

# Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

2

K&R

- Editorial: Warum es einer umfassenden Modernisierung des Beleidigungsstrafrechts bedarf · *Georg Eisenreich*
- 101 Kein digitaler Flohmarkt – Der Erschöpfungsgrundsatz gilt nicht beim Online-Vertrieb urheberrechtlich geschützter Werke  
*Dr. Ole Jani*
- 103 Der Wille zur Beibehaltung der Vorratsdatenspeicherung  
*Thomas Hammer und Dirk Müllmann*
- 105 Durchsetzung und Vollstreckung der Datenübertragbarkeit  
*Dr. Florian Deusch und Prof. Dr. Tobias Eggendorfer*
- 111 Aktuelle Entwicklungen im Steuerrecht in der Informationstechnologie 2018/2019 – Teil 1  
*Prof. Dr. Jens M. Schmittmann und Julia Sinnig*
- 117 Die Pflicht zur Bereitstellung von Software, Updates und Upgrades nach der Richtlinie über digitale Inhalte und Dienstleistungen  
*Robert Schippel*
- 122 Code is Law, isn't it? – Verkehrssitte und Software  
*Dr. Oliver Froitzheim*
- 128 EuGH: Weiterverkauf gebrauchter E-Books verstößt gegen Urheberrecht
- 133 EuGH: Verletzung gewerblicher Schutzrechte durch Verstoß gegen Computer-Lizenzvertrag
- 146 OLG Düsseldorf: Wirksame Zustellung von Beschluss in deutscher Sprache an soziales Netzwerk in Irland
- 151 OLG Frankfurt a. M.: Schleichwerbung durch Abdruck von Unternehmenswerbung als Presseartikel
- 157 BVerwG: Indizierung jugendgefährdender Musik rechtmäßig
- 165 BVerwG: Datenschutzrechtliche Deaktivierungsanordnung gegen Facebook-Fanpagebetreiber

23. Jahrgang

Februar 2020

Seiten 101–172

Deutlicher wird der Gang der Argumentation des BVerwG dann im Folgenden: Es stellt klar, dass nach seiner Ansicht in einem vollständigen Verbot einer anlasslosen Vorratsdatenspeicherung eine Beschränkung des Handlungsspielraumes des nationalen Gesetzgebers im Bereich der Strafverfolgung und der öffentlichen Sicherheit liege und somit in Bereichen, die dem nationalen Gesetzgeber zugewiesen seien.<sup>22</sup> Diese Konsequenz hieraus überzeugt jedoch nicht: Es geht in der Rechtsprechung des EuGH nicht um das Verbot einer einzelnen Maßnahme der Strafverfolgung oder Gefahrenabwehr, sondern vielmehr um die Wahrung des Grundrechtsstandards innerhalb der Union auf der Basis der EuGRCh. Dies bewirkt reflexartig die Unmöglichkeit bestimmter Maßnahmen in Bereichen, in denen die Union keine Regelungskompetenz besitzt und ist seitens des nationalen Gesetzgebers im Einzelfall hinzunehmen.

#### 4. EGMR-Rechtsprechung zu Systemen der Massenüberwachung

Der Senat zieht zuletzt auch die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 8 EMRK als Anhaltspunkt für die Zulässigkeit von Systemen zur Massenüberwachung heran.<sup>23</sup> Das zitierte Urteil behandelt die Rechtmäßigkeit der grenzüberschreitenden Fernmeldeaufklärung in Schweden, die vom EGMR in einer abstrakten Prüfung der gesetzlichen Regelungen für rechtmäßig befunden wurde.<sup>24</sup> Als wesentliche Unterschiede zur Vorratsdatenspeicherung sind jedoch Umfang und Dauer der vom EGMR überprüften Überwachungsmaßnahmen zu nennen. Der untersuchte Eingriff betrifft nur die grenzüberschreitende Kommunikation und ist in seiner Gesamtdauer begrenzt,<sup>25</sup> sodass er nicht dieselbe Intensität wie die Vorratsdatenspeicherung erreicht. Das Gericht prüft die Zulässigkeit zudem vor dem Hintergrund der konkreten Verfahrensgewährleistungen im schwedischen Recht und betont, dass die zu gewährenden Garantien bei der Durchführung von Massenüberwachungen je nach Art anzupassen sind und von einer Viel-

zahl von Einzelaspekten abhängen.<sup>26</sup> Angesichts dieser Einzelfallabhängigkeit des angeführten Urteils, der schon zuvor seitens des EGMR ergangenen Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Massenüberwachungssystemen<sup>27</sup> und der Tatsache, dass der EuGH in seinem Urteil zur Vorratsdatenspeicherung<sup>28</sup> explizite Anforderungen für die rechtmäßige Möglichkeit der Vorratsdatenspeicherung formuliert, erscheint der Erkenntnisgewinn durch die Inbezugnahme der Rechtsprechung des EGMR daher begrenzt.

#### IV. Ausblick und Fazit

Die Vorratsdatenspeicherung hat durch die Vorlageentscheidung des BVerwG einen weiteren Verfahrensstrang erhalten – neben den beim BVerwG anhängigen Verfassungsbeschwerden – und wird nun Gegenstand eines Verfahrens in Luxemburg. Es wird deutlich, dass das BVerwG Mittel und Wege sucht, die Vorratsdatenspeicherung allgemein zu legitimieren und zwar auch in der konkreten gesetzgeberischen Ausgestaltung in Deutschland. Ob dieses Ansinnen zum Erfolg führen wird, scheint fraglich, da hierfür eine Rechtsprechungsänderung des EuGH notwendig wäre. Dies käme jedoch einer Absenkung des Schutzniveaus bei gleichzeitigem Anstieg der technischen Überwachungsmöglichkeiten durch die fortschreitende Vernetzung des Lebens, z. B. in Form mobilfunkbasierten autonomen Fahrens oder des Internets der Dinge (IoT), gleich.

22 BVerwG, 25. 9. 2019 – 6 C 12/18, K&R 2019, 819, 823, Rn. 35.

23 BVerwG, 25. 9. 2019 – 6 C 12/18, K&R 2019, 819, 823, Rn. 36.

24 EGMR, 19. 6. 2018, Nr. 35252/08, NVwZ 2018, 1457, 1458, Rn. 98.

25 EGMR, 19. 6. 2018, Nr. 35252/08, NVwZ 2018, 1457, 1458, Rn. 116 ff., 125 ff.

26 EGMR, 19. 6. 2018, Nr. 35252/08, NVwZ 2018, 1457, 1458, Rn. 114.

27 Vgl. EGMR, 29. 6. 2009 – Nr. 54934/00, NJW 2007, 1433; EGMR, 1. 7. 2008 – Nr. 58243/00.

28 EuGH, 21. 12. 2016 – verb. Rs. C-203/15, EuGH, 21. 12. 2016 – C-698/15, K&R 107, 105, Rn. 108 ff.

RA Dr. Florian Deusch, Ravensburg und Prof. Dr. Tobias Eggendorfer, Weingarten\*

## Durchsetzung und Vollstreckung der Datenübertragbarkeit

*Mit dem Recht auf Datenübertragbarkeit hat der EU-Verordnungsgeber echtes „Neuland“ betreten. Schwierigkeiten sind nicht nur bei der technischen Durchführung, sondern auch bei der rechtlichen Durchsetzung des neuen Betroffenenrechts zu lösen. Beide Gesichtspunkte diskutiert der vorliegende Beitrag.*

