

Aufsätze

Prof. Dr. Thomas Hoeren, Münster*

Prüfungsbescheide der Datenschutzaufsicht und ihre verwaltungsrechtliche Bindungswirkung¹

1. Einleitung

Sehr häufig fragen Unternehmen bei der Datenschutzaufsicht an, ob ihre Geschäftsmodelle, vor allem die von ihnen verwendeten Einwilligungsmuster, dem geltenden Datenschutzrecht entsprechen. Es kommt dann – häufig nach mühevollen Abstimmungsgesprächen – zu entsprechenden Erklärungen der Datenschutzbehörden. Für die betroffenen Unternehmen sind diese Erklärungen von hoher Bedeutung, da diese allein eine Planungssicherheit bei der weiteren Konzeption eines Geschäftsmodells gewährleisten. Erstaunt nehmen dann die Unternehmen zur Kenntnis, wenn kurze Zeit später die Behörde die Erklärung wieder aufhebt.

2. Abgrenzung von feststellendem Verwaltungsakt und behördlicher Wissenserklärung

Die rechtliche Einordnung solcher Behördenerklärungen erweist sich im Einzelfall als schwierig. So hängt das Problem, wann eine Entscheidung der Datenschutzaufsichtsbehörde Bindungswirkung entfaltet, von der nicht immer einfachen Klassifizierung als Verwaltungsakt im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG² ab³. Insbesondere stellt sich die Frage, ob eine auf Anfrage des Adressaten erteilte schriftliche Äußerung der Datenschutzaufsichtsbehörde, seine Anwendung sei datenschutzrechtlich nicht zu beanstanden, als (feststellender) Verwaltungsakt anzusehen ist.

a) Feststellende Verwaltungsakte im Datenschutzrecht

Im Datenschutzrecht sind feststellende Verwaltungsakte nicht unbekannt. Nach § 38a Abs. 1 BDSG können Berufsverbände Entwürfe für Datenschutz-Verhaltensregeln der zuständigen Aufsichtsbehörde unterbreiten, die dann nach § 38a Abs. 2 die Vereinbarkeit der Entwürfe mit dem geltenden Datenschutzrecht überprüft. So werden Behördenäußerungen im Rahmen von § 38a BDSG bei Vorlage von Verhaltensregeln als feststellende Verwaltungsakte gesehen⁴. Ähnliches dürfte für die Vorabkontrolle nach § 4d Abs. 5 BDSG gelten, bei der betriebliche Datenschutzbehörden dazu gehalten sind, sich bei Zweifelsfällen an die Aufsichtsbehörden zu wenden. Im Übrigen liegt ein Verwaltungsakt unstreitig auch bei Genehmigungen nach § 4c Abs. 2 BDSG vor⁵. Diese Regelungen sind nicht abschließend. Vor allem finden sich keine Anhaltspunkte im Gesetz oder den Gesetzgebungsmaterialien, daß feststellende Verwaltungsakte nur in den Fällen des § 38a BDSG ergehen könnten.

* Prof. Dr. Thomas Hoeren ist Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht der Universität Münster

1 Der Beitrag beruht auf Überlegungen, die der Verf. auf der 29. RDV-Tagung in Köln November 2010 vorgetragen hat. Der Vortragsstil wurde beibehalten; die Fußnoten geben nur die zum Verständnis des Textes notwendigen Belege wieder. Gewidmet ist der Text dem Datenschutzbeauftragten des Landes Schleswig-Holstein, Herrn Dr. Thilo Weichert.

2 Verwaltungsverfahrensgesetz in der jeweiligen landesgesetzlichen Fassung.

3 Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs, 7. Auflage, 2008, § 35 Rn. 69ff.

4 Bizer, in: Simitis, BDSG, 6. Aufl., 2006, § 38a Rn. 56.

5 Simitis, in: Simitis, BDSG, 6. Aufl., 2006, § 4c Rn. 37.

b) Regelungscharakter

Für das Vorliegen eines Verwaltungsaktes im Sinne des § 35 S. 1 VwVfG müsste es sich bei dem Verhalten der Datenschutzaufsichtsbehörden um eine Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung des Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Wirkung nach außen gerichtet ist, handeln.

