

Gutachten
zum Vorgehen des Thüringer Landesbeauftragten für
den Datenschutz und die Informationsfreiheit (TLfDI)
im Aktenlager in Immelborn

Im Auftrag der CDU-Fraktion des Thüringer Landtags

erstattet von
Prof. Dr. Indra Spiecker gen. Döhmann, LL. M. (Georgetown)
unter Mitarbeit von Ass. iur. Dr. Julian Wagner, LL.M. Eur.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	3
Gutachtauftrag	5
Zusammenfassung	9
Gutachten	15
1. Zur möglichen Unterauftragsdatenverarbeitung der Aktenmanagement und Beratungs GmbH für die EDS	15
a) Anwendbarkeit des BDSG	15
aa) Sachlicher Anwendungsbereich.....	15
bb) Personenbezogene Daten, § 3 Abs. 1 BDSG.....	17
b) Besondere Arten personenbezogener Daten (sensitive Daten), § 3 Abs. 9 BDSG ..	17
c) Unterauftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG	18
aa) Bedeutung und Ratio der Auftragsdatenverarbeitung	18
bb) Fehlende Schriftform und Rechtsfolgen.....	19
cc) Fehlende Berechtigung zum Abschluss eines Untervertrags	23
dd) Fehlende Mitteilung des Abschlusses eines Untervertrags.....	25
2. Zum Bescheid des TLfDI vom 26.06.2013	28
a) Zustellung des Bescheids	28
aa) Anwendbarkeit des ThürVwZVG für öffentliche Zustellungen	28
bb) § 15 Abs. 1 Nr. 3 ThürVwZVG.....	30
cc) § 15 Abs. 1 Nr. 4 i. V. m. § 14 ThürVwZVG	32
dd) Rechtsfolge; fehlende Heilung; keine Teilwirksamkeit.....	34
b) Adressat des Bescheids	36
c) Ermächtigungsgrundlage und Zwangsvollstreckung.....	40
aa) Anordnung der Gewährung von Zugang, Ziff. 1	40
bb) Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit (Ziff. 2)	43
cc) Androhung der Ersatzvornahme (Ziff. 3)	43
(1) Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung im Datenschutzrecht?	43
(2) Fehlerhaftes Zwangsmittel der Ersatzvornahme	48
(3) Androhung einer Ersatzvornahme	52
(4) Berechnung der Kosten einer Ersatzvornahme.....	52
d) Ersatzvornahme	52
aa) Gestrecktes Verfahren	52
bb) Gekürztes Verfahren.....	53
3. Zum Bescheid des TLfDI vom 22.07.2013	54
a) Zustellung des Bescheids	54

b) Anhörung.....	55
aa) Erfordernis einer Anhörung	55
bb) Entbehrlichkeit einer Anhörung	55
cc) Heilung	57
dd) Begründung	57
c) Adressat dieses Bescheids	58
d) Verwirklichung von Straftatbeständen	60
e) Unmöglichkeit der Anordnung	62
f) Verhältnismäßigkeit der Maßnahme	64
g) Anordnung und Durchführung der Ersatzvornahme	65
4. Fazit.....	70

Gutachtauftrag

Vorbemerkung:

Mit Beschluss vom 26.03.2015 (Drs. 6/432) hat der Thüringer Landtag einen parlamentarischen Untersuchungsausschuss 6/2 mit der offiziellen Bezeichnung „Mögliches Fehlverhalten des Thüringer Landesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (TLfDI) als Aufsichtsbehörde im Zusammenhang mit dem Auffinden, der Sicherung, dem Sichten sowie der Räumung der in einem Aktenlager in Immelborn im Juli 2013 aufgefundenen Unterlagen“ eingesetzt.

Zur Klärung juristisch relevanter Fragen im Zusammenhang mit dem Vorgehen des TLfDI im Aktenlager in Immelborn hat sich die CDU-Fraktion im Thüringer Landtag entschlossen, ein Rechtsgutachten einzuholen, nachdem die Ausschussmehrheit einen Antrag der Ausschussminderheit, auf Einholung eines unabhängigen Sachverständigengutachtens, mehrfach abgelehnt und dies mit der angeblichen Unzulässigkeit begründet hat.

Der den Rechtsfragen zugrunde liegende Sachverhalt beginnt zeitlich ab der Nachfrage einer Ärztin nach ihren Patientenakten, die sie bei der namentlich und postalisch explizit benannten und Fa. EDS, Electronic Data Solutions, Inhaberin Oxana T., Am Bahnhof 26, 36433 Immelborn, eingelagert hatte, und der darauf folgenden Ankündigung einer datenschutzrechtlichen Kontrolle bei der Fa. Aktenmanagement & Beratungs GmbH, Am Bahnhof 26, 36433 Immelborn, im Juli 2013 durch den TLfDI bis zur Beräumung und Auflösung des Aktenlagers im März 2015.

Fragestellungen:

1. Konnte zwischen der Fa. EDS und der Aktenmanagement und Beratungs GmbH ein wirksamer Unterauftragsdatenverarbeitungsvertrag bezüglich der Kranken- und sonstigen Akten der einlagernden Ärztin geschlossen werden, wenn man unterstellt, dass dieser Vertrag nicht schriftlich abgeschlossen wurde, die Auftraggeberin eine Berechtigung zur Begründung von Unterauftragsverhältnissen weder mündlich noch schriftlich erteilt hat und ihr eine angebliche Begründung eines Unterauftragsverhältnisses nicht mitgeteilt wurde?
2. Zum öffentlich zugestellten Bescheid des TLfDI über die Ankündigung einer datenschutzrechtlichen Kontrolle gem. § 38 Abs. 4 BDSG vom 26.06.2013 (durch Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger) an die Aktenmanagement und Beratungs GmbH, vertreten durch den Liquidator Henry Tischer:
 - a) Ist der Bescheid vom 26.06.2013 wirksam zugestellt worden, obwohl dem TLfDI eine ladungsfähige und bis heute aktuelle Adresse des Geschäftsführers der Aktenmanagement und Beratungs GmbH, Henry Tischer, durch die Gemeinde Barchfeld-Immelborn zuvor mitgeteilt worden war und eine Geschäftsadresse der o.g. Firma zu diesem Zeitpunkt existiert hat?
 - b) War der Liquidator Tischer der richtige Adressat einer derartigen Anordnung, wenn man unterstellt, dass er weder Gewahrsamsinhaber über das Aktenlager war, noch über seine Bestellung als Liquidator vom Gericht unterrichtet worden war, noch diese Bestellung angenommen hat?
 - c) Gab es eine Ermächtigungsgrundlage für den o.g. Bescheid und hätte dieser im Wege der Zwangsvollstreckung nach Androhung mittels Ersatzvornahme rechtmäßig durchgesetzt werden können?
 - d) War die nachfolgende Durchführung der im Bescheid vom 26.06.2013 enthaltenen Anordnung, dem TLfDI und seinen Beauftragten am 15.07.2013 Zugang zum Grundstück zum Zweck einer datenschutzrechtlichen Kontrolle zu gewähren, im Wege der Ersatzvornahme rechtmäßig?

3. Zum öffentlich zugestellten Bescheid des TlfdI über die Anordnung nach § 38 Abs. 5 BDSG vom 22.07.2013 (durch Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger) an die Fa. Aktenmanagement und Beratungs GmbH, vertreten durch den Liquidator Henry Tischer:
- a) Ist der Bescheid vom 22.07.2013 wirksam zugestellt worden, obwohl dem TlfdI eine ladungsfähige und bis heute aktuelle Adresse des Geschäftsführers der Aktenmanagement und Beratungs GmbH, Henry Tischer, durch die Gemeinde Barchfeld-Immelnborn zuvor mitgeteilt worden war und eine Geschäftsadresse der o.g. Firma zu diesem Zeitpunkt existiert hat?
 - b) Konnte bei den im Bescheid vom 22.07.2013 getroffenen Anordnungen auf eine vorherige Anhörung verzichtet werden, und ist der Grund für einen Verzicht der Anhörung in dem Bescheid ausreichend und nicht nur formelhaft begründet?
 - c) War der Liquidator Tischer der richtige Adressat der Anordnungen, wenn man davon ausgeht, dass dieser seit Jahren weder Gewahrsamsinhaber über das Aktenlager war noch über seine Bestellung als Liquidator vom Gericht unterrichtet worden war?
 - d) Welche rechtlichen Folgen ergeben sich aus der Anordnung des TlfdI, binnen 4 Wochen die Aktenbestände von ca. 250 000 Akten in anderweitige, sichere Räumlichkeiten umzulagern, wenn der Adressat dieser Anordnung eine Gesellschaft ist, deren Insolvenzverfahren gem. § 207 InsO mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse eingestellt worden ist und man davon ausgeht, dass daher der Liquidator zur Ausführung der Anordnung Strafrechtstatbestände (z.B. Eingehungsbetrug) hätte verwirklichen müssen?
 - e) Welche Rechtsfolgen ergeben sich, wenn man unterstellt, dass eine geforderte Umräumung des gesamten Aktenbestands in ein anderes, sicheres Lager nicht in dem im Bescheid des TlfdI geforderten Zeitraum von vier Wochen zu schaffen war, da allein die endgültige Beräumung des durch Aktenrückführungen bereits erheblich reduzierten Lagerbestandes mehr als sechs Wochen in Anspruch genommen hat?
 - f) War die Anordnung der Umlagerung der Akten in ein anderes Lager rechtmäßig, wenn man unterstellt, dass die Sicherung des Aktenlagers durch Maßnahmen der Zugangskontrolle, kostengünstig und gleich wirksam hätte durchgeführt werden können? War unter diesen Voraussetzungen bei der Anordnung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des § 9 Satz 2 BDSG gewahrt?

- g) Durfte der TLfDI rechtlich wirksam im Anordnungsbescheid für den Fall der Nichterfüllung von angeordneten Maßnahmen bzw. deren nicht rechtzeitiger Erfüllung das Zwangsmittel der Ersatzvornahme anordnen und diese Ersatzvornahme anschließend tatsächlich durchführen?

Zusammenfassung

1. Konnte zwischen der Fa. EDS und der Aktenmanagement und Beratungs GmbH ein wirksamer Unterauftragsdatenverarbeitungsvertrag bezüglich der Kranken- und sonstigen Akten der einlagernden Ärztin geschlossen werden, wenn man unterstellt, dass dieser Vertrag nicht schriftlich abgeschlossen wurde, die Auftraggeberin eine Berechtigung zur Begründung von Unterauftragsverhältnissen weder mündlich noch schriftlich erteilt hat und ihr eine angebliche Begründung eines Unterauftragsverhältnisses nicht mitgeteilt wurde? (Siehe unter 1.)

Der geschlossene Unterauftragsdatenverarbeitungsvertrag erfüllt die Anforderungen des anwendbaren Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) nicht, da er bereits gegen das durch § 11 Abs. 2 BDSG vorgeschriebene Schriftformerfordernis verstößt. Ein solcher Verstoß hat die Nichtigkeit des Vertrags zur Folge.

Außerdem folgt die Unzulässigkeit eines etwaigen Unterauftragsdatenverarbeitungsvertrags aus der fehlenden Erteilung einer Berechtigung zur Begründung von Unterauftragsdatenverhältnissen der die Akten einlagernde Ärztin an die EDS. Eine solche Berechtigung ist gemäß § 11 Abs. 2 S. 2 Nr. 6 BDSG schriftlich zu erteilen und liegt nicht vor.

Schließlich führt auch die erforderliche fehlende Mitteilung vom Abschluss des Unterauftragsdatenverarbeitungsvertrags durch EDS an die die Akten einlagernde Ärztin zur Unzulässigkeit einer etwaigen Unterbeauftragung.

2. Zum öffentlich zugestellten Bescheid des TLFDI über die Ankündigung einer datenschutzrechtlichen Kontrolle gem. § 38 Abs. 4 BDSG vom 26.06.2013 (durch Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger) an die Aktenmanagement und Beratungs GmbH, vertreten durch den Liquidator Henry Tischer:

a) Ist der Bescheid vom 26.06.2013 wirksam zugestellt worden, obwohl dem TLFDI eine ladungsfähige und bis heute aktuelle Adresse des Geschäftsführers der Aktenmanagement und Beratungs GmbH, Henry Tischer, durch die Gemeinde Barchfeld-Immelborn zuvor mitgeteilt worden war und eine Geschäftsadresse der o.g. Firma zu diesem Zeitpunkt existiert hat? (Siehe unter 2. a).)

Die Zustellung des Bescheids ist unwirksam, da die Voraussetzungen für eine öffentliche Zustellung nicht vorlagen. Eine solche öffentliche Zustellung stellt im System des Zustellungsrechts eine besondere

Ausnahme dar und ist nur unter den besonderen eng formulierten Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 ThürVwZVG möglich, die hier jedoch nicht vorlagen.

Um § 15 Abs. 1 Nr. 3 ThürVwZVG zu genügen, hätte es zumindest eines tatsächlichen Zustellversuchs an die im Handelsregister eingetragene Geschäftsanschrift bedurft. Dies gilt selbst dann, wenn die den Bescheid erlassende Behörde davon ausgeht, dass der Zustellversuch voraussichtlich erfolglos bleiben wird.

Auch die Voraussetzungen von § 15 Abs. 1 Nr. 4 i. V. m. § 14 ThürVwZVG, der Anwendung findet bei Personen, die sich im Ausland aufhalten, lagen nicht vor, denn über Art. 17 des Haager Zustellungsübereinkommens wäre eine Zustellung auch in die Schweiz möglich gewesen und hätte versucht werden müssen.

Mangels Vorliegen der Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung sowie mangels Heilung durch spätere Zustellung fehlt es an einer Bekanntgabe des Bescheids vom 26.06.2013. Die Folge ist die materielle Inexistenz des Verwaltungsakts; er ist als Nullum zu behandeln.

Bereits aus diesem Grund konnte der Bescheid also keine Rechtswirkung entfalten, sodass er zwangsläufig auch nicht durch den im Bescheid bezeichneten Adressaten zu beachten war.

Damit erübrigt sich grundsätzlich jede weitere Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Bescheids, da es über diesen Umstand auch nicht hinweghilft, wenn der Bescheid im Übrigen rechtmäßig hätte erlassen werden können. Die nachfolgenden rechtlichen Erwägungen zum Bescheid müssen unter Beachtung dieses Hinweises verstanden werden.

b) War der Liquidator Tischer der richtige Adressat einer derartigen Anordnung, wenn man unterstellt, dass er weder Gewahrsamsinhaber über das Aktenlager war, noch über seine Bestellung als Liquidator vom Gericht unterrichtet worden war, noch diese Bestellung angenommen hat? (Siehe unter 2. b))

Henry Tischer war nicht der richtige Adressat der Anordnung, da er nicht verantwortliche Stelle i. S. d. BDSG und auch nicht mehr organchaftlicher Vertreter der Aktenmanagement & Beratungs GmbH war: Diese GmbH befand sich zu diesem Zeitpunkt in Liquidation, sodass einzig die Liquidatoren als organchaftliche Vertretungsberechtigte in Betracht kamen. An einer wirksamen Einsetzung des Henry Tischer als Liquidator fehlte es jedoch mangels wirksamer Bekanntgabe; eine Rechtsscheinhaftung durch Eintragung als Liquidator im Handelsregister scheidet aus.

c) Gab es eine Ermächtigungsgrundlage für den o. g. Bescheid und hätte dieser im Wege der Zwangsvollstreckung nach Androhung mittels Ersatzvornahme rechtmäßig durchgesetzt werden können? (Siehe unter 2. c))

Der Bescheid vom 26.06.2013 enthält verschiedene Anordnungen, die auf unterschiedliche Ermächtigungsgrundlagen zu stützen sind. Für sämtliche Anordnungen bestehen entsprechende Ermächtigungsgrundlagen. Allerdings fehlt es für die Anordnung nach Ziff. 1 an der Geeignetheit, und bei Ziff. 3 ist ein fehlerhaftes Zwangsmittel angedroht.

Die angeordnete Maßnahme ist nicht geeignet, dem TlfdI eine ausreichende Grundlage für Maßnahmen nach § 38 Abs. 5 BDSG zu liefern, da er sich lediglich auf die Zugangsgewähr und nicht auch die Mitwirkung bei Einsichtnahme und Prüfung der Datenverarbeitungsvorgänge erstreckte. Die Androhung von Zwangsmitteln war daher ungeeignet, das Ziel zu erreichen.

Zudem war die angedrohte Ersatzvornahme ein unzulässiges Mittel, da die Gewähr des berechtigten Zugangs zu Grundstück und (ehemaligen) Geschäftsräumen eine unvertretbare Handlung bedeutet.

d) War die nachfolgende Durchführung der im Bescheid vom 26.06.2013 enthaltenen Anordnung, dem TlfdI und seinen Beauftragten am 15.07.2013 Zugang zum Grundstück zum Zweck einer datenschutzrechtlichen Kontrolle zu gewähren, im Wege der Ersatzvornahme rechtmäßig? (Siehe unter 2. c))

Der Bescheid vom 26.06.2013 konnte nicht rechtmäßig im sog. gestreckten Verfahren vollstreckt werden. Mangels Bekanntgabe war der Bescheid vom 26.06.2013 unwirksam und kommt somit nicht als für ein solches Verfahren notwendiger zu vollstreckender Grundverwaltungsakt in Betracht.

Die Voraussetzungen für eine Vollstreckung im gekürzten Verfahren lagen ebenfalls nicht vor, da Eilbedürftigkeit angesichts bereits getroffener Sicherungsmaßnahmen nicht gegeben war.

3. Zum öffentlich zugestellten Bescheid des TLFDI über die Anordnung nach § 38 Abs. 5 BDSG vom 22.07.2013 (durch Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger) an die Fa. Aktenmanagement und Beratungs GmbH, vertreten durch den Liquidator Henry Tischer:

a) Ist der Bescheid vom 22.07.2013 wirksam zugestellt worden, obwohl dem TLFDI eine ladungsfähige und bis heute aktuelle Adresse des Geschäftsführers der Aktenmanagement und Beratungs GmbH, Henry Tischer, durch die Gemeinde Barchfeld-Immelborn zuvor mitgeteilt worden war und eine Geschäftsadresse der o.g. Firma zu diesem Zeitpunkt existiert hat? (Siehe unter 3. a) sowie 2. a).)

Die Voraussetzungen der Zustellung lagen auch hinsichtlich des Bescheids vom 22.07.2013 nicht vor, da auch insoweit ein Zustellversuch erforderlich gewesen ist, aber nach den dem Gutachten zugrunde zu legenden Tatsachen weder ein Zustellversuch bei der im Handelsregister eingetragenen Anschrift der Aktenmanagement und Beratungs GmbH erfolgt ist noch eine Zustellung an die dem TLFDI bekannte Adresse des Henry Tischer in der Schweiz versucht worden ist.

Eine Heilung ist auch für diesen Bescheid vom 22.07.2013 nicht ersichtlich, sodass die Zustellung unwirksam und der Verwaltungsakt bereits aus diesem Grund materiell nicht existent ist.

Auch für diesen Bescheid gilt also, dass der Bescheid somit keine Rechtswirkung entfalten konnte. Er war also weder durch Henry Tischer noch durch die Aktenmanagement und Beratungs GmbH zu beachten. Damit erübrigt sich grundsätzlich jede weitere Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Bescheids, da es über diesen Umstand auch nicht hinweghilft, wenn der Bescheid im Übrigen rechtmäßig hätte erlassen werden können. Die nachfolgenden rechtlichen Erwägungen zum Bescheid müssen unter Beachtung dieses Hinweises verstanden werden.

b) Konnte bei den im Bescheid vom 22.07.2013 getroffenen Anordnungen auf eine vorherige Anhörung verzichtet werden, und ist der Grund für einen Verzicht der Anhörung in dem Bescheid ausreichend und nicht nur formelhaft begründet? (Siehe unter 3. b))

Es liegt schon keine Gefahr im Verzug nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 ThürVwVfG vor.

Zudem folgt aus dem Übermaßverbot, dass eine ohne vorherige Anhörung ergangene Regelung auf die keinen Aufschub duldenden unerlässlichen Mindestmaßnahmen beschränkt bleiben muss. Vor Erlass endgültiger Maßnahmen bedarf es grundsätzlich einer Anhörung.

Diesen Anforderungen genügt der Bescheid vom 22.07.2013 nicht, da die mit Bescheid vom 22.07.2013 angeordneten Maßnahmen nicht lediglich sichernder Natur waren, sondern gerade auf die endgültige Regelung des Zustands – insbesondere durch Vernichtung bestimmter Akten – abzielten.

Der Verzicht auf die Anhörung genügt den Anforderungen der §§ 28, 39 ThürVwVfG an eine Begründung zudem nicht.

c) War der Liquidator Tischer der richtige Adressat der Anordnungen, wenn man davon ausgeht, dass dieser seit Jahren weder Gewahrsamsinhaber über das Aktenlager war noch über seine Bestellung als Liquidator vom Gericht unterrichtet worden war? (Siehe unter 3. c) bzw. 2. b))

Henry Tischer war nicht der richtige Adressat für die mit Bescheid vom 22.07.2013 ergangenen Anordnungen gegen die GmbH. Es gilt insoweit das, was zu 2. b) ausgeführt wurde.

d) Welche rechtlichen Folgen ergeben sich aus der Anordnung des TLfDI, binnen 4 Wochen die Aktenbestände von ca. 250 000 Akten in anderweitige, sichere Räumlichkeiten umzulagern, wenn der Adressat dieser Anordnung eine Gesellschaft ist, deren Insolvenzverfahren gem. § 207 InsO mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse eingestellt worden ist und man davon ausgeht, dass daher der Liquidator zur Ausführung der Anordnung Strafrechtstatbestände (z.B. Eingehungsbetrug) hätte verwirklichen müssen? (Siehe unter 3. d))

Eine Anordnung, zu deren Ausführung der Adressaten Straftatbestände verwirklichen muss, ist gemäß § 44 Abs. 2 Nr. 5 ThürVwVfG nichtig. In Betracht kommen u. a. Verstöße gegen Vermögensdelikte sowie den Schutz des Datengeheimnisses nach den Vorschriften des StGB, ohne diese abschließend zu beurteilen.

e) Welche Rechtsfolgen ergeben sich, wenn man unterstellt, dass eine geforderte Umräumung des gesamten Aktenbestands in ein anderes, sicheres Lager nicht in dem im Bescheid des TLfDI geforderten Zeitraum von vier Wochen zu schaffen war, da allein die endgültige Beräumung des durch Aktenrückführungen bereits erheblich reduzierten Lagerbestandes mehr als sechs Wochen in Anspruch genommen hat? (Siehe unter 3. e))

Soweit mit einem Verwaltungsakt ein Handeln aufgegeben wird, das objektiv unmöglich ist, ist der Verwaltungsakt gemäß § 44 Abs. 2 Nr. 4

ThürVwVfG nichtig. Davon ist hier angesichts des Umfangs der von der Anordnung erfassten Akten in Verbindung mit der kurzen Fristsetzung auszugehen, die es erforderlich gemacht hätten, pro Tag mehrere Tausend Umzugskiste voller Akten nicht nur in ein neues, noch zu suchendes Lager umzulagern, sondern auch auf Akten durchzusehen, deren Aufbewahrungsfristen abgelaufen waren, und diese Akten auszusondern und zu vernichten.

f) War die Anordnung der Umlagerung der Akten in ein anderes Lager rechtmäßig, wenn man unterstellt, dass die Sicherung des Aktenlagers durch Maßnahmen der Zugangskontrolle, kostengünstig und gleich wirksam hätte durchgeführt werden können? War unter diesen Voraussetzungen bei der Anordnung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des § 9 Satz 2 BDSG gewahrt? (Siehe dazu unten unter 3. f))

Soweit im konkreten Sachverhalt andere Methoden der Sicherung des Aktenlagers möglich waren, die genauso wirksam wie die Umlagerung der Akten in ein anderes Lager die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften gewährleisten konnten, ist die Anordnung des TLfDI nicht verhältnismäßig gewesen. Solche Maßnahmen wie etwa die Zugangskontrolle wären nach summarischer Prüfung der Tatbestände gleich effektiv gewesen.

g) Durfte der TLfDI rechtlich wirksam im Anordnungsbescheid für den Fall der Nichterfüllung von angeordneten Maßnahmen bzw. deren nicht rechtzeitiger Erfüllung das Zwangsmittel der Ersatzvornahme anordnen und diese Ersatzvornahme anschließend tatsächlich durchführen? (Siehe unter 3. g))

Grundsätzlich kann auch der TLfDI sich der Mittel der Zwangsvollstreckung bedienen. Dies gilt auch hinsichtlich der mit Bescheid vom 22.07.2013 ergangenen Anordnung, die den Adressaten verpflichtete, die in den Räumen der Aktenmanagement & Beratungs GmbH lagernden Aktenbestände datenschutzkonform in entsprechend geeigneten Räumlichkeiten einzulagern sowie Akten, deren Aufbewahrungsfristen abgelaufen sind, den einlagernden Stellen zur Rücknahme anzubieten und sie ggf. zu vernichten. Allerdings sind wegen des Datengeheimnisses Grenzen zu wahren.

Gutachten

1. Zur möglichen Unterauftragsdatenverarbeitung der Aktenmanagement und Beratungs GmbH für die EDS

Konnte zwischen der Fa. EDS und der Aktenmanagement und Beratungs GmbH ein wirksamer Unterauftragsdatenverarbeitungsvertrag bezüglich der Kranken- und sonstigen Akten der einlagernden Ärztin geschlossen werden, wenn man unterstellt, dass dieser Vertrag nicht schriftlich abgeschlossen wurde, die Auftraggeberin eine Berechtigung zur Begründung von Unterauftragsverhältnissen weder mündlich noch schriftlich erteilt hat und ihr eine angebliche Begründung eines Unterauftragsverhältnisses nicht mitgeteilt wurde?

Der geschlossene Unterauftragsdatenverarbeitungsvertrag erfüllt die Anforderungen des zu beachtenden Bundesdatenschutzgesetzes nicht, woraus die Nichtigkeit des Vertrags folgt.

a) Anwendbarkeit des BDSG

Auf den zu beurteilenden Sachverhalt findet das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)¹ in seiner Fassung² durch das Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften³ Anwendung. Damit schließt das BDSG die Anwendbarkeit des Thüringer Datenschutzgesetzes⁴ (ThürDSG) aus. Der Unterauftragsdatenverarbeitungsvertrag hat damit allein den Vorschriften des BDSG zu genügen.

Die Anwendbarkeit des BDSG ergibt sich aus folgenden Überlegungen.

aa) Sachlicher Anwendungsbereich

Bei den im Lager in Immelborn eingelagerten Daten wie den Patientenakten der Ärztin handelt es sich um personenbezogene Daten (§ 3 Abs. 1 BDSG), die entweder offensichtlich aus einer automatisierten Verarbeitung entnommen worden sind (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 1 i. V. m.

¹ Bundesdatenschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 14.01.2003, BGBl. I, 66.

² Volltext dieser Version abrufbar via https://www.juris.de/jportal/portal/t/1c89/page/jurisw.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=aiz-BJNR029550990%4020100611&doc.part=x&doc.price=0.0&doc.aizid=BJNR029550990&doc.aizhl=1#focuspoint.

³ Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften vom 14.08.2009, BGBl. I 2009, 2814.

⁴ Thüringer Datenschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 13.01.2012, ThürGVBl. 2012, 27.

§ 27 Abs. 2 BDSG) oder um Daten aus nicht automatisierten Dateien (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 2 i. V. m. § 27 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BDSG). Welche der beiden Alternativen eröffnet ist, kann insoweit offenbleiben, da in beiden Fällen die relevanten Vorschriften des BDSG eröffnet sind:

Soweit es sich um Daten aus einer automatisierten Verarbeitung handelt und dies offensichtlich ist, folgt die Anwendbarkeit des – hier relevanten – dritten Abschnitts des BDSG aus § 1 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 1 i. V. m. § 27 Abs. 2 BDSG. Von einer solchen offensichtlichen Erkennbarkeit ist auszugehen, wenn die Herkunft der Daten ohne Weiteres ersichtlich ist, wozu es bereits ausreicht, wenn das Schriftbild der Daten es rechtfertigt, dass es sich um einen Computerausdruck handelt, da insoweit regelmäßig von einer dahinterstehenden automatisierten Verarbeitung auszugehen ist.⁵

Soweit es sich um sonstige – beispielsweise handschriftliche – Daten handelt, folgt die Anwendbarkeit des BDSG aus § 1 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 2 BDSG. Danach gilt das Gesetz auch für nicht-öffentliche Stellen, soweit sie Daten in oder aus nicht automatisierten Dateien verarbeiten, nutzen oder dafür erheben. Sowohl das Unternehmen Electronic Data Solutions (EDS) als auch die Aktenmanagement und Beratungs GmbH sind als private Unternehmen nicht-öffentliche Stellen in diesem Sinne.

Der Begriff der nicht automatisierten Dateien ist legaldefiniert in § 3 Abs. 2 S. 2 BDSG als jede nicht automatisierte Sammlung personenbezogener Daten, die gleichartig aufgebaut und nach bestimmten Merkmalen zugänglich ist und ausgewertet werden kann. Eine solche Sammlung ist jede zielstrebig zusammengetragene Mehrheit von Elementen in einem Zusammenhang, der aus der inhaltlichen Bezugnahme auf einen gemeinsamen Bereich bestehen kann.⁶ Das Merkmal des gleichartigen Aufbaus ist bereits erfüllt, wenn die Daten nach einem bestimmten formalen Ordnungsschema dargestellt sind, die die darin enthaltenen Informationen erschließbar gestaltet.⁷ Patientenakten enthalten regelmäßig bewusst zusammengetragene personenbezogene Daten (vgl. § 3 Abs. 1 BDSG) und sind nach gleichartigen Kriterien zum Zweck der späteren Wiederauffindbarkeit bei erneuten Behandlungen dieser Personen strukturiert, sodass dieses Kriterium erfüllt ist.

Auch bei der bloßen Einlagerung der Daten liegt eine Verarbeitung im Sinne des § 27 Abs. 2 BDSG bzw. § 1 Abs. 2 Nr. 3 BDSG vor. Gemäß

⁵ Simitis, in: Simitis, Kommentar zum BDSG, 8. Aufl. 2014, § 27 BDSG, Rn. 32 f.

⁶ Dammann, in: Simitis, Kommentar zum BDSG, 8. Aufl. 2014, § 3, Rn. 86.

⁷ Dammann, in: Simitis, Kommentar zum BDSG, 8. Aufl. 2014, § 3, Rn. 89.

der Legaldefinition des § 3 Abs. 4 S. 1 BDSG erfüllt bereits die bloße Speicherung von Daten den Begriff der Verarbeitung, wobei gemäß § 3 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 BDSG schon das Aufbewahren von Daten zum Zweck ihrer weiteren Verarbeitung oder Nutzung eine solche Speicherung darstellt. Dabei braucht nicht im Einzelnen festzustehen, ob, wann oder wie die Daten in Zukunft verarbeitet oder genutzt werden sollen, entscheidend ist allein das Verfügbarhalten der Daten.⁸ Damit ist es auch nicht erheblich, ob die in Immelborn eingelagerten Daten sämtlich aus aufgegebenen Arztpraxen stammen, da die Einlagerung auch dann mit dem Zweck erfolgte, den späteren Zugriff auf sie sicherzustellen.

bb) Personenbezogene Daten, § 3 Abs. 1 BDSG

Weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit des BDSG ist das Vorliegen personenbezogener Daten, was hier gegeben ist. Sind die Daten keine solchen Informationen i. S. d. § 3 Abs. 1 BDSG, existieren kaum weitere Vorschriften, die den Datenumgang beschränken, am ehesten noch solche des Berufsrechts.

Der Begriff des personenbezogenen Datums ist legal definiert in § 3 Abs. 1 BDSG als „Einzelangaben über persönliche und oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer Person“. Die Ärztin hat Krankenakten eingelagert, damit also Informationen über den Gesundheitszustand von Patienten, den Verlauf von diesen betreffenden Krankheiten, zudem Informationen über weitere Lebensumstände dieser Person, die für Diagnose und Therapie von Bedeutung sein können. Bei diesen Informationen handelt es sich unzweifelhaft um personenbezogene Daten. Denn in der Regel werden die Akten der Ärztin einer konkreten Person, nämlich dem Patienten, zugeordnet.

b) Besondere Arten personenbezogener Daten (sensitive Daten), § 3 Abs. 9 BDSG

Darüber hinaus handelt es sich um besondere Arten personenbezogener Daten, die in verschiedenen Vorschriften des BDSG einem besonderen Schutzniveau unterstellt werden. Dazu gehören auch Angaben über die Gesundheit. Die Beschreibung und Dokumentation einzelner Krankheiten sowie Ablauf und Inhalt der medizinischen Behandlung bis hin zur Feststellung der Genesung gehören dazu,⁹ wie sie typischerweise in Patientenakten aufzufinden sind.

⁸ Dammann, in: Simitis, Kommentar zum BDSG, 8. Aufl. 2014, § 3, Rn. 120.

⁹ Simitis, in: Simitis, Kommentar zum BDSG, 8. Aufl. 2014, § 3, Rn. 260.

Der Umgang mit sensitiven Daten i. S. v. § 3 Abs. 9 BDSG bedarf angesichts der Nähe zum Kernbereich des aus Art. 2 Abs.1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG folgenden Allgemeinen Persönlichkeitsrechts besonderer Rechtfertigung. Dies wirkt sich u. a. auf Abwägungen derart aus, dass regelmäßig gesteigerte Anforderungen zu erfüllen sind.

c) Unterauftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG

In Frage steht laut Gutachtenauftrag, ob zwischen der Fa. EDS und der Aktenmanagement und Beratungs GmbH ein wirksamer Unterauftragsdatenverarbeitungsvertrag bezüglich der Kranken- und sonstigen Akten der einlagernden Ärztin geschlossen worden ist. Die Beurteilung eines Rechtsverhältnisses unter dem Gesichtspunkt eines Unterauftragsdatenverarbeitungsvertrags zwischen der Fa. EDS und der Aktenmanagement und Beratungs GmbH hat also – angesichts der Geltung des BDSG – den Anforderungen des § 11 BDSG zu genügen.

aa) Bedeutung und Ratio der Auftragsdatenverarbeitung

Hinzuweisen ist zunächst darauf, dass eine Auftragsdatenverarbeitung den eigentlichen Datenverarbeiter, den späteren Auftraggeber einer Auftragsdatenverarbeitung, nicht davon entlastet, auf einer gültigen Rechtsgrundlage Daten zu verarbeiten. § 11 BDSG vermittelt aber eine „Privilegierung des Auftragsdatenverarbeiters“ insoweit, als er sich eines anderen bedienen darf, um durch diesen die Daten verarbeiten zu lassen: Seine eigene Befugnis zur Datenverarbeitung greift – wenn die Voraussetzungen der Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG eingehalten sind – auch zugunsten des Auftragnehmers.¹⁰ Der Auftragnehmer wird deshalb vom Gesetz nach h. A. auch nicht als Dritter gesehen, an den die zu verarbeitenden Daten übermittelt werden, wofür weitere rechtliche Voraussetzungen einzuhalten wären. Vielmehr bedarf, wenn die Voraussetzungen des § 11 BDSG gewahrt sind, die Datennutzung durch den Auftragnehmer keiner eigenständigen Rechtsgrundlage. Gleichwohl bleibt der Auftraggeber verantwortlich für die Einhaltung sämtlicher datenschutzrechtlicher Pflichten und kann diese nicht mittels Auftragsverarbeitung auf einen anderen abwälzen. § 11 BDSG trägt also den Möglichkeiten der Arbeitsteilung Rechnung, sichert aber gleichzeitig, dass mit der Auftragsverarbeitung als Auslagerung des Datenumgangs keine Minderung des Datenschutzniveaus einhergeht.¹¹ Daher ist das Bild vom

¹⁰ Petri, in: Simitis, Kommentar zum BDSG, 8. Aufl. 2014, § 11, Rn. 43.

¹¹ Vgl. Petri, in: Simitis, Kommentar zum BDSG, 8. Aufl. 2014, § 11, Rn. 1.

Auftraggeber, der Herr der Daten bleibe und sich mit dem Auftragnehmer eines verlängerten Armes bediene,¹² zu Recht sprechend: Auftraggeber und Auftragnehmer werden datenschutzrechtlich als funktionale Einheit konstruiert. Grundsätzlich ist auch eine Unterauftragsdatenverarbeitung zulässig, d. h. der Auftragnehmer darf seinerseits wiederum eine Auftragsverarbeitung vorsehen; dies ergibt sich schon aus § 11 Abs. 2 Nr. 6 BDSG, wonach in die Auftragserteilung auch die etwaige Berechtigung zur Begründung von Unterauftragsverhältnissen aufgenommen werden soll. Der Gesetzgeber ist also davon ausgegangen, dass diese Möglichkeit grundsätzlich bestehen können soll, dass sie aber gesondert vereinbart werden muss. Auch in diesem Rechtsverhältnis sind allerdings sämtliche Voraussetzungen des § 11 BDSG einzuhalten.

Diese Voraussetzungen des § 11 BDSG sind im Ergebnis nicht erfüllt; ein etwaiger Unterauftragsverarbeitungsvertrag ist damit unwirksam; die Datenverarbeitung durch die Aktenmanagement und Beratungs GmbH kann sich auf die Privilegierung des § 11 BDSG ebenso wenig berufen wie EDS.

Der Wirksamkeit des Vertrags stehen drei voneinander unabhängige Aspekte entgegen: Erstens genügt der Unterauftragsdatenverarbeitungsvertrag nicht dem Schriftformerfordernis, zweitens fehlt es an der Erteilung einer Berechtigung zum Abschluss eines solchen Untervertrags und drittens wurde auch der Abschluss des Untervertrags der angeblichen Auftraggeberin nicht mitgeteilt.

bb) Fehlende Schriftform und Rechtsfolgen

Gemäß § 11 Abs. 2 S. 2 a. A. BDSG ist ein Auftrag zur Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten für einen anderen schriftlich zu erteilen. Auch der Abschluss eines Unterauftragsdatenverarbeitungsvertrags wie der Vertrag zwischen der EDS und der Aktenmanagement und Beratungs GmbH ist ein solcher Auftrag und hat damit § 11 BDSG zu genügen. Die Schriftform erfüllt hier die typischen Erfordernisse der Warnfunktion, der Klarstellungsfunktion und der Beweisfunktion.

Offenbleiben kann, an welchem genauen Zeitpunkt der Unterauftragsdatenverarbeitungsvertrag geschlossen wurde und an welcher Fassung des § 11 Abs. 2 BDSG der Vertrag zu messen ist. Sollte der Vertrag nach dem am 01.09.2009 erfolgten Inkrafttreten der Änderungen

¹² So Petri, in: Simitis, Kommentar zum BDSG, 8. Aufl. 2014, § 11, Rn. 20 m.w.N.

an § 11 Abs. 2 BDSG durch das Gesetz zur Änderung datenschutzrechtlicher Vorschriften vom 14.08.2009¹³ erteilt worden sein, wäre die auch heutig noch gültige Fassung des § 11 Abs. 2 BDSG zugrunde zu legen, die das Schriftformerfordernis enthält.¹⁴ Sollte der Vertrag vor diesem Datum geschlossen worden sein, wäre § 11 Abs. 2 BDSG a. F. anwendbar, die aber ebenfalls das Schriftformerfordernis ausdrücklich enthielt.¹⁵

Nicht überzeugend ist die als Einzelmeinung vertretene Ansicht, § 11 BDSG enthielte nicht zwingend ein Schriftformerfordernis für derartige Unterauftragsverhältnisse.¹⁶ Das Unterauftragsverhältnis ist seinerseits ein eigenständiges Auftragsverarbeitungsverhältnis. Damit wird eine Kette von nachgelagerten Datenverarbeitungsvorgängen bei unterschiedlichen Datenverarbeitern möglich, die aber ihrerseits jeweils eigenständige Gefahren für den Betroffenen und seine Daten mit sich bringen.¹⁷ Die Warn-, Beweis- und Kontrollfunktion findet in diesen Kettenverhältnissen erst Recht ihre Berechtigung. Zudem ist nicht ersichtlich, warum das Unterauftragsverhältnis anders behandelt werden soll als ein erstes Auftragsdatenverarbeitungsverhältnis. Weder im Wortlaut noch in der Systematik noch in der Zweckrichtung der Vorschrift lassen sich hierfür Anhaltspunkte finden; der historische Gesetzgeber bzw. der Richtliniengeber der zugrundeliegenden Datenschutz-Richtlinie¹⁸ (DS-RL) schweigt hierzu.

Verlangt man also mit der ganz h. M. eine solche schriftliche Vereinbarung nach § 11 Abs. 2 BDSG, liegt diese nach den Unterlagen und Ermittlungen des Untersuchungsausschusses ausweislich des Zwischenberichts des Untersuchungsausschusses 6/2 in LT-Drs. 6/4641 nicht vor und ist seitens der Ärztin auch nicht vorgetragen worden; von einer fehlenden Schriftlichkeit geht auch der Gutachtenauftrag aus.

¹³ BGBl. I 2009, 2814.

¹⁴ § 11 Abs. 2 S. 2 BDSG lautet seit dem 01.09.2009: „Der Auftrag ist schriftlich zu erteilen, wobei insbesondere im Einzelnen festzulegen sind: [...]“

¹⁵ § 11 Abs. 2 S. 2 BDSG lautete zuvor: „Der Auftrag ist schriftlich zu erteilen, wobei die Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung, die technischen und organisatorischen Maßnahmen und etwaige Unterauftragsverhältnisse festzulegen sind.“

¹⁶ Plath, in: Plath, Kommentar zum BDSG, 2. Auflage 2016, § 11, Rn. 97.

¹⁷ Siehe etwa Hartung, in: Kühling/Buchner, Kommentar zur DSGVO, Art. 28, Rn. 85 für die neue Rechtslage.

¹⁸ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, Abl. EG 1995 L 281, S. 31.

Die Schriftlichkeit der Auftragsdatenverarbeitungsvereinbarung nach § 11 Abs. 2 BDSG hat konstitutive Wirkung.¹⁹ Ein Verstoß dagegen führt daher gemäß § 125 BGB als Verstoß gegen Formvorschriften zur Nichtigkeit des Vertrags.²⁰ Damit ist auch der zu beurteilende Unterauftragsdatenverarbeitungsvertrag zwischen der EDS und der Aktenmanagement und Beratungs GmbH schon aus diesem Grund nichtig; eine wirksame Unterauftragserteilung liegt nicht vor.

In der Literatur wird teilweise geäußert, ein Verstoß gegen das Schriftformerfordernis führe nicht zwingend zur Nichtigkeit.²¹ Dies wird vor allem systematisch begründet. Nach *Thomale* spricht gegen die Nichtigkeitsfolge, dass dann der Auftragnehmer datenschutzrechtlich voll haften, in § 43 Abs. 1 Nr. 2b BDSG – der Bußgeldbewehrung des Verstoßes gegen § 11 Abs. 2 BDSG nur für den Auftraggeber – aber der gesetzgeberische Wille erkennbar sei, ausschließlich dem Auftraggeber die Verantwortung für eine unzureichende Form aufzuerlegen.²²

Diese Sichtweise greift aber zu kurz, weil sie allein auf die zusätzliche Sanktionierung durch ein Bußgeld und damit die Verhaltenssteuerung der Beteiligten auch für zukünftiges Verhalten blickt, nicht aber zunächst der eigentlichen Rechtsfolge für die Gegenwart und Vergangenheit Aufmerksamkeit widmet. Verkannt wird von dieser Ansicht auch das gesamtheitliche System der Sanktionen im BDSG,²³ das Bußgelder und Ordnungswidrigkeiten nur als ein weiteres Instrument der Durchsetzung datenschutzrechtlicher Bestimmungen sieht, neben vor allem Beanstandungen (§ 25 BDSG) und den Eingriffsbefugnissen der Aufsichtsbehörden (vor allem § 38 Abs. 5 BDSG). Deshalb ist vielmehr ist die Existenz des § 43 Abs. 1 Nr. 2b BDSG sogar ein Anhaltspunkt für die Nichtigkeitsfolge eines Verstoßes gegen die in § 11 Abs. 2 BDSG angeordnete Schriftform: § 43 Abs. 1 Nr. 2b BDSG bewehrt die Schriftform für den Auftraggeber mit einem Bußgeld und führt diesem die Bedeutung der Einhaltung der Formvorschrift so deutlich vor Augen. Richtigerweise wird der Auftragnehmer von § 43 Abs. 1 Nr. 2b BDSG nicht erfasst und eben nicht einem Bußgeld bei

¹⁹ Petri, in: Simitis, Kommentar zum BDSG, 8. Aufl. 2014, § 11, Rn. 64.

²⁰ Petri, in: Simitis, Kommentar zum BDSG, 8. Aufl. 2014, § 11, Rn. 64; Gola/Klug/Körffler, in: Gola/Schomerus, Kommentar zum BDSG, 12. Auflage 2015, § 11, Rn. 17; Wedde, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, Kommentar zum BDSG, 5. Auflage 2016, § 11, Rn. 32.