### I. Einleitung und Grundsatzfragen

Verschiedene Beiträge haben sich mit den Grundsätzen und Voraussetzungen des „neuen Betroffenenrechts“ aus Art. 20 DSGVO befasst.<sup>1</sup> Der Gradmesser eines Gesetzes ist jedoch, ob es in der Praxis durchsetzbar und letztlich auch vollstreckbar ist. Rechtstheoretisch hängt davon sogar ab, ob man überhaupt von einer Rechtsnorm sprechen kann. Denn „ein Rechtssatz ohne Zwang ist wie Feuer, das nicht brennt“.<sup>2</sup>

Die Probleme der Praxis, Ansprüche auf „Datenzugang“ durchzusetzen, zeigt u. a. die Auseinandersetzung um das „Facebook-Erbe“: Der BGH höchstselbst bejahte das Zugangsrecht der Erben zum Facebook-Konto der Verstorbenen. Gleichwohl konnten die Erben ihr Recht bislang

\* Der Autor *Deusch* ist als Rechtsanwalt, Fachanwalt für Informationsrecht in der Anwaltskanzlei Dr. Gretter tätig und Lehrbeauftragter an der Hochschule Ravensburg-Weingarten; der Autor *Eggendorfer* ist Professor für IT-Sicherheit an der Hochschule Ravensburg-Weingarten und freiberuflicher IT-Berater. Beide Autoren sind zudem als Datenschutzbeauftragte tätig. Der Beitrag geht auf einen Vortrag bei der DSRI-Herbstakademie 2019 zurück, der veröffentlicht wurde im Tagungsband von Taeger (Hrsg.), Die Macht der Daten und der Algorithmen – Regulierung von IT, IoT und KI, 2019. Er ist überarbeitet und aktualisiert zum Stand Januar 2020. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 16. 1. 2020.

nicht wie gewünscht durchsetzen. Die Folge waren weitere Rechtsstreite zur Vollstreckung.<sup>3</sup>

Deswegen prüft dieser Beitrag, wie die Rechte aus Art. 20 DSGVO durchzusetzen und zu vollstrecken sind. Abschnitt II. untersucht technisch, wie eine Datenübertragung funktioniert. Darauf aufbauend zeigt Abschnitt III. die rechtlichen Wege für die Durchsetzung und Vollstreckung dieser Rechte.

Relevant sind diese Fragen unter anderem für die Anträge im Verwaltungs- und Klageverfahren, für den Tenor eines Urteils und die Wahl der Vollstreckungsart.

## II. Datenspeicherung und Datenübertragbarkeit aus technischer Sicht

Dieser Abschnitt stellt die technischen Grundlagen zur Datenübertragbarkeit dar.<sup>4</sup> Maßgeblich hierfür sind die Formate und Strukturen der Daten. Denn IT-Systeme speichern Daten binär, also als Nullen und Einsen. Um eine für den Menschen lesbare Repräsentation der Daten zu schaffen, ist stets ein Programm nötig, denn Daten sind nicht unmittelbar wahrnehmbar (§ 202 a Abs. 2 StGB).

Zudem erfordert die Übertragung von Daten eines Individuums regelmäßig die Separierung seiner Daten aus einer Datenmenge, die auch andere Daten beinhaltet.

### 1. Datenformate und -strukturen

Im Informatikstudium erlernen angehende Informatiker mehrere Dutzend Verfahren, wie Programme effektiv zugreifbar und auswertbar Daten im Speicher eines Rechners ablegen können: Von unstrukturierter textueller Ablage über ggf. mehrfach verkettete Listen und Bäume in diversen Ausprägungen sowie Spezial-Strukturen wie Heaps und Dictionaries, bis hin zu relationalen Datenbanken oder Object-Storages.

Dazu kommen entweder (Datenbank-) systemspezifische oder allgemein spezifizierte Dateiformate wie CSV, XML oder Datenbanksprachen wie SQL. Das ergänzen weiterer Spezialkonstrukte wie NoSQL-Datenbanken.<sup>5</sup>

Ergänzend existieren diverse Verfahren zur revisionssicheren Ablage von Daten. Aktuell sind Blockchain-Technologien dazu in den Köpfen präsent.

Die Wahl einer geeigneten Datenstruktur sowie Datenhaltung für ein Softwareprojekt hat erhebliche Auswirkungen auf die künftige Performance und die Nutzbarkeit von IT-Systemen. Sie ist daher eine kritische Entscheidung im Entwicklungsprozess und erfordert erhebliches Know-how.

### 2. Datenaustauschformate

Dieser Abschnitt stellt orientierend einige Datenaustauschformate und deren Spezifika dar. Im Informatikstudium werden diese Daten(austausch)formate als Grundhandwerkszeug für Softwareentwickler gelehrt.

#### a) CSV

Comma-Separated Values (CSV) dürfte zu den ältesten und einfachsten Datenaustauschformaten gehören. Dabei sind die einzelnen Datenfelder durch ein Trennzeichen, häufig eben das Komma, getrennt, die Datensätze meist durch Zeilenumbrüche, z. B. bei einer Adressdatenbank:

*Müller, Max, Musterstraße, 15 a, 12345, Musterdorf*

*Huber, Helga, Beispielweg, 17/1, 23456, Musterhausen*

Doch gibt es keine Vorschrift, nach der, wie bei den obigen Adressen z. B., die Hausnummer getrennt von der Straßenangabe abzulegen ist. Auch gibt es nirgends eine Definition, in welcher Reihenfolge die Felder zu benennen sind. Diesen Aufbau müssen die austauschenden Parteien bilateral verhandeln. Eine alternative CSV-Darstellung derselben Daten könnte wie folgt lauten:

*Musterdorf|12345|Max Müller|Musterstraße 15 a&Musterhausen|23456|Helga Huber|Beispielweg 17/1&*

Weitere Komplikationen treten auf, wenn in den Datensätzen das Feld- oder Satztrennzeichen auftritt. Es muss dann in geeigneter Weise maskiert werden, so dass ein Programm es nicht fälschlich als Trennzeichen erkennt. Man spricht vom Escaping.

Schwierig ist es weiterhin, durch CSV relationale Datenbanken darzustellen. Hier normalisiert der Software-Entwickler/die -Entwicklerin typisch die Datensätze, so dass z. B. in einem CRM die Liste der Kundenkontakte nicht jeweils auch die Adressdaten enthält, sondern über eine interne Verknüpfung mittels einer einzigartigen Kennung (ID) der Adressdatensatz nachgeschlagen werden kann. Beim Export solcher Datensätze muss zwischen den Parteien vereinbart werden, ob die relationale Struktur der Datenbank durch verschiedene CSV-Dateien, die jeweils eine Tabelle repräsentieren, erhalten bleibt, oder ob Relationen aufgelöst werden und ein sogenannter Flat-Dump entsteht, der Redundanzen enthält.