Die Datenschutzaufsichtsbehörden sind gemäß § 38 Abs. 6 BDSG⁶ von den Landesregierungen oder den von ihnen ermächtigten Stellen als zuständige Aufsichtsbehörden für die Kontrolle der Durchführung des Datenschutzes im Dritten Abschnitt des Bundesdatenschutzgesetzes (Datenverarbeitung nicht-öffentlicher Stellen und öffentlich-rechtlicher Wettbewerbsunternehmen) bestimmt. Eine schriftliche Äußerung gegenüber dem Betroffenen stellt eine behördliche hoheitliche Maßnahme bezogen auf den Einzelfall mit Außenwirkung dar.

Einzig das Merkmal „Regelungscharakter“ ist fraglich. Eine Regelung ist eine behördliche Anordnung, die die Begründung, Aufhebung, Änderung oder Feststellung der Rechte ihres Adressaten bezweckt⁷. Damit stellt sich die Abgrenzungsfrage, ob ein sogenannter feststellender Verwaltungsakt mit Regelungscharakter oder ein schlichter Hinweis auf die Rechtslage, eine bloße Mitteilung oder eine Auskunft ohne Regelungscharakter (behördliche Wissenserklärung) vorliegt. Die Abgrenzung ist im Einzelfall schwierig⁸.

c) Abgrenzung zur Auskunft

Feststellende Verwaltungsakte haben Regelungswirkung, durch die ein Rechtsverhältnis oder sich daraus ergebende Rechte oder Pflichten des Bürgers verbindlich festgestellt werden⁹. Sie dienen hauptsächlich der Präzisierung der Rechtslage¹⁰. Entscheidend für die Abgrenzung zur Wissenserklärung ist ein erkennbarer Regelungswille der Behörde¹¹. Hauptsächlich kommt es dabei auf den Wortlaut des verfügenden Teils (Entscheidungsausspruch) der Äußerung der Behörde an. Begründungsteile entfalten nur nach Maßgabe einer besonderen gesetzlichen Anordnung Regelungswirkung bzw. Bindungswirkung¹². Der Regelungszusammenhang der Verfügung insgesamt ist ebenso zu berücksichtigen¹³. Um Verfahrensklarheit für den Empfänger zu wahren, müssen der Bindungswirkung fähige Feststellungen eindeutig erkennbar sein, weil ihm insoweit eine Anfechtungslast auferlegt wird¹⁴. Ausschlaggebend ist nicht der innere Wille der Behörde, sondern die äußere Form und wie der Adressat das Schreiben bei verständiger Würdigung verstehen konnte. Es gelten die allgemeinen Auslegungsgrundsätze für Willenserklärungen entsprechend § 133 BGB¹⁵. Wenn in einem Rechtsverhältnis aktuell einzelne Rechte oder Pflichten strittig oder klärungsbe-

dürftig sind, dann stellt die abschließende behördliche Erklärung einen Verwaltungsakt dar¹⁶. In der Judikatur finden sich mannigfaltige Einordnungsbeispiele, welche zum Teil uneinheitlich sind¹⁷. Es zeichnet sich aber eine Tendenz ab, Äußerungen über Zulässigkeitsfragen hinsichtlich des Verhaltens des Betroffenen als feststellende Verwaltungsakte einzuordnen. So werden in der Regel sogenannte Negativtests, ob ein bestimmtes Vorhaben oder eine bestimmte Tätigkeit zulässig ist, als feststellende Verwaltungsakte eingestuft¹⁸.

d) Datenschutzaufsicht und feststellender Verwaltungsakt

Eine auf Anfrage des Adressaten erteilte schriftliche Äußerung der Datenschutzaufsichtsbehörde, seine Anwendung sei datenschutzrechtlich nicht zu beanstanden, wird in der Praxis auf einem strittigen oder klärungsbedürftigen Rechtsverhältnis beruhen. Dafür spricht auch, dass das BDSG in seinen Regelungsstrukturen auf zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe verweist. Dies gilt sowohl für die Anforderungen an die Einwilligung wie für die gesetzlichen Zulässigkeitsbedingungen nach § 28 Abs. 1 BDSG. Hier besteht ein hoher Beurteilungsspielraum, der nur durch entsprechende Vorgaben der Datenschutzaufsichtsbehörden plan- und beherrschbar ist. In Bereichen, in denen ein komplexer Subsumtionsvorgang stattfindet, hat die Auskunft einer Behörde nicht nur unverbindlichen Feststellungs-, sondern auch Regelungscharakter. Solange die Behörde nicht explizit einen Regelungswillen ausschließt, spricht der für den Adressaten eindeutig erkennbare feststellende Charakter der schriftlichen Äußerung für eine Einordnung als feststellenden Verwaltungsakt. Die vorherige Anfrage bei der Datenschutzaufsichtsbehörde signalisiert ein Regelungsbedürfnis, welches sich die Datenschutzaufsichtsbehörde annimmt. Mit deren Beantwortung bringt die Behörde den Regelungswillen zum Ausdruck.

