11.2014 – 3 C 26.13, Rn. 17. Im entsprechenden Fall war die genannte Überwachungsbehörde bisher nicht in Erscheinung getreten (hierzu auch Teil 3, Abschnitt B II 4 d aa). Das *BVerwG* forderte insofern weder direkte Interaktion zwischen den Beteiligten noch ein irgendwie geartetes Tätigwerden der zuständigen Überwachungsbehörde.

geeignet sind, ein konkretes und Streitiges Rechtsverhältnis zwischen dem Verantwortlichen und der zuständigen Aufsichtsbehörde zu begründen, obwohl es hierbei nicht um Positionen der konkret zuständigen Aufsichtsbehörde handelt.

aa) BVerwG: Konkretisierung der Rechtsbeziehung bereits durch das begründete Befürchten behördlichen Einschreitens

Nach dem *BVerwG* genügt für die Begründung eines konkreten und Streitigen Rechtsverhältnisses bereits das **begründete Befürchten eines behördlichen Einschreitens**, unabhängig von etwaigen Handlungen der zuständigen Aufsicht. Im Jahr 2014 hat sich das *BVerwG* im Zuge einer Negativabgrenzung dahingehend geäußert, dass die Preisgabe einer Rechtauffassung einer für die Überwachung der entsprechenden Rechtsfrage *unzuständigen* Stelle etwa der Landes- oder Bundesregierung, den Kläger zwar besorgen lassen könne, dass er mit einem behördlichen Einschreiten zu rechnen habe, ein *hieraus entstehendes Rechtsverhältnis* bestünde aber zwischen dem Kläger und der (im entsprechenden Fall nicht beklagten) zuständigen Ordnungsbehörde.⁸⁹ Ausdrücklich klargestellt hat das Gericht zudem, dass sich aus der genannten Besorgnis des Klägers „von Fall zu Fall die Zulässigkeit einer Feststellungsklage gegen die [...] [zuständige Ü]berwachungsbehörde ergeben kann“⁹⁰. Insofern können dem *BVerwG* zufolge auch Äußerungen von nicht zur Überwachung der Streitgegenständlichen Pflicht zuständigen Behörden dazu führen, dass sich das Rechtsverhältnis zwischen der Überwachungsbehörde und dem Bürger verdichtet, wenn ein behördliches Einschreiten aufgrund von diesen zu besorgen ist.

⁸⁹ *BVerwG* 2014 Urt. vom 20. November 2014 – 3 C 26.13, Rn. 17.

⁹⁰ *BVerwG* 2014 Urt. vom 20. November 2014 – 3 C 26.13, Rn. 17.

bb) Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf das Datenschutzrecht

Die Rechtsprechung des *BVerwG* bedeutet für das Datenschutzrecht, dass auch Stellungnahmen von *DSK* und *EDSA* grundsätzlich geeignet sind, ein konkretes und Streitiges Rechtsverhältnis zu begründen, und zwar auch dann, wenn sich die zuständige Aufsichtsbehörde selbst bisher nicht geäußert hat. Hierfür erforderlich ist, dass die Stellungnahmen die nachvollziehbare Befürchtung beim klagenden Verantwortlichen begründen, dass dieser mit einem Einschreiten der zuständigen Aufsichtsbehörde zu rechnen habe.⁹¹ Dies ist bei Stellungnahmen von *DSK* und *EDSA* typischerweise der Fall. Im Bereich des Datenschutzes bestimmen sich nämlich sowohl die Praxis als auch die Rechtsansichten der Aufsichtsbehörden maßgeblich anhand der Positionierungen der *DSK* sowie des *EDSA*. Zwar kommt den Beschlüssen weder gegenüber den Aufsichtsbehörden, noch gegenüber den Verantwortlichen eine rechtliche Bindungswirkung zu.⁹² Beide Institutionen wirken allerdings unmittelbar und nachhaltig darauf ein, die konkretisierungsbedürftigen normativen Grundregeln der DS-GVO zu präzisieren, weil ihnen als aller Aufsichtsbehörden übergeordnetes Organ besondere Bedeutung zukommt.⁹³ Auch wenn ein vollständig einheitlicher Vollzug der Rechtsansichten von *DSK* und *EDSA* nicht stets gewährleistet ist bzw. stattfindet, ist die Befolgung der Positionen durch die Aufsichtsbehörden doch aufgrund der angestrebten Harmonisierung und einheitlichen Anwendung der Vorschriften der DS-GVO in der Praxis nicht nur üblich sondern auch Sinn der Sache. Die faktische Bindung sollte die Regel sein, weil eine einheitliche Anwendung von der DS-GVO gefordert wird. Nur um sie zu schaffen, tritt die *DSK* zusammen. Die Positionspapiere von *DSK* und *EDSA* entfalten mithin **zwar keine Rechtsverbindlichkeit**, gleichwohl aber **enorme faktische Wirkkraft**. Daraus folgt im Sinne der Rechtsprechung des *BVerwG*, dass die Veröffentlichung einer

⁹¹ *BVerwG* Urt. v. 7. Mai 1987 – 3 C 53/85.

⁹² Abgesehen von den Fällen des Art. 60 DS-GVO.

⁹³ HK DS-GVO/BDSG-*Martini* Art. 68 Rn. 106.

Rechtsposition durch die *DSK* bzw. des *EDSA* i.d.R. die begründete Vermutung auslöst, dass sich die zuständige Aufsichtsbehörde dieser Rechtsansicht anschließen wird und so eine „begründete Befürchtung behördlichen Einschreitens“ bei dem Verantwortlichen rechtfertigt.⁹⁴ Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Aufsicht eine von der kommunizierten Rechtsposition abweichende Praxis etabliert oder sich ausdrücklich abweichend einlässt.⁹⁵

cc) Zwischenergebnis: Konkretisierung der Rechtsbeziehung im Zeitpunkt der Veröffentlichung einer Stellungnahme durch die DSK und des EDSA

Vor diesem Hintergrund begründet **die Veröffentlichung von Stellungnahmen durch *DSK* und *EDSA*** die begründete Besorgnis eines behördlichen Einschreitens bei einem datenschutzrechtlich Verantwortlichen, wenn er entgegen der Position agiert. Bereits durch die Veröffentlichung der Stellungnahmen entsteht damit **ein hinreichend konkretes Rechtsverhältnis** zwischen dem Verantwortlichen und der zuständigen Aufsicht. Auf die Wiederholung der Position durch die zuständige Aufsichtsbehörde kommt es hierbei nicht mehr an. Es besteht erst dann kein Grund mehr, ein behördliches Einschreiten zu befürchten, wenn sich die im streitgegenständlichen Fall zuständige Behörde von der Position aktiv distanziert bzw. eine entgegenstehende Praxis etabliert.

e) Sonderproblem: Disclaimer durch die DSK

Ungeklärt ist, ob und wie sich Disclaimer durch eine Aufsichtsbehörde auf die Entstehung eines konkreten und streitigen Rechtsverhältnisses

⁹⁴ Nach *BVerwG* Urt. v. 7. Mai 1987 – 3 C 53/85 ist es für die Zulässigkeit einer Feststellungsklage hingegen nicht ausreichend, dass sich ein Gericht auf eine vom Kläger abweichenden Sichtweise festlegt, wenn sich die Behörde diese Sichtweise nicht zu eigen macht.

⁹⁵ So auch in der Pressemeldung von fünf Aufsichtsbehörden vom 2.10.2020 zur Frage der Beurteilung von Microsoft 365.

auswirken. So findet sich etwa im Vorspann eines Positionspapiers der DSK zum Einsatz von Google Analytics im nicht-öffentlichen Bereich folgender Hinweis:

„Die Auffassungen der Datenschutzaufsichtsbehörden stehen unter dem Vorbehalt einer zukünftigen - möglicherweise abweichenden - Auslegung durch den Europäischen Datenschutzausschuss und der Rechtsprechung des EuGH. [...]“⁹⁶

An der Regelungswirkung der Rechtspositionen der DSK ändert dieser Disclaimer nichts. Der zitierte Abschnitt gibt lediglich wieder, was seit Inkrafttreten der DS-GVO rechtlich ohnehin gilt. Die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe der DS-GVO fällt seit deren Inkrafttreten in den Zuständigkeitsbereich des EDSA, die rechtsverbindliche Beurteilung der diese betreffenden Rechtsfragen ist Sache des EuGH, nicht der Aufsichtsbehörden. Diese Kompetenzverteilung, die unabhängig vom Hinweis besteht, hinderte die Aufsichtsbehörden jedoch auch in der Vergangenheit nicht daran, bei unsicherer Rechtslage unmittelbar Bußgelder in Millionenhöhe zu verhängen. Dass sich dies zukünftig ändert, vermag die zitierte Klarstellung nicht wirksam zu gewährleisten. Sie ist vielmehr lediglich als Zeichen der Unsicherheit der DSK zu verstehen, was die Richtigkeit ihrer materiell-rechtliche Position angeht. Aussagen hinsichtlich der Frage, wie sich die Aufsichtsbehörden in Anbetracht der Unsicherheiten der DSK zu verhalten haben, enthält der Disclaimer keine. Verantwortliche können deshalb mit Blick auf den Disclaimer nicht etwa davon ausgehen, die zuständigen Behörden würden auf ein sanktionsrechtliches Vorgehen verzichten. Eine solche Abkehr von der bisherigen Behördenpraxis, Bußgelder auch bei bestehen Rechtsunsicherheiten zu verhängen, müsste vielmehr deutlich formuliert werden. Ein Verweis auf die gegenwärtige Kompetenzverteilung hinsichtlich der Auslegung der Rechtsbegriffe der DS-GVO reicht hierfür nicht aus und bleibt insofern ohne rechtlichen Gehalt.

⁹⁶ DSK Hinweise zum Einsatz von Google Analytics im nicht-öffentlichen Bereich, 12.05.2020, S.1.

Anderes gilt etwa, wenn die *LDI NRW* in ihrem Tätigkeitsbericht für das Jahr 2019 zur Frage nach den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen des Betriebes einer Facebook-Fanpage ausdrücklich klarstellt, sie werde „weitere Schritte“ erst ergreifen, wenn „Ergebnisse des laufenden Diskussionsprozesses“ absehbar sind.⁹⁷ Daraus lässt sich ableiten, dass die von der *LDI NRW* in diesem Kontext abgegebene Stellungnahmen tatsächlich nicht bezwecken sollen, unmittelbaren Einfluss auf das Verhalten der Verantwortlichen zu nehmen. Die Äußerungen erschöpfen sich vielmehr in einer generellen Aussage darüber, wie ein Verhalten „bewertet werden könnte“⁹⁸. Das bedeutet, dass diese Stellungnahmen nicht geeignet sind, ein konkretes und streitiges Rechtsverhältnis zwischen ihm und potenziellen Bußgeldadressaten zu begründen.

f) Konkretisierung durch öffentliche Äußerungen in sozialen Netzwerken oder sonstigen Medien

In der Praxis kommunizieren Behördenvertreter etwa der *BfDI* rechtliche Positionen auch in sozialen Netzwerken wie Twitter. Verlautbarungen finden sich zudem in der Presse etwa innerhalb von Interviews. In diesen Fällen wird regelmäßig gehandelt ohne dies ausdrücklich in der Rolle als Aufsichtsbehörde zu tun, wie es wiederum bei der Veröffentlichung eines Tätigkeitsberichts der Fall ist. Vielmehr werden die Äußerungen als private Rechtsauffassung o.Ä. bezeichnet. Fraglich ist, wie diese öffentlichen Äußerungen rechtlich mit Blick auf die Begründung eines konkreten, feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses zu bewerten sind. Im Zentrum der Bewertung entsprechender Äußerungen steht die bisher vor allem im Zusammenhang mit dem Neutralitätsgebot des Staates stetig wiederkehrende Frage, ob es sich um eine amtliche, dem Staat und damit der entsprechenden Behörde zurechenbare Äußerung handelt,

⁹⁷ *LDI NRW* Tätigkeitsbericht 2020, S. 21 f.

⁹⁸ *BVerwG* Ur. v. 25. März 2009 – 8 C 1.09, Rn. 21.

die für die zukünftige Behördenpraxis Bedeutung entfaltet, oder ob lediglich eine nur private oder als Parteifunktionär getätigte Äußerung vorliegt, die keine Zurechnung zum Staat bzw. der Behörde erlaubt.

Wie eine Aussagen zu bewerten ist, hängt unter anderem von der Situation der Äußerung ab, d.h. davon, ob sie in **Amtsräumen** getätigt wurde, ob **Hoheitszeichen oder -bezeichnungen** oder **Amtstitel** genutzt werden, ob sie auf **Veranstaltungen** oder mittels **Kommunikationskanälen der entsprechenden Behörde** getätigt wurde und schließlich ob die **Autorität des Amtes** und/oder die damit verbundenen Ressourcen genutzt wurden.⁹⁹ Bedeutung bei der Bewertung der Äußerung entfaltet aber auch deren **Inhalt**.¹⁰⁰

Nimmt etwa der *BfDI* auf Twitter zu rechtlichen **Fragen** Stellung, die **seinen Aufgabenbereich betreffen**, erschöpfen sich die Äußerungen also nicht in persönlichen nicht-dienstlichen Bemerkungen, etwa über das Wetter oder persönliche Angelegenheiten, sprechen sowohl rein tatsächliche als auch rechtliche Erwägungen dafür, dass es sich nicht um eine rein private bzw. parteiliche Stellungnahme handelt, für dessen Wirkmacht die Autorität des Amtes des *BfDI* keine Rolle spielt. So bspw. im Falle folgender Stellungnahmen auf Twitter:

„Die Weitergabe von Standortdaten durch die Deutsche Telekom an das Robert-Koch-Institut @rki_de ist in der gewählten Form datenschutzrechtlich vertretbar. Vor allem unter den aktuellen Umständen spricht nichts gegen die Weitergabe dieser Daten zum Zwecke des Gesundheitsschutzes“.¹⁰¹

Wendet sich die handelnde Person via Twitter an die breite Öffentlichkeit, handelt sie in der konkreten Situation zunächst augenscheinlich, um der Äußerung und damit der dieser zugrunde

⁹⁹ Vgl. *BVerfG* Beschl. vom 7. 11. 2015 – 2 BvQ 39/15 Rn. 9 f.; Urt. v. 16. Dezember 2014 – 2 BvE 2/14 Rn. 53, 55.

¹⁰⁰ Vgl. *BVerfG* Beschl. vom 7. 11. 2015 – 2 BvQ 39/15 Rn. 10 das hier in einer Negativabgrenzung feststellt, dass kein Bezug zu den mit dem Ministeramt verbundenen Aufgaben erkennbar war.

¹⁰¹ Tweet vom 18.3.2020, abrufbar unter:

<https://twitter.com/UlrichKelber/status/1240239195236466688> (zuletzt abgerufen am 10.7.2020).

liegenden Rechtsauffassung Reichweite zu verschaffen. Das Interesse an der Aussage ist hierbei jedoch in der Regel allein durch die Macht des Amtes begründet und nicht durch das Interesse an der Privatperson.

Dass der Handelnde im oben genannten Beispiel bewusst die **Autorität seines Amtes** nutzt, belegen etwa Post wie der Folgende:

„Heute habe ich meine Tätigkeitsberichte an
Bundesratspräsident Woidke übergeben [...]“¹⁰²

„Ich“ und „meine“ kann in diesem Kontext schließlich nur den *BfDI* und dessen Tätigkeitsberichte meinen. Die Verantwortlichen müssen insofern zwangsläufig damit rechnen, dass die auf dem Profil veröffentlichten Aussagen auch für die zukünftige Behördenpraxis des *BfDI* Bedeutung entfalten.¹⁰³

Eine Trennung zwischen staatlicher Handlung und privater bzw. parteilicher Meinung ist daher im Zuständigkeitsbereich der Aufsichtsbehörden bei der Kommunikation von Rechtspositionen, die diesen Zuständigkeitsbereich betreffen, aus der Perspektive der Verantwortlichen typischerweise nicht möglich. Die Verantwortlichen müssen zwangsläufig damit rechnen, die Aussage entfalte auch für die zukünftige Behördenpraxis Bedeutung.

Ob und inwieweit Verlautbarungen wie diese in den Kontext des Verwaltungsrechts und gar als Verwaltungsakte einzustufen sind sowie die Frage, ob diese Posts im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit legitimierbar sind, sind Sonderprobleme, welche für die Entstehung des

¹⁰² Tweet vom 3.6.2020, abrufbar unter:
<https://twitter.com/UlrichKelber/status/1279042822054670336> (zuletzt abgerufen am 10.7.2020).

¹⁰³ Hieran ändert auch ein Hinweis „Hier privat unterwegs“ im Twitter-Profil des sich Äußernden nichts. Auch Äußerungen, die Behördenleiter in vermeintlich „privater“ Funktion tätigen, entfalten eine enorme faktische Wirkmacht. Die adressierten Verantwortlichen fühlen sich in der Realität berechtigterweise auch durch eine angeblich „private“ Äußerung unter Druck gesetzt.

Rechtsverhältnisses belanglos sind und daher an dieser Stelle keiner Vertiefung bedürfen.¹⁰⁴

g) Begründung eines streitigen Rechtsverhältnisses durch die Praxis der Aufsichtsbehörden

Neben den durch Positionierungen vermittelten Rechtsansichten kann auch die Praxis der zuständigen Aufsichtsbehörde zu einer Konkretisierung der abstrakten Rechtsbeziehung zwischen der Aufsicht und den datenschutzrechtlich Verantwortlichen führen und so ein konkretes und streitiges Rechtsverhältnis begründen. Einer ausdrücklichen Stellungnahme einer Behörde bedarf es nicht.

Aus der **Perspektive des Verantwortlichen** macht es nämlich keinen Unterschied, ob die Aufsicht ihre Rechtsposition in einer Stellungnahme ausdrücklich artikuliert oder durch Verwaltungspraxis offenbart. Auch im Wege der praktischen Umsetzung einer konkreten Rechtsansicht **kommuniziert** die Behörde ihre **verwaltungsrechtliche Position** und legt sich jedenfalls im Rahmen der Verwaltungsbindung auf diese Praxis fest. Der Verantwortliche, der eine von der Sichtweise der Behörde abweichende Rechtsansicht vertritt und eine dementsprechende Praxis pflegt, muss unabhängig davon, wodurch er von der Position der Aufsichtsbehörde Kenntnis erhält, aufgrund dessen ein gegen ihn gerichtetes sanktionsrechtliches Einschreiten befürchten. Irrelevant ist hierbei, ob die Behörde ihre Position bereits zum wiederholten Male oder erstmalig anwendet.

Für eine solche Betrachtung spricht auch der übergeordnete Zweck einer Sanktionierung. Es entspricht nämlich gerade dem **Zweck eines Bußgeldes**, nicht nur normbegründende, sondern mit Blick auf potenziell gleichartige Verstöße auch abschreckende Wirkung zu entfalten und das nicht nur gegenüber dem Bußgeldadressaten (negative Spezialprävention), sondern auch gegenüber der

¹⁰⁴ Zu diesem Problemkreis HK DS-GVO/BDSG *Pabst/Schwartzmann/Mühlenbeck* Art. 6 Rn. 124.

Allgemeinheit (**negative Generalprävention**). So stellt die Aufsichtsbehörde nach Art. 83 Abs. 1 DS-GVO sicher, dass die Verhängung von Geldbußen „in jedem Einzelfall wirksam, verhältnismäßig und *abschreckend* ist“¹⁰⁵. Die Sanktionierung soll insofern ausdrücklich sowohl den Adressaten als auch unbeteiligte Dritte von der Vornahme der sanktionierten, auch verwaltungsrechtlich relevanten Handlung abhalten und somit Einfluss auf verwaltungsrechtlich relevantes Verhalten nehmen.

Tatsächlich hat die Praxis der Aufsichtsbehörden sogar eine im Vergleich zur Festlegung in einem Positionspapier gesteigerte Aussagekraft. Zentrale Ermessensrichtlinien wirken sich über Art. 3 GG für den Bürger schließlich (erst) im Zeitpunkt ihrer Praktizierung rechtsbildend aus.¹⁰⁶ Die Praxis der Verwaltungsbehörden entfaltet im Lichte des Art. 3 GG somit **Bindungswirkung**. Von einer gleichmäßigen Verwaltungspraxis darf hiernach nicht ohne Grund abgewichen werden.¹⁰⁷ Hat die Behörde ein ordnungswidriges Verhalten etwa längere Zeit geduldet, soll sie daher nicht ohne vorherige Warnung eine Geldbuße verhängen dürfen;¹⁰⁸ bei auffälligen Verstößen gegen die Gleichheit sollte ein Ordnungswidrigkeitenverfahren eingestellt werden.¹⁰⁹

Auch das *BVerwG* hat den Gedanken der Konkretisierung abstrakter Rechtsbeziehungen durch eine von der Sichtweise des Betroffenen abweichenden Behördenpraxis bereits aufgegriffen und die Entscheidung über die Nichtzulassung einer Revision mangels Bußgeldandrohung unter ausdrücklichem Verweis auf in der

¹⁰⁵ Die Hervorhebung wurde von den Autoren gesetzt.

¹⁰⁶ *KK-Mitsch*, § 47 OWiG, Rn. 109.

¹⁰⁷ *OLG Karlsruhe* Beschl. v. 29.10.2004 – 1 Ss 121/04; *OLG Braunschweig* Beschl. v. 18.2.200 – 1 Ss (B) 61/99; aus der Literatur *Arzt* Dynamisierter Gleichheitssatz und elementare Ungleichheiten im Strafrecht, in: Küper/Jürgen (Hrsg.): Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, 1993, S. 61.

¹⁰⁸ *OLG Hamm* VRS 54, 447.

¹⁰⁹ *AG Neustadt* Beschl. v. 27.6.2002 – 2a OWi 5189 Js 4769/02.

Vergangenheit ergangene Bußgeldbescheide gegen Dritte aufgehoben.¹¹⁰

Insofern begründet gerade auch die Praxis der zuständigen Aufsichtsbehörden eine Konkretisierung der abstrakten Rechtsbeziehung zwischen der Aufsichtsbehörde und den datenschutzrechtlich Verantwortlichen und so ein konkretes und Streitiges Rechtsverhältnis.

