

# Kann ein Briefkasten haften? – Rolle des Vertreters nach DS-GVO

Eine Analyse der Aufgaben und Sanktionsrisiken

Bußgelder  
Durchsetzungsverfahren  
Pflichtenkreis  
Anlaufstelle  
Marktortprinzip

■ Völlig neu ist die Position des Vertreters im europäischen Datenschutzrecht nicht. Gleichwohl bleibt auch unter der DS-GVO weitgehend unklar, welchen konkreten Umfang der Aufgabenkreis des Vertreters einnehmen soll und wie es um seine Haftung für Datenschutzverstöße bestellt ist. Befeuert wird dieses Problem durch den eher offenen Wortlaut der DS-GVO, der sich bei der Klärung der Frage als nur wenig hilfreich erweist. Der folgende Beitrag wird zeigen, dass sich für ein ausgedehntes Pflichtenverständnis in der Verordnung keine Grundlage findet und die persönliche Haftung des Vertreters daher überschaubar bleiben dürfte.

Lesedauer: 23 Minuten

■ The representative's position is not entirely new to European Data Protection Law. However, even with the GDPR's data protection regime in place, it is still arguably difficult to define the range of the actual tasks the representative has to take on and the consequential liability risks that might be associated with them. That problem is exacerbated by the rather vague wording of the GDPR which proves to be of little help in solving the issue. The following article will show that there is no basis in the Regulation for an extended understanding of the representative's obligations and that its personal liability is likely to remain manageable.

## I. Bestellung eines Vertreters

Nach Art. 27 Abs. 1 DS-GVO ist ein Vertreter zu bestellen, wenn ein nicht in der Union niedergelassener Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter Datenverarbeitungen i.S.v. Art. 3 Abs. 2 DS-GVO vornimmt, mithin Daten von Betroffenen, die sich in der Union befinden, zu dem Zweck verarbeitet, betroffenen Personen in der Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten oder das Verhalten betroffener Personen innerhalb der Union zu beobachten. Ausnahmen von dieser Bestellpflicht enthält Art. 27 Abs. 2 lit. b DS-GVO für Behörden oder öffentliche Stellen sowie Art. 27 Abs. 2 lit. a DS-GVO für Verarbeitungen, die nur gelegentlich erfolgen, nicht die umfangreiche Verarbeitung sensibler Daten i.S.v. Art. 9 Abs. 1 oder Art. 10 DS-GVO einschließen und nach einer Risikoabwägung voraussichtlich nicht zu einem Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen führen. Die Voraussetzungen des Art. 27 Abs. 2 lit. a DS-GVO müssen dabei kumulativ vorliegen.<sup>1</sup>

Greifen diese eng umgrenzten Ausnahmen nicht, hat ein nicht in der Union belegener Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter eine natürliche oder juristische Person als Vertreter zu bestellen und dies gem. Art. 27 Abs. 3 DS-GVO in (nur) einem der Mitgliedstaaten, in dem sich die von den eingangs genannten Verarbeitungsvorgängen betroffenen personenbezogenen Daten befinden. Die Bestellung hat nach Art. 27 Abs. 1 DS-GVO schriftlich zu erfolgen. Der Begriff der Schriftlichkeit ist hierbei autonom unionsrechtlich, mithin von dem Recht der Mitgliedstaaten unabhängig auszulegen,<sup>2</sup> sodass eine dem deutschen Recht entsprechende Schriftform nicht zwingend sein dürfte. Angesichts des Fehlens wichtiger Gründe für eine Schriftform<sup>3</sup> sollte vielmehr auch eine der Textform des § 126b BGB entsprechende Form der Verkörperung dem Formerfordernis ausreichend Rechnung tragen,<sup>4</sup> dient schließlich die Schriftlichkeit der Vertreterbestellung in erster Linie ohnehin nur dazu, den Vertreter nach außen erkennbar zu benennen.<sup>5</sup>

## II. Gesetzliche Aufgaben des Vertreters

Mit großer Rechtsunsicherheit verbunden ist die Frage nach dem gesetzlichen Aufgabenkreis des Vertreters. Ein Hauptgrund dafür liegt in dem in Teilen eher offenen und undeutlichen, in Teilen auch widersprüchlichen Verordnungstext, zumal die DS-GVO den Aufgaben- und Pflichtenkatalog des Vertreters nur

sehr vereinzelt überhaupt einer ausdrücklichen Regelung zufführt.

### 1. Die Begriffsdefinition des Vertreters als Ausgangspunkt

Ausgehend von der Begriffsdefinition des Vertreters in Art. 4 Nr. 17 DS-GVO „vertritt“ dieser den Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter hinsichtlich der ihnen jeweils nach der DS-GVO obliegenden Pflichten. Nach Erwägungsgrund 80 Satz 2 DS-GVO soll er dabei „im Namen des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters“ tätig werden und im Falle von Verstößen des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters gem. Erwägungsgrund 80 Satz 6 DS-GVO einem sog. „Durchsetzungsverfahren“ unterworfen werden. Dieser Wortlaut könnte a prima vista ein extensives Verständnis der Pflichten des Vertreters nahelegen, das diesem den Pflichtenkatalog des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters vollumfänglich als eigene, persönliche Aufgabe überträgt.<sup>6</sup> Dies hätte zur Konsequenz, dass dem Vertreter die Wahrnehmung sämtlicher Pflichten des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters sowie insbesondere die Erfüllung der Betroffenenrechte der Art. 12 ff. DS-GVO oblägen<sup>7</sup> und er möglicherweise gar als zusätzliches Vollstreckungssubjekt neben dem Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter in Betracht kommen könnte.<sup>8</sup>

