

Bundeskanzleramt – Verfassungsdienst
Ballhausplatz 2
A-1010 Wien
Per E-Mail v@bka.gv.at

Präsidium des Nationalrates
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at



Wien, 14.06.2017

Stellungnahme zum Bundesgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert, das Datenschutzgesetz erlassen und das Datenschutzgesetz 2000 aufgehoben wird (Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018)

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir danken für die Möglichkeit, zum Entwurf des neuen Datenschutzgesetzes Stellung nehmen zu können.

Wir begrüßen sehr, dass der österreichische Gesetzgeber eine moderate Umsetzung plant und davon absieht, Regelungen zu treffen, die über die Grundprinzipien der DSGVO hinausgehen. Damit ermöglicht es der Gesetzgeber, dass österreichische Unternehmen nicht über die Maßen gegenüber anderen Unternehmen im EU-Binnenmarkt belastet werden und verhindert eine weitere Einschränkung der Wettbewerbsfähigkeit.

Ferner wird auch sehr begrüßt, dass der Datenschutz auf natürliche Personen fokussiert wird und eine Ausdehnung auf juristische Personen (im Einklang mit der DSGVO) nicht vorgenommen wird.

Wichtig wäre in Hinblick auf die Vereinheitlichung mit den österreichischen zivilrechtlichen Regelungen, dass Minderjährige ab dem Alter von **14 Jahren** eine datenschutzrechtlich gültige Einwilligungserklärung abgeben können.

Abgesehen davon müssen folgende 3 Punkte unbedingt beachtet werden:

1. Rechtsgültig erteilte Einwilligungserklärungen müssen weiter gelten

Viele Unternehmen - so auch die Telekommunikationsunternehmen - haben in den letzten Jahren von ihren Kunden Einwilligungserklärungen zur Datenverarbeitung eingeholt. Es muss sichergestellt und zumindest in den Erläuternden Bestimmungen geklärt werden, dass diese Einwilligungserklärungen, wenn sie den bisherigen rechtlichen Anforderungen entsprochen haben, auch weiter gelten. Dies aus zwei Gründen:

- Unternehmen würden an ihre Kunden mit neuen Einwilligungserklärungen herantreten und sie damit unnötig belästigen und
- andererseits würde den Unternehmen unnötige Kosten auferlegt werden, die schlussendlich wieder von Kunden zu tragen sind. Zusätzlich würde eine immense Rechtsunsicherheit geschaffen werden.

Eine Fortgeltung von bisher rechtmäßigen Einwilligungserklärungen ist daher dringend geboten und lässt sich auch gut mit den Anforderungen der DSGVO in Einklang bringen.



Die DSGVO stellt nämlich bei der „Art“ der Erteilung der Einwilligung unter anderem auf die Freiwilligkeit der erteilten Einwilligungserklärung ab (Erwägungsgrund 43), die auch bisher vorliegen musste. Um Klarheit zu schaffen und ein Beispiel für den Maßstab für die Freiwilligkeit zu beschreiben, sollte Erwägungsgrund 43 zitiert werden. Nach Erwägungsgrund 43 ist Freiwilligkeit bei grobem Ungleichgewicht nicht gegeben. Genauere Details und die Argumentationslinie dazu sehen Sie bitte im Anhang. Wir schlagen daher vor, zumindest den letzten Absatz der erläuternden Bemerkungen zu diesem Punkt in Einklang mit der DSGVO zu ergänzen, dass er lautet wie folgt

„Beruhen die Verarbeitungen auf einer Zustimmung gemäß dem DSG 2000, so ist es nicht erforderlich, dass die betroffene Person erneut ihre Einwilligung dazu erteilt, wenn die Art der bereits erteilten Zustimmung den Bedingungen der DSGVO entspricht, so dass der Verantwortliche die Verarbeitung nach dem Zeitpunkt der Anwendung der DSGVO fortsetzen kann. Dies entspricht den im Erwägungsgrund 171 der DSGVO enthaltenen Ausführungen zur „Einwilligung“ nach der Richtlinie 95/46/EG. Die Bedingungen der DSGVO sehen unter anderem Freiwilligkeit vor. Freiwilligkeit liegt gemäß dem Erwägungsgrund 43 zu Art 7 Abs 4 DSGVO dann nicht vor, wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht, insbesondere wenn es sich bei dem Verantwortlichen um eine Behörde handelt, und es deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde.“

2. Primäre Strafbarkeit der juristischen Person

Die DSGVO hat bei den Sanktionen Unternehmen im Fokus. Im österreichischen Verwaltungsstrafrecht wird primär nicht auf das Unternehmen, sondern vielmehr auf die natürliche Person abgestellt. Diese grundsätzlich divergierenden Ansätze sind nicht leicht in Einklang zu bringen. Wir begrüßen die Anstrengungen des Gesetzgebers die Bestrafung juristischer Personen in den Vordergrund zu stellen; allerdings müssen, um dieses Ansinnen vollständig zu realisieren noch folgende Punkte geklärt werden:

Es muss klargestellt werden, dass gegen eine natürliche Person, gleichgültig ob sie Geschäftsführer, Vorstand oder verantwortlicher Beauftragter iSd VStG ist, keine Strafe verhängt werden darf, wenn für denselben Verstoß eine Verwaltungsstrafe gegen eine juristische Person möglich ist. Damit würde auch sichergestellt werden, dass es in der Regel nicht zu einer Doppelbestrafung von juristischer- und natürlicher Person kommt. § 19 Abs 3 DSGneu sollte daher lauten wie folgt:

„§ 19. (3) Die Datenschutzbehörde hat von der Bestrafung *einer natürlichen Person, insbesondere* eines Verantwortlichen gemäß § 9 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG, BGBl. Nr. 52/1991, abzusehen, wenn für denselben Verstoß bereits eine Verwaltungsstrafe gegen die juristische Person verhängt wird *oder möglich ist* und keine besonderen Umstände vorliegen, die einem Absehen von der Bestrafung entgegenstehen.“

3. Beraten statt Strafen/Rechtsstaatliches Verfahren erforderlich

a. Beraten statt Strafen



Sehr vermissen wir die Bestimmung des heute noch geltenden § 30 DSG der vorsieht, dass sich jedermann wegen „[...] ihn betreffender Pflichten eines Auftraggebers oder Dienstleisters nach diesem Bundesgesetz mit einer Eingabe an die Datenschutzkommission wenden kann.“

Gerade im Hinblick auf die doch tiefgreifenden Änderungen wäre eine Beratung durch die Behörde sehr angebracht und würde das Thema Datenschutz im Allgemeinen fördern. Dies wäre durchaus im Einklang mit den Prinzipien der DSGVO. Wir ersuchen daher den Gesetzgeber eine dem § 30 ähnliche Bestimmung wieder aufzunehmen in der insbesondere auch das Prinzip „Beraten statt Strafen“ verankert wird.

b. Rechtsstaatliches Verfahren erforderlich

Der VwGH hat bisher bei Verhängung hoher Strafen (derzeit wohl über € 150.000,-) durch Verwaltungsbehörden eine sehr kritische Position eingenommen. Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht vor, dass die DSB Strafen bis zu 4% des weltweiten Umsatzes, beziehungsweise € 20.000.000,-, je nachdem was höher ist, verhängen darf.

Im bisherigen Verwaltungsstrafverfahren sind die Rollen des Anklägers und des Richters nicht getrennt und der Beschuldigte muss im Verfahren mitwirken und sich damit de facto selbst belasten.

Diese Situation mag angesichts von Organstrafmandaten oder geringfügiger Strafen im Sinne der Effizienz der Verwaltung argumentierbar sein; angesichts der möglichen hohen Strafen ist diese Argumentation nicht mehr nachvollziehbar. Wir ersuchen daher den Gesetzgeber dringend folgende Punkte aufzunehmen:

- Ab einer Verwaltungsstrafe von € 150.000,- ist die Ankläger- und Richterrolle zu trennen: die DSB könnte einen Antrag auf Bestrafung beim BVwG stellen und dieses entscheidet dann. (Die Herren Professoren Potacs und Raschauer haben gezeigt, dass die DSGVO es durchaus ermöglicht, eine derartige Trennung zwischen Ankläger (DSB) und Richter (BVwG) vorzusehen.)
- Die Verschuldensvermutung, die aufgrund höchstgerichtlichen Judikatur im Bereich des § 5 VStG zu einer faktischen Erfolgshaftung geführt hat, ist (zumindest im Bereich des DSGneu) zu korrigieren, so dass er lautet wie folgt

„§ 5. (1) Wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. Dazu genügt es wenn der Täter glaubhaft macht, angemessene Vorkehrungen zur Verhinderung der Verwaltungsübertretung veranlasst zu haben. Die Bescheinigungslast entfällt zur Gänze bei Delikten mit einer Strafdrohung von mehr als [60.000,-] Euro.“



Sollte eine Änderung des VStG nicht möglich sein, ist in § 19 DSGneu folgendes vorzusehen:

„(6) § 5 VStG ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass ein Verschulden nicht vorliegt, wenn glaubhaft gemacht wird, dass angemessene Vorkehrungen zur Verhinderung der Verwaltungsübertretung veranlasst wurden. Die Bescheinigungslast entfällt zu Gänze bei Delikten ab einer Strafdrohung von mehr als € 60.000,-.“

- An Stelle des Kumulationsprinzips ist das Absorptionsprinzip einzuführen (zB die mehrfache Überschreitung einer Norm durch ein technisches Gebrechen oder einen Ablauffehler sollte nur zu einer [1] Strafe führen).
- Dem Beschuldigten sind angemessene Verteidigungsrechte zu gewähren, vor allem ist sicherzustellen, dass er sich auch im Einklang mit der GRC (Art 47 Abs 2 nemo-tenetur-Prinzip) nicht selbst belasten muss.
- Beim Studium des § 11 Abs 4 DSGneu, Stichwort „Mandatsbescheid“, fällt auf, dass § 11 Abs 4 DSGneu weit über die DSGVO hinausgeht. Insbesondere sieht nämlich Erwägungsgrund 129 vor, dass das betroffene Unternehmen zuvor zu hören ist (was bei einem Mandatsbescheid nicht erforderlich ist) und dass dem Verpflichteten keine überflüssige Kosten und übermäßigen Unannehmlichkeiten entstehen dürfen. Wir regen daher an § 11 Abs 4 DSGneu so zu ändern, dass er lautet wie folgt

„(4) Liegt durch den Betrieb einer Datenverarbeitung ein offenkundiges wesentliches unmittelbares Risiko für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen (Gefahr im Verzug) vor, so kann die Datenschutzbehörde die Weiterführung der Datenverarbeitung mit Bescheid gemäß § 57 Abs. 1 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 – AVG, BGBl. Nr. 51/1991, untersagen. Dabei dürfen nur die unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls und unter Abwägung der berührten Interessen erforderlichen und verhältnismäßigen Maßnahmen ergriffen werden; außerdem ist der Verantwortliche und ein allfälliger Auftragsverarbeiter, gegen den sich die nachteilige Maßnahme richtet, vorher zu hören und sind ihm gegenüber überflüssige Kosten und übermäßige Unannehmlichkeiten zu vermeiden. Wenn dies technisch möglich, im Hinblick auf den Zweck der Datenverarbeitung sinnvoll und zur Beseitigung der Gefährdung ausreichend scheint, kann die Weiterführung auch nur teilweise untersagt werden. Ebenso kann die Datenschutzbehörde auf Antrag einer betroffenen Person eine Einschränkung der Verarbeitung nach Art. 18 DSGVO mit Bescheid gemäß § 57 Abs. 1 AVG anordnen, wenn der Verantwortliche einer diesbezüglichen Verpflichtung nicht fristgerecht nachkommt. Wird einer Untersagung nicht unverzüglich Folge geleistet, hat die Datenschutzbehörde nach Art. 83 Abs. 5 DSGVO vorzugehen.“



Im Sinne der oben stehenden Erwägungen zu § 11 (4) DSGVO muss der Wortlaut des § 14 (1) DSGVO mit dem § 11 (4) DSGVO gleichgezogen werden; er sollte daher lauten wie folgt

~~„§ 14. (1) Macht der Beschwerdeführer im Rahmen einer Beschwerde eine wesentliche Beeinträchtigung seiner schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen durch die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten glaubhaft. Liegt durch den Betrieb einer Datenverarbeitung ein offenkundiges wesentliches unmittelbares Risiko für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person (Gefahr in Verzug) vor, so kann die Datenschutzbehörde nach § 11 Abs. 4 vorgehen.“~~

Nähere Details inklusive des Gutachtens der Professoren Potacs/Raschauer finden Sie dazu im Anhang.

Wir bitten dringend um Beachtung der vorstehenden Punkte.

Mit freundlichen Grüßen,


Mag. Marielouise Gregory
Director Legal

Anhang:

1. Weiterführende Ausführungen zur Stellungnahme zum DSG
2. Verwaltungsstrafverfahren auf Grund exzessiver Strafdrohung – dargestellt am Beispiel der Datenschutzgrundverordnung.



Anhang ./1

Wien, 14.06.2017

Ausführungen zur Stellungnahme zum Bundesgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert, das Datenschutzgesetz erlassen und das Datenschutzgesetz 2000 aufgehoben wird (Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018)

Zur weiteren Gültigkeit von Einwilligungserklärungen

Die erläuternden Bestimmungen zu § 76 DSG regeln:

„Beruhen die Verarbeitungen auf einer Zustimmung gemäß dem DSG 2000, so ist es nicht erforderlich, dass die betroffene Person erneut ihre Einwilligung dazu erteilt, wenn die Art der bereits erteilten Zustimmung den Bedingungen der DSGVO entspricht, so dass der Verantwortliche die Verarbeitung nach dem Zeitpunkt der Anwendung der DSGVO fortsetzen kann. Dies entspricht den im Erwägungsgrund 171 der DSGVO enthaltenen Ausführungen zur „Einwilligung“ nach der Richtlinie 95/46/EG.“

Die Bedingungen für die Einwilligung werden in Art 7 DSGVO wie folgt geregelt:

1. „Beruht die Verarbeitung auf einer Einwilligung, muss der Verantwortliche nachweisen können, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat.
2. Erfolgt die Einwilligung der betroffenen Person durch eine schriftliche Erklärung, die noch andere Sachverhalte betrifft, so muss das Ersuchen um Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache so erfolgen, dass es von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist. Teile der Erklärung sind dann nicht verbindlich, wenn sie einen Verstoß gegen diese Verordnung darstellen.
3. Die betroffene Person hat das Recht, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Durch den Widerruf der Einwilligung wird die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung nicht berührt. Die betroffene Person wird vor Abgabe der Einwilligung hiervon in Kenntnis gesetzt. Der Widerruf der Einwilligung muss so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein.
4. Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, muss dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.“

Das bedeutet, dass wenn diese Bedingungen für die Einwilligung bereits durch die Einwilligungserklärungen **vor** Anwendbarkeit der DSGVO erfüllt wurden, bedarf es keiner neuerlichen Einwilligung durch die betroffene Person.



Art 7 Abs 4 DSGVO statuiert ein sog „Koppelungsverbot“. Allerdings wird durch die Wortfolge „[...] *Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden...*“ großzügig formuliert. Das bedeutet, dass es jedenfalls einer Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall bedarf, ob die Erfüllung eines Vertrags von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind. Man könnte diese Regelung somit auch als ein „abgeschwächtes Koppelungsverbot“ bezeichnen.

Demgegenüber schränkt der Erwägungsgrund 43 zu Art 7 der DSGVO den Spielraum des Art 7 Abs 4 DSGVO ein und öffnet diesen gleichzeitig durch die Formulierung: „Um sicherzustellen, dass die Einwilligung freiwillig erfolgt ist, sollte diese in besonderen Fällen, wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht, insbesondere wenn es sich bei dem Verantwortlichen um eine Behörde handelt, und es deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde, keine gültige Rechtsgrundlage liefern. Die Einwilligung gilt nicht als freiwillig erteilt, wenn zu verschiedenen Verarbeitungsvorgängen von personenbezogenen Daten nicht gesondert eine Einwilligung erteilt werden kann, obwohl dies im Einzelfall angebracht ist, oder wenn die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung abhängig ist, obwohl diese Einwilligung für die Erfüllung nicht erforderlich ist“.

Der zweite Satz des Erwägungsgrunds 43 schränkt somit die pauschale Regelung des Art 7 Abs 4 DSGVO ein, da er die Freiwilligkeit verneint, wenn die Einwilligung für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich ist (klassisches strenges Koppelungsverbot). Satz 1 des Erwägungsgrunds 43 öffnet jedoch die Möglichkeit einer Abwägung, ob zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein Ungleichgewicht besteht. In Kombination mit Art 7 Abs 4 DSGVO hat dies zur Folge, dass es einer Einzelfallprüfung bedarf, um herauszufinden, ob ein Ungleichgewicht besteht und ob im größtmöglichen Umfang abgewogen wurde, dass die Einwilligung zur Vertragserfüllung erforderlich ist.

Des Weiteren ist es Ausdruck der Privatautonomie, dass Unternehmen die Bedingungen zur Gültigkeit und Zustandekommen von Verträgen selbst festlegen können.

Die Privatautonomie steht in Österreich im Verfassungsrang (Art 5 StGG; Art 1 1. ZP EMRK). Eine Regelung, die diese einschränkt, darf nicht unverhältnismäßig sein. Hier ist besonders zu berücksichtigen, dass bei einer auf dem Markt frei verfügbaren Leistung, kein Ungleichgewicht zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen besteht, da die betroffene Person die Leistung jederzeit von einem anderen Unternehmen beziehen kann und somit die Privatautonomie unverhältnismäßig eingeschränkt wird.

Somit kann von einer Freiwilligkeit der Einwilligung der betroffenen Person ausgegangen werden, denn sie entscheidet sich wissentlich und willentlich, dass sie unter den gegebenen Bedingungen einen Vertrag mit dem Verantwortlichen abschließen möchte. Anderenfalls hätte sie nicht die Einwilligung erteilt.



Daher sollte klargestellt werden, dass die bisher gültigen Einwilligungserklärungen auch nach dem 25. Mai 2018 weiterhin gültig sind, solange sie den Bedingungen der DSGVO entsprechen und die Freiwilligkeit in oben stehender Art und Weise interpretiert wird.

Neben oben genannten Beweggründen möchten wir festhalten, dass dies auch Rechtsstaatlich geboten ist: Wenn in der Vergangenheit ein Vorgehen rechtskonform war, kann man als Unternehmen darauf vertrauen, auch künftig nicht für bisher einwandfreies Verhalten bestraft zu werden!

Dies sollte auch in den Erläuternden Bestimmungen zu § 76 festgehalten und dieser wie folgt ergänzt werden:

„Beruhen die Verarbeitungen auf einer Zustimmung gemäß dem DSG 2000, so ist es nicht erforderlich, dass die betroffene Person erneut ihre Einwilligung dazu erteilt, wenn die Art der bereits erteilten Zustimmung den Bedingungen der DSGVO entspricht, so dass der Verantwortliche die Verarbeitung nach dem Zeitpunkt der Anwendung der DSGVO fortsetzen kann. Dies entspricht den im Erwägungsgrund 171 der DSGVO enthaltenen Ausführungen zur „Einwilligung“ nach der Richtlinie 95/46/EG. *Die Bedingungen der DSGVO sehen unter anderem Freiwilligkeit vor. Eine Freiwilligkeit liegt gemäß dem Erwägungsgrund 43 zu Art 7 Abs 4 DSGVO dann nicht vor, wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht, insbesondere wenn es sich bei dem Verantwortlichen um eine Behörde handelt, und es deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde.*“

Forderung zu §11 (4) Befugnisse

Grundsätzlich sollte die Untersagung der Weiterführung von Datenverarbeitungen die ultima ratio darstellen. Der Verantwortliche und ein allfälliger Auftragsverarbeiter, gegen den sich die nachteilige Maßnahme richtet, sind entsprechend Erwägungsgrund 129 vorher zu hören. So kann sichergestellt werden, dass die Interessen der Beteiligten abgewogen werden und im Ergebnis die beabsichtigte Maßnahme verhältnismäßig ist. Es ist auch erforderlich, dass solche Maßnahmen nur bei einem offenkundigen wesentlichen unmittelbaren Risiko für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen erfolgen. Diese Forderungen sollten zum Schutze der Verantwortlichen und allfälliger Auftragsverarbeiter berücksichtigt werden und könnten wie unten stehend statuiert werden.

Befugnisse

„§ 11. (1) Die Datenschutzbehörde kann im Fall eines begründeten Verdachtes auf Verletzung der in der DSGVO oder gegen das 1. oder 2. Hauptstück genannten Rechte und Pflichten Datenverarbeitungen überprüfen. Dazu kann sie vom Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter der überprüften Datenverarbeitung insbesondere alle notwendigen Aufklärungen verlangen und Einschau in Datenverarbeitungen und diesbezügliche Unterlagen begehren. Der Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter hat die notwendige Unterstützung zu leisten. Die Kontrolltätigkeit ist unter möglichster Schonung der Rechte des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters und Dritter auszuüben.“



(2) Zum Zweck der Einschau ist die Datenschutzbehörde nach Verständigung des Inhabers der Räumlichkeiten und des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters berechtigt, Räume, in welchen Datenverarbeitungen vorgenommen werden, zu betreten, Datenverarbeitungsanlagen in Betrieb zu setzen, die zu überprüfenden Verarbeitungen durchzuführen sowie Kopien von Datenträgern in dem für die Ausübung der Kontrollbefugnisse unbedingt erforderlichen Ausmaß herzustellen.

(3) Informationen, die der Datenschutzbehörde oder den von ihr Beauftragten bei der Kontrolltätigkeit zukommen, dürfen ausschließlich für die Kontrolle im Rahmen der Vollziehung datenschutzrechtlicher Vorschriften verwendet werden. Im Übrigen besteht die Pflicht zur Verschwiegenheit auch gegenüber Gerichten und Verwaltungsbehörden, insbesondere Abgabenbehörden; dies allerdings mit der Maßgabe, dass dann, wenn die Einschau den Verdacht einer strafbaren Handlung gegen die DSGVO oder gegen das 1. oder 2. Hauptstück dieses Bundesgesetzes, einer strafbaren Handlung nach den §§ 118a, 119, 119a, 126a bis 126c, 148a oder § 278a des Strafgesetzbuches, BGBl. Nr. 60/1974, oder eines Verbrechens mit einer Freiheitsstrafe, deren Höchstmaß fünf Jahre übersteigt, ergibt, Anzeige zu erstatten ist und hinsichtlich solcher Verbrechen und Vergehen auch Ersuchen nach § 76 der Strafprozessordnung, BGBl. Nr. 631/1975, zu entsprechen ist.

(4) Liegt durch den Betrieb einer Datenverarbeitung ein **offenkundiges wesentliches unmittelbares Risiko für die Rechte und Freiheiten** der betroffenen Personen (Gefahr im Verzug) vor, so kann die Datenschutzbehörde die Weiterführung der Datenverarbeitung mit Bescheid gemäß § 57 Abs. 1 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 – AVG, BGBl. Nr. 51/1991, untersagen. **Dabei dürfen nur die unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls und unter Abwägung der berührten Interessen erforderlichen und verhältnismäßigen Maßnahmen ergriffen werden; außerdem ist der Verantwortliche und ein allfälliger Auftragsverarbeiter, gegen den sich die nachteilige Maßnahme richtet, vorher zu hören und sind ihm gegenüber überflüssige Kosten und übermäßige Unannehmlichkeiten zu vermeiden.** Wenn dies technisch möglich, im Hinblick auf den Zweck der Datenverarbeitung sinnvoll und zur Beseitigung der Gefährdung ausreichend scheint, kann die Weiterführung auch nur teilweise untersagt werden. Ebenso kann die Datenschutzbehörde auf Antrag einer betroffenen Person eine Einschränkung der Verarbeitung nach Art. 18 DSGVO mit Bescheid gemäß § 57 Abs. 1 AVG anordnen, wenn der Verantwortliche einer diesbezüglichen Verpflichtung nicht fristgerecht nachkommt. Wird einer Untersagung nicht unverzüglich Folge geleistet, hat die Datenschutzbehörde nach Art. 83 Abs. 5 DSGVO vorzugehen.“

(5) Der Datenschutzbehörde obliegt im Rahmen ihrer Zuständigkeit die Verhängung von Geldbußen gegenüber natürlichen und juristischen Personen.

(6) Bestehen im Zuge einer auf § 18 gestützten Klage einer betroffenen Person, der sich von einer Einrichtung, Organisation oder Vereinigung im Sinne des Art. 80 Abs. 1 DSGVO vertreten lässt, Zweifel am Vorliegen der diesbezüglichen Kriterien, trifft die Datenschutzbehörde auf Antrag des Einbringungsgerichtes entsprechende Feststellungen mit Bescheid. Diese Einrichtung, Organisation oder Vereinigung hat im Verfahren Parteistellung. Gegen einen negativen Feststellungsbescheid steht ihr die Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht offen.“

Erläuterungen

„Zu § 11: Die Befugnisse der Aufsichtsbehörde werden in Art. 58 DSGVO festgelegt und sind weitgehend nicht durchführungsbedürftig. Jedoch bedarf es weiterer



Konkretisierungen insbesondere hinsichtlich der Überprüfung von Datenverarbeitungen und des Einschau- bzw. Betretungsrechts. Dies soll in den Abs. 1 und 2 unter Anlehnung an die bisherigen Regelungen in § 30 Abs. 2 und 4 DSG 2000 vorgesehen werden.

Mit Abs. 2 soll Art. 58 Abs. 1 lit. f DSGVO durchgeführt werden, da dieser auf das „Verfahrensrecht des Mitgliedstaats“ verweist. Inhaltlich sind diese Bestimmungen auch in § 30 DSG 2000 vorgesehen.

Erforderlich erscheint zudem die Festlegung einer – zum Teil auf dem bisherigen § 30 Abs. 5 DSG 2000 basierenden – Verschwiegenheitsregelung für Informationen, die der Datenschutzbehörde oder ihren Beauftragten bei der Kontrolltätigkeit zukommen; dies soll in Abs. 3 geregelt werden. Informationen, die der Datenschutzbehörde oder den von ihr Beauftragten bei der Kontrolltätigkeit zukommen, dürfen ausschließlich für die Kontrolle im Rahmen der Vollziehung datenschutzrechtlicher Vorschriften verwendet werden. Für das Strafverfahren stellt § 76 Abs. 2 StPO das Verhältnis zwischen Amtshilfe und Verschwiegenheitspflichten insofern klar, als Ersuchen von kriminalpolizeilichen Behörden, Staatsanwaltschaften und Gerichten, die sich auf Straftaten bestimmter Personen beziehen, grundsätzlich ohne Rücksicht auf bestehende Verschwiegenheitspflichten zu beantworten sind. Nach dem Willen des Gesetzgebers wird damit ein Vorrang strafgerichtlicher Erhebungsersuchen vor der Amtsverschwiegenheit statuiert (Lendl in Fuchs/Ratz, WK StPO § 76 Rz 30) und auch Ersuchen, die sich auf automationsunterstützt verarbeitete personenbezogene Daten erstrecken, dürfen nicht bloß mit dem Hinweis auf die besondere Qualität der Datenermittlung und -verarbeitung abgelehnt werden.

Ebenfalls aus dem DSG 2000 (§ 30 Abs. 6a) übernommen werden soll in Abs. 4 die Möglichkeit bei Gefahr im Verzug, die Weiterführung der Datenverarbeitung mit Bescheid gemäß § 57 Abs. 1 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 – AVG, BGBl. Nr. 51, untersagen zu können. *Durch das Wort offenkundig und das Vorliegen von Gefahr in Verzug nur bei einem Risiko für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person wird klargestellt, dass solche Maßnahmen wegen Gefahr in Verzug nur dann in Betracht kommen, wenn im Sinne der Definition gemäß dem 75. Erwägungsgrund tatsächlich ein Schaden droht, und nicht schon dann zulässig sind, wenn lediglich eine unmittelbare Gefährdung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Personen als Ergebnis einer Interessenabwägung angenommen wird. Im Hinblick auf den 129. Erwägungsgrund der DSGVO sollen nur geeignete, erforderliche und verhältnismäßige Maßnahmen getroffen werden dürfen, welche keine überflüssigen Kosten und übermäßigen Unannehmlichkeiten für die durch solche Maßnahmen Verpflichteten verursachen sollen; außerdem ist im Sinne des 129. Erwägungsgrundes die vorherige Anhörung des Betroffenen vorgesehen. Das Gebot, in diesem Zusammenhang auch die berührten Interessen abzuwägen, ist Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips (im engeren Sinn). Hierdurch wird nochmals bekräftigt, was sich bereits aus dem Einleitungssatz der Bestimmung, wonach nur eine offenkundige wesentliche unmittelbare Gefährdung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen zu vorläufigen Maßnahmen berechtigt ergibt: Je weniger intensiv der Eingriff in die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Personen ist, umso weniger schwerwiegend dürfen die Auswirkungen der vorläufigen Maßnahme für den hierdurch Verpflichteten sein. Diese Maßnahme sollte nur iSd DSGVO nach einer vorangegangenen Interessensabwägung und als ultima ratio erfolgen. [...]*

75. Erwägungsgrund:



Die Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen – mit unterschiedlicher Eintrittswahrscheinlichkeit und Schwere – können aus einer Verarbeitung personenbezogener Daten hervorgehen, die zu einem physischen, materiellen oder immateriellen Schaden führen könnte, insbesondere wenn die Verarbeitung zu einer Diskriminierung, einem Identitätsdiebstahl oder -betrug, einem finanziellen Verlust, einer Rufschädigung, einem Verlust der Vertraulichkeit von dem Berufsgeheimnis unterliegenden personenbezogenen Daten, der unbefugten Aufhebung der Pseudonymisierung oder anderen erheblichen wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Nachteilen führen kann, wenn die betroffenen Personen um ihre Rechte und Freiheiten gebracht oder daran gehindert werden, die sie betreffenden personenbezogenen Daten zu kontrollieren, wenn personenbezogene Daten, aus denen die rassische oder ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft hervorgehen, und genetische Daten, Gesundheitsdaten oder das Sexualleben oder strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten oder damit zusammenhängende Sicherungsmaßnahmen betreffende Daten verarbeitet werden, wenn persönliche Aspekte bewertet werden, insbesondere wenn Aspekte, die die Arbeitsleistung, wirtschaftliche Lage, Gesundheit, persönliche Vorlieben oder Interessen, die Zuverlässigkeit oder das Verhalten, den Aufenthaltsort oder Ortswechsel betreffen, analysiert oder prognostiziert werden, um persönliche Profile zu erstellen oder zu nutzen, wenn personenbezogene Daten schutzbedürftiger natürlicher Personen, insbesondere Daten von Kindern, verarbeitet werden oder wenn die Verarbeitung eine große Menge personenbezogener Daten und eine große Anzahl von betroffenen Personen betrifft.

129. Erwägungsgrund:

„Um die einheitliche Überwachung und Durchsetzung dieser Verordnung in der gesamten Union sicherzustellen, sollten die Aufsichtsbehörden in jedem Mitgliedstaat dieselben Aufgaben und wirksamen Befugnisse haben, darunter, insbesondere im Fall von Beschwerden natürlicher Personen, Untersuchungsbefugnisse, Abhilfebefugnisse und Sanktionsbefugnisse und Genehmigungsbefugnisse und beratende Befugnisse, sowie – unbeschadet der Befugnisse der Strafverfolgungsbehörden nach dem Recht der Mitgliedstaaten – die Befugnis, Verstöße gegen diese Verordnung den Justizbehörden zur Kenntnis zu bringen und Gerichtsverfahren anzustrengen. Dazu sollte auch die Befugnis zählen, eine vorübergehende oder endgültige Beschränkung der Verarbeitung, einschließlich eines Verbots, zu verhängen. Die Mitgliedstaaten können andere Aufgaben im Zusammenhang mit dem Schutz personenbezogener Daten im Rahmen dieser Verordnung festlegen. Die Befugnisse der Aufsichtsbehörden sollten in Übereinstimmung mit den geeigneten Verfahrensgarantien nach dem Unionsrecht und dem Recht der Mitgliedstaaten unparteiisch, gerecht und innerhalb einer angemessenen Frist ausgeübt werden. Insbesondere sollte jede Maßnahme im Hinblick auf die Gewährleistung der Einhaltung dieser Verordnung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein, wobei die Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu berücksichtigen sind, das Recht einer jeden Person, gehört zu werden, bevor eine individuelle Maßnahme getroffen wird, die nachteilige Auswirkungen auf diese Person hätte, zu achten ist und überflüssige Kosten und übermäßige Unannehmlichkeiten für die Betroffenen zu vermeiden sind. Untersuchungsbefugnisse im Hinblick auf den Zugang zu Räumlichkeiten sollten im Einklang mit besonderen Anforderungen im Verfahrensrecht der Mitgliedstaaten ausgeübt werden, wie etwa dem Erfordernis einer vorherigen richterlichen Genehmigung. Jede rechtsverbindliche Maßnahme der Aufsichtsbehörde sollte schriftlich erlassen werden und sie sollte klar und eindeutig sein; die Aufsichtsbehörde, die die Maßnahme erlassen hat, und das Datum, an dem die Maßnahme erlassen wurde, sollten angegeben werden und die Maßnahme sollte vom Leiter oder von einem von ihm bevollmächtigten Mitglied der Aufsichtsbehörde



unterschieden sein und eine Begründung für die Maßnahme sowie einen Hinweis auf das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf enthalten. Dies sollte zusätzliche Anforderungen nach dem Verfahrensrecht der Mitgliedstaaten nicht ausschließen. Der Erlass eines rechtsverbindlichen Beschlusses setzt voraus, dass er in dem Mitgliedstaat der Aufsichtsbehörde, die den Beschluss erlassen hat, gerichtlich überprüft werden kann.“

Forderungen zu §14 Begleitende Maßnahmen im Beschwerdeverfahren

Im Sinne der oben stehenden Erwägungen zu § 11 (4) muss der Wortlaut des § 14 (1) dem § 11 (4) gleichgezogen werden. Aus diesem Grund wird eine Änderung wie folgt angeregt.

„**§ 14.** (1) Macht der Beschwerdeführer im Rahmen einer Beschwerde eine wesentliche Beeinträchtigung seiner schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen durch die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten glaubhaft. **Liegt durch den Betrieb einer Datenverarbeitung ein offenkundiges wesentliches unmittelbares Risiko für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person (Gefahr in Verzug) vor, so** kann die Datenschutzbehörde nach § 11 Abs. 4 vorgehen.“

Forderungen zu § 19 Allgemeine Bedingungen für die Verhängung von Geldbußen

UMSATZ

Da das Datenschutzrecht kein Konzernprivileg kennt, sollte jedenfalls auf den weltweiten Jahresumsatz des jeweiligen Unternehmens unabhängig von konzerninternen Verflechtungen abgestellt werden. Das bedeutet, dass die Konzerntochter beispielsweise ausschließlich für den eigenen weltweiten Umsatz haftet, nicht jedoch für jenen von anderen Unternehmen im Konzernverbund.

WER HAFTET

Wir begrüßen, dass die Haftung juristischer Personen in den Vordergrund getreten ist. Diese sollte aufgrund des Doppelbestrafungsverbots jedoch alleinig zur Haftung herangezogen werden können.

Die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Person nach § 19 iVm Art 83 DSGVO des Entwurfs lässt jene der nach § 9 VStG verantwortlichen natürlichen Person grundsätzlich unberührt. Dieser Umstand ist uE nicht vereinbar mit der Intention des Art 83 DSGVO. Das Verfahren gemäß Art 83 DSGVO richtet sich gegen „Unternehmen“, dh die juristische Person. Die in Art 9 VStG grundlegende Verantwortlichkeit natürlicher Personen in ihrer Funktion vertretungsbefugter Personen oder des § 9-Beauftragten ist mit dieser Konzeption nicht vereinbar. Immerhin richten sich die in Art 83 Abs 4 und 5 DSGVO normierten Pflichten an den Verantwortlichen bzw Auftragsverarbeiter, ie die juristische Person.

Hinzuzufügen wäre noch, dass eine Bestrafung von natürlichen Personen zusätzlich zur juristischen Person ebenfalls problematisch erscheint. In Anbetracht der hohen Strafen



wird wohl damit zu rechnen sein, dass juristische Personen für ihre Organwalter – im Rahmen des rechtliche Zulässigen – eintreten werden, womit die Gefahr einer Doppelbestrafung bestünde. Zwar hat die Datenschutzbehörde gemäß § 19 Abs 3 des Entwurfs von der Bestrafung eines Verantwortlichen gemäß § 9 VStG abzuweichen, wenn für denselben Verstoß bereits eine Verwaltungsstrafe gegen die juristische Person verhängt wird. Das hindert die Behörde allerdings nicht zuerst gegen die natürliche Person und im Anschluss gegen die juristische Person vorzugehen. Darüber hinaus sieht § 9 Abs 7 VStG eine Solidarhaftung vor: Während juristische Personen im Kriminalstrafrecht ausschließlich im Rahmen des Verbandsverantwortlichkeitsrecht belangt werden können, haften sie gemäß § 9 Abs 7 VStG (zusätzlich) zu den § 9 Beauftragten (bzw Vertretungsbefugten) für die verhängte Geldstrafe.

Wird aber die natürliche Person (via § 9 VStG) zur Verantwortung gezogen, bleibt immer noch eine Doppelbestrafung durch zusätzliche Bestrafung der juristischen Person möglich – einerseits über § 15 Abs 1 des Entwurfs, andererseits über ihre Einbeziehung in die solidarische Haftung gemäß § 9 Abs 7 VStG (und darüber hinausgehend im Wege einer ex post Übernahme der gegenüber einem Organwalter verhängten Strafe).

Diese Problematik wäre nur dadurch aufzulösen, indem ausschließlich die juristische Person zur Verantwortung gezogen würde.

Die Verordnung berücksichtigt in ErwGr 149 ausdrücklich den Grundsatz „**ne bis in idem**“ insofern, als in der Verhängung von strafrechtlichen und verwaltungsstrafrechtlichen Sanktionen darauf Rücksicht zu nehmen ist.

Subsidiär wäre eine Klarstellung wünschenswert, dass die natürliche Person einem Verantwortlichen gemäß § 9 VStG in § 19 (3) gleichstellt wird.

„§ 19. (3) Die Datenschutzbehörde hat von der Bestrafung **einer natürlichen Person, insbesondere** eines Verantwortlichen gemäß § 9 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG, BGBl. Nr. 52/1991, abzuweichen, wenn für denselben Verstoß bereits eine Verwaltungsstrafe gegen die juristische Person verhängt wird **oder möglich ist** und keine besonderen Umstände vorliegen, die einem Absehen von der Bestrafung entgegenstehen.“

In den Erläuterungen zu § 11 und § 69 wird auf die Möglichkeit der Verwarnung bzw. der Ermahnung Bezug genommen. Es wird eine ausdrücklich Bezugnahme auf die Möglichkeit der Ermahnung auch in den Erläuterungen zu § 19 angeregt:

„**Ein Absehen von der Bestrafung für die in § 19 vorgesehenen Strafen ist unter den im VStG vorgesehenen Voraussetzungen möglich (vgl. § 45 Abs. 1 VStG).**“

Letztlich sollte klargestellt werden, dass der Datenschutzbeauftragte niemals Verantwortlicher gemäß § 9 VStG sein kann.

VERFAHREN

Angeht die kritische Judikatur des VfGH über die Verhängung hoher Strafen durch Verwaltungsbehörden sollte das im Verfahren geltende Inquisitionsprinzip überdacht werden. Auch das nemo-tenetur-Prinzip untermauert unsere Ansicht, dass Ankläger,



Ermittler und Richter getrennt sein müssen. Arbeitet ein Unternehmen nicht mit der Aufsichtsbehörde zusammen gemäß Art 31 DSGVO, weil es sich nicht selbst belasten möchte, dann könnte die ermittelnde Behörde das Strafverfahren einleiten und selbst über die Strafhöhe entscheiden. Das Unternehmen wäre somit gezwungen mitzuarbeiten und sich selbst zu belasten ohne dass es einer übergeordneten Überprüfung durch eine andere Instanz, ob die Verweigerung zu Recht erfolgt ist, bedürfte.

Im Sinne der Sicherstellung höchstmöglicher Entscheidungsqualität sollte ein Gericht eingeschaltet werden: Ein Lösungsansatz wäre beispielsweise, dass das BVwG als Strafinstanz eingerichtet wird (bei Strafdrohungen über €150.000 beantragt die Datenschutzbehörde die Strafe beim BVwG), dieses entscheidet mit Urteil, ein Rechtszug an den VfGH ist möglich.

Die folgenden drei Absätze wurden dem Rechtsgutachten von *Potacs/Raschauer*¹ entnommen und sollen die Argumentationsbasis darstellen.

Die Geldbußen sind gemäß Art 83 DSGVO grundsätzlich von den „Aufsichtsbehörden“ zu verhängen, worunter gemäß Art 4 Z 21 DSGVO „eine von einem Mitgliedstaat gemäß Artikel 51 eingerichtete unabhängige Stelle“ zu verstehen ist. Nach Art 51 DSGVO kann ein Mitgliedstaat „eine oder mehrere“ solche Aufsichtsbehörden einrichten. Nach Erwägungsgrund 117 sollten die Mitgliedstaaten „mehr als eine Aufsichtsbehörde errichten können, wenn dies ihrer verfassungsgemäßen, organisatorischen und administrativen Struktur entspricht“. Allerdings muss „jede“ Aufsichtsbehörde gemäß Art 57 DSGVO in ihrem Hoheitsgebiet Aufgaben wie „Sensibilisierung“ und „Aufklärung“ der Öffentlichkeit, Beratung des Parlaments und der Regierung, Untersuchung von Beschwerden und zur Anwendung der DSGVO sowie Zusammenarbeit mit anderen Aufsichtsbehörden wahrnehmen, die typischerweise von *Verwaltungsbehörden* und nicht von Gerichten wahrzunehmen sind. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass „Aufsichtsbehörden“ nach der DSGVO auch als unabhängige Verwaltungsbehörden konzipiert sind, weshalb in Erwägungsgrund 150 die Geldbußen aus als „verwaltungsrechtliche Sanktionen“ charakterisiert werden.

Allerdings enthält Art 83 Abs 9 DSGVO eine „*Öffnungsklausel*“ für Mitgliedstaaten, deren Rechtsordnung „keine Geldbußen“ vorsehen. In solchen Rechtsordnungen kann gemäß Art 83 Abs 9 DSGVO so vorgegangen werden, „dass die Geldbuße von der zuständigen Aufsichtsbehörde in die Wege geleitet und von den zuständigen nationalen Gerichten verhängt wird, wobei sicherzustellen ist, dass diese Rechtsbehelfe wirksam sind und die gleiche Wirkung wie die von den Aufsichtsbehörden verhängten Geldbußen haben“. In Erwägungsgrund 151 wird zu dieser Bestimmung auf die Rechtsordnungen Dänemarks und Estland hingewiesen, in denen „die in dieser Verordnung vorgesehenen Geldbußen nicht zulässig“ sind. Es wäre aber verfehlt daraus abzuleiten, dass die Regelung des Art 83 Abs 9 DSGVO nur in Bezug auf Dänemark und Estland Anwendung finden soll.² Eine solche Sichtweise vermengt Ursache und Wirkung des Sinngehaltes von Art 83 Abs 9 DSGVO. Vielmehr soll diese Bestimmung nach zutreffender Auffassung den „Besonderheiten mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen“³ im allgemeinen Rechnung tragen, weshalb sich auch im Text von Art 83 Abs 9 DSGVO keine Einschränkung auf Dänemark und Estland findet. Dementsprechend findet sich auch in Erwägungsgrund 151 die allgemein gehaltene Formulierung, wonach die „zuständigen nationalen

¹ *Potacs/Raschauer*, Rechtsgutachten zum Anpassungsbedarf im Verwaltungsstrafverfahren auf Grund exzessiver Strafdrohung – dargestellt am Beispiel der Datenschutzgrundverordnung.

² Siehe aber *Feiler/Forgó*, EU-DSGVO, 352, Rz 21.

³ *Frenzel*, Art 83, Rz 30.



Gerichte die Empfehlung der Aufsichtsbehörde, die die Geldbuße in die Wege geleitet hat, berücksichtigen" sollten.

Art 83 Abs 9 DSGVO findet demnach auch dann Anwendung, wenn die in Art 83 DSGVO vorgesehenen administrativen Geldbußen in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten auch nur zum Teil unzulässig sind. In solchen Fällen dürfen die Mitgliedstaaten ein System einrichten, nach dem die Aufsichtsbehörden ein Verfahren „in die Wege leiten“, in dem dann die Geldbußen von staatlichen Gerichten verhängt werden.

Es steht somit dem österreichischen Gesetzgeber frei ein Verfahren festzulegen, in welchem die Behörde bei einer Strafdrohung über €150.000 ein Verfahren beim BVwG oder einem ordentlichen Gericht einleitet und dieses entscheidet, solange der Spielraum bei der Behördenorganisation in Art 83 Abs 9 DSGVO im Einklang mit der Verfassung ausgestaltet ist. Die Datenschutzbehörde würde demnach den Ankläger darstellen und das BVwG den Richter.

Unabhängig davon ist eine Ahndung durch ordentliche Gerichte im Rahmen der Strafgerichtsbarkeit unter Anwendung der Strafprozessordnung und des Verbandverantwortlichkeitsgesetzes völlig unangemessen, denn unabhängig von der Höhe der Geldbuße ist der Unwertgehalt von Verletzungen der DSGVO niemals einer Kriminalisierung angemessen. Außerdem muss das Verfahren durch eine Aufsichtsbehörde in die Wege geleitet werden, was eine Anklagebefugnis durch die Staatsanwaltschaft ausschließt, ergo gegen eine Ahndung durch ein ordentliches Gericht im Rahmen der Strafgerichtsbarkeit spricht.

VERSCHULDENSPRINZIP

Potacs/Raschauer halten fest, „gemäß Art 83 Abs 2 lit b DSGVO hat die Behörde Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit des Verstoßes gebührend zu berücksichtigen. Die Verhängung von Geldbußen ist demnach verschuldensabhängig, wobei die Unschuldsvermutung gilt. Dies ist ersichtlich von Amts wegen zu ermitteln. Damit ist die in § 5 VStG verankerte Verschuldensvermutung nicht zu vereinbaren. Ganz allgemein ist darauf hinzuweisen, dass die Verschuldensvermutung des § 5 Abs 1 VStG bei hohen Strafen mit Art 6 MRK und Art 48 GRC nicht im Einklang steht.“ Aufgrund der dazu ergangenen Judikatur und dem Gutachten von Potacs/Raschauer, darf und kann § 5 VStG nicht Grundlage einer Bestrafung sein. Es ist daher gesetzlich klarzustellen, dass die Verschuldensvermutung des § 5 VStG im Bereich der Umsetzung der DSGVO nicht zur Anwendung kommt. Sollte dennoch § 5 VStG zur Anwendung kommen, dann wird vorgeschlagen, ab einer bestimmten Strafdrohung die Bescheinigungslast entfallen zu lassen.

Vorschlag einer Regelung:

Schuld

„§ 5. (1) Wenn eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht anderes bestimmt, genügt zur Strafbarkeit fahrlässiges Verhalten. Fahrlässigkeit ist bei Zuwiderhandeln gegen ein Verbot oder bei Nichtbefolgung eines Gebotes dann ohne weiteres anzunehmen, wenn zum Tatbestand einer Verwaltungsübertretung der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht gehört und der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung der Verwaltungsvorschrift kein Verschulden trifft. **Dazu genügt es wenn der Täter glaubhaft macht, angemessene Vorkehrungen zur Verhinderung der Verwaltungsübertretung veranlasst zu haben. Die Bescheinigungslast entfällt zur Gänze bei Delikten mit einer Strafdrohung von mehr als [60.000,-] Euro.**“



Sollte eine Änderung des VStG nicht möglich sein, ist in § 19 folgendes vorzusehen:

„(6) § 5 VStG ist mit der Maßgabe anzuwenden, dass ein Verschulden nicht vorliegt, wenn glaubhaft gemacht wird, dass angemessene Vorkehrungen zur Verhinderung der Verwaltungsübertretung veranlasst wurden. Die Bescheinigungslast entfällt zu Gänze bei Delikten ab einer Strafdrohung von mehr als € 60.000,-.“

KUMULATIONSPRINZIP

Zur Sicherstellung der verfahrensrechtlichen Garantien, regen wir an, dass das Absorptionsprinzip analog zum StGB (und nicht das Kumulationsprinzip) zur Anwendung kommt: Da bei datenschutzrechtlichen Verstößen zumeist eine Vielzahl von Kunden betroffen sein kann (insb. bei technischem Gebrechen, Hackerangriffen etc.) würden die Strafen unverhältnismäßig explodieren, obwohl ein einziges Ereignis dafür ausschlaggebend sein kann – mit unterschiedlichen Auswirkungen. Desweiteren ist nach Ansicht von *Potacs/Raschauer* das Kumulationsprinzip für unanwendbar zu erklären, da die DSGVO in ihrem Art 83 Abs 3 von der Maßgeblichkeit des Absorptionsprinzip ausgeht.

VERWARNUNG

Wir möchten dringendst auf die Notwendigkeit der „Verwarnung“ hinweisen, da nicht jeder datenschutzrechtliche Verstoß ausschließlich durch die Verhängung einer Geldbuße geahndet werden kann. In einigen Fällen, insbesondere in den Fällen der Fahrlässigkeit, kann es durchaus genügen, den Verantwortlichen zu verwarnen, damit sich ein Verstoß nicht wiederholt. Wir begrüßen hier die erläuternden Bestimmungen zu § 11 und zu § 69, welche vorsehen, dass unter den Voraussetzungen (Art 83 iVm Erwägungsgrund 148) bzw. nach dem VStG eine Verwarnung erteilt bzw. eine Ermahnung ausgesprochen werden kann. Sollte die Geldbuße eine unverhältnismäßige Belastung für eine natürliche Person bewirken, so sollte anstelle einer Geldbuße eine Verwarnung erteilt werden, so Erwägungsgrund 148.

Rechtsgutachten zum Anpassungsbedarf im Verwaltungsstraftverfahren auf Grund exzessiver Strafdrohung – dargestellt am Beispiel der Datenschutzgrundverordnung

erstellt von

Univ.Prof.DDr. Michael Potacs

und

Univ.Prof.Dr. Bernhard Raschauer

Im Auftrag der Industriellenvereinigung

RECHTSGUTACHTEN ZUM ANPASSUNGSBEDARF IM VERWALTUNGSSTRAFVERFAHREN AUF GRUND EXZESSIVER STRAFDROHUNG – DARGESTELLT AM BEISPIEL DER DATENSCHUTZGRUNDVERORDNUNG	1
I. Problemstellung und Gutachtensauftrag	3
II. Die Vorgaben der DSGVO	4
A. Anwendungsbereich	4
B. Geldbußen	6
1. Voraussetzungen	6
a) Verschulden	6
b) Höhe und Absorptionsprinzip	7
2. Adressaten	8
3. Behörden	9
III. Verfassungsrechtliche Anforderungen	11
A. Grundsatz der „doppelten Bindung“	11
B. Behörden und Verfahren	12
1. Art 6 MRK	12
2. B-VG	14
a) Zuständigkeit ordentlicher Gerichte	14
b) Anklageprozess	17
3. Gleichheitssatz	18
C. Adressaten	19
IV. Zur Rechtsnatur der Geldbußen	21
V. Konsequenzen für die Gestaltung des nationalen Verfahrensrechts	22
A. Anwendung des VStG?	22
B. Beurteilung von Strafzinsen und alternativen Geldbußen	23
C. Argumente gegen die Anwendung des VStG	25
D. Gerichtsspezifisches Verfahrensrecht	28
VI. Modelle	29
A. Kein Administrativverfahren	29
B. Ausübung des Wahlrechtes	30
C. Ordentliches Verfahren oder Bundesverwaltungsgericht?	30
VII. Verfahrensrechtliche Einzelfragen	32
VIII. Zusammenfassung und Ergebnisse	34

I. Problemstellung und Gutachtensauftrag

Das Unionsrecht sieht in seinen Rechtsakten immer wieder die Verhängung von „Geldbußen“ durch staatliche Verwaltungsbehörden vor. Für die Umsetzung solcher Sanktionen kommt in Österreich die Anwendung des VStG in Betracht, weil „Geldbußen“ grundsätzlich als Verwaltungsübertretung gemäß § 1 VStG qualifiziert werden können.¹ Dementsprechend wurde etwa zur Umsetzung der in der Richtlinie 2013/36/EU über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten² vorgesehener „Bußgelder“³ die FMA in § 99d BWG mit der Verhängung entsprechender Verwaltungsstrafen beauftragt. Aus verfassungsrechtlicher Sicht erscheint dies allerdings als Problem, wenn diese Verwaltungsstrafen ein gewisses Ausmaß überschreiten. Denn nach der Judikatur des VfGH gehören besonders hohe Geldstrafen zum „Kernbereich der Strafgerichtsbarkeit“, der nicht im Rahmen des Verwaltungsstrafrechts vollzogen werden darf. Ist doch das Verwaltungsstrafrecht seiner Konzeption nach auf die „Bewältigung des Bagatellunrechts“⁴ hin ausgerichtet, das bei besonders hohen Strafen kaum mehr angenommen werden kann. Sehr hohe „Geldbußen“ (von bis zu 10% des jährlichen Gesamtumsatzes)⁵ sind aber auch nach der Richtlinie 2013/36/EU zu verhängen, weshalb die Umsetzung dieser Anforderung durch das Verwaltungsstrafrecht in § 99d BWG vom BVwG⁶ beim VfGH angefochten wurde, der diese Bestimmung derzeit auf seine Verfassungskonformität hin prüft.⁷

Gleiche Probleme könnten sich nunmehr beim Vollzug der Datenschutz-Grundverordnung (im Folgenden DSGVO) ergeben, die gemäß ihrem Art 99 ab 25.5. 2018 gilt und ab diesem Zeitpunkt auch in Österreich anzuwenden ist. In Art 83 dieser Verordnung ist ebenfalls die Verhängung besonders hoher „Geldbußen“ (bis zu 20 Millionen Euro oder 4% des Umsatzes) durch eine „Aufsichtsbehörde“ vorgesehen. Freilich gelten die Bestimmungen von EU-Verordnungen grundsätzlich unmittelbar und dürfen durch innerstaatliche Bestimmungen nicht umgesetzt werden.⁸ Von diesem Gebot besteht allerdings insoweit eine Ausnahme, als die EU-Verordnungen den Mitgliedstaaten einen Gestaltungsspielraum einräumen oder zur Erlassung von Durchführungsmaßnahmen ermächtigen oder verpflichten („hinkende“⁹ Verordnungsregelungen). Außerdem ist eine Ergänzung von unmittelbar anwendbaren Verordnungen zulässig, soweit sie keine abschließende Regelung treffen. Vor allem aber bedürfen auch die unmittelbar

¹ Siehe etwa *Walter/Thienel*, Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze, II. Band (2000), 13; *Wessely*, in *Raschauer/Wessely* (Hrsg.), Verwaltungsstrafgesetz² (2016), 80.

² ABl L 176/338.

³ ZB Art 66 Abs 2 der RL 2013/36/EU.

⁴ *Wiederin*, Die Zukunft des Verwaltungsstrafrechts, GA 16. ÖJT, Band III/1 (2006), 69.

⁵ Siehe Art 66 Abs 2 lit c) RL 2013/36/EU.

⁶ BVwG 21.11.2016, W230 2138107-1/5E.

⁷ Siehe dazu auch *Nicolas Raschauer*, § 99d BWG auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, ÖBA 2017, 155 ff.

⁸ ZB *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁵ (2014), 63.

⁹ *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁵, 63.

anwendbaren Vorschriften ergänzender staatlicher Vorschriften auf dem Gebiet des Organisations- und Verfahrensrechts, die eine innerstaatliche Vollziehung überhaupt erst ermöglichen. Das betrifft auch die vorliegende DSGVO und insbesondere die darin vorgesehenen „Geldbußen“.

Vor diesem Hintergrund wurden die Gutachter mit der Beantwortung der Frage beauftragt, ob und inwieweit die Verhängung von Geldbußen gemäß Art 83 DSGVO im Rahmen des VStG den Anforderungen der DSGVO und insbesondere auch der österreichischen Bundesverfassung entsprechen würde. Die dabei entwickelten Aussagen sollten gleichzeitig auch den prinzipiellen Anpassungsbedarf des VStG beim Vollzug von unionsrechtlichen Regelungen mit besonders hohen Geldbußen aufzeigen.

II. Die Vorgaben der DSGVO

A. Anwendungsbereich

Zur Beantwortung dieser Fragestellung ist es zunächst einmal erforderlich, auf den Inhalt der DSGVO etwas näher einzugehen und dabei mit deren Anwendungsbereich zu beginnen. Gemäß Art 1 Abs 1 DSGVO enthält diese Verordnung Vorschriften zum Schutz *natürlicher Personen*. Juristische Personen sind demnach nicht vom Anwendungsbereich der DSGVO erfasst. In Bezug auf den Schutz natürlicher Personen gilt die Verordnung gemäß Art 2 Abs 1 sowohl für die *automatisierte* Verarbeitung personenbezogener Daten als auch für die *nichtautomatisierte* Verarbeitung personenbezogener Daten, „die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen“.

Etwas klärungsbedürftig ist allerdings die Einschränkung in Art 2 Abs 2 lit a) DSGVO, wonach die Verordnung keine Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten findet, wenn sie „im Rahmen einer Tätigkeit“ stattfindet, „die nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt“. In anderem Zusammenhang (etwa im Hinblick auf das Diskriminierungsverbot in Art 18 AEUV) ist unter dem „Anwendungsbereich des Unionsrechts“ der Vollzug bzw die Umsetzung von Sekundärrecht sowie die Ausübung von Tätigkeiten mit grenzüberschreitendem Bezug gemeint.¹⁰ Bei einem solchen Verständnis des „Anwendungsbereiches von Unionsrecht“ in Art 2 Abs 2 lit a) DSGVO wäre auch der Anwendungsbereich dieser Verordnung auf den Datenschutz beim Vollzug bzw die Umsetzung von Sekundärrecht und den zwischenstaatlichen Datenverkehr eingegrenzt. Doch eine solche Deutung verbietet sich schon deshalb, weil nach Art 3 DSGVO die Verordnung auf die Datenverarbeitung „im Rahmen der Tätigkeiten einer

¹⁰ Siehe näher *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁵, 100.

Niederlassung“ in der Union erfolgt, ohne dass dabei ein grenzüberschreitender Bezug erforderlich wäre.¹¹

Vielmehr ist anzunehmen, dass die Wendung „Anwendungsbereich der Union“ in Art 2 Abs 1 DSGVO dieselbe Bedeutung besitzt wie in Art 16 AEUV, auf dessen Grundlage die DSGVO erlassen wurde. In Art 16 AEUV wird der Formulierung „Anwendungsbereich des Unionsrechts“ auf Grund historischer Interpretation zu Recht eine weitere Bedeutung beigemessen, die (wie schon in der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG) auch Verarbeitungen innerhalb der Mitgliedstaaten (also auch ohne grenzüberschreitenden Bezug) umfasst.¹² Ausdrücklich ausgenommen vom Anwendungsbereich der DSGVO sind gemäß deren Art 2 Abs 2 allerdings die Verarbeitung personenbezogener Daten in Bezug auf Tätigkeiten, die unter die GASP gemäß Titel V Kapitel 2 EUV fallen, die Verarbeitung durch natürliche Personen zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten sowie durch zuständige Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung und Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung, „einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit“.¹³

Schon aus dieser Ausnahmeregelung geht freilich *e contrario* hervor, dass die in der DSGVO enthaltenen Verpflichtungen ansonsten nicht nur für die Datenverarbeitung durch *private* Rechtsträger, sondern auch für die *staatliche* Datenverarbeitung gelten. Dies geht auch aus den Begriffsbestimmungen der „Verantwortlichen“ in Art 4 Z 7 und des „Auftragsverarbeiters“ in Art 4 Z 8 DSGVO hervor, die jeweils neben natürlichen und juristischen Personen ausdrücklich auch „Behörden“ umfassen. Dementsprechend gelten die Verpflichtungen der DSGVO prinzipiell nicht nur für die gesamte staatliche Verwaltung,¹⁴ sondern auch für die Gerichtsbarkeit und die Gesetzgebung. Allerdings ist auch darauf hinzuweisen, dass gemäß Art 23 DSGVO im Wege von Gesetzgebungsmaßnahmen erhebliche Einschränkungen (zB zum Schutz der nationalen Sicherheit oder zum Schutz der Unabhängigkeit der Justiz sowie von Justizverfahren) zulässig sind, sofern eine solche Beschränkung „den Wesensgehalt der Grundrechte und Grundfreiheiten achtet und in einer demokratischen Gesellschaft eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme darstellt“.

¹¹ Siehe dazu auch die näheren Ausführungen in den Erwägungsgründen 22 bis 24 der DSGVO.

¹² ZB Brühann, Art 16 AEUV, in von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), Europäisches Unionsrecht⁷ (2015), Rz 67.

¹³ Siehe dazu die RL (EU) 2016/680 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafverfolgung (ABl L 119/89), die nach Erwägungsgrund 19 der DSGVO gegenüber dieser der „spezifischere Unionsrechtsakt“ ist.

¹⁴ Albrecht/Jotzo, Das neue Datenschutzrecht der EU (2017), Rz 24.

B. Geldbußen

1. Voraussetzungen

a) Verschulden

In Art 83 DSGVO ist die Verhängung von Geldbußen vorgesehen, und zwar „zusätzlich oder anstelle“ von „Abhilfemaßnahmen“ (wie Verwarnungen oder Anweisungen) gemäß Art 58 DSGVO. Die Entscheidung für die Verhängung von Geldbußen und über deren Höhe erfolgt für „jeden Einzelfall“ nach Maßgabe von „pflichtgemäßem Ermessen“¹⁵ auf Grund von den in Art 83 Abs 2 DSGVO angeführten Kriterien, die nach dieser (unmittelbar anwendbaren) Bestimmung „gebührend“ zu berücksichtigen sind. Dazu gehören etwa die „Art, Schwere und Dauer des Verstoßes unter Berücksichtigung der Art, des Umfangs oder des Zwecks der betreffenden Verarbeitung“, ¹⁶ jegliche getroffenen Maßnahmen „zur Minderung des betroffenen Personen entstandenen Schadens“¹⁷ sowie „etwaige einschlägige frühere Verstöße“.¹⁸ Vor allem aber ist bei Verhängung einer Geldbuße und der Bestimmung ihrer Höhe „Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit“ des Verstoßes „gebührend zu berücksichtigen“.¹⁹ Im Gegensatz zu Abhilfemaßnahmen gemäß Art 58 DSGVO ist die Verhängung von Geldbußen daher *verschuldensabhängig*²⁰ und erfordert zumindest ein fahrlässiges Vorgehen. Allerdings ist auch anzumerken, dass Fahrlässigkeit zumindest in Gestalt eines Organisationsverschuldens angesichts der Verpflichtungen der Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter nicht selten angenommen werden könnte,²¹ was folgende Beispiele verdeutlichen mögen:

- Auf Grund eines Computerfehlers werden entgegen Art 5 Abs 1 lit e) DSGVO personenbezogene Daten nicht anonymisiert oder gelöscht, obwohl der Zweck, für den die Daten erforderlich sind, weggefallen ist.
- Der Widerruf einer Einwilligung wird trotz Einhaltung der entsprechenden internen Abläufe auf Grund eines Computerfehlers oder Bearbeitungsfehlers nicht ordnungsgemäß (zB bei der falschen Person) im EDV-System vermerkt und die Kundendaten werden somit entgegen Art 6 DSGVO verarbeitet.

¹⁵ Frenzel, Art 83, in Paal/Pauly (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017), Rz 12.

¹⁶ Art 83 Abs 2 lit a) DSGVO.

¹⁷ Art 83 Abs 2 lit c) DSGVO.

¹⁸ Art 83 Abs 2 lit e) DSGVO.

¹⁹ Art 83 Abs 2 lit b) DSGVO.

²⁰ So auch die ganz überwiegende Lehre; siehe Holländer, Art 83 DSGVO, in Wolff/Brink (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht¹⁰ (2016), Rz 27; Feiler/Forgó, EU-DSGVO (2017), 350, Rz 10; Frenzel, Art 83, Rz 8; Hoffmann, Allgemeine Regeln der Datenschutz-Grundverordnung, in Roßnagel (Hrsg), Europäische Datenschutz-Grundverordnung (2017), 180, Rz 250. Siehe demgegenüber aber auch Bergt, Art 83, in Kühling/Bucher (Hrsg), DSGVO (2017), Rz 10. Für die Geltung des Verschuldensprinzips spricht auch die Judikatur des EuGH, wonach bei der Verhängung von Geldbußen die Unschuldsumutung zu beachten ist; siehe III.B.1.

²¹ So auch Frenzel, Art 83, Rz 14.

- Im Falle eines „Hackerangriffs“ („data breach“) unterbleibt die „unverzügliche“ Meldung des Auftragsverarbeiters an den Verantwortlichen gemäß Art 33 DSGVO, weil zunächst vielleicht Panik herrscht und/oder die maßgeblichen Personen (zB zur Nachtzeit) nicht sofort verfügbar sind oder die Beschaffung der erforderlichen Informationen eine gewisse Zeit braucht.

b) Höhe und Absorptionsprinzip

Die maximale Höhe der Geldbußen richtet sich danach, welche Vorschriften der DSGVO jeweils verletzt wurden. So kann etwa eine unterlassene oder fehlerhaft durchgeführte Meldung gemäß Art 33 DSGVO durch Auftragsverarbeiter nach Art 83 Abs 4 DSGVO zu einer Geldbuße von bis zu 10 Millionen Euro oder im Falle eines Unternehmens auch von bis zu 2% seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes führen. Bei anderen Verstößen wie einer Verarbeitung unter Verletzung von Art 5 und 6 DSGVO sind gemäß Art 83 Abs 4 DSGVO Geldstrafen bis zu 20 Millionen Euro oder im Falle eines Unternehmens auch von bis zu 4% des gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes vorgesehen. Freilich stellt die Festsetzung der Höhe der Geldbußen ebenfalls eine Ermessensentscheidung dar,²² bei der die Kriterien des Art 83 Abs 2 DSGVO „gebührend zu berücksichtigen“ sind, zu denen auch das Ausmaß des Verschuldens gehört. Ohne Zweifel können Geldbußen gemäß Art 83 DSGVO aber ein beträchtliches Ausmaß annehmen.

Dabei ist auch zu bedenken, dass gerade in Fällen automationsunterstützter Datenverarbeitung meist eine Vielzahl von Personen betroffen ist und deren Daten nach einem bestimmten „Geschäftsmodell“ verarbeitet werden.²³ Auch ist es denkbar, dass sich ein bestimmtes „Geschäftsmodell“ aus mehreren Verarbeitungsvorgängen zusammensetzt, die miteinander verbunden sind. Bei solchen „Geschäftsmodellen“ kann es bei Verarbeitungsvorgängen zu mehrfachen Verletzungen der DSGVO kommen, wofür in Art 83 Abs 3 DSGVO eine besondere Regelung getroffen wurde. Wird bei „gleichen oder miteinander verbundenen Verarbeitungsvorgängen vorsätzlich oder fahrlässig gegen mehrere Bestimmungen dieser Verordnung“ verstoßen, so übersteigt danach „der Gesamtbetrag der Geldbuße nicht den Betrag für den schwerwiegendsten Verstoß“. Damit wird in dieser Bestimmung insoweit das *Absorptionsprinzip* zur Anwendung gebracht,²⁴ indem bei Verletzung mehrerer Bestimmungen die Geldbuße für die am strengsten bedrohte Tat zu verhängen ist.

²² Holländer, Art 83 DSGVO, Rz 27.

²³ Frenzel, Art 83, Rz 16.

²⁴ Feiler/Forgó, EU-DSGVO, 350, Rz 11.

2. Adressaten

Geldbußen gemäß Art 83 DSGVO können gegen „Verantwortliche“ und „Auftragsverarbeiter“ verhängt werden. Ein „Verantwortlicher“ ist nach der Begriffsbestimmung in Art 4 Z 7 DSGVO eine „natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet“. Als „Auftragsverarbeiter“ ist demgegenüber gemäß Art 4 Z 8 DSGVO „eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet“, definiert. Die „Verarbeitung“ wiederum umfasst nach Art 4 Z 4 DSGVO „das Erheben, Erfassen, Speichern, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung“ von Daten.

Stellt etwa ein Unternehmen als „Provider“ Rechen- und/oder Speicherkapazität im Auftrag eines Verantwortlichen zum Zwecke der Verarbeitung personenbezogener Daten bereit („Host-Provider“), dann handelt es sich um einen „Auftragsverarbeiter“ gemäß Art 4 Z 8 DSGVO. Da beim „Auftragsverarbeiter“ die Verarbeitung im Auftrag eines „Verantwortlichen“ erfolgt, ist dieser „Herr der Verarbeitung“²⁵ und der „Auftragsverarbeiter“ fungiert nur als dessen „Marionette“²⁶. Dementsprechend sind Geldbußen wegen Verletzung der DSGVO vor allem gegen „Verantwortliche“ zu richten. Allerdings gilt gemäß Art 28 Abs 10 DSGVO auch ein „Auftragsverarbeiter“ als „Verantwortlicher“, der „unter Verstoß gegen diese Verordnung die Zwecke und Mittel der Verarbeitung bestimmt“. Das wird insbesondere dann angenommen, wenn der „Auftragsverarbeiter“ entgegen den Weisungen des „Verantwortlichen“ eine die DSGVO verletzende Verarbeitung vornimmt.²⁷ Vor allem aber enthält die DSGVO Verpflichtungen, die sich direkt an die „Auftragsverarbeiter“ richten (zB die Meldepflicht in Art 33 Abs 2) und mit einer Geldbuße (zB gemäß Art 83 Abs 4) geahndet werden können.

Aus den dargelegten Begriffsbestimmungen von „Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“ geht hervor, dass Adressaten von Geldbußen gemäß Art 83 neben natürlichen Personen, Behörden und sonstigen Einrichtungen oder Stellen auch „juristische Personen“ sein können.²⁸ Eine Bestätigung dieser Einsicht ergibt sich auch aus Art 83 Abs 4 und 5 DSGVO, die auf gegen „Unternehmen“ verhängte Geldbußen abstellen. Nach dem Erwägungsgrund 150 ist dabei der Begriff des „Unternehmens“ im Sinne der Art 101 und 102 AEUV zu verstehen. Nach der Judikatur des EuGH stellen diese

²⁵ *Spoerr*, Art 28, in Wolff/Brink (Hrsg), Beck'scher Online Kommentar Datenschutzrecht¹⁸ (2016), Rz 18.

²⁶ *Ernst*, Art 4, in Paal/Pauly (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017), Rz 56.

²⁷ Siehe *Albrecht/Jotzo*, Datenschutzrecht, 61, Rz 8.

²⁸ *Holländer*, Art 83, Rz 8.

Bestimmungen auf einen „funktionalen“ Unternehmensbegriff ab, worunter jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit zu verstehen ist, unabhängig von ihrer Rechtsform.²⁹ Das kann auch eine Mehrzahl von natürlichen und juristischen Personen betreffen, wenn diese (zB als Konzern) als „unternehmerische Einheit“ am Markt auftritt. Fraglich ist, ob in einem solchen Fall die Geldbuße gemäß Art 83 DSGVO gegen die gesamte „wirtschaftliche Einheit“³⁰ oder lediglich gegen das „beherrschende Unternehmen“³¹ verhängt werden darf. Entscheidend ist aber, dass „Unternehmen“ (sehr häufig) auch die Rechtsform einer juristischen Person besitzen. Auch deshalb ist davon auszugehen, dass Art 83 DSGVO die Verhängung von Geldbußen (nach Maßgabe pflichtgemäßen Ermessens) gegen *juristische Personen* zwingend vorsieht.³²

Anders stellt sich die Rechtslage hingegen in Bezug auf „Behörden“ als Adressaten von Geldbußen gemäß Art 83 DSGVO dar. Zwar sind auch diese von der Begriffsbestimmung des „Verantwortlichen“ und des „Auftragsverarbeiters“ umfasst. Allerdings enthält Art 83 Abs 7 DSGVO „zur Wahrung der mitgliedstaatlichen Souveränität“³³ eine „nationale Öffnungsklausel“,³⁴ der zufolge „jeder Mitgliedstaat Vorschriften dafür festlegen“ kann, „ob und in welchem Umfang gegen Behörden und öffentliche Stellen, die in dem betreffenden Mitgliedstaat niedergelassen sind, Geldbußen verhängt werden können“. Wie es in Erwägungsgrund 150 heißt, sollen demnach die Mitgliedstaaten „bestimmen können, ob und inwieweit gegen Behörden Geldbußen verhängt werden können“. Die Mitgliedstaaten besitzen demnach insoweit ein „Wahlrecht“, das gemäß Art 83 Abs 7 DSGVO allerdings „unbeschadet“ der Abhilfemaßnahmen gemäß Art 58 DSGVO besteht, denen auch Behörden demnach in jedem Fall unterworfen sind.

3. Behörden

Die Geldbußen sind gemäß Art 83 DSGVO grundsätzlich von den „Aufsichtsbehörden“ zu verhängen, worunter gemäß Art 4 Z 21 DSGVO „eine von einem Mitgliedstaat gemäß Artikel 51 eingerichtete unabhängige Stelle“ zu verstehen ist. Nach Art 51 DSGVO kann ein Mitgliedstaat „eine oder mehrere“ solche Aufsichtsbehörden einrichten. Nach Erwägungsgrund 117 sollten die Mitgliedstaaten „mehr als eine Aufsichtsbehörde errichten können, wenn dies ihrer verfassungsgemäßen, organisatorischen und administrativen Struktur entspricht“. In Betracht kommt demnach etwa die Einrichtung mehrerer Aufsichtsbehörden in Bundesstaaten zur Gewährleistung der Kompetenzverteilung zwischen dem Zentralstaat und seinen Gliedstaaten. Allerdings muss „jede“ Aufsichtsbehörde gemäß Art 57 DSGVO in ihrem Hoheitsgebiet Aufgaben wie „Sensibilisierung“

²⁹ ZB Wollmann, Art 101, in Mayer/Stöger (Hrsg), Kommentar zu EUV und AEUV, 119. Lfg. (2011), Rz 28.

³⁰ Dazu Holländer, Art 83, Rz 12.1.

³¹ Dazu Feiler/Forgó, EU-DSGVO, 351, Rz 12

³² Siehe zur (verwaltungs)strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen in verschiedenen Unionsrechtsakten auch Wiederin, GA 16. ÖJT, 88 ff.

³³ Frenzel, Art 83, Rz 28.

³⁴ Holländer, Art 83, Rz 79.

und „Aufklärung“ der Öffentlichkeit, Beratung des Parlaments und der Regierung, Untersuchung von Beschwerden und zur Anwendung der DSGVO sowie Zusammenarbeit mit anderen Aufsichtsbehörden wahrnehmen, die typischerweise von *Verwaltungsbehörden* und nicht von Gerichten wahrzunehmen sind. Aus diesem Grund ist davon auszugehen, dass „Aufsichtsbehörden“ nach der DSGVO auch als unabhängige Verwaltungsbehörden konzipiert sind, weshalb in Erwägungsgrund 150 die Geldbußen auch als „verwaltungsrechtliche Sanktionen“ charakterisiert werden.

Allerdings enthält Art 83 Abs 9 DSGVO eine „*Öffnungsklausel*“ für Mitgliedstaaten, deren Rechtsordnung „keine Geldbußen“ vorsehen. In solchen Rechtsordnungen kann gemäß Art 83 Abs 9 DSGVO so vorgegangen werden, „dass die Geldbuße von der zuständigen Aufsichtsbehörde in die Wege geleitet und von den zuständigen nationalen Gerichten verhängt wird, wobei sicherzustellen ist, dass diese Rechtsbehelfe wirksam sind und die gleiche Wirkung wie die von den Aufsichtsbehörden verhängten Geldbußen haben“. In Erwägungsgrund 151 wird zu dieser Bestimmung auf die Rechtsordnungen Dänemarks und Estlands hingewiesen, in denen „die in dieser Verordnung vorgesehenen Geldbußen nicht zulässig“ sind. Es wäre aber verfehlt daraus abzuleiten, dass die Regelung des Art 83 Abs 9 DSGVO nur in Bezug auf Dänemark und Estland Anwendung finden soll.³⁵ Eine solche Sichtweise vermengt Ursache und Wirkung des Sinngehaltes von Art 83 Abs 9 DSGVO. Vielmehr soll diese Bestimmung nach zutreffender Auffassung den „Besonderheiten mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen“³⁶ im allgemeinen Rechnung tragen, weshalb sich auch im Text von Art 83 Abs 9 DSGVO keine Einschränkung auf Dänemark und Estland findet. Dementsprechend findet sich auch in Erwägungsgrund 151 die allgemein gehaltene Formulierung, wonach die „zuständigen nationalen Gerichte die Empfehlung der Aufsichtsbehörde, die die Geldbuße in die Wege geleitet hat, berücksichtigen“ sollten.

Vor diesem Hintergrund ist es auch etwas irreführend, wenn nach der deutschen Sprachfassung die Regelung des Art 83 Abs 9 DSGVO zur Anwendung kommen soll, wenn es nach der Rechtsordnung eines Mitgliedstaates „keine Geldbußen“ gibt. Seinem Zweck nach soll Art 83 Abs 9 vielmehr eine Sonderregelung für solche Mitgliedstaaten treffen, in denen die Verhängung einer Geldbuße durch Verwaltungsbehörden auf verfassungsrechtliche Grenzen stößt. Ganz im Einklang damit ist auch in der englischen Sprachfassung von Art 83 Abs 9 DSGVO auch nicht nur von „Geldbußen“ allein, sondern von „administrative fines“ die Rede. Die Bestimmung des Art 83 Abs 9 DSGVO findet daher nicht dann Anwendung, wenn die Rechtsordnung eines Mitgliedstaates „Geldbußen“ überhaupt nicht kennt. Vielmehr handelt es sich um eine Vorschrift, die den Anforderungen von Rechtsordnungen Rechnung tragen soll, in denen „administrative Geldbußen“³⁷ verfassungsrechtlichen Beschränkungen unterliegen. Im Lichte dieses – die Besonderheiten der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten respektierenden – Zwe-

³⁵ Siehe aber *Feiler/Forgó*, EU-DSGVO, 352, Rz 21.

³⁶ *Frenzel*, Art 83, Rz 30.

³⁷ *Holländer*, Art 83, Rz 86.

ckes von Art 83 Abs 9 DSGVO kann es aber für die Anwendung dieser Bestimmung auch nicht darauf ankommen, dass die Verhängung administrativer Geldbußen in einem Mitgliedstaat zur Gänze unzulässig ist. Entscheidend kann nur sein, dass die Verhängung von Geldbußen gemäß Art 83 Abs 1 bis 6 DSGVO durch „Aufsichtsbehörden“ den (verfassungsrechtlichen) Vorgaben der Rechtsordnung eines Mitgliedstaates nicht entspricht.

Art 83 Abs 9 DSGVO findet demnach auch dann Anwendung, wenn die in Art 83 DSGVO vorgesehenen administrativen Geldbußen in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten *auch nur zum Teil* unzulässig sind. In solchen Fällen dürfen die Mitgliedstaaten ein System einrichten, nach dem die Aufsichtsbehörden ein Verfahren „in die Wege leiten“, in dem dann die Geldbußen von staatlichen Gerichten verhängt werden.

III. Verfassungsrechtliche Anforderungen

A. Grundsatz der „doppelten Bindung“

Damit stellt sich in weiterer Folge die Frage, welche Anforderungen das österreichische Verfassungsrecht an die Verhängung von „Geldbußen“ stellt, wie sie in Art 83 DSGVO vorgesehen sind. Dabei ist von dem in der Lehre entwickelten und vom VfGH in ständiger Rechtsprechung vertretenen Grundsatz der „doppelten Bindung“³⁸ beim Vollzug von Unionsrecht im Rahmen der österreichischen Rechtsordnung auszugehen. Demnach ist der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des unmittelbar anwendbaren Vollzuges oder der Umsetzung von Unionsrechts mit den Worten des VfGH „an die verfassungsrechtlichen Vorgaben gebunden“.³⁹ Davon besteht auf Grund des Vorranges von Unionsrecht auch gegenüber nationalem Verfassungsrecht nach zutreffender Ansicht des VfGH allerdings insoweit eine Ausnahme, als das Unionsrecht „dem innerstaatlichen Gesetzgeber keinen Spielraum für die inhaltliche Gestaltung einräumt, sodass der Gesetzgeber keine Möglichkeit hätte, eine Ersatzregelung zu schaffen“, die sowohl dem Unionsrecht als auch dem staatlichen Verfassungsrecht entspricht.⁴⁰ Der Grundsatz der „doppelten Bindung“ des Gesetzgebers kommt demnach dann zum Tragen, wenn das Unionsrecht bei der innerstaatlichen Ausgestaltung der unmittelbaren Anwendung oder der Umsetzung unionsrechtlicher Regelungen einen *Spielraum* gewährt.

Das ist für den vorliegenden Zusammenhang schon deshalb von Bedeutung, weil die DSGVO wie eben dargelegt einen solchen Spielraum in manchen ihrer Bestimmungen ausdrücklich gewährt. Das betrifft die Organisation der Verhängung von Geldbußen, bei der gemäß Art 83 Abs 9 DSGVO den Besonderheiten der staatlichen Rechtsordnungen

³⁸ Dazu *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁵, 113, mwN.

³⁹ VfSlg 18642/2008.

⁴⁰ VfSlg 18642/2008, mwN.

Rechnung getragen werden darf. Dazu gehört aber auch die Ausgestaltung des Adressatenkreises von Geldbußen, von dem gemäß Art 83 Abs 7 DSGVO staatliche Behörden ausgeklammert werden dürfen. Davon betroffen ist nicht zuletzt aber auch der Anwendungsbereich der DSGVO, weil es das Unionsrecht grundsätzlich den Mitgliedstaaten überlässt, ob und inwieweit sie unionsrechtliche Regelungen auf gleiche oder ähnliche vom EU-Recht nicht erfasste Sachverhalte ausdehnen. Zu prüfen ist daher, welche verfassungsrechtlichen Vorgaben bei der Verhängung von Geldbußen gemäß Art 83 DSGVO zu beachten sind.

B. Behörden und Verfahren

I. Art 6 MRK

Dazu ist zunächst einmal der in Verfassungsrang stehende Art 6 MRK in Betracht zu ziehen, der institutionelle und verfahrensrechtliche Gewährleistungen für „strafrechtliche Anklagen“ vorsieht. Voraussetzung der Anwendbarkeit von Art 6 MRK ist im vorliegenden Zusammenhang freilich, dass es sich bei den Geldbußen gemäß Art 83 DSGVO um „Strafrecht“ im Sinne von Art 6 MRK handelt. Maßgeblich für eine solche Beurteilung sind nach der Judikatur des EGMR drei Kriterien, die jeweils für sich den Charakter einer „strafrechtlichen“ Regelung im Sinne von Art 6 MRK zu begründen vermögen. Das ist die (formale) Einordnung als „Strafrecht“ im nationalen Recht, der abschreckende und repressive Charakter einer Maßnahme und schließlich die schwere der Strafe.⁴¹ In Bezug auf das zuletzt genannte Kriterium kommt es nicht auf die konkret verhängte Strafe, sondern auf die angedrohte Höchststrafe an.⁴² Dabei ist dann von einer „strafrechtlichen“ Sanktion im Sinne von Art 6 MRK auszugehen, wenn die Verhängung der Maßnahme für den betroffenen „schwerwiegende“ Konsequenzen“ hat.⁴³ Im Hinblick darauf hat der EuGH Geldbußen im Wettbewerbsrecht in Anbetracht ihrer „Art und Schwere“ bereits mehrfach als „Strafen“ gemäß Art 6 MRK qualifiziert und die in dieser Bestimmung gewährleistete *Unschuldsvermutung* (bereits vor der GrC, in deren Art 48 die Unschuldsvermutung ebenfalls verbürgt ist) für anwendbar erklärt.⁴⁴ Auf Grund der Höhe der Geldbußen (10 bzw 20 Millionen Euro oder 2 bzw 4% des Jahresumsatzes) sowie wegen deren repressivem und abschreckendem Charakter (sie müssen gemäß Art 83 Abs 9 DSGVO „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein) kann daher auch kein Zweifel daran bestehen, dass es sich bei den Geldbußen gemäß Art 83 DSGVO um „Strafen“ im Sinne von Art 6 MRK handelt.

⁴¹ ZB Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016), 479 f, Rz 19 ff, mwN.

⁴² ZB Meyer-Ladewig/Harrendorf/König, in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer (Hrsg), Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2017), 203, Rz 27.

⁴³ Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁶, 481, Rz 24.

⁴⁴ EuGH Rs C-199/92 P (Hüls), Slg 1999, I-4287, Rz 149 f; EuGH Rs C-235/92 P (Montecatini), Slg 1999, I-4539, Rz 175 f. Siehe dazu auch OGH 12.9.2007, 16 Ok 4/07, sowie Wiederin, GA 16. ÖJT, 129, und Xeniadis/Kühnert, Einvernehmliche Verfahrensbeendigung in Kartellverfahren, ÖZK 2012, 83, 89, mwN. Siehe demgegenüber allerdings in Bezug auf Geldbußen im Vergaberecht zB VwGH 11.11.2015, Ra 2015/04/0073.

Dementsprechend kann bereits das Erfordernis der „gebührenden Berücksichtigung“ der „Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit des Verstoßes“ in Art 83 Abs 2 lit b) DSGVO im Einklang mit Art 6 MRK und dem insoweit gleichlautenden Art 48 GrC dahingehend interpretiert werden, dass bei der Verhängung von Geldbußen die *Unschuldsvermutung* gilt. In diesem Sinne ist aber auch Art 83 DSGVO Abs 8 zu deuten, demzufolge die Aufsichtsbehörde bei Ausübung ihrer Befugnisse „angemessenen Verfahrensgarantien gemäß dem Unionsrecht und dem Recht der Mitgliedstaaten unterliegt“, weshalb die Geltung der Unschuldsvermutung im Verfahren zur Verhängung von Geldbußen keinem ernsthaften Zweifel unterliegen kann.⁴⁵ Im Hinblick auf die „*Beweislastumkehr*“⁴⁶ in § 5 Abs 1 zweiter Satz VStG ist allerdings schon an dieser Stelle anzumerken, dass nach der Judikatur des EGMR gesetzliche Beweislastregeln nicht unbedingt gegen die Unschuldsvermutung des Art 6 MRK verstoßen. Ausschlaggebend für die Zulässigkeit ist allerdings ein angemessener Ausgleich zwischen der „Bedeutung“ der Sache und der Rechte der Verteidigung.⁴⁷ Wohl zu Recht wird davon ausgegangen, dass die „Bedeutung“ der Sache durch das Gewicht der drohenden Strafsanktion bestimmt wird,⁴⁸ weshalb in Anbetracht der dargelegten Höhe von Geldbußen in Art 83 DSGVO eine Beweislastregelung wie jene des § 5 Abs 1 VStG kaum mit Art 6 MRK in Einklang stehen dürfte. Diese Bedenken bestehen im Übrigen auch im Hinblick auf die Unschuldsvermutung in Art 48 GrC, weil diese Bestimmung nach den Erläuterungen zur GrC insoweit den gleichen Inhalt wie Art 6 MRK hat. Ganz allgemein ist darauf hinzuweisen, dass die Verschuldensvermutung des § 5 Abs 1 VStG bei hohen Strafen mit Art 6 MRK sowie Art 48 GrC nicht in Einklang zu bringen ist.

Hingegen ist aus Art 6 MRK wohl nicht abzuleiten, dass für die Organisation der Verhängung von Geldbußen die Sonderregelung des Art 83 Abs 7 DSGVO in Anspruch genommen werden müsste. Zwar ist gemäß Art 6 Abs 1 MRK von einem „unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht“ über eine „strafrechtliche Anklage“⁴⁹ zu entscheiden. Allerdings verlangt Art 6 MRK nicht, dass jede Phase des strafrechtlichen Verfahrens vor einem Gericht im Sinne von Art 6 MRK geführt werden muss.⁵⁰ Namentlich bei Bußgeldverfahren wird es als ausreichend angesehen, wenn gegen die Verhängung einer Geldbuße durch eine Verwaltungsbehörde *Zugang* zu einem Gericht mit voller Überprüfungsbefugnis gewährt wird.⁵¹ Das Recht auf einen

⁴⁵ Siehe auch *Holländer*, Art 83 DSGVO, Rz 18.

⁴⁶ *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹¹ (2015), Rz 1554.

⁴⁷ Grundlegend EGMR 7.10.1988, Nr 14/1987/137/191 (*Salabiaku*), Z 28=ÖJZ 1989, 349. Siehe weiters etwa EGMR 23.7.2002, Nr 34619/97 (*Janosevic*), Z 101.

⁴⁸ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶, 549, Rz 141.

⁴⁹ Eine solche wird angenommen, sobald der Betroffene vom Vorwurf einer strafbaren Handlung behördlich verständigt wird; näher *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶, 482 f, Rz 27.

⁵⁰ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶, 505 f, Rz 64.

⁵¹ *Peukert*, in Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2009), 183, Rz 89; *Meyer-Ladewig/Harrendorf/König*, in Europäische Menschenrechtskonvention⁴, 219, Rz 56, jeweils mwN.

„wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz“ gegen Maßnahmen der Aufsichtsbehörde ist aber ohnehin allgemein in Art 78 DSGVO und konkret in Bezug auf Geldbußen in Art 83 Abs 8 DSGVO festgeschrieben, weshalb die Verhängung von Geldbußen durch eine Aufsichtsbehörde als Verwaltungsbehörde in Bezug auf Art 6 MRK keinen rechtlichen Bedenken begegnet. Anzumerken ist, dass insoweit auch keine Bedenken im Hinblick auf den in Art 47 GrC gewährleisteten gerichtlichen Rechtsschutz bestehen, weil auch diese Gewährleistung nach den Erläuterungen zur GrC den gleichen Inhalt wie Art 6 MRK hat.

2. B-VG

a) Zuständigkeit ordentlicher Gerichte

Organisatorische Anforderungen an die Strafrechtspflege ergeben sich allerdings auch aus Art 91 (Laiengerichtsbarkeit) und 92 B-VG (Bestandsgarantie des OGH in Zivil- und Strafrechtssachen). Nach der Rechtsprechung des VfGH ist aus diesen Bestimmungen abzuleiten, dass die Verfassung (auch unterhalb der Geschworenen- und Schöffengerichtsbarkeit) einen gewissen „*typischen Kernbereich*“ strafbarer Handlungen der „*Strafgerichtsbarkeit*“ vorbehält.⁵² Eine strafbare Handlung fällt nach Meinung des VfGH „notwendig“ dann unter diesen „Kernbereich“, wenn sie wegen der vom Gesetzgeber „bewerteten hohen Sozialschädlichkeit mit einer schwerwiegenden Strafe“⁵³ bedroht ist. Besonders hohe Strafen fallen demnach von Verfassungs wegen in die Kompetenz der „Strafgerichtsbarkeit“ und dürfen nicht als „Verwaltungsstrafen“ von Verwaltungsbehörden verhängt werden. An dieser Judikatur hielt der VfGH grundsätzlich auch nach Einführung der UVS als unabhängige und reformatorische entscheidende Rechtsmittelinstanzen⁵⁴ und selbst nach Einrichtung der reformatorischen Verwaltungsgerichtsbarkeit⁵⁵ fest. Es ist daher nach wie vor davon auszugehen, dass nach Meinung des VfGH „schwerwiegende Strafen“ nach dem B-VG zwingend von „Strafgerichten“ zu verhängen sind.

Die Relevanz dieser Rechtsprechung im vorliegenden Zusammenhang könnte man vielleicht mit dem Hinweis bestreiten, dass der OGH Geldbußen nach dem KartellG (trotz ihrer beträchtlichen Höhe von bis zu 10% des Jahresumsatzes)⁵⁶ als „Sanktionen mit strafrechtsähnlichem Charakter“ und „keine echten Kriminalstrafen“ einstuft. Als Begründung wird von ihm ins Treffen geführt, dass sie sich „ihrer wahren Natur“ nach nicht gegen „strafrechtliche Zuwiderhandlungen“ richten würden, sondern „Mittel des staatlichen Zwanges seien, um die kartellrechtlich vorgesehene Wirtschaftsordnung

⁵² Kritisch dazu zB *Burgstaller*, Art 91, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band I/3, 3. Lfg (2000), Rz 43.

⁵³ VfSlg 12151/1989. Ebenso VfSlg 12282/1990; 12389/1990; 12471/1990; 12546/1990; 12547/1990; 12920/1991; 14361/1995; 19960/2015.

⁵⁴ Siehe VfSlg 14361/1995.

⁵⁵ Siehe VfSlg 19960/2015.

⁵⁶ § 29 Z 1 KartG.

durchzusetzen“.⁵⁷ Davon ausgehend könnte man vielleicht bei Geldbußen gemäß Art 83 DSGVO den „strafrechtlichen Charakter“ im Sinne der Judikatur des VfGH bestreiten, weil sie ihrer „wahren Natur“ nach keinen pönalen Charakter hätten, sondern „Mittel des staatlichen Zwanges“ zur Durchsetzung der datenschutzrechtlichen Ordnungsvorstellungen wären.

Darauf wäre jedoch zu replizieren, dass die Einschätzung des OGH (wie auch immer man sie aus typologischer Perspektive beurteilt) die Anwendbarkeit der in Rede stehenden Judikatur des VfGH nicht in Zweifel zu ziehen vermag. Denn zunächst sollen auch nach der Konzeption der DSGVO Geldbußen (ebenso wie im Übrigen wohl auch die Geldbußen nach dem KartG) eine „abschreckende“⁵⁸ Wirkung ausüben, was aber charakteristisch für strafrechtliche Sanktionen ist. Vor allem aber hatten in dieser Judikatur des VfGH auch die von ihm zu beurteilenden Verwaltungsstrafen die Funktion, eine dem jeweiligen besonderen Verwaltungsrecht zugrundeliegende Ordnungsvorstellung (zB Naturschutz⁵⁹ oder Glücksspielordnung⁶⁰) mit „Mitteln des staatlichen Zwanges“ durchzusetzen. Dieser Umstand hat den VfGH aber nicht davon abgehalten, eine Prüfung dahingehend vorzunehmen, ob die betreffenden Sanktionen wegen ihrer Höhe unter den „typischen Kernbestand“ der „Strafgerichtsbarkeit“ fallen. Damit steht im Einklang, dass vom VfGH⁶¹ derzeit auch die Verfassungskonformität von „Verwaltungsstrafen“ in § 99d BWG geprüft wird,⁶² durch welchen „Geldbußen“ in einer Richtlinie umgesetzt werden.⁶³ Grundsätzlich ist also anzunehmen, dass die dargelegte Rechtsprechung des VfGH auch für Geldbußen gemäß Art 83 DSGVO von Bedeutung ist.

Allerdings ist festzustellen, dass die Grenze zwischen verfassungsrechtlich zulässigen „Verwaltungsstrafen“ und dem „typischen Kernbestand“ der „Strafgerichte“ vorbehaltenen „schwerwiegenden“ Strafen in der angesprochenen Rechtsprechung des VfGH unklar ist.⁶⁴ Ursprünglich wurde als Richtwert der maximale Betrag einer Geldstrafe im Ausmaß von 1,620000 Millionen Schilling (ca 125000 Euro) gesehen.⁶⁵ Dieser Betrag erscheint mittlerweile wegen der erforderlichen Inflationsbereinigung wohl als zu niedrig. Entscheidend ist nach der Judikatur für den „typischen Kernbereich strafbarer Handlungen“ jedenfalls, dass die Höhe der Strafe für den betroffenen „besonders empfindlich“⁶⁶ erscheint, wobei auch dessen typische Leistungsfähigkeit ausschlagge-

⁵⁷ OGH 12.9.2007, 16 Ok 4/07. Ebenso in Bezug auf Geldbußen nach dem BundesvergabeG VwGH 11.11.2015, Ra 2015/04/0073.

⁵⁸ ZB Erwägungsgrund 151 DSGVO.

⁵⁹ VfSlg 14361/1995.

⁶⁰ VfSlg 19960/2015.

⁶¹ Siehe BVwG 21.11.2016, W230 2138107-1/5E.

⁶² Siehe insbesondere § 99d Abs 3 BWG

⁶³ Siehe insbesondere Art 66 Abs 2 lit c) RL 2013/36/EU.

⁶⁴ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹ (2016), Rz 627.

⁶⁵ Burgstaller, Art 91, Rz 42.

⁶⁶ VfSlg 12151/1989.

bend ist.⁶⁷ Legt man diese Maßstäbe an die *Geldbußen* gemäß Art 83 DSGVO an, so sind sie wohl mit gutem Grund dem „Kernbestand strafbarer Handlungen“ im Sinne der Rechtsprechung des VfGH zuzurechnen. Denn Geldbußen von bis zu 10 oder 20 Millionen Euro bzw zwei bis vier Prozent des Jahresumsatzes können in Anbetracht ihrer doch sehr außergewöhnlichen Höhe gewiss nicht anders als „besonders empfindlich“ eingestuft werden. Das betrifft insbesondere Geldbußen für „Unternehmen“ (bei denen sich die Geldbußen nach dem Jahresumsatz richten können), weil in Erwägungsgrund 150 nur für Personen, die *nicht* Unternehmen sind, gefordert wird, dass die Aufsichtsbehörde „bei der Erwägung des angemessenen Betrags für die Geldbuße dem allgemeinen Einkommensniveau in dem betreffenden Mitgliedstaat und der wirtschaftlichen Lage der Personen Rechnung tragen“ soll. Dementsprechend ist davon auszugehen, dass die Verhängung von *Geldbußen* in dem in Art 83 DSGVO vorgesehenen Ausmaß nach der Judikatur des VfGH der *Strafgerichtsbarkeit* vorbehalten ist.

Klärungsbedürftig ist freilich auch, was unter „Strafgerichtsbarkeit“ im Sinne der dargelegten Judikatur des VfGH zu verstehen ist. Aus der Bezugnahme auf Art 91 und 92 B-VG geht hervor, dass es sich bei der „Strafgerichtsbarkeit“ jedenfalls um eine von „ordentlichen Gerichten“ ausgeübte Justizgewalt handelt. Sind doch diese Artikel im Kapitel B. des dritten Hauptstückes des B-VG enthalten, das die „ordentliche Gerichtsbarkeit“ regelt. Hingegen ist nicht anzunehmen, dass „Strafgerichte“ im Sinne der Rechtsprechung des VfGH stets auch formell die StPO anzuwenden haben. Denn die Festlegung des formellen Anwendungsbereiches der StPO liegt grundsätzlich im Gestaltungsspielraum des einfachen Gesetzgebers, der freilich auch an die Vorgaben der Verfassung gebunden ist. Allein die Einhaltung dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben unterliegt den Kontrollmechanismen der Verfassung, weshalb im Sinne der dargelegten Judikatur des VfGH unter „Strafgerichtsbarkeit“ eine Ausübung der ordentlichen Gerichtsbarkeit unter *Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben* für das Strafverfahren zu verstehen ist. Hingegen kann es aus verfassungsrechtlicher Perspektive grundsätzlich nicht darauf ankommen, in welcher einfachgesetzlichen Vorschrift diese Gewährleistungen formell verankert sind.

Bei einer anderen Sichtweise wäre im Übrigen auch die gesetzliche Regelung der Verhängung von Bußgeldern im Kartellverfahren verfassungsrechtlich problematisch, die nach hier vertretener Ansicht ebenfalls an der dargelegten Judikatur des VfGH zu messen ist. In Anbetracht ihrer Höhe (bis zu 10% des Jahresumsatzes)⁶⁸ gehören wohl auch diese Geldbußen zum „typischen Kernbestand“ der „Strafgerichte“ im Sinne der Judikatur des VfGH. Zur Verhängung solcher Geldbußen sind auