

auf die sog. Entsprechungsklausel ein, dies aus der Rechtsprechung stammende Kriterium modifiziert die Dogmatik und diene damit als zusätzliche Beschränkung des Kreises an potenziellen Garantenstellungen. Insofern stellt *Bayer* eine dem Zivilrecht abweichende Wertung fest, sodass sie das besondere Vertrauensverhältnis als zusätzliches „strafrechtsautonomes Kriterium“ qualifiziert. Zusätzlich arbeitet sie akzentuiert heraus, dass die Rechtsprechung sich dadurch von der formellen Rechtsquellenlehre entfernt hat und Garantenstellungen zunehmend nur aus dem Vertrauensverhältnis selbst abgeleitet werden (S. 177, 205, insb. im Bereich der Fallgruppen im Zwischenbereich der traditionellen Rechtsquellenlehre, S. 211). Insofern kommt *Bayer* zu dem konsequenten Zwischenergebnis, dass der Vertrauensgedanke als materieller Kern der strafrechtlichen Garantenstellung dient (S. 212). Entscheidend für die Annahme einer Garantenstellung sei demnach nicht das formelle Bestehen eines Vertragsverhältnisses, sondern dass das zivilrechtliche Verhältnis durch ein gewisses tatsächliches Vertrauen der Parteien zueinander geprägt sein muss (S. 224). Dieses fehle bspw. bei einem schlichten Leistungsaustausch (S. 224) wird jedoch bei gesellschaftsrechtlichen Beziehungen bejaht (S. 226 f.). Problematisch erscheint die Bewertung im Rahmen von arbeitsvertraglichen Verhältnissen, wobei *Bayer* die entwickelte ablehnende Tendenz der Rechtsprechung deutlich herausarbeitet (S. 227 ff.). Die Darstellung pointiert in luzider Weise, dass diese Linie der Rechtsprechung wenig mit einer generalisierenden Betrachtungsweise zu tun hat. Es gehe vielmehr um eine Einzelfallbetrachtung, die die tatsächliche Ausgestaltung der Beziehung zwischen den Vertragspartnern in den Blick nimmt (S. 242). Zusammenfassend stellt *Bayer* aber dar, dass die Vertragstypen, bei denen die Rechtsprechung ein Vertrauensverhältnis annimmt, sowohl durch das Merkmal der Dauerhaftigkeit, durch die besondere Personenbezogenheit sowie durch das strukturelle Informationsgefälle der Vertragsparteien geprägt sind (S. 246, 248, 250). Die Ausführungen *Bayers* münden in ihrem konsequent durchdachten Ergebnis, dass die betrugspezifische Garantenstellung nach Auffassung der Judikatur ihren Kern im materiellen Vertrauensprinzip findet, sodass die formelle Rechtsquellenlehre hiermit abgelöst zu sein scheint (S. 281).

Ihre gefundenen Ergebnisse nimmt sie zum Anlass, um diese in ihrem dritten Kapitel (S. 282 – 311) einer kritischen Würdi-

gung zu unterziehen und „den Finger in die Wunde zu legen“. Hierzu wird sowohl die fehlende Aussagekraft des Vertrauensbegriffs sowie die mangelnde Bestimmtheit der sozialen Erwartungen an die Speerspitze ihrer Kritik gestellt. Systematisch entzieht *Bayer* jedem Konzept zur Konturierung des durch die Rechtsprechung verlangten „berechtigten Vertrauens“ den Boden, indem sie deren Schwachstelle beleuchtet und aufzeigt, dass die Argumentation meist einem Zirkelschluss unterliegt oder es bei genauer Betrachtung an der originären Verankerung des Vertrauensgedankens im Recht fehlt. Auch der Versuch, den unbestimmten Rechtsbegriff über die „Erwartungserwartungen“ zu schärfen, enttarnt *Bayer* nonchalant als Feigenblatt, dem selbst die Konkretisierung fehle. Im Einklang mit *Vogel* weist sie auf die fehlende Basis – rechtssoziologischer Erkenntnisse – hin, die zur Bestimmung sozialer Erwartungshaltungen gefunden werden und eine gewisse Allgemeingültigkeit für sich beanspruchen können. Zur Überwindung dieser Schwierigkeiten fordert *Bayer* eine beharrliche Rückbesinnung auf die formelle Rechtsquellenlehre und führt dezidiert aus, warum es einer Ingerenz-Garantenstellung nicht mehr bedürfe (S. 292 ff.).