### 2. Die Aufgabenzuweisung des Art. 27 Abs. 4 DS-GVO

Mit diesem ersten Befund tritt indes der übrige Verordnungstext und insbesondere der den Aufgabenkreis des Vertreters grund-

<sup>1</sup> Thomale, in: Auernhammer, DS-GVO/BDSG, 6. Aufl. 2018, Art. 27 Rdnr. 5; Ingold, in: Sydow, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 27 Rdnr. 6; a.A. Piltz, in: Gola, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 27 Rdnr. 23.

<sup>2</sup> St. Rspr. EuGH, U. v. 18.5.2017 – C-617/15 – Hummel Holding/Nike, Rdnr. 22; U. v. 3.9.2014, C-201/13 – Vrijheidsfonds/Vandersteen, Rdnr. 14.

<sup>3</sup> Wichtige Gründe sind solche des Übereilungsschutzes sowie der Beweis- und Klarstellungsfunktion; Einsele, in: MUKoBGB, 7. Aufl. 2015, BGB § 125 Rdnr. 8 ff.

<sup>4</sup> Kremer, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman, DS-GVO/BDSG, 2018, Art. 27 Rdnr. 27; Thomale (o. FuBn. 1), Rdnr. 11; Piltz (o. FuBn. 1), Rdnr. 15 f.; a.A. Ingold (o. FuBn. 1), Rdnr. 9; ferner wohl Martini, in: Paal/Pauly, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 27 Rdnr. 19.

<sup>5</sup> Piltz (o. FuBn. 1), Rdnr. 15.

<sup>6</sup> So Hanloser, in: BeckOK DatenSR, 25. Ed., DS-GVO, Art. 27 Rdnr. 9, 10.

<sup>7</sup> Hanloser (o. FuBn. 6), Rdnr. 11.

<sup>8</sup> Hanloser (o. FuBn. 6), Rdnr. 10.

legend bestimmende Wortlaut des Art. 27 Abs. 4 DS-GVO in einen offenen Konflikt. Dort heißt es nur noch, dass der Vertreter zusätzlich zu dem Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter oder jeweils an deren Stelle insbesondere für Aufsichtsbehörden und betroffene Personen bei sämtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Verarbeitung zur Gewährleistung der Einhaltung der Verordnung „als Anlaufstelle zu dienen“ hat. Zum Teil wird jedoch eingewandt, der Begriff der „Anlaufstelle“ sei lediglich das Ergebnis einer fehlerhaften Übersetzung der originalen Sprachversion.<sup>9</sup> Treffender sei angesichts des ursprünglichen, englischen Wortlauts („to be addressed ... on all issues related to processing, for the purposes of ensuring compliance with this Regulation“) eher die Zuweisung der Rolle als „Adressat“.<sup>10</sup> Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass auch der englische Begriff „to be addressed“ nicht völlig frei von jeglicher Doppeldeutigkeit ist. Es erscheint keineswegs zwingend, die Begrifflichkeit „to be addressed“ ausschließlich i.S.e. „Inanspruchnehmens“ zu verstehen. Vielmehr kann sie auch i.S.e. „Ansprechens“ oder mit einem „sich wenden an“ übersetzt werden, das dem Begriff der „Anlaufstelle“ wiederum recht nahe kommt. Auch ein Vergleich mit der französischen<sup>11</sup> und der spanischen<sup>12</sup> Sprachversion legt ein Verständnis nahe, das dem Vertreter nicht die Rolle eines Adressaten von Durchsetzungsmaßnahmen, sondern eher die einer Anlauf- und Beratungsstelle beimisst.

### 3. Der Vertreter in der Rolle als „Anlaufstelle“

Tatsächlich scheint also der Unionsgesetzgeber die Rolle des Vertreters ganz bewusst in der einer Anlaufstelle zu sehen. Fraglich bleibt indes, welche Pflichten sich daraus für den Vertreter im Einzelnen ergeben. Der Wortlaut des Art. 27 Abs. 4 DS-GVO allein hilft bei der Klärung dieser Frage nicht weiter. Lohnenswert erscheint daher zunächst ein Blick auf die konkrete Ausgestaltung der weiteren, dem Vertreter obliegenden Pflichten, die im übrigen Verordnungstext allerdings einen nur sehr punktuellen Niederschlag gefunden haben. So finden sich in der DS-GVO jenseits des Art. 27 Abs. 4 DS-GVO konkrete Pflichten des Vertreters lediglich in den Art. 30, 31 und 58 DS-GVO. Nach diesen Vorschriften hat der Vertreter wie der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter ein eigenes Verarbeitungsverzeichnis zu führen (Art. 30 Abs. 1 bis 3 DS-GVO) und dieses im Falle einer aufsichtsbehördlichen Anfrage zur Verfügung zu stellen (Art. 30 Abs. 4 DS-GVO), ferner hat der Vertreter mit der Aufsichtsbehörde bei der Erfüllung ihrer Aufgaben auf Anfrage zusammenzuarbeiten (Art. 31 DS-GVO) und ihr im Rahmen aufsichtsbehördlicher Untersuchungen alle Informationen bereitzustellen, die für ihre Aufgabenerfüllung erforderlich sind (Art. 58 Abs. 1 lit. a DS-GVO).