²¹ Thomale, in: Eßer/Kramer/von Lewinski, Auernhammer-Kommentar zum BDSG, 4. Auflage 2014, § 11 BDSG, Rn. 34; Spoerr, in: Wolff/Brink, Beck'scher OnlineKommentar Datenschutzrecht, § 11 BDSG, Rn. 90; Hoeren, in: Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht, Kap. 4.6, Rn. 108.

²² Thomale, in: Eßer/Kramer/von Lewinski, Auernhammer-Kommentar zum BDSG, § 11 BDSG, Rn. 34.

²³ Vgl. Ehmann, in: Simitis, Kommentar zum BDSG, 8. Aufl. 2014, § 43, Rn. 8.

Nichteinhaltung der Formvorschrift unterworfen. Dies folgt bereits aus dem Umstand, dass der Auftragsdatenverarbeiter das zentrale rechtliche Subjekt ist, an das die Pflichten des BDSG im Falle der Arbeitsteilung adressiert sind und den deshalb besondere Sanktionen treffen, wenn er diese Voraussetzungen nicht beachtet. Der Auftragnehmer ist dagegen seinerseits zumindest insoweit schutzwürdig: Wenn ihn schon mangels Privilegierungswirkung des § 11 BDSG die vollen Pflichten des BDSG treffen, dann soll er nicht noch zusätzlich durch die weitere Sanktion des Bußgeldes belastet werden.

Zudem ist dieser Ordnungswidrigkeitentatbestand nicht abschließend zu verstehen: Vielmehr dürfte sich der Auftragnehmer bei der Durchführung einer nicht der Form des § 11 Abs. 2 BDSG entsprechenden Auftragsdatenvereinbarung regelmäßig ordnungswidrig gemäß § 43 Abs. 2 Nr. 1 BDSG verhalten, indem er die ihm im Rahmen der – aufgrund des Formverstoßes unwirksamen – Auftragsdatenverarbeitung bekannt gewordenen Daten unbefugt erhebt bzw. verarbeitet.

Auch aus Art. 17 Abs. 4 DS-RL, auf den § 11 Abs. 2 BDSG zurückgeht, wonach bei einer Auftragsverarbeitung (nur) „zum Zwecke der Beweissicherung“ die datenschutzrelevanten Elemente des Vertrags „schriftlich oder in einer anderen Form“ zu dokumentieren sind, folgt nichts anderes:²⁴ Selbst wenn man daraus folgern wollte, dass ein Verstoß gegen die europarechtliche Formvorschrift keine Unwirksamkeit des Auftragsvertrags zur Folge hat, weil die Schriftform lediglich der Beweisfunktion Vorschub leisten soll und somit in der Folge vor allem Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des Bestehens des Vertrags bestünden, hinderte dies nicht, dass der nationale Gesetzgeber darüber hinaus weitere Anforderungen formulierte. Denn die DS-RL ist eben eine europäische *Richtlinie*, sodass dem nationalen Gesetzgeber bei Umsetzung dieser Richtlinie in nationales Recht gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV ein Spielraum zusteht. Daher kann dieser ohne weiteres auch der Richtlinienumsetzung dienende Vorschriften wie § 11 Abs. 2 BDSG mit weiteren, eigenen genuin nationalen Inhalten aufladen, solange dies nicht den Zielen der Richtlinie entgegensteht. Die Beweissicherungsfunktion ist auch im nationalen Recht wesentlicher Hintergrund der Schriftform; dass eine Nichtigkeit über § 125 BGB an die Nicht-Einhaltung geknüpft wird, steht der Verwirklichung der Zwecke der Richtlinie und damit europäischem Recht nicht entgegen.

²⁴ So aber Thomale, in: Eßer/Kramer/von Lewinski, Auernhammer-Kommentar zum BDSG, 4. Auflage 2014, § 11 BDSG, Rn. 34, der aus der Vorschrift des Art. 17 Abs. 3 (sic, wohl Redaktionsversehen) DS-RL entnimmt, dass dieser Beweissicherungsaspekt der einzige Aspekt der Formvorschrift sei.

Dafür spricht insbesondere auch, dass § 11 Abs. 2 BDSG hinsichtlich der zu beachtenden Form durch die ausschließliche Anordnung der Schriftform über Art. 17 Abs. 4 DS-RL hinausgeht, der die Schriftform oder auch eine andere – auch weniger strenge – Form zulässt.

Der nationale Gesetzgeber konnte damit das Schriftformerfordernis des § 11 Abs. 2 BDSG als zwingendes Recht mit Folge der Unwirksamkeit eines dagegen verstoßenden Vertrags ausgestalten.

Für ein solches Verständnis spricht schließlich, dass auch in Art. 28 Abs. 2 der neuen – hier noch nicht anwendbaren – europäischen Datenschutz-Grundverordnung²⁵ (DS-GVO) für die Auftragsverarbeitung allgemein eine „schriftliche Genehmigung“ des Verantwortlichen erforderlich ist, wobei der Hinweis auf den Beweissicherungszweck gestrichen wurde und somit nun auch von einem weit auszulegenden Zweck des heutigen europäischen Schriftformerfordernisses auszugehen ist. Dies gilt erst recht, da die sonstigen Vorschriften zur Auftragsdatenverarbeitung auch in der DS-GVO im Wesentlichen beibehalten und dem bisherigen § 11 BDSG angenähert wurden²⁶ und so gut wie keine von der DS-RL abweichenden Erleichterungen zugunsten des Auftragsverarbeiters vorgesehen sind.

Damit ist Normzweck des § 11 Abs. 2 BDSG nicht allein die Verbesserung der Kontrollmöglichkeiten der Aufsichtsbehörde und die Nachweisbarkeit eines solchen Auftrags,²⁷ sondern auch die Warnung des Auftraggebers vor den mit dem Vertragsschluss verbundenen Folgen.

Ein unter Verstoß gegen dieses Schriftformerfordernis des § 11 Abs. 2 BDSG geschlossener Unterauftragsdatenverarbeitungsvertrag zwischen der EDS und der Aktenmanagement und Beratungs GmbH ist daher nicht wirksam zustande gekommen.

cc) Fehlende Berechtigung zum Abschluss eines Unter- vertrags

Daneben folgt die Unzulässigkeit des Unterauftragsdatenverarbeitungsvertrags auch aus der fehlenden Erteilung einer Berechtigung

²⁵ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 199, S. 1.

²⁶ Hartung, in: Kühling/Buchner, Kommentar zur DSGVO, Art. 28, Rn. 1 und 4.

²⁷ So aber Spoerr, in Wolff/Brink, Beck'scher OnlineKommentar Datenschutzrecht, § 11 BDSG, Rn. 90; Thomale, in: Eßer/Kramer/von Lewinski, Auernhammer-Kommentar zum BDSG, 4. Auflage 2014, § 11 BDSG, Rn. 34 Hoeren, in: Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht, Kap. 4.6 Rn. 108.

zur Begründung von Unterauftragsdatenverarbeitungsverhältnissen der die Akten einlagernde Ärztin an die EDS:

Nach § 11 Abs. 2 S. 2 Nr. 6 BDSG in der heutigen Fassung ist bei der Auftragserteilung insbesondere auch die etwaige Berechtigung zur Erteilung von Unterauftragsverhältnissen schriftlich zu erteilen. Zumindest sinngemäß war er aber bereits bei Altverträgen zu beachten, die vor seinem Inkrafttreten geschlossen wurden, da § 11 Abs. 2 BDSG n. F. keine neuen Pflichten einführen sollte, sondern lediglich die bereits zuvor bestehende Rechtslage konkretisiert.²⁸ Auch insoweit kann daher offenbleiben, wann der Unterauftragsdatenverarbeitungsvertrag zwischen der EDS und der Aktenmanagement und Beratungs GmbH geschlossen wurde und welche Fassung des § 11 Abs. 2 BDSG darauf anzuwenden ist.

Soweit der Auftrag zur Datenverarbeitung keine entsprechende schriftliche Berechtigung zur Begründung von Unterauftragsdatenverarbeitungsverträgen vorsieht, und vor Abschluss des Untervertrags keine entsprechende Zustimmung des Auftraggebers erfolgt, sind solche Unterverträge unzulässig.²⁹ Diese Unzulässigkeit führt zur Unwirksamkeit des entsprechend begründeten Untervertrags, da ansonsten der Auftraggeber Gefahr liefe, aus Sicht des BDSG die verantwortliche Stelle zu bleiben, ohne aber gegenüber dem Unterauftragsdatenverarbeiter Weisungs- und Kontrollrechte effektiv wahrnehmen zu können, soweit ihm nicht im Untervertrag solche Rechte explizit vorbehalten worden sind.

Eine solche Befugnis könnte auch nicht nachträglich erteilt worden sein. Fraglich ist schon, ob eine solche nachträgliche Ergänzung des ursprünglichen Auftragsverarbeitungsvertrags, der eine Unterauftragserteilung nicht vorsah, überhaupt möglich ist. Dies wird man aber wohl bejahen müssen, da auch hier grundsätzlich die aus Art. 2 Abs. 1 GG folgende Vertragsfreiheit gilt und insoweit ein bereits bestehender Vertrag auch angepasst werden kann. Dies kann allerdings nicht einseitig erfolgen, sondern bedarf einer entsprechenden Zustimmung des Auf-

²⁸ Petri, in: Simitis, Kommentar zum BDSG, 8. Aufl. 2014, § 11, Rn. 53; a. A. Hanloser, Die BDSG-Novelle II, MMR 2009, 594, 597, wonach Altverträge nur nach der alten Rechtslage zu beurteilen seien, die die neuen Mindestinhalte nicht vorgesehen habe.

²⁹ Wedde, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, Kommentar zum BDSG, 5. Auflage 2016, § 11, Rn. 45; zust. Petri, in: Simitis, Kommentar zum BDSG, 8. Aufl. 2014, § 11, Rn. 77.

traggebers. Entsprechend ist der Abschluss von solchen Kettenverträgen bei fehlenden Festlegungen zur Erteilung von Unteraufträgen nicht zulässig.³⁰

Eine solche Zustimmung fehlt aber, so dass weiterhin keine Berechtigung zum Abschluss eines (oder mehrerer) Unterauftragsverhältnisse besteht. Die Ärztin Schirmer ist stets davon ausgegangen, allein mit der EDS einen Vertrag zu haben. Ihr Vertrauen in eine ordnungsgemäße Aktenlagerung ergab sich zudem aus den guten Vorerfahrungen. Es ist nicht zu entnehmen, dass sie ihre Zustimmung erteilt hätte, statt der EDS ein anderes Archivierungsunternehmen nunmehr mit der Archivierung zu beauftragen. Dass diese Möglichkeit bestanden hätte, genügt gerade nicht: Die diversen Aktivitäten der Ärztin Schirmer bei Kenntniserlangung der Zustände im Aktenlager Immelborn zeigen vielmehr, dass sie von einer möglichen Unterauftragserteilung keine Kenntnis hatte, also auch nicht zugestimmt hatte.

dd) Fehlende Mitteilung des Abschlusses eines Untervertrags

Nimmt man gleichwohl einen berechtigten und wirksamen Unterauftragsdatenverarbeitungsvertrag durch EDS an, so führt aber auch die fehlende Erfüllung der Mitteilungspflicht durch Bekanntgabe der Unterauftragserteilung an die die Akten einlagernde Ärztin zur Unzulässigkeit der Unterbeauftragung.

Bei einer Unterauftragsdatenverarbeitung wird der Auftraggeber nicht frei von den Pflichten nach BDSG, sondern hat sich, wie § 11 Abs. 2 BDSG zeigt, verschiedene Kontrollmöglichkeiten gegenüber dem Auftragnehmer vorzubehalten und muss diese Kontrollpflichten auch wahrnehmen. Sinn dieser Regelung ist, dass sich eine datenverarbeitende Stelle durch den bloßen Einsatz von Subunternehmern nicht ihren Pflichten nach BDSG entziehen können soll. Die Arbeitsteilung, die ohnehin weitere Gefährdungen des Betroffenen bewirken kann, soll nicht zu zusätzlichen Pflichtenverlagerungen führen, die dem Betroffenen die Ausübung seiner Rechte und die Kontrolle des Umgangs mit seinen Daten zusätzlich über das Hinzutreten des Auftragnehmers hinaus erschweren.

Entsprechend muss der den Unterauftrag vergebende Auftragnehmer die sich aus dem ursprünglichen Auftrag ergebenden Rechte und Pflichten vertraglich an den Subunternehmer durchreichen, u. a. damit

³⁰ Vgl. Petri, in: Simitis, Kommentar zum BDSG, 8. Aufl. 2014, § 11, Rn. 77; Wedde, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, 5. Auflage 2016, Kommentar zum BDSG, § 11, Rn. 45.

der Auftraggeber seinen Kontrollpflichten auch beim Unterauftragnehmer effektiv nachkommen kann.³¹ Umgekehrt müssen damit aber auch die Rechte des Auftraggebers korrespondieren. Dieser muss daher seine Kontrollrechte nicht nur gegenüber seinem unmittelbaren Auftragnehmer ausüben können, sondern auch sicherstellen können, dass dieser bei der Vereinbarung von Unterauftragsdatenverarbeitungsverträgen seinerseits wirksame Kontrollrechte gegenüber seinen Subunternehmern vereinbart und diese an den Auftraggeber – etwa im Wege der Abtretung bzw. Ermächtigung (§ 185 BGB) – überleitet. Das Kontrollrecht des Auftraggebers erstreckt sich also auf den unmittelbaren und auch alle weiteren Auftragnehmer, denn ansonsten würde ein Unterauftragsverhältnis den Betroffenen zusätzlich belasten: Der „verlängerte Arm“ und die damit einhergehende konsequente Umsetzung der Verantwortlichkeit bestünde nicht mehr.

Daher erfordert § 11 BDSG ein unmittelbares Prüfrecht des Auftraggebers auch beim Unterauftragnehmer: Die Einbindung eines weiteren Unterauftragnehmers darf nicht dazu führen, dass der Auftraggeber keine Kontrolle mehr ausüben kann. Notfalls muss er selbst beim Unterauftragnehmer prüfen können. Grundvoraussetzung dafür ist, dass dem Auftraggeber von seinem Auftragnehmer überhaupt mitgeteilt wird, ob und inwieweit dieser seinerseits Dritte mittels einer Unterauftragsdatenverarbeitung in die Verarbeitung der personenbezogenen Daten einbezieht, sodass der Auftraggeber erfährt, wem gegenüber er Kontrollrechte auszuüben hat. Dazu aber muss der Auftraggeber zumindest Kenntnis davon haben, dass es einen Unterauftragnehmer gibt und dass es dieser ist, der einer Prüfung zu unterziehen ist. Dies setzt voraus, dass ihm die Person des Unterauftragnehmers sowie der Umstand der Begründung des Unterauftragsverhältnisses und seiner Umstände mitgeteilt worden ist.³²

Die Nichtmitteilung der Begründung eines Unterauftragsverhältnisses an den Auftraggeber verhindert diese Geltendmachung der Rechte.

Eine solche Mitteilung ist der die Akten einlagernden Ärztin gegenüber nicht erfolgt.

Die Rechtsfolge einer solchen fehlenden Mitteilung ist angesichts der oben ausgeführten Bedeutung eindeutig: Soweit nach Begründung ei-

³¹ Gola/Schomerus, Kommentar zum BDSG, 12. Auflage 2015, § 11, Rn. 18e.

³² Vgl. Vorlage der Hessischen Landesregierung betreffend den Dreiundzwanzigsten Bericht der Landesregierung über die Tätigkeit der für den Datenschutz im nicht öffentlichen Bereich in Hessen zuständigen Aufsichtsbehörde, HessLT-Drs. 18/2942, Ziff. 10.

nes – ansonsten wirksamen – Unterauftragsverhältnisses nicht unverzüglich die Daten dieses Vertragsverhältnisses an den Auftraggeber mitgeteilt werden, wird das Unterauftragsverhältnis unwirksam.³³

³³ So auch Rammos/Böhm, in: Gierschmann/Saeugling, Systematischer Praxiskommentar Datenschutzrecht, 2014, § 11 BDSG, Rn. 58. Ähnlich auch bei Petri, in: Simitis, Kommentar zum BDSG, 8. Aufl. 2014, § 11 Rn. 77, weil er verlangt, dass der Auftraggeber rechtzeitig vor einer konkret ins Auge gefassten Unterauftragsvergabe schriftlich zustimmen müsse.

2. Zum Bescheid des TLfDI vom 26.06.2013

Zum öffentlich zugestellten Bescheid des TLfDI über die Ankündigung einer datenschutzrechtlichen Kontrolle gem. § 38 Abs. 4 BDSG vom 26.06.2013 (durch Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger) an die Aktenmanagement und Beratungs GmbH, vertreten durch den Liquidator Henry Tischer:

a) Zustellung des Bescheids

Ist dieser Bescheid vom 26.06.2013 wirksam zugestellt worden, obwohl dem TLfDI eine ladungsfähige Adresse des Geschäftsführers der Aktenmanagement und Beratungs GmbH, Henry Tischer, durch die Gemeinde Barchfeld-Immelborn zuvor mitgeteilt worden war und eine Geschäftsadresse der o.g. Firma zu diesem Zeitpunkt existiert hat?

Die Zustellung des Bescheids ist unwirksam, da die Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung nicht vorlagen. Dies ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

aa) Anwendbarkeit des ThürVwZVG für öffentliche Zustellungen

Das BDSG selbst enthält keine Sondervorschriften zur Zustellung von darauf gestützten Verwaltungsakten, sodass auf die allgemeinen Bestimmungen zurückzugreifen ist. Die allgemeinen Bestimmungen diesbezüglicher Art ergeben sich aus dem thüringischen Landesrecht. Dies folgt aus Art. 83 GG, wonach die Bundesländer die Bundesgesetze grundsätzlich als eigene Angelegenheit ausführen, was gemäß Art. 84 GG auch die Zuständigkeit des jeweils handelnden Bundeslandes zur Regelung des anzuwendenden Verfahrens umfasst. Vorliegend ist angesichts der Eigenschaft des TLfDI als Behörde des Landes Thüringen und mangels spezieller anderweitiger Regelungen auf das Thüringer Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz (ThürVwZVG)³⁴ abzustellen.

Grundsätzlich gelten für die Bekanntgabe eines Verwaltungsakts die allgemeinen Regeln, wie sie sich insbesondere aus § 41 Thüringer Verwaltungsverfahrensgesetz (ThürVwVfG) ergeben, so dass grundsätzlich Formfreiheit herrscht. Nach § 41 Abs. 5 ThürVwVfG bleiben allerdings Vorschriften über die Bekanntgabe eines Verwaltungsakts

³⁴ Thüringer Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz (ThürVwZVG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Februar 2009, ThürGVBl. 2009, 24.

mittels Zustellung vorrangig. Dazu gehören auch die Regelungen des ThürVwZVG.

Vorliegend wird im Bescheid vom 26.06.2013 nicht allein eine Anordnung getroffen (Ziff. 1 des Bescheids), sondern diese Anordnung wird zugleich mit der Androhung der Durchführung dieser Anordnung im Wege der Ersatzvornahme (Ziff. 3 des Bescheids) verbunden. Der ursprüngliche Verwaltungsakt (Ziff. 1) wird also zugleich mit der Androhung einer Maßnahme der Zwangsvollstreckung erlassen, die ihrerseits ein Verwaltungsakt ist. Eine solche Androhung ist förmlich zuzustellen, wie sich aus § 46 Abs. 6 S. 1 ThürVwZVG ergibt. S. 2 der Norm stellt zudem klar, dass dieses Erfordernis auch dann gilt, wenn – wie im Bescheid vom 26.06.2013 geschehen – die Androhung mit dem zugrundeliegenden Verwaltungsakt verbunden und für diesen keine Zustellung vorgeschrieben ist. Im Ergebnis schlägt damit das Zustellungserfordernis für den verwaltungsvollstreckungsrechtlichen Teil des vorliegenden Bescheids (Ziff. 3) durch auf die zunächst geringeren Bekanntgabeerfordernisse des Grund-Verwaltungsakts (Ziff. 1).

Die Zustellung hat also den Anforderungen der §§ 2 ff. ThürVwZVG zu genügen. Bei der Veröffentlichung eines Bescheids im elektronischen Bundesanzeiger handelt es sich um eine öffentliche Zustellung i. S. d. § 15 Abs. 2 S. 1 ThürVwZVG.

Eine solche Zustellung ist nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 ThürVwZVG möglich. Da bei der öffentlichen Zustellung am wenigsten von allen Zustellungsmöglichkeiten gewährleistet ist, dass der Adressat auch tatsächlich Kenntnis von dem zuzustellenden Dokument erlangt, sind diese Voraussetzungen eng auszulegen.³⁵ Letztlich fingiert die öffentliche Zustellung, dass der Empfänger die Möglichkeit der Kenntnisnahme hatte und geht damit über die sonstigen Voraussetzungen von Bekanntgabe und Zustellung, wie sie allen Rechtsgebieten zu eigen sind, weit hinaus.

Die in § 15 Abs. 1 Nr. 1-4 ThürVwZVG genannten Möglichkeiten einer öffentlichen Zustellung sind als selbstständig nebeneinanderstehend und nicht etwa als kumulativ zu verstehen. Es ist also ausreichend, wenn die Voraussetzung lediglich einer dieser Ziffern vorliegen.³⁶

Vorliegend kommen § 15 Abs. 1 Nr. 3 und 4 ThürVwZVG in Betracht, deren Tatbestände beide nicht gegeben sind.

³⁵ So auch zum vergleichbaren § 10 VwZG Ronellenfitsch, in: Beck'scher OnlineKommentar VwVfG, Rn. 7.

³⁶ Zum vergleichbaren § 10 VwZG Schlatmann in: Engelhardt/App/Schlatmann, Kommentar zum VwZG, § 10, Rn. 6.

bb) § 15 Abs. 1 Nr. 3 ThürVwZVG

Die Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 Nr. 3 ThürVwZVG³⁷ lagen nach den dem Gutachten zugrunde zu legenden Tatsachen nicht vor.

Nach dieser Vorschrift kann durch öffentliche Bekanntmachung zugestellt werden, wenn bei juristischen Personen, die zur Anmeldung einer inländischen Geschäftsstelle zum Handelsregister verpflichtet sind, eine Zustellung weder unter der eingetragenen Anschrift noch unter einer im Handelsregister eingetragenen Anschrift einer für Zustellungen empfangsberechtigten Person oder einer ohne Ermittlungen bekannten anderen inländischen Anschrift möglich ist. Die Aktenmanagement und Beratungs GmbH war als Gesellschaft mit beschränkter Haftung gemäß § 13 Abs. 1 GmbHG eine juristische Person, die nach § 7 Abs. 1 GmbHG zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden war.