Die abstrakte Rechtsbeziehung zwischen Aufsicht und datenschutzrechtlich Verantwortlichem muss sich bei einer zulässigen vorläufigen Feststellungsklage zu einem konkreten und Streitigen, also feststellungsfähigen Rechtsverhältnis im Sinne des § 43 VwGO verdichten. Dazu bedarf es einer irgendwie gearteten Handlung der Aufsichtsbehörde. Diese kann förmlich oder formlos erfolgen. Entscheidend ist, dass die Behörde meint, auf dieser Grundlage ein bestimmtes Tun oder Unterlassen vom Verantwortlichen verlangen zu können bzw. ein solches Vorgehen aus Klägersicht zu besorgen ist. Es kann sich ergeben aus einer:

- Sanktionsandrohung
- formlos rügenden Behauptung der Rechtswidrigkeit eines Vorganges
- Position in einem Tätigkeitsbericht
- Position in Papieren von Datenschutzkonferenz (DSK) und Europäischem Datenschutzausschuss (EDSA)
- Verlautbarungen in Sozialen Medien
- Behördenpraxis

¹¹⁰ BVerwG Beschl. vom 20 Mai 2009 – 7 B 56/08, Rn. 4; ebenso das VG Köln Urt. vom 8. 4. 2014 – 7 K 3150/12, Rn. 37 welches für das feststellungsfähige Rechtsverhältnis (auch) auf einen Bescheid verwies, der gegenüber einer dritten Person erging. Zudem verwies das BVerwG Urt. v. 23.8.2007 – 7 C 13.06, Rn. 32 zur Begründung des Rechtsverhältnisses auch auf die Tatsache, dass sich „andere Vertreiber von Getränken in Einwegverpackungen in zahlreichen gerichtlichen Verfahren gegen die Systemumstellung gewandt“ hatten. „Der Streit um deren Rechtmäßigkeit war allseits bekannt.“

III. Feststellungsinteresse

Für die Zulässigkeit einer Klage ist über das Vorliegen eines konkreten Rechtsverhältnisses hinaus ein „berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung“ der streitgegenständlichen Rechtsfrage erforderlich (§ 43 Abs. 1 VwGO). Hierbei muss es sich nicht um ein rechtliches Interesse handeln, vielmehr genügt jedes **schutzwürdige und ausreichend gewichtige Interesse** wirtschaftlicher oder ideeller Art.¹¹¹

Der im Bereich des Verwaltungsstrafrecht typischerweise angestrebte vorbeugende Rechtsschutz erfordert zudem das Vorhandensein **qualifizierter Rechtsschutzvoraussetzungen**. Um den Grundsatz der Gewaltenteilung und das der Verwaltung zugewiesene Handlungsfeld nicht übermäßig und „anlasslos“ zu beeinträchtigen, setzt die gerichtliche Kontrollfunktion grundsätzlich erst nachträglich sein.¹¹² Daher muss im vorbeugenden Rechtsschutz ein spezielles, auf dessen Inanspruchnahme gerichtetes Rechtsschutzinteresse bestehen.¹¹³ Dieses Interesse ist vor allem dann gegeben, wenn es dem Betroffenen **nicht zuzumuten** ist, die befürchteten Maßnahmen abzuwarten und er insofern unter dem Gebot des **effektiven Rechtsschutzes** (Art. 19 Abs. 4 GG) nicht auf einen als ausreichend anzusehenden nachträglichen Rechtsschutz verwiesen werden kann.¹¹⁴

So ist der Schutz vor der rechtswidrigen Ausübung der verwaltungsrechtlichen Kompetenzen der Aufsichtsbehörden gegenüber dem Verantwortlichen aus Art. 58 DS-GVO zwar zweifelsfrei geeignet ein grundsätzliches Rechtsschutzinteresse des Belasteten zu begründen. Der Verantwortliche kann aber regelmäßig auf den prinzipiell zulässigen nachträglichen Rechtsschutz verwiesen werden. Das Abwarten etwa einer ordnungsbehördlichen Untersagungsverfügung, die gar nicht unbedingt ergehen muss, ist

¹¹¹ Sodan/Ziekow-Helge/Sodan § 43 VwGO Rn. 75; Wysk-Wysk VwGO § 43 Rn. 51.

¹¹² VGH Mannheim Ur. v. 11.2.2010 – 9 S 1130/08, Rn. 15.

¹¹³ VG Trier Ur. v. 2.9.2003 – 2 K 471/03.

¹¹⁴ BVerwG Ur. v. 7.5.1987 – 3 C 53/85, Rn. 25 m.w.N.

dem Betroffenen angesichts der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage (§ 80 Abs. 1 S. 1 VwGO) grundsätzlich zumutbar.¹¹⁵

1. Die „Damokles-Rechtsprechung“: qualifiziertes Feststellungsinteresse bei Bußgeldgefahr

Anders verhält es sich im Kontext drohender Bußgelder. Nach gefestigter Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte¹¹⁶ sowie des *BVerfG*¹¹⁷ ist es dem Betroffenen nicht zuzumuten, „die Klärung **verwaltungsrechtlicher Zweifelsfragen** auf der **Anklagebank** erleben zu müssen“ (sog. **Damokles-Rechtsprechung**).¹¹⁸

Die Gefahr eines drohenden Bußgeldes begründet daher, anders als die Gefahr eines drohenden Verwaltungsaktes, stets ein qualifiziertes Feststellungsinteresse. In diesem Fall entsteht ein Rechtsschutzbedürfnis hinsichtlich einer vorbeugenden gerichtlichen Klärung bestehender verwaltungsrechtlichen Streitfragen.

Dem Kläger kommt also sowohl ein Interesse an *verwaltungsgerichtlichem* Rechtsschutz (vgl. hierzu Teil 3, Abschnitt B III 1 a) als auch an *vorbeugendem* Rechtsschutz (vgl. hierzu Teil 3, Abschnitt B III 1 b) zu. Daher verfügt er über ein *qualifiziertes* Rechtsschutzbedürfnis.

¹¹⁵ So *Lässig* Zulässigkeit der vorbeugenden Feststellungsklage bei drohendem Bußgeldbescheid, NVwZ 1988, 410, 411.

¹¹⁶ Vgl. *BVerwG* Urt. v. 9.5.1957 – I C 31.54, Rn. 16; Urt. v. 13.1.1969 – I C 86/64, Rn. 18; Urt. v. 17.1.1972 – I C 33.68, Rn. 7; Urt. v. 23.6.2016 – 2 C 18.15, Rn. 20; *OVG Münster* Urt. v. 29.1.2014 – 13 A 1901/11, Rn. 25; *VGH Mannheim* Urt. v. 11.2.2010 – 9 S 1130/08, Rn. 16; *VG Aachen* Urt. v. 8.12.2017 – 7 K 1859/17; *VG Trier* Urt. v. 2.9.2003 – 2 K 471/03. Diese Sichtweise ist auch in der Literatur allgemein anerkannt. Statt aller *Posser/Wolff-Möstl* § 43 VwGO Rn. 19.2; *Sodan/Ziekow-Sodan* § 43 VwGO Rn. 86; *Wysk-Wysk* VwGO § 43 Rn. 23, 58.

¹¹⁷ *BVerfG* Beschl. vom 07. April 2003 – 1 BvR 2129/02, Rn. 14.

¹¹⁸ *BVerfG* Beschl. vom 07. April 2003 – 1 BvR 2129/02, Rn. 14. Ähnliches gilt für den Grundsatz der Subsidiarität der Rechtssatzverfassungsbeschwerde. Der Grundsatz der Subsidiarität verlangt nicht, dass der Betroffene vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde gegen eine straf- oder bußgeldbewehrte Rechtsnorm verstößt und sich dem Risiko einer entsprechenden Ahndung aussetzt, um dann im Straf- oder Bußgeldverfahren die Verfassungswidrigkeit der Norm zu rügen; statt aller *BVerfG* Urt. v. 14.11.1989 – 1 BvL 14/85, 1 BvR 1276/84.

a) Das Interesse an verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz

Das Feststellungsinteresse wird in den Urteilen des *BVerwG* typischerweise auf das Interesse des Bürgers gestützt, um *verwaltungsgerichtlichen* Rechtsschutz zu ersuchen, wenn ihm ein Bußgeld aufgrund von *verwaltungsgerichtlichen* Zweifelsfragen droht. Nach dem *BVerwG* hat ein potentieller Kläger nämlich ein anzuerkennendes Interesse daran, den Verwaltungsrechtsweg als „**fachspezifischere**“ **Rechtsschutzform** einzuschlagen.¹¹⁹ Dabei ist unerheblich, dass die Entscheidung des Verwaltungsgerichts für den Strafrichter im Rahmen eines Verfahrens gegen ein verhängtes Bußgeld nicht bindend ist. Schon der erhebliche **Einfluss**, den eine für den Betroffenen günstige Entscheidung auf die **Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs** in einem Ordnungswidrigkeiten- oder Strafverfahren ausüben dürfte, rechtfertigt das Feststellungsbegehren.¹²⁰

Die Sachnähe der Verwaltungsgerichte zu verwaltungsrechtlichen Zweifelsfragen wird hierbei durch die Tatsache flankiert, dass ein sanktionsrechtliches Urteil, anders als ein Feststellungsurteil, nicht zwangsläufig geeignet ist die angestrebte **Rechtsklarheit** herzustellen. Mit einem amtsgerichtlichen Urteil, das den Bußgeldbescheid aufhebt, würde nämlich nur die Feststellung der Rechtsfehlerhaftigkeit des Bescheids im Einzelfall bezweckt, nicht aber die grundsätzliche Berechtigung des Klägers, das streitgegenständliche Verhalten durchzuführen. Eine Stellungnahme zur verwaltungsrechtlichen Vorfrage bliebe daher ggf. gänzlich aus, wenn sich der Richter etwa ausschließlich mit subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen wie der

¹¹⁹ *BVerfG* Beschl. v. 07. April 2003 – 1 BvR 2129/02, Rn. 14.

¹²⁰ *BVerwG* v. 13.1.1969 – I C 86.64, Rn. 19; *OVG Münster* Urt. v. 29.1.2014 – 13 A 1901/11, Rn. 27; *VGH Kassel* Urt. v. 17.12.1985 – 9 UE 2162/85 – ausführlich hierzu *Sodan/Ziekow-Helge/Sodan* § 43 VwGO Rn. 86. Auch wird nach Rechtskraft eines für den Kläger günstigen Feststellungsurteils, durch das die verbindliche Feststellung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses verwaltungsgerichtlich erfolgt ist, die Einleitung eines weiteren Ordnungswidrigkeitenverfahrens unwahrscheinlich sein. Vgl. *VGH Kassel* Urt. v. 17.12.1985 – 9 UE 2162/85, Rn 60.

Schuld befassen würde.¹²¹ Insofern ist das verwaltungsgerichtliche Verfahren im Zweifel rechtsschutzintensiver als das Sanktionsverfahren.

Zudem hätte es die **Behörde**, würde man dem Kläger im Bereich des Verwaltungsstrafrechts auf das Einspruchsverfahren verweisen, hier **in der Hand**, die Bewertung ihrer im Kern verwaltungsrechtlichen Position mittels sofortigen und überscharfen Vorgehens dem Strafrichter zu überantworten.¹²² Würde man der betroffenen Person als potentieller Kläger nämlich den Weg der Feststellungsklage versagen, so könnte die Behörde eine verwaltungsgerichtliche Nachprüfung ihres Standpunktes ausschließen und das obwohl sie mittels der Sanktionsandrohung, die oftmals den Erlass einer verwaltungsrechtlichen Anordnung ersetzt, versucht, Einfluss auf verwaltungsrechtlich relevantes Verhalten des Betroffenen zu nehmen. Ein solches Ergebnis wäre weder mit dem **Sinn der Verwaltungsgerichtsbarkeit** noch mit **Art. 19 Abs. 4 GG** vereinbar.¹²³

Ein potenzieller Bußgeldadressat hat daher im Ergebnis ein berechtigtes Interesse daran, um verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz zu ersuchen, wenn ihm ein Bußgeld aufgrund verwaltungsrechtlicher Zweifelsfragen droht.

b) Das Interesse an vorbeugendem Rechtsschutz

Neben das Interesse an einer gerichtlichen Entscheidung im Verwaltungsverfahren tritt, auch wenn das *BVerwG* dies nicht stets fordert, die **besondere Zwangslage** und Belastung, welche die Androhung der Einleitung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens für den Betroffenen mit sich bringt.¹²⁴ Diese ist „weitaus größer, als dies

¹²¹ *VGH Kassel* Urt. v. 17.12.1985 – 9 UE 2162/85, Rn. 57; *Johlen-Johlen* Münchener Formularhandbuch Verwaltungsrecht A. II. 7.

¹²² *BVerwG* Urt. v. 13.1.1969 – I C 86.64, Rn. 19.

¹²³ *BVerwG* Urt. v. 13.1.1969 – I C 86.64, Rn. 19.

¹²⁴ *BVerwG* Urt. v. 13.1.1969 – I C 86/64.

bei der Ankündigung eines behördlichen Verbots der Fall ist“, so ausdrücklich das *BVerwG*,¹²⁵ und macht daher den Verweis auf nachträglichen bzw. sanktionsrechtlichen Rechtsschutz im Ergebnis unzumutbar. Die besondere Zwangslage begründet mithin ein Interesse an der „baldigen Feststellung“ (§ 43 Abs. 1 VwGO), selbst dann, wenn ein Bußgelbescheid bisher nicht erlassen wurde (**qualifiziertes Feststellungsinteresse**).¹²⁶

Die vergleichsweise intensive Belastung, die die Androhung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens für den Betroffenen bedeutet, wurzelt in der Tatsache, dass ein Bußgeldbescheid, anders etwa als ein behördliches Verbot, bereits **unmittelbare**, im Datenschutzrecht u.U. sogar bereits unmittelbar existenzgefährdende, **finanzielle Einbußen** für den Betroffenen begründet. Hinzu tritt das Risiko, dass das Bußgeld im Einspruchsverfahren als rechtmäßig bestätigt und somit nachträglich nicht mehr abzuwenden ist.

Zudem kann bereits die bloße Verwicklung in ein Bußgeldverfahren, anders als die Beteiligung an einem Verwaltungsverfahren, eine **Rufschädigung** auslösen, die selbst ein Freispruch nicht wiedergutzumachen vermag. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich der Freispruch auf subjektive Tatfragen oder den Grundsatz „in dubio pro reo“ stützt.¹²⁷ Der Verantwortliche hat mithin sowohl ein wirtschaftliches als auch ein immaterielles Interesse daran, in ein Bußgeldverfahren gar nicht erst involviert zu werden.

Es ist dem Betroffenen daher weder zuzumuten, eine der Behörde zufolge rechtswidrige Praxis, „auf gut Glück“ fortzusetzen, noch der, seiner Rechtseinschätzung nach fehlerhaften, Behördenposition widerspruchslos Folge zu leisten und so ein Recht, das ihm seiner

¹²⁵ *BVerwG* Urt. v. 13.1.1969 – I C 86/64.

¹²⁶ Hierauf stellt bspw. das *VGH Kassel* Urt. v. 17.12.1985 – 9 UE 2162/85 ab und begründet das Feststellungsinteresse mit finanziellen Erwägungen. Ausschließlich auf die besondere Zwangslage, die die sanktionsrechtliche Ahndung einer Tat für den Betroffenen bedeutet, stützt sich auch die Damokles-Rechtsprechung des *BVerfG* zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde. Vgl. hierzu Fn. 111.

¹²⁷ Umgangssprachlich ist ein solcher Freispruch auch als „Freispruch zweiter Klasse“ bekannt, woran die eingeschränkte Entlastungswirkung eines solchen Urteils sichtbar wird. So auch *Sodan/Ziekow-Sodan* § 43 VwGO Rn. 86.

Meinung nach zusteht, nicht auszuüben. Unter dem **Damoklesschwert einer drohenden Sanktionierung** ist es den Verantwortlichen insofern unzumutbar, Rechtsunsicherheiten bis zur Einleitung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens zu erdulden und die Klärung verwaltungsrechtlicher Zweifelsfragen sodann „auf der Anklagebank erleben zu müssen“¹²⁸, so das *BVerwG* in gefestigter Rechtsprechung. Droht dem Kläger also ein Bußgeld, begründet diese Gefahr das qualifizierte Feststellungsinteresse.

Ein qualifiziertes Feststellungsinteresse hinsichtlich der gerichtlichen Klärung verwaltungsrechtlicher Streitfragen besteht nach der Damokles- Rechtsprechung immer dann, wenn dem potentiellen Kläger ein Bußgeld droht.

2. Feststellungsinteresse bei abstrakter Sanktionsgefahr

Wie dargestellt kann also das Interesse an der Vermeidung von Sanktionen das **qualifizierte Feststellungsinteresse** für die **vorbeugende Feststellungsklage** begründen („Damokles-Rechtsprechung“). Bei dieser Fallgruppe ist die Rechtslage zwischen den Parteien nicht geklärt, sodass der Kläger entweder ein Recht, das ihm seiner Meinung nach zusteht, nicht ausüben kann oder sich der Gefahr aussetzen muss, dass die unerlaubte Tätigkeit mit einer Geldbuße geahndet wird.¹²⁹ Voraussetzung ist insoweit, dass sich der Betroffene bei Untätigkeit der „**Gefahr einer Sanktionierung**“¹³⁰ aussetzt. Wie konkret zu befürchten ein Bußgeld hierbei sein muss, damit es „droht“¹³¹ und insofern ein qualifiziertes Feststellungsinteresse an der gerichtlichen Klärung einer verwaltungsrechtlichen Zweifelsfrage

¹²⁸ *BVerfG* Beschl. vom 07. April 2003 – 1 BvR 2129/02, Rn. 14.

¹²⁹ *VG München* Urt. v. 8.7.2015 – M 18 K 14.1109, Rn. 35.

¹³⁰ So das *VG München* Urt. v. 8.7.2015 – M 18 K 14.1109, Rn. 20. Die Markierung wurde von den Autoren gesetzt.

¹³¹ So etwa das *VG München* Urt. v. 8.7.2015 – M 18 K 14.1109, Rn. 35.

begründen kann, ist bisher gerichtlich nicht entschieden¹³² und das obwohl das *BVerwG* bereits 1992 die Frage aufgegriffen hat, ob nur bei konkreter Androhung von Strafverfahren ein Feststellungsinteresse an der Klärung verwaltungsrechtlicher Fragen bejaht werden kann.¹³³

Die **Gerichte** haben das Feststellungsinteresse in diesem Kontext bisher regelmäßig auf die ausdrückliche bzw. konkludente Drohung mit einem Bußgeld, insofern auf eine **konkrete Gefahr** gestützt¹³⁴ und ein Feststellungsinteresse jedenfalls dann abgelehnt, wenn die Behörde ausdrücklich klargestellt hatte, dass sie nicht beabsichtige, wegen einer Verletzung der streitgegenständlichen Pflicht gegen den Kläger Straf- oder Bußgeldverfahren einzuleiten,¹³⁵ oder aber „hinreichende Anhaltspunkte für ein ordnungswidrigkeitenrechtliches [...] Einschreiten nicht mehr gegeben waren“.¹³⁶ Zu einer verbindlichen Festlegung hinsichtlich des Erfordernisses einer konkreten Gefahr ist es bisher jedoch nicht gekommen.

Die **Literatur** hingegen möchte überwiegend bereits das **objektive Verfolgungsrisiko** ausreichen lassen, um ein Feststellungsinteresse zu begründen.¹³⁷

¹³² Vgl. Posser/Wolff-Möstl § 43 VwGO Rn. 19.

¹³³ *BVerwG* Beschl. v. 26.05.1992 – 3 B 87.91.

¹³⁴ *OVG Münster* Ur. v. 25.8.2017 – 13 B 726/17, Rn. 21; Ur. v. 26.19.2010 – 13 A 929/10; *VGH Mannheim* Ur. v. 11.2.2010 – 9 S 1130/08, Rn. 17. Anders das *VG Köln* Ur. v. 8.4.2014 – 7 K 3150/12, Rn. 34 welches mit Blick auf die Tragweite der erforderlichen wirtschaftlichen Dispositionen ein schützenswürdiges Interesse mit Blick auf die Sanktionierung bejaht hatte, obwohl die Behörde bisher nicht gegenüber dem Betroffenen in Erscheinung getreten war. So auch *VG Düsseldorf* Ur. v. 10.9.2002 – 17 K 1907/02, Rn. 58.

¹³⁵ *BVerwG* Ur. v. 7.5.1987 – 3 C 53/85, Rn. 25 ff.

¹³⁶ *VGH Mannheim* Ur. v. 11.2.2010 – 9 S 1130/08, Rn. 17; das *BVerwG* Ur. 14.4.2005 – 3 C 31.04 lehnte ein Feststellungsinteresse zudem ab, da „eine drohende Ahndung etwaiger Verstöße [...] im vorliegenden Fall gar nicht in Rede“ stand; so auch *OVG Münster* Ur. v. 25.8.2017 – 13 B 762/17, Rn. 19.

¹³⁷ Posser/Wolff-Möstl § 43 VwGO Rn. 19.2; Schoch/Schneider-Pietzcker § 43 VwGO Rn. 20; Sodan/Ziekow-Helge/Sodan § 42 VwGO Rn. 50, 89. So auch *VG Köln* Ur. v. 20.4.2018 – 9 K 3859/16, Rn. 62; So auch *OVG Münster* Beschl. v. 22.6.2017 – 13 B 238/17, Rn. 29 nach welchen ein Verweis des Klägers auf die Inanspruchnahme nachträglichen Rechtsschutzes gegen behördliche Maßnahmen *in Anbetracht der Pönalisierung des Verhaltens* bedeutete, sie dem Risiko einer Ahndung auszusetzen. Der Verweis auf die Inanspruchnahme nachträglichen Rechtsschutzes sei *daher* mit unzumutbaren Nachteilen für die Antragstellerin verbunden – a.A. *BVerwG* Ur. 14.4.2005 – 3 C 31.04.

Zu klären ist daher, wie konkret zu befürchten ein Bußgeld sein muss, damit es das qualifizierte Feststellungsinteresse begründet.

a) Das Kriterium der Zumutbarkeit als konkrete Voraussetzung des Feststellungsinteresses

Es könnte im Sinne der bisher durch die Rechtsprechung entschiedenen Fälle erwogen werden, bei der Ermittlung des Feststellungsinteresses auf prognostische Erwägungen abzustellen, etwa auf die realistische Erwartung eines Bußgeldes bei unveränderten tatsächlichen Umständen.¹³⁸ Ein solches Vorgehen erscheint allerdings mit Blick auf die **erhebliche Belastung**, die ein Bußgeld für den Betroffenen darstellt, nicht ausreichend, um die bestehende Zwangslage abzubilden. Diese entsteht immerhin nicht erst dann, wenn ein Bußgeld unmittelbar zu erwarten ist. Daher ist auch im Rahmen der Risikoprognose die Antwort auf die gerade nicht an starren Grenzen orientierte Frage entscheidend, ob ein weiteres Abwarten dem Betroffenen **zuzumuten** ist.

aa) Fehlende Zumutbarkeit bei wirtschaftlichem Handlungsdruck

Abzulehnen ist die **Zumutbarkeit** weiteren Abwartens, **sobald** die Sanktionsandrohung bzw. die Sanktionsgefahr **wirtschaftlichen Handlungsdruck** beim Betroffenen begründet.¹³⁹ Bereits in diesem

¹³⁸ Eine prognostische Entscheidung zur Begründung des Feststellungsinteresses wird von der Rechtsprechung bisher ausdrücklich nur bei der Frage nach dem Vorliegen einer hinreichenden Wiederholungsgefahr getroffen, die für das Feststellungsinteresse vergangener Rechtsverhältnisse verlangt wird. Die Gefahr der Wiederholung setzt hier eine realistische Prognose bei unveränderten tatsächlichen Umständen voraus (Eyermann-Happ § 43 VwGO Rn. 34). Ein strengerer Maßstab, in der Form einer ausdrücklichen Sanktionsandrohung, kann für die Abwehr eines drohenden Bußgeldes, im Vergleich zum Schutz vor (erneut) drohenden verwaltungsrechtlichen Maßnahmen, zweifelsohne nicht gelten.

¹³⁹ Zudem verlangen die Verwaltungsgerichte auch im Kontext vorbeugender Feststellungsklagen zur Abwehr (latent) drohender Verwaltungsakte nicht stets die konkrete Gefahr einer repressiven, behördlichen Anordnung. Die Gerichte stellen auch hier regelmäßig allein auf das wirtschaftliche Interesse des Klägers ab, sein Geschäftsverhalten anhand der gerichtlichen Feststellung auszurichten, unabhängig

Moment entfaltet die Sanktionsandrohung nämlich unmittelbar Regelungswirkung und begründet so ein Feststellungsinteresse des Betroffenen.¹⁴⁰

Stünde dem Betroffenen der Weg über die Feststellungsklage nicht zur Verfügung, obwohl die Sanktionsandrohung bereits wirtschaftlichen Handlungsdruck bei diesem begründet, wäre er entweder zum Umstellen oder zum Unterlassen der vermeintlich rechtswidrigen Prozesse genötigt, und zwar auch dann, wenn er die Rechtsposition der Behörde nicht teilt. Anderenfalls wäre er nämlich der nach der Rechtsprechung des *BVerwG* ausdrücklich unzumutbaren Gefahr ausgesetzt, „die Klärung verwaltungsrechtlicher Zweifelsfragen auf der Anklagebank erleben zu müssen“¹⁴¹. Sobald die Sanktionsandrohung einen rational und wirtschaftlich agierenden Verantwortlichen also dazu zwingt, auf die Sanktionsgefahr zu reagieren, obwohl er die Rechtsposition der Behörde für fehlerhaft hält, darf ihm im Lichte des **Gebotes des effektiven Rechtsschutzes** (Art. 19 Abs. 4 GG) der Weg über die Feststellungsklage nicht länger verwehrt bleiben. Nur durch diese kann der Betroffene für gesicherte Rechtsverhältnisse sorgen, worauf er, um seinen Betrieb und seine wirtschaftlichen Dispositionen entsprechend einzustellen, bereits in diesem Moment angewiesen ist.