Diese i.E. doch recht überschaubare Zuweisung von konkreten Aufgaben lässt sich mit der Grundaufgabenzuweisung einer umfassenden Pflichtenvertretung, wie sie noch in der Definition des Art. 4 Nr. 17 DS-GVO anzuklingen schien, nicht so recht in Einklang bringen. Hiergegen wird vereinzelt vorgetragen, dass die Pflichten des Vertreters allein zu Gunsten einer besseren Les-

barkeit nicht in ihrer Gesamtheit explizit formuliert worden seien. Vielmehr ergebe sich bereits aus der Regelungssystematik des Art. 4 Nr. 17 DS-GVO und der mit ihr verbundenen Vertreterstellung, dass der Vertreter in sämtliche Pflichten des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters hineinzulesen sei, ohne dass es hierbei jeweils noch einmal einer ausdrücklichen Nennung bedürfe.<sup>13</sup> Diese Auffassung erscheint zumindest zweifelhaft, jedenfalls aber doch bedenklich im Hinblick auf die daraus erwachsende, potenziell unüberblickbare und konturlose Erweiterung des Pflichtenkreises des Vertreters. Eine solche Erweiterung zöge i.Ü. hinsichtlich etwaiger, dann nicht mehr ausschließender Sanktionsrisiken auch erhebliche Bedenken mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 49 GRCh nach sich. Es darf letztlich nicht unberücksichtigt bleiben, dass der Gesetzgeber im Einzelnen eben sehr wohl konkrete Pflichten des Vertreters in den o.g. Normen definiert hat und dies offensichtlich auch bewusst nur punktuell. Besonders deutlich wird dies in Art. 58 Abs. 1 DS-GVO. Der Gesetzgeber nennt den Vertreter dort ausschließlich in Art. 58 Abs. 1 lit. a DS-GVO, hingegen in Absatz 1 lit. b bis f oder in den weiteren Absätzen des Art. 58 DS-GVO ausdrücklich nicht. Darin wird eine bewusste Entscheidung des Unionsgesetzgebers zu Gunsten einer Beschränkung des Zugriffs auf den Vertreter sichtbar, sodass sämtliche den Vertreter ausdrücklich erwähnenden Vorschriften als abschließend zu erachten sind<sup>14</sup> und sich das Fehlen jeder weiteren expliziten Nennung von Pflichten des Vertreters oder auf ihn gerichteter Zugriffsmöglichkeiten in der Verordnung als beredtes, gesetzgeberisches Schweigen darstellt.

### 4. Sinn und Zweck der Vertreterbestellung

Mit Blick auf die Klärung der Frage, was unter dem Begriff der Anlaufstelle zu verstehen ist, zeichnet der nur sporadisch geregelte Pflichtenkreis also bereits erste Konturen und leistet zugleich der These Vorschub, dass mit der Tätigkeit der Anlaufstelle wohl tatsächlich keine allzu umfangreiche Fülle an Pflichten zu korrespondieren scheint. Bei näherer Betrachtung der mit der Vertreterbestellung verfolgten Zweckrichtung erscheint ein zurückhaltendes Pflichtenverständnis aber auch geboten. Sinn und Zweck der Bestellung eines Vertreters liegen in erster Linie in der Vermeidung von Komplikationen, die die Kontaktaufnahme mit einem nicht in der Union belegenen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter üblicherweise mit sich bringt.<sup>15</sup> Oft sehen sich Betroffene, Aufsichtsbehörden und Gerichte einer schwierigen und mitunter langwierigen Suche nach einer Möglichkeit der Kontaktaufnahme ausgesetzt, welche sich nicht selten auch als schlechthin unmöglich erweist. Verschärft wird dieses Problem, wenn ein komplexes und undurchsichtiges Geflecht aus mehreren, nicht in der Union belegenen, gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortlichen oder einer Vielzahl von Auftragsverarbeitern besteht.<sup>16</sup> Selbst wenn jedoch eine Kontaktperson ausfindig gemacht werden kann, bedeutet dies nicht immer, dass eine Kontaktaufnahme auch den gewünschten Erfolg bringt, etwa wenn in dem betreffenden Drittstaat nur ein unzuverlässiges Postwesen besteht. Diese Hürde, die sich bei der Rechtswahrnehmung bzw. Rechtsdurchsetzung mithin oft in den Weg stellt, soll mit der Bestellung eines Vertreters genommen werden. Ist durch die Regelung gewährleistet, dass ein Vertreter des ausländischen Unternehmens in der Union existiert, ist sichergestellt, dass im Idealfall immer ein Ansprechpartner in der Union zur Verfügung steht. Zugleich wird mit der Bestellung eines Vertreters die Arbeit der Aufsichtsbehörden erleichtert. Dadurch, dass auch der Vertreter ein Verarbeitungsverzeichnis zu führen und dieses auf Anfrage der Aufsichtsbehörden herauszugeben hat, wird den Aufsichtsbehörden neben einem schnellen Überblick über die betreffenden Verarbeitungstätigkeiten auch eine vereinfachte und zügige Rechtmäßigkeitskontrolle ermöglicht.<sup>17</sup> Schließlich soll verhindert werden, dass sich

<sup>9</sup> Hanloser (o. FuBn. 6), Rdnr. 5; den Begriff für missverständlich hält auch Plath, in: Plath, DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 27 Rdnr. 6.

<sup>10</sup> Hanloser (o. FuBn. 6), Rdnr. 5.

<sup>11</sup> „Doivent s'adresser“ i.S.v. „sollen/müssen sich wenden an“.

<sup>12</sup> „Atienda ... a las consultas“ i.S.v. „sich kümmern um Anfragen“.

<sup>13</sup> So insb. Hanloser (o. FuBn. 6), Rdnr. 3, 9; ähnl. Bertermann, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 27 Rdnr. 12 zumindest im Hinblick auf aufsichtsbehördliche Weisungs- und Abhilfebefugnisse.

<sup>14</sup> Martini (o. FuBn. 4), Rdnr. 55; Piltz (o. FuBn. 1), Rdnr. 42.

<sup>15</sup> Bell, IAPP-Artikel v. 3.5.2018, abrufbar unter: <https://iapp.org/news/a/is-article-27-the-gdprs-hidden-obligation/>.

<sup>16</sup> Kremer (o. FuBn. 4), Rdnr. 50.

<sup>17</sup> Tinnefeld/Hanßen/Bausewein, in: Wybitul, Hdb. DS-GVO, 2017, Art. 30 Rdnr. 4, 8; Martini (o. FuBn. 4), Art. 30 Rdnr. 2.

der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter durch bloße Nichtpräsenz in der Union der Geltung der DS-GVO faktisch entziehen und somit das in Art. 3 Abs. 2 DS-GVO verankerte Marktortprinzip aushebeln kann.<sup>18</sup> Letztlich soll mit dem Vertreter also das Entstehen eines Durchsetzungsdefizits, unter dem noch die DS-RL litt, vermieden werden.

## 5. Vertreter als „EU-Briefkasten“ des Verantwortlichen

Die zuvor beschriebenen Zwecke sehen den Vertreter vorwiegend in einer passiven Rolle. Dies verdeutlicht aber auch, dass er zur Wahrnehmung seiner Aufgaben keiner weitreichenden Befugnisse bedarf. Damit ergibt sich für den Tätigkeitskreis des Vertreters Folgendes: Neben den gesetzlich ausdrücklich normierten Aufgaben hat der Vertreter in seiner Funktion als Anlaufstelle die Rolle eines Ansprechpartners für Betroffene und Aufsichtsbehörden zu übernehmen. Er hat deren Fragen hinsichtlich der Verarbeitungstätigkeiten sowie der Geltendmachung von Betroffenenrechten zu beantworten und alles in die Wege zu leiten, damit eine reibungslose Kommunikation mit dem Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter im Drittland zu Stande kommt. Damit geht nicht die eigenständige Erfüllung von Betroffenenrechten einher. Die Aufgabe des Vertreters beschränkt sich insoweit allein darauf, den Kontakt zum Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter zu vermitteln und Belange der Betroffenen und Aufsichtsbehörden an diese weiterzuleiten. Es erweist sich daher auch als sachgerecht, den Vertreter in Bezug auf gegen den Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter gerichtete, aufsichtsbehördliche Weisungen auf Grund seiner Funktion als Anlaufstelle für Aufsichtsbehörden als empfangsermächtigt anzusehen.<sup>19</sup> Eine solche Regelung dürfte sich zudem im gesetzgeberischen Kompetenzrahmen des Art. 16 Abs. 2 1. Unterabs. Satz 2 AEUV halten, nach dem die Überwachung der Einhaltung des Datenschutzes durch unabhängige Aufsichtsbehörden sicherzustellen ist und die hierfür erforderlichen Regelungen zu schaffen sind. Dass sich aus Art. 27 Abs. 4 DS-GVO allerdings in vergleichbarer Allgemeingültigkeit eine Empfangsermächtigung unmittelbar auch für Zustellungen in gerichtlichen Verfahren ergibt, erscheint zweifelhaft.<sup>20</sup> Jedenfalls ist festzustellen, dass Art. 27 Abs. 4 DS-GVO die Tätigkeit als Anlaufstelle nicht ausdrücklich auch auf Gerichte erstreckt. Vielmehr scheint sich ein Regelungsauftrag für die nationalen Gesetzgeber der Mitgliedstaaten aus Art. 79 DS-GVO zu ergeben, in ihrem jeweiligen Prozessrecht die Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass der Vertreter zur Zustellung von gerichtlichen Rechtsbehelfen empfangsermächtigt ist.<sup>21</sup> Im deutschen Recht wird dies für zivilgerichtliche Verfahren betreffend datenschutzbezogene Klagen in § 44 Abs. 3 Satz 1 BDSG sowie für sozialgerichtliche Verfahren in § 81b Abs. 3 Satz 1 SGB X ausdrücklich klargestellt.<sup>22</sup> Ausdrücklich klarzustellen ist aber auch, dass daraus für den Vertreter keine Passivlegitimation folgt,<sup>23</sup> da Art. 79 DS-GVO den Regelungsrahmen allein für Klagen gegen Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter eröffnet.

Ob der Vertreter auch darüber hinaus als bevollmächtigter oder notwendigerweise zu bevollmächtigender Vertreter i.S.v. §§ 164 ff. BGB zu verstehen sein sollte, wie dies wohl überwiegend vertreten wird,<sup>24</sup> bleibt fraglich. Der Wortlaut der DS-GVO legt dies durchaus nahe, verlangt doch zumindest Erwägungsgrund 80 Satz 2 DS-GVO, dass der Vertreter „im Namen des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters“ tätig werden soll. Indes sprechen gewichtige praktische Gründe gegen eine generelle Bevollmächtigung und mehr für eine Botenschaft. Zum einen ist fraglich, ob es für einen ausländischen Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter wünschenswert ist, einen von ihm durch nicht selten große räumliche Distanz getrennten Vertreter zu bestellen, der weitgehend unbehelligt rechtsgeschäfts-

lich agieren könnte. Zum anderen stellt die DS-GVO keinerlei Anforderungen an die fachliche Qualifikation des Vertreters. Die Bestellung eines im Datenschutzrecht versierten Rechtsanwalts empfiehlt sich zwar, erforderlich ist sie allerdings keineswegs. Schließlich bedarf es zur Wahrnehmung der Aufgaben des Vertreters keiner Bevollmächtigung, da er regelmäßig keine rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen abgeben muss. Eine generelle Bevollmächtigung des Vertreters auf der Grundlage des Art. 27 DS-GVO erscheint also weder zwingend erforderlich noch praktikabel, es sprechen allerdings auch keine Gründe dagegen, ihn im Einzelfall dennoch rechtsgeschäftlich zu bevollmächtigen. Letzten Endes fungiert der Vertreter aber nur als eine Art „EU-Briefkasten“ des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters. Dadurch wird er nicht, wie vereinzelt befürchtet wird, zum bloßen „Kummerkasten“ degradiert,<sup>25</sup> schließlich kommen ihm auch aktive Handlungspflichten zu. Jedoch sollte die Bedeutung der Rolle des Vertreters angesichts ihrer schwachen Ausgestaltung nicht überspannt werden.

## III. Der Vertreter als Sanktionssubjekt

Nicht weniger umstritten ist die Frage, ob der Vertreter selbst Adressat von Bußgeldern sein kann und bejahendenfalls, welche Pflichtverletzungen als Anknüpfungspunkt für eine Sanktionierung in Betracht kommen.

### 1. Durchsetzungsverfahren des Erwägungsgrunds 80 Satz 6 DS-GVO

Einen Ausgangspunkt der Diskussion um eine Sanktionierbarkeit des Vertreters bildet der Wortlaut des Erwägungsgrunds 80 Satz 6 DS-GVO. Danach soll der Vertreter bei Verstößen des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters einem „Durchsetzungsverfahren“ unterworfen werden. Daraus wird vereinzelt gefolgert, dass der Vertreter auch Adressat von Bußgeldern sein könne<sup>26</sup> und dies ggf. nicht nur für eigene Pflichtverletzungen, sondern sogar für Verstöße des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters. Jedoch findet der Begriff des Durchsetzungsverfahrens in der DS-GVO außerhalb des Erwägungsgrunds 80 Satz 6 DS-GVO keinerlei weitere Erwähnung. Somit bleibt unklar, welche Reichweite das Durchsetzungsverfahren im Konkreten überhaupt einnehmen soll. Mangels ausdrücklicher Regelungen ist folglich davon auszugehen, dass sich das Durchsetzungsverfahren in den Zugriffsbefugnissen der Aufsichtsbehörde auf den Vertreter aus Art. 30 Abs. 4, 31 und 58 Abs. 1 lit. a DS-GVO erschließt, jedenfalls aber eine Verhängung von Bußgeldern nicht umfasst.<sup>27</sup> Unabhängig von der Tatsache, dass sich die Verwendung der Begrifflichkeit des Durchsetzungsverfahrens als außerordentlich unglücklich erweist, kommt eine Verhängung von Bußgeldern auf der Grundlage des Erwägungsgrunds 80 Satz 6 DS-GVO ohnehin von vornherein nicht in Betracht, da Erwägungsgründe unionsrechtlicher Sekundärrechts-

<sup>18</sup> *Martini* (o. FuBn. 4), Rdnr. 7; *Kremer* (o. FuBn. 4), Rdnr. 2.

<sup>19</sup> *Martini* (o. FuBn. 4), Rdnr. 50; *Bertermann* (o. FuBn. 13), Rdnr. 12.

<sup>20</sup> So aber *Martini* (o. FuBn. 4), Rdnr. 50; a.A. *Kremer* (o. FuBn. 4), Rdnr. 51, 60; *Piltz*, BDSG, 2017, § 44 Rdnr. 25.

<sup>21</sup> *Martini* (o. FuBn. 4), Art. 79 Rdnr. 11d.

<sup>22</sup> S. auch *Piltz* (o. FuBn. 20), § 44 Rdnr. 26 ff.; *Kremer* (o. FuBn. 4), Rdnr. 60, die Zweifel hinsichtlich der Unionsrechtskonformität des § 44 Abs. 3 BDSG anmelden.

<sup>23</sup> *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 79 Rdnr. 10; *Martini* (o. FuBn. 4), Art. 79 Rdnr. 11c, 11f.

<sup>24</sup> *Thomale* (o. FuBn. 1), Rdnr. 10; *Hanloser* (o. FuBn. 6), Rdnr. 15; *Bertermann* (o. FuBn. 13), Rdnr. 10; *Hartung*, in: Kühling/Buchner (o. FuBn. 23), Art. 27 Rdnr. 14; offenbar auch *Plath* (o. FuBn. 9), Rdnr. 6; a.A. *Martini* (o. FuBn. 4), Rdnr. 50; *Kremer* (o. FuBn. 4), Rdnr. 49.

<sup>25</sup> Diese Befürchtung äußern *Hanloser* (o. FuBn. 6), Rdnr. 5; *Plath* (o. FuBn. 9), Rdnr. 6.

<sup>26</sup> So offenbar *Bell* (o. FuBn. 15).

<sup>27</sup> *Martini* (o. FuBn. 4), Rdnr. 55; *Piltz* (o. FuBn. 1), Rdnr. 42; *Hartung* (o. FuBn. 24), Rdnr. 21.

akte keinerlei Bindungswirkung entfalten.<sup>28</sup> Vielmehr bedarf es für eine Sanktionierbarkeit des Vertreters eines klar definierten Bußgeldtatbestands im verfügenden Teil der Verordnung.

## 2. Verantwortlichkeit für Verstöße gegen eigene Pflichten

In den Bußgeldtatbeständen des Art. 83 DS-GVO findet sich allein in Art. 83 Abs. 4 lit. a DS-GVO ein Verweis auf eine den Vertreter ausdrücklich betreffende Sachrechtsvorschrift, namentlich Art. 27 DS-GVO. Verwiesen wird in Art. 83 Abs. 4 lit. a DS-GVO ferner auf die Art. 30, 31 DS-GVO, die dem Vertreter eigene Pflichten auferlegen. Verstößt ein Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter gegen seine Pflichten aus Art. 27, 30 oder 31 DS-GVO, sieht Art. 83 Abs. 4 lit. a DS-GVO dafür ein Bußgeld i.H.v. bis zu € 10 Mio. oder im Fall eines Unternehmens bis zu 2% des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs vor. Schon aus dem Wortlaut der Vorschrift wird aber deutlich, dass sich die Sanktionierungsmöglichkeit allein auf Verstöße gegen die originären Pflichten eines Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters bezieht. Der Vertreter ist jedoch selbst weder Verantwortlicher noch Auftragsverarbeiter.<sup>29</sup> Dass die Verteilung der Verantwortung durch eine Vertreterbestellung unberührt bleibt, verdeutlicht i.Ü. auch Art. 27 Abs. 5 DS-GVO, der explizit klarstellt, dass sich der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter seiner eigenen Haftung durch die Bestellung eines Vertreters nicht entziehen kann.

Eine sanktionsbewehrte Haftung für eigenes Fehlverhalten des Vertreters wäre demnach allenfalls im Wege einer Analogie zu Art. 83 Abs. 4 lit. a DS-GVO denkbar. Dies verstößt jedoch gegen das im Bestimmtheitsgebot des Art. 49 GRCh verankerte Analogieverbot, wonach eine strafbegründende oder -erweiternde Analogie unzulässig ist.<sup>30</sup> Zwar gilt Art. 49 GRCh zunächst seinem Wortlaut nach nur für die Verhängung von Strafen. Der Begriff der Strafe ist nach gefestigter Rechtsprechung von *EuGH*<sup>31</sup> und *EGMR*<sup>32</sup> jedoch weit zu verstehen und umfasst daher auch verwaltungsrechtliche Sanktionen, sofern sie strafrechtlichen Charakter i.w.S. haben, mithin repressiver Natur sind.<sup>33</sup> Nach Art. 83 Abs. 1 DS-GVO hat die Aufsichtsbehörde sicherzustellen, dass die von ihr verhängten Geldbußen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sind. Darin wird sicht-

bar, dass der Zweck der Geldbußen nicht mehr nur rein restitutiver oder rein präventiver Art ist. Vielmehr wird deutlich, dass die Bußgelder insbesondere auf Grund ihres mitunter enormen Ausmaßes und der damit beabsichtigten, sanktionierenden und abschreckenden Wirkung – die nach der Rechtsprechung des *EGMR* klassisches Merkmal einer Kriminalstrafe ist<sup>34</sup> – einen repressiven Kern haben und daher dem Strafrecht i.w.S. zuzurechnen sind.<sup>35</sup> Das Analogieverbot des Art. 49 GRCh findet somit Anwendung, sodass eine wie hier sanktionsbegründende Analogie unzulässig ist und somit eine Sanktionierung des Vertreters nach Art. 83 Abs. 4 lit. a DS-GVO ausscheidet.<sup>36</sup> Auch eine Sanktionierung auf Grund einer verweigerten Kooperation des Vertreters gem. Art. 58 Abs. 1 lit. a DS-GVO ist ausgeschlossen, da Art. 83 Abs. 5 lit. e 5. Var. DS-GVO als einzige in Betracht kommende Bußgeldvorschrift nur die Nichtgewährung des Zugangs sanktioniert und daher seinem insoweit ungenauen Wortlaut entgegen nicht auf den gesamten Art. 58 Abs. 1 DS-GVO verweist, sondern nur auf Art. 58 Abs. 1 lit. e und f DS-GVO<sup>37</sup> und damit nicht auf die den Vertreter treffende Pflicht aus Art. 58 Abs. 1 lit. a DS-GVO. Ein Fehlverhalten des Vertreters in Bezug auf seine eigenen, originären Pflichten kann somit letztlich weder nach Art. 83 Abs. 4 lit. a DS-GVO noch nach Art. 83 Abs. 5 lit. e 5. Var. DS-GVO mit einem Bußgeld belegt werden.<sup>38</sup>

## 3. Verantwortlichkeit für Verstöße des Vertretenen

Diskutiert, i.E. jedoch zu Recht überwiegend abgelehnt,<sup>39</sup> wird zudem die Frage, ob der Vertreter im Falle von Verstößen des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters als Adressat von Bußgeldern in Betracht kommt. Einzige in Betracht kommende Rechtsgrundlage für eine solche Sanktionierung könnte allenfalls Art. 83 Abs. 4 lit. a DS-GVO darstellen. Man könnte insoweit die Auffassung vertreten, dass Art. 83 Abs. 4 lit. a DS-GVO grundsätzlich zunächst nur regelt, unter welchen Umständen ein Bußgeld verhängt werden soll, nicht aber, wer Adressat desselben sein soll.<sup>40</sup> Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass sich die Bußgeldtatbestände des Art. 83 Abs. 4 DS-GVO auf konkrete Pflichten der Normadressaten „Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“ beziehen und damit in deutlichen Kontrast zu den Tatbeständen des Art. 83 Abs. 5 und 6 DS-GVO treten, die die Sanktionsandrohung allein von den Verstößen gegen die in Bezug genommenen Sachrechtsvorschriften abhängig machen und sich gerade nicht auf die Pflichten bestimmter Personen beschränken.<sup>41</sup> Mithin sind Normadressaten des Art. 83 Abs. 4 lit. a DS-GVO ersichtlich nur der Verantwortliche und Auftragsverarbeiter<sup>42</sup> und nicht etwa die Adressaten der dort in Bezug genommenen Sachrechtsvorschriften, wie etwa der Vertreter.<sup>43</sup>

## 4. Weitere Gründe gegen eine Haftung für Sanktionen

Es bleibt festzustellen, dass eine Haftung des Vertreters für Sanktionen für eigenes wie für fremdes Fehlverhalten offenkundig nicht vorgesehen ist. Dem Vertreter Bußgelder aufzuerlegen, erschiene i.Ü. auch unbillig. Abgesehen von seinem kaum belastbaren Pflichtenkatalog und seiner insgesamt nur schwachen Stellung verfügt er über keinerlei Weisungsbefugnisse, sondern hat seine Aufgaben „entsprechend dem Mandat des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters auszuführen“ (Erwägungsgrund 80 Satz 5 DS-GVO) und ist somit vielmehr weisungsgebunden.<sup>44</sup> Fehlt dem Vertreter aber bereits das notwendige Instrumentarium, um ihm erkennbares Fehlverhalten Dritter wirksam abzustellen, kann von ihm erst recht keine Einstandspflicht für die Einhaltung des Datenschutzrechts, gar für fremdes Fehlverhalten, abverlangt werden. Dieses Ergebnis entspricht auch dem gesetzgeberischen Willen des Unionsgesetz-

<sup>28</sup> St. Rspr. *EuGH*, U. v. 24.11.2005 – C-136/04 – Deutsches Milch-Kontor, Rdnr. 32 m.w.Nw.

<sup>29</sup> *Hartung* (o. Fußn. 24), Art. 4 Nr. 17 Rdnr. 5.

<sup>30</sup> *Eser*, in: Meyer, GRCh, 4. Aufl. 2014, Art. 49 Rdnr. 23.

<sup>31</sup> St. Rspr. *EuGH* (*Große Kammer*), U. v. 20.3.2018 – C-524/15 – Luca Men-  
ci, Rdnr. 36 ff.; U. v. 26.2.2013 – C-617/10 – Åklagaren/Hans Åkerberg Fransson,  
Rdnr. 32 ff.

<sup>32</sup> St. Rspr. *EGMR*, U. v. 23.11.2006 – Nr. 73053/01 – Jussila/Finnland, Rdnr. 43;  
U. v. 8.6.1976 – Nr. 5100/71 – Engel u.a./Niederlande, Rdnr. 82.

<sup>33</sup> *Jarass*, in: Jarass, GRCh, 3. Aufl. 2016, Art. 49 Rdnr. 7.

<sup>34</sup> *EGMR*, U. v. 16.9.2009 – Nr. 13079/03 – Ruotsalainen/Finnland, Rdnr. 46;  
*Bergt* (o. Fußn. 23), Art. 84 Rdnr. 18.

<sup>35</sup> *Holländer*, in: BeckOK DatenSR (o. Fußn. 6), Art. 83 Rdnr. 4.2; *Bergt*, DuD  
2017, 555, 558.

<sup>36</sup> So auch *Hartung* (o. Fußn. 24), Rdnr. 18; *Laue/Nink/Kremer*, Das neue Daten-  
schutzrecht in der betrieblichen Praxis, 1. Aufl. 2016, § 1 Rdnr. 95.

<sup>37</sup> *Bergt* (o. Fußn. 23), Art. 83 Rdnr. 108.

<sup>38</sup> *Hartung* (o. Fußn. 24), Rdnr. 18; *Thomale* (o. Fußn. 1), Rdnr. 12; a.A. *Piltz*  
(o. Fußn. 1), Rdnr. 49; *Determann*, IAPP-Artikel v. 12.6.2018, abrufbar unter:  
[https://iapp.org/news/a/representatives-under-art-27-of-the-gdpr-all-your-questi-  
ons-answered/](https://iapp.org/news/a/representatives-under-art-27-of-the-gdpr-all-your-questions-answered/); undeutlich *Plath* (o. Fußn. 9), Rdnr. 8, der eine „Haftung“ bejaht.

<sup>39</sup> *Kremer* (o. Fußn. 4), Rdnr. 63 ff.; *Hartung* (o. Fußn. 24), Rdnr. 19 ff.; *Martini*  
(o. Fußn. 4), Rdnr. 55; *Plath* (o. Fußn. 9), Rdnr. 8; a.A. offenbar *Bell* (o. Fußn. 15).

<sup>40</sup> Eine solche Auslegung jedenfalls nicht für ausgeschlossen hält *Hartung* (o.  
Fußn. 24), Rdnr. 22.

<sup>41</sup> *Bergt* (o. Fußn. 23), Art. 83 Rdnr. 22.

<sup>42</sup> *Bergt* (o. Fußn. 23), Art. 83 Rdnr. 21.

<sup>43</sup> *Bergt* (o. Fußn. 23), Art. 83 Rdnr. 25; *Popp*, in: Sydow (o. Fußn. 1), Art. 83  
Rdnr. 4.

<sup>44</sup> *Kremer* (o. Fußn. 4), Rdnr. 49.

gebers. Im ursprünglichen Kommissionsentwurf der DS-GVO<sup>45</sup> sah der damalige Art. 78 Abs. 2 DS-GVO-E vor, dass gegen den Vertreter selbst Sanktionen verhängt werden sollten. Im heutigen Art. 83 DS-GVO sowie auch im übrigen Teil der Verordnung findet sich diese ausdrückliche Regelung nicht mehr, sodass davon auszugehen ist, dass die Streichung dieser Vorschrift eine bewusste Entscheidung des Unionsgesetzgebers war.<sup>46</sup>

#### IV. Die Haftung des Vertreters im Übrigen

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass auch ein Schadensersatzanspruch eines Betroffenen nach Art. 82 Abs. 1 DS-GVO gegen den Vertreter nicht in Betracht kommt, da auch dieser Anspruch nur gegen den Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter besteht.<sup>47</sup> Ebenso erscheint eine Haftung auf Schadensersatz nach allgemeinem Zivilrecht im Regelfall eher fernliegend. Mangels substanziellen eigenen Handlungs- und Entscheidungsspielraums des Vertreters scheidet, außer in den Fällen, in denen sich der Vertreter den Weisungen des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters pflichtwidrig widersetzt und es hierdurch auf Grund eines selbstständigen Verhaltens des Vertreters zu Rechtsgutsverletzungen Dritter kommt, eine deliktische Haftung auf Grund fehlenden Verschuldens regelmäßig aus.<sup>48</sup> Auch eine Haftung im Innenverhältnis zum Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter, die sich nach dem der Vertreterbestellung zu Grunde liegenden Vertragsverhältnis richtet, kommt wohl nur in den o.g. Exzessfällen ernsthaft in Betracht. Theoretisch denkbar erscheint aber ein Regress des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters für gegen sie jeweils verhängte Sanktionen bei dem Vertreter. Realitätsnah dürfte dieses Szenario allerdings nicht sein, zumal sich der Vertreter einem solchen Rückgriffsrisiko durch entsprechend vereinbarte Haftungserleichterungen ohne weiteres entziehen kann.<sup>49</sup>

#### V. Fazit

Die Rolle des Vertreters sollte nicht überbewertet werden. Er sollte insbesondere nicht als Ersatz-Verantwortlicher missverstanden werden. Sein karger Pflichtenkatalog beschränkt ihn in seiner Tätigkeit auf die Beantwortung von Fragen und die Entgegennahme der Belange der Betroffenen und Aufsichtsbehörden und macht ihn damit in erster Linie zu einem „EU-Briefkasten“ des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters. Folgerichtig sieht die DS-GVO auch für eine Sanktionierung des Vertreters keine gesetzliche Grundlage vor. Der Vertreter ist auch nicht für die Erfüllung von Betroffenenrechten zuständig, zumal deren erfolgreiche Geltendmachung ohnehin auch bei einer schlagkräftigeren Ausgestaltung der Vertreterrolle ganz maßgeblich von der Kooperationsbereitschaft des Verantwortlichen abhängt. Letztlich bleibt festzuhalten, dass die DS-GVO mit ihrem in sich gegenläufigen Wortlaut einen kaum auflösbaren Widerspruch schafft, der jeder extensiven Pflichten- und Haftungszuweisung die Grundlage nimmt und nur Raum für ein restriktives Verständnis lässt.



**Tobias Lantwin**

ist wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Praxisgruppe Cyber, Privacy & Data Innovation bei der Kanzlei Orrick, Herrington & Sutcliffe LLP in Düsseldorf.

<sup>45</sup> *EU-Kommission*, Erster Vorschlag für eine Datenschutz-Grundverordnung, 25.1.2012, KOM (2012) 11 endg.

<sup>46</sup> So auch *Piltz* (o. Fußn. 1), Rdnr. 47.

<sup>47</sup> A.A. *Hanloser* (o. Fußn. 6), Rdnr. 13.

<sup>48</sup> *Kremer* (o. Fußn. 4), Rdnr. 70.

<sup>49</sup> *Laue/Nink/Kremer* (o. Fußn. 36), Rdnr. 96.