Diese Vereinbarungen sind insoweit in der Praxis zeitaufwendig, als verschiedene Entwickler bei ihren Projekten jeweils verschiedene Designentscheidungen treffen, die zu unterschiedlichen Tabellenstrukturen in Datenbanken führen.

Es kann also nicht angenommen werden, dass zwei Online-Plattformen, zum Beispiel Partnerschaftsbörsen, die erkennbar vergleichbare Daten verarbeiten, dieselbe Datenstruktur haben, und sich insoweit aus dem Verwendungszweck eine einheitliche CSV-Darstellung von selbst ableitet.

#### b) XML

XML wird oft als ein Standardaustauschformat bezeichnet. Doch auch XML beschreibt nur eine Struktur, in der Daten abgelegt werden können. Dies zeigt folgendes Beispiel für eine Adressdatenbank in XML (XML-Repräsentation eines Adressdatensatzes):

1 Brüggenmann, Das Recht auf Datenportabilität in: Taeger (Hrsg.), Recht 4.0 – Innovationen aus den rechtswissenschaftlichen Laboren, 2017, S. 1 ff. und Worbel, Datenportabilität – Demokratisierung der digitalen Wirtschaft? in: Taeger (Hrsg.), Rechtsfragen digitaler Transformationen – Gestaltung digitaler Veränderungsprozesse durch Recht, 2018, S. 247 ff.; Piltz, in: Gola, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 20 Rn. 1.

2 Jhering, Der Zweck im Recht, Bd. I. 3. Aufl. 1893 (Nachdruck 1970), S. 322, zitiert nach Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 10. Aufl. 2018, § 2 Rn. 58.

3 Zur BGH-Entscheidung: BGH, 12. 7. 2018 – III ZR 183/17, K&R 2018, 633, zum Zwangsgeldbeschluss: LG Berlin, 13. 2. 2019 – 20 O 172/15, ITRB 2019, 78 und KG Berlin, 3. 12. 2019 – 21 W 11/19.

4 Zum Ganzen: Eggendorfer, Datenbanksysteme für Wirtschaftsinformatiker, 2005.

5 Die Art. 29-Datenschutzgruppe hält vorbehaltlich von Branchenspezifika die Formate XML, JSON und CSV für „gängig“, s. WP 242/rev.01 vom 5. 4. 2017, dort S. 21 (<https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2018/06/Leitlinien-zum-Recht-auf-Daten%3BCB%20bertragbarkeit.pdf>); zu den Fragen, die selbst bei feststehendem Dateiformat bestehen, s. unten Ziffer 2. Zudem ist fraglich, ob diese Formate für die verschiedenen denkbaren Anwendungszwecke geeignet und sachgerecht sind. Aus Sicht der Informatik jedenfalls kann die Auflistung allenfalls eine Menge von Beispielen für eine bessere Verständlichkeit sein.

```

<customers>
  <customer>
    <name>Müller</name>
    <vorname>Max</vorname>
    <addresses>
      <address type="home">
        <street>Musterstraße 15 a</street>
        <town>Musterstadt</town>
        <postcode>12345</postcode>
        <state />
      </address />
    </addresses>
    <phones>
      <phone type="mobile">
        <countrycode>+49</country>
        <number>151 12345678</number>
      </phone>
    </customer>
  </customers>

```

Die Vergabe der Bezeichnungen für die einzelnen Elemente ist nicht vorgegeben, genauso wenig wie deren Anordnung oder Reihenfolge, oder ob bestimmte Informationen als Attribut (wie z. B. die Art der Telefonnummer in der obigen Abbildung) oder als eigenes Element ausgeführt werden. Sie muss wiederum zwischen den Parteien individuell vereinbart werden. Auch hierbei ist die Frage, ob ein Datenmodell, das durchaus auch ein beachtenswertes Geschäftsgeheimnis sein kann, durch die Struktur offengelegt wird oder ein modifizierter Auszug entsteht.

Immerhin bietet XML über die XML Stylesheet Transformation (XSLT) die Möglichkeit, die Namen der Elemente und deren Reihenfolge zu ändern, oder sie von Element zu Attribut oder andersherum zu verwandeln. Doch das Erstellen eines Stylesheets ist durchaus mit einem erheblichen Zeitaufwand verbunden.

Ein Anbieter, der zur Entgegennahme einen eigenen Standard für eine Import-Schnittstelle definiert, müsste dann die Standardausgabeformate der anderen jeweils per XSLT in sein Eingabeformat konvertieren. Das nötige Stylesheet muss jeweils erstellt werden.

#### c) SQL

Obleich unschön, finden sich in der Praxis auch Datenübertragungen, bei denen direkt Datenbankkommandos in der Sprache SQL zur Beschreibung der Daten verwendet werden. Hierzu müsste aber die Empfängerseite dieselbe Datenstruktur besitzen wie die abgebende Seite, nur dann könnten Datensätze – jenseits aller Sicherheitsbetrachtungen – unmittelbar in ein anderes Datenbanksystem übertragen werden.

In der Praxis findet sich oft eine Abwandlung, bei der eine „Empfangsdatenbank“ implementiert wird, die die Daten der abgebenden Einrichtung aufnimmt. Anschließend übertragen eigene Programme des Empfängers die erhaltenen Daten in das eigene Datenformat.

#### d) Fazit

Obleich es allgemeine Beschreibungen für Datenformate gibt, gibt es keine allgemeinverbindliche oder gar standardisierte Definition von Übertragungsformaten von Daten zwischen verschiedenen Anwendungen, wie z. B. sozialen Netzwerken oder WebShops. Häufig sind diese Informationen aufgrund der Folgen für das System und

der Komplexität der eigenen Datenstruktur Geschäftsgeheimnisse.

### 3. Maschinelle Auswertung in Bezug auf Rechte Dritter

Art. 20 DSGVO sieht als Einschränkung vor, dass die Rechte Dritter bei der Datenübertragbarkeit zu berücksichtigen sind. Es ist schon rechtlich schwierig zu bewerten, ob Kommentare anderer zu eigenen Beiträgen, z. B. auf der Wall eines sozialen Netzes, übertragen werden dürfen. Während hier möglicherweise technisch noch anonymisiert werden könnte, indem die Namen der Absender z. B. durch eine Nummerierung ersetzt werden, ist die Erkennung personenbezogener Daten im Fließtext allenfalls ein Glücksspiel, aber technisch nicht verlässlich möglich.

### 4. Erhalt von Daten (Art. 20 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 DSGVO)

Der Nutzer hat einen Anspruch auf die Herausgabe von Daten in einem standardisierten, maschinenlesbaren Format. Während die Maschinenlesbarkeit grundsätzlich leicht herzustellen ist, gibt es keine geeigneten Standards für den Datenaustausch zwischen Shops und sozialen Netzen usw.

Man könnte sich darauf verständigen, dass z. B. die Bereitstellung der Daten als CSV oder XML-Datei mit einer für den Abgebenden typischen Struktur ein Lösungsweg sein könnte. Dadurch erhält der Nutzer allerdings genau dasselbe wie in einem Auskunftersuchen, nur in einem anderen Format.

Ein Import bei einem anderen ist voraussichtlich mit mindestens demselben Aufwand verbunden, wie ein manuelles Abtippen einer gedruckten Auskunft.

### 5. Übermittlung von Daten (Art. 20 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 DSGVO)

Die Übermittlung von Daten erfordert regelmäßig detaillierte Absprachen zwischen den Parteien zum zu verwendenden Dateiformat. Unter der Annahme, dass es nur zehn soziale Netzwerke gibt, müssten die Anbieter dieser Netzwerke jeweils untereinander ein geeignetes Datenaustauschformat definieren. Es wären damit für den ersten Anbieter neun, für den zweiten noch acht, den dritten sieben usw. Formate zu definieren. Bei nur zehn Anbietern entstünden im Worst Case somit 44 Formatspezifikationen, um jeweils einen Austausch bewerkstelligen zu können.

Dabei ist zu beachten, dass die gängigen sozialen Netze unterschiedliche inhaltliche Aufbauten haben: Während Twitter von Kurznachrichten lebt, erwartet Facebook viel mehr persönliche Daten wie z. B. Fotos usw. Daher wird ein einheitlicher Standard für alle Anbieter auch schwer zu definieren sein.

### 6. Technisches Fazit

In technischer Hinsicht ist die Anforderung des Art. 20 DSGVO nach einem standardisierten Datenformat kaum zu erfüllen. Die Separierung der Daten der betroffenen Person bzw. des Anspruchstellers von den Daten Dritter ist aus technischer Sicht herausfordernd bzw. problematisch.

## III. Durchsetzung und Vollstreckung

Für das Recht, seine personenbezogenen Daten zu erhalten (Art. 20 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 DSGVO), wird nachfolgend die Durchsetzung mithilfe des öffentlichen und des privaten

Rechts dargestellt. Im Anschluss geht es um die weiteren Rechte zur Datenübermittlung ohne Behinderung (Art. 20 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 DSGVO) und zur Direktübermittlung gemäß Art. 20 Abs. 2 DSGVO.<sup>6</sup>

### 1. Durchsetzung mithilfe des öffentlichen Rechts

Der Betroffene kann eine Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde erheben und, sofern diese erfolglos ist, das VG anrufen.

#### a) Beschwerde

Gemäß Art. 77 Abs. 1 DSGVO kann jede betroffene Person Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde erheben, wenn sie der Ansicht ist, eine Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten verstoße gegen die DSGVO.

Die Beschwerde erfolgt gemäß Art. 77 Abs. 1 DSGVO „unbeschadet“ weiterer Rechtsbehelfe. Die betroffene Person kann daher neben einer Beschwerde zusätzlich den Zivilrechtsweg beschreiten (siehe unten Ziffer 2).

Art. 20 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 DSGVO gibt der betroffenen Person das Recht, die Herausgabe ihrer Daten vom Verantwortlichen zu verlangen.<sup>7</sup> Es ist die Aufgabe der Behörde, sich mit einer hierzu erhobenen Beschwerde zu befassen und den Betroffenen über das Ergebnis ihrer Untersuchung zu unterrichten (Art. 57 Abs. 1 lit. f DSGVO).<sup>8</sup> Sie hat auch die Abhilfebefugnis, den Verantwortlichen per Verwaltungsakt anzuweisen, dem Antrag des Betroffenen zu entsprechen, mithin seine personenbezogenen Daten herauszugeben (Art. 58 Abs. 2 lit. c DSGVO).<sup>9</sup> Obgleich im Beschwerdeverfahren kein Antrag erforderlich ist, könnte dieser gemäß dem begehrten Verwaltungsakt lauten (quasi als „Herausgabeverfügung“):

*Es wird beantragt,*

*den Verantwortlichen durch Verwaltungsakt anzuweisen, dem Beschwerdeführer die ihn betreffenden personenbezogenen Daten herauszugeben, die der Beschwerdeführer dem Verantwortlichen im Zeitraum vom ... bis ... bereitgestellt hat, und zwar in dem vom Beschwerdeführer wie folgt spezifizierten Dateiformat: (...), hilfsweise in einem gleichwertigen anderen maschinenlesbaren, gängigen Format.*

Die Ausübung der Abhilfebefugnisse ist indes eine Ermessensentscheidung der Behörde. Nur wenn dieses Ermessen auf Null reduziert ist, besteht Anspruch auf den Erlass des oben beantragten Verwaltungsakts. Dies dürfte der Ausnahmefall sein. Denn die Behörde kann den Betroffenen nach summarischer Prüfung der Rechtslage auch auf den Zivilrechtsweg verweisen.<sup>10</sup>

Selbst bei einer Ermessensreduzierung auf Null ist zu klären, in welchem Dateiformat der Verantwortliche die Daten schuldet. Die Leistungspflicht des Verantwortlichen ist gemäß Art. 20 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 DSGVO nur nach der Gattung „personenbezogene Daten in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format“ bestimmt. Für diesen Fall sieht § 243 Abs. 1 BGB vor, dass der Schuldner seine Leistung nach mittlerer Art und Güte zu erbringen hat. Die „mittlere Art und Güte“ ist nach der Verkehrsanschauung zu bestimmen; innerhalb dieser Verkehrsanschauung legt jedoch der Schuldner den Leistungsgegenstand fest.<sup>11</sup> Somit ist im Beschwerdeverfahren zu klären, ob es eine bestimmte – z. B. branchenspezifische – Verkehrsanschauung zu einem Datenformat gibt; falls nicht, kann der Verantwortliche mindestens zwischen den For-

maten XML, JSON oder CSV wählen. Diese Formate hält die Art. 29-Gruppe für „gängig“; technisch sind aber auch weitere Formate nicht ausgeschlossen (siehe oben Abschnitt II. Ziffer 1). Deshalb empfiehlt es sich für den Beschwerdeführer, im oben vorgeschlagenen Antrag das von ihm gewünschte Format anzugeben, damit er ausreichend bestimmt gefasst ist. Das ist insbesondere auch deswegen notwendig, weil XML, JSON und CSV sowie alle anderen Formate stets nur eine Grundstruktur vorgeben, aber keinerlei Angaben über dessen inhaltlichen Aufbau machen.

Zwar kann die Behörde auf einen Datenschutzverstoß auch mit einem Bußgeld gemäß Art. 83, 84 DSGVO reagieren. Ein Bußgeld führt jedoch nicht zur Durchsetzung der Datenübertragbarkeit. Es ist ein repressives Aufsichtsmittel, das datenschutzwidriges Verhalten aus der Vergangenheit sanktioniert. Anders als das Zwangsgeld kann es für ein- und denselben Verstoß nicht mehrfach verhängt werden.<sup>12</sup>

Ein weiteres Problem verbirgt sich in der Zuständigkeit der Behörden. Sie ist u. a. dafür relevant, welches VG der Betroffene anrufen kann, wenn die Behörden das Beschwerdeverfahren nicht rechtskonform durchführen (siehe unten lit. b). Die betroffene Person kann die Beschwerde zwar gemäß Art. 77 Abs. 1 DSGVO bei jeder beliebigen Datenschutz-Aufsichtsbehörde erheben; die angerufene Behörde müsste die Beschwerde gemäß Art. 57 Abs. 1 lit. f auch bescheiden und wäre demgemäß in einem Verwaltungsrechtsstreit passivlegitimiert.