6 Bundesdatenschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Januar 2003 (BGBl. I S. 66).

7 BVerwGE 60, 144, 145; 77, 268, 271.

8 Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, 19. Ergänzungslieferung 2009, § 42 Rn. 26.

9 BVerwGE 39, 346; 41, 277; 58, 39, 264, 346; 67, 165; 72, 232.

10 Wolff/Brink, BeckOK VwVfG, Stand: 01.07.2010, § 35 Rn. 138.

11 Dies., BeckOK VwVfG, Stand: 01.07.2010, § 35 Rn. 123 i.V.m. Rn. 139.

12 VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 08.05.2009, 1 S 2859/06, abrufbar unter <http://www.justizportal-bw.de>, Rn. 43; BVerwG, Urteil vom 25.06.2003 – 6 C 17.02 –, NVwZ 2004, 233, 234.

13 Wolff/Brink, BeckOK VwVfG, Stand: 01.07.2010, § 35 Rn. 139.

14 VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 8.5.2009, 1 S 2859/06, a.a.O.

15 VGH Baden-Württemberg, NJW 1993, 1219; OVG Schleswig-Holstein, NJW 2000, 1059; Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs, 7. Auflage, 2008, § 35, Rn. 71 m.w.N.

16 VG Augsburg, NVwZ 1987, 258.

17 Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, Verwaltungsgerichtsordnung, 19. Ergänzungslieferung 2009, § 42 Rn. 27.

18 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Auflage, 2010, § 35 Rn. 96; Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs, 7. Auflage, 2008, § 35, Rn. 83; BGH, GRUR 1986, 79, 80; BVerwG, Urteil vom 1. 7. 1999 – 4 C 23/97 (München), NVwZ, 2000, 195.

e) Gesetzmäßigkeit der Verwaltung

Die begünstigende eindeutige Feststellung, eine Anwendung sei datenschutzrechtlich nicht zu beanstanden, ist auch unter den Gesichtspunkten der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit gemäß dem Rechtsstaatsprinzip sowie dem Prinzip des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 20 Abs. 3 GG zu sehen. Mit der Einordnung als Verwaltungsakt fällt dessen Aufhebung mangels erkennbarer spezialgesetzlicher Regelungen unter den Anwendungsbereich der §§ 48, 49 VwVfG (s.u.). Hier finden Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz sowie in der Sache betroffene Grundrechte in differenzierter Weise Berücksichtigung¹⁹. Solange der feststellende Verwaltungsakt nicht nichtig ist, bleibt er unabhängig von seiner Rechtswidrigkeit im Sinne des § 43 Abs. 2 u. 3 VwVfG bis zu seiner Aufhebung, seinem Zeitablauf oder seiner Erledigung auf anderer Weise wirksam. Genau diese Rechtssicherheit begehrt der Betroffene mit seiner Anfrage. Eine positive schriftliche Äußerung der Datenschutzbehörde ist als Zeichen von Rechtssicherheit für den Adressaten zu verstehen. Gegen die Aufhebung des feststellenden Verwaltungsaktes kann der Betroffene Anfechtungsklage mit der Wirkung des § 80 Abs. 1 VwGO²⁰ erheben. § 80 Abs. 1 S. 2 VwGO betont, dass die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage auch für den feststellenden Verwaltungsakt gilt. So ist ein effektiver Rechtsschutz gewahrt.

Eine auf eine Anfrage des Adressaten hin erteilte schriftliche Äußerung der Datenschutzaufsichtsbehörde, seine Anwendung sei datenschutzrechtlich nicht zu beanstanden, ist dementsprechend als feststellender Verwaltungsakt zu klassifizieren.