Maßgeblich ist daher, ob von einem **hinreichenden wirtschaftlichen Handlungsdruck** auszugehen ist. Solchen entfaltet die Sanktionsandrohung aber nicht erst dann, wenn die Behörde die Verhängung eines Bußgeldes unmittelbar in Aussicht stellt. Handlungsdruck kann vielmehr auch bereits durch die abstrakte Sanktionsandrohung entstehen, etwa aufgrund **potentiell**

davon, wie hoch die Wahrscheinlichkeit des behördlichen Einschreitens im Einzelfall ist. Statt aller *VGH München* Urt. v. 28.1.2003 – 24 B 02.322.

¹⁴⁰ Die Orientierung am Handlungsbedürfnis des Klägers im Zeitpunkt der Klageerhebung steht auch im Einklang mit den anerkannten Positionen zur Feststellungsfähigkeit zukünftiger Rechtsverhältnisse. Auch diese bestimmt sich primär anhand der gegenwärtigen Regelungswirkung der streitgegenständlichen Norm und dem von ihr ausgehenden wirtschaftlichen Druck auf den Betroffenen und ergibt sich insofern vorwiegend aus dem Bedürfnis, schon jetzt kaufmännische Dispositionen zu treffen (hierzu Teil 3, Abschnitt B II 3 b).

¹⁴¹ *BVerwG* Beschl. vom 07.4.2003 – 1 BvR 2129/02, Rn. 14.

existenzgefährdender Auswirkungen einer Sanktionierung und/oder der **wirtschaftlichen Bedeutung** einer nachträglichen **Anpassung vermeintlich rechtswidriger Prozesse**.

bb) Wirtschaftlicher Handlungsdruck in der Rechtsprechung des BVerwG

Das *BVerwG* nimmt auf die besondere Zwangslage eines Bußgeldadressaten und den hieraus entstehenden wirtschaftlichen Handlungsdruck in seiner Rechtsprechung zwar nur selten Bezug, vereinzelt finden sich jedoch auch Bezüge zu der wirtschaftlichen Zwangslage des Betroffenen, die durch die Pönalisierung seines Verhaltens entsteht. So verwies das *BVerwG* in einer Entscheidung aus dem Jahr 1969 ausdrücklich darauf, dass die damals erhobene Feststellungsklage zur Abwehr drohender Bußgelder „im Übrigen auch durch die Ungewissheit über die wirtschaftliche Verwertbarkeit des [streitgegenständlichen] Pflasters und die Unsicherheit *in der kaufmännischen Disposition* gerechtfertigt wird“¹⁴² und stellte so sogar ausdrücklich, wenn auch hilfsweise,¹⁴³ auf das wirtschaftliche Bedürfnis ab, auf die Sanktionsgefahr zu reagieren.¹⁴⁴

Abgelehnt hat das *BVerwG* das Feststellungsinteresse bisher demgegenüber etwa dann, wenn die Verletzung der streitgegenständlichen Pflicht die Besorgnis um Eingriffsmaßnahmen gegen den Kläger gar nicht begründete, sondern der Kläger lediglich unter bisher unklaren, zukünftigen Voraussetzungen ein Vorgehen der Behörde gegen ihn befürchtete. Nach Ansicht des Gerichts war eine in die Gegenwart reichende Regelungswirkung der öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen nicht gegeben. Hier kam es zwar nicht unmittelbar auf

¹⁴² *BVerwG* Ur. v. 13.1.1969 – I C 86.64, Rn. 19 (Markierungen wurden von den Autoren gesetzt). So auch *VG Köln* Ur. vom 8.4.2014 – 7 K 3150/12, Rn. 33.

¹⁴³ Primäres Argument des Gerichts war das Interesse des Klägers „verwaltungsrechtliche Zweifelsfragen nicht auf der Anklagebank erleben zu müssen“ (*BVerwG* Ur. vom 13. Januar 1969 – I C 86/64, Rn. 18).

¹⁴⁴ So auch das *VGH Mannheim* Ur. v. 11.2.2010 – 9 S 1130/08, Rn. 16; *VGH Kassel* Ur. v. 17.12.1985 – 9 UE 2162/85, Rn. 57. Ausschließlich auf die besondere Zwangslage stützt sich auch die Damokles-Rechtsprechung des *BVerfG* zur Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde. Vgl. hierzu Fn. 110.

das Handlungsbedürfnis des Betroffenen an, immerhin wurde aber ein Bezug zur Regelungswirkung der betreffenden Norm hergestellt.¹⁴⁵

cc) Die Rechtsprechung anderer Gerichte zum wirtschaftlichen Handlungsdruck

Ein berechtigtes **wirtschaftliches Interesse** an der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer sanktionsbewehrten Verpflichtung, kann auch nach der Rechtsprechung einiger unterinstanzlicher Gerichte **ohne konkrete Sanktionsgefahr** vorliegen.¹⁴⁶ Auch diese prüfen keine prognostischen Erwägungen, sondern nehmen vielmehr Bezug auf die besondere Zwangslage, die eine Bußgeldandrohung für den Betroffenen bedeutet.

So hat das *VG Köln* im Jahr 2014 die Zulässigkeit einer Feststellungsklage mit Blick auf die latente Zwangswirkung einer Sanktionsandrohung und dessen wirtschaftlichen Konsequenzen bejaht. Da die wirtschaftliche Verwertbarkeit der streitgegenständlichen Produkte in Anbetracht der Pönalisierung des Vertriebes der entsprechenden Produkte ohne Zulassung bereits im Zeitpunkt der Klage wesentlich von der damals gegenständlichen Rechtsfrage beeinflusst wurde, bestand nach der Entscheidung ein schützenswertes Interesse an einer verwaltungsgerichtlichen Klärung der Streitfrage. Dass die Behörde bisher nicht in Erscheinung getreten war, geschweige denn eine Sanktion angedroht hatte, führte zu keinem abweichenden Ergebnis.¹⁴⁷

¹⁴⁵ *BVerwG* Urt. v. 7.5.1987 – 3 C 53/85, Rn. 21 f. 25 ff. Die Klage hätte im entsprechenden Fall auch mangels Rechtsverhältnisses abgelehnt werden können, das Gericht stellte diesen Punkt allerdings lediglich in Zweifel und verneinte mangels „einer in die Gegenwart reichenden Verpflichtung“ sodann das Feststellungsinteresse.

¹⁴⁶ *Eyermann-Happ* § 43 VwGO Rn. 33.

¹⁴⁷ *VG Köln* Urt. vom 8.4.2014 – 7 K 3150/12, Rn. 34.

In diese Richtung urteilte auch das *VG Düsseldorf*, indem es ein Feststellungsinteresse bei der Möglichkeit repressiver Verfolgung selbst in Fällen zukünftiger Rechtsverhältnisse bejahte.¹⁴⁸

dd) Zwischenergebnis: Wirtschaftlicher Handlungsdruck als konkrete Voraussetzung des Feststellungsinteresses

Sowohl die Rechtsprechung des *BVerwG* als auch die der Instanzgerichte sprechen daher für die Annahme, dass ein weiteres Zuwarten dem Betroffenen, sobald die Sanktionsandrohung eine in die Gegenwart reichende Regelungswirkung entfaltet und so wirtschaftlicher Handlungsdruck bei diesem entsteht, nicht mehr zuzumuten ist. Dies gilt unabhängig davon, wie hoch die Wahrscheinlichkeit des staatlichen Tätigwerdens im Einzelfall auch sein mag.

b) Der wirtschaftliche Handlungsdruck im Lichte der Sanktionspraxis der Datenschutzaufsichten

Ein weiteres Zuwarten auf etwaige staatliche Handlungen ist im Sinne des oben Gesagten dem Betroffenen schon dann nicht mehr zuzumuten, wenn er aus wirtschaftlichen Gründen gezwungen ist, auf die Sanktionsgefahr zu reagieren. Es stellt sich nunmehr die Frage, wann wirtschaftlicher Handlungsdruck in diesem Sinne auf die **datenschutzrechtlich Verantwortlichen** entsteht.

Die **gegenwärtige Praxis der Datenschutzaufsichtsbehörden** hat hierauf maßgeblichen Einfluss, denn das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 83 Abs. 4-6 DS-GVO begründet die Gefahr einer Sanktionierung bzw. der Verhängung eines Bußgeldes *de lege lata* nicht zwangsläufig (hierzu bereits Teil 1, Abschnitt A). Im Falle eines Verstoßes gegen die im Art. 83 Abs. 4-6 DS-GVO bußgeldbewehrten Pflichten kann die Behörde nämlich nicht nur auf die

¹⁴⁸ *VG Düsseldorf* Urt. v. 10.9.2002 – 17 K 1907/02, Rn. 58. Das *VG Düsseldorf* kommt zu diesem Ergebnis allerdings durch einen irrtümlichen Bezug auf das *BVerwG*.

Sanktionsbefugnis des Art. 83 DS-GVO, sondern auch auf verwaltungsrechtliche Abhilfebefugnisse nach Art. 58 DS-GVO zurückgreifen. Die datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden verfügen über ein **gestuftes System an Abhilfebefugnissen**. Daher entsteht nur, weil ein vermeintlicher Verstoß gegen die Vorschriften der DS-GVO (etwa Art. 25, 32 DS-GVO) vorliegt, noch nicht die Notwendigkeit der Verhängung einer Geldbuße.

Die Bedeutung der Praxis der Datenschutzaufsichtsbehörden wird zudem durch die Bindung der Behörden an **Art. 3 GG**, d.h. die **Verpflichtung zur Gleichbehandlung** aller Verantwortlichen, weiter verstärkt. Im Lichte des Art. 3 GG darf von einer gleichmäßigen Verwaltungspraxis nicht ohne Grund abgewichen werden.¹⁴⁹ So soll eine Geldbuße etwa nicht ohne vorherige Warnung verhängt werden dürfen, wenn die Behörde das ordnungswidrige Verhalten zuvor längere Zeit offen geduldet hat.¹⁵⁰

aa) Die repressive Praxis der Aufsichtsbehörden

Die Praxis der Datenschutzaufsichtsbehörden folgte in der Vergangenheit nicht stets den Grundsätzen des Gebots der gleichmäßigen Verwaltungspraxis und war in Teilen vergleichsweise eingriffsintensiv. Bußgelder wurden in der Vergangenheit nicht nur bei **unsicherer Rechtslage**, sondern auch bei **geringer Schuld** und **eingeschränktem Risiko für Betroffene** verhängt. Prominentestes Beispiel ist wohl das Bußgeld in Millionenhöhe gegen die *1&1 Telekom GmbH*. Dieses erging, obwohl der Verstoß gegen die DS-GVO nicht schwer wog und die vom Unternehmen implementierten Sicherheitsvorkehrungen der **bis dahin gängigen** und von der Aufsicht bisher nicht beanstandeten **Praxis** entsprachen. Zudem zeigte sich das Unternehmen kooperativ. Dennoch wurden die Verarbeitungsprozesse

¹⁴⁹ OLG Karlsruhe Beschl. v. 29.10.2004 – 1 Ss 121/04; OLG Braunschweig Beschl. v. 18.2.200 – 1 Ss (B) 61/99; aus der Literatur *Arzt*, in: Küper/Jürgen (Hrsg.): Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, 1993, S. 61.

¹⁵⁰ OLG Hamm VRS 54, 447.

nicht etwa zunächst beim Betroffenen beanstandet und diesem so die Möglichkeit gegeben, über eine ggf. abweichende Rechtsposition eine verwaltungsgerichtliche Entscheidung einzuholen oder seine Prozesse dem Willen der Behörde entsprechend anzupassen. Die Sanktion stellte also weniger eine Reaktion auf das tatsächliche Unrecht der Tat dar, die Behörde wollte nach eigenen Angaben vielmehr ein „klares Zeichen“¹⁵¹ setzen.¹⁵² Ähnlich gelagerte Fälle finden sich einige.¹⁵³

Ein weiteres Beispiel ist das vom *Hamburger Beauftragten für Datenschutz* verhängte Bußgeld gegen *Facebook* in Höhe von 51.000 Euro, weil das Unternehmen einen Wechsel des Datenschutzbeauftragten nicht mitgeteilt hatte.¹⁵⁴ Rigoros erscheint das Bußgeld vor allem mit Blick auf die unsichere Rechtslage, die dem Bußgeld damals zugrunde lag. *Facebook* hatte nämlich im Rahmen des vom *HmbBfDI* eingeleiteten Bußgeldverfahrens in verschiedener Hinsicht rechtliche Zweifel hinsichtlich der Frage geäußert, ob es sich bei dem gerügten Verhalten tatsächlich um einen bußgeldbewehrten Verstoß gehandelt habe. Die rechtlichen Argumente *Facebooks* betrafen unter anderem die damals strittige Frage, ob die rein deutsche

¹⁵¹ *Kubiciel* Was bleibt von der Millionenstrafe?, in FAZ v. 18.11.2020, S. 16.

¹⁵² *Kubiciel* Was bleibt von der Millionenstrafe?, in FAZ v. 18.11.2020, S. 16.

¹⁵³ Auch gegen die *AOK* wurde, hier vom *LfdDI Baden-Württemberg*, „aus dem Nichts“ eine Geldbuße in Höhe von 1.240.000 Euro verhängt. Vorgeworfen wurde der *AOK* ein unzureichender Sicherheitsstandard bei der Datenverarbeitung im Kontext unterschiedlicher Gewinnspiele. Die *AOK* hatte zwar technisch und organisatorische Maßnahmen, u. a. interne Richtlinien und Datenschutzschulungen, implementiert, mithin nicht auf die Umsetzung der nach der DSGVO erforderlichen datenschutzrechtlichen Standards verzichtet. Diese waren nach Ansicht der Behörde jedoch unzureichend. Unmittelbar nach Bekanntwerden des Vorwurfs stellte die *AOK* alle vertrieblischen Maßnahmen ein, um sämtliche Abläufe grundlegend auf den Prüfstand zu stellen, gründete eine Projektgruppe für Datenschutz im Vertrieb und passte neben Einwilligungserklärungen insbesondere auch interne Prozesse und Kontrollstrukturen an. Die *AOK* zeigt sich mithin kooperationsbereit und stets gewillt, die bisher unklaren gesetzlich vorgeschriebenen Sicherheitsanforderungen in ihre Prozesse zu implementieren. Ein Bußgeld erging dennoch. Vgl. hierzu die Pressemitteilung des *LfdI BW*, online abrufbar unter: <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/lfdi-baden-wuerttemberg-verhaengt-bussgeld-gegen-aok-baden-wuerttemberg-wirksamer-datenschutz-erfordert-regelmaessige-kontrolle-und-anpassung/> (zuletzt abgerufen am 23.11.2020)..

¹⁵⁴ Das Bußgeld mag auf den ersten Blick niedrig erscheinen, es erging aber nicht gegen den milliardenschweren Mutterkonzern, sondern gegen die deutsche Tochter wegen eines ausschließlich in Deutschland begangenen und geregelten Verstoßes gegen die Mitteilungspflicht. Vgl. *HmbBfDI* Tätigkeitsbericht Datenschutz 2019, S. 106 f.

Pflicht zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten ab 10 bzw. 20 Beschäftigten überhaupt wirksam war.¹⁵⁵ Johannes Caspar, zuständiger BfDI, erwiderte auf die Einwände von Facebook derzeit ausdrücklich, er kenne zwar die vorgetragenen Argumente, dies könne aber nicht zur Passivität aufgrund von Rechtsunsicherheiten führen.¹⁵⁶ Zudem drohen die Aufsichtsbehörden nach wie vor immer wieder unspezifisch Bußgelder an und das auch dann, wenn die Rechtslage nicht einhellig beurteilt wird. So betonte etwa der *Bayerischen LDA* in einer Presserklärung im Juni 2020, wer die CoronaWarn-App für Zwecke der Zugangskontrolle oder des betrieblichen Infektionsschutzes nutze, begäbe sich „datenschutzrechtlich ins Abseits“. Weiter hieß es: „Da *wir* keine Gewähr dafür sehen, dass grundlegende datenschutzrechtliche Anforderungen eingehalten werden können, werden wir solche Zweckentfremdungen der Warn-App wenn nötig auch mit Geldbußen unterbinden.“¹⁵⁷ Einigkeit hinsichtlich der Bewertung des Einsatzes des App bestand zum damaligen Zeitpunkt keine.

Unsicherheiten hinsichtlich der rechtlichen Auslegung der DS-GVO bzw. **Uneinigkeiten** zwischen Aufsicht und Verantwortlichen hinsichtlich der rechtlichen Bewertung einer Datenschutzpraxis **begründen** im Lichte dieser teils unvorhersehbaren Praxis grundsätzlich auch die **Gefahr einer Sanktionierung** der Verantwortlichen.

Eine hiervon **abweichende Beurteilung** dürfte sich im Allgemeinen nur dann ergeben, wenn die Aufsichtsbehörden von dieser Praxis prinzipiell abrückten und vor allem im Falle unklarer Rechtslagen zunächst auf die ihnen ebenfalls zur Verfügung stehenden verwaltungsrechtlichen Abhilfebefugnisse zurückgriffen. So könnten sich die Verantwortlichen

¹⁵⁵ *HmbBfDI* Tätigkeitsbericht Datenschutz 2019, S. 104.

¹⁵⁶ *HmbBfDI* Tätigkeitsbericht Datenschutz 2019, S. 106.

¹⁵⁷ *Bayerisches LDA* Pressemitteilung vom 25. Juni 2020: Wahrung der Vertraulichkeit bei Kontaktdatenerfassung in der Gastronomie - Keine Zweckentfremdung der Corona-Warn-App, abrufbar unter: https://www.lda.bayern.de/media/pm/pm2020_5.pdf (zuletzt abgerufen am: 16.11.2020).

darauf verlassen, dass sie im Falle bestehender Rechtsunsicherheiten, bevor die Behörde ein Bußgeld verhängt, mit einer Verwaltungsverfügung belegt werden. Gegen diese ist Rechtsschutz im Wege der verwaltungsrechtlichen Klage möglich, um die Rechtsunsicherheiten beizulegen.

Mit Blick auf die derzeitige Praxis der Datenschutzaufsicht entfällt das Feststellungsinteresse hingegen nur dann, wenn die Behörde sich **von** der vorgenannten **Sanktionspraxis im konkreten Fall** ausdrücklich **distanziert**. Dies geschieht bspw., wenn sie schriftlich zusagt, dass sie bis zu einer gerichtlichen Klärung etwaiger Streitfragen auf sanktionierende Maßnahmen verzichten wird. Das gleiche gilt, wenn die Aufsicht, wie die *LDI NRW* im Tätigkeitsbericht 2020 mit Blick auf den Betrieb einer Facebook-Fanpage vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung (Fanpage, Jehova, Fashion ID)¹⁵⁸ klarstellt, sie werde weitere Schritte erst ergreifen, wenn Ergebnisse des gegenwärtigen Diskurses zur betreffenden Rechtsunsicherheit absehbar sind.

Unter diesem Gesichtspunkt hat das *OVG Münster* 2017 das qualifizierte Feststellungsinteresse an vorbeugendem Rechtsschutz innerhalb der Prüfung des § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO abgelehnt. Im entsprechenden Fall hatte die Bundesnetzagentur mitgeteilt, sie werden bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens zur Klärung der Verfassungskonformität des § 113 b TKG von Anordnungen und sonstigen Maßnahmen zur Durchsetzung der in § 113 b TKG geregelten Speicherpflichten gegenüber allen verpflichteten Unternehmen absehen und bis dahin keine Bußgeldverfahren wegen einer nicht erfolgten Umsetzung der Speicherpflicht einleiten und auch nachträgliche Bußgeldverfahren für den Fall eines Obsiegens im Hauptsacheverfahren ausgeschlossen.¹⁵⁹

¹⁵⁸ *LDI NRW* Tätigkeitsbericht 2020, S. 21 f.

¹⁵⁹ *OVG Münster* Urt. v. 25.8.2017 – 13 B 726/17, Rn. 19. Hierzu *BfDI* Vorratsdatenspeicherung, abrufbar unter: https://www.bfdi.bund.de/DE/Datenschutz/Themen/Telefon_Internet/TelefonArtikel/Vorratsdatenspeicherung.html (zuletzt abgerufen am: 6.10.2020)

bb) Der wirtschaftliche Zwang zur Reaktion

Rechtliche Meinungsunterschiede zwischen Aufsicht und Verantwortlichen begründen nach dem oben Gesagten also stets eine latente Sanktionsgefahr. Ein qualifiziertes Feststellungsinteresse wird hierdurch allein jedoch noch nicht begründet. Zu untersuchen gilt es daher zudem, ob bzw. wann diese Gefahr wirtschaftlichen Handlungsdruck beim Verantwortlichen auslöst. Erst dieser Handlungsdruck begründet nämlich im Ergebnis das qualifizierte Feststellungsinteresse (hierzu oben Teil 3, Abschnitt B 2 a bb).

Angesichts der drakonischen Bußgeldhöhen der DS-GVO, die in den meisten Fällen geeignet wären, den Jahresgewinn eines Unternehmens abzuschöpfen,¹⁶⁰ bedeutet eine potentielle Sanktionierung stets enorme, unter Umständen gar existenzielle, **finanzielle Risiken** für die Verantwortlichen. Dies gilt umso mehr, als die Aufsicht den hohen Bußgeldrahmen der DS-GVO in der Vergangenheit auch ausschöpfte und selbst in Fällen bestehender Rechtsunsicherheiten **medienwirksame Bußgelder** in **Millionenhöhe** verhängt.¹⁶¹

Hinzu kommt, dass die durch die Datenschutzaufsicht verhängten Bußgelder, auch in Anbetracht ihrer Höhen, eine besondere **Stigmatisierungswirkung** entfalten. Die bloße Verwicklung in ein Bußgeldverfahren begründet daher im Datenschutzrecht nicht selten eine nachhaltige und teilweise irreparable **Rufschädigung**, die selbst ein Freispruch nicht wiedergutzumachen vermag.

Die Praxis der Aufsichtsbehörden begründet daher im Falle bestehender Rechtsunsicherheiten nicht nur eine prinzipielle Sanktionsgefahr, sondern aufgrund der im schlimmsten Fall image- und wirtschaftlich existenzgefährdender Auswirkungen ergangener Bußgelder auch **unmittelbar** das **Bedürfnis auf diese Gefahr zu reagieren**.

¹⁶⁰ So HK DS-GVO/BDSG-*Schwartmann/Jacquemain* Art. 83 Rn. 11, 135.

¹⁶¹ Zum Bußgeldkonzept HK DS-GVO/BDSG-*Schwartmann/Jacquemain* Art. 83 Rn. 91 ff.

cc) Zwischenergebnis: Qualifiziertes Feststellungsinteresse im Zeitpunkt der Konkretisierung der Rechtsbeziehung

Es entsteht also, sobald sich eine Aufsichtsbehörde der Sache nach auf eine Rechtsposition festlegt, der zufolge die bei einem Verantwortlichen durchgeführten Datenverarbeitungsprozesse den Erfordernissen der DS-GVO nicht genügen, bei diesem das wirtschaftliche Bedürfnis, hierauf bspw. Durch die Umstellung dieser Prozesse zu reagieren, um eine Sanktionierung auszuschließen. Daher begründet die **Konkretisierung der Rechtsbeziehung** zwischen der Aufsicht und dem Verantwortlichen im Datenschutzrecht **gegenwärtig** prinzipiell auch das **qualifizierte Feststellungsinteresse** an einer vorbeugenden Feststellungsklage. Weiteres Abwarten ist dem Verantwortlichen schon jetzt grundsätzlich nicht mehr zuzumuten.