3. Fazit

Bayer gelingt es durch eine äußerst sorgfältige Recherche die Rechtsprechungspraxis der letzten Jahrzehnte zu rekapitulieren und hinsichtlich der zum Teil undurchdringbar anmutenden Argumentationslinien der Rechtsprechung „Licht ins Dunkeln“ zu bringen. Diese Systematisierung ist gleichzeitig der wichtigste Beitrag, den die Verfasserin durch ihre Arbeit sowohl der Praxis als auch der Wissenschaft liefert. Sie bietet aus praktischer Perspektive weitreichende rechtliche Anreize, um in Betrugsstrafsachen eine einheitliche Argumentationslinie aufzubauen und gleichzeitig auf zahlreiche Entscheidungen zuzugreifen. Dies wird auch durch die klare und akzentuierte Ausdrucksweise der Verfasserin deutlich. Die rechtlichen Schlussfolgerungen, nämlich die Rückbesinnung auf die formelle Rechtsquellenlehre sowie die Obsoleszenz der Ingerenz-Garantenstellung sind in diesem Kontext jedenfalls zwar keine „neuartigen“ Lösungsvorschläge, was *Bayer* aber durch ausreichende Zitate kenntlich macht (vgl. S. 315 ff.). Ihre Leistung ist dennoch insgesamt beachtenswert.

Syndikusrechtsanwältin Franziska Stapelberg,
LL.M. (Wirtschaftsstrafrecht), Köln

Schwartzmann/Jaspers/ Thüsing/Kugelman: DS-GVO/ BDSG – Datenschutzgrund- verordnung/Bundesdaten- schutzgesetz

C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2. neu bearbeitete
Auflage 2020, ISBN 978-3-8114-5565-8, EUR 189,00.

Der Kommentar zur Europäischen Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) und zum Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) ist in der Reihe der Heidelberger Kommentare im C.F. Müller Verlag erschienen. Er wurde zwei Jahre nach Erstausgabe und damit auch gut zwei Jahre nach Inkrafttreten der DS-GVO in neuer Auflage veröffentlicht und umfangreich überarbeitet. Herausgeber sind Rolf Schwartzmann, Andreas Jaspers, Gregor Thüsing und Dieter Kugelman, die weiteren Autor*innen sind namhafte Expert*innen im Datenschutzrecht aus Wissenschaft, Aufsichtsbehörden und unternehmerischer Beratung.

Die Kommentierung der Europäischen Datenschutzgrundverordnung ist bereits komplex aufgrund des Nebeneinanders wie auch des Ineinandergreifens von europäischer

und nationaler Gesetzgebung zum Datenschutz, der Verwendung von Öffnungsklauseln, der Datenschutz-Gesetzgebung der einzelnen Bundesländer und der zum Verständnis und Hintergrund der Entwicklung zu ziehenden Vergleiche zur vormaligen Rechtslage (BDSG alter Fassung (a.F.) und Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG). Daneben sind die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs wie auch deutscher, unterschiedlicher (Fach-)Gerichte – von Bundesgerichtshof bis hin zu beispielsweise Landesarbeitsgerichten und Verwaltungsgerichten –, Äußerungen des Europäischen Datenschutzausschusses (EDSA) sowie Verlautbarungen der Datenschutzkonferenz (DSK) und Entscheidungen einzelner Aufsichtsbehörden, auszuführen, um nur einige Beispiele zu nennen.

Ebenso sind weitere, teilweise eng verwandte oder angrenzende/ergänzende Rechtsgebiete wie Regelungen zur ePrivacy, zum Telekommunikations- und Telemedienrecht, aber auch der IT-Security und dem eCommerce auszuführen, wobei gerade die ersteren sich bekanntermaßen in stetiger Entwicklung der Rechtssetzung befanden und befinden – vor kurzem erst ist das Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) in Kraft getreten. Des Weiteren ist die datenschutzrechtliche Einordnung oder auch Prüfung der Zulässigkeit von Datenverarbeitungen in besonderem Maße auch den (technischen) Fortschritten in der Datenverarbeitung unterworfen beziehungsweise geht mit diesem einher; genannt seien als Beispiele die Möglichkeiten des Trackings im Allgemeinen, die Gestaltung von Cookies im Besonderen oder die Entwicklung bei (lernender) KI, diese Materien entwickeln sich überaus rasant und sind teilweise sehr technisch geprägt. Die Voraussetzungen beispielsweise des Transfers von Daten in ein Drittland sind ebenso stetiger Entwicklung unterworfen und können der Natur der Sache nach nur bis Redaktionsschluss aktualisiert werden. Ähnliches gilt auch für Entwicklungen der Auskunftsansprüche nach Artikel 15 DS-GVO, welche mittlerweile durch eine Vielzahl von gerichtlichen Entscheidungen, insbesondere zu deren Reichweite, möglicher Rechtsmissbräuchlichkeit und eventuellen Schadenersatzansprüchen zunehmend an Konkretisierung seit Inkrafttreten der DS-GVO gewonnen haben.