3. Bindungswirkung des feststellenden Verwaltungsaktes

Ein solcher Verwaltungsakt entfaltet volle Bestandskraft²¹. Er wird, sofern er nicht nichtig im Sinne des § 43 Abs. 3 VwVfG ist, mit seinem bekanntgegebenen Inhalt (§ 43 Abs. 1 VwVfG) wirksam und bleibt so lange wirksam und damit für die Behörde bindend, bis er aufgehoben oder sonst erledigt ist (§ 43 Abs. 2, 3 VwVfG). Der nicht nichtige feststellende Verwaltungsakt setzt sich also bis zu seiner Aufhebung oder Erledigung wie jeder andere Verwaltungsakt gegen nachfolgende Änderungen der Sach- oder Rechtslage durch. Vor allem können keine Bußgeldverfügungen entgegen der Feststellung im Prüfbescheid erlassen werden²².

Die Verbindlichkeit, mit der der Verwaltungsakt auch seine Konkretisierungs- und Klarstellungsfunktion erlangt, meint eine inhaltliche Bindung an die Regelung im Sinne eines Abweichungs- und nicht eines Aufhebungsverbotes²³. Die Konkretisierungs- und Klarstellungsfunktion gewährt beim begünstigenden Verwaltungsakt dem Adressaten eine Richtschnur,

um die Rechtmäßigkeit seines Handelns zu ermes-sen²⁴. Die Wirksamkeit und somit gegebene Verbindlichkeit, welche unabhängig vom materiellen Recht besteht, unterscheidet den Verwaltungsakt von den übrigen Handlungsformen. Es handelt sich um einen „Akt singulärer Rechtsetzung“²⁵.

4. Notwendigkeit einer Ermächtigungsgrundlage

Für den Erlass eines die Rechtsauffassung des Betroffenen bestätigenden und begünstigenden feststellenden Verwaltungsaktes bedarf es keiner Ermächtigungsgrundlage²⁶. Der Erlass eines feststellenden Verwaltungsaktes kann auch auf eine Ermächtigungsgrundlage gestützt werden, der im Wege der Auslegung zu entnehmen ist, nicht nur bestimmte Ge- und Verbote, sondern darüber hinaus auch damit im Zusammenhang stehende verbindliche Feststellungen zu erfassen²⁷.

Neben der allgemeinen Kontrolle der Durchführung des Datenschutzes durch die Datenschutzbehörden gemäß § 38 BDSG ist auf dem Gebiet des Datenschutzrechtes in § 38 Abs. 1 S. 2 BDSG eine ausdrückliche Beratungspflicht geregelt, mit der eine Entlastung für den Datenschutzbeauftragten und die Betriebe einher gehen soll²⁸. Der Erlass von feststellenden Verwaltungsakten ist in dieser Verpflichtung zu sehen. Feststellende Verwaltungsakte sind daher im Wege der allgemeinen Kontrolle der Durchführung des Datenschutzes, welche von Amts wegen zu erfolgen hat²⁹, von der Ermächtigungsgrundlage des § 38 BDSG gedeckt.

Feststellende Verwaltungsakte der Datenschutzaufsichtsbehörden basieren daher grundsätzlich auf einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Es stellt sich damit lediglich die Frage der formellen und materiellen Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes.

5. Rechtmäßigkeit des feststellenden Verwaltungsaktes

In § 38 Abs. 6 BDSG ist lediglich die sachliche Zuständigkeit, nicht die örtliche Zuständigkeit der Aufsichts-

19 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Auflage, 2010, § 48 Rn. 5 u. § 49 Rn. 3a.

20 Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991.

21 Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs, 7. Auflage, 2008, § 35 Rn. 219.

22 Schwierig ist die Frage, ob auch im Zivilrecht – etwa bei Abmahnungen durch Verbraucherschutzverbände – die Bestandskraft der Feststellungen zum Tragen kommen.

23 Kracht, Feststellender Verwaltungsakt und konkretisierende Verfügung, 2002, S. 89.

24 Engel, Planungssicherheit für Unternehmen durch Verwaltungsakt, 1992, S. 10.

25 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Auflage, 2010, § 35 Rn. 4.

26 BVerwGE 119, 123ff.; 72, 265ff.; 96, 160, 162.

27 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Auflage, 2010, § 35 Rn. 24a.