Für die deutschen Aufsichtsbehörden jedoch sieht § 19 Abs. 2 BDSG vor, dass die Beschwerden an die „federführende Aufsichtsbehörde“ gemäß Art. 56 DSGVO abgegeben werden. Dies führt nach der Erfahrung der Autoren dazu, dass die angerufenen Behörden in Deutschland das gesamte Beschwerdeverfahren an die federführende Behörde abgeben (möchten). Die Beschwerde wird dann nicht von der angerufenen Behörde beschieden, sondern von der federführenden Behörde. Ob dies den Vorgaben der DSGVO entspricht, ist zweifelhaft.<sup>13</sup> Für den Betroffenen bedeutet die Verweisung, dass er sich im Beschwerdeverfahren und einem anschließenden Verwaltungsrechtsstreit nicht mit der angerufenen Behörde auseinandersetzen hat, sondern mit der federführenden Behörde. Wenn der Verantwortliche seine Niederlassung nicht in Deutschland, sondern einem anderen EU-Staat hat, zum Beispiel Irland oder Luxemburg, wäre ein Verwaltungsrechtsstreit dort zu führen.

6 In beiden Fällen ermöglicht Art. 80 DSGVO der betroffenen Person, eine Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht mit der Durchsetzung ihrer Rechte zu beauftragen (Verbandsklage, s. dazu Gola (Fn. 1), Art. 80 Rn. 1 ff.).

7 Munz, in: Taeger/Gabel, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2019, Art. 20 Rn. 34.

8 Obgleich der Wortlaut des Art. 77 DSGVO nur die rechtswidrige „Verarbeitung“ von Daten erfasst, ist eine Beschwerde auch zulässig wegen der Verletzung eines Betroffenenrechts, s. Gola (Fn. 1), Art. 77 Rn. 15. Bei einer Beschwerde wegen Art. 20 DSGVO ohne vorherigen erfolglosen Antrag des Betroffenen beim Verantwortlichen gemäß Art. 12 DSGVO dürfte indes die Beschwerdebefugnis entfallen.

9 Schantz/Wolff, Das neue Datenschutzrecht, 2017, Rn. 1258 f.; Gola (Fn. 1), Art. 58 Rn. 12.

10 Schantz/Wolff (Fn. 9), Rn. 1260; Gola (Fn. 1), Art. 57 Rn. 7.

11 Grünberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 79. Aufl. 2020, § 243 Rn. 3, 4; obgleich der Wortlaut des § 243 Abs. (1) BGB lediglich körperliche „Sachen“ erfasst, ist er auch auf Rechte anzuwenden, s. Grünberg, in: Palandt (Fn. 11), § 243 Rn. 1.

12 Erwägungsgrund (149) DSGVO, s. Plath, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 84 DSGVO Rn. 1.

13 Schantz/Wolff (Fn. 9), Rn. 1008.

Wenn die Behörde den Verantwortlichen antragsgemäß per Verwaltungsakt zur Datenherausgabe verpflichtet, hängt die Vollstreckung davon ab, wo dieser seine Niederlassung hat.

Bei Verantwortlichen mit der Niederlassung in Deutschland folgt die Vollstreckung dem VwVG.<sup>14</sup> Gemäß § 9 VwVG können Ersatzvornahme (bei vertretbaren Handlungen), Zwangsgeld oder Zwanghaft angeordnet werden, wenn die vorangegangene Herausgabeverfügung bestandskräftig ist (oder ihr sofortiger Vollzug angeordnet wurde). Jedes Vollstreckungsmittel muss zuvor durch einen gesonderten Verwaltungsakt festgesetzt und dem Verantwortlichen bekanntgegeben werden, bevor es vollzogen werden kann.<sup>15</sup>

Sind die Vollstreckungsmaßnahmen außerhalb Deutschlands zu vollziehen, ist die deutsche Aufsichtsbehörde auf Amtshilfe der zuständigen ausländischen Behörden angewiesen, sofern sie das Verfahren nicht ohnehin bereits an die „federführende“ Behörde im Ausland abgegeben hat (§ 19 BDSG). Art. 61 DSGVO sieht zwar ein Amtshilfeverfahren zwischen den Aufsichtsbehörden in der EU vor; die Norm nennt als Regelfälle jedoch Informations- und Untersuchungsmaßnahmen. Gegenstand der Amtshilfe gemäß Art. 61 DSGVO können zwar auch Maßnahmen sein, die dort nicht explizit benannt sind;<sup>16</sup> Voraussetzung ist jedoch, dass die jeweils angerufene Behörde nach ihrem nationalen Recht überhaupt zu entsprechenden Vollstreckungsmaßnahmen befugt und (z. B. ohne polizeiliche Hilfe) in der Lage ist.

#### b) Verwaltungsrechtsstreit

Wenn das Beschwerdeverfahren aus Sicht des Betroffenen nicht erfolgreich verläuft, kann er gemäß § 20 Abs. 1 BDSG das zuständige VG anrufen. Hierfür ist zu differenzieren:

##### aa) Untätigkeitsklage

Wenn die angerufene Behörde nach einer Beschwerde für eine Dauer von mindestens 3 Monaten untätig geblieben ist, kann der Beschwerdeführer gemäß Art. 78 Abs. 2 DSGVO i. V. m. § 75 VwGO Klage vor dem VG erheben, das für die angerufene Behörde zuständig ist.<sup>17</sup> Zu erheben ist eine sogenannte Verpflichtungsklage, etwa mit folgendem Antrag:

*„Die Beklagte wird verpflichtet, die Beschwerde des Klägers vom ... (Anlage K 1) unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu bescheiden.“*

Die Formulierung „unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts“ gibt die Möglichkeit, im Verwaltungsrechtsstreit bereits inhaltliche Vorgaben für den Erlass des begehrten Verwaltungsakts zu klären. Wenn das Gericht sein Urteil damit begründet, dass der fehlende Verwaltungsakt den Kläger in seinem Recht aus Art. 20 DSGVO verletzt, steht fest, dass der Kläger die Datenherausgabe dem Grunde nach verlangen kann. Die Behörde ist hieran gebunden.<sup>18</sup>

##### bb) Versagungsgegenklage

Wenn die Behörde nicht den beantragten Verwaltungsakt gegen den Verantwortlichen erlässt, kann der Beschwerdeführer eine Verpflichtungsklage in Form der Versagungsgegenklage erheben,<sup>19</sup> etwa mit folgendem Antrag:

*„Die Beklagte wird verpflichtet, [sofern zuvor ein anderweitiger Verwaltungsakt erlassen wurde: ihren Bescheid*

*vom ..., Aktenzeichen ... aufzuheben und] den Beigeladenen<sup>20</sup> durch Verwaltungsakt anzuweisen, dem Kläger die ihn betreffenden personenbezogenen Daten herauszugeben, die er dem Beigeladenen im Zeitraum vom ... bis ... bereitgestellt hat, und zwar in dem vom Kläger wie folgt spezifizierten Dateiformat: (...), hilfsweise in einem gleichwertigen anderen maschinenlesbaren, gängigen Format.“<sup>21</sup>*