Themen, die zum Zeitpunkt der zweiten Auflage noch als beginnende Pandemie bezeichnet werden konnten, haben bereits Eingang gefunden, wie Problematiken rund um die datenschutzrechtliche Zulässigkeit von Maßnahmen zur Bekämpfung einer Pandemie, so die Kontaktverfolgung mittels einer App oder andere datenschutzrechtliche Ausprägungen der Infektionsschutzgesetzgebung.

Die Kommentierung der DS-GVO erfolgt parallel zum deutschen Datenschutzrecht in übersichtlicher Weise und im Nebeneinander möglichst „einfach“, verständlich und nachvollziehbar – sowohl in Darstellung als auch in Zuordnung ist dies nach Ansicht der Rezensentin mehr als gelungen.

Im Aufbau folgt die Kommentierung den Artikeln der DS-GVO, die Vorschriften des BDSG und deren Kommentierung sind an den hierzu passenden Stellen eingefügt und grau hinterlegt, was grafisch der raschen Einordnung dient. Die Kommentierung der Vorschriften des BDSG n.F. ist im Aufbau analog zur DS-GVO dargestellt. Ergänzt wird diese Darstellung sozusagen in umgekehrter Reihenfolge im Rah-

men der vorangestellten Nutzungshinweise, in welchen den BDSG-Vorschriften die Artikel der DS-GVO in tabellarischer Form zugeordnet werden, dies in Ergänzung der jeweiligen Fundstellen.

Der Aufbau der Kommentierung mit dem jeweils vorangestellten Inhaltsverzeichnis und der teilweise sehr umfangreiche Anführung von weiterer Literatur, folgen die „Einordnung“ und der „Hintergrund“ der Norm. Hierunter werden auch die einschlägigen Erwägungsgründe der einzelnen Artikel aufgeführt, wobei diese nicht lediglich aufgezählt, sondern wiederum im Zusammenhang eingeordnet beziehungsweise an manchen Stellen geradezu selbst „kommentiert“ werden. Im Rahmen von Normengenese und -umfeld werden die Bezüge zum BDSG n.F. aufgezeigt, ebenso wie die Entwicklung der Rechtslage dargestellt, wie zum BDSG a.F., ergänzt teilweise auch um Hinweise zur Rechtslage nach Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG. Es finden sich hier ebenfalls Ausführungen zu Working Papers (WP) der Art. 29-Datenschutzgruppe und zu Beschlüssen des Düsseldorfer Kreises. Die Bezüge zur vormaligen Rechtslage könnten zwar als eher umfangreich bezeichnet werden, jedoch sind aus Sicht der Rezensentin diese auf die wesentlichen Entwicklungen beschränkt. Beispielfhaft genannt seien hier die Ausführungen zum WP259 der Art. 29-Datenschutzgruppe zur datenschutzrechtlichen Einwilligung von Kindern und Minderjährigen nach Artikel 8 DS-GVO, welche zum grundlegenden Verständnis und zur Auslegung der Norm beitragen und so die Anwendung auf neue, aus Sicht der Praxis erstmalig zu entscheidenden Sachverhalten, erleichtern.

Die (eigentliche) Kommentierung ist zum einen nach Ansicht der Rezensentin ebenfalls in sehr geordneter Weise mittels präziser Überschriften dargestellt und gegliedert.

Dabei hilft, dass an diversen Stellen auch Fallgruppen gebildet worden sind, was eine Einordnung grundsätzlich erleichtert. Bei Auseinanderfallen von Meinungen und Ansichten werden diese dargestellt, beispielsweise nach Ansicht der Literatur, Ansicht der Datenschutzaufsichtsbehörden und Sichtweise des BGH und ergänzt um die Bedeutung für die Praxis. Auf letztere wird im Rahmen der Kommentierung besonders Wert gelegt, was die Rezensentin aus Tiefe und Umfang der Ausführungen folgert. Hieran wird deutlich, dass den Autoren an einer echten „Hilfe für die tägliche Praxis“ gelegen ist.