Irrelevant ist zunächst, dass Henry Tischer mit Wirkung vom 21.03.2013 als Liquidator im Handelsregister eingetragen war. Da seine Bestellung zum Liquidator diesem nicht bekannt gegeben worden ist und sich die Aktenmanagement und Beratungs GmbH diese Eintragung weder über § 15 Abs. 3 HGB noch über allgemeine Rechts-scheinhaftungsgrundsätze zurechnen lassen muss (dazu ausführlich s. unten 2. b)), handelte es sich bei Henry Tischer in diesem Zeitpunkt um keine für Zustellungen empfangsberechtigte Person i. S. d. § 15 Abs. 1 Nr. 3 ThürVwZVG, sodass es im Rahmen des § 15 Abs. 1 Nr. 3 ThürVwZVG keines Zustellversuchs an dessen Anschrift bedurfte.

Damit kommt es vorliegend nur darauf an, ob eine Zustellung weder unter der eingetragenen Anschrift der Aktenmanagement und Beratungs GmbH selbst noch einer ohne Ermittlungen bekannten anderen inländischen Anschrift möglich gewesen ist.

Nach den dem Gutachten zugrunde zu legenden Tatsachen war auch im Zeitpunkt des Versands des Bescheids die Geschäftsstelle mit der Adresse Am Bahnhof 26, Immelborn, in das Handelsregister eingetragen. Dem TLfDI war weiter die Adresse des Henry Tischer in der Schweiz bekannt, unter der dieser auch durch Dritte wie die Landtagsverwaltung und den MDR kontaktiert werden konnte. Damit handelt es sich zwar um eine Anschrift, die der Behörde ohne weitere Ermittlungen i. S. d. § 15 Abs. 1 Nr. 3 ThürVwZVG bekannt war, jedoch liegt diese Adresse im Ausland. Angesichts des eindeutigen Wortlauts der

³⁷ Die Vorschrift lautet: „Durch öffentliche Bekanntmachung kann zugestellt werden, [...] 3. wenn bei juristischen Personen, die zur Anmeldung einer inländischen Geschäftsstelle zum Handelsregister verpflichtet sind, eine Zustellung weder unter der eingetragenen Anschrift noch unter einer im Handelsregister eingetragenen Anschrift einer für Zustellungen empfangsberechtigten Person oder einer ohne Ermittlungen bekannten anderen inländischen Anschrift möglich ist, [...].“

Vorschrift hat die Behörde daher zu Recht keinen vorherigen Zustellversuch an diese ausländische Adresse unternommen.

Jedoch hätte es, um § 15 Abs. 1 Nr. 3 ThürVwZVG zu genügen, jedenfalls eines tatsächlichen Zustellversuchs an die im Handelsregister eingetragene Geschäftsanschrift bedurft.³⁸ Erst bei Erfolglosigkeit dieses Zustellversuchs hätte auf die öffentliche Zustellung ausgewichen werden dürfen. Dies gilt selbst dann, wenn die den Bescheid erlassende Behörde davon ausgeht, dass der Zustellversuch voraussichtlich erfolglos bleiben wird, etwa weil – wie vorliegend – die Adresse aufgegeben zu sein scheint. Denn die Adresse bestand weiterhin fort, und es war auch nicht auszuschließen, dass womöglich weiterhin Post weitergeleitet oder gelegentlich abgeholt würde. Immerhin befand sich der Geschäftsführer Tischer in der Schweiz, von der aus ein gelegentlicher Besuch in Thüringen, das jahrelang der Lebensmittelpunkt gewesen war, weder auszuschließen noch gänzlich unwahrscheinlich war.

Für diese Anforderung spricht bereits der Wortlaut der Vorschrift des § 15 Abs. 1 Nr. 3 ThürVwZVG, der im Indikativ davon spricht, dass die Zustellung nicht möglich „ist“, also schon ein Zustellversuch scheitern würde. Dies war vorliegend aber aus den genannten Umständen wie dem Fortbestand der Adresse gerade nicht der Fall. Hätte der Gesetzgeber genügen lassen wollen, dass ein geringerer Maßstab einschlägig sein soll, hätte er hier eine Wortwahl wie etwa „nach Abwägung aller Umstände möglich erscheint“ o. ä. getroffen. Dass eine solche Differenzierung dem Gesetzgeber durchaus bewusst war, zeigt die Formulierung des § 15 Abs. 1 Nr. 4 ThürVwZVG. Dort wird ausdrücklich unterschieden zwischen der Alternative, dass die Zustellung „nicht möglich ist“ und dem demgegenüber schwächeren Merkmal, dass die Zustellung „keinen Erfolg verspricht“.

Nicht zu vernachlässigen ist zudem, dass die Möglichkeit der öffentlichen Zustellung systematisch eine Ausnahme im Zustellungssystem darstellt, die darüber hinaus faktisch die Rechtsverteidigungsmöglichkeiten des Adressaten erheblich einschränkt und daher in jeder Hinsicht eng auszulegen ist. Die öffentliche Zustellung ist insoweit ultima ratio, weshalb sämtliche Möglichkeiten zunächst auszuschöpfen sind, eine Zustellung auf anderem Wege zu erreichen und einen Zustellungsversuch wenigstens zu versuchen. Dies ist vorliegend aber nicht geschehen.

³⁸ Zum vergleichbaren § 10 VwZG Schlattmann in: Engelhardt/App/Schlattmann, Kommentar zum VwZG, § 10, Rn. 6; Ronellenfitsch, in: Beck'scher OnlineKommentar VwVfG, Rn. 19.

Dieses Verständnis wird auch getragen von einem Vergleich mit dem nahezu wortgleich formulierten – wenn auch hier nicht direkt anwendbaren – § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VwZG des Bundes³⁹, für den diese Auslegung ohnehin anerkannt ist⁴⁰. Auch danach muss ein erfolglos scheinender Zustellungsversuch gleichwohl unternommen werden. Die Auslegung ist auch auf § 15 Abs. 1 Nr. 3 ThürVwZVG zu übertragen, denn der Thüringer Gesetzgeber wollte gerade keine davon abweichende Regelung treffen. Vielmehr ergibt sich ausdrücklich aus der Gesetzesbegründung zur Änderung des § 15 Abs. 1 ThürVwZVG, dass diese Ergänzung „der parallelen Änderung des § 185 der Zivilprozessordnung sowie § 10 des Verwaltungszustellungsgesetzes [des Bundes] [entspricht]“⁴¹, sodass sich der Thüringer Gesetzgeber den Regelungsgehalt der Bundesvorschrift explizit zu eigen machte und zu eigen machen wollte.

Nach den dem Gutachten zugrunde zu legenden Tatsachen ist jedoch ein solcher erforderlicher Zustellversuch an die Adresse der Aktenmanagement und Beratungs GmbH vorliegend nicht erfolgt, und von einer ausgeschlossenen Möglichkeit der Zustellung kann angesichts des Fortbestand der Adresse nicht ausgegangen werden.

cc) § 15 Abs. 1 Nr. 4 i. V. m. § 14 ThürVwZVG

Auch die Voraussetzungen von § 15 Abs. 1 Nr. 4 ThürVwZVG⁴² lagen auf der Basis der zugrunde zu legenden Tatsachen nicht vor: Danach ist die öffentliche Zustellung möglich, wenn die Zustellung im Fall des § 14 ThürVwZVG nicht möglich ist oder keinen Erfolg verspricht. § 14 ThürVwZVG regelt die Zustellung im Ausland.

Der Geschäftsführer Henry Tischer hatte zum fraglichen Zeitpunkt seinen Wohnsitz in der Schweiz und damit im Ausland.

³⁹ § 10 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 VwZG des Bundes lautet: „Die Zustellung kann durch öffentliche Bekanntmachung erfolgen, wenn [...] 2. bei juristischen Personen, die zur Anmeldung einer inländischen Geschäftsanschrift zum Handelsregister verpflichtet sind, eine Zustellung weder unter der eingetragenen Anschrift noch unter einer im Handelsregister eingetragenen Anschrift einer für Zustellungen empfangsberechtigten Person oder einer ohne Ermittlungen bekannten anderen inländischen Anschrift möglich ist [...].“

⁴⁰ Schlatmann in: Engelhardt/App/Schlatmann, Kommentar zum VwZG, § 10, Rn. 6; Ronellenfitsch, in: Beck'scher OnlineKommentar VwVfG, Rn. 19.

⁴¹ Thüringer Landtag, Gesetzentwurf der Landesregierung, Thüringer Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2006/23/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, 10.03.2009, LT-Drs. 4/4962, S. 45.

⁴² Dieser lautet: „Durch öffentliche Bekanntmachung kann zugestellt werden, [...] 4. wenn die Zustellung im Fall des § 14 nicht möglich ist oder keinen Erfolg verspricht.“

Aus diesem Umstand ergeben sich tatsächlich Erschwernisse für die Zustellung. Denn die Zustellung amtlicher Dokumente eines Staates in einem anderen Staat erfordert ein Mitwirken des anderen Souveräns bei diesem Vorgang. Ohne völkerrechtliche Regelungen ist dies also nicht möglich. So war in die Schweiz keine Zustellung durch Einschreiben mit Rückschein (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 ThürVwZVG) oder durch Übermittlung elektronischer Dokumente (§ 14 Abs. 1 Nr. 4 ThürVwZVG) möglich, da dies bei Zustellungen in der Schweiz völkerrechtlich nicht zulässig ist. Es besteht auch weder ein entsprechendes Abkommen mit der Schweiz, das diese Arten der Zustellung erlaubte, noch toleriert die Schweiz eine entsprechende Zustellungspraxis, wie sich aus Ziff. 3.1.4.1 des vom Bundesministerium der Finanzen veröffentlichten Anwendungserlasses zur Abgabenordnung ergibt.⁴³

Jedoch ist die Schweiz – wie auch die Bundesrepublik Deutschland – Mitglied des Haager Zustellungsübereinkommens,⁴⁴ das über seinen Art. 17 auch die Zustellung außergerichtlicher behördlicher Schriftstücke ermöglicht. Um ein solches handelt es sich bei dem Bescheid vom 26.06.2013, der mehrere durch eine Behörde erlassene Verwaltungsakte enthielt. Damit ist also prinzipiell die Zustellung eines Bescheids auch an die schweizerische Adresse des Henry Tischer über § 14 Abs. 1 ThürVwZVG auf Ersuchen des TLfDI durch die zuständige schweizerische Behörde nach den Vorschriften des Haager Zustellungsübereinkommens möglich gewesen. § 14 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 1 ThürVwZVG greift also nicht, um die öffentliche Zustellung zu rechtfertigen.

Es ist auch nicht erkennbar, dass eine solche Zustellung im Sinne des § 14 Abs. 1 Nr. 4 Alt. 2 ThürVwZVG keinen Erfolg versprochen hätte. Es kann von einem funktionierenden Zustellungswesen der schweizerischen Behörden ausgegangen werden, und die bloße Verzögerung der Auslandszustellung gegenüber der Inlandszustellung allein reicht noch nicht aus⁴⁵. Das ergibt sich schon daraus, dass jede Auslandszustellung wegen des damit verbundenen bürokratischen Aufwands regelmäßig länger dauert als eine Inlandszustellung, § 14 i. V. m. § 15 Abs. 1 Nr. 4 ThürVwZVG aber diese Zustellmöglichkeit gerade ausdrücklich regelt und sie so vom Gesetzgeber als grundsätzlich denk-

⁴³ Bundesministerium der Finanzen, Anwendungserlass zur Abgabenordnung vom 31. Januar 2014, Gz. IV A 3 – S 0062/14/10002.

⁴⁴ Haager Übereinkommen über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke im Ausland in Zivil- oder Handelssachen vom 15. November 1965, BGBl. 1995 II, S. 755.

⁴⁵ Zum vergleichbaren § 10 VwZG Schlatmann in: Engelhardt/App/Schlatmann, Kommentar zum VwZG, § 10, Rn. 8 m. w. N.

bar betrachtet wurde. Es wäre widersinnig, wenn der Gesetzgeber dafür eine eigenständige Regelung vorsähe, dann aber den zwangsläufig dafür aufzuwendenden Zeitaufwand ausreichen ließe, um doch zu einer öffentlichen Zustellung ohne vorherigen Zustellversuch über diese Vorschrift zu gelangen. Dies könnte man allenfalls dann erwägen, wenn die bürokratischen Hemmnisse derartig gravierend sind, dass der Zeitverzug so erheblich ist, dass darüber eine der Nicht-Zustellung vergleichbare Lage entstünde. Davon kann aber im Verhältnis zur Schweiz nicht ausgegangen werden. Ähnliches mag gelten, wenn die Adresse im Ausland erst noch ermittelt werden muss – auch dies war vorliegend allerdings nicht der Fall, da die Adresse des Geschäftsführers bekannt war.

Es ist also weder ersichtlich, dass der Bescheid an den Geschäftsführer Tischer unter der Schweizer Adresse zugestellt worden ist, noch dass es einen Zustellungsversuch an die im Handelsregister eingetragene und noch existente Adresse der Aktenmanagement und Beratungs GmbH gegeben hat. Die Voraussetzungen für den Verzicht auf eine öffentliche Zustellung nach § 15 ThürVwZVG waren damit nicht gegeben.

dd) Rechtsfolge; fehlende Heilung; keine Teilwirksamkeit

Aus dem Nichtvorliegen der Voraussetzungen der öffentlichen Zustellung gemäß § 15 ThürVwZVG folgt die Unwirksamkeit einer trotzdem vorgenommenen Zustellung.⁴⁶ Ansonsten wäre der Adressat des Verwaltungsakts ungeschützt. Damit ist auch die Zustellung des Bescheids vom 26.06.2013 unwirksam.

Auch eine Heilung kommt vorliegend nicht in Betracht. Nach § 9 ThürVwZVG ist zwar eine Heilung von Zustellungsmängeln grundsätzlich möglich. Voraussetzung dafür ist, dass das zuzustellende Dokument dem Empfangsberechtigten tatsächlich so zugeht, wie es ihm bei ordnungsgemäßer Zustellung ausgehändigt worden wäre.⁴⁷ Nicht ausreichend ist dagegen, dass der designierte Empfänger lediglich über den Inhalt des Dokuments – etwa von Dritten – unterrichtet wird.⁴⁸ Der Bescheid vom 26.06.2013 hat den Geschäftsführer Tischer in dieser Form und diesem Umfang nicht erreicht; die Heilungswirkungen des § 9 ThürVwZVG greifen daher nicht.

⁴⁶ So zum vergleichbaren § 10 VwZG Ronellenfitsch, in: Beck'scher OnlineKommentar VwVfG, Rn. 7.

⁴⁷ Schlatmann, in Engelhardt/App/Schlatmann, § 8 VwZG, Rn. 2.

⁴⁸ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 41 VwVfG, Rn. 233 m.w.N.

Die Folge der aufgrund fehlender Zustellung mangelnden Bekanntgabe des Bescheids ist die materielle Inexistenz des Verwaltungsakts.⁴⁹ Ein solcher Verwaltungsakt ist damit nicht lediglich rechtswidrig, sondern unwirksam, da die Bekanntgabe eines Verwaltungsakts Wirksamkeitsvoraussetzung ist. In der verwaltungsrechtlichen Systematik ist diese Einordnung des nicht-zugestellten Verwaltungsakts als Nullum eine Besonderheit: Regelmäßig gilt ein unter Rechtsverstößen zustande gekommener Verwaltungsakt als wirksam, aber rechtswidrig. Nur ausnahmsweise sieht das Verwaltungsverfahrenrecht die Unwirksamkeit des Akts vor. Daher ist die Nicht-Zustellung eines zustellungsbedürftigen Verwaltungsakts, wie er wegen § 46 Abs. 6 ThürVwZVG vorgeschrieben ist, als besonders schwerwiegender Rechtsverstoß einzuordnen. Dieser resultiert schon daraus, dass mangels Bekanntgabe gar kein Verwaltungsakt vorliegt.

Aus diesem Grunde ist auch nicht von einer Teilwirksamkeit der Anordnung nach Ziff. 1 des Bescheids vom 16.06.2013 auszugehen. § 44 Abs. 4 ThürVwVfG kennt zwar – aus dem Umkehrschluss der Regelung ableitbar – die Rechtsfolge, dass die Nichtigkeit eines Teils eines Verwaltungsakts nicht zwangsläufig den gesamten Verwaltungsakt erfassen muss. Daher wäre vorstellbar, dass im Falle einer Nichtigkeit der Androhung der Ersatzvornahme (Ziff. 3. des Bescheids) gleichwohl der Grund-Verwaltungsakt der Anordnung (Ziff. 1 des Bescheids) rechtliche Wirkung entfaltet. Allerdings betrifft § 44 ThürVwVfG nicht den Fall der Nicht-Existenz des Verwaltungsakts in Ermangelung einer rechtlich vorgeschriebenen Zustellung, sondern die Nichtigkeit eines zunächst einmal in die Welt gesetzten Verwaltungsakts. Als Ausnahmevorschrift ist § 44 Abs. 4 ThürVwVfG auch nicht analogiefähig, abgesehen davon, dass die Interessenlage gänzlich anders ausgestaltet ist. Denn der nicht bekanntgemachte Verwaltungsakt (hier mangels erforderlicher Zustellung) ist rechtlich noch weniger wert als ein nichtiger Verwaltungsakt.⁵⁰

Da der Bescheid vom 26.06.2013 also mangels Bekanntgabe keine Rechtswirkung entfaltet, war er auch nicht zu beachten. Weder der Geschäftsführer Tischer noch die Aktenmanagement und Beratungs GmbH wurden durch den Bescheid zu einem Handeln, Dulden und Unterlassen verpflichtet.

Damit erübrigt sich grundsätzlich jede weitere Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Bescheids, da sich an diesem Befund auch dann nichts

⁴⁹ Stelkens, in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 41, Rn. 222.

⁵⁰ Vgl. Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auflage 2017, § 10, Rn. 537.

ändert, wenn der Bescheid im Übrigen rechtmäßig hätte erlassen werden können. Die nachfolgenden rechtlichen Erwägungen zum Bescheid sind unter Beachtung dieses Hinweises zu verstehen.

b) Adressat des Bescheids

War der Liquidator Tischer der richtige Adressat einer derartigen Anordnung, wenn man unterstellt, dass er weder Gewahrsamsinhaber über das Aktenlager war, noch über seine Bestellung als Liquidator vom Gericht unterrichtet worden war, noch diese Bestellung angenommen hat?

Henry Tischer war nicht der richtige rechtliche Adressat der Anordnung. Dies ergibt sich aus folgenden Erwägungen.

Demjenigen gegenüber ist ein Verwaltungsakt bekanntzugeben, „für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen ist“, vgl. § 41 ThürVwVfG. Die Bestimmung oder Betroffenheit richtet sich nach dem zugrundeliegenden materiellen Recht, aus dem heraus sich die im Verwaltungsakt zum Ausdruck kommende rechtliche Verpflichtung ergibt. Dies ist vorliegend das Datenschutzrecht.

§ 38 BDSG stellt – wie das BDSG insgesamt – auf die verantwortliche Stelle als Pflichtigen und damit als Adressat datenschutzrechtlicher Regelungen ab. Der Begriff der verantwortlichen Stelle ist in § 3 Abs. 7 BDSG legal definiert als „jede Person oder Stelle, die personenbezogene Daten für sich selbst erhebt, verarbeitet oder nutzt oder dies durch andere im Auftrag vornehmen lässt“. Der Begriff der Stelle ist dabei weit zu verstehen: Aus § 2 Abs. 4 BDSG ergibt sich, dass darunter auch juristische Personen des Privatrechts, wie etwa eine GmbH, fallen. Die Aktenmanagement & Beratungs GmbH ist, da sie selbst personenbezogene Daten aufbewahrt und damit speichert, verantwortliche Stelle und damit tauglicher Adressat. Für sie ist die Anordnung bestimmt. Dies ist im Bescheid vom 26.06.2013 auch so vorgesehen: Im Briefkopf wird die Aktenmanagement & Beratungs GmbH ausdrücklich adressiert.

Bei juristischen Gesellschaften – wozu auch die GmbH zählt (vgl. § 13 Abs. 1 GmbHG) – genügt es zur Bekanntgabe, wenn der Verwaltungsakt einem organschaftlichen Vertreter wie dem GmbH-Geschäftsführer (§ 35 Abs. 1 GmbHG) als Bekanntgabeadressat bekannt gegeben

wird.⁵¹ Entsprechend des Rechtsgedankens des § 7 Abs. 3 ThürVwZVG reicht es sowohl bei der förmlichen Zustellung als auch bei der einfachen Bekanntgabe aus, wenn der Verwaltungsakt nur einem von mehreren organschaftlichen Vertretern bekannt gegeben wird.

Etwas anderes gilt aber, wenn sich eine juristische Person in Liquidation befindet und zu diesem Zeitpunkt ihr gegenüber ein Verwaltungsakt wie der Bescheid vom 26.06.2013 ergeht. Dann sind die Liquidatoren die neuen Vertretungsorgane. Dies ergibt sich für die GmbH aus § 70 GmbHG. Damit hat die Bekanntgabe von Verwaltungsakten, die an die juristische Person gerichtet sind, an die Liquidatoren zu erfolgen.⁵² Ab Beginn der Liquidation reicht damit eine Bekanntgabe an den (früheren) Geschäftsführer der GmbH nicht mehr aus, da er in diesem Zeitpunkt nicht mehr gesetzlicher Vertreter der GmbH ist.

Henry Tischer war also nur dann der richtige Adressat einer derartigen Anordnung, wenn er tatsächlich im Zeitpunkt des Ergehens der Anordnung Liquidator der Aktenmanagement & Beratungs GmbH war. Dies bestimmt sich nach den Vorgaben des GmbH-Gesetzes. Ob er zu diesem Zeitpunkt auch Gewahrsamsinhaber gewesen ist, ist irrelevant.

Es bestehen bei einer GmbH mehrere Möglichkeiten, Liquidatoren einzusetzen:

Erstens erfolgt gemäß § 66 Abs. 1 GmbHG die Liquidation durch die Geschäftsführer der GmbH selbst, soweit es sich um einen Fall der Auflösung der GmbH mit Ausnahme des Insolvenzverfahrens handelt und die Liquidation durch Gesellschaftsvertrag oder Beschluss der Gesellschafter einer anderen Person übertragen wird. Eines besonderen Bestellungsakts oder einer Annahmeerklärung bedarf es nicht.⁵³ Nach den dem Gutachten zugrunde zu legenden Tatsachen war die Aktenmanagement & Beratungs GmbH jedoch gerade infolge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG aufgelöst, sodass diese Möglichkeit nicht in Betracht kommt.

Zweitens kann auf Antrag von Gesellschaftern gemäß § 66 Abs. 2 GmbHG die Bestellung von Liquidatoren durch das zuständige Gericht erfolgen. Ein solcher Antrag, lag, soweit ersichtlich, nicht vor.