28 Gola/Schomerus, BDSG, 10. Auflage 2010, § 38 Rn. 7a.

29 Gola/Klug, Grundzüge des Datenschutzrechts, 2003, S. 107.

behörden geregelt. Maßgeblich ist für die örtliche Zuständigkeit in Anlehnung an § 3 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG nach herrschender Auffassung, in welchem Bezirk das Unternehmen oder die Betriebsstätte betrieben wird. Bei einem Unternehmen mit mehreren Zweigstellen oder Betrieben in verschiedenen Ländern können mehrere Aufsichtsbehörden zuständig sein. Eine abschließende Zuständigkeit der Behörde, in deren Zuständigkeitsbereich der Sitz des Unternehmens angesiedelt ist, besteht nicht. Dennoch ist eine Abstimmung und Unterstützung der Behörden im Wege der Amtshilfe angezeigt³⁰.

In den in der Praxis vorangegangenen Abstimmungsgesprächen ist eine Anhörung im Sinne des § 28 Abs. 1 VwVfG zu sehen, und der Verwaltungsakt ergeht verfahrensgemäß. Mit der schriftlichen Äußerung ist in jedem Falle auch die Form gewahrt. Derartige Verwaltungsakte sind daher regelmäßig formell rechtmäßig.

Die materielle Rechtslage hängt vom jeweiligen Einzelfall ab. Sie ist vor allem für die Aufhebung des Verwaltungsaktes durch die Datenaufsichtsbehörde relevant.

6. Aufhebung des feststellenden Verwaltungsaktes

Hinsichtlich einer späteren Aufhebung gelten für feststellende Verwaltungsakte keine anderen Regeln als für gewährende Verwaltungsakte³¹. Die Entscheidung über die Aufhebung eines Verwaltungsaktes ergeht in einem neuen Verwaltungsverfahren im Sinne des § 9 VwVfG durch einen weiteren Verwaltungsakt. Mit der Aufhebung verliert der Ursprungsverwaltungsakt seine Wirksamkeit (§ 43 Abs. 2 VwVfG). Einer Aufhebung sind mit §§ 48, 49 VwVfG aber relativ enge Grenzen gesetzt. Nach dem allgemeinen Verwaltungsrecht kommt Verwaltungsakten ein erheblicher Schutz gegen die einseitige Aufhebung durch die Behörde zu. Die Aufhebung eines begünstigenden Verwaltungsaktes ist zusätzlich erschwert³².

Dies begründet sich in dem auch im Verwaltungsrecht geltenden allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben³³. Das Gebot der Widerspruchsfreiheit staatlichen Verhaltens ist wichtigstes Motiv für die Aufhebungsbeschränkungen³⁴. Der Staat darf nicht mit der einen Hand geben, was er mit der anderen Hand wieder nimmt³⁵.

Insgesamt sind die §§ 48, 49 VwVfG Ausprägungen des Prinzips der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes sowie in der Sache betroffener Grundrechte³⁶. Die Verwaltungsverfahrensgesetze unterscheidet bei der Aufhebung von Verwaltungsakten zwischen Rücknahme (§ 48 VwVfG) und Widerruf (§ 49 VwVfG).

a) Widerruf nach § 49 VwVfG

Die Möglichkeit des Widerrufs besteht über den Wortlaut des § 49 Abs. 1, 2 VwVfG hinaus nicht nur bei

rechtmäßigen, sondern auch bei rechtswidrigen Verwaltungsakten. Die Formulierung des § 49 VwVfG ist als klarstellende Betonung des gegenüber der Rücknahme weitergehenden Anwendungsbereichs zu verstehen³⁷. Ob eine als Widerruf bezeichnete Aufhebung in eine Rücknahme nach § 48 VwVfG umgedeutet werden darf, ist zweifelhaft und hängt im Einzelfall von weitergehenden Wirkungen der Rücknahme gegenüber dem Widerruf ab³⁸. Eine derartige Umdeutung wird auch gänzlich verneint³⁹.

Die Datenschutzaufsichtsbehörde dürfte sich demnach an § 49 VwVfG messen lassen, wenn sie einen feststellenden Verwaltungsakt mit der Formulierung „Widerruf“ aufhebt. Handelt es sich um einen rechtmäßigen Ursprungsverwaltungsakt, richtet sich die Aufhebung ohnehin nach § 49 VwVfG.

Der Widerruf nach § 49 VwVfG ist wegen des Vertrauensschutzes lediglich unter bestimmten Voraussetzungen rechtmäßig. Bei begünstigenden Verwaltungsakten im Sinne des § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG ist ein Widerruf nur für besondere Fälle gestattet⁴⁰. So darf dieser gemäß § 49 Abs. 2 S. 1 VwVfG, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft nur widerrufen werden,

- wenn der Widerruf durch Rechtsvorschrift zugelassen oder im Verwaltungsakt vorbehalten ist;
- wenn mit dem Verwaltungsakt eine Auflage verbunden ist und der Begünstigte diese nicht oder nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat;
- wenn die Behörde auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde;
- wenn die Behörde auf Grund einer geänderten Rechtsvorschrift berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, soweit der Begünstigte von der Vergünstigung noch keinen Gebrauch gemacht oder auf Grund des Verwaltungsaktes noch keine Leistungen empfangen hat, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde;
- um schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen.

Das Vorgehen der Datenschutzbehörde wird häufig auf neue Tatsachen im Sinne des § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwVfG oder neue normative Anforderungen gemäß

30 Petri in: Simitis, BDSG, 6. Aufl., 2006, § 38 Rn. 26; Gola/Schomerus, BDSG, 10. Auflage 2010, § 38 Rn. 33.

31 Engel, Planungssicherheit für Unternehmen durch Verwaltungsakt, 1992, S. 13.

32 Ders., Planungssicherheit für Unternehmen durch Verwaltungsakt, 1992, S. 5ff.

33 BVerwGE 9, 155, 160; 3, 199, 203, 205; 5, 136, 140; 6, 111, 114.

34 Peine, JZ 1990, 201, 210; Domke, Rechtsfragen der Bestandskraft von Verwaltungsakten, 1989, S. 94.

35 Engel, Planungssicherheit für Unternehmen durch Verwaltungsakt, 1992, S. 9.

36 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Auflage, 2010, § 48 Rn. 5 u. § 49 Rn. 3a.

37 Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, 7. Auflage, 2008, § 49 Rn. 6.

38 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Auflage, 2010, § 47 Rn. 16a.

39 OVG Nordrhein-Westfalen, NVwZ 1988, 942, 943.

40 Sachs in: Stelkens/Bonk/Sachs, 7. Auflage, 2008, § 49 Rn. 2.

§ 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwVfG gestützt. Mit den neuen Tatsachen oder neuen normativen Anforderungen bestehen hinsichtlich des Widerrufs bereits hohe tatbestandliche Voraussetzungen. Ein Meinungswechsel der Datenschutzaufsicht rechtfertigt einen Widerruf ebenso wenig wie der Druck anderer Aufsichtsbehörden etwa über den Düsseldorfer Kreis. Zudem darf in beiden Fällen ohne den Widerruf das öffentliche Interesse nicht gefährdet sein. Dafür muss der Widerruf zur Abwehr einer Gefährdung des öffentlichen Interesses erforderlich sein. Er muss also zur Beseitigung oder Verminderung eines sonst drohenden Schadens für den Staat, die Allgemeinheit oder für andere von der Rechtsordnung geschützte Rechte oder Rechtsgüter wie beispielsweise von Individualrechten erforderlich sein⁴¹.

Nach § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwVfG hat die Datenschutzaufsicht nach erfolgtem Widerruf des betroffenen Unternehmens auf Antrag für den Vermögensnachteil zu entschädigen, den dieses dadurch erleidet, dass es auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat, soweit sein Vertrauen schutzwürdig ist. Hinzu kommen noch Ansprüche aus Staatshaftungsrecht⁴². Gemäß § 49 Abs. 6 S. 2 in Verbindung mit § 48 Abs. 3 S. 3 VwVfG ist der Vermögensnachteil jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus zu ersetzen, das der Betroffene an dem Bestand des Verwaltungsaktes hat. Der auszugleichende Vermögensnachteil wird nach § 49 Abs. 6 S. 2 in Verbindung mit § 48 Abs. 3 S. 4 VwVfG durch die Behörde festgesetzt. Er umfasst die Kosten für den Druck und die Verbreitung neuer AGB sowie darauf bezogene Marketingmaßnahmen. Auch müssen die sonstigen erhöhten Kosten einer neuen Strategie zur Beschaffung der Daten erstattet werden. Auch durch den Widerruf bedingte Softwarekosten sind zu erstatten, ebenso wie die Schulungskosten für das Personal.