Nach der „Damokles-Rechtsprechung“ hat der Kläger ein qualifiziertes Feststellungsinteresse an der gerichtlichen Klärung verwaltungsrechtlicher Streitfragen, wenn ihm die Verhängung eines Bußgeldes droht. Damit ein Bußgeld in diesem Sinne „droht“ ist nicht erforderlich, dass die Behörde die Sanktionierung unmittelbar und konkret in Aussicht stellt. Ein Feststellungsinteresse besteht vielmehr, sobald die (abstrakte oder konkrete) Gefahr der Sanktionierung Handlungsdruck auf den Kläger ausübt. Dies ist bei der uneinheitlichen und potentiell eingriffsintensiven Praxis der Aufsichtsbehörden im Bereich des Datenschutzrechtes grundsätzlich bereits dann der Fall, wenn der Kläger von einer Rechtsposition der Aufsichtsbehörde abweichen will.

3. Feststellungsinteresse bei Erledigung des Streitgegenstandes

In der Praxis sind Fälle denkbar, in denen sich der Streitgegenstand des Verwaltungsverfahrens vor Klagerhebung bzw. Prozessbeendigung erledigt. Da der Streitgegenstand der

Feststellungsklage das konkrete Rechtsverhältnis zwischen Aufsichtsbehörde und Verantwortlichem ist, welches sich in dem streitigen Rechtsverstoß des Verantwortlichen gegen die DS-GVO begründet, erledigt sich der Streitgegenstand, wenn der Verantwortliche die **streitgegenständlichen Datenverarbeitungsprozesse nicht mehr durchführt** oder bereits dem Willen der Behörde nach modifiziert hat und daher gegenwärtig nicht mehr gegen die DS-GVO verstößt.

Der Verantwortliche, dem nunmehr zwar kein Bußgeld mehr droht, kann aber dennoch ein Interesse an einer gerichtlichen Klärung der verwaltungsrechtlichen Zweifelsfrage haben. Ein solches ist insbesondere dann anzunehmen, wenn ein Bußgeld in der Vergangenheit aufgrund der vorherigen Datenschutzpraxis des Verantwortlichen bereits erging, gegen welches der Verantwortliche nunmehr Rechtsschutz ersucht. Das feststellende verwaltungsgerichtliche Urteil könnte die Entscheidung im Ordnungswidrigkeitenverfahren im Falle eines Sieges nämlich zugunsten den Bußgeldadressaten beeinflussen.

Praxisrelevanz entfaltet die vorgenannte Konstellation nur dann, wenn der Verantwortliche beabsichtigt seine **Prozesse dauerhaft** dem kommunizierten Willen der Behörde anzupassen oder **auszusetzen**, etwa, weil eine erneute Umgestaltung abermals Kosten verursachen würde. Möchte der Verantwortliche seine Prozesse nämlich zukünftig erneut in der Form umstrukturieren, dass ein streitiges Rechtsverhältnis wieder zu bejahen wäre, begehrt er jedenfalls auch vorbeugenden Rechtsschutz gegen zu erwartende Bußgelder, ergibt sich die Feststellungsfähigkeit bereits mit Blick auf das sich anbahnende zukünftige Rechtsverhältnis.

Da das streitgegenständliche Rechtsverhältnis im Falle der Erledigung des streitgegenständlichen Sachverhalts in der Vergangenheit liegt, sind die entwickelten Grundsätze der Damokles-Rechtsprechung, die stets den vorbeugenden Rechtsschutz gegen drohende Bußgelder im Auge hatte, auf dieses nicht ohne Weiteres zu übertragen. Das Feststellungsinteresse bedarf daher einer sorgsamem Betrachtung.

a) Feststellungsfähigkeit vergangener Rechtsverhältnisse

Um die Gerichte nicht über Gebühr zu belasten, wird nicht nur im Bereich des vorbeugenden Rechtsschutzes, sondern auch im Zusammenhang mit der Feststellungsfähigkeit vergangener Rechtsverhältnisse, ein **qualifiziertes Feststellungsinteresse** verlangt, welches sich regelmäßig unter dem Gesichtspunkt der **anhaltenden abträglichen Wirkungen** ergibt.¹⁶² Dass die von der Rechtsprechung hierzu bisher entwickelten aber als exemplarisch zu betrachtenden Fallgruppen,¹⁶³ zu bejahen sind, ist im Falle eines bereits eingeleiteten Ordnungswidrigkeitenverfahrens nicht auszuschließen, hängt jedoch vom jeweiligen Einzelfall ab.

b) Feststellungsfähigkeit vergangener Rechtsverhältnisse im Lichte der Damokles-Rechtsprechung

Mit Blick auf die „**Damokles-Rechtsprechung**“ ist ein qualifiziertes Feststellungsinteresse in der eingangs genannten Konstellation hingegen prinzipiell zu bejahen. Die genannte Rechtsprechung begründet insofern nicht nur eine **besondere Fallgruppe** des qualifizierten Feststellungsinteresses im Rahmen des vorbeugenden Rechtsschutzes, sondern auch dann, wenn es um die Feststellungsfähigkeit vergangener Rechtsverhältnisse geht, insofern ein Ordnungswidrigkeitenverfahren bereits anhängig ist.

¹⁶² Sodan/Ziekow-Helge/Sodan § 43 VwGO Rn. 90.

¹⁶³ Ein besonderes Feststellungsinteresse liegt nach diesen bei andauernder Diskriminierung (Rehabilitationsinteresse), einem nachhaltigen und schwerwiegenden Grundrechtseingriff oder beabsichtigter Geltendmachung von Amtshaftungs- und Entschädigungsansprüchen vor. In der jüngsten Rechtsprechung wurde auch der gewichtige Grundrechtseingriff ohne anhaltende Wirkung als weiterer Grund anerkannt.

aa) Die Übertragbarkeit der Rechtsprechung auf vergangene Rechtsverhältnisse

Zwar ergeben sich in der Konstellation eines bereits anhängigen Ordnungswidrigkeitenverfahrens bei gleichzeitiger Erledigung des verwaltungsrechtlichen Streitgegenstandes im Vergleich zu denjenigen Fallkonstellationen, die der „Damokles-Rechtsprechung“ bisher typischerweise zugrunde gelegen haben, **Besonderheiten**. Diese hindern die Übertragbarkeit der entwickelten Rechtsgrundsätze jedoch nicht. Dass die Rechtslage zwischen den Parteien nicht geklärt war, führte in den bisherigen Fallkonstellationen typischerweise dazu, dass der Kläger *entweder* ein Recht, das ihm seiner Meinung nach zustand, nicht ausüben konnte *oder* er sich der Gefahr aussetzen musste, dass die unerlaubte Tätigkeit mit einer (weiteren) Geldbuße geahndet wird.¹⁶⁴ Voraussetzung war insoweit nicht nur, dass sich der Betroffene bei Untätigkeit der „Gefahr einer Sanktionierung“¹⁶⁵ aussetzte, sondern regelmäßig auch, dass er ein Recht, das ihm seiner Meinung nach zustand, *aufgrund* dieser Gefahr nicht ausüben konnte. Dass eine solche **Kausalbeziehung** bisher stets anzunehmen war, ist jedoch ebenso wenig auf ein positives Erfordernis zurückzuführen, wie es für das Feststellungsinteresse stets einer ausdrücklichen oder konkludenten Bußgeldandrohung bedürfte. Begründet ist diese Rechtssprechungspraxis vielmehr in der Tatsache, dass sich das *BVerwG* im Zuge der „Damokles-Rechtsprechung“ bisher regelmäßig mit Fällen befasst hat, in denen (jedenfalls auch) vorbeugender Rechtsschutz begehrt wurde.

Schließlich hat ein Bußgeldadressat nach der „Damokles-Rechtsprechung“ ein berechtigtes Interesse daran, die Klärung einer verwaltungsgerichtlichen Streitfrage durch das **sachnähere Verwaltungsgericht** zu veranlassen statt sie „auf der Anklagebank erleben zu müssen“. Hierbei beziehen sich sowohl *BVerfG* als auch

¹⁶⁴ *VG München* Urt. v. 8.7.2015 – M 18 K 14.1109, Rn. 35.

¹⁶⁵ So ausdrücklich das *VG München* Urt. v. 8.7.2015 – M 18 K 14.1109, Rn. 20.

BVerwG ausdrücklich auf den **Einfluss**, den eine für den Betroffenen günstige Entscheidung des Verwaltungsgerichts **auf einen potenziellen Sanktionsprozess** auszuüben vermag, um das Feststellungsinteresse zu begründen. Insofern kann es keine Rolle spielen, ob der verwaltungsrechtliche Streitgegenstand an die Vergangenheit, die Gegenwart oder die Zukunft anknüpft.¹⁶⁶

bb) Voraussetzungen des Feststellungsinteresses

Das Feststellungsinteresse ist bei Erledigung des verwaltungsrechtlichen Streitgegenstandes im Lichte der Damokles-Rechtsprechung immer dann zu bejahen, wenn 1. ein **Ordnungswidrigkeitenverfahren** bereits **anhängig** ist, das Rechtsverhältnis somit nach wie vor anhaltende abträgliche Wirkungen entfaltet, und 2. das Urteil des Verwaltungsgerichts geeignet ist, **Einfluss auf** das Ergebnis des **Sanktionsprozesses** zu nehmen (hierzu Teil 3, Abschnitt B III 4).¹⁶⁷

c) Widerspruch durch die Rechtsprechung des OVG Münster

Insofern setzt sich das *OVG Münster* in deutlichen und ausdrücklichen Widerspruch zur Rechtsprechung des *BVerfG* sowie des *BVerwG*, wenn es keinen Anknüpfungspunkt dafür sieht, „ein qualifiziertes Feststellungsinteresse mit Blick darauf zu bejahen, dass der Kläger (...) ein Interesse daran hat, die Klärung einer verwaltungsgerichtlichen Streitfrage durch die sachnähere und fachspezifischere

¹⁶⁶ Zwar stellt das *BVerwG* auch auf wirtschaftliche Erwägungen und die „Unsicherheit in der kaufmännischen Disposition“ ab (*BVerwG* Urt. v. 13.1.1969 – I C 86/64, Rn. 19, Rn. 19) und damit auf die besondere gegenwärtige Zwangslage, die von einer Bußgeldandrohung ausgeht. Diese Erwägungen führt das *BVerwG* jedoch, wenn überhaupt, nur hilfsweise an; die Verwaltungsgerichte verzichten hierauf regelmäßig gänzlich. Primäres Argument ist typischerweise das Interesse des Klägers „verwaltungsrechtliche Zweifelsfragen nicht auf der Anklagebank erleben zu müssen“ (*BVerwG* Urt. v. 13.1.1969 – I C 86/64, Rn. 18).

¹⁶⁷ A.A. *OVG Münster* Urt. v. 8.12.2014 – 13 A 1505/14, Rn. 32 f.; *BGH* Beschl. v. 24.2.2016 – AnwZ 62/15 Rn. 19.

Rechtsschutzform zu veranlassen und nicht von der Anklagebank erleben zu müssen.“¹⁶⁸

Dem Gericht mag dahingehend zuzustimmen sein, dass es einen „Anspruch auf einen sachnäheren Richter“ nicht gibt.¹⁶⁹ Fehl geht hingegen die Schlussfolgerung, dass allenfalls ein solcher Anspruch ein qualifiziertes Feststellungsinteresse rechtfertigen könnte.¹⁷⁰ Zur Begründung des Feststellungsinteresses bedarf es nämlich nicht zwingend eines rechtlichen Interesses, vielmehr genügt auch jedes Interesse wirtschaftlicher oder aber ideeller Art. Ein schutzwürdiges Interesse daran, den Verwaltungsrechtsweg als „fachspezifischere“ Rechtsschutzform einzuschlagen, hat der Betroffene aber nach der Rechtsprechung des *BVerwG* ausdrücklich, auch wenn er einen positiven Anspruch hierauf nicht hat.

Das *OVG Münster* hat mithin die Übertragbarkeit der „Damokles-Rechtsprechung“ auf den in der Entscheidung streitgegenständlichen Sachverhalt verkannt.¹⁷¹ Ob sich im Rahmen einer Feststellungsklage ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse aus dem Umstand ergibt, dass aufgrund eines anhängigen Strafverfahrens eine Sanktion des Klägers auf der Grundlage einer verwaltungsgerichtlichen Vorfrage droht, ist nämlich nicht davon abhängig, ob die Feststellungsklage ein gegenwärtiges oder ein vergangenes Rechtsverhältnis betrifft, sondern vielmehr, ob das Urteil des Verwaltungsgerichts geeignet ist, Einfluss auf das Ergebnis des Strafgerichts zu nehmen.¹⁷²

4. Einfluss des Ordnungswidrigkeitenverfahrens auf das Feststellungsinteresse

Die Begründung des Feststellungsinteresses mit dem Einfluss des Verwaltungsprozesses auf die sanktionsrechtliche Schuldfrage wirft

¹⁶⁸ *OVG Münster* Urt. v. 8.12.2014 – 13 A 1505/14, Rn. 23.

¹⁶⁹ *OVG Münster* Urt. v. 8.12.2014 – 13 A 1505/14, Rn. 23.

¹⁷⁰ *OVG Münster* Urt. v. 8.12.2014 – 13 A 1505/14, Rn. 23.

¹⁷¹ *OVG Münster* Urt. v. 8.12.2014 – 13 A 1505/14, Rn. 25.

¹⁷² A.A. *OVG Münster* Urt. v. 8.12.2014 – 13 A 1505/14, Rn. 32 f.

nicht nur die Frage nach dem grundsätzlichen Verhältnis der Verfahren zueinander auf (hierzu Teil 3), es stellt sich insbesondere auch die Frage nach den Auswirkungen des Straf- bzw. Bußgeldverfahrens(stands) auf das Feststellungsinteresse.¹⁷³

a) Parallelität von Verwaltungs- und Ordnungswidrigkeitenverfahren

Die Antwort auf die Frage nach den Auswirkungen des Straf- bzw. Bußgeldverfahrens(stands) auf das Feststellungsinteresse wird teilweise uneinheitlich beurteilt. Einigkeit besteht allerdings dahingehend, dass die „Damokles-Rechtsprechung“ ein Feststellungsinteresse nicht nur begründet, insofern es bisher weder zur Strafanzeige noch zur Einleitung eines Bußgeldverfahren gekommen ist, eine Parallelität von Verwaltungsprozess und Ordnungswidrigkeitenverfahren mithin ausscheidet. Erfasst sind, anders als im Bereich der Amtshaftungsprozesse, wo sich das Feststellungsinteresse des Klägers aus dem Interesse ergibt, sich die „Früchte des bisherigen Prozesses“¹⁷⁴ zu erhalten, auch Fälle, in denen der Kläger „schon auf der Anklagebank sitzt“¹⁷⁵. Das Feststellungsinteresse im Bereich des Ordnungswidrigkeitenrechts begründet sich nämlich nicht mit dem bisherigen und notwendigen Prozessaufwand zur Abwehr einer Belastung, sondern mit der Sachnähe der Verwaltungsgerichte zu verwaltungsrechtlichen Zweifelsfragen und dem **Einfluss**, den eine dem Kläger günstige Entscheidung des Verwaltungsgerichts **auf die Beurteilung der strafrechtlichen Schuldfrage** ausüben kann. Ein solches Interesse besteht somit nicht nur mit Blick in die Zukunft, sondern auch und gerade dann, wenn ein Ordnungswidrigkeitenverfahren bereits

¹⁷³ So *Lässig* Zulässigkeit der vorbeugenden Feststellungsklage bei drohendem Bußgeldbescheid, NVwZ 1988, 410, 412.

¹⁷⁴ BVerwG Urt. v. 11.03.1993 – 3 C 90.90, Rn. 29 m.w.N.

¹⁷⁵ Statt aller VG Frankfurt Urt. v. 11.2.1987 – III/1-1447/86; VGH Kassel Urt. v. 17.12.1985 – 9 UE 2162/85, Rn. 63.

anhängig ist. Die Gefahr die Klärung spezifisch verwaltungsgerichtlicher Fragen „auf der Anklagebank erleben“ zu müssen, besteht in diesem Fall unmittelbar.

Ob ein Feststellungsinteresse tatsächlich **in jedem Stadium eines bereits eingeleiteten Ordnungswidrigkeitenverfahrens** bejaht werden kann, wurde hingegen noch nicht eingehend von den Gerichten behandelt. Das *OVG Lüneburg* etwa zweifelt dies an, da dem Betroffenen sonst ein Mittel zur **Verzögerung eines Sanktionsverfahrens** „an die Hand gegeben“¹⁷⁶ würde: Würde man ein Feststellungsinteresse uneingeschränkt annehmen, könnte ein Betroffener, so das *OVG Lüneburg*, mit der Erhebung einer Feststellungsklage zunächst den Verlauf des Verfahrens abwarten, um dann zu einem aus seiner Sicht günstigen Zeitpunkt eine Feststellungsklage zu erheben.¹⁷⁷ Die Verneinung des Feststellungsinteresses aus den vorgenannten Gründen ist in der Tat nicht ausgeschlossen, sollte aber nicht am Stand des Verfahrens festgemacht werden, sondern vielmehr an einer rechtsmissbräuchlichen Motivation. Schließlich ist das Interesse geschützt, fachspezifischen Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten zu erlangen, nicht jedoch einen Sanktionsprozess zu verzögern. Der Stand des Verfahrens kann hierbei nur Indizwirkung entfalten. Den Ausgang eines behördlichen Ordnungswidrigkeitenverfahrens zunächst abzuwarten ist schließlich nicht zwangsläufig rechtsmissbräuchlich.

b) Der Einfluss des Verwaltungsprozesses auf die Schuld

Da es der Einfluss des zu erwarteten Feststellungsurteils auf die Beurteilung der strafrechtlichen Schuldfrage ist, der das Feststellungsbegehren im Ergebnis rechtfertigt (s.o. Teil 3, Abschnitt B III 1 a), sind es die Auswirkungen des Standes des

¹⁷⁶ *OVG Lüneburg* Beschl. v. 17. Juni 2010 – 13 LA 78/09 Rn. 12.

¹⁷⁷ *OVG Lüneburg* Beschl. v. 17. Juni 2010 – 13 LA 78/09 Rn. 12.

Sanktionsverfahrens auf die Möglichkeit eben dieser Einflussnahme, die dessen Auswirkungen auf das Feststellungsinteresse bestimmen.¹⁷⁸ Ein Feststellungsinteresse besteht daher nur solange, wie das Verwaltungsverfahren mit Blick auf den Stand des Ordnungswidrigkeitenverfahrens (noch) geeignet ist, auf die Beurteilung der Schuldfrage Einfluss zu nehmen.

Unstrittig ist das Feststellungsinteresse gegeben, wenn das Verfahren durch die Aufsichtsbehörde oder nach entsprechender Anwendung von § 262 Abs. 2 StPO iVm § 71 OWiG durch das Gericht mit Blick auf den Verwaltungsprozess bzw. die verwaltungsrechtliche Zweifelsfrage **ausgesetzt** wurde.¹⁷⁹

Im Übrigen kann die Frage, welche Rolle der Verwaltungsprozess für das Ordnungswidrigkeitenverfahren im Einzelfall spielt, nicht pauschal beantwortet werden. Es bedarf vielmehr stets einer **Betrachtung der Umstände im jeweiligen Einzelfall**. Zu untersuchen gilt es hierbei, ob auch in Ansehung des Standes des bzw. der Ordnungswidrigkeitenverfahren gegenwärtig noch die Gefahr einer Bestrafung besteht (1.) und bejahendenfalls, ob das Urteil des Verwaltungsgerichts faktisch dazu geeignet ist, sich auf die Sanktionsentscheidung(en) der Behörde bzw. des Amtsgerichts auszuwirken (2.). Abzulehnen ist das Feststellungsinteresse also, wenn mit Blick auf den Stand des Ordnungswidrigkeitenverfahrens die Gefahr der Sanktionierung nicht mehr besteht oder die Beeinflussung der Sanktionsentscheidung(en) durch das Feststellungsurteil in der konkreten Fallkonstellation auszuschließen ist.

So soll das Feststellungsinteresse nach einer in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung etwa entfallen, wenn der Prozess gegen ein in der Vergangenheit verhängtes Bußgeld vom Amtsgericht **eingestellt**

¹⁷⁸ Der Verwaltungsprozess kann hierbei nicht nur Bedeutung für den Ausgang eines Rechtsbehelfs gegen ein verhängtes Bußgeld vor den ordentlichen Gerichten haben. Eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts kann auch die Einleitung zukünftiger Ordnungswidrigkeitenverfahren durch die Verwaltungsbehörden hindern.

¹⁷⁹ Statt aller *VGH Mannheim* Ur. v. 11.2.2010 – 9 S 1130/08, Rn. 187; *VG Frankfurt* Ur. v. 11.2.1987 – III/1 – 1447/86. *Sodan/Ziekow-Helge/Sodan* § 43 VwGO Rn. 88.

wird, da die Gefahr einer Verurteilung nun nicht mehr besteht.¹⁸⁰ Dem ist nur dann zuzustimmen, wenn die Gefahr einer abermaligen Ahndung einer vergleichbaren Tat durch die Verwaltungsbehörde ebenfalls nicht gegeben ist. Dies hängt etwa davon ab, auf welche Argumente sich der Einstellungsbeschluss stützt, ist aber in jedem Fall anhand der Umstände im Einzelfall zu prüfen.

Mit dem *VG Frankfurt* ist zudem davon auszugehen, dass die Frage, ob das Urteil des Verwaltungsgerichts dazu geeignet ist, sich auf die Sanktionsentscheidung auszuwirken, durchaus mit Blick auf die **lange Verfahrensdauer** vor den Verwaltungsgerichten verneint werden kann.¹⁸¹ Ist etwa anzunehmen, dass das Sanktionsverfahren abgeschlossen sein wird, bevor eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts ergeht, kann sich ein berechtigtes Interesse an der begehrten Feststellung jedenfalls im Hinblick auf das schwebende Sanktionsverfahren nicht mehr ergeben.¹⁸² Droht die Gefahr einer abermaligen Ahndung einer vergleichbaren Tat ebenso wenig, entfällt mithin das Feststellungsinteresse.¹⁸³

Nicht zuzustimmen ist dem *VG Frankfurt* hingegen, wenn es pauschal annimmt, dass ohne eine Aussetzung des Verfahrens nicht davon ausgegangen werden kann, dass sich das Urteil des Verwaltungsgerichts auf die Entscheidung des Strafgerichts auswirkt, da „nicht ausgeschlossen werden kann“, dass die Strafrichter „aufgrund eigener Prüfung zu einem völlig anderen Ergebnis hinsichtlich der streitigen Frage“ kommen.¹⁸⁴ Denn das *BVerwG* stellt in seiner Rechtsprechung ausdrücklich klar, dass die Tatsache, dass die Entscheidung des Verwaltungsgerichts für den Strafrichter im Rahmen eines Verfahrens gegen ein verhängtes Bußgeld nicht bindend ist,

¹⁸⁰ Vgl. *VGH Kassel* Urt. v. 17.12.1985 – 9 UE 2162/85, Rn. 63.

¹⁸¹ *VG Frankfurt* Urt. v. 11.2.1987 – III/1 – 1447/86.

¹⁸² A.A. Sodan/Ziekow-Helge/Sodan § 43 VwGO Rn. 88.

¹⁸³ *VG Frankfurt* Urt. v. 11.2.1987 – III/1 – 1447/86.

¹⁸⁴ *VG Frankfurt* Urt. v. 11.2.1987 – III/1 – 1447/86.

unerheblich ist.¹⁸⁵ Ebenso wenig taugen die Verweise des *VG Frankfurt* auf prozessökonomische Erwägungen, denen es widerspräche im Falle eines bereits eingeleiteten Sanktionsprozesses ein weiteres Gericht mit der streitigen Frage zu befassen, oder auf die Bindungsfreiheit des Strafgerichts, im Lichte derer der Kläger durch Einschaltung des fachspezifischen (Verwaltungs-)Gerichts dieses zur „Gutachtenstelle“ mache, um ein Feststellungsinteresse zu verneinen. Schließlich setzt sich das *VG Frankfurt* so in ausdrücklichen Widerspruch zur Rechtsprechung des *BVerwG* sowie des *BVerfG*, die dem Adressaten einer Sanktionsandrohung ein Interesse daran zusprechen, den Verwaltungsrechtsweg als „fachspezifischere Rechtsschutzform“ einzuschlagen.¹⁸⁶ Ein solches Vorgehen wird hier mithin weder für prozessunökonomisch gehalten, noch gehen die Gerichte davon aus, das Verwaltungsgericht würde so wertungswidersprüchlich zur „Gutachterstelle“ für ein anderes Gericht.

