

# DATENSCHUTZ- BERATER

» Ihr zuverlässiger Partner für Datenschutz und Datensicherheit

**Chefredakteur: Dr. Carlo Piltz**

**Schriftleitung: Prof. Dr. Alexander Golland, Tilman Herbrich, Philipp Quiel, Laurenz Strassemeyer**

## Editorial

---

Philipp Quiel

**Auf ein gutes Datenschutzjahr 2024**

Seite 1

## Stichwort des Monats

---

Dr. Kim Manuel Künstner

**EU-Kartellrecht & DSGVO: Verwandtschaftsgrade, Schuld und Buße nach Deutsche Wohnen**

Seite 2

## Datenschutz im Fokus

---

Kristin Benedikt und David Pfau

**Meta führt im Lichte der EuGH-Entscheidung aus dem Juli 2023 bezahlpflichtiges Abonnement ein**

Seite 6

Wiebke Reuter und Dr. Paul Voigt

**Update zu Anforderungen an Drittlandsübermittlungen**

Seite 9

Johannes Nehlsen und Tilmann Fleck

**Art und Umfang der Datenverarbeitungspflichten interner Meldestellen gemäß Hinweisgeberschutzgesetz**

Seite 12

## Rechtsprechung

---

Dr. Markus Wünschelbaum

**Deutsche Wohnen – und nun?**

**Einordnung eines neuen DSGVO-Bußgeldregimes**

Seite 15

Dominika Juszczuk

**Verbraucherrechte in Bezug auf automatisierte Entscheidungen gestärkt**

Seite 19

Dr. Dominik Sorber

**BAG bestätigt: BR-Vorsitzender + Datenschutzbeauftragter = Interessenkonflikt**

Seite 22

▪ **Nachrichten Seite 4**

Dr. Kim Manuel Künstner

# EU-Kartellrecht & DSGVO: Verwandtschaftsgrade, Schuld und Buße nach Deutsche Wohnen

Rechtsberater im Bereich Datenschutz zeigen sich in den letzten Jahren bass erstaunt ob der Verdikte des EuGH zu den Auslegungsfragen rund um die DSGVO. Kartellrechtler, die einen Seitenblick wagen, sind geneigt zu sagen: been there, done that. Denn bereits seit Jahrzehnten erschüttert Luxemburg felsenfeste Überzeugung deutscher Kartellrechtler in ihren Grundfesten. Trotz der punktuellen Unterschiede der beiden Rechtsgebiete, bieten sie als behördlich durchzusetzendes Unionsrecht auch einige Parallelen, so dass die kartellrechtliche Entscheidungspraxis für offene Auslegungsfragen der DSGVO herangezogen werden kann. Die aktuelle Entscheidung des EuGH in Sachen „Deutsche Wohnen“ bildet davon keine Ausnahme und bietet Anlass zu einem aktuellen Vergleich.

## Die Mutter der EU-Compliance

Das Kartellrecht kann getrost als die Mutter der (EU-) Compliance bezeichnet werden. Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen sowie des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sind bereits seit den Römischen Verträgen von 1957 im EU-Primärrecht verankert.

Die heute zentrale Bedeutung des Kartellrechts für die Compliance hängt jedoch weniger mit dem Alter der Verbote zusammen als mit der hohen Bußgeldandrohung von bis zu 10% des weltweiten Vorjahresumsatzes der Unternehmensgruppe. Dieses „Erfolgsmodell“ der umsatzbezogenen Bebußung wurde in jüngerer Zeit auch auf andere Compliance-Bereiche wie der DSGVO erstreckt.

## Brüder im Geiste?

Dem EU-Kartellrecht und der DSGVO ist damit gemein, dass es sich um in den Mitgliedsstaaten unmittelbar geltendes EU-Recht handelt, welches (auch) von nationalen Behörden u. a. mittels Bußgeldern durchgesetzt wird.

Es verwundert daher nicht, dass Kartell- und Datenschutzrecht in der Entscheidungspraxis Berührungs- oder, wie im Fall Meta, sogar Reibungspunkte aufweisen. Viele der aktuellen Fragen der behördlichen Durchsetzung der DSGVO sind so oder so ähnlich teilweise bereits vor Jahrzehnten vom EuGH für die behördliche Durchsetzung des Kartellrechts behandelt worden. Dies eröffnet die Möglichkeit bzw. zwingt Praktiker dazu, mögliche kartellrechtliche Vorprägungen zu kennen und deren (fehlende) Übertragbarkeit auf die datenschutzrechtliche Praxis zu beurteilen.

## Same same, but different?

Wer Ähnlichkeiten feststellen will, muss die Unterschiede kennen. Daher ist es wichtig auch die wesentlichen Abweichungen der behördlichen Durchsetzung von Kartell- und Datenschutzrecht zu verdeutlichen:

## Durchsetzungsbehörde EU-Kommission

Das EU-Kartellrecht wird (auch) von der EU-Kommission als EU-Wettbewerbsbehörde durchgesetzt. Hierfür hat sich die EU eigene Verfahrensregeln mit der sogenannten Kartellverordnung 1/2003 (ABl. 2003 L 1) gegeben, die ausschließlich eine Bebußung von Unternehmen vorsieht, nicht aber von natürlichen Personen.

## § 30 OWiG häufig praktisch kein Problem

Parallel setzen nationale Wettbewerbsbehörden nationales, aber auch EU-Kartellrecht durch. Hier stellt sich theoretisch aufgrund des Umweges der Bebußung von Unternehmen über § 30 OWiG dasselbe Problem wie im Rahmen der DSGVO, d. h. es muss ein Verstoß durch eine Leitungsperson im Sinne des § 30 OWiG festgestellt werden.

Praktisch beruhen Kartelluntersuchungen aber häufig auf Kronzeugenanträgen, zu deren Voraussetzung es gehört, dass die beteiligten Personen benannt und damit identifiziert werden. Zudem sind am Kartell beteiligte Personen in der Regel in Leitungsfunktionen im Sinne des § 30 OWiG, so dass es auch bei der nationalen Durchsetzung des Kartellverbots nach Art. 101 AEUV im Regelfall keine praktische Einschränkung durch § 30 OWiG gibt.

## Unternehmen statt juristischer Person

Die EU-Bußgeldnorm für Kartellrechtsverstöße in Art. 23 VO 1/2003 knüpft ausschließlich an den Begriff Unternehmen an, während die Bußgeldvorschriften der DSGVO an Verantwortliche bzw. Auftragsverarbeiter anknüpfen, deren Legaldefinition wiederum auf natürliche und juristische Personen Bezug nehmen, gerade nicht aber auf Unternehmen.

Der kartellrechtliche Unternehmensbegriff wird vom EuGH unter Verweis auf die „wirtschaftliche Einheit“ denkbar weit gefasst und führt dazu, dass sich die Haftung für kartellrechtliches Fehlverhalten auch auf Konzernmütter oder umgekehrt Konzerntöchter erstrecken kann, die zu unmittelbaren Adressaten von Bußgeldbescheiden werden

können, nur aufgrund der Tatsache, dass sie mit der juristischen Person eine wirtschaftliche Einheit bilden, der das kartellrechtliche Fehlverhalten zugerechnet wird. Dies führt so weit, dass Private-Equity-Unternehmen mit rein finanziellem Interesse als kontrollierende Gesellschafter einer juristischen Person Adressaten eines Kartellbußgeldes für ein Fehlverhalten der kontrollierten juristische Person sein können.

### Was ist auf DSGVO-Auslegung übertragbar?

Trotz dieser Unterschiede zwischen EU-Kartell- und Datenschutzrecht, können aus der Entscheidungspraxis des EuGH zum EU-Kartellrecht gewisse Rückschlüsse auf die Auslegung der DSGVO gezogen werden:

#### EU-Recht sticht auch liebgewonnenes nationales Recht

Spätestens seit ein Rechtsanwaltskollege sich gegen die Gebühren seines Stromanbieters wehrte und dafür 1964 bis nach Luxemburg ging (Rs. 6/64 – Costa/ENEL), gilt: unmittelbar geltendes Unionsrecht sticht nationales Recht, selbst wenn Mitgliedstaaten das eigene Recht für das beste halten.

Anhand des Effektivitätsgrundsatzes wurde schon so manche nationale Gewissheit geschliffen. Deutsche Kartell- und insbesondere Gesellschaftsrechtler mussten dies bereits vor vielen Jahren angesichts der faktischen Konzernhaftung für EU-Kartellbußen lernen, die der EuGH mit der Auslegung des Unternehmensbegriffs als wirtschaftliche Einheit partiell auch in Deutschland eingeführt hat.

Dass die Einschränkung der Zurechnung über Bande nach § 30 OWiG im Zweifel dem unionsrechtlichen Effektivitätsgrundsatz zuwider läuft, ist vor diesem Hintergrund in keiner Weise überraschend. Auch das Bundesverfassungsgericht dürfte die Grenzen seiner Solange-Rechtsprechung hier nicht überschritten sehen. Zumal der EuGH auch bei der Verhängung von Bußgeldern nach der DSGVO nicht auf ein Vorsatz- oder Fahrlässigkeitselement verzichtet (und dies aufgrund der eindeutigen Nennung in der DSGVO auch unionsrechtlich nicht könnte). Die Frage nach einer „strict liability“ im Datenschutzrecht im Sinne des Verzichts auf Verschuldenselemente ist daher schief gestellt.

#### Verschulden und Exkulpation

Dass es sich für von DSGVO-Bußgeldern Betroffene bisweilen so anfühlt, als gelte die „strict liability“, können Kartellrechtler aber gut nachempfinden. Denn zwar gilt auch für Kartellbußen nach Art. 23 KartellVO das Erfordernis eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Handelns. In der Praxis erweist es sich allerdings als äußerst schwierig, bei einem „objektiven“ Verstoß gegen Kartellrecht, die EU-Kommissi-

on oder den EuGH davon zu überzeugen, dass es an einem Schuldelement fehlt.

Zum Vorsatz bei der Verwendung kartellrechtswidriger Klauseln entschied der EuGH bereits 1978 (Rs. C-19/77), dass sich ein Unternehmen bei der Aufstellung oder Hin-nahme solcher Klauseln nicht in Unkenntnis über die Beschränkung des Wettbewerbs befinden könne, egal, ob es sich der Zuwiderhandlung bewusst sei oder nicht. Auch eine vorherige abweichende Beratung durch einen Rechts-anwalt taugt nicht zur Entschuldigung.

#### Unternehmen selbst unternehmen nichts

Entgegen ihrer Bezeichnung unternehmen Unternehmen allerdings selbst nichts, sondern handeln durch Menschen. Folglich schien es auch im Kartellrecht naheliegend, sich dem Bußgeld durch die Behauptung zu entziehen, das schuldhafte Verhalten sei einem Mitarbeiter zuzuordnen, über dessen Verhalten das Unternehmen weder Kenntnis noch dieses angeordnet hatte. Auch dieser Argumentation hat der EuGH frühzeitig mit Urteil aus 1983 (verb. Rs. C-100 bis 103/80) den Riegel vorgeschoben. Demnach kommt es auch insoweit weder auf Wissen und Wollen der Geschäftsinhaber oder Geschäftsführer an. Ausreichend für ein fahrlässiges oder schuldhaftes Verhalten ist die Handlung einer Person, die berechtigt ist, für das Unternehmen tätig zu werden.

In der Entscheidung Deutsche Wohnen (C-807/21) hat der EuGH diesen Maßstab unter Bezugnahme auf kartellrechtliche Entscheidungen auch auf die DSGVO erstreckt. Auch ohne „strict liability“ wird es daher in der Praxis sehr schwierig sein, bei einem objektiven DSGVO-Verstoß einer Bebußung mangels Vorsatzes oder Fahrlässigkeit zu entkommen.

#### Bußgeldobergrenzen richten sich nach Leistungsfähigkeit der Unternehmensgruppe

Im EU-Kartellrecht ist aufgrund der wirtschaftlichen Einheit nicht nur eine direkte Bußgeldfestsetzung gegen die (unbeteiligte) Konzernmutter möglich und üblich, sondern auch die Bußgeldobergrenze orientiert sich grundsätzlich am weltweiten Vorjahresumsatz der Gesamtgruppe.

Insoweit verweist der Erwägungsgrund Nr. 150 der DSGVO darauf, dass bei datenschutzrechtlichen Bußgeldern gegen Unternehmen der kartellrechtliche Unternehmensbegriff gelten soll. Es bestand bislang Unsicherheit, ob diese analoge Anwendung für die Möglichkeit der Verhängung eines Bußgeldes gegen die wirtschaftliche Einheit gelten soll. In der Entscheidung Deutsche Wohnen hat der EuGH jedoch klargestellt, dass der kartellrechtliche Unternehmensbegriff im Anwendungsbereich der DSGVO nur für die Berechnung der Höhe des Bußgeldes nach Art. 83 Abs. 4 bis 6 DSGVO gelten soll, nicht aber für die Frage des Adressaten

des Bußgeldes, da dieser stets nur der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter sein kann.

Aus kartellrechtlicher Sicht schließt sich die Frage an, ob in Anwendungsbereich der DSGVO damit möglich wird, was bei EU-kartellrechtlichen Bußgeldern regelmäßig verwehrt wird, nämlich die Vermeidung der Zahlung des Bußgeldes durch gezielte Insolvenz der bebußten Gesellschaft.

### Fazit

Nimmt man die Entscheidungspraxis des EuGH zu Kartellbußgeldern zum Maßstab, scheiden folgende Argumente gegen die Verhängung eines Bußgeldes nach der DSGVO in der Regel aus:

- Die juristische Person hatte keine Kenntnis vom Verhalten ihrer Mitarbeitenden/hatte diese nicht dazu angewiesen.

- Der juristischen Person war die Zuwiderhandlung gegen die DSGVO nicht bewusst.
- Die juristische Person hat sich zuvor Rechtsrat eingeholt, der von der Rechtmäßigkeit der bebußten Handlung ausging. Achtung: dies kann selbst bei einer entsprechenden Auskunft einer Datenschutzbehörde gelten!

**Autor:** Dr. Kim Manuel Künstner ist Partner der Frankfurter Kanzlei SCHULTE RECHTSANWÄLTE. und berät zu allen Fragen des Kartellrechts.



## Nachrichten

### EDSA legt Entwurf von Leitlinien zum Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL vor

Der EDSA beschäftigt sich in einem kürzlich vorgelegten Entwurf zu Leitlinien mit Tracking-Techniken im Zusammenhang mit der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (ePrivacy-RL). Mit der Leitlinie soll klargestellt werden, welche technischen Vorgänge (insbesondere neue Tracking-Techniken) von der Richtlinie erfasst sind und so den datenschutzrechtlich Verantwortlichen und betroffenen Personen Rechtssicherheit bieten. In Deutschland betrifft die Leitlinie damit vor allem den Anwendungsbereich von § 25 TTDSG. Dabei befasst sich die Leitlinie nur mit dem technischen Anwendungsbereich von Art. 5 Abs. 3 ePrivacy-RL, nicht hingegen den Anforderungen und technischen Gestaltungen einzuholender Einwilligungen.

CP

kann, die von einem Auftragsverarbeiter durchgeführt werden, sofern die Vorgänge dem Verantwortlichen zugerechnet werden können.

Zur Entscheidung, ob eine gemeinsame Verantwortlichkeit vorliegt, führt der EuGH aus, dass sich dies allein daraus ergibt, dass die jeweiligen Beteiligten an der Entscheidung über die Zwecke und Mittel der jeweiligen Verarbeitung mitgewirkt haben. Eine förmliche Vereinbarung setzte dies gerade nicht voraus.

Schließlich müsse sich die Aufsichtsbehörde bei der Bemessung der Geldbuße, wenn der Adressat ein Unternehmen ist oder zu einem Unternehmen gehört, auf den wettbewerbsrechtlichen Begriff „Unternehmen“ stützen. Der Höchstbetrag der Geldbuße sei daher auf der Grundlage eines Prozentsatzes des gesamten Jahresumsatzes zu berechnen, den das betreffende Unternehmen als Ganzes im vorangegangenen Geschäftsjahr weltweit erzielt habe.

CP

### EuGH: Haftung eines Verantwortlichen für seinen Auftragsverarbeiter

Der EuGH befasste sich in einem Vorabentscheidungsverfahren, Az. C-683/21, unter anderem mit der Frage der Haftung eines Verantwortlichen für eine datenschutzrechtliche Verletzung seines Auftragsverarbeiters. Der EuGH entschied, dass gegen einen Verantwortlichen eine Geldbuße auch für Verarbeitungsvorgänge verhängt werden

### EuGH: Nur ein schuldhafter Verstoß gegen die DSGVO kann zur Verhängung einer Geldbuße führen

Mit Urteil vom 05.12.2023, Az. C-807/21, äußerte sich der EuGH zu zwei Vorlagefragen des Kammergerichts in der Sache Deutsche Wohnen SE. Das Kammergericht legte