Diesen Anspruch ergänzen auch die Praxishinweise, an welchen sich nach Ansicht der Rezensentin ablesen lässt: weitestgehend umfassend. Denn es findet sich gegliedert dargestellt die „Relevanz“ der Norm für öffentliche Stellen, für nichtöffentliche Stellen, für betroffene Personen, für Aufsichtsbehörden und für das Datenschutzmanagement. Letztere sind – als Beispiel werden die Meldepflichten gegenüber den Aufsichtsbehörden, Art. 33 f. DS-GVO herangezogen – derart aufbereitet, dass sie geradezu als „Anleitung für die Praxis“ für die notwendigen internen Prozesse bezeichnet werden können. Es wird an dieser Stelle beispielsweise auf die Erstellung eines Incident Response Plans und des hierfür notwendigen Inhalts hingewiesen, welcher von Internen Richtlinien, über die Implementierung eines geeigneten Incident Response Systems bis zum Kontakt zu Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörden reicht.

Die Praxishinweise dienen zum einen der umfassenden Sicht auf die Bedeutung einer Vorschrift für die Praxis. Vor allem bei dem Bedürfnis nach zügiger Einordnung und rascher Suche nach Bedeutung einer Norm, helfen die letztlich als „aufbereitete“ Perspektivwechsel gestalteten Hinweise. Für den alltäglichen Gebrauch in der Praxis ist dies nach Ansicht der Rezensentin überaus wertvoll.

Die Kommentierung schließt jeweils mit Hinweisen zur (möglichen) Sanktionierung; mögliche Verstöße und drohende Geldbußen werden benannt, so dass für den ersten Eindruck nicht stets in Artikel 83 f. DS-GVO „gesucht“ werden muss. An einigen Stellen finden sich am Ende der Kommentierung umfangreichere Exkurse zur eCommerce-Richtlinie, zur ePrivacy-Richtlinie, dem Telekommunikations- und Telemedienrecht.

Hervorzuheben sind auch die für den*die Fachleser*in fast schon ungewöhnlich oder zumindest „untypische“ gewählte Darstellungsformen von Checklisten, Tabellen und Schaubildern. Beispielsweise für die Informationspflichten im Rahmen von Artikel 13 und 14 DS-GVO ist nach Meinung der Rezensentin die Zusammenfassung in tabellarischer Form, gerade auch zusammengeführt beziehungsweise in Gegenüberstellung dieser beiden Vorschriften, sehr übersichtlich und hilfreich. Ebenso wie beispielsweise die Ausführungen zu Artikel 26, der Gemeinsamen Verantwortlichkeit für die Datenverarbeitung, welche die wesentlichen Inhalte einer Vereinbarung über eine solche Verarbeitung nochmals aufbereitet zusammenfasst.

Neben der eigentlichen Kommentierung sind in den Anhängen die Erwägungsgründe zur DS-GVO sowie der Gesetzes-

text des BDSG abgedruckt. Das Buch schließt mit dem Stichwortverzeichnis, das nicht ganz so konsequent umgesetzt ist, wie man es sich vielleicht wünschen würde. Beispielhaft sei genannt, dass die 1&1-Entscheidung hierin aufgeführt wird, die Planet49-Entscheidung hingegen nicht. Auch die neu aufgenommenen Ausführungen zur „Pandemie“ lassen sich unter diesem Stichwort nicht finden, auch nicht unter „Kontaktverfolgung“ oder „Infektionsschutz(gesetz)“, allerdings unter „Corona-App“ mit sämtlichen Fundstellen. Dieser Kritikpunkt kann als vernachlässigbar und nicht von wesentlicher Bedeutung für das Werk insgesamt eingestuft werden.

Aus Sicht der Rezensentin erweist sich die vorliegende Kommentierung der DS-GVO als überaus geeignet für die vielseitige Verwendung. Sowohl für das eigentliche Verständnis der datenschutzrechtlichen Regelungen, als Nachschlagewerk bei Einzel- oder Zweifelsfragen und besonders für die Nutzung in der täglichen Praxis. Gerade die Aufbereitung der teilweise unterschiedlichen oder gar gegenläufigen Perspektiven des für Datenverarbeitung Verantwortlichen, der Betroffenen sowie der Stellung und Aufgaben von Aufsichtsbehörden macht diesen Kommentar zu einer wertvollen Unterstützung.

Ich schließe zusammenfassend und wohl eher außer der Reihe einer solchen Rezension, mit einem persönlichen Wort: Als meine Tochter das Buch sah und ich ihr erklärt habe, dass ich hierüber etwas schreibe, sagte sie stolz am Folgetag zu einer Freundin: „Meine Mama hat dieses dicke Buch *ganz* gelesen!“, was aus Sicht zweier Lese-Anfängerinnen eine andere Qualität der Aussage hat. Ich antwortete „Nein – aber ich würde es wirklich gerne, weil es ein großartiges Werk ist! Und ich danach sehr viel schlauer wäre.“