Der Anspruch kann im Sinne des § 49 Abs. 6 S. 2 in Verbindung mit § 48 Abs. 3 S. 5 VwVfG nur innerhalb eines Jahres geltend gemacht werden; die Frist beginnt, sobald die Behörde den Betroffenen auf sie hingewiesen hat. Für Streitigkeiten über die Entschädigung ist der ordentliche Rechtsweg gegeben (§ 49 Abs. 6 S. 3 VwVfG). Für einen rechtmäßigen Widerruf muss die Behörde nach dem Verweis in § 49 Abs. 2 S. 2 VwVfG in jedem Fall die Frist des § 48 Abs. 4 VwVfG einhalten.

b) Rücknahme nach § 48 VwVfG

Eine Rücknahme nach § 48 VwVfG setzt einen rechtswidrigen Verwaltungsakt voraus. Gemäß § 48 Abs. 1 S. 1 VwVfG kann ein rechtswidriger Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft oder für die Vergangenheit zurückgenommen werden. Diese im Rahmen der Ermessensentscheidung sogenannte freie Rücknehmbarkeit wird für begünstigende Verwaltungsakte im Sinne des § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG durch

§ 48 Abs. 3 VwVfG im Interesse des Vertrauensschutzes erheblich eingeschränkt⁴³.

Rechtswidrige Verwaltungsakte im Sinne des § 48 Abs. 3 VwVfG kann die Behörde auch bei schutzwürdigem Vertrauen des Betroffenen zurücknehmen. Jedoch hat die Behörde dann gemäß § 48 Abs. 3 S. 1 VwVfG dem Betroffenen auf Antrag den Vermögensnachteil auszugleichen, den dieser dadurch erleidet, dass er auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat, soweit sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse schutzwürdig ist. Nach dem Verweis in § 48 Abs. 3 S. 1 VwVfG auf § 48 Abs. 2 S. 3 VwVfG kann sich der Begünstigte u.a. nicht auf Vertrauen berufen, wenn er den Verwaltungsakt durch Angaben erwirkt hat, die in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig waren. Ferner gibt es keinen Vertrauensschutz, wenn das betroffene Unternehmen die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes kannte oder infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte. Auch für eine rechtmäßige Rücknahme muss die Behörde die Frist des § 48 Abs. 4 VwVfG einhalten.

Ob das Vertrauensinteresse des Begünstigten überwiegt, hängt von den konkreten Umständen und ihrem Gewicht im Einzelfall ab. Hierbei spielen Gesichtspunkte wie die Auswirkung der Rücknahme auf den Begünstigten, die Folgen der Nichtrücknahme für die Allgemeinheit und Dritte, die Art und das Zustandekommen des Verwaltungsaktes, die Schwere der Rechtswidrigkeit und die seit dem Erlass des Verwaltungsaktes verstrichene Zeit eine Rolle⁴⁴.

Unter diesen Gesichtspunkten lässt sich nach erfolgter Rücknahme zumindest eine Entschädigung von Unternehmen für das Vertrauen in auf Nachfrage erteilte schriftliche Erklärungen der Datenschutzbehörden, dass ihre Geschäftsmodelle dem geltenden Datenschutzrecht entsprechen, im Einzelfall begründen.

7. Zusammenfassung

Auf Nachfrage erteilte schriftliche Erklärungen der Datenschutzbehörden gegenüber Unternehmen, dass ihre Geschäftsmodelle dem geltenden Datenschutzrecht entsprechen, können durchaus einen Verwaltungsakt im Sinne des § 35 VwVfG darstellen. Es handelt sich dann um sogenannte feststellende Verwaltungsakte. Diese entfalten volle Bindungswirkung. Einer Ermächtigungsgrundlage bedarf es zumeist nicht; ansonsten ist § 38 BDSG heranzuziehen. Eine spätere Aufhebung ist nur unter den bestimmten Voraussetzungen der §§ 48, 49 VwVfG rechtmäßig. Unter Umständen können Entschädigungsansprüche der Betroffenen hinsichtlich der Aufhebung bestehen. ■

41 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 11. Auflage, 2010, § 49 Rn. 48 u. 53.

42 Diese Ansprüche können nebeneinander bestehen (BGH, Urt. v. 30.6.1988, NJW 1988, 2885).

43 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auflage, 2009, § 11 Rn. 28.

44 Ders., Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Auflage, 2009, § 11 Rn. 33.