Der vorgenannte Antrag hat jedoch nur Erfolg bei einer Ermessensreduktion auf Null (siehe oben lit. a)). Deshalb empfiehlt sich folgender Hilfsantrag auf Neubescheidung:

*„Die Beklagte wird verpflichtet, [sofern zuvor ein anderweitiger Verwaltungsakt erlassen wurde: ihren Bescheid vom ..., Aktenzeichen ... aufzuheben und] über die Beschwerde des Klägers vom ... (Anlage K 1) unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.“*

Der Hilfsantrag hat Erfolg, wenn die Entscheidung der Behörde über die Beschwerde ermessensfehlerhaft war.<sup>22</sup>

Problematisch ist in dieser Konstellation die Zuständigkeit des Gerichts in Deutschland. Die Zuständigkeit einer angerufenen deutschen Aufsichtsbehörde endet, wenn sie gemäß § 19 Abs. 2 BDSG die Beschwerde an die federführende Behörde im (EU-)Ausland weitergeleitet hat. Damit wird die federführende Behörde zur Entscheidung über die Beschwerde berufen und somit auch passivlegitimiert in einem Verwaltungsgerichtsverfahren. Sofern man § 19 BDSG nicht für EU-rechtswidrig hält, kann der Betroffene seine Klage gegen die Beschwerdeentscheidung nur vor den zuständigen Gerichten im EU-Ausland erheben. Denn Klagen gegen ausländische Behörden vor deutschen (Verwaltungs-)Gerichten sind ausgeschlossen.<sup>23</sup>

## 2. Durchsetzung mithilfe des Zivilrechts

Wenn der Betroffene im Erkenntnisverfahren einen Titel erwirkt hat, ist dieser im Anschluss zu vollstrecken.

#### a) Erkenntnisverfahren

Die betroffene Person kann gemäß Art. 79 Abs. 2 DSGVO vor den Gerichten im Mitgliedstaat des Verantwortlichen klagen oder im EU-Mitgliedstaat seines Wohnsitzes, und zwar – gemäß § 44 BDSG – am Gerichtsstand seines Wohnorts.<sup>24</sup> Anders als im öffentlichen Recht besteht im Zivilverfahren somit keine nachteilige Bindung an behördliche Zuständigkeiten (siehe oben Ziffer 1).

14 Verwaltungsvollstreckungsgesetz bzw. die Verwaltungsvollstreckungsgesetze der einzelnen Bundesländer der jeweiligen Aufsichtsbehörden.

15 *Mauer/Waldhoff*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl. 2017, § 20 Rn. 5, 13 - 27.

16 *Gola* (Fn. 1), Art. 61 Rn. 4.

17 *Plath* (Fn. 12), Art. 78 DSGVO Rn. 4. Bei einer Ermessensreduktion auf Null wäre der Antrag entsprechend der Versagungsgegenklage zu stellen.

18 *Kopp/Schenke*, VwGO, 25. Aufl. 2019, § 113 Rn. 212. Dies gilt auch bei der Versagungsgegenklage, etwa wenn der streitgegenständliche Verwaltungsakt die Betroffenenrechte ermessensfehlerhaft regelt.

19 Siehe dazu *Schantz/Wolff* (Fn. 9), Rn. 1103. Ein Vorverfahren findet auch in diesem Fall nicht statt, s. § 20 Abs. 4 BDSG.

20 Der Verantwortliche wäre gemäß § 65 Abs. 2 VwGO beizuladen (notwendige Beiladung).

21 Gegebenenfalls als Stufenklage verbunden mit einer weiteren Stufe zur Vollstreckung mit folgender Erweiterung des Antrags: „(...) und die Beklagte zu verpflichten, den beantragten Verwaltungsakt in Form der Herausgabeverfügung zu vollstrecken“, s. *Kopp/Schenke* (Fn. 18), 25. Aufl. 2019, § 113 Rn. 189.

22 *Kopp/Schenke* (Fn. 18), § 113 Rn. 197.

23 *Schantz/Wolff* (Fn. 9), Rn. 1104; *Gola* (Fn. 1), Art. 78 Rn. 10.

24 *Schantz/Wolff* (Fn. 9), Rn. 1264.

Der Klageantrag gegen den Verantwortlichen als Beklagten könnte lauten:

„Der Beklagte wird verurteilt, dem Kläger die ihn betreffenden personenbezogenen Daten herauszugeben, die der Kläger dem Beklagten im Zeitraum vom ... bis ... bereitgestellt hat, und zwar in dem vom Kläger wie folgt spezifizierten Dateiformat: (...), hilfsweise in einem gleichwertigen anderen maschinenlesbaren, gängigen Format.“

Die Durchsetzung der Datenübertragbarkeit darf zwar gemäß Art. 20 Abs. 4 DSGVO die Rechte und Freiheiten anderer Personen nicht beeinträchtigen; eine Begrenzung des Urteilstenors ist aber nur dann erforderlich, wenn derartige Drittbeeinträchtigungen durch einen konkreten Sachverhalt nachgewiesen sind. Jedenfalls für die textlich gleichlautende Begrenzung des Auskunftsanspruchs gemäß Art. 15 Abs. 4 DSGVO hat jüngst das LAG Stuttgart entsprechend entschieden.<sup>25</sup> Damit wird die „Beeinträchtigung von Rechten Dritter“ als zivilprozessuale Einwendung behandelt, die der Beklagte vorzutragen und zu beweisen hat.

Aus Betroffenen­sicht vorteilhaft könnte sich auch das Kostenrisiko eines Zivilverfahrens gestalten. Auskunftsansprüche nach § 34 BDSG a.F. taxierten die Gerichte bislang mit einem Streitwert von € 500,00, was zu einem – überschaubaren – Prozesskostenrisiko (erste Instanz € 470,00) führt. Zu Art. 20 DSGVO legen jüngste Entscheidungen pauschal einen Streitwert i.H.v. € 5000,00 fest.<sup>26</sup>

#### b) Vollstreckungsverfahren

Welche Vollstreckungsart zur Durchsetzung des gemäß lit. a erwirkten Titels zu wählen ist, hängt ab von der Rechtsnatur des titulierten Anspruchs. Art. 20 Abs. 1 S. 1 DSGVO vermittelt einen Auskunftsanspruch des Betroffenen, der durch die Herausgabe seiner Daten zu erfüllen ist.<sup>27</sup> Gleichwohl findet keine Herausgabevollstreckung gemäß § 883 ZPO statt, weil diese Norm nur auf Sachen und nicht auf Daten anwendbar ist. Daten können nur Gegenstand eines Auskunftsanspruchs sein.<sup>28</sup>

Die Auskunftserteilung wiederum wird im Regelfall als unvertretbare Handlung gemäß § 888 ZPO vollstreckt,<sup>29</sup> und zwar durch Zwangsgeld oder, falls dies nicht begetrieben werden kann, durch Zwangshaft. Das Zwangsgeld, das der Gläubiger vollstrecken muss, aber die Staatskasse erhält, beträgt maximal € 25 000,00, kann jedoch für ein- und dieselbe Pflichtverletzung mehrfach verhängt werden.<sup>30</sup>

Bei der Zwangshaft infolge Uneinbringlichkeit des Zwangsgelds haftet die betroffene Person als Antragsteller (neben dem Schuldner) für die Kosten, und zwar sowohl für die Verhaftung durch den Gerichtsvollzieher selbst als auch für den Haftkostenbeitrag zur Unterkunft und Verpflegung des Schuldners.<sup>31</sup> Wenn die betroffene Person dieses Haftungsrisiko vermeiden will, bleiben ihm die Möglichkeiten, auf dem öffentlich-rechtlichen Weg ein Bußgeld als Sanktion zu erwirken und gemäß § 893 ZPO i. V. m. Art. 82 DSGVO Schadensersatz vom Verantwortlichen zu verlangen.

Vollstreckungsentscheidungen deutscher Gerichte können in den anderen EU-Mitgliedstaaten auf Grundlage der EU-Anerkennungs- und Vollstreckungs-Zuständigkeits-Verordnung vollstreckt werden.<sup>32</sup> Außerhalb der

EU ist der Betroffene auf Staatsverträge bzw. Verfahren zur Anerkennung des erstrittenen Titels im Ausland angewiesen.

### 3. Datenübermittlung und Direktübermittlung

Gemäß Art. 20 Abs. 1 S. 1 DSGVO ist der Betroffene berechtigt, seine Daten an einen Dritten ohne Behinderung durch den Verantwortlichen zu übermitteln. Dieses Recht wird umgesetzt durch einen Unterlassungsanspruch des Betroffenen gegen den Verantwortlichen, das die Übermittlung behindernde Verhalten bei Meidung eines Ordnungsgelds bis zu € 250 000,00 zu unterlassen (§ 890 ZPO).<sup>33</sup> Für die Zuständigkeit und Verfahren der öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Durchsetzung gelten die Ausführungen zu Ziffer 1 und 2. Die Unterlassungspflicht wird als unvertretbare Handlung mittels Ordnungsgeld und Zwangshaft vollstreckt, gemäß den §§ 11, 16 VwVG bzw. § 890 ZPO.

Das Recht zur Direktübermittlung gemäß Art. 20 Abs. 2 DSGVO steht ausdrücklich unter dem Vorbehalt der technischen Machbarkeit. Die Zweifel hieran, insbesondere mangels einheitlicher Datenaustauschverfahren, ist oben in Abschnitt II dargelegt. Umstritten ist zudem, ob nur der übermittelnde Verantwortliche oder auch der empfangende Verantwortliche verpflichtet ist.<sup>34</sup> Zur Vollstreckung wäre jedenfalls ein Titel gegen beide Verantwortliche zu erwirken und koordiniert umzusetzen.

## IV. Fazit und Thesen

Für eine effektive Umsetzung des Rechts auf Datenübertragbarkeit sind zahlreiche technische Fragestellungen offen.

Nach der Erfahrung der Autoren nutzen die Behörden in Deutschland in Beschwerdeverfahren von Betroffenen die europarechtlich fragwürdige Verweisung an die „federführende“ Aufsichtsbehörde. Insbesondere bei großen Anbietern sitzt diese oftmals außerhalb Deutschlands. Betroffene, die zur Durchsetzung ihrer Rechte die Datenschutzbehörden anrufen, müssen sich deshalb größtenteils mit

25 LAG Baden-Württemberg, 20. 12. 2018 – 17 Sa 11/18, Rn. 209; ähnlich *Munz*, in: Taeger/Gabel (Fn. 7), Art. 20 Rn. 53, 54, abstellend auf den Anspruch der Erben auf Zugang zum Facebook-Konto des Erblassers, gegenüber dem der BGH das Datenschutzrecht zurückgestellt hat, BGH, 12. 7. 2018 – III ZR 183/17, K&R 2018, 633 ff.

26 OLG Köln, 5. 2. 2018 – 9 U 120/17; AG Düsseldorf, 27. 10. 2014 – C 6875/14; LG Ulm, 1. 12. 2004 – 1 S 89/04; OLG Karlsruhe, 21. 1. 2008 – 6 W 121/07; KG Berlin, 5. 4. 2002 – 14 W 40/02; lediglich € 350,00; zu Art. 20 DSGVO; OLG Köln 3. 9. 2019 – 20 W 10/18.

27 *Munz*, in: Taeger/Gabel (Fn. 7), Art. 20 Rn. 34; *Gola* (Fn. 1), Art. 20 Rn. 8.

28 BGH, 21. 9. 2017 – I ZB 8/17, Rn. 15.

29 In Einzelfällen könnte eine Vollstreckung als vertretbare Handlung gemäß § 887 ZPO erfolgen, indem ein gerichtlicher Gutachter die Datenverarbeitungsanlagen des Verantwortlichen in Augenschein nimmt und die Daten herunterlädt, wie dies teilweise zur Auskunft gemäß § 101 UrhG praktiziert wird, s. dazu *Schneider*, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, Kap. X Rn. 167 sowie *Dreier/Schulze*, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 101 Rn. 30.

30 BGH, 2. 3. 1983 – IVb ARZ 49/82, NJW 1983, 1859, 1860; BGH, 14. 4. 2005 – IX ZB 76/04, NJW-RR 2005, 1211, 1213; jüngst: KG Berlin, 3. 12. 2019 – 21 W 11/19.

31 Siehe KVGKG 9010; der Haftkostenbeitrag 2019 in Baden-Württemberg ist auf monatlich € 438,10 festgesetzt worden, s. <http://www.landesrecht-bw.de/jportal/portal/t/5em/page/bsbauwueprod.psm!doc.hl=1&doc.id=VB-BW-Just201941-1&documentnumber=3&numberofresults=10&doctype=Verkuendungsblatt%3Abw-ablju&showdoccase=1&doc.part=D&paramfromHL=true#focuspoint>. Bei der maximalen Haftdauer von 6 Monaten (§ 888 Abs. 1 S. 3, § 802 j ZPO) sind dies € 2628,60.

32 VO (EU) Nr. 1215/2012 vom 12. 12. 2012; ABl. Nr. L 325, S. 1 vom 20. 12. 2012, zuletzt geändert durch ÄnderungsVO (EU) 2015/281 vom 26. 11. 2014, ABl. 2015, Nr. L 54, vom 25. 2. 2015, S. 1.

33 *Munz*, in: Taeger/Gabel (Fn. 7), Art. 20 Rn. 42.

34 Für eine Verpflichtung beider Verantwortlicher: *Gola* (Fn. 1), Art. 20 Rn. 27; dagegen: *Munz*, in: Taeger/Gabel (Fn. 7), Art. 20 Rn. 44.

Behörden und Gerichten außerhalb Deutschlands auseinandersetzen.

Die Erwirkung eines Titels erscheint deshalb auf dem Zivilrechtsweg für den Betroffenen günstiger. Betroffene können bei Gerichten an ihrem Wohnsitz Klage erheben und einen erwirkten Titel jedenfalls in anderen EU-Mit-

gliedstaaten aufgrund der EU-Anerkennungs- und Vollstreckungs-Zuständigkeits-Verordnung vollstrecken.

Ein erwirkter Titel kann in der Regel nur als unvertretbare Handlung vollstreckt werden. Ob der Anspruch durch Zwangsgeld oder Zwangshaft erfüllt werden kann, ist gerade bei großen Anbietern fraglich.

Prof. Dr. Jens M. Schmittmann, Essen und Julia Sinnig, Luxemburg\*

## Aktuelle Entwicklungen im Steuerrecht in der Informationstechnologie 2018/2019 – Teil 1

*Teil eins des Beitrags fasst die wesentlichen Entwicklungen in Legislative und Judikative im internationalen und europäischen Steuerrecht sowie in Legislative im deutschen Steuerrecht zusammen, soweit sich Bezüge zur Informationstechnologie und dem Informationstechnologierecht ergeben. Er knüpft an die Beiträge des Verfassers Prof. Dr. Jens M. Schmittmann in den Vorjahren,<sup>1</sup> sowie an den Beitrag beider Verfasser im vergangenen Jahr<sup>2</sup> und die Vorträge der Verfasser in Bremen anlässlich der DSRI Herbstakademie 2019 an.<sup>3</sup>*

### I. Internationales: Globaler Konsens zur Besteuerung digitaler Unternehmen? Entwicklungen auf Ebene der OECD

Seit Oktober 2015 befassen sich Regierungen und Experten im Rahmen des ersten Aktionspunktes im BEPS Projekt<sup>4</sup> mit der Ausarbeitung einer Anpassung der internationalen Konzernbesteuerung an die Herausforderungen, die die Arbeitsweise digitalisierter Unternehmen für das durch physische Anwesenheit geprägte Steuerrecht mit sich bringen.<sup>5</sup> Als problematisch wird insbesondere der Umstand erachtet, dass Unternehmen, die durch eine digi-

tal(isiert)e Geschäftsaktivität Erträge erwirtschaften, aufgrund der engen Betriebsstättendefinition des Art. 5 OECD Musterabkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und vom Vermögen (OECD-MA) in der Regel lediglich im Ansässigkeitsstaat, nicht jedoch in möglichen Quellenstaaten, besteuert werden.

2015 veröffentlichte die OECD einen ersten Bericht zu diesen Herausforderungen,<sup>6</sup> dem 2018 ein weiterer Zwischenbericht folgte. Dieser sprach jedoch keine abschließende Empfehlung aus, wie mit den oben genannten Herausforderungen materiellrechtlich umgegangen werden sollte.<sup>7</sup> Mangels Konsens der an den Verhandlungen beteiligten OECD-Mitglied- und Nicht-Mitgliedstaaten wurde insbesondere keine Empfehlung zur Einführung vorläufiger Maßnahmen ausgesprochen.<sup>8</sup>

Im Jahr 2019 schritten die Verhandlungen weiter fort, wie von der OECD durch die Veröffentlichung einer „Policy Note“,<sup>9</sup> eines Arbeitsprogrammes,<sup>10</sup> und zweier Öffentlichkeitsbeteiligungsverfahren<sup>11</sup> attestiert wird.

Ziel der OECD ist es, bis spätestens 2020 globalen Konsens zur Anpassung der (Ertrags-)Besteuerung von digital arbeitenden Unternehmen zu finden.<sup>12</sup>

\* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 17. 1. 2020.

1 Vgl. Schmittmann, K&R 2018, 19 ff.; ders., K&R 2017, 157 ff.; ders., K&R 2016, 28 ff.; ders., K&R 2015, 23 ff.; ders., K&R 2014, 94 ff.; ders., K&R 2013, 99 ff.; ders., K&R 2012, 18 ff.; ders., K&R 2010, 698 ff.; ders., K&R 2009, 81 ff.; ders., K&R 2008, 83 ff.; ders., in: Taeger, Recht 4.0 – Innovationen aus den rechtswissenschaftlichen Laboren, 2017, S. 917 ff.; ders., in: Taeger, Smart World – Smart law? – Weltweite Netze mit regionaler Regulierung, 2016, S. 1053 ff.; ders., in: Taeger, Internet der Dinge – Digitalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft, 2015, S. 851 ff.; ders., in: Taeger, Big Data & Co – Neue Herausforderungen für das Informationsrecht, 2014, S. 841 ff.; ders., in: Taeger, Law as a Service (LaaS) – Recht im Internet- und Cloud-Zeitalter, 2013, S. 1053 ff.

2 Vgl. Schmittmann/Sinnig, K&R 2019, 88 ff. u. 158 ff.

3 Vgl. Schmittmann, in: Taeger, Die Macht der Daten und der Algorithmen – Regulierung von IT, IoT und KI, 2019, S. 837 ff.; Sinnig, in: Taeger (Fn. 3), S. 825 ff.

4 BEPS Aktionspunkt 1 trägt den Titel „Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy“ und führt damit das 2012 ins Leben gerufene „Base Erosion and Profit Shifting“ (BEPS) Projekt der OECD an, das insgesamt 15 Aktionspunkte enthält. Diese behandeln verschiedene Steuerminderungs- und Steuerhinterziehungspraktiken, derer sich grenzüberschreitend tätige Konzerne bedienen. Vorhandene Gesetzeslücken sollen durch multilaterale Abstimmung der OECD Mitgliedstaaten und Nicht-Mitgliedstaaten im Rahmen des erweiterten „Inclusive Framework“ geschlossen werden. Resultat des Projektes ist das 2016 veröffentlichte „Mehrseitige Übereinkommen zur Umsetzung steuerabkommensbezogener Maßnahmen zur Verhinderung der Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung“ (engl. Abk.: „MLI“). Nicht alle Aktionspunkte führten jedoch zu politischem Konsens, sodass bspw. Aktionspunkt 1 bislang noch nicht im MLI aufgegriffen wurde.

5 Vgl. Becker/van der Ham/Mühlhausen, BB 2019, 1623, 1624 f.

6 OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – Action 1: 2015 Final Report, v. 5. 10. 2015, abrufbar unter <https://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>.

7 OECD, Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018, v. 16. 3. 2018, Rn. 513 u. 514, abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>.

8 OECD (Fn. 7), Rn. 404 u. 514.

9 OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note, v. 23. 1. 2019, abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/beps/policy-note-beps-inclusive-framework-addressing-tax-challenges-digitalisation.pdf>.

10 OECD, Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy, v. 31. 5. 2019, abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>.

11 OECD, OECD invites public input on the possible solutions to the tax challenges of digitalization, v. 19. 2. 2019, abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/beps/oecd-invites-public-input-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>; OECD, Public Consultation Document: Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – 13 February – 6 March 2019, v. 13. 2. 2019, abrufbar unter <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf> (nachstehend „Public Consultation Document 1“); OECD, Public Consultation Document: Secretariat Proposal for a „Unified Approach“ under Pillar One – 9 October – 12 November 2019, v. 9. 10. 2019, abrufbar unter <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf> (nachstehend „Public Consultation Document 2“).

12 OECD (Fn. 10), Rn. 95 f.; OECD (Fn. 11), Public Consultation Document 2, Rn. 3; vgl. Winnemann, IStR 2019, 134, 137.