Das Feststellungsinteresse nach der „Damokles-Rechtsprechung“ kann auch dann bestehen, wenn das der Klage zugrunde liegende Rechtsverhältnis in der Vergangenheit liegt, etwa weil der Kläger die streitgegenständlichen Datenverarbeitungsprozesse nicht mehr durchführt. Es ist in diesem Fall immer dann zu bejahen, wenn erstens ein Ordnungswidrigkeitenverfahren bereits anhängig ist, das Rechtsverhältnis somit nach wie vor anhaltende abträgliche Wirkungen entfaltet, und zweitens das Urteil des Verwaltungsgerichts geeignet ist, Einfluss auf das Ergebnis des Sanktionsprozesses zu nehmen.

IV. Subsidiarität der Feststellungsklage

Nach § 43 Abs. 2 S. 1 VwVfG kann die Feststellung „nicht begehrt werden, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder

¹⁸⁵ *BVerwG* Urt. v. 9.5.1957 – I C 31.54, Rn. 16; Urt. v. 13.1.1969 – I C 86/64, Rn. 18; Urt. v. 17.1.1972 – I C 33.68, Rn. 7; Urt. v. 23.6.2016 – 2 C 18.15, Rn. 20; *OVG Münster* Urt. v. 29.1.2014 – 13 A 1901/11, Rn. 25.

¹⁸⁶ *BVerwG* Urt. v. 9.5.1957 – I C 31.54, Rn. 16; Urt. v. 13.1.1969 – I C 86/64, Rn. 18; Urt. v. 17.1.1972 – I C 33.68, Rn. 7; Urt. v. 23.6.2016 – 2 C 18.15, Rn. 20; *OVG Münster* Urt. v. 29.1.2014 – 13 A 1901/11, Rn. 25.

Leistungsklagen verfolgen kann oder hätte verfolgen können“. § 43 Abs. 2 VwVfG normiert die Subsidiarität der Feststellungsklage gegenüber Anfechtungs-, Verpflichtungs- und allg. Leistungsklagen. Durch den Subsidiaritätsgrundsatz soll zum einen verhindert werden, dass die für Anfechtungs- und Verpflichtungsklage speziell normierten, besonderen Sachurteilsvoraussetzungen unterlaufen werden. Zum anderen soll der dem Kläger zustehend Rechtsschutz aus Gründen der Prozessökonomie auf ein einziges Verfahren, nämlich dasjenige, das das Rechtsschutzinteresse des Klägers am effektivsten befriedigt, konzentriert werden.¹⁸⁷ Die Subsidiarität ist daher zu verneinen, wenn der Kläger seine Rechte zwar durch eine Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen könnte, die Feststellungsklage aber effektiveren Rechtsschutz bietet¹⁸⁸ und keine Umgehung der für Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen geltenden Bestimmungen über Fristen und Vorverfahren droht.¹⁸⁹

1. Konkurrierender verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz

Eine vor den Verwaltungsgerichten eingereichte **Unterlassungsklage** konkret gerichtet auf das Unterlassen einer Sanktionierung, die einen Vollstreckungstitel vermitteln würde und somit rechtsschutzintensiver als eine Feststellungsklage wäre, kennt das Verwaltungsprozessrecht nach der hier vertretenen Ansicht nicht, da in diesem Fall eine Ordnungswidrigkeitensache betroffen und insofern der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 VwGO iVm §§ 63, 67 ff. OWiG nicht eröffnet ist (hierzu Teil 3, Abschnitt B I).¹⁹⁰

Etwas anderes würde nur gelten, wenn sich die Rechtsprechung des VG *Ansbach* durchsetzen würde, nach der ein Bürger einen Anspruch auf die Ahndung einer Tat als Ordnungswidrigkeit haben kann.¹⁹¹ Geht

¹⁸⁷ BVerwG Urt. v. 28.1.2010 – 8 C 19.09 Rn. 40; ausführlich hierzu Posser/Wolff-Möstl § 43 VwGO Rn. 12.

¹⁸⁸ BVerwG Urt. v. 28.1.2010 – 8 C 19.09 Rn. 40.

¹⁸⁹ Wysk-Wysk § 43 VwGO Rn. 46.

¹⁹⁰ So auch BVerwG Urt. v. 13.1.1969 – I C 86/64, Rn. 18.

¹⁹¹ VG *Ansbach* Urt. v. 16.03.2020 – AN 14 K 19.00464.

man nämlich davon aus, dass ein Bürger einen vor den Verwaltungsgerichtlichen einklagbaren Anspruch auf staatliche Sanktionierung haben kann, muss auch der Verantwortliche einen vor den Verwaltungsgerichten einklagbaren Anspruch auf das Unterlassen einer Sanktionierung haben können (hierzu Teil 3, Abschnitt C I 1). Auswirkungen auf die Zulässigkeit der Feststellungsklage hätte eine potenzielle Unterlassungsklage aber nicht. Denn nach gefestigter zivil- und verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung ist der Grundsatz der Subsidiarität im Verhältnis der Feststellungsklage zur vorbeugenden Unterlassungsklage nicht anzuwenden.¹⁹² Zudem wäre eine vorbeugende Unterlassungsklage lediglich darauf gerichtet, der Behörde die Verhängung eines Bußgeldes zu untersagen. Eine solche Entscheidung könnte sich u.U. auf rein sanktionsrechtliche Erwägungen stützen, etwa die im konkreten Fall fehlende Schuld oder aber Verhältnismäßigkeitserwägungen. Zu einer Klärung der verwaltungsrechtlichen Zweifelsfrage muss es insofern nicht zwangsläufig kommen. Die Feststellungsklage bietet daher in der „Damokles-Situation“ typischerweise effektiveren Rechtsschutz als die vorbeugende Unterlassungsklage.

Eine **Verpflichtungsklage** gerichtet auf die Erteilung einer aufsichtsbehördlichen Bestätigung des *Nichtvorliegens* eines Verstoßes gegen ein Handlungsgebot aus der DS-GVO wäre hingegen zulässig, aber unbegründet. Einen Anspruch darauf, dass eine Behörde durch Verwaltungsakt die Rechtmäßigkeit eines Verhaltens feststellt, gibt es grundsätzlich nicht.¹⁹³ Eine Klage, deren besondere Prozessvoraussetzungen unterlaufen werden könnten, kennt die VwGO insofern nicht.

¹⁹² BVerwG Urt. v. 7.5.1987 – 3 C 53/85, Rn. 23; Wysk-Wysk § 43 VwGO Rn. 47.

¹⁹³ So *Lässig* Zulässigkeit der vorbeugenden Feststellungsklage bei drohendem Bußgeldbescheid, NVwZ 1988, 410, 412; Posser/Wolff-Möstl § 43 Rn. 14.

2. Das Verhältnis zum Ordnungswidrigkeitenprozess

Wegen der Gleichwertigkeit der Rechtswege gilt die Subsidiarität der Feststellungsklage nicht nur gegenüber verwaltungsgerichtlichen Klagen, sondern **rechtswegübergreifend**,¹⁹⁴ d.h. etwa auch dann, wenn die mit der Feststellungsklage konkurrierende Klage vor den ordentlichen Gerichten zu erheben wäre.¹⁹⁵ Zu bedenken ist insoweit, dass der Betroffene die Rechtswidrigkeit eines Bußgeldbescheides nach §§ 63, 67 ff. OWiG auch durch **Einspruch beim Amtsgericht** geltend machen kann. Betreffen die streitgegenständliche Rechtsunsicherheit aber spezifisch sanktionsrechtliche Fragestellungen ist bereits der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet, d.h. auf die Frage der Subsidiarität kommt es gar nicht mehr an (hierzu Teil 3, Abschnitt B I). Stehen hingegen verwaltungsrechtliche Vorfragen zur Entscheidung ist dem Betroffenen ein Verweis auf das nachträgliche Einspruchsverfahren nicht zuzumuten (hierzu Teil 3, Abschnitt B III 1). Demnach steht auch den ordentlichen Gerichten eine Klage, mit der der Kläger seine Rechte effektiv verfolgen kann, nicht zur Verfügung. Dem Betroffenen bleibt somit lediglich der Weg der vorbeugenden Feststellungsklage, insofern sich die Behörde bisher keiner verwaltungsrechtlichen Eingriffsbefugnisse bedient hat.¹⁹⁶

3. Rechtsschutzmöglichkeiten im Falle verwaltungsrechtlicher Anordnungen

Hat die Aufsichtsbehörde hingegen bereits eine Untersagungsverfügung erlassen bzw. in Aussicht gestellt oder die Datenverarbeitungen förmlich beanstandet, d.h. ihre Rechtsauffassung mittels eines feststellenden Verwaltungsaktes bekanntgegeben, kann sich die Subsidiarität der Feststellungsklage und damit deren Unzulässigkeit auch mit Blick auf die verwaltungsrechtlichen

¹⁹⁴ BVerwG Urt. v. 28.1.2010 – 8 C 19.09 Rn. 40 m.w.N.

¹⁹⁵ BVerwG Urt. v. 28.1.2010 – 8 C 19.09 Rn. 40, 42.

¹⁹⁶ So auch BVerwG Urt. v. 13.1.1969 – I C 86/64, Rn. 17.

Maßnahmen der Behörde bzw. den Klagemöglichkeiten gegen diese ergeben.¹⁹⁷

Da die Feststellungsklage im Verhältnis zur vorbeugenden Unterlassungsklage ungeachtet des Subsidiaritätsgebotes zulässig ist (s.o. Teil 3, Abschnitt B IV 1), kann zwar der Subsidiaritätsgrundsatz – insofern „nur“ die **Aussicht auf einen förmlichen Verwaltungsakt** besteht – die Unzulässigkeit der Klage nicht begründen. Besteht aber die Aussicht, Adressat eines förmlichen Verwaltungsaktes zu werden, entfällt typischerweise das **Feststellungsinteresse** aus tatsächlichen Gründen. Hat die Behörde etwa deutlich gemacht, dass sie im Falle anhaltender Verstöße kein Bußgeld verhängen wird, sondern mittels verwaltungsrechtlicher Maßnahmen, etwa einer Anordnung zur datenschutzkonformen Ausgestaltung der streitgegenständlichen Datenverarbeitungen, gegen den Verantwortlichen vorgehen wird, kann sich das Feststellungsinteresse aus einer in diesem Falle *nicht mehr drohenden* Sanktionierung der Natur der Sache nach nicht mehr ergeben. Ein qualifiziertes Feststellungsinteresse mit Blick auf die Abwehr der entsprechenden Verfügung ist im Übrigen aufgrund eines Verweises auf den in diesem Falle hinreichenden nachträglichen Rechtsschutz ebenfalls abzulehnen. Ein Feststellungsinteresse ist hingegen dann zu bejahen, wenn nicht auszuschließen ist, dass die Behörde sowohl eine verwaltungsrechtliche Verfügung erlässt als auch unmittelbar ein Bußgeld verhängt.

Im **Verhältnis zur Anfechtungsklage** ist die Subsidiaritätsklausel hingen grundsätzlich strikt zu handhaben.¹⁹⁸ Ist ein feststellender Verwaltungsakt ergangen, ist eine Klage in Bezug auf das durch Verwaltungsakt festgestellte Rechtsverhältnis insofern ebenso unstatthaft und damit unzulässig,¹⁹⁹ wie wenn eine Anordnung oder eine Untersagungsverfügung bereits ergangen ist.²⁰⁰ **Nach Erlass eines Verwaltungsaktes**, der die in Rede stehende

¹⁹⁷ Wysk-Wysk § 43 VwGO Rn. 45

¹⁹⁸ Posser/Wolff-Möstl § 43 Rn. 14.

¹⁹⁹ BVerwG Urt. vom 16. Januar 2003 – 7 C 31.02.

²⁰⁰ OVG Niedersachsen Beschl. v. 17. Juni 2010 – 13 LA 78/09 Rn. 9.

datenschutzrechtlichen Pflicht verbindlich auslegt, ist primär gegen diesen vorzugehen.

4. Zwischenergebnis

Das Subsidiaritätserfordernis steht der Zulässigkeit der vorbeugenden Feststellungsklage typischerweise nicht im Wege.

Besonderheiten ergeben sich hier nur dann, wenn die Behörde einen Verwaltungsakt bereits in Aussicht gestellt oder erlassen hat. Ist der Verwaltungsakt bereits ergangen, ist gegen diesen vorzugehen. Hat die Behörde den Verwaltungsakt bisher nur in Aussicht gestellt, ist eine Subsidiarität nicht geben.

Ist die Behörde gegenüber dem Kläger bereits verwaltungsrechtlich tätig geworden, gilt es je nach Situation unterschiedliche Aspekte zu bedenken.

- Unzulässig ist die vorbeugende Feststellungsklage in Anbetracht des Subsidiaritätsgrundsatzes nach § 43 Abs. 2 S. 1 VwVfG dann, wenn die Behörde bereits einen Verwaltungsakt erlassen hat, gegen den im Wege der Anfechtungsklage vorgegangen werden kann.

- Hat die Behörde einen solchen lediglich in Aussicht gestellt, ist zu untersuchen, ob diese Ankündigung eines Verwaltungsaktes etwa in Form einer Untersagungsverfügung den Erlass eines Bußgeldbescheides unwahrscheinlich erscheinen lässt. Ist das der Fall, entfällt das Feststellungsinteresse mangels drohender Sanktion.

Handlungsoption: Die Erhebung einer vorbeugenden Feststellungsklage ist statthafte und – in Abgrenzung zur vorbeugenden Unterlassungsklage (dazu sogleich) – die empfohlene Klageart, wenn es dem Kläger darum geht, bestehende Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der Auslegung der DS-GVO mit Blick auf etwaige Bußgelder vorbeugend beizulegen. Vergleichbare Klagen etwa im Lebensmittel- oder Arzneimittelrecht waren bereits erfolgreich.

C. Die vorbeugende Unterlassungsklage als Alternative

Im Lichte der Rechtsprechung zum Anspruch des Betroffenen auf behördliche Sanktionierung kommt neben der Feststellungsklage grundsätzlich auch eine Unterlassungsklage in Betracht. Diese würde zwar anders als die Feststellungsklage einen **Vollstreckungstitel** vermitteln,²⁰¹ vorbeugende Unterlassungsklagen mit dem Ziel der Verhinderung einer Sanktionierung finden sich in der Praxis aber bisher keine. Ein Präjudiz hinsichtlich der Erfolgsaussichten besteht daher nicht.

Da sich die Zulässigkeit der Klage im Wesentlichen auf eine sich gegenwärtig entwickelnde Rechtsprechungspraxis stützt, beginnt der Folgende Abschnitt mit einer Darstellung dieser Praxis (hierzu Teil 3, Abschnitt C I) und deren Bedeutung für die vorbeugende Unterlassungsklage (hierzu Teil 3, Abschnitt C II). Nachfolgend wird es um die Voraussetzungen der vorbeugenden Unterlassungsklage gehen (hierzu Teil 3, Abschnitt C III).

I. Rechtsprechung zum Anspruch des Betroffenen auf die Verhängung eines Bußgeldes

In der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung finden sich vereinzelt Klagen, die zum Ziel haben, die zuständige Datenschutzaufsichtsbehörde dazu zu verpflichten, ein Bußgeld für eine Datenverarbeitung zu verhängen, durch welchen sich der Kläger ebenso in seinen Rechten verletzt fühlte, wie durch die Entscheidung der Behörde, von einer Sanktionierung im entsprechenden Fall abzusehen.

So hat das *VG Ansbach* im März 2020 eine Klage als unbegründet abgewiesen, mit der der Kläger die Verhängung eines Bußgeldes durch das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht gegen einen Verantwortlichen begehrte, der der Ansicht des Klägers zufolge gegen

²⁰¹ Wysk-Wysk § 43 VwGO Rn. 45

die DS-GVO verstoßen hatte. Bemerkenswert ist, dass das Gericht die Klage nicht bereits mangels Klagebefugnis als unzulässig zurückwies. Nach dem *VG Ansbach* war der Kläger, der „eine konkrete Form aufsichtlichen Einschreitens des Landesamtes nach Art. 58 Abs. 2 Buchst. i) in Verbindung mit Art. 83 DS-GVO“ begehrte, „in Anbetracht der Rechtsprechung der Kammer, dass ein Anspruch auf Einschreiten des Beklagten unter bestimmten Voraussetzungen in Betracht kommt [...] klagebefugt gemäß § 42 Abs. 2 VwGO analog bzw. Art. 78 Abs. 1 DS-GVO“²⁰². Hiernach hält das Gericht nicht nur eine Untätigkeitsklage gegen eine Datenschutzbehörde für möglich, sondern auch einen vor den *Verwaltungsgerichten* einklagbaren Anspruch eines Bürgers auf staatliche *Sanktionierung*, in Form der Ahndung einer Tat als Ordnungswidrigkeit.

1. Die Bedeutung der Rechtsprechung für die vorbeugende Unterlassungsklage

Ein vor den *Verwaltungsgerichten* einklagbarer Anspruch des Bürgers auf die Vornahme einer staatlichen Sanktionierung bedeutet im Umkehrschluss, dass auch der Verantwortliche einen vor den *Verwaltungsgerichten* einklagbaren Anspruch auf das Unterlassen einer Sanktionierung haben kann. Geht man nämlich davon aus, dass es einen verwaltungsrechtlichen Anspruch auf staatliche Sanktionierung gibt, muss es auch den umgekehrten Fall, einen verwaltungsrechtlichen Anspruch auf das Unterlassen einer Sanktionierung geben. Das passende Rechtsinstitut zur Durchsetzung eines solchen Anspruchs stünde mit dem öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch jedenfalls zur Verfügung. Dieser Anspruch müsste sich sodann im Wege der Unterlassungsklage auch gerichtlich durchsetzen lassen. Sollte sich die Rechtsprechung zum Anspruch des Betroffenen auf behördliche Sanktionierung durchsetzen, stünde dem

²⁰² *VG Ansbach* Urt. v. 16.03.2020 – AN 14 K 19.00464, Rn. 15. Ausführungen zur Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs sucht man in dem Urteil vergeblich.

Verantwortlichen, der ein Bußgeld befürchtet, weil er eine von der Aufsicht verschiedene Rechtsposition vertritt, also dem Grund nach nicht nur die Feststellungsklage, sondern auch eine vorbeugende Unterlassungsklage zur Verfügung.

2. Kritik an der Rechtsprechung

a) Die sachgerechte Abgrenzung der gerichtlichen Zuständigkeiten zueinander

Die Rechtsprechung des *VG Ansbach* ist vor dem Hintergrund einer sachgerechten Abgrenzung des Verwaltungs- vom Sanktionsprozess systemfremd. Denn da das Gericht die Klage, die einen Anspruch gerichtet auf die Ahndung einer Tat als Ordnungswidrigkeit zum Inhalt hatte, vor dem Verwaltungsgericht zugelassen hat, erachtet es den Verwaltungsrechtsweg in diesen Fällen anscheinend für eröffnet. Das würde allerdings bedeuten, dass die §§ 63, 67 ff. OWiG für einen Anspruch des Bürgers auf behördliche Sanktionierung keine abdrängende Sonderzuweisung darstellten, was höchstrichterlicher Rechtsprechung widerspräche.

Das Verwaltungsgericht hätte bei der Entscheidung über einen potenziellen Sanktionsanspruch nämlich auch und gerade die der Aufsicht und nach §§ 63, 67 ff. OWiG den ordentlichen Gerichten (hierzu Teil 3, Abschnitt B I 1) zugewiesene Sanktionsentscheidung zu treffen, sprich das **Verfolgungsermessen** auszuüben. Zudem hätten die Gerichte im entsprechenden Fall zu prüfen, ob der Verantwortliche rechtswidrig handelte und ihm ein Schuldvorwurf zu machen wäre, d.h. ob die **Voraussetzungen der Verbotsnorm** vorliegen. Schließlich reicht das Vorliegen eines objektiven Verstoßes gegen die verwaltungsrechtlichen Pflichten der DS-GVO allein nicht aus, um ein Bußgeld zu rechtfertigen. Insofern würde dem Gericht die Kontrolle rein **sanktionsrechtlicher Fragestellungen** obliegen. Das *BVerwG* geht aber davon aus, dass Gegenstand der Verwaltungsgerichtsbarkeit rein

sanktionsrechtliche Fragen nicht sein können (hierzu Teil 3, Abschnitt B I 2 c).²⁰³

Folgerichtig geht auch der **Gesetzgeber** ausweislich § 20 Abs. 1 S. 2 BDSG davon aus, dass Klagen gegen die Aufsicht im Zusammenhang mit Bußgeldverfahren nicht vor die Verwaltungsgerichte gehören. Schließlich erklärt er die Verwaltungsgerichtsbarkeit in § 20 Abs. 1 S. 1 BDSG für Streitigkeiten über Rechte gem. Art. 78 Abs. 1 und 2 DS-GVO sowie § 61 BDSG für zuständig,²⁰⁴ bezieht den Verweis in § 20 Abs. 1 S. 1 BDSG aber ausdrücklich nicht auf das Bußgeldverfahren (§ 20 Abs. 1 S. 2 BDSG). Da § 20 Abs. 1 S. 1 BDSG in seinem Regelungsgehalt nicht über § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO hinaus geht, sich ein Mehrwert der Regelung gegenüber diesem insofern nicht erkennen lässt,²⁰⁵ wird teilweise sogar davon ausgegangen, die Norm habe explizit eine abgrenzende Funktion gegenüber dem Rechtsschutz im Ordnungswidrigkeitenverfahren zum Inhalt.²⁰⁶ Daher ist die Rechtsprechung des *VG Ansbach* vor dem Hintergrund einer sachgerechten Abgrenzung des Verwaltungs- vom Sanktionsprozess systemfremd.

b) Kein Anspruch auf behördliche Sanktionierung

Schon hinsichtlich der Frage, ob und wenn ja, in welchem Umfang, überhaupt Ansprüche gegen Datenschutzbehörden auf ein Einschreiten bestehen, herrschen hierzulande gegenwärtig erhebliche Rechtsunsicherheiten.²⁰⁷ Entscheidungen zu dieser Frage wurden bis dato (Stand: Oktober 2020) kaum getroffen.²⁰⁸ Aber selbst dann, wenn

²⁰³ *BVerwG* Ur. v. 13.1.1969 – I C 86/64, Rn. 17.

²⁰⁴ Eine Zuweisung zu den Verwaltungsgerichten hält der Gesetzgeber in diesen Fällen ausweislich der Gesetzesbegründung für sachgerecht. Vgl. BT-Drs. 18/11655, S. 29.

²⁰⁵ Vgl. auch BT-Drs. 18/11655, 9.

²⁰⁶ *VG Mainz* Ur. v. 16.01.2020 –1 K 129/19.MZ.

²⁰⁷ *HmbBfDI* Tätigkeitsbericht Datenschutz 2019, S. 108; Gola-*Nguyen* Art. 57 DS-GVO Rn. 10 schließt einen Anspruch etwa ausdrücklich aus; a.A. Kühling/Buchner-*Bergt* Art. 78 DS-GVO Rn. 13; Paal/Pauly-*Körffer* Art. 78 DS-GVO Rn. 5.

²⁰⁸ Bejaht *VG Ansbach* Ur. v. 8.8.2019 – AN 14 K 19.00272; *VG Mainz* Ur. v. 16.01.2020 – Az.: 1 K 129/19.MZ; Beschl. v. 29.08.2019 – 1 L 605/19.MZ; ablehnend

die abstrakte Möglichkeit bestünde, im Wege der Untätigkeitsklage gegen Aufsichtsbehörden vorzugehen, damit diese bestimmte aufsichtsrechtliche Maßnahmen vornehmen, steht jedenfalls die Annahme eines vor den Verwaltungsgerichten einklagbaren Anspruchs des Bürgers auf behördliche Sanktionierung eines Dritten im deutlichen Widerspruch zur verwaltungsgerichtlich bereits verneinten Frage, ob ein Anspruch auf Verfolgung eines Vorgangs als Ordnungswidrigkeit besteht.

aa) Rechtsprechung deutscher Verwaltungsgerichte

Hinsichtlich eines potenziellen **Anspruchs auf die Ahndung einer Tat als Ordnungswidrigkeit** haben aber bereits mehrere Oberverwaltungsgerichte²⁰⁹ ausdrücklich festgestellt, dass „der durch die begangene Ordnungswidrigkeit Geschädigte [...] die Einleitung eines Bußgeld- oder Verwarnungsverfahrens nicht erzwingen“ kann.²¹⁰ Die von einer Ordnungswidrigkeit betroffene Person hat „*keinen* durchsetzbaren Anspruch auf Tätigwerden der Bußgeldbehörde [...]. Den objektiv-rechtlichen Verpflichtungen der Bußgeldbehörde bei Eingang einer Anzeige korrespondiert *kein* subjektives Recht des Anzeigerstatters. Das Ordnungswidrigkeitenrecht kennt [...] *keine* subjektiven Rechtspositionen [...], die auf eine Pflicht zur Bearbeitung, Durchführung eines Verfahrens und Ahndung eines festgestellten Verstoßes gerichtet wären“²¹¹. Selbst ein dem strafrechtlichen Klageerzwingungsverfahren entsprechendes „Ahndungserzwingungsverfahren“, welches dem Betroffenen zumindest die Möglichkeit einräumen würde, ein sanktionsrechtliches Tätigwerden

SG *Frankfurt(Oder)* Ur. v. 08.05.2019 – Az.: S 49 SF 8/19: „Die Klage ist bereits unzulässig, denn für das Begehren des Klägers fehlt es ungeachtet der Frage, ob hierfür das Sozialgericht funktional zuständig ist, an jedweder Anspruchsgrundlage.“; VG *Neustadt* Ur. v. 22.12.2015, 4 K 867/15.NW; offen gelassen aber in der Tendenz positiv OVG *Hamburg* Ur. v. 07.10.2019 – 5 Bf 279/17.

²⁰⁹ OVG *Saarlouis* Beschl. v. 29.03.2018 – 2 D 5/18; OVG *Lüneburg* Beschl. v. 23.09.2013 – 13 LA 144/12, Rn. 8; OVG *Münster* Ur. v. 26.01.1982 – 4 A 2586/80, Rn. 54 ff.

²¹⁰ OVG *Münster* Ur. v. 26.01.1982 – 4 A 2586/80, Rn. 56.

²¹¹ OVG *Saarlouis*, Beschl. v. 29.03.2018 – 2 D 5/18.

der Behörde einzuklagen, gibt es im Ordnungswidrigkeitenrecht nicht; § 46 Abs. 3 Satz 3 OWiG schließt dies ausdrücklich aus.²¹² Das Ordnungswidrigkeitenrecht **kennt** die **Beteiligung des Verletzten** ausdrücklich **nicht**.

Das *Niedersächsische OVG* führte hierzu aus: „Abgesehen von der fehlenden subjektiven Rechtsposition des Klägers hinsichtlich des Tätigwerdens des Beklagten als Bußgeldbehörde entspräche es gerade auch nicht dem **Opportunitätsprinzip**, wenn sich eine Privatperson selbst quasi die Rolle eines Ermittlungsbeamten beimisst [...] und die Bußgeldbehörde aufgrund der daraus resultierenden Anzeigen zur [...] Bearbeitung derselben verpflichtet wäre. Es ist vielmehr eine staatliche - und keine private - Entscheidung, in welchem Umfang personelle Ressourcen der Aufklärung und Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten zugedacht werden. Die Entscheidung zur Verfolgungsintensität kann sich der Kläger nicht in rechtlich billiger Weise zu eigen machen [...]“

Insofern besteht der nationalen Rechtsprechung zufolge weder ein subjektiver Anspruch des von einer Ordnungswidrigkeit Betroffenen auf die Einleitung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens noch auf die Ahndung einer Tat mittels eines Bußgeldes.

bb) Europarechtliche Erwägungen

Etwas anderes ergibt sich auch nicht mit Blick auf das **Europarecht**, konkret aus Art. 78 Abs. 2 DS-GVO, welcher der betroffenen Person in Verbindung mit Erwägungsgrund 141 der DS-GVO das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf zuspricht, wenn die zuständige Aufsichtsbehörde nicht tätig wird, obwohl dies „zum Schutz der Rechte der betroffenen Person notwendig ist“. Ein solches Tätigwerden meint nämlich nicht notwendigerweise ein sanktionsrechtliches Einschreiten. Es erscheint im Gegenteil gar naheliegend, dass lediglich die Ausübung verwaltungsrechtlicher Abhilfebefugnisse von der Norm

²¹² Vgl. BT-Drs V/1269, S. 79.

erfasst werden. Schließlich dient das Verwaltungsrecht (auch) der Beendigung konkreter Rechtsverstöße, die geeignet sind, unmittelbar in die Rechte eines potenziellen Klägers einzugreifen. Ein einklagbarer Anspruch auf eine solche Handlung erscheint somit nachvollziehbar. Das Sanktionsrecht hingegen dient lediglich der allgemeinen Verhinderung von Rechtsverstößen. Es hat die Schaffung von Rechtsfrieden im Interesse der Allgemeinheit im Sinn. Primäres Mittel hierfür ist die repressive Einwirkung auf den Täter, nicht der Schutz potenzieller Opfer. Anknüpfungspunkt ist ein in der Vergangenheit liegender, regelmäßig bereits abgeschlossener Sachverhalt. Ein Schutz der Rechte der konkret von der Ordnungswidrigkeit betroffenen Person durch die Ahndung der Tat ist mithin weder möglich noch bezweckt.

II. Zulässigkeit der Unterlassungsklage

1. Statthaftigkeit der Unterlassungsklage

Die in der VwGO nicht speziell geregelte, aber an verschiedenen Stellen erwähnte (vgl. §§ 43 Abs. 1 S. 1, 111 S. 1 und 113 Abs. 4 VwGO) und gewohnheitsrechtlich anerkannte allgemeine Leistungsklage ist als vorbeugende Unterlassungsklage **statthaft**, wenn das Klagebegehren auf ein Unterlassen einer drohenden Beeinträchtigung gerichtet ist, welche nicht im Erlass eines Verwaltungsakts besteht. Die Klage kann sich unter der eingangs genannten Prämisse auch auf das Unterlassen einer drohenden Sanktionierung beziehen.

Eine Unterlassungsklage kann jedoch der Natur der Sache nach nur mit Blick auf ein künftiges Handeln bzw. Unterlassen erhoben werden. Hat sich das Rechtsverhältnis bereits erledigt, drohen insofern zukünftig keine sanktionsrechtlichen Handlungen der Behörde mehr, kann eine Unterlassungsklage daher, anders als eine Feststellungsklage, nicht mehr erhoben werden. Die Klärung einer verwaltungsrechtlichen Zweifelsfrage kann bei **Erledigung des**

verwaltungsrechtlichen Streitgegenstandes demzufolge lediglich im Wege der Feststellungsklage erreicht werden.

2. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs und Klagebefugnis

Zwar ist der **Verwaltungsrechtsweg** nach der hier vertretenen Auffassung (hierzu Teil 3, Abschnitt B I 2 a) für Klagen, die eine gerichtliche Sanktionsentscheidung anstreben nicht eröffnet. Geht man aber davon aus, dass ein Bürger einen vor den Verwaltungsgerichten einklagbaren Anspruch auf staatliche Sanktionierung haben kann, dass es sich hierbei mithin nicht um eine Ordnungswidrigkeitensache handele, kann es sich auch bei dem umgekehrten Fall des Anspruchs auf das Unterlassen einer Sanktionierung nicht um eine Ordnungswidrigkeitensache handeln. Der Verwaltungsrechtsweg ist somit, jedenfalls wenn man die im Ergebnis abzulehnende Rechtsprechung des *VG Ansbach* zugrunde legt, eröffnet.

Gleiches gilt für die **Klagebefugnis**, die nach einer analogen Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO auch für die Unterlassungsklage verlangt wird. Folgt man den Ausführungen des *VG Ansbach* ist es jedenfalls möglich, dass dem Kläger ein öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch gerichtet auf das Unterlassen einer Sanktionierung zusteht.

3. Rechtsschutzbedürfnis

Bei vorbeugenden Klagen wird zudem stets ein **qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis** verlangt, dies gilt für die vorbeugende Feststellungsklage, hier in Form des qualifizierten Feststellungsinteresses, ebenso wie für die vorbeugende Unterlassungsklage. Insoweit kann auf die Erläuterungen in Teil 3, Abschnitt B III 1 und 2 verwiesen werden. Zwar wurde eine Unterlassungsklage bisher mit Blick auf die „Damokles-Rechtsprechung“ nicht erhoben, die Voraussetzungen des qualifizierten Rechtsschutzbedürfnisses entsprachen bisher aber stets denjenigen

des qualifizierten Feststellungsinteresses. Gründe, warum dies für den Bereich des Verwaltungsstrafrechts anders sein sollte, sind keine ersichtlich.

III. Begründetheit: Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs

Die Unterlassungsklage ist **begründet**, wenn ein Unterlassungsanspruch besteht. Für den Anspruch auf das Unterlassen einer Sanktionierung bzw. des Einleitens eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens kommt lediglich der allgemeine **öffentlich-rechtliche Unterlassungsanspruch** in Betracht. Der Anspruch bezweckt primär die Bewahrung des Status quo.²¹³ Der Anspruch erfordert das Vorliegen eines hoheitlichen Handelns, einen drohenden oder andauernden Eingriff in ein subjektives Recht des Klägers sowie die Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung.²¹⁴

1. Grundrechtseingriff durch rechtswidriges hoheitliches Handeln

Zunächst ist also ein Grundrechtseingriff durch rechtswidriges hoheitliches Handeln erforderlich. Im Kontext der vorbeugenden Abwehr staatlicher Sanktionierung ist zu beachten, dass nicht erst die **Sanktionierung**, sondern bereits die **Einleitung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens** ein hoheitliches Handeln darstellt, welches auf unterschiedlichste Weise in die Rechte des Adressaten der Maßnahme eingreift, bei dessen Rechtswidrigkeit also zu unterlassen ist. So geht mit der Eröffnung des Ermittlungsverfahrens etwa stets ein Eingriff in das **Recht auf informelle Selbstbestimmung** des Beschuldigten einher, da in einem Ermittlungsverfahren Daten

²¹³ Johlen/Oerder-Jeromin/Kirchberg MAH Verwaltungsrecht, 2017, Rn. 227.

²¹⁴ Johlen/Oerder-Jeromin/Kirchberg MAH Verwaltungsrecht, 2017, Rn. 229.

erhoben und gespeichert werden.²¹⁵ Dem Beschuldigten droht zudem alleine aufgrund seiner Stellung als Beschuldigter ein Eingriff in das **Recht auf Selbstdarstellung**.²¹⁶ Die vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützte **Reputation** wird nämlich schon durch die Information, dass gegen die betreffende Person wegen einer datenschutzrechtlichen Ordnungswidrigkeit ermittelt wird, beeinträchtigt.²¹⁷ Wenden sich die Behörden an die Presse oder ermittelt im sozialen Umfeld des Beschuldigten und geben dabei seine Beschuldigteneigenschaft preis, greifen sie mithin in dessen Recht auf Selbstdarstellung ein.²¹⁸ Im Falle eines Ermittlungsverfahrens gegen ein wirtschaftliches Unternehmen ist aufgrund der Rufschädigung zudem an einen Eingriff in **Art. 12 und 14 GG** zu denken. Bereits das Ermittlungsverfahren hat insofern erhebliche grundrechtliche Relevanz.²¹⁹

Zudem enthalten DS-GVO, BDSG und OWiG eine Vielzahl von Ermächtigungsgrundlagen für konkrete Ermittlungsmaßnahmen wie Durchsuchungen, die in unterschiedliche Grundrechte eingreifen. Diese haben keinen Selbstzweck, sondern eine unterstützende Funktion. Sie dienen dazu die materielle Wahrheit zu ermitteln, um eine Sanktionierung zu ermöglichen²²⁰ und sind daher von der vorgelagerten Entscheidung abhängig, ob der Staat mit dem Ziel einer Sanktionierung tätig wird oder nicht. Die Einleitung des Ermittlungsverfahrens bedeutet folglich nicht nur einen Eingriff in das

²¹⁵ Das Bundesverfassungsgericht bejaht die Frage, ob auch Unternehmen ein Allgemeines Persönlichkeitsrecht haben, vgl. *BVerfG* Urt. v. 13.06.2007 – 1 BvR 1550/03, 2357/04, 603/05.

²¹⁶ Vgl. *Lehr* Grenzen für die Öffentlichkeitsarbeit der Ermittlungsbehörden, *NStZ* 2009, 409, 411.

²¹⁷ So auch *Ottow* Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren und nach dem Polizeirecht, 2014, S. 32; *Lehr* Grenzen für die Öffentlichkeitsarbeit der Ermittlungsbehörden, *NStZ* 2009, 409, 411.

²¹⁸ Wie es beispielsweise bei der Zeugenladung der Fall ist, die prinzipiell unter Angabe des Namens des Beschuldigten erfolgt. Vgl. *Ottow* Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren und nach dem Polizeirecht, 2014, S. 32; *Eisenberg/Conen* Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum?, *NJW* 1998, 2241, 2242.

²¹⁹ Diese Feststellung allerdings ohne Begründung bei *BVerfGE* 96, 145 (abw. *Votum Sommer*).

²²⁰ Ausführlicher zu den Zwecken einzelner Zwangsmaßnahmen bei *Schroeder* Eine funktionelle Analyse der strafprozessualen Zwangsmittel, *JZ* 1985, 1028 ff.

allgemeine Persönlichkeitsrecht, sondern hierüber hinaus die Aufhebung der durch das „Nichtbestehen von Eingriffsermächtigungen geprägte Rechtsposition“.²²¹ Die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen einen konkreten Beschuldigten geht daher mit einer erhöhten „**Eingriffsvulnerabilität**“²²² einher, die die Rechtsstellung des Betroffenen insgesamt schwächt.²²³

2. Wiederholungs- bzw. Erstbegehungsgefahr

Der Unterlassungsanspruch erfordert zudem eine Wiederholungs- oder Erstbegehungsgefahr, d.h. die Gefahr einer behördlichen Sanktionierung bzw. der Einleitung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens. Von den Gerichten wurde in diesem Kontext bisher stets eine *konkrete* Gefahr verlangt. Im Falle einer drohenden Sanktionierung kann dies aber ebenso wenig der Maßstab zur Begründung des Unterlassungsanspruchs sein, wie rein prognostische Erwägungen für die Bestimmung der Zulässigkeit der Feststellungsklage sachgerecht sind. Mit Blick auf die **erhebliche Belastung**, die ein Bußgeld gerade im Bereich des Datenschutzrechtes für den Betroffenen darzustellen vermag, muss vielmehr bereits eine **abstrakte Sanktionsgefahr** ausreichen, um einen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch zu begründen (hierzu Teil 3, Abschnitt B III 1 und 2).

²²¹ *Stern/Sachs* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 2004, S. 126; Vgl. *Kölbel* (Vorbeugender Rechtsschutz) gegen Ermittlungsverfahren?, JR 2006, 322, 323. Dem Beschuldigten drohen demnach, über die Grundrechtseingriffe bedingt durch das Ermittlungsverfahren an sich, weitere schwerwiegende Eingriffe. Dies betrifft insbesondere die Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 GG bei der Vornahme von Durchsuchen sowie das Eigentumsrecht aus Art. 14 GG im Falle der Beschlagnahme von Gegenständen. Vgl. *Eisenberg/Conen*, Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum?, NJW 1998, 2241, 2242.

²²² So *Ottow* Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren und nach dem Polizeirecht, 2014, S. 37 f.

²²³ So *Ottow* Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren und nach dem Polizeirecht, 2014, S. 37 f.

3. Zwischenergebnis

Die Unterlassungsklage ist begründet, sobald die abstrakte Gefahr besteht, dass die Aufsichtsbehörde, ein Ordnungswidrigkeitenverfahren einleitet oder ein Verhalten sanktioniert, obwohl die rechtlichen Voraussetzungen hierfür nicht gegeben sind. Zur rechtmäßigen Einleitung eines Bußgeldverfahrens bedarf es eines Anfangsverdachts, das Fehlen von Verfolgungshindernissen wie einer anderweitigen Verfolgung oder eine Verfolgungsverjährung sowie eine pflichtgemäße Ausübung des Verfolgungsermessens (§ 47 Abs. 1 OWiG). Für eine rechtmäßige Sanktionierung muss hierüber hinaus mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen sein, dass ein Verstoß gegen die DS-GVO vorliegt und dieser rechtmäßig und schuldhaft erfolgte.

Handlungsoption: Zur Abwehr drohender Bußgelder kann, wenn man die Rechtsprechung des *VG Ansbach* zugrunde legt, auch eine vorbeugende Unterlassungsklage erhoben werden. Diese würde anders als die Feststellungsklage einen Vollstreckungstitel vermitteln. Allerdings steht die Rechtsprechung des *VG Ansbach* in Konflikt zur Rechtsprechung des *Bundesverwaltungsgerichts*, weil sie die Trennung zwischen Verwaltungs- und Ordnungswidrigkeitenrecht verkennt. Vorbeugende Unterlassungsklagen mit dem Ziel der Verhinderung einer Sanktionierung sind zudem soweit ersichtlich bisher nicht erhoben. Die Erfolgsaussichten einer solchen Klage erscheinen insgesamt höchst unsicher.

Teil 4: Das Verhältnis des Verwaltungsprozesses zum Ordnungswidrigkeitenverfahren

Die inhaltlichen Parallelen der vorbeugenden Feststellungsklage und des Ordnungswidrigkeitenverfahrens werfen zwangsläufig die Frage nach dem grundsätzlichen Verhältnis der beiden Verfahren zueinander auf. Im Folgenden wird es v.a. darum gehen, ob und wie sich der Verwaltungsprozess auf das behördliche und/oder gerichtliche Ordnungswidrigkeitenverfahren auswirken kann, bzw. ob das Verwaltungsverfahren unter Umständen gar Berücksichtigung im Ordnungswidrigkeitenverfahren finden muss. Ausführungen zur gegenläufigen Frage, ob und wie sich ein bereits anhängiges Ordnungswidrigkeitenverfahren auf das Verwaltungsverfahren, konkret das Feststellungsinteresse, auswirkt, finden sich in Teil 3, Abschnitt B III 4.

A. Das Opportunitätsprinzip des Ordnungswidrigkeitenverfahrens

Ein Gerichtsurteil oder ein anhängiges Gerichtsverfahren können auf unterschiedliche Weise auf den Ablauf eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens Einfluss nehmen. Möglich ist dies durch die **Einstellung** des Ordnungswidrigkeitenverfahrens nach § 47 Abs. 1 S. 2 OWiG, welche insbesondere im Falle eines Unterliegens vor dem Verwaltungsgericht angezeigt erscheint. Zudem ist an eine **temporäre Aussetzung** oder Unterbrechung zu denken.

Ausdifferenzierte gesetzliche Vorschriften, bedarf es im Lichte des für das Ordnungswidrigkeitenverfahren anders als für das Strafverfahren (§ 152 Abs. 2 StPO) anzuwendende Opportunitätsprinzip weder für eine temporäre Aussetzung noch für eine Einstellung des Verfahrens. § 47 OWiG normiert nämlich nicht nur eine voraussetzungslose Einstellungsmöglichkeit der Verfolgungsbehörden, hiernach gilt für das Ordnungswidrigkeitenverfahren zudem das **Opportunitätsprinzip**. Nach § 47 Abs. 1 S. 2 liegt „die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten im pflichtgemäßen Ermessen der Verfolgungsbehörde“. D.h. die

Verfolgungsbehörden sind schon im Grundsatz weder zur Einleitung eines Bußgeldverfahrens noch zur Ahndung einer Tat als Ordnungswidrigkeit verpflichtet, sondern entscheiden hierüber nach **pflichtgemäßem Ermessen**.²²⁴ Aus diesem Grund gibt es im Ordnungswidrigkeitenrecht auch kein dem strafrechtlichen Klageerzwingungsverfahren entsprechendes „Ahndungserzwingungsverfahren“.²²⁵

§ 47 OWiG eröffnet den Verfolgungsorganen also, insbesondere in rechtlichen Zweifelsfällen, etwa bei Unsicherheiten hinsichtlich der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe der DS-GVO, sowohl die Möglichkeit ein Ordnungswidrigkeitenverfahren gar **nicht** erst **einzuleiten**, als auch die **jederzeitige Möglichkeit ein bereits eingeleitetes Verfahren** mit Blick auf den Ausgang eines Verwaltungsprozesses **wiedereinzustellen** oder **vorübergehenden Auszusetzen** oder zu unterbrechen. Besondere Vorschriften gelten zudem, wenn das Hauptverfahren bereits begonnen hat, d.h. das Verfahren vor Gericht anhängig, ist (vgl. hierzu Teil 4, Abschnitt C).

I. Reichweite des § 47 OWiG

§ 47 OWiG gilt für **sämtliche Verfahrensstadien** und **Verfahrensformen**, d.h. nicht nur für die Frage nach der Verfolgungsaufnahme bzw. Niederlegung, sondern auch für die Bestimmung des Umfangs der Verfolgungsmaßnahmen sowie die Abwägung zwischen Bußgeldbescheid und Verwarnung.²²⁶ Zudem gilt § 47 OWiG für die Durchführung des gesamten Verfahrens, vom sog. Vorverfahren bis zum Rechtsbeschwerdeverfahren (§§ 79, 80

²²⁴ KK-Mitsch § 47 OWiG Rn. 2. § 47 OWiG zieht die formellen Konsequenzen aus der materiellen Rechtslage, nach der eine Ordnungswidrigkeit ebenfalls geahndet werden *kann*, wohingegen eine Straftat zu sanktionieren *ist*. Vgl. KK-Mitsch § 47 OWiG Rn. 1.

²²⁵ KK-Mitsch § 47 OWiG Rn. 2.

²²⁶ KK-Mitsch § 47 OWiG Rn. 3.

OWiG).²²⁷ § 47 OWiG eröffnet mithin nicht nur der **Verwaltungsbehörde** (Abs. 1) die jederzeitige Möglichkeit ein Verfahren einzustellen, sondern auch dem **Richter** (Abs. 2).²²⁸ Eine Verfahrenseinstellung gegen Zahlung eines Geldbetrages an eine gemeinnützige Einrichtung, an die Staatskasse oder an eine sonstige Stelle kommt hierbei jedoch ausdrücklich nicht in Betracht (§ 47 Abs. 3 OWiG).²²⁹

II. Einstellungsbefugnis der Staatsanwaltschaft

Die **Einstellungsbefugnis der Staatsanwaltschaft** ist in § 69 Abs. 4 S. 2 OWiG geregelt. Nach § 69 Abs. 4 S. 1 OWiG gehen mit dem Eingang der Akten bei der Staatsanwaltschaft die Aufgaben der Verfolgungsbehörde auf die Staatsanwaltschaft über. Diese legt die Akten dem Richter beim zuständigen Gericht vor, wenn sie das Verfahren weder einstellt (§ 69 Abs. 4 S. 2) noch weitere Ermittlungen durchführt. Im Bereich des Datenschutzrechtes kann die die Staatsanwaltschaft das Zwischenverfahren nach § 41 Abs. 2 S. 2 BDSG aber nur mit Zustimmung der Aufsicht einstellen.

III. Die Bindungswirkung der Einstellung

Solange das Verfahren intern bei der Verwaltungsbehörde geführt wird, hat die Einstellungsentscheidung keine Bindungswirkung. Das Verfahren kann somit aus jedem beliebigen Gesichtspunkt wieder aufgegriffen werden, selbst nach vorausgegangener Information des Betroffenen über das Verfahren und dessen Einstellung.²³⁰ Nach

²²⁷ Zur Einstellung durch das Rechtsbeschwerdegericht *KK-Mitsch* § 47 OWiG Rn. 18, 21 ff.

²²⁸ *KK-Mitsch* § 47 OWiG Rn. 1.

²²⁹ Zuständig für die Entscheidung über Aufnahme bzw. Einstellung des Verfahrens nach § 47 Abs. 1 OWiG ist diejenige Verwaltungsbehörde, die für den Erlass des Bußgeldbescheids zuständig gewesen wäre, mithin die Aufsichtsbehörde. Vgl. *KK-Mitsch* § 47 OWiG Rn. 11. Das Gericht erhält die Einstellungszuständigkeit mit Eingang der Akten bei diesem. *KK-Mitsch* § 47 OWiG Rn. 17.

²³⁰ *KK-Mitsch* § 47 OWiG Rn. 28.

wirksamem Einspruch folgt aus dem Vertrauensgrundsatz hingegen, wie er zu §§ 153 Abs. 2f. StPO entwickelt wurde, dass die Einstellungsentscheidung sowohl der Behörde als auch des Gerichts **Bindungswirkung** entfaltet.²³¹ Nach ihr darf mithin weder ein neuer Bußgeldbescheid erlassen werden, noch ohne das Hinzutreten neuer Tatsachen oder Beweismittel der Beschluss aufgehoben und das Verfahren fortgeführt werden.²³²

B. Bindungsfreiheit des Richters im Sanktionsprozess

Neben der Frage nach den formalen Einflussmöglichkeiten des Verwaltungsprozesses auf das Ordnungswidrigkeitenverfahren stellt sich die Frage, ob der Richter, insofern er auf eine Einstellung des Verfahrens verzichtet, bei der Beurteilung der materiellen Rechtslage an die Entscheidung des Verwaltungsgerichts gebunden ist.

Grundsätzlich gilt, dass das Gericht im Ordnungswidrigkeitenverfahren auch über Rechtsfragen aus anderen Rechtsgebieten autonom und nach strafprozessualen Grundsätzen entscheiden kann und darf, insofern diese Relevanz für den Ausgang des Sanktionsverfahren entfalten (sog. **Vorfragenkompetenz**). § 71 OWiG der dies bestimmt, gilt zwar ausdrücklich nur für zivilrechtliche Vorfragen, er wird aber für **Vorfragen aus** anderen Rechtsgebieten, insbes. aus **dem Verwaltungsrecht analog** angewendet.²³³

Konsequenz dieser Vorfragenkompetenz des Sanktionsrichters ist dessen grundsätzliche **Bindungsfreiheit**. Denn eine eigenständige Entscheidung gemäß § 262 Abs. 1 StPO ist dem Richter auch bei Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils eines anderen Gerichts nicht versagt, d.h. das Gericht ist im Allgemeinen an ein rechtskräftiges Urteil eines Gerichts einer anderen Gerichtsbarkeit nicht gebunden.²³⁴ Die Bindungswirkung des § 121 VwGO gilt somit grundsätzlich zwar

²³¹ KK-Mitsch § 47 OWiG Rn. 30, 32.

²³² KK-Mitsch § 47 OWiG Rn. 36.

²³³ Graf-Gorf Vorbemerkung zu § 262 StPO.

²³⁴ Graf-Gorf Vorbemerkung zu § 262 StPO.

rechtswegübergreifend, nicht jedoch im Sanktionsverfahren. Ob das Gericht das Urteil des Verwaltungsgerichts seiner Entscheidung zugrunde legen will, steht hier daher im **pflichtgemäßen Ermessen** des Richters.²³⁵

Etwas anderes gilt nur dann, wenn das Sanktionsgericht ein Urteil oder anderen Hoheitsakt mit **Gestaltungs- oder Tatbestandswirkung** hinnehmen muss²³⁶ oder die entscheidungserhebliche Vorfrage in die ausschließliche **Kompetenz eines anderen Gerichts** fällt.²³⁷ Über die Verfassungsmäßigkeit einer entscheidungserheblichen Norm entscheidet z.B. allein das *BVerfG*, dem gemäß Art. 100 Abs. 1 GG vorzulegen ist; über die Auslegung primären oder sekundären Unionsrechts entscheidet, jedenfalls wenn die Sache in letzter Instanz anhängig ist, gemäß Art. 267 AEUV allein der *EuGH* im Vorabentscheidungsverfahren.²³⁸ An eine Entscheidung des *EuGH* zur Auslegung der DS-GVO ist der Sanktionsrichter daher, anders als an eine Entscheidung eines nationalen Verwaltungsgerichts, gebunden.

C. Die Aussetzung des Sanktionsprozesses

Nach dem oben Gesagten kann also der Richter grundsätzlich frei über verwaltungsrechtliche Vorfragen entscheiden. Eine Aussetzung des Verfahrens ist daher auch bei bestehenden Rechtsunsicherheiten nicht unbedingt von Nöten. Aus Gründen der **Prozessökonomie** kann das Strafgericht aber auch davon absehen, eine entscheidungserhebliche Vorfrage nach § 71 OWiG iVm § 262 Abs. 1 StPO selbst zu entscheiden und nach § 71 OWiG iVm § 262 Abs. 2 StPO analog die **Untersuchung aussetzen** und einem der Beteiligten zur Erhebung einer Klage eine Frist bestimmen (Alt. 1) oder aber das Ergebnis eines

²³⁵ KK-*Ott* § 262 StPO Rn. 3.

²³⁶ So etwa bei rechtsgestaltenden Urteilen, wie z.B. ein Ehescheidungsurteil, oder Urteile die für und gegen alle wirken, wie die Feststellung einer Vaterschaft. Vgl. KK-*Ott* § 262 StPO Rn. 5.

²³⁷ In diesem Fall ist das Sanktionsgericht nicht der gesetzliche Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG). Vgl. KK-*Ott* § 262 StPO Rn. 4.

²³⁸ KK-*Ott* § 262 StPO Rn. 4, 9.

bereits anhängigen Verfahrens abwarten (Alt. 2).²³⁹ Ebenso wie hinsichtlich der Frage, ob das Gericht ein bereits ergangenes Urteil des Verwaltungsgerichts seiner Entscheidung zugrunde legen will, entscheidet das Gericht auch über die Aussetzung nach **pflichtgemäßem Ermessen**.²⁴⁰ Einen Anspruch darauf, dass die Untersuchung bis zu einer Entscheidung des Verwaltungsgerichts ausgesetzt wird, hat der Angeklagte insofern zwar nicht,²⁴¹ bei der Ermessensausübung zu berücksichtigen ist aber **auch das Interesse der Rechtssicherheit zur Vermeidung widersprüchlicher obergerichtlicher Entscheidungen**.²⁴²

Die Aussetzung hat zur Folge, dass der bisherige Prozess nicht mehr fortgesetzt werden kann. Nach der Aussetzung beginnt eine **neue, selbstständige Verhandlung** (§ 229 Abs. 4 S. 1 StPO).²⁴³ Allerdings hat eine Aussetzung in der Regel nicht das Ruhen der **Strafverfolgungsverjährung** zur Folge.²⁴⁴

Der Gerichtsprozess kann gem. §§ 228, 229 StPO, die nach § 71 OWiG auch für das Ordnungswidrigkeitenverfahren gelten, aber nicht nur ausgesetzt, sondern nach § 229 Abs. 1, 2 StPO grundsätzlich auch **bis zu zwei Wochen**, nach zehn Verhandlungstagen bis zu einem Monat, **unterbrochen** werden.²⁴⁵ Eine solche Unterbrechung führt anders als die Aussetzung zwar nicht dazu, dass der Prozess von vorne beginnen muss, um den Ausgang eines Verwaltungsprozesses abzuwarten, wird die verhältnismäßig kurze Zeitspanne aber regelmäßig nicht genügen. Sobald aber der zeitliche Rahmen überschritten wird, d.h. die Verhandlung über den Zeitraum des § 229 Abs. 1-3 StPO hinaus nicht stattfindet, liegt jedoch eine Aussetzung vor und die Verhandlung kann nicht mehr fortgesetzt werden.

²³⁹ KK-Ott § 262 StPO Rn. 7.

²⁴⁰ KK-Ott § 262 StPO Rn. 8.

²⁴¹ KK-Ott § 262 StPO Rn. 8.

²⁴² KK-Ott § 262 StPO Rn. 8.

²⁴³ Daher lassen Beschleunigungsgrundsatz und Konzentrationsmaxime eine solche auch nur ausnahmsweise zu. Vgl. Graf-Gorf § 228 StPO Rn. 4.

²⁴⁴ KK-Ott § 262 StPO Rn. 11.

²⁴⁵ Auch hierüber entscheidet das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen. Graf-Gorf § 228 StPO Rn. 17.

Der Richter des Bußgeldprozesses ist im Rahmen seiner materiellrechtlichen Entscheidung grundsätzlich frei, das Ergebnis des Verwaltungsgerichts zu befolgen. Bei der Ausübung des Ermessens ist jedoch das Interesse an der Vermeidung widersprüchlicher obergerichtlicher Entscheidungen zu berücksichtigen. Prozessual haben Behörden und Gerichte die Möglichkeit, das Ordnungswidrigkeitenverfahren mit Blick auf den Verwaltungsprozess entweder einzustellen oder auszusetzen.

Anhang: Musterklagen

Klage 1

An das Verwaltungsgericht ...

Klage

der ...

– Klägerin–

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

gegen ...

– Beklagter–

wegen: ...¹

Streitwert: 5.000,-- €²

Namens und kraft anliegender Vollmacht der Klägerin erheben wir Klage mit dem Antrag

festzustellen, dass die Klägerin berechtigt ist ...³

Zur Begründung führen wir aus:

I.

Zum Tatsächlichen:

.... Die zuständige Aufsichtsbehörde hat der Klägerin nach Prüfung des Sachverhalts mitgeteilt, dass Die Klägerin teilt diese Ansicht nicht.

In der Praxis der Datenschutzbehörden wurden in jüngerer Zeit für vergleichbare Vorgänge hohe Bußgelder verhängen, ohne dass deren Zustandekommen in rechtlicher Hinsicht für die Klägerin oder die Öffentlichkeit nachvollziehbar wären. Die Klägerin ist von der Richtigkeit ihrer Rechtsauffassung überzeugt. Sie befürchtet aber aufgrund der Praxis der Aufsicht vorschnell, unkalkulierbar und rechtlich nicht nachvollziehbar Bußgelder zu erlassen, dass auch ihr ein Bußgeld droht, wenn sie sich nicht entsprechend der Position der Beklagten verhält.

Dieses „Damoklesschwert“ einer Sanktionsandrohung hält sie für nicht hinnehmbar und möchte die Rechtslage klären lassen, damit sie Rechtsklarheit und

Handlungssicherheit erhält. Die Klägerin will den Streit um die Richtigkeit ihrer Position, die eine verwaltungsrechtliche Frage der Auslegung der DS-GVO betrifft, nicht im Rahmen eines nun zu befürchtenden und stigmatisierenden Bußgeldprozesses vor einem Amts- oder Landgericht führen, sondern sie möchte die Klage im Wege des in dieser Situation ausnahmsweise zulässigen vorbeugenden Rechtsschutzes vor dem Verwaltungsgericht klären lassen.

II.

Zur prozessualen Rechtslage:

1. Der Verwaltungsrechtsweg ist nach § 40 VwGO ist eröffnet. Bei der streitentscheidenden Frage handelt es sich um eine verwaltungsrechtliche Streitfrage. Zwar hängen von deren Beantwortung auch bußgeldrechtliche Bewertungen ab. Das führt aber nicht dazu, dass eine dem Verwaltungsrecht angehörende Frage, ihre diesbezügliche Rechtsnatur verliert. Dies gilt auch dann, wenn es dem Kläger darum geht, beim Verwaltungsgericht vorbeugenden Rechtsschutz gegenüber etwaigen späteren Bußgeldverfahren zu erhalten (*BVerwG* Urt. v. 7.5.1987 – 3 C 53/85; Urt. v. 31.1.1996 – 13 A 6644/95, Rn. 1).
2. Die Berechtigung ... stellt ein Rechtsverhältnis iSd § 43 VwGO dar. Das Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten ist auch hinreichend konkret, da es sich auf einen bestimmten, überschaubaren Sachverhalt bezieht (*BVerwG* 3 C 53.85 – *BVerwGE* 77, 207 [211]). Dieses konkrete Rechtsverhältnis ist zwischen den Verfahrensbeteiligten auch streitig (zu diesem Erfordernis: *BVerwG* Urt. v. 26. 1.1996 – 8 C 19.94; Urt. v. 23.1.1992 – 3 C 50.89). Der *Landesbeauftragte für Datenschutz* bewertet die Rechtslage abweichend von der Klägerin. Auch wenn die Aufsicht ihre Rechtsposition nicht durch einen förmlichen Verwaltungsakt, sondern in formlosen, daher auch nicht mit Rechtsmittelbelehrungen versehenen, Schreiben zum Ausdruck gebracht hat, sollte die Mitteilung doch verhaltenslenkende Wirkung auf Verantwortliche und damit auch die Klägerin entfalten. Die Schreiben beschränkten sich nicht auf unverbindliche, allgemein gehaltene Hinweise zu der nach Auffassung der Beklagten bestehenden

Rechtsslage, sondern entfalten Regelungswirkung mit Blick auf eine Sanktionsandrohung. Schließlich ließ die Mitteilung keinen Zweifel darüber, dass die Aufsichtsbehörde auch künftig von ihrer Rechtsauffassung nicht abweichen werde. Damit ist die rechtliche Einstellung der Parteien in Bezug auf einen bestimmten Sachverhalt so eindeutig klargestellt und kundgetan, dass das Vorliegen eines konkreten und streitigen Rechtsverhältnisses, das allein Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann, nicht geleugnet werden kann (BVerwG VIII C 78.61; vgl. zudem etwa BVerwG Urt. v. 30. Mai 1985 – 3 C 53.84 hier reichte das in Kenntnis setzen über eine abweichende arzneimittelrechtliche Beurteilung; auch bei BVerwG Urt. v. 20. November 2014 – 3 C 26.13 reichte die Mitteilung, die streitgegenständliche E-Zigarette dürfe nicht ohne Arzneimittelzulassung in den Verkehr gebracht werden). Dass die Tatsache, dass die Einleitung von Vollzugsmaßnahmen nicht konkret absehbar ist, die Entstehung eines Rechtsverhältnisses nicht hindert, hat das BVerwG bereits ausdrücklich klargestellt (BVerwG Urt. v. 23.8.2007 – 7 C 13.06, Rn. 32; bezugnehmen hierauf auch VG Köln Urt. v. 20.4.2018 – 9 K 3859/16; so ausdrücklich auch das VG Düsseldorf Urt. v. 10.9.2002 - 17 K 1907/02).⁴

3. Die Klägerin hat nicht nur ein grundsätzliches Interesse an der gerichtlichen Feststellung, dass die streitgegenständlichen Prozesse rechtmäßig sind, sondern nach der „Damokles-Rechtsprechung“ auch ein qualifiziertes, auf die Inanspruchnahme vorbeugenden Rechtsschutzes gerichtetes, Interesse an der alsbaldigen Feststellung, dass ein Verstoß gegen Art. 5, 6, 7 und 9 DS-GVO i.S.d. Art. 83 Abs. 5 lit. a DS-GVO nicht vorliegt. Da der *Landesbeauftragte für Datenschutz* die Rechtsslage abweichend von der Klägerin bewertet, erfüllt die Klägerin für den *Landesbeauftragten für Datenschutz* den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit nach Art. 83 Abs. 5 lit. a DS-GVO. Der Klägerin droht, wenn sie das Angebot, trotz behördlichen Hinweises auf dessen vermeintliche Rechtswidrigkeit, in der gegenwärtigen Form auch in Zukunft aufrechterhält, der Erlass eines Bußgeldbescheides.⁵ In Anbetracht der eingangs dargelegten Praxis der Aufsichtsbehörden, kann die Klägerin nicht davon ausgehen, dass die Behörde im Sinne der bestehenden Rechtsunsicherheiten zunächst auf verwaltungsrechtliche Eingriffsmittel, wie das einer Untersagungsverfügung, zurückgreifen werde, um ihre

Rechtsposition durchzusetzen. Sie muss vielmehr den Erhalt eines Bußgeldbescheides befürchten. Nach der „Damokles-Rechtsprechung“ ist es dem Kläger jedoch, auch unter Berücksichtigung der Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG, nicht zuzumuten, repressive Maßnahmen der Landesbehörden abzuwarten und diese erst im Nachhinein „von der Anklagebank“ rechtlich anzugreifen, wenn diese an Streitige verwaltungsrechtliche Zweifelsfragen anknüpfen. Sie hat vielmehr nach höchstrichterlicher Rechtsprechung sowohl ein anzuerkennendes Interesse daran, den Verwaltungsrechtsweg als „fachspezifischere“ Rechtsschutzform einzuschlagen, als auch ein schutzwürdiges Interesse daran, die gerichtliche Klärung der Zweifel, die an der Rechtmäßigkeit seiner Handlungen erhoben werden, anzustreben, bevor es zu einer Sanktionierung gekommen ist (*BVerwG* Urt. v. 9.5.1957 – I C 31.54, Rn. 16; Urt. v. 13.1.1969 – I C 86/64, Rn. 18; Urt. v. 17.1.1972 – I C 33.68, Rn. 7; Urt. v. 23.6.2016 – 2 C 18.15, Rn. 20; *OVG Münster* Urt. v. 29.1.2014 – 13 A 1901/11; Urt. v. 25.8.2017 – 13 B 726/17; *VGH Mannheim* Urt. v. 11.2.2010 – 9 S 1130/08, Rn. 16; *VG Aachen* Urt. v. 8.12.2017 – 7 K 1859/17; *VG Trier* Urt. v. 2.9.2003 – 2 K 471/03; *VG München* Urt. v. 8.7.2015 – M 18 K 14.1109; *VG Köln* Urt. v. 8.4.2014 – 7 K 3150/12; so auch Posser/Wolff-Möstl § 43 VwGO Rn. 19.2). Wegen der besonderen Tragweite der Sanktion in Form eines potentiellen Bußgeldes nach der DS-GVO und dessen im schlimmsten Fall image- und wirtschaftlich existenzvernichtender Auswirkungen benötigt gerade ein datenschutzrechtlich Verantwortlicher bei drohender Sanktionierung Rechtssicherheit, was die Frage der Rechtmäßigkeit seiner kaufmännischen Tätigkeiten anbelangt. Das Risiko wegen einer Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße von bis zu 4 % des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des betroffenen Unternehmers belegt zu werden, falls sich die Rechtsauffassung der Klägerin als unrichtig erweisen sollte, ist ihm nicht zuzumuten. Das Interesse an der Vermeidung von Sanktionen begründet daher im Streitgegenständlichen Fall das qualifizierte Feststellungsinteresse für die vorbeugende Feststellungsklage.⁶

4. § 43 Abs. 2 VwGO steht der begehrten Feststellung nicht entgegen. Eine vor den Verwaltungsgerichten einklagbare Unterlassungsklage konkret gerichtet auf das Unterlassen einer Sanktionierung, die einen Vollstreckungstitel vermitteln würde und somit rechtsschutzintensiver als eine Feststellungsklage

wäre, kennt das Verwaltungsprozessrecht nicht. Ein Verweis auf das Einspruchsverfahren nach §§ 63, 67 ff. OWiG ist dem Kläger wie bereits dargelegt nicht zuzumuten.

III.

Zur materiellen Rechtslage:

[...]

Rechtsanwalt

Anmerkungen

1. Klagegegenstand kann auch ein zukünftiger Sachverhalt sein. In diesem Fall darf es sich aber nicht nur um einen rein hypothetischen oder außerhalb aller Wahrscheinlichkeit liegenden Sachverhalt handeln. Das Rechtsverhältnis muss vielmehr in die Gegenwart hineinreichen, die streitgegenständliche Norm bzw. Sanktionsandrohung mithin schon im Zeitpunkt der Klageerhebung Regelungswirkung entfalten. Dies ist der Fall, wenn die für das Rechtsverhältnis maßgeblichen rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen bereits gelegt sind. Der Kläger muss zudem ernsthaft und nachvollziehbar vortragen, tatsächlich gegen die Aufsichtspositionen verstoßen zu wollen (*VG München* Ur. v. 8.7.2015 – M 18 K 14.1109; *VG Düsseldorf* Ur. v. 10.9.2002 – 17 K 1907/02 m.w.N.; *Sodan/Ziekow-Helge/Sodan* § 43 VwGO Rn. 22). Zudem kann zwar auch ein in der Vergangenheit liegender Sachverhalt Gegenstand einer Feststellungsklage sein (*OVG Münster* Ur. v. 9.12.2014 – 13 A 1505/14). Da sich hier aber Besonderheiten im Rahmen des Feststellungsinteresses ergeben, sollte die Klage, wenn sich der Klagegegenstand nicht bereits endgültig erledigt hat, auf das zukünftige Rechtsverhältnis gestützt werden.

2. Nach § 52 Abs. 2 GKG ist in Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ein Streitwert von 5 000 Euro anzunehmen, wenn der Sach- und Streitstand für die Bestimmung des Streitwerts keine genügenden Anhaltspunkte bietet. Grundsätzlich ist nach § 52

Abs. 1 GKG der Streitwert nach der sich aus dem Antrag des Klägers für ihn ergebenden Bedeutung der Sache nach Ermessen zu bestimmen

3. Da es sich bei der Befugnis aus Art. 58 Abs. 2 lit. i iVm Art. 83 DS-GVO um die Befugnis zur Ahndung einer Tat als Ordnungswidrigkeit handelt, darf der Feststellungsantrag nicht darauf gerichtet sein, festzustellen, dass die Aufsichtsbehörde zur Verhängung eines Bußgeldes nicht berechtigt ist. Der Verwaltungsrechtsweg wäre in diesem Fall nach §§ 63, 67 ff. OWiG nicht eröffnet (*BVerwG* Urt. v. 13.1.1969 – I C 86/64; Urt. v. 23.1.1992 – 3 C 50/89). Feststellungsfähig sind hingegen Rechtsfragen bezüglich der dem Bußgeldtatbestand zugrunde liegenden verwaltungsrechtlichen Pflichten (*BVerwG* Urt. v. 7.5.1987 – 3 C 53/85, Rn. 20; Urt. v. 31.1.1996 – 13 A 6644/95).

4. Ein Streitiges Rechtsverhältnis kann ebenfalls begründet werden, durch:

- eine behördliche Sanktionsandrohung (*BVerwG* Urt. v. 31.1.1996 – 13 A 6644/95; Urt. v. 25. März 2009 – 8 C 1.09; *OVG Münster* Urt. v. 26.19.2010 – 13 A 929/10; Urt. v. 29.1.2014 – 13 A 1901/11; zustimmend auch die Literatur *Sodan/Ziekow-Helge/Sodan* § 43 VwGO Rn. 46, 48; *Wysk-Wysk* VwGO § 43 Rn. 23)
- Positionierungen in offiziellen Aufsichtspapieren, bspw. einem Tätigkeitsbericht (*BVerwG* Urt. v. 23.8.2007 – 7 C 13.06; *VG Köln* Urt. vom 8. 4. 2014 - 7 K 3150/12)
- Stellungnahmen der DSK und des EDSA (vgl. *BVerwG* 2014 Urt. vom 20. November 2014 – 3 C 26.13 Rn. 17 bzgl. einer Stellungnahme des Regierungspräsidiums Freiburg über die Zulassungspflichtigkeit von E-Zigaretten. Hiernach genügt das begründet Befürchten behördlichen Einschreitens, um ein Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und der zuständigen Ordnungsbehörde zu begründen, gleich worauf diese Sorge beruht.)
- öffentliche Äußerungen eines Behördenmitarbeiters in sozialen Netzwerken oder sonstigen (sozialen) Medien
- angewandte Praxis der Aufsichtsbehörden (vgl. aus anderen Rechtsgebieten *BVerwG* Beschl. vom 20 Mai 2009 – 7 B 56/08, Rn. 4; ebenso das *VG Köln* Urt. vom 8. 4. 2014 - 7 K 3150/12, Rn. 37 welches für das feststellungsfähige

Rechtsverhältnis (auch) auf einen Bescheid verwies, der gegenüber einer dritten Person erging. Zudem verwies das *BVerwG* Urt. v. 23.8.2007 – 7 C 13.06, Rn. 32 zur Begründung des Rechtsverhältnisses auch auf die Tatsache, dass sich „andere Vertreiber von Getränken in Einwegverpackungen in zahlreichen gerichtlichen Verfahren gegen die Systemumstellung gewandt“ hatten. „Der Streit um deren Rechtmäßigkeit war allseits bekannt.“)

5. Ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse an der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer sanktionsbewehrten Verpflichtung kann aber auch ohne konkrete Sanktionsgefahr vorliegen. Ein Feststellungsinteresse ist immer dann gegeben, wenn dem Kläger ein weiteres Abwarten nicht mehr zuzumuten ist, da die Sanktionsandrohung bzw. die Sanktionsgefahr bereits im Zeitpunkt der Klage wirtschaftlichen Handlungsdruck bei Kläger begründet. Blicke dem Betroffenen in einer solchen Situation der Weg über die Feststellungsklage versagt, wäre er nämlich der unzumutbaren Gefahr ausgesetzt, „die Klärung verwaltungsrechtlicher Zweifelsfragen auf der Anklagebank erleben zu müssen“ (*BVerfG* Beschl. vom 07. April 2003 - 1 BvR 2129/02), sofern er sich der Rechtsposition der Behörde nicht beugt. Sobald die Sanktionsandrohung einen rational und wirtschaftlich agierenden Verantwortlichen also dazu zwingt, auf die Sanktionsgefahr zu reagieren, darf ihm im Lichte des Gebotes des effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) der Weg über die Feststellungsklage nicht länger verwehrt bleiben. Das Feststellungsinteresse rechtfertigt sich so im Ergebnis durch die Ungewissheit über die wirtschaftliche Verwertbarkeit der streitgegenständlichen Tätigkeiten und der Unsicherheit in der kaufmännischen Disposition (*BVerwG* Urt. v. 13.1.1969 – I C 86.64; so auch *VG Köln* Urt. vom 8.4.2014 - 7 K 3150/12). Dies ist im Datenschutzrecht im Lichte der repressiven Praxis der Aufsichtsbehörden und der im schlimmsten Fall image- und wirtschaftlich existenzvernichtender Auswirkungen ergangener Bußgelder im Falle bestehender Rechtsunsicherheiten zu bejahen.

6. Erledigt sich der verwaltungsrechtliche Streitgegenstand, etwa, weil der Verantwortliche die streitgegenständlichen Datenverarbeitungsprozesse nicht mehr durchführt oder bereits dem Willen der Behörde entsprechend modifiziert hat, liegt das streitige Rechtsverhältnis nunmehr in der Vergangenheit. Das Feststellungsinteresse ist in diesem Fall zu bejahen, wenn ein Ordnungswidrigkeitenverfahren bereits anhängig ist, das Rechtsverhältnis somit nach wie vor anhaltende abträgliche Wirkungen entfaltet, und das Urteil des

Verwaltungsgerichts geeignet ist, Einfluss auf das Ergebnis des Sanktionsprozesses zu nehmen (a.A. *OVG Münster* Urt. v. 8.12.2014 – 13 A 1505/14).

Klage 2

An das Verwaltungsgericht ...

Klage

Der ...

– Klägerin–

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

gegen ...

– Beklagter–

wegen: ...

Streitwert: 5 000,-- €

Namens und kraft anliegender Vollmacht der Klägerin erheben wir mit dem Antrag
festzustellen, dass die Klägerin nicht verpflichtet ist, ...

Zur Begründung führen wir aus:

I.

Zum Tatsächlichen:

... Die Klägerin meint nicht verpflichtet zu sein, Der Beklagte hat hingegen wiederholt auch gegenüber der Klägerin vertreten, dass ...

In der Praxis der Datenschutzbehörden wurden in jüngerer Zeit für vergleichbare Vorgänge hohe Bußgelder verhängen, ohne dass deren Zustandekommen in rechtlicher Hinsicht für die Klägerin oder die Öffentlichkeit nachvollziehbar wären. Die Klägerin ist von der Richtigkeit ihrer Rechtsauffassung überzeugt. Sie befürchtet aber aufgrund der Praxis der Aufsicht vorschnell, unkalkulierbar und rechtlich nicht nachvollziehbar Bußgelder zu erlassen, dass auch ihr ein Bußgeld droht, wenn sie sich nicht entsprechend der Position der Beklagten verhält.

Dieses „Damoklesschwert“ einer Sanktionsandrohung hält sie für nicht hinnehmbar und möchte die Rechtslage klären lassen, damit sie Rechtsklarheit und Handlungssicherheit erhält. Die Klägerin will den Streit um die Richtigkeit ihrer Position, die eine verwaltungsrechtliche Frage der Auslegung der DS-GVO betrifft, nicht im Rahmen eines nun zu befürchtenden und stigmatisierenden

Bußgeldprozesses vor einem Amts- oder Landgericht führen, sondern sie möchte die Klage im Wege des in dieser Situation ausnahmsweise zulässigen vorbeugenden Rechtsschutzes vor dem Verwaltungsgericht klären lassen.

II.

Zur prozessualen Rechtslage:

1. Der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 VwGO ist eröffnet. Bei der streitentscheidenden Frage handelt es sich um eine verwaltungsrechtliche Streitfrage. Zwar hängen von deren Beantwortung auch bußgeldrechtliche Bewertungen ab. Das führt aber nicht dazu, dass eine dem Verwaltungsrecht angehörende Frage, ihre diesbezügliche Rechtsnatur verliert. Dies gilt auch dann, wenn es dem Kläger darum geht, beim Verwaltungsgericht vorbeugenden Rechtsschutz gegenüber etwaigen späteren Bußgeldverfahren zu erhalten (*BVerwG* Urt. v. 7.5.1987 – 3 C 53/85; Urt. v. 31.1.1996 – 13 A 6644/95, Rn. 1).
2. Die Pflicht ... stellt ein Rechtsverhältnis iSd § 43 VwGO dar. Der Inhalt dieses Rechtsverhältnis ist zwischen den Verfahrensbeteiligten auch streitig (zu diesem Erfordernis: *BVerwG* Urt. v. 26. 1.1996 – 8 C 19.94; Urt. v. 23.1.1992 – 3 C 50.89). Zwischen den Parteien besteht seit einiger Zeit Uneinigkeit darüber, ob die Pflicht ... umfasst. Die Klägerin hat dies stets verneint. Der Beklagte hat dies hingegen wiederholt bejaht. Auch wenn die Beklagte diese Auffassung nicht durch einen förmlichen Verwaltungsakt, sondern in einem formlosen, nicht mit Rechtsmittelbelehrungen versehenen, Schreiben zum Ausdruck gebracht hat, wurde hierdurch doch deutlich, dass die Beklagte auch künftig von ihrer Auffassung nicht abrücken werde. Unter diesen Umständen beschränkten sich die Schreiben nicht auf unverbindliche, allgemein gehaltene Hinweise zu der nach Auffassung der Beklagten bestehenden Rechtslage. Mit ihnen ist vielmehr die rechtliche Einstellung der Parteien so eindeutig klargestellt und beiderseits kundgetan, dass das Vorliegen eines Rechtsverhältnisses, das allein Gegenstand einer Feststellungsklage sein kann, nicht mehr geleugnet werden kann (*BVerwG* Urt. v. 8.6.1962 – VII C 78/61; vgl. zudem etwa *BVerwG* Urt. v. 30. Mai 1985 – 3 C 53.84 hier reichte

das in Kenntnis setzen über eine abweichende arzneimittelrechtliche Beurteilung; auch bei *BVerwG* Ur. v. 20. November 2014 – 3 C 26.13 reichte die Mitteilung, die streitgegenständliche E-Zigarette dürfte nicht ohne Arzneimittelzulassung in den Verkehr gebracht werden). Ein feststellungsfähiges Rechtsverhältnis setzt nämlich nicht etwa voraus, dass die Behörde zur Durchsetzung ihrer Rechtspositionen bereits die Einleitung von Vollzugsmaßnahmen in Aussicht gestellt hat (*BVerwG* Ur. v. 23.8.2007 – 7 C 13.06, Rn. 32; bezugnehmend hierauf auch *VG Köln* Ur. v. 20.4.2018 – 9 K 3859/16; so ausdrücklich auch das *VG Düsseldorf* Ur. v. 10.9.2002 - 17 K 1907/02).

3. Es steht auch keine abstrakte Rechtsfrage im Raum, die nur aufgrund eines theoretischen, ausgedachten oder unwahrscheinlichen Sachverhaltes Bedeutung für die Klägerin erlangen würde. Da damit zu rechnen ist, dass die Klägerin auch künftig damit konfrontiert werden wird, dass ... und die hierfür maßgeblichen rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen bereits gelegt sind, reicht das festzustellende Rechtsverhältnis vielmehr bereits in die Gegenwart hinein und entfaltet bereits jetzt Regelungswirkung. Das Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beklagten ist somit auch hinreichend konkret (*VG Düsseldorf* Ur. v. 10.9.2002 - 17 K 1907/02; die Feststellungsfähigkeit eines zukünftigen Rechtsverhältnis wurde auch bei *BVerwG* Ur. v. 8.6.1962 – VII C 78/61 bejaht, ohne dies allerdings ausdrücklich zu bezeichnen; aus der Literatur zudem Sodan/Ziekow-Helge/Sodan § 43 VwGO Rn. 22 m.w.N.).
4. Angesichts der Pönalisierung einer ... in Art. 84 Abs. 5 lit. b DS-GVO kann auch ein berechtigtes Interesse des Klägers an der alsbaldigen mit der Feststellungsklage erstrebten Klärung nicht verneint werden. Da der *BfDI* die Rechtslage abweichend vom Kläger bewertet, erfüllt die Klägerin nach dessen Ansicht, wenn sie sich weigert, den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit nach Art. 83 Abs. 5 lit. b) DS-GVO. Der Klägerin droht somit, insbesondere mit Blick auf den bereits ergangenen behördlichen Hinweis auf die vermeintliche Pflicht, der Erlass eines Bußgeldbescheides. In Anbetracht der eingangs dargelegten Praxis der Aufsichtsbehörden, kann die Klägerin nicht davon ausgehen, dass die Behörde im Sinne der bestehenden Rechtsunsicherheiten zunächst auf verwaltungsrechtliche Eingriffsmittel, wie das einer Untersagungsverfügung, zurückgreifen werde, um ihre Rechtsposition durchzusetzen. Sie muss

vielmehr den Erhalt eines Bußgeldbescheides befürchten. Nach der „Damokles-Rechtsprechung“ ist es der Klägerin jedoch, auch unter Berücksichtigung der Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG, nicht zuzumuten, repressive Maßnahmen der Behörden abzuwarten und diese erst im Nachhinein „von der Anklagebank herab“ rechtlich anzugreifen, wenn diese an streitige verwaltungsrechtliche Zweifelsfragen anknüpfen. Sie hat vielmehr nach höchstrichterlicher Rechtsprechung sowohl ein anzuerkennendes Interesse daran, den Verwaltungsrechtsweg als „fachspezifischere“ Rechtsschutzform einzuschlagen, als auch ein schutzwürdiges Interesse daran, die gerichtliche Klärung der Zweifel, die an der Rechtmäßigkeit seiner Handlungen erhoben werden, anzustreben, bevor es zu einer Sanktionierung gekommen ist (*BVerwG* Ur. v. 9.5.1957 – I C 31.54, Rn. 16; Ur. v. 13.1.1969 – I C 86/64, Rn. 18; Ur. v. 17.1.1972 – I C 33.68, Rn. 7; Ur. v. 23.6.2016 – 2 C 18.15, Rn. 20; *OVG Münster* Ur. v. 29.1.2014 – 13 A 1901/11, Rn. 25; *VGH Mannheim* Ur. v. 11.2.2010 – 9 S 1130/08, Rn. 16; *VG Aachen* Ur. v. 8.12.2017 – 7 K 1859/17; *VG Trier* Ur. v. 2.9.2003 – 2 K 471/03; *OVG Münster* Ur. v. 25.8.2017 – 13 B 726/17; *VG München* Ur. v. 8.7.2015 – M 18 K 14.1109; *VG Köln* Ur. v. 8.4.2014 – 7 K 3150/12; so auch Posser/Wolff-Möstl § 43 VwGO Rn. 19.2). Wegen der besonderen Tragweite eines potentiellen Bußgeldes nach der DS-GVO und dessen im schlimmsten Fall image- und wirtschaftlich existenzvernichtender Auswirkungen benötigt gerade ein datenschutzrechtlich Verantwortlicher bei drohender Sanktionierung Rechtssicherheit, was die Frage der Rechtmäßigkeit seiner kaufmännischen Tätigkeiten anbelangt. Das Risiko wegen einer Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße bis zu von bis zu 4 % des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des betroffenen Unternehmers belegt zu werden, falls sich die Rechtsauffassung der Klägerin als unrichtig erweisen sollte, ist ihr nicht zuzumuten. Das Interesse an der Vermeidung von Sanktionen begründet daher im streitgegenständlichen Fall das qualifizierte Feststellungsinteresse für die vorbeugende Feststellungsklage.

5. § 43 Abs. 2 VwGO steht der begehrten Feststellung nicht entgegen. Eine vor den Verwaltungsgerichten einklagbare Unterlassungsklage konkret gerichtet auf das Unterlassen einer Sanktionierung, die einen Vollstreckungstitel vermitteln würde und somit rechtsschutzintensiver als eine Feststellungsklage

wäre, kennt das Verwaltungsprozessrecht nicht. Ein Verweis auf das Einspruchsverfahren nach §§ 63, 67 ff. OWiG ist dem Kläger wie dargelegt nicht zuzumuten.

III.

Zur materiellen Rechtslage:

[...]

Rechtsanwalt

Literaturverzeichnis

Art. 29-Datenschutzgruppe: WP 259 – Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gemäß Verordnung 2016/679, 2016.

BayLDA: Tätigkeitsbericht 2017/2018.

Datenethikkommission: Gutachten, 2019, abrufbar unter:
<https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.html> (zuletzt abgerufen am 3.3.2021)

DSK: Hinweise zum Einsatz von Google Analytics im nicht-öffentlichen Bereich, 12.05.2020.

DSK: Kurzpapier Nr. 3 – Verarbeitung personenbezogener Daten für Werbung, 2018.

Dörr, Dieter/Schwartzmann, Rolf: Medienrecht, 6. Aufl. 201.

EDSA: Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679.

Eisenberg, Ulrich/Conen, Stefan: Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum?, NJW 1998, 2241-2249.

Eyermann, Erich (Begr.): VwGO Kommentar, 15. Aufl. 2018.

Graf, Peter (Hrsg.): Strafprozessordnung Kommentar, 3. Aufl. 2018.

Gola, Peter (Hrsg.): DS-GVO Kommentar, 2. Aufl. 2018.

Hannich, Rolf (Hrsg.): Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 8. Auflage 2019.

HmbBfDI: Tätigkeitsbericht 2017/2018.

HmbBfDI: Tätigkeitsbericht 2019.

Johlen, Heribert/Oerder, Michael (Hrsg.): Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2017.

Köbel, Ralf: (Vorbeugender Rechtsschutz) gegen Ermittlungsverfahren?, JR 2006, 322-328.

Kühling, Jürgen/Buchner, Benedikt (Hrsg.): DS-GVO/BDSG. Kommentar, 3. Aufl. 2020.

Arzt, Günther: Dynamisierter Gleichheitssatz und elementare Ungleichheiten

im Strafrecht, in: Küper/Jürgen (Hrsg.): Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels, 1993, S. 49-68.

Lässig, Curt Lutz: Zulässigkeit der vorbeugenden Feststellungsklage bei drohendem Bußgeldbescheid, NVwZ 1988, 410-418.

LDI NRW: Tätigkeitsbericht 2020.

Lehr, Gernot: Grenzen für die Öffentlichkeitsarbeit der Ermittlungsbehörden, NStZ 2009, 409-413.

Mitsch, Wolfgang (Hrsg.): Karlsruher-Kommentar zum OWiG, 5. Aufl. 2018.

Noak, Torsten: Einführung ins Ordnungswidrigkeitenrecht – Teil 2, ZJS 2012, 329-334.

Ottow, Sabine: Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren und nach dem Polizeirecht, 2014

Paal, Boris/Pauly, Daniel (Hrsg.): DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018.

Posser, Herbert/Wolff, Heinrich (Hrsg.): VwGO Kommentar, 2. Aufl. 2014.

Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Perter (Hrsg.): VwGO Kommentar, 39. Auflage, Stand: Juli 2020.

Schroeder, Friedrich-Christian: Eine funktionelle Analyse der strafprozessualen Zwangsmittel, JZ 1985, 1028-1033.

Schwartmann, Rolf/Jaspers, Andreas/Thüsing, Gregor/Kugelmann, Dieter (Hrsg.): Heidelberger Kommentar DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2020.

Schwartmann, Rolf/Hermann, Maximilian/Mühlenbeck, Robin: Transparenz bei Medienintermediären, 2020.

Simitis, Spiros/Hornung, Gerrit/Spiecker gen. Döhmann, Indra (Hrsg.), Datenschutzrecht Kommentar, 2019.

Sodan, Helge/Ziekow, Jan (Hrsg.), VwGO Kommentar, 5. Aufl. 2018.

Stern, Klaus: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 2004.

Sydow, Gernot (Hrsg.): Europäische Datenschutzverordnung, 2. Aufl. 2018.

Taeger, Jürgen/Gabel, Detlev (Hrsg.), DSGVO BDSG, 3. Aufl. 2019.

Wolff, Heinrich/Brink, Stefan (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Datenschutzrecht, 19. Edition, Stand: 01.11.2016.

Wysk, Peter (Hrsg.): VwGO Kommentar, 3. Aufl. 2020.

Rechtsprechungsverzeichnis

1. Bundesverfassungsgericht

Urt. v. 31.1.1973 – 2 BvR 454/71 = BVerfGE 34, 238.

Urt. v. 14.11.1989 – 1 BvL 14/85, 1 BvR 1276/84 = BVerfGE 81, 70.

Urt. v. 20.2.2001 – 2 BvR 1444/00 = BVerfGE 103, 142.

Beschl. v. 9.10.2002 – 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 = BVerfGE 106, 28.

Beschl. v. 7.4.2003 – 1 BvR 2129/02 = BVerfGK 1, 107.

Urt. v. 13.6.2007 – 1 BvR 1550/03, 2357/04, 603/05 = BVerfGE 118, 168.

Urt. v. 16.12.2014 – 2 BvE 2/14 Rn. 53, 55 = BVerfGE 138, 102.

Beschl. v. 7.11.2015 – 2 BvQ 39/15 Rn. 9 f. = BVerfGE 140, 225.

2. Bundesverwaltungsgericht

Urt. v. 9.5.1957 – I C 31.54 = BVerwGE 4, 363.

Urt. v. 8.6.1962 – VII C 78/61 = BVerwGE 14, 235.

Urt. v. 13.1.1969 – I C 86/64 = BVerwGE 31, 177.

Urt. v. 17.1.1972 – 1 C 33.68 = BVerwGE 39, 247.

Urt. v. 13.11.1980 – 5 C 18.79 = BVerwGE 61, 145.

Urt. v. 30.5.1985 – 3 C 53.84 = BVerwGE 71, 318.

Urt. v. 7.5.1987 – 3 C 53/85 = BVerwGE 77, 207.

Urt. v. 23.1.1992 – 3 C 50/89 = BVerwGE 89, 327.

Beschl. v. 26.5.1992 – 3 B 87.91.

Urt. v. 11.3.1993 – 3 C 90.90 = BVerwGE 92, 172.

Urt. v. 26.1.1996 – 8 C 19/94 = BVerwGE 100, 262.

Urt. v. 31.1.1996 – 13 A 6644/95 = NVwZ-RR 1997, 264.

Urt. v. 16.1.2003 – 7 C 31.02 = BVerwGE 117, 322.

Urt. v. 14.4.2005 – 3 C 31.04 = NVwZ 2006, 92.

Urt. v. 23.8.2007 – 7 C 13.06 = NVwZ 2007, 1311.

Urt. v. 25.3.2009 – 8 C 1.09 = NVwZ 2009, 1170.

Beschl. v. 20.5.2009 – 7 B 56/08.

Urt. v. 28.1.2010 – 8 C 19.09 = BVerwGE 136, 54.

Urt. v. 20.11.2014 – 3 C 26.13 = NVwZ-RR 2015, 420.

Urt. v. 23.6.2016 – 2 C 18.15 = NVwZ-RR 2016, 907.

3. Oberverwaltungsgerichte

OVG Münster

Urt. v. 26.1.1982 – 4 A 2586/80 = NVwZ 1983, 101.

Urt. v. 27.6.1996 – 13 A 4024/94.

Urt. v. 26.10.2010 – 13 A 929/10 = DVBl 2011, 122.

Urt. v. 29.1.2014 – 13 A 1901/11 = NVwZ-RR 2014, 923.

Urt. v. 8.12.2014 – 13 A 1505/14.

Beschl. v. 22.6.2017 – 13 B 238/17 = NVwZ-RR 2018, 43.

Urt. v. 25.8.2017 – 13 B 762/17 = NVwZ-RR 2018, 54.

VGH Kassel

Urt. v. 17.12.1985 – 9 UE 2162/85 = NVwZ 1988, 445.

VGH München

Urt. v. 28.1.2003 – 24 B 02.322 = DÖV 2003, 594.

VGH Mannheim

Urt. v. 11.2.2010 – 9 S 1130/08 = DÖV 2010, 489.

OVG Lüneburg

Beschl. v. 17.6.2010 – 13 LA 78/09.

Beschl. v. 23.9.2013 – 13 LA 144/12 = NJW 2013, 3595.

OVG Saarlouis

Beschl. v. 29.3.2018 – 2 D 5/18 = NVwZ-RR 2018, 510.

OVG Hamburg

Urt. v. 7.10.2019 – 5 Bf 279/17.

4. Verwaltungsgerichte

VG Frankfurt/Main

Urt. v. 11.2.1987 – III/1-1447/86 = NVwZ 1988, 470.

VG Düsseldorf

Urt. v. 10.9.2002 – 17 K 1907/02 = NVwZ 2002, 1269.

VG Trier

Urt. v. 2.9.2003 – 2 K 471/03 = NVwZ-RR 2005, 33.

VG Köln

Urt. v. 8.4.2014 – 7 K 3150/12.

Urt. v. 20.4.2018 – 9 K 3859/16.

VG München

Urt. v. 8.7.2015 – M 18 K 14.1109.

VG Neustadt

Urt. v. 22.12.2015, 4 K 867/15.

VG Aachen

Urt. v. 8.12.2017 – 7 K 1859/17.

VG Ansbach

Urt. v. 8.8.2019 - AN 14 K 19.00272.

Urt. v. 16.3.2020 – AN 14 K 19.00464.

VG Mainz

Urt. v. 16.1.2020 –1 K 129/19.

5. Bundesgerichtshof

Beschl. v. 24.2.2016 – AnwZ 62/15.

6. Oberlandesgerichte

OLG Braunschweig

Beschl. v. 18.2.2000 – 1 Ss (B) 61/99 = NStZ 2003, 95.

OLG Karlsruhe

Beschl. v. 29.10.2004 – 1 Ss 121/04 = NZV 2004, 654.

OLG Frankfurt/Main

Urt. v. 27.6.2019 – 6 U 6/19 = K&R 2019, 666.

7. Arbeitsgerichte

AG Neustadt

Beschl. v. 27.6.2002 – 2a OWi 5189 Js 4769/02 = NZV 2003, 542.

8. Sozialgerichte

SG Frankfurt/Oder

Urt. v. 8.5.2019 – S 49 SF 8/19.