Drittens sind Liquidatoren auf Antrag eines Beteiligten durch das Gericht gemäß § 66 Abs. 5 S. 2 GmbHG durch Beschluss zu ernennen,

⁵¹ Stelkens, in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 41, Rn. 48.

⁵² Stelkens, in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 41, Rn. 49a.

⁵³ Müller, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 66, Rn. 12.

soweit sich nach Auflösung der Gesellschaft wegen Vermögenslosigkeit und ihrer Löschung aus dem Handelsregister (§ 60 Abs. 1 Nr. 7 GmbHG, § 394 FamFG) herausstellt, dass noch Vermögen vorhanden ist, das der Verteilung unterliegt.

Nach den dem Gutachten zugrunde zu legenden Tatsachen ist davon auszugehen, dass ein solcher Beschluss des Gerichts vorliegt. Allerdings genügt für die Bestellung als Liquidator dieser Gerichtsbeschluss alleine nicht. Der nach § 66 Abs. 5 GmbHG erfolgende Bestellungsbeschluss ist dem Liquidator gemäß § 41 FamFG bekannt zu geben.⁵⁴

Nach den dem Gutachten zugrunde zu legenden Tatsachen erfolgte keine Unterrichtung des Henry Tischer von dem Beschluss, mit dem dieser zum Liquidator bestellt worden ist. Damit ist diese Bestellung unwirksam. Henry Tischer war damit nicht der richtige Adressat für Anordnungen gegen die GmbH vom 26.06.2013.

Ginge man von einer solchen Bekanntgabe gegenüber Henry Tischer aus, so bedürfte es weiter aber auch einer ausdrücklichen Annahme des Liquidators⁵⁵. Auch eine solche liegt nicht vor.

In Betracht kommt auch nicht, über die Publizitätswirkungen des Handelsregisters (vgl. § 15 HGB) Henry Tischer als Liquidator anzusehen, wo dieser nach den dem Gutachten zugrunde zu legenden Tatsachen mit Wirkung vom 21.03.2013 als Liquidator eingetragen war. Einzig in Betracht kommt hier insoweit die sog. positive Publizität des Handelsregisters nach § 15 Abs. 3 HGB, wonach sich, wenn eine einzutragende Tatsache unrichtig bekanntgemacht ist, ein Dritter demjenigen gegenüber, in dessen Angelegenheiten die Tatsache einzutragen war, auf die bekanntgemachte Tatsache berufen kann, es sei denn, dass er die Unrichtigkeit kannte. In der vorliegenden Konstellation ist dabei der TLfDI als Dritter in diesem Sinne anzusehen, für den die Bezeichnung des Henry Tischer als Liquidator günstig wirken würde.

Bei dem gerichtlichen Bestellungsbeschluss nach § 66 Abs. 5 GmbHG handelt es sich um eine eintragungspflichtige Tatsache.⁵⁶ Ob die Tatsache hier nicht nur in das Handelsregister eingetragen, oder – wie es der Wortlaut des § 15 Abs. 3 HGB erfordert – auch unrichtig bekannt gemacht wurde – oder § 15 Abs. 3 HGB analog auch auf den Fall der

⁵⁴ Müller, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 66, Rn. 87.

⁵⁵ Siehe nur Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, Kommentar zum GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 66 GmbHG, Rn. 39.

⁵⁶ Müller, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 66, Rn. 82.

lediglich unrichtigen Eintragung einer solchen Tatsache bei Fehlen einer unrichtigen Bekanntmachung anzuwenden ist⁵⁷, kann vorliegend offen bleiben, da es jedenfalls an der erforderlichen Veranlassung durch Henry Tischer oder die Aktenmanagement & Beratungs GmbH fehlt: Der ansonsten weite Anwendungsbereich des § 15 Abs. 3 HGB wird dadurch eingeschränkt, dass eine Tatsache nur als „in dessen Angelegenheiten“ einzutragen angesehen wird, wenn derjenige einen Eintragungsantrag gestellt und so das Tätigwerden des Registergerichts veranlasst hat.⁵⁸ Einen solchen Eintragungsantrag hat nach den dem Gutachten zugrunde zu legenden Tatsachen aber weder Henry Tischer noch die Gesellschaft selbst gestellt. Vielmehr wurde der Beschluss der Bestellung des Henry Tischer zum Liquidator durch das Gericht auf Antrag des TLfDI als Dritten erlassen. Unter lebensnaher Betrachtung wurde dieser Beschluss auch durch das Gericht selbst dem Handelsregister übermittelt, ohne dass ein entsprechender Eintragungsantrag durch Henry Tischer oder die GmbH erfolgte.

Auch die Anwendung der den § 15 Abs. 3 HGB ergänzenden Rechts-scheinssätze kommt hier nicht in Betracht. Dies gilt unabhängig davon, ob eine solche Haftung kraft Rechtschein über § 15 HGB hinaus überhaupt angenommen werden kann.⁵⁹ Erforderlich wäre jedenfalls, dass, wer eine unrichtige Handelsregistereintragung nicht veranlasst hat, diese *schuldhaft* nicht beseitigt.⁶⁰ Anhaltspunkte für eine solche vorwerfbare Nichtbeseitigung sind vorliegend weder bei Henry Tischer noch bei der Aktenmanagement & Beratungs GmbH ersichtlich.

Auch im Übrigen scheidet eine Adressatenstellung des Henry Tischer aus. Die Rechtsstellung als „verantwortliche Person“ i. S. d. § 3 Abs. 7 BDSG ist zwar nicht streng an den Besitz von Daten und die physische Herrschaft über den Verarbeitungsprozess gebunden. Bei vollständiger Abgabe der Sachherrschaft aber endet die Stellung als verantwortliche Person.⁶¹ Wer, wie dem Gutachten zugrunde gelegt, nicht Gewahrsamsinhaber ist, steht auch nicht in die Pflichtenstellung des BDSG und kann daher nicht Adressat einer Anordnung nach § 38 Abs. 4 i. V. m. § 38 Abs. 5 BDSG sein.

⁵⁷ Dafür spricht sich etwa Hopt, in Baumbach/Hopt, Kommentar zum HGB, 37. Aufl. 2016, § 15 HGB, Rn. 18, aus. Dagegen votiert u. a. Krebs, in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2016, § 15 HGB, Rn. 81.

⁵⁸ So die ganz h. M. S. etwa Hopt, in Baumbach/Hopt, Kommentar zum HGB, 37. Aufl. 2016, § 15 HGB, Rn. 19.

⁵⁹ Nachweis des Streitstands bei Krebs, in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2016, § 15 HGB, Rn. 101 ff.

⁶⁰ Krebs, in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2016, § 15 HGB, Rn. 101 ff.

⁶¹ Dammann, in: Simitis, Kommentar zum BDSG, 8. Aufl. 2014, § 3, Rn. 225.

c) Ermächtigungsgrundlage und Zwangsvollstreckung

Gab es eine Ermächtigungsgrundlage für den o.g. Bescheid, und hätte dieser im Wege der Zwangsvollstreckung nach Androhung mittels Ersatzvornahme rechtmäßig durchgesetzt werden können?

Vorausgesetzt, der Bescheid vom 26.06.2013 wäre ordnungsgemäß zugestellt worden, enthält er verschiedene Anordnungen, die auf unterschiedliche Ermächtigungsgrundlagen zu stützen sind. Für sämtliche Anordnungen bestehen entsprechende Ermächtigungsgrundlagen. Allerdings fehlt es für die Anordnung nach Ziff. 1 an der Geeignetheit, und bei Ziff. 3 ist ein fehlerhaftes Zwangsmittel angedroht, so dass der Bescheid insgesamt rechtswidrig ist.

aa) Anordnung der Gewährung von Zugang, Ziff. 1

Mit Ziff. 1 des Bescheids vom 26.06.2013 wurde die Aktenmanagement & Beratungs GmbH als Adressat verpflichtet, den vom TLfDI mit der Wahrnehmung der datenschutzrechtlichen Kontrolle beauftragten Personen zu einem bestimmten Zeitpunkt Zugang zu dem Grundstück und den dort befindlichen ehemaligen Geschäftsräumen in der Bahnhofstraße 26, Immelborn, zu gewähren.

Diese Anordnung ist ungeeignet, das Ziel des TLfDI zu erreichen, weil die angeordnete Maßnahme nicht ausreichend ist, um die gewünschte Inaugenscheinnahme und Sicherung der etwaigen gefährdeten Datenbestände zu ermöglichen.

Zulässigerweise durfte der TLfDI seine Anordnung der Gewährung von Zugang zu Grundstück und ehemaligen Geschäftsräumen auf die Ermächtigungsgrundlage des § 38 Abs. 4 S. 4 BDSG stützen. Danach hat der Auskunftspflichtige Maßnahmen nach § 38 Abs. 4 S. 1-3 BDSG zu dulden. Bereits vom Wortlaut des § 38 Abs. 4 S. 1 1. Halbsatz BDSG umfasst sind die Betretung von Grundstücken und Geschäftsräumen. S. 1 2. Halbsatz bietet ferner die weitere Ermächtigungsgrundlage für die Vornahme von Prüfungen und Besichtigungen, S. 2 gewährt eine Ermächtigungsgrundlage für die Einsichtnahme in geschäftliche Unterlagen und die Datenverarbeitungsvorgänge. Daraus folgt eine entsprechende Pflicht der verantwortlichen Stelle, der geltend gemachten jeweiligen Befugnis entsprechend zu dulden bzw. zu ermöglichen.

Die in Ziff. 1 formulierte Verpflichtung richtet sich darauf, das Betreten des Grundstücks und der ehemaligen Geschäftsräume zu ermöglichen. Dem Verpflichteten wird also nicht allein eine Duldungspflicht

auferlegt, sondern von ihm wird ein aktives Tun, nämlich die Zugänglichmachung, eingefordert.

Die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Norm sind gegeben. Zwar können solche Maßnahmen nur auf § 38 Abs. 4 S. 1 1. Halbsatz BDSG gestützt werden, soweit dies zur Erfüllung der Aufgaben der Aufsichtsbehörde „erforderlich“ ist. Der Aufsichtsbehörde ist insoweit aber ein weiter Beurteilungsspielraum eingeräumt.⁶² Denn auch eine anlassfreie Kontrolle ist von § 38 Abs. 4 BDSG noch umfasst.

Vorliegend ist angesichts des Hinweises der Kassenärztlichen Vereinigung Thüringens an den TLfDI hinsichtlich der Möglichkeit eines nicht ordnungsgemäßen Umgangs mit Patientendaten in den Geschäftsräumen unter dieser Adresse und der weiteren Informationen zum äußeren Eindruck des Lagergebäudes davon auszugehen, dass die Tatbestandsvoraussetzungen des § 38 Abs. 4 S. 1 1. Halbsatz BDSG vorlagen. Es war aufgrund des Hinweises der Ärztin und der Nachforschungen der Kassenärztlichen Vereinigung selbst eine ausreichende tatsächliche Grundlage dafür gegeben zu besorgen, dass die Aufbewahrung von Daten in Akten im größeren Umfang und unter Einschluss besonderer Daten i. S. v. § 3 Abs. 9 BDSG⁶³ nicht rechtmäßig erfolgte.

Auch bewegt sich die Anordnung hinsichtlich der gewählten Rechtsfolge im Rahmen des § 38 Abs. 4 S. 1 BDSG, da dieser über die bloße, in § 38 Abs. 1 S. 4 angesprochene Duldung hinaus auch unmittelbar damit zusammenhängende Handlungen wie insbesondere die Zugänglichmachung der entsprechenden Räumlichkeiten beinhaltet.⁶⁴

Eine Zugänglichkeit der Räumlichkeiten und Aufbewahrung der Akten ist allerdings kein geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel, um angesichts der glaubhaft gemachten Gefahren für die eingelagerten Akten einen Eindruck von der tatsächlichen Sachlage zu erhalten. Denn der TLfDI wollte mit der Maßnahme erreichen, dass er hinreichende Kenntnisse über den Zustand des Aktenlagers erhielt. Dazu war allerdings nicht allein die aktive Gewährung des Zugangs zum Grundstück und den ehemaligen Geschäftsräumen ausreichend. Vielmehr war erforderlich, dass er auch seine Prüf-, Besichtigungs- und Einsichtsrechte aus § 38 Abs. 4 S. 1 2. Halbsatz und S. 2 BDSG geltend machte. Dabei handelt es sich nicht um Duldungen oder Unter-

⁶² Petri, in: Simitis, Kommentar zum BDSG, 8. Aufl. 2014, § 38, Rn. 61.

⁶³ Siehe dazu oben unter 1. b).

⁶⁴ Petri, in: Simitis, Kommentar zum BDSG, 8. Aufl. 2014, § 38, Rn. 65.

lassungen, sondern um aktive Mitwirkungspflichten, die in den Grenzen der gleichfalls aktiven Auskunftspflicht bestehen.⁶⁵ Diese verschiedenen Maßnahmen stehen zueinander in einem gestuften Verhältnis: Ohne die Zutrittsbewilligung ist eine In-Augenscheinnahme und Prüfung nicht möglich. Daher darf einerseits die Prüfung und Besichtigung nach § 38 Abs. 4 S. 1 2. Halbsatz BDSG sowie die Einsicht in geschäftliche Unterlagen, Daten und Datenverarbeitungsprogramme nach § 38 Abs. 4 S. 2 BDSG nicht angeordnet werden, ohne sichergestellt zu haben, dass Zutritt zum Grundstück und den Geschäftsräumen besteht. In gleicher Weise darf aber auch nicht allein der Zutritt zum Grundstück und den Geschäftsräumen angeordnet werden, wenn nicht sichergestellt ist, dass auch die weiteren Maßnahmen ergriffen werden können.

Dies ist vorliegend aber der Fall: Der Bescheid des TLfDI vom 26.06.2013 beschränkt sich darauf, den Zutritt zum Grundstück und zu den ehemaligen Geschäftsräumen gewährt zu bekommen. Die weiteren Maßnahmen, die aber erforderlich sind, um die befürchteten Datenschutzrechtsverstöße tatsächlich feststellen zu können, um dann weitere Maßnahmen nach § 38 Abs. 5 BDSG anordnen zu können, sind nicht zugleich angeordnet worden. Es war auch nicht sicher davon auszugehen, dass mit dem Zutritt ein etwaiger Widerstand des Adressaten gegen Maßnahmen des TLfDI enden würde, weshalb die Anordnung solcher Maßnahmen entbehrlich gewesen wäre. Denn es gab zum Vorgang keine Anhörung und keine vorherige Einschätzung des weiteren Verhaltens des Adressaten, aus der heraus sich solches hätte schließen lassen. Damit war mangels Geeignetheit auch die reine Zutrittsanordnung rechtswidrig.

Dem steht auch nicht entgegen, dass Verwaltungsakte – um die es sich nach § 35 ThürVwVfG bei der Prüfung, Besichtigung und Einsichtnahme handelt – grundsätzlich formfrei und auch jederzeit erlassen werden können, der TLfDI also grundsätzlich auch noch vor Ort die weiteren Maßnahmen hätte anordnen können. Denn mit dem Bescheid vom 26.06.2013 ist zum einen die sofortige Vollziehbarkeit angeordnet als auch die Ersatzvornahme angedroht worden. Der TLfDI hat also deutlich gemacht, dass er in nächster Zukunft einschreiten will. Gleiches hätte dann also auch für die weiteren Maßnahmen nach § 38 Abs. 4 BDSG gegolten. Diese Maßnahmen können aber nur dann durchgeführt werden, wenn sie ihrerseits rechtmäßig der sofortigen Vollziehbarkeit unterworfen und mit der Androhung von Zwangsmitteln einhergingen. Da es sich bei der Einsichtnahme aber nicht allein um Duldungen und Unterlassungen handelt, die bereits über § 38

⁶⁵ Vgl. Petri, in: Simitis, Kommentar zum BDSG, 8. Auflage 2014, § 38, Rn. 65.

Abs. 4 S. 4 BDSG hinzunehmen wären, sondern vom Pflichtigen aktives Tun der Erläuterung, Darstellung und Bereitstellung von Akten erfordert, war hier nach § 46 Abs. 1 S. 2 ThürVwZVG eine angemessene Frist zu setzen. Dies ist aber vorliegend sämtlich nicht geschehen.

Damit aber war durch die angeordnete Maßnahme der Zutrittsgewährung alleine das Ziel der In-Augenscheinnahme nicht zu erreichen gewesen, weil der TLfDI die Kooperation des Adressaten nicht hätte erzwingen können.

bb) Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit (Ziff. 2)

Mit Ziff. 2 des Bescheids wurde die sofortige Vollziehbarkeit von Ziff. 1 angeordnet. Rechtsgrundlage ist § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO. Angesichts der gegebenen einzelfallbezogenen Begründung der sofortigen Vollziehung (vgl. Ziff. II.2 des Bescheids) wurde auch § 80 Abs. 2 VwGO genügt.

Der TLfDI hat sein Ermessen erkannt und es als solches rechtsfehlerfrei ausgeübt. Die Begründung für das überwiegende Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit gegenüber den Interessen an der regulären Rechtswirkung der aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen des § 80 Abs. 1 VwGO ist rechtlich kaum zu bemängeln; im Wesentlichen macht der TLfDI Gefahr im Verzug geltend, dass durch den Zustand des Gebäudes eine Einsichtnahme in die besonderen Datenbestände durch Unbefugte ohne weiteres möglich ist.

cc) Androhung der Ersatzvornahme (Ziff. 3)

Mit Ziff. 3 des Bescheids wurde für den Fall der Nichterfüllung der sich aus Ziff. 1 ergebenden Pflichten – der Gewährung von Zugang zu dem entsprechendem Grundstück einschließlich Räumlichkeiten für die vom TLfDI beauftragten Personen – die Durchführung der Anordnung im Wege der Ersatzvornahme angedroht und die Kosten auf vorläufig 300 Euro veranschlagt.

In der Sache handelt es sich dabei um die Androhung eines besonderen Zwangsmittels, nämlich der Ersatzvornahme, im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung.

Dieses Mittel ist fehlerhaft gewählt; es hätte das Zwangsmittel des Unmittelbaren Zwangs gewählt werden müssen.

(1) Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung im Datenschutzrecht?

Es müssten dem TLfDI zunächst allgemein die Mittel der Verwaltungsvollstreckung zustehen und zudem das besondere gewählte Zwangsmittel. Denn die Androhung eines unzulässigen oder unmöglichen Zwangsmittels ist rechtswidrig. Zweck der Androhung ist die Warnung

des Adressaten vor ihm bei Nichterfüllung eines Verwaltungsakts drohenden Folgen durch die zwangsweise Vollstreckung des Verwaltungsakts.⁶⁶ Dem Adressaten wird so Gelegenheit gegeben, dem Zwangsmittel zuvorzukommen und den Verwaltungsakt von sich aus zu erfüllen.⁶⁷ Das bedeutet, dass der Staat nicht mit der Anwendung von Zwangsmitteln drohen darf, obwohl ihm die Unzulässigkeit der entsprechenden Zwangsmittelanwendung bereits im Zeitpunkt der Zwangsmittellandrogung bekannt ist. Dies wäre ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG.

Der Einsatz von Mitteln des Verwaltungszwangs im Datenschutzrecht zur Durchsetzung datenschutzrechtlicher Verpflichtungen ist zumindest nicht unproblematisch, im Ergebnis wird man wohl davon ausgehen müssen, dass regelmäßig und auch hier grundsätzlich Zwangsmittel im Rahmen der Verwaltungsvollstreckung ergriffen werden dürfen. Im Einzelfall ist dies hier allerdings nicht rechtmäßig geschehen.

Sieht man den TLfDI als reguläre Behörde, die den Datenschutz als Aufgabe der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, erfüllt er damit den Behördenbegriff des § 1 Abs. 2 ThürVwVfG.⁶⁸ Die Anordnung der Ziff. 1 des Bescheids vom 26.06.2013 legt dem Adressaten die Pflicht auf, den vom TLfDI beauftragten Personen den Zutritt zu den entsprechenden Räumen zu gewähren und wäre – sieht man von der Problematik der hier nicht erfüllten Zustellung an den richtigen Adressaten und der daraus folgenden Nichtigkeit ab (s.o.) – ein Verwaltungsakt i. S. d. § 35 ThürVwVfG, der dann über § 18 ThürVwZVG grundsätzlich einer Vollstreckung nach den Vorschriften der §§ 19 ff. ThürVwZVG zugeführt werden könnte. Nach den allgemeinen Regeln, die durch § 21 ThürVwZVG auch nicht abgeändert worden sind, ist die Vollstreckungsbehörde diejenige Behörde, die auch den Grund-Verwaltungsakt, der vollstreckt werden soll, erlassen hat⁶⁹ – dies wäre also der TLfDI.

Als solche Vollstreckungsbehörde stünden dem TLfDI die Zwangsmittel des ThürVwZVG zur Verfügung.

⁶⁶ Waldhoff, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., München 2013, Band 3, § 46: Verwaltungsvollstreckungsrecht, Rn. 139.

⁶⁷ App/Wettlaufer, Praxishandbuch Verwaltungsvollstreckungsrecht, 5. Aufl. 2011, § 37, Rn. 2.

⁶⁸ Thüringer Verwaltungsverfahrensgesetz (ThürVwVfG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Dezember 2014, ThürGVBl. 2014, 685.

⁶⁹ Vgl. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 12. Auflage 2007, § 64, Rn. 22.

Allerdings vertritt *Ronellenfitsch* als Hessischer Datenschutzbeauftragter, dass einer Aufsichtsbehörde nach BDSG zur Durchsetzung datenschutzrechtlicher Anordnungen generell nicht das Zwangsmittel der Ersatzvornahme zustehe.⁷⁰ Dies ist insoweit bemerkenswert, als er sich in seiner Funktion als Aufsichtsbehörde äußert und sich damit in erkennbaren Widerspruch zu seinem Amtskollegen *Petri* setzt. Dieser äußert sich allerdings zur Frage der Zwangsvollstreckung des Betretensrechts und der Duldungspflicht aus § 38 Abs. 4 BDSG nur allgemein und ohne weitere Begründung oder Ausführungen dahingehend, dass diese „nach Maßgabe des Verwaltungsvollstreckungsrechts“⁷¹ durchgesetzt werden könnten. Auch wenn diese Äußerung von *Ronellenfitsch* – ebenso wie die Befassungen mit der Fragestellung anderenorts – ohne Begründung erfolgt, ist allein wegen des Gewichts dieser Feststellung durch den Leiter einer großen Aufsichtsbehörde, der noch zudem besondere wissenschaftliche Qualifikation aufweist, langjährig in dieser Tätigkeit mit Datenschutzrecht einschließlich der Vollstreckung befasst ist und die Äußerung im dienstlichen Kontext gegenüber einem besonderen Adressaten, nämlich dem Landesparlament, gemacht hat, gründlich zu erörtern, ob womöglich Zwangsvollstreckungsrecht eingeschränkt herangezogen werden kann.

Eine Beschränkung der Möglichkeit zur Vollstreckung folgt nicht bereits aus § 38 Abs. 1 S. 6 BDSG, wonach die Aufsichtsbehörde nach Feststellung eines Verstoßes gegen datenschutzrechtliche Vorschriften befugt ist, die Betroffenen hierüber zu unterrichten, den Verstoß bei den für die Verfolgung oder Ahndung zuständigen Stellen anzuzeigen sowie bei schwerwiegenden Verstößen die Gewerbeaufsichtsbehörde zu unterrichten. Denn die Vorschrift schränkt die über § 30 ThürVwVfG grundsätzlich für das Verwaltungsverfahren geltende Geheimhaltung im Bereich des Datenschutzes ein, indem Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorschriften über den Kreis der am Verwaltungsverfahren Beteiligten hinaus bekannt gemacht werden können.

⁷⁰ Hessischer Datenschutzbeauftragter, 43. Tätigkeitsbericht 2014, S. 72: „Seitens meiner Dienststelle wurde jedoch darauf verwiesen, dass der Datenschutzbeauftragte nur entsprechende Zustände feststellen [...] kann. Es besteht für ihn jedoch keine Möglichkeit, quasi im Sofortvollzug eine Ersatzvornahme durchzuführen.“

⁷¹ *Petri*, in: *Simitis*, Kommentar zum BDSG, 8. Aufl. 2014, § 38, Rn. 65.

Außerdem wird damit die Einschränkung der Interessen der betroffenen verantwortlichen Stellen gesetzgeberisch vorbereitet.⁷² Darin enthalten ist aber keine Regelung zur Beschränkung der Aufsichtsbehörde allein auf diese Maßnahmen.⁷³

Dass die Pflicht zur Duldung einer Maßnahme nach § 38 Abs. 4 BDSG über § 43 Abs. 1 Nr. 10 BDSG bußgeldbewehrt ist, spricht ebenfalls nicht gegen die Möglichkeit der Durchsetzung der Duldungspflicht im Wege der Verwaltungsvollstreckung. Dass Bußgeld und Verwaltungszwang selbstständig nebeneinander stehen, ist ein allgemeiner Grundsatz des deutschen Verwaltungsrechts und folgt aus der unterschiedlichen Zweckrichtung beider Instrumente.⁷⁴ Daher können Zwangsmittel auch *neben* einer Strafe oder Geldbuße angedroht und angewendet werden, wie auch § 47 Abs. 2 ThürVwZVG verdeutlicht.

Besonderheiten des Verwaltungszwangsvollstreckungsrecht der Datenschutzaufsichtsbehörden, also auch des TLFDI, ergeben sich auch nicht über die besonderen Eingriffsvoraussetzungen der weiteren Anordnungen nach § 38 Abs. 5 S. 2 BDSG. Bei § 38 Abs. 5 S. 2 BDSG handelt es sich um eine Ermächtigungsgrundlage für die Aufsichtsbehörden, für den Fall von Verstößen gegen datenschutzrechtliche Vorschriften Anordnungen zu treffen. Diese Anordnungen sind beschränkt auf Maßnahmen der Datenverwendung: Es können nach S. 1 „Maßnahmen zur Beseitigung festgestellter Verstöße“ ergriffen werden. S. 2 beinhaltet diesbezüglich eine Steigerung der Mittel unter besonderen Voraussetzungen, indem bei schwerwiegenden Verstößen oder Mängeln, die zudem mit einer besonderen Gefährdung des Persönlichkeitsrechts Einzelner verbunden sind, auch die Untersagung von Datenverwendungen oder bestimmten Verfahren zulässig ist. Dem kann zweierlei entnommen werden: Zum einen bedarf es für Maßnahmen in die Rechte der verantwortlichen Person an der Datenverwendung bereits *festgestellter* Verstöße; ein bloßer Verdacht oder noch andauernde Ermittlungen genügen dafür nicht. Daher bedarf es auch für Vorfeldmaßnahmen zur Ermittlung solcher Verstöße einer eigenständigen Ermächtigungsgrundlage, weil § 38 Abs. 5 allenfalls als Annexkompetenz auch Vorfeldmaßnahmen erfasste. Dies ist die Funktion von § 38 Abs. 4 BDSG. Zum zweiten lässt sich S. 2 entnehmen, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass vor der Durchführung von

⁷² Vgl. Petri, in: Simitis, Kommentar zum BDSG, 8. Auflage 2014, § 38, Rn. 43.

⁷³ Insoweit ähnelt § 38 Abs. 1 S. 6 BDSG also der Regelung des § 40 Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB), der eine Information der Öffentlichkeit über bestimmte Sachverhalte im Lebens- und Futtermittelrecht zulässt, ohne aber andere behördliche Eingriffsmöglichkeiten auszuschließen.

⁷⁴ Troidl, in: Engelhardt/App/Schlatmann, Kommentar zum VwVG, 10. Aufl. 2014, Rn. 14.

weitergehenden Anordnungen, nämlich der Untersagung, jedenfalls erst nach Verhängung eines Zwangsgelds möglich sein soll. Dies entspricht der besonderen Bedeutung der Untersagung bestimmter oder aller Datenverwendungen, die regelmäßig einen schwerwiegenden Eingriff in die aus Art. 12 und Art. 14 GG folgenden Grundrechte der Berufs- und Eigentumsfreiheit der verantwortlichen Stelle bedeuten dürfte.

Daraus lässt sich folgern, dass auch die Vorfeldmaßnahmen diese Gewichtung durchschlägt, wenn es zu einer ganz erheblichen Eingriffsintensität auf Seiten der verantwortlichen Stelle durch die Vorfeldmaßnahme kommen kann. Dafür sind allerdings nach den dem Gutachten vorliegenden Tatsachen keine entsprechenden Anhaltspunkte gegeben. Sollte man allerdings zum Ergebnis kommen, dass die Vorfeldmaßnahmen bereits in erheblicher Weise in die Rechte aus Art. 12 und 14 GG eingreifen könnten, könnte auch hier die Beschränkung aus § 38 Abs. 5 S. 2 BDSG auf § 38 Abs. 4 BDSG durchschlagen. In einem Insolvenzverfahren ist dies etwa dann denkbar, wenn durch die Ermittlungsmaßnahmen der Aufsichtsbehörden eine so weitgehende Öffentlichkeit hergestellt wird, dass es der verantwortlichen Stelle unmöglich gemacht wird, ihre Reputation als ordnungsgemäß agierendem Datenverwender aufrecht zu erhalten. Ein erheblicher Medieneinsatz mit entsprechender Öffentlichkeitswirkung schon bei der Ermittlung könnte möglicherweise eine solche Eingriffsintensität bewirken, weil dieser verhinderte, dass die insolvente verantwortliche Stelle sich durch Maßnahmen des Insolvenzverwalters wieder solvent und liquide wird und ihre Tätigkeit weiter und zukünftig mit besserem wirtschaftlichen Erfolg ausführen kann. Bei einer Liquidation, wie vorliegend, ist davon aber nicht auszugehen, weil die Beendigung des Geschäfts bereits feststeht.

Zudem könnte man erwägen, dass § 38 Abs. 5 S. 2 BDSG dahingehend zu verstehen ist, dass überhaupt nur das Mittel des Zwangsgelds als Mittel des Verwaltungsvollzugs den Aufsichtsbehörden zur Verfügung steht (dazu auch noch in Bezug auf den Bescheid vom 22.07.2013 unten unter 3. g)). Diese Einschränkung würde allerdings nur auf die schwerwiegende Rechtsfolge Anwendung finden, dass die Datenverwendung oder ein bestimmtes Verfahren untersagt wird. Auf Vorfeldmaßnahmen kann diese Einschränkung, die dem Schutz des Datenverarbeiters dient, aber regelmäßig keine Ausdehnung erfahren, wenn nicht eine vergleichbare Interessenlage gegeben ist, wovon hier eben nicht auszugehen ist.

Auch soweit überhaupt in der Kommentarliteratur die Möglichkeit einer Durchsetzung der Betretungsrechte des § 38 Abs. 4 BDSG im Wege des Verwaltungszwangs angesprochen wird, wird sie bejaht:

Nach *Petri*,⁷⁵ *Plath*⁷⁶ sowie *Grittmann*⁷⁷ besteht die Möglichkeit der Durchsetzung im Wege der Verwaltungsvollstreckung. Nach *Dorn* allerdings kann die Aufsichtsbehörde Maßnahmen auch mit Verwaltungszwang durchsetzen, wobei unter den verschiedenen Zwangsmitteln regelmäßig nur ein Zwangsgeld verhängt werden soll und die anderen Mittel nur ausnahmsweise in Betracht kommen.⁷⁸ Hier schlägt offenbar die Wirkung des § 38 Abs. 2 S. 2 BDSG erneut zu Buche.

Folgt man *Dorn*, wäre zu prüfen, ob hier ausnahmsweise statt des Zwangsgelds ein anderes Mittel in Betracht kommt. Angesichts des Umstands, dass sich die Aktenmanagement & Beratungs GmbH in der Liquidation befand, ist die Verhängung eines Zwangsgelds wenig vielversprechend, weil dieses – wie auch andere Forderungen gegenüber der GmbH – mangels Vermögenslosigkeit regelmäßig nicht eingetrieben werden kann. Die Zwangswirkung, die vom Zwangsgeld ausgeht, kann ihre Wirkung im Insolvenz- oder Liquidationsverfahren regelmäßig also gerade nicht entfalten.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass in besonders gelagerten Fällen, wo die Eingriffsintensität in die Rechte der betroffenen verantwortlichen Person besonders hoch ist, eine Einschränkung der Zwangsvollstreckung der datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden auch bei Vorfeldmaßnahmen wie dem Betreten eines Grundstücks denkbar ist. Zu solchen besonderen Umständen können etwa eine große mediale Aufmerksamkeit zählen, die es dem betroffenen Datenverwender regelmäßig unmöglich macht, sich weiterhin als rechtstreuer Datenverwender darzustellen und ihn seiner wirtschaftlichen Grundlage berauben.

(2) Fehlerhaftes Zwangsmittel der Ersatzvornahme

Geht man von einem grundsätzlich zulässigen Einsatz von Zwangsmitteln der datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden aus, ist die Androhung eines Zwangsmittels nach § 46 ThürVwZVG grundsätzlich zulässig; sie ist nach § 46 Abs. 1 regelmäßig verpflichtend vor dem Einsatz eines Zwangsmittels und unterliegt bestimmten Voraussetzungen. Vorliegend ist allerdings das falsche Zwangsmittel angedroht worden.

Die Ersatzvornahme ist nach § 50 ThürVwZVG im Falle von sog. vertretbaren Handlungen, also Handlungen, die auch ein anderer als der

⁷⁵ Petri, in: Simitis, Kommentar zum BDSG, 8. Aufl. 2014, § 38, Rn. 65.

⁷⁶ Plath, in: Plath, Kommentar zum BDSG, 2. Auflage 2016, § 38, Rn. 60

⁷⁷ Grittmann, in: Taeger/Gabel, Kommentar zum BDSG, 2. Auflage 2013, § 38, Rn. 35.

⁷⁸ Dorn, in: Gierschmann/Saeugling, Systematischer Praxiskommentar Datenschutzrecht, § 38 BDSG, 2014, Rn. 57 i. V. m. Rn. 51.

Schuldner vornehmen kann, grundsätzlich vorgesehen: Die Verpflichtung zur Vornahme einer solchen Handlung wird dann entweder durch die Vollstreckungsbehörde selbst (Eigenvornahme) oder durch einen von ihr Beauftragten (Fremdvornahme) ausgeführt.

Durchgesetzt werden soll eine Gewährung des Zugangs zu Grundstück und ehemaligen Geschäftsräumen. Die Durchsetzung dieser Maßnahme hat allerdings wegen Unvertretbarkeit der Handlung als unmittelbarer Zwang und nicht als Ersatzvornahme zu erfolgen. Die Anordnung richtet sich auf die Gewähr von Zugang für die Zwecke der Kontrolle (Ziff. 1) und damit darauf, dass der Zugang für die Behörde möglich ist, ohne tatsächliche oder rechtliche Widerstände überwinden oder Hindernisse gewärtigen zu müssen. Dies dient dem Ziel, dass die dadurch ermöglichte Kontrolle gleichfalls rechtlich und tatsächlich unbehelligt stattfinden kann. Diese Gewähr des Zugangs ist nicht alleine auf die tatsächliche Komponente beschränkt: Diese könnte tatsächlich, etwa durch einen Schlüsseldienst, auf dem Wege der Ersatzvornahme ermöglicht werden. Vielmehr geht es auch darum, dass keine sonstigen Hindernisse tatsächlicher oder gerade rechtlicher Art entgegenstehen. Dies aber ist nur bei aktiver Gewähr des Zugangs *als Berechtigtem* möglich. Verschafft sich die Behörde nämlich auf anderem Wege, gegen den (mutmaßlichen) Willen des Inhabers der Sachherrschaft und der Verfügungsrechte, Zugang zum Grundstück und den Betriebsräumen, mag sie zwar die praktische Möglichkeit des Betretens haben. Allerdings muss sie stets damit rechnen, dass es zu einem Polizeieinsatz kommt, der den ungehinderten Fortgang der Maßnahme bis zur Aufklärung des Sachverhalts stört. Gewährung des Zugangs geht über die reine Möglichkeit des Betretens hinaus, weil damit ein rechtlich belastbares Betreten-Dürfen eingeräumt wird. Sie ist damit vergleichbar der Herausgabe einer Sache, nur dass sie in Bezug auf eine unbewegliche Sache erfolgt, die gleichfalls als unvertretbare Handlung eingeordnet wird.

Die Rechtsprechung hat verschiedentlich dazu entschieden; heranziehen lässt sich insbesondere diejenige zum Betreten von Wohnungen. Eine Reihe von Entscheidungen zur Abgrenzung von Ersatzvornahme und unmittelbarem Zwang bejaht jeweils die Anwendung unmittelbaren Zwangs. Diese Ansicht wird darauf gestützt, dass ein unmittelbarer Zwang u.a. dann vorliegt, wenn auf die Sache in einer Weise eingewirkt werden müsse, wie dies der Betroffene nicht tun müsse – also etwa das gewaltsame Öffnen einer Türe, die der Betroffene ohne Gewalt öffnen könnte.⁷⁹ Diese Einordnung lässt sich im Vergleich auch stützen auf eine Vielzahl spezieller Regelungen des unmittelbaren

⁷⁹ Siehe nur statt vieler BayVGH JA 2009, 911 m. Anmerkung Durner.

Zwangs in den verschiedenen Gesetzen der Länder, u.a. auf § 22 Hamburgisches VwVG, wonach die Zwangsräumung eine Anwendung des unmittelbaren Zwangs ist,⁸⁰ auf § 78 Hessisches VwVG bei Verpflichtung zur Überlassung einer unbeweglichen Sache,⁸¹ ähnlich auch im niedersächsischen Recht bei Überlassung.⁸²

Daher liegt eine unvertretbare Handlung vor, die nicht mit der Ersatzvornahme, sondern nur mit den anderen Mitteln des Verwaltungszwangs durchgesetzt werden kann.⁸³ Denn der TLfDI würde sich Zugang zum Grundstück und den ehemaligen Geschäftsräumen auf eine Weise verschaffen müssen, wie sie der Adressat nicht anwenden würde: Mangels Schlüssel und angesichts von – vom TLfDI zwar als unzureichend bezeichneten, aber gleichwohl vorhandenen – Sicherungsmaßnahmen zum Zutritt ist die Überwindung von mindestens (technischem) Widerstand erforderlich gewesen.

Als Mittel zur Durchsetzung einer unvertretbaren Handlung kommt vorrangig das Zwangsgeld, § 48 ThürVwZVG, in Betracht. Nur mit besonderer Zurückhaltung kann auch unmittelbarer Zwang, § 51 Abs. 1 ThürVwZVG, angewendet werden. Dass dies, im Rahmen des im Verwaltungsvollstreckungsrechts geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, erst subsidiär, zumeist nur als ultima ratio, zum Zuge kommt,⁸⁴ lässt sich schon dem Wortlaut entnehmen, der verlangt, dass andere Zwangsmittel nicht in Betracht kommen dürfen, keinen Erfolg versprechen dürfen oder unzweckmäßig sein müssen. Dies mag man hinsichtlich der Liquidation in Betracht ziehen (siehe dazu bereits oben unter 2. c) cc) (1)). Jedenfalls aber ist die Ersatzvornahme nicht das gesetzlich vorgesehene Zwangsmittel. Wegen der Eingriffsintensität der staatlichen Zwangsmaßnahme unterliegt das Zwangsvollstreckungsrecht aber einem strikten Vorbehalt des Gesetzes, der zu einem Numerus Clausus der Zwangsmittel führt.⁸⁵ Die Androhung eines

⁸⁰ Siehe nur App/Wettlaufer, Praxishandbuch Verwaltungsvollstreckungsrecht, 5. Aufl. 2011, § 35, Rn. 26.

⁸¹ Siehe nur App/Wettlaufer, Praxishandbuch Verwaltungsvollstreckungsrecht, 5. Aufl. 2011, § 35, Rn. 28.

⁸² Siehe nur App/Wettlaufer, Praxishandbuch Verwaltungsvollstreckungsrecht, 5. Aufl. 2011, § 35, Rn. 60.

⁸³ Dies wird auch von der Rechtsprechung ohne nähere Prüfung regelmäßig angenommen, siehe z.B. VG Augsburg v. 26.04.2010 - openJur 2012, 107648; BayVGH JA 2009, 911.

⁸⁴ Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 12. Auflage 2007, § 64, Rn. 77; Ruffert, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Auflage 2015, § 27: Vollstreckung von Verwaltungsakten, Rn. 12.

⁸⁵ Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 12. Auflage 2007, § 64, Rn. 61.

Zwangsmittels muss sich gerade auf ein konkretes Zwangsmittel beziehen, ansonsten ist die Androhung unbestimmt,⁸⁶ und hier ist das nicht einschlägige Zwangsmittel angedroht worden.

Etwas anderes gilt auch nicht bei Heranziehung weiterer Überlegungen: Nach § 46 Abs. 3 S. 2 ThürVwZVG ist eine kumulative Androhung verschiedener Zwangsmittel ohnehin nicht zulässig; zudem nennt der Bescheid vom 26.06.2013 ausschließlich die Ersatzvornahme.

Es kann auch nicht die Bezeichnung der Ersatzvornahme im Bescheid dahingehend ausgelegt werden, dass unmittelbarer Zwang gemeint war. Dem steht schon der klare Wortlaut entgegen: Der Bescheid spricht mehrfach ausdrücklich von einer Ersatzvornahme; in der Begründung zu Ziff. 3 wird auch dazu explizit von den sonstigen Zwangsmitteln abgegrenzt (S. 7 des Bescheids) und das Kriterium der vertretbaren Handlung, wenngleich ohne nähere Erläuterung, benannt (S. 8 des Bescheids). Zudem widerspräche dies gerade dem strikten Bestimmtheitserfordernis des Verwaltungsvollstreckungsrechts: Indem eine Ersatzvornahme angekündigt wird, stellt sich der Vollstreckungsschuldner darauf ein – bis hin dazu, dass im Einzelfall die Ersatzvornahme für ihn der wünschenswerte weitere Fortgang des Geschehens darstellen kann. Schließlich lässt sich dies auch daraus begründen, dass die Voraussetzungen der Ersatzvornahme und des unmittelbaren Zwangs voneinander verschieden sind. Die Androhung der Ersatzvornahme ist nach § 46 Abs. 5 S. 1 ThürVwZVG damit zu verbinden, dem Vollstreckungsschuldner die vorläufigen Kosten anzuzeigen. Dies ist seitens des TLFDI auch geschehen, so dass zu folgern ist, dass eine Ersatzvornahme gemeint war. Eine Auslegung gegen den ausdrücklichen Willen ist aber nicht möglich.

Eine Umdeutung nach § 47 ThürVwVfG scheidet ebenfalls. Mag man noch annehmen, dass ein gleiches Ziel vorliegt und die Behörde tatsächlich unmittelbaren Zwang hätte anwenden dürfen, so sind die Voraussetzungen für den Erlass gleichwohl nicht erfüllt. Zudem ist nach § 47 Abs. 2 ThürVwVfG eine Umdeutung nicht zulässig, wenn sie den Adressaten schlechter stellt. Beides ist angesichts der Besonderheiten des unmittelbaren Zwangs hier gegeben. Er ist nicht von ungefähr die ultima ratio und kommt deshalb nur ausnahmsweise zum Zuge. Die Eingriffsintensität ist wegen der Anwendung von unmittelbarer Gewalt deutlich erhöht gegenüber der Ersatzvornahme. Daher ist auch eine Umdeutung nicht möglich.

⁸⁶ Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 12. Auflage 2007, § 64, Rn. 86.

Daher war die Androhung der Ersatzvornahme als fehlerhaftes Zwangsmittel rechtswidrig.

(3) Androhung einer Ersatzvornahme

Nimmt man dennoch eine Ersatzvornahme an, ist diese rechtmäßig angedroht worden. Auch die speziellen Voraussetzungen des § 46 Abs. 5 ThürVwZVG sind eingehalten.

(4) Berechnung der Kosten einer Ersatzvornahme

Geht man von einer Ersatzvornahme aus, handelt es sich bei Ziff. 4 des Bescheids um die Festsetzung, dass der Adressat die Kosten der Anordnung zu tragen hat. Die Kosten wurden auf 150,00 Euro festgesetzt.

Für Maßnahmen der datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden wie dem TLfDI können ohne weiteres nach Landesrecht Gebühren, Auslagen und Kosten festgesetzt und geltend gemacht werden.⁸⁷ Die Kosten sind auch nach § 46 Abs. 5 S. 1 ThürVwZVG zu veranschlagen mit der Androhung einer Ersatzvornahme. Ziff. 4 des Bescheids vom 26.06.2013 findet seine Grundlage daher in § 1 Abs. 1 ThürVwKostG.⁸⁸ Der angesetzte Betrag ist auch verhältnismäßig.

d) Ersatzvornahme

War die nachfolgende Durchführung der im Bescheid vom 26.06.2013 enthaltenen Anordnung, dem TLfDI und seinen Beauftragten am 15.07.2013 Zugang zum Grundstück zum Zweck einer datenschutzrechtlichen Kontrolle zu gewähren, im Wege der Ersatzvornahme rechtmäßig?

In Betracht kommt grundsätzlich die Durchführung der Anordnung im Wege der Ersatzvornahme als Vollstreckung im gestreckten Verfahren nach §§ 44 ff. ThürVwZVG. Daneben kann sich die Durchführung auch als Vollstreckung im gekürzten Verfahren nach § 54 i. V. m. §§ 50 ff. ThürVwZVG darstellen, für die es keines tatsächlich erlassenen Grundverwaltungsakts bedarf.

aa) Gestrecktes Verfahren

Eine Vollstreckung des Bescheids vom 26.06.2013 im gestreckten Verfahren scheidet vorliegend aus.

⁸⁷ Nur von Lewinski, in: Eßer/Kramer/von Lewinski, Kommentar zum BDSG, 4. Aufl. 2014, § 38 BDSG, Rn. 67.

⁸⁸ Thüringer Verwaltungskostengesetz (ThürVwKostG) vom 23. September 2005, ThürGVBl. 2005, 325

Voraussetzung einer Vollstreckung im gestreckten Verfahren ist ein zumindest wirksamer Grundverwaltungsakt, der vollstreckt wird. Auf seine Rechtmäßigkeit kommt es zwar nicht an, solange er nicht nichtig ist.⁸⁹ Der Grundverwaltungsakt muss aber an die Person gerichtet sein, gegen die vollstreckt werden soll.⁹⁰

Mangels Bekanntgabe war der Bescheid vom 26.06.2013 unwirksam (s. oben unter 3. a)), sodass er schon aus diesem Grund keine taugliche Grundlage für die Vollstreckung bilden konnte. Hinzu tritt, dass – eine ordnungsgemäße Bekanntgabe an den Adressaten Tischer unterstellt – sich der Verwaltungsakt an die falsche Person richtete: Henry Tischer war über seine Bestellung zum Liquidator der Aktenmanagement & Beratungs GmbH durch das Gericht nicht unterrichtet worden, sodass er nicht wirksam als Liquidator der GmbH eingesetzt worden war und damit auch eine Bekanntgabe an ihn keine Rechtswirkungen gegenüber der Gesellschaft auslösen konnte.

bb) Gekürztes Verfahren

Eine Vollstreckung im gekürzten Verfahren war dagegen grundsätzlich möglich. Dabei ist zu beachten, dass es sich dabei dann rechtlich nicht um die Vollstreckung des Bescheids vom 26.06.2013 handelt, sondern um eine isolierte Vollstreckung im gekürzten Verfahren nach § 54 i. V. m. §§ 50 ff. ThürVwZVG.

Voraussetzung für eine solche Vollstreckung ist insbesondere die Rechtmäßigkeit eines fiktiven Grundverwaltungsakts, die Einhaltung der aus § 54 ThürVwZVG folgenden besonderen Voraussetzungen des Sofortvollzugs sowie die Voraussetzung des Zwangsmittels. Die von § 54 S. 1 ThürVwZVG geforderte unmittelbar drohende oder gegenwärtige Gefahr lag aber nicht vor. Es waren bereits erste Sicherungsmaßnahmen getroffen worden, die das Betreten des Gebäudes durch Unbefugte verhinderten. Ein ordnungsgemäßer Verwaltungsakt mit ordnungsgemäßer Zustellung hätte abgewartet werden können.

⁸⁹ Zur vergleichbaren bundesrechtlichen Rechtslage Mosbacher, in: Engelhardt/App/Schlatmann, Kommentar zum VwVG, 10. Aufl. 2014, § 6 VwVG, Rn. 1c.

⁹⁰ Zur vergleichbaren bundesrechtlichen Rechtslage Mosbacher, in: Engelhardt/App/Schlatmann, Kommentar zum VwVG, 10. Aufl. 2014, § 6 VwVG, Rn. 1a.

3. Zum Bescheid des TLfDI vom 22.07.2013

Zum öffentlich zugestellten Bescheid des TLfDI über die Anordnung nach § 38 Abs. 5 BDSG vom 22.07.2013 (durch Veröffentlichung im elektronischen Bundesanzeiger) an die Fa. Aktenmanagement und Beratungs GmbH, vertreten durch den Liquidator Henry Tischer:

a) Zustellung des Bescheids

Ist dieser Bescheid wirksam zugestellt worden, obwohl dem TLfDI eine ladungsfähige und bis heute aktuelle Adresse des Geschäftsführers der Aktenmanagement und Beratungs GmbH, Henry Tischer, durch die Gemeinde Barchfeld-Immelborn zuvor mitgeteilt worden war und eine Geschäftsadresse der o.g. Firma zu diesem Zeitpunkt existiert hat?

Auf die entsprechenden Ausführungen zu Ziff. 2. a) wird verwiesen. Die Voraussetzungen der – aufgrund der in dem Bescheid angedrohten Ersatzvornahme erforderlichen – Zustellung lagen auch hinsichtlich des Bescheids vom 22.07.2013 nicht vor, da auch insoweit ein Zustellversuch erforderlich gewesen wäre, aber nach den dem Gutachten zugrunde zu legenden Tatsachen weder ein Zustellversuch bei der im Handelsregister eingetragenen Anschrift der Aktenmanagement und Beratungs GmbH erfolgt noch eine Zustellung an die dem TLfDI bekannte Adresse des Henry Tischer in der Schweiz versucht worden ist.

Eine Heilung nach § 9 ThürVwZVG ist auch für diesen Bescheid vom 22.07.2013 nicht ersichtlich, sodass die Zustellung unwirksam und der Verwaltungsakt bereits aus diesem Grund materiell nicht existent ist.

Da der Bescheid also keine Rechtswirkung entfalten konnte, war er auch nicht zu beachten. Weder Henry Tischer noch die Aktenmanagement und Beratungs GmbH wurden durch den Bescheid also in irgendeiner Form zu einem Handeln, Dulden und Unterlassen verpflichtet.

Damit erübrigt sich grundsätzlich jede weitere Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Bescheids, da sich an diesem Befund auch dann nichts ändert, wenn der Bescheid im Übrigen rechtmäßig hätte erlassen werden können. Die nachfolgenden rechtlichen Erwägungen zum Bescheid müssen unter Beachtung dieses Hinweises verstanden werden.

b) Anhörung

Konnte bei den im Bescheid vom 22.07.2013 getroffenen Anordnungen auf eine vorherige Anhörung verzichtet werden, und ist der Grund für einen Verzicht der Anhörung im Bescheid ausreichend und nicht nur formelhaft begründet?

aa) Erfordernis einer Anhörung

Es bestand grundsätzlich das Erfordernis einer Anhörung.

Gemäß § 28 Abs. 1 ThürVwVfG sind Beteiligte vor Erlass eines Verwaltungsakts, der in ihre Rechte eingreift, anzuhören. Da der Bescheid vom 22.07.2013 dem Adressaten Handlungspflichten auferlegt, nämlich die Aktenbestände datenschutzkonform umzulagern, handelt es sich um einen solchen belastenden Verwaltungsakt. Daher bedurfte es grundsätzlich einer Anhörung.

bb) Entbehrlichkeit einer Anhörung

Auch wenn es grundsätzlich Ausnahmen von der Anhörungspflicht, insbesondere aus § 28 Abs. 2, 3 ThürVwVfG, gibt, sind deren Voraussetzungen vorliegend nicht erfüllt.

In Betracht kommt vorliegend nur ein Absehen von der Anhörung wegen Gefahr im Verzug nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 ThürVwVfG, dessen Voraussetzungen aber im Ergebnis nicht vorliegen. Gefahr im Verzug i. d. S. liegt vor, wenn auch bei Gewährung kürzester Anhörungsfristen ein Zeitverlust einträte, der mit hoher Wahrscheinlichkeit dazu führen würde, dass der Zweck der zu treffenden Regelung nicht erreicht wird.⁹¹ Selbst eine mündliche oder telefonische Anhörung muss also zu lange dauern.

Angesichts der nach der Begründung des Verwaltungsakts bereits eingetretenen Störung in Form einer nicht datenschutzrechtskonformen Lagerung personenbezogener Daten könnte hier zwar zunächst von den Voraussetzungen der Gefahr im Verzug nach § 28 Abs. 2 Nr. 1 ThürVwVfG ausgegangen werden. Schon dies ist allerdings im Ergebnis zu verneinen. Denn im Zeitpunkt des Erlasses des Bescheids am 22.07.2017 waren bereits durch die Gemeinde Immelborn sowie die Feuerwehr vorläufige Maßnahmen vorgenommen worden. Welchen ganz konkreten Umfang diese Maßnahmen hatten und ob bereits aufgrund dieser Maßnahmen eine vollumfängliche und effektive vorläufige Sicherung des Aktenlagers erreicht wurde, kann auf Basis der

⁹¹ Zum insoweit wortlautidentischen VwVfG des Bundes Kallerhoff, in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 28 VwVfG, Rn. 51.

dem Gutachten zugrunde zu legenden Tatsachen nicht beurteilt werden. Es spricht aber einiges dafür, dass diese Maßnahmen hinreichend für eine vorläufige Sicherung der Bestände gegen den Zugriff Unberechtigter ausreichen. Denn die getroffenen Maßnahmen bestanden bis zur tatsächlichen Räumung des Lagers im Februar 2015 und damit deutlich mehr als ein Jahr fort, ohne dass der TLfDI auch nur zu einer teilweisen Sichtung und Räumung seinerseits gegriffen hätte, mittels derer beispielsweise besonders sensible Daten hätten gesichert werden können. Demnach gingen also sogar die zuständigen Behörden von einer ausreichenden einstweiligen Sicherung des Zustands aus.

Zudem sieht der Bescheid vom 22.07.2013 vor, dass unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern, spätestens am 09.08.2013 zu beginnen ist. Dem Adressaten wird also zugestanden, dass der Zeitraum der Unverzüglichkeit den Zeitraum von zwei Wochen einnehmen kann. Dies widerspricht der Vorstellung, dass eine so drängende Gefahr im Verzug ist, dass nicht einmal mehr eine Anhörung möglich ist.

Selbst wenn man Gefahr im Verzug und damit eine Entbehrlichkeit der Anhörung annimmt, erstreckt sich die Wirkung des § 28 Abs. 2 ThürVwVfG nicht auf jegliche Maßnahme, die darauf gestützt wird. Denn aus dem Übermaßverbot als Teil des Rechtsstaatsprinzips folgt, dass eine ohne vorherige Anhörung ergangene Regelung auf die keinen Aufschub duldenden unerlässlichen Mindestmaßnahmen beschränkt bleiben muss. Soweit möglich, sind Regelungen, die ohne Anhörung ergehen, auf vorläufige Maßnahmen restringiert, sodass vor Erlass der endgültigen Regelung noch eine Anhörung des Betroffenen erfolgen kann.⁹²

Diesen Kriterien genügt der Bescheid vom 22.07.2013 nicht: Die mit Ziff. 1-3 des Bescheids angeordneten Maßnahmen – Umlagerung der Akten in andere Räumlichkeiten, Rückgabe an die einlagernden Stellen, Vernichtung der Akten – zielen auf die endgültige Herstellung datenschutzkonformer Zustände ab. Allenfalls könnte man die Umlagerung der Akten in andere Räumlichkeiten als solche vorläufige Maßnahmen beschränkt ansehen. Die Endgültigkeit dieser Maßnahmen wird besonders deutlich an den angeordneten Maßnahmen nach Ziff. 2 des Bescheids, mit der der Adressat zur Vernichtung bestimmter Aktenbestände aufgefordert wird, die naturgemäß nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.

⁹² BVerwG, Urt. v. 15.12.1983, Az. 3C 27/82, juris Rn. 56 m.w.N.; Kallerhoff, in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 28 VwVfG, Rn. 51.

Letztlich kann diese Frage offen bleiben, da ohnehin auch die Anordnung einer – wenn überhaupt erforderlichen – vorläufigen Verstärkung der bereits durch die Gemeinde Immelborn sowie der Feuerwehr durchgeführten Notsicherungsmaßnahmen des Gebäudes möglich gewesen wäre, die die nötige Zeit für eine gegebenenfalls mündliche Anhörung des Adressaten verschafft hätte.

cc) Heilung

Nach § 45 Abs. 1 Nr. 3 i. V. m. Abs. 2 ThürVwVfG ist eine Heilung der fehlerhaft unterbliebenen Anhörung bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachholbar. Voraussetzung ist insoweit aber ein wirksamer, nicht nichtiger Verwaltungsakt. Der vorliegende Bescheid ist mangels Bekanntgabe nicht einmal rechtlich existent geworden, sodass eine Heilung des Anhörungsmangels schon aus diesem Grund ausscheidet; unterstellte man die Bekanntgabe, läge Bestandskraft vor und wäre die Anhörung nicht mehr nachholbar, so dass die Heilung nicht mehr möglich ist.

dd) Begründung

Nimmt man entgegen des soeben ermittelten Ergebnisses unter bb) gleichwohl an, die Anhörung wäre entbehrlich gewesen, ergeben sich weitere Rechtsfehler. So fehlt es an einer ausreichenden Begründung des Absehens von der Anhörung im Bescheid vom 2.07.2013.

Die Entscheidung, von einer Anhörung abzusehen, ist durch die den Bescheid erlassende Behörde gesondert zu begründen. Dies folgt aus dem Ausnahmecharakter des § 28 ThürVwVfG⁹³ sowie der allgemeinen Begründungspflicht des § 39 ThürVwVfG. Es muss also nicht nur der Verwaltungsakt selbst begründet werden, sondern auch und gesondert von der übrigen Begründung das ausnahmsweise Absehen von einer Anhörung. Die Begründung muss derart ausgestaltet sein, dass sie die Nachprüfung ermöglicht, ob die Voraussetzungen des Absehens von der Anhörung vorlagen.⁹⁴

Daran gemessen ist die gegebene Begründung im Rahmen des Bescheids (vgl. S. 11 des Bescheids) nicht mehr ausreichend. Sie beschränkt sich auf einen Absatz und hält lediglich feststellend fest, dass das Absehen von der Anhörung aus einer Abwägung zwischen dem Interesse des Adressaten an Gewährung rechtlichen Gehörs und dem öffentlichen Interesse an einer zügigen Herbeiführung datenschutzrechtlich konformer Zustände folge. Lediglich der letzte Satz enthält überhaupt eine Bezugnahme auf den konkreten Fall, und dieser Satz

⁹³ Kallerhoff, in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 28 VwVfG, Rn. 47.

⁹⁴ Kallerhoff, in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 28 VwVfG, Rn. 51 m.w.N.

stellt ein Ergebnis fest, ohne dass eine echte Abwägung erkennbar unter den besonderen Bedingungen einer Entbehrlichkeit der Anhörung und nicht nur der grundsätzlichen Problemlage stattgefunden hat.

Auch wenn man diesen einzelnen Absatz im Kontext der gesamten Begründung des Verwaltungsakts verstehen will, fehlt es an einer einzelfallbezogenen Darlegung der besonderen Dringlichkeit. Denn der Verzicht auf die Anhörung wegen Vorliegens von Gefahr im Verzug darf sich nicht aus der gebotenen Regelung des Verwaltungsakts selbst, also hier der Anordnung der Verbringung, Löschung und Rückgabe der Akten, sondern muss darüber hinaus reichen. Das macht bereits die Ausnahmeregelung des § 28 Abs. 2 ThürVwVfG deutlich: Dass es Gründe für die Regelung eines Verwaltungsakts selbst gibt, löst gerade die Pflicht zur Anhörung und damit zur Auseinandersetzung der Behörde mit etwaigen Gegenargumenten und anderen Tatsachen durch den späteren Adressaten aus.

Auch hier gilt, was bereits ausgeführt wurde: Die bereits getätigten Sicherungsmaßnahmen durch den TLfDI und die Feuerwehr sicherten das Gebäude vorläufig und ließen damit die Gefahr im Verzuge entfallen. Der Begründung für die als entbehrlich gesehene Anhörung bezieht sich auf diese Umstände nicht; dabei hätte die Begründung hier in besonderer Weise ausführen müssen.

Daher genügt die Begründung den gesetzlichen Anforderungen nicht.

Auch eine fehlende Begründung ist nach § 45 Abs. 1 i. V. m. § 45 Abs. 2 ThürVwVfG grundsätzlich heilbar durch Nachholung. Auch hier gilt allerdings, dass Bestandskraft eingetreten ist, so dass die Rechtswidrigkeit fortbesteht.

c) Adressat dieses Bescheids

War der Liquidator Tischer der richtige Adressat der Anordnungen, wenn man davon ausgeht, dass dieser seit Jahren weder Gewahrsamsinhaber über das Aktenlager war noch über seine Bestellung als Liquidator vom Gericht unterrichtet worden war?

Auf die entsprechenden Ausführungen oben unter 2. b) wird verwiesen. Nach den dem Gutachten zugrunde zu legenden Tatsachen erfolgte keine Unterrichtung des Henry Tischer von dem Beschluss, mit dem dieser zum Liquidator bestellt worden ist. Damit ist diese Bestellung unwirksam. Henry Tischer war damit nicht der richtige Adressat für Anordnungen gegen die GmbH vom 22.07.2013.

d) Verwirklichung von Straftatbeständen

Welche rechtlichen Folgen ergeben sich aus der Anordnung des TLFDI, binnen 4 Wochen die Aktenbestände von ca. 250 000 Akten in anderweitige, sichere Räumlichkeiten umzulagern, wenn der Adressat dieser Anordnung eine Gesellschaft ist, deren Insolvenzverfahren gem. § 207 InsO mangels einer die Kosten des Verfahrens deckenden Masse eingestellt worden ist und man davon ausgeht, dass daher der Liquidator zur Ausführung der Anordnung Strafrechtstatbestände (z.B. Eingehungsbetrug) hätte verwirklichen müssen?

Wäre dem Liquidator die Ausführung der Anordnung nur unter Verstoß gegen Strafrechtsvorschriften möglich gewesen, würde dies bedeuten, dass von dem Adressaten die Begehung einer rechtswidrigen Tat verlangt worden wäre. Eine solche Anordnung ist gemäß § 44 Abs. 2 Nr. 5 ThürVwVfG nichtig.

In Betracht kommen verschiedene Straftatbestände, die verwirklicht sein könnten; auf die genauen straf- und ordnungsrechtlichen Gegebenheiten kommt es aber zur Beantwortung der an die Gutachterin gestellten Frage nicht an. Denkbar ist dies unter dem Gesichtspunkt, dass für eine masselose GmbH Verträge mit Dritten abzuschließen wären, um die Akten anordnungsgemäß zu lagern bzw. den Betroffenen zurückzugeben. Diese würden – bei Offenlegung der Umstände des Insolvenzverfahrens – nur eingegangen und erfüllt werden durch Bereitstellung von Räumlichkeiten zur Lagerung sowie Sichtung, Rückgabe bzw. Löschung der Akten, indem Vorleistungen seitens des Liquidators zu erfolgen hätten. Wegen des sich bereits verwirklichten Insolvenzrisikos würden Vertragspartner ihrerseits nicht vorleisten, sondern zunächst auf effektiven Sicherungsmaßnahmen seitens des Liquidators bestehen. Dies würde der ohnehin masselosen Gesellschaft weitere Masse entziehen. Zudem würde der Liquidator damit gegen seine Pflicht und Aufgabe verstoßen, die Auflösung der in Liquidation befindlichen GmbH so schnell als möglich voranzutreiben. § 70 GmbHG verlangt von ihnen, dass sie neue Rechtsgeschäfte nur im Dienste der Abwicklung vornehmen dürfen.

Eine Strafbarkeit wegen Eingehungsbetrugs mit dem Vertragspartner, der zukünftig die Akten eingelagert hätte, dürfte jedenfalls nicht anzunehmen sein. Insbesondere hätte sich der Adressat – bzw. eine für den Adressaten handelnde natürliche Person – nicht allein aufgrund des Umstands, dass die im fraglichen GmbH vermögenslos und in Liquidation gewesen ist, durch Beauftragung eines Dritten mit der Umlagerung der Akten eines Eingehungsbetrugs gemäß § 263 Abs. 1

StGB strafbar gemacht. Eine solche Strafbarkeit wäre bereits durch die bloße Offenlegung der Vermögensverhältnisse ohne Weiteres vermeidbar gewesen, da es dann an einem Irrtum des potentiellen Vertragspartners über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Adressaten bzw. der von ihm ggf. vertretenen Gesellschaft gefehlt hätte. Ein solcher Irrtum ist aber unabdingbare Voraussetzung des Betrugstatbestands. Dass die Offenlegung der Vermögensverhältnisse aller Wahrscheinlichkeit Dritte davon abgehalten hätte, einen solchen Vertrag zu schließen, begründet jedoch lediglich eine wirtschaftliche Unmöglichkeit, die keine rechtliche Unmöglichkeit darstellt.

In Betracht kommt des Weiteren eine Strafbarkeit des entsprechend der Anordnung handelnden Liquidators wegen Untreue gemäß § 266 StGB. Liquidatoren haben eine Vermögensbetreuungspflicht.⁹⁵ Ein Missbrauch der einem Liquidator qua Stellung eingeräumten Vertretungsmacht für alle Handlungen, die der Liquidation der Gesellschaft dienen,⁹⁶ und damit der Missbrauchstatbestand des § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB liegt aber nur vor, wenn die Ausübung der Vertretungsbefugnis unter Verstoß gegen die sich aus dem Innenverhältnis ergebende Vermögensfürsorgepflicht erfolgt.⁹⁷ Ob dies vorliegend der Fall ist, kann anhand der dem Gutachten zugrunde zu legenden Tatsachen nicht abschließend beantwortet werden. Ebenso kommt aufgrund der Vermögensbetreuungspflicht eines Liquidators der Treuebruchstatbestand des § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB in Betracht, wobei auch insoweit nicht abschließend geklärt werden kann, ob die Ausführung der hier zu untersuchenden Anordnung tatbestandsmäßig gewesen wäre.

Zu bedenken sind schließlich Verstöße gegen § 203 StGB, das Datengeheimnis, wenn die Akten Dritten gegenüber weitergegeben werden zur Sichtung und gegebenenfalls Löschung.

Unterstellt man, dass die Umlagerung zur Verwirklichung von Straftatbeständen und Ordnungswidrigkeiten hätten führen können, liegt eine Nichtigkeit des Bescheids vom 22.07.2013 vor. Denn § 44 Abs. 2 Nr. 5 VwVfG bestimmt, ohne wie Abs. 1 den konkreten Umständen näher Rechnung zu tragen, grundsätzlich die Rechtsfolge der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts, der die Begehung einer rechtswidrigen Tat verlangt, die einen Straf- oder Bußgeldtatbestand verwirklicht. Dem Konflikt, dem der Adressat ansonsten ausgesetzt ist, wird damit Rechnung

⁹⁵ Schmidt, in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2016, § 149 HGB, Rn. 58.

⁹⁶ So die h. M., vgl. Roth, in Baumbach/Hopt, Kommentar zum HGB, 37. Aufl. 2016, § 149 HGB, Rn. 7; nach a. A. unbeschränkte Vertretungsmacht, s. Schmidt, in: Münchener Kommentar zum HGB, 4. Aufl. 2016, § 149 HGB, Rn. 52.

⁹⁷ Fischer, in Fischer, Kommentar zum StGB, 64. Aufl. 2017, § 266 StGB, Rn. 30.

getragen, indem von ihm ein Verhalten nicht verlangt werden kann, das zur Verwirklichung einer Straftat führte.

e) Unmöglichkeit der Anordnung

Welche Rechtsfolgen ergeben sich, wenn man unterstellt, dass eine geforderte Umräumung des gesamten Aktenbestands in ein anderes, sicheres Lager nicht in dem im Bescheid des TLfDI geforderten Zeitraum von vier Wochen zu schaffen war, da allein die endgültige Beräumung des durch Aktenrückführung bereits erheblich reduzierten Lagerbestandes mehr als sechs Wochen in Anspruch genommen hat?

Der Verwaltungsakt vom 22.03.2013 ist wegen Unmöglichkeit nichtig, insoweit er die Umlagerung innerhalb von vier Wochen anordnete.

Wenn mit einem Verwaltungsakt ein Handeln aufgegeben wird, das objektiv unmöglich ist, ist ein Verwaltungsakt gemäß § 44 Abs. 2 Nr. 4 ThürVwVfG nichtig. Diese Vorschrift ist jedoch eng zu verstehen; sie erfasst nur die völlige Unausführbarkeit für jedermann.⁹⁸ Von einer so weitgehenden Unmöglichkeit ist hinsichtlich der mit Bescheid vom 22.07.2016 angeordneten Verpflichtungen nicht bereits deshalb auszugehen, weil die Räumung des Lagers bei reduziertem Lagerbestand länger dauerte als die dem Adressaten zugebilligte Frist – wenn man davon ausgeht, dass diese Räumung nicht unter Einsatz des maximal möglichen Personals und Arbeitsgeräts erfolgte und auch auf die übliche Arbeitszeit von etwa acht Stunden pro Tag beschränkt war.

Jedoch ist nach summarischer Prüfung trotzdem von objektiver Unmöglichkeit auszugehen: Nach der Begründung des Bescheids wurden in dem Gebäude ca. 250.000 Aktenordner gelagert. Dem Adressaten wurde eine vierwöchige Frist ab Zugang des Bescheids für das Umräumen der Aktenordner in ein sicheres Lager gewährt, das innerhalb dieser Frist erst noch durch den Adressaten zu suchen sein sollte. Billigte man dem Adressaten für die Auswahl eines entsprechenden Gebäudes und den Abschluss eines Mietvertrags eine knapp bemessene Zeit von einer Woche zu, wäre dem Adressaten für die Umlagerung der Aktenordner noch ein Zeitraum von drei Wochen verblieben. Bei einer typischen Woche mit fünf Arbeitstagen hätten in diesen drei Wochen pro Arbeitstag 16.667 Aktenordner umgelagert werden müssen. 16.667 Aktenordner entsprechen, soweit es sich um die normale

⁹⁸ Sachs, in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 44 VwVfG, Rn. 144.

Ausführung der Aktenordner mit 8 cm Rückenbreite handelt, ca. 2.778 handelsüblichen Umzugskisten.

Berücksichtigt man, dass außerdem noch Kapazitäten für einen geordneten Ein- und Ausräumen der Umzugskisten an Ausgangs- und Zielort sowie für die Etablierung einer neuen Aktenstruktur am Zielort aufzuwenden sind und beides innerhalb geschlossener Räume stattzufinden hat, dürfte die Maßnahme ungeachtet der dadurch verursachten finanziellen Belastung des Adressaten bereits physisch unmöglich innerhalb der gesetzten Frist durchzuführen sein.

Zusätzlich verstärkt wird die Unmöglichkeit hier durch den Umstand, dass Ziff. 1 ff. des Bescheids vom 22.07.2013 nicht allein die bloße physische Umlagerung des Aktenbestands anordneten, sondern Akten, deren Aufbewahrungsfristen abgelaufen sind, den einlagernden Stellen zur Rücknahme anzubieten und ggf. zu vernichten sein sollten. Die Prüfung, ob Aufbewahrungsfristen bereits abgelaufen sind, hätte einer inhaltlichen Prüfung jeder einzelnen Akte bedurft, was die Bearbeitungsdauer pro Akte vervielfacht hätte.

In der Gesamtschau führen diese Anordnungen zur Nichtigkeit des Verwaltungsakts gemäß § 44 Abs. 2 Nr. 4 ThürVwVfG.

Anhand der dem Gutachten zugrunde zu legenden Tatsachen kann weiter nicht geklärt werden, ob der Anordnung Rechte Dritter – beispielsweise bestehende Verfügungsrechte einer dritten Person an den Akten – entgegenstanden. Insoweit ist zu beachten, dass einer Anordnung entgegenstehende Rechte Dritter nicht zu einer rechtlichen Unmöglichkeit der Anordnung führen.⁹⁹ Aus der rechtlichen Unmöglichkeit folgt selbst über die Generalklausel des § 44 Abs. 1 ThürVwVfG nur dann die Nichtigkeit des Verwaltungsakts, wenn die angeordnete Maßnahme schlechthin nicht erreicht werden kann. Bloße der Durchführung der Anordnung entgegenstehende Rechte Dritter führen dagegen nicht einmal zur Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts, sondern verhindern als Vollstreckungshindernis lediglich die Durchsetzbarkeit des Verwaltungsakts.¹⁰⁰

⁹⁹ Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 44 VwVfG, Rn. 146 m. w. N.

¹⁰⁰ BVerwG, Urt. v. 28.04.1972, Az. IV C 42.69, Ls.

f) Verhältnismäßigkeit der Maßnahme

War die Anordnung der Umlagerung der Akten in ein anderes Lager rechtmäßig, wenn man unterstellt, dass die Sicherung des Aktenlagers durch Maßnahmen der Zugangskontrolle kostengünstig und gleich wirksam hätte durchgeführt werden können? War unter diesen Voraussetzungen bei der Anordnung der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des § 9 Satz 2 BDSG gewahrt?

Staatliche, in Rechte des Bürgers eingreifende Maßnahmen haben dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu genügen, der aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG folgt und so die staatlichen Befugnisse einschränkt. § 9 BDSG betont diesen Grundsatz für den Geltungsbereich des BDSG besonders, ohne dass damit ein besonderes datenschutzrechtliches Verständnis des Begriffes intendiert ist. Die in anderen Rechtsbereichen entwickelten Grundsätze zur Verhältnismäßigkeit sind damit auch im Rahmen des § 9 BDSG heranzuziehen.¹⁰¹

Eine Maßnahme ist verhältnismäßig, wenn sie zur Erreichung des Ziels geeignet und erforderlich ist und der verursachte Eingriff nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht.¹⁰² An der Erforderlichkeit in diesem Sinne fehlt es, wenn ein anderes Mittel zur Verfügung steht, das gleich geeignet ist, aber weniger schwerwiegend in die Rechte des Adressaten eingreift.¹⁰³

Soweit also im konkreten Sachverhalt andere Methoden der Sicherung des Aktenlagers möglich waren, die genauso wirksam wie die Umlagerung der Akten in ein anderes Lager die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften gewährleisten konnten, ist die Anordnung des TLfDI nicht verhältnismäßig gewesen. Hier wäre bereits eine weitere Sicherung des Gebäudes und des Zutritts dazu möglich gewesen. Diese hätte gleich in mehrfacher Hinsicht eine weniger eingreifende und insgesamt angemessene Maßnahme bedeutet. Die rechtliche und tatsächliche Unmöglichkeit, das Aktenlager innerhalb der vorgegebenen und überhaupt einer überschaubaren Frist zu verlagern, wäre nicht zum Tragen gekommen. Zudem hätten diejenigen, deren

¹⁰¹ So etwa Karg, in: Wolff/Brink, Beck'scher OnlineKommentar Datenschutzrecht, § 9 BDSG, Rn. 95, der zur Bestimmung des Inhalts des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes des § 9 BDSG eine Entscheidung des BVerfG zu § 59 AsylVfG heranzieht.

¹⁰² Nur BVerfG, Beschluss v. 02.07.2008, Az. 2 BvR 1073/06, Rn. 16.

¹⁰³ BVerwG, Urt. v. 16.09.1975, Az. I C 44/74, NJW 1976, 986, 988.

Akten eingelagert worden waren, unproblematisch Zugriff auf ihre Akten erhalten können, weil der Ort der Lagerung unverändert war. Eine Verlagerung hätte und hat für diese Personen zusätzlichen Aufwand bedeutet, den sie möglicherweise nicht auf sich nehmen. Schließlich hätten solche Maßnahmen auch durch den TLfDI selbst bewältigt werden können.

g) Anordnung und Durchführung der Ersatzvornahme

Durfte der TLfDI rechtlich wirksam im Anordnungsbescheid für den Fall der Nichterfüllung der angeordneten Maßnahmen bzw. deren nicht rechtzeitiger Erfüllung das Zwangsmittel der Ersatzvornahme anordnen und diese Ersatzvornahme anschließend tatsächlich durchführen?

Dass dem TLfDI aufgrund seiner Qualifikation als Behörde im Sinne des § 1 Abs. 2 ThürVwVfG die Mittel der Verwaltungsvollstreckung grundsätzlich zustehen, wurde bereits erörtert (s. oben unter 2. c) cc) (1)).

Geht man davon aus, dass dem TLfDI in seiner Behördeneigenschaft nach § 1 Abs. 2 ThürVwVfG die Mittel der Verwaltungsvollstreckung grundsätzlich zur Verfügung stehen, ist dem TLfDI über § 18 ThürVwZVG die Vollstreckung eines erlassenen Verwaltungsakts nach den Vorschriften der §§ 19 ff. ThürVwZVG möglich. In Betracht kommen also grundsätzlich sämtliche in § 44 Abs. 2 ThürVwZVG genannten Zwangsmittel, also auch die Ersatzvornahme.

Die Ersatzvornahme kommt allerdings nur bei einer vertretbaren Handlung in Betracht. Unvertretbarkeit liegt auch dann vor, wenn aufgrund rechtlicher Vorschriften oder aus der Natur Sache heraus nur der Adressat als Pflichtiger die zu erzwingende Handlung vornehmen darf. Dies kann sich aus der rechtlichen Stellung heraus ergeben oder aber aus den besonderen Kenntnissen und Qualifikationen, über die nur der Pflichtige verfügt.

Hier ist aufgrund des Vertrages zwischen dem Aktenbewahrungsunternehmen und den einzelnen Einlagerern wie beispielsweise der Ärztin, die den Sachverhalt erstmals zur Kenntnis gebracht hat, als auch wegen im Datenschutzrecht normierten Verpflichtungen sowohl von einer vertraglichen als auch einer gesetzlich angeordneten Verpflichtung auszugehen, das Datengeheimnis umfassend zu wahren und die eingelagerten Datenbestände keinem Unberechtigten zugänglich zu machen.

Daher kann man von einer gänzlich unververtretbaren Handlung ausgehen, für die eine Ersatzvornahme überhaupt nicht angeordnet und auch nicht durchgeführt werden kann.

Allerdings unterliegt die datenschutzrechtliche Aufsichtsbehörde mit besonderen Verpflichtungen zur Geheimhaltung und zum Datenschutz ihrerseits. Zudem zielt das Datengeheimnis darauf ab, Gefährdungen vom Betroffenen fernzuhalten, so dass diese Gefährdungslage bei der Aufsichtsbehörde nicht zu besorgen ist. Daher durfte der TLfDI aufgrund seiner besonderen rechtlichen Stellung eine Eigenvornahme anordnen, nicht allerdings eine grundsätzliche Ersatzvornahme, die auch die Fremdovornahme inkludiert. Daran ändert auch nichts, dass ein späterer Rechtsnachfolger wie der Insolvenzverwalter oder der Liquidator seinerseits Kenntnis erlangt: Ihn legitimiert die gesetzliche Rechtsnachfolge.

Die Umlagerungsverpflichtung (Ziff. 1) sowie die diesbezügliche Anzeige (Ziff. 1 a. E.), das Angebot der Rücknahme an die Betroffenen (Ziff. 2) sowie Vernichtung unter Anzeige (Ziff. 2 a. E.) sowie Rückgabe (Ziff. 3) sind daher vertretbare Handlungen, die allerdings nur vom TLfDI als zuständiger Aufsichtsbehörde ausgeführt werden können. Die Ersatzvornahme war auch rechtmäßig anordnungsbar und ausführbar.

Auch Besonderheiten des § 38 Abs. 5 BDSG, auf den Ziff. 1-3 des Bescheids vom 22.07.2013 gestützt wurden, stehen der Durchsetzung von darauf Bezug nehmenden Verwaltungsakten im Wege der Verwaltungsvollstreckung nicht entgegen.

§ 38 Abs. 5 S. 1 BDSG ist die einschlägige Ermächtigungsgrundlage für Ziff. 1-3 des Bescheids vom 22.07.2013, der den Adressaten verpflichtete, die in den Räumen der Aktenmanagement & Beratungs GmbH, Am Bahnhof 26, 36433 Immelborn, lagernden Aktenbestände datenschutzkonform in entsprechend geeigneten Räumlichkeiten einzulagern sowie Akten, deren Aufbewahrungsfristen abgelaufen sind, den einlagernden Stellen zur Rücknahme anzubieten und sie ggf. zu vernichten.

Insbesondere schränkt auch § 38 Abs. 5 S. 2 BDSG die Möglichkeiten der Aufsichtsbehörden im Rahmen der Zwangsvollstreckung nicht ein. Nach dieser Vorschrift kann die Aufsichtsbehörde „bei schwerwiegenden Verstößen oder Mängeln [...] die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung oder den Einsatz einzelner Verfahren untersagen, wenn die Verstöße oder Mängel entgegen der Anordnung nach Satz 1 und trotz der Verhängung eines Zwangsgeldes nicht in angemessener Zeit beseitigt werden.“

Bereits die Gesetzesbegründung zu § 34 Abs. 5 BDSG a. F., der dem heutigen § 38 Abs. 5 BDSG gleicht, lässt nicht erkennen, dass mit der ausdrücklichen Nennung des Zwangsgeldes in Satz 2 der Vorschrift eine Begrenzung der der Aufsichtsbehörde zustehenden Zwangsmittel auf das Zwangsgeld intendiert gewesen ist.¹⁰⁴

Auch die Binnensystematik der Vorschrift zeigt, dass § 38 Abs. 5 S. 2 BDSG nicht die Möglichkeiten einer Verwaltungsvollstreckung von auf § 38 Abs. 5 S. 1 gestützten Maßnahmen beschränkt: Sowohl § 38 Abs. 5 S. 1 BDSG als auch S. 2 der Vorschrift enthalten separate Ermächtigungsgrundlagen für Primärmaßnahmen, die in einem Stufenverhältnis zueinander stehen: § 38 Abs. 5 S. 1 BDSG ermöglicht allgemein – generalklauselartig – die Anordnung von Maßnahmen zur Beseitigung festgestellter Datenschutzverstöße. § 38 Abs. 5 S. 2 BDSG erlaubt dagegen die darauf aufbauende Untersagung der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung oder den Einsatz einzelner Verfahren, wenn schwerwiegende Verstöße oder Mängel vorliegen und diese entgegen einer Anordnung nach § 38 Abs. 5 S. 1 und trotz Verhängung eines Zwangsgelds nicht beseitigt werden. § 38 Abs. 5 S. 1 und S. 2 BDSG stehen damit also in einem Stufenverhältnis zueinander, wobei S. 2 für den Datenverarbeiter als Adressat einer solchen Anordnung die schwerwiegenderen Rechtsfolgen enthält, die an erhöhte Voraussetzungen – darunter insbesondere die vorherige erfolglose Verhängung eines Zwangsgelds zwecks Durchsetzung einer Anordnung auf Grundlage von § 38 Abs. 5 S. 1 BDSG – gebunden werden.

Dass § 38 Abs. 5 S. 2 BDSG nicht außerdem die beiden anderen nach allgemeinem Verwaltungsvollstreckungsrecht möglichen Zwangsmittel des unmittelbaren Zwangs und der Ersatzvornahme nennt, ergibt sich hier aus der Natur der Sache: Wäre es zu einem solchen Zwangsmittleinsatz gekommen, hätte dieser Einsatz den Datenschutzverstoß, gegen den mittels einer auf § 38 Abs. 5 S. 1 BDSG gestützten Maßnahme vorgegangen wurde, bereits endgültig abgestellt, sodass dann bereits denklogisch kein Raum mehr für eine Untersagungsanordnung nach § 38 Abs. 5 S. 2 BDSG wegen fortgesetzten Verstoßes gegen Datenschutzrecht besteht.

¹⁰⁴ Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Datenverarbeitung und des Datenschutzes v. 06.04.1989, BT-Drs. 11/4306, S. 53.

Auch soweit in der Literatur auf die Problematik eingegangen wird, ob auf § 38 Abs. 5 S. 1 BDSG gestützte Anordnungen mittels des allgemeinen Verwaltungsvollstreckungsrechts durchgesetzt werden können, wird dies bejaht.¹⁰⁵

Soweit in der sonstigen Literatur lediglich die Möglichkeit einer Durchsetzung der Anordnung nach § 38 Abs. 5 S. 1 BDSG mittels Zwangsgeld erwähnt wird unter Nichtnennung der Möglichkeiten des unmittelbaren Zwangs und der Ersatzvornahme, erfolgt dies regelmäßig nur im Rahmen der Kommentierung der Voraussetzungen des § 38 Abs. 5 S. 2 BDSG, sodass damit gerade keine Aussage über Möglichkeiten einer Durchsetzung einer Maßnahme nach § 38 Abs. 5 S. 1 BDSG getroffen wird.¹⁰⁶ Teils wird auch lediglich festgestellt, dass sich aus § 38 Abs. 5 S. 2 BDSG die Möglichkeit einer Durchsetzung der Anordnung nach S. 1 mittels Zwangsgeld ergebe, ohne dass jedoch aus dieser Feststellung geschlossen werden kann, dass § 38 Abs. 5 S. 2 BDSG insoweit abschließend zu verstehen ist und andere Zwangsmittel ausschließt.¹⁰⁷

Einzig den Tätigkeitsbericht von *Ronellenfitsch* als dem Hessischen Datenschutzbeauftragten kann man dahingehend verstehen, dass einer Aufsichtsbehörde nach BDSG zur Durchsetzung datenschutzrechtlicher Anordnungen generell nicht das Zwangsmittel der Ersatzvornahme zustehe.¹⁰⁸ Dies kann aber aus der Systematik und dem Wortlaut des § 38 Abs. 5 nicht hergeleitet werden; dass mit der Vorschrift, insbesondere mit Abs. 5 S. 2, eine Beschränkung der Tätigkeiten der Aufsichtsbehörde einhergehen sollte, lässt sich aus der Historie nicht ableiten; die Systematik lässt dies nicht erkennen und der Zweck der Vorschrift, den Aufsichtsbehörden die Möglichkeit effektiver Durchsetzung an die Hand zu geben, wäre unterlaufen bei einer solchen Lesart.

¹⁰⁵ Von Lewinski, in: Eßer/Kramer/von Lewinski, Auernhammer-Kommentar zum BDSG, § 38 BDSG, Rn. 76; Dorn, in: Gierschmann/Saeugling, Systematischer Praxiskommentar Datenschutzrecht, § 38 BDSG, Rn. 65; Grittmann, in: Taeger/Gabel, Kommentar zum BDSG, § 38, Rn. 35.

¹⁰⁶ So Weichert, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, Kommentar zum BDSG, § 38 BDSG, Rn. 32; Schaffland/Wiltfang, Kommentar zum BDSG, § 38 BDSG, Rn. 26; Petri, in: Simitis, Kommentar zum BDSG, § 38, Rn. 73; Brink, in: Wolff/Brink, Beck'scher OnlineKommentar Datenschutzrecht, § 38 BDSG, Rn. 76; Gola/Klug/Körffler, in: Gola/Schomerus, Kommentar zum BDSG, § 38, Rn. 26.

¹⁰⁷ Plath, in Plath, BDSG, § 38, Rn. 63.

¹⁰⁸ Hessischer Datenschutzbeauftragter, 43. Tätigkeitsbericht 2014, S. 72: „Seitens meiner Dienststelle wurde jedoch darauf verwiesen, dass der Datenschutzbeauftragte nur entsprechende Zustände feststellen [...] kann. Es besteht für ihn jedoch keine Möglichkeit, quasi im Sofortvollzug eine Ersatzvornahme durchzuführen.“

Für die Möglichkeit eines Rückgriffs auf das vollständige Zwangsmittelinstrumentarium zur Durchsetzung von Maßnahmen auf Grundlage des § 38 Abs. 5 S. 1 BDSG spricht schließlich auch Europarecht: Art. 28 Abs. 3 DS-RL schreibt vor, dass die Kontrollstellen für den Datenschutz über wirksame Eingriffsbefugnisse verfügen müssen. Nach der DS-RL kann eine effektive Verfolgung eventueller Verstöße gegen Datenschutzrecht nur erfolgen, wenn die Behörden Verstöße auch selbstständig abstellen und für die Zukunft wirksam unterbinden können.¹⁰⁹ Ein solches selbstständiges Abstellen von Datenschutzverstößen kann aber gerade nur im Wege der Ersatzvornahme erfolgen, nicht durch die bloße Verhängung eines Zwangsgeldes, das lediglich den Adressaten selbst zur Befolgung des entsprechenden Verwaltungsakts anhalten soll.

¹⁰⁹ So auch Garstka/Gill, in: Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht, Ziff. 5.2, Rn. 42.

4. Fazit

Die beiden Bescheide vom 26.06.2013 sowie vom 22.07.2013 enthalten eine Reihe von gravierenden Rechtsfehlern. Angesichts der Zustellungsmängel sind sie schon keine wirksamen Verwaltungsakte, sondern jeweils ein rechtliches Nullum, von dem keinerlei Rechtswirkungen ausgingen.

Darüber hinaus leiden sie an schwerwiegenden inhaltlichen und formalen Mängeln, unterstellt man ihre ordnungsgemäße Zustellung und damit ihre rechtliche Existenz. Hätte sich der – angenommene – Adressat bei einem Rechtsanwalt beraten lassen, hätte dieser ihm zur Rechtsverfolgung zugeraten. Der – angenommene – Adressat hätte vor den Verwaltungsgerichten Erfolg gehabt. Dies gilt selbst vor dem Hintergrund, dass vorliegend u. a. Patientenakten mit besonders geschützten, sog. sensiblen Daten, gefährdet waren.

Frankfurt/Bonn, den 22.12.2017

Prof. Dr. I. Spiecker genannt Döhmann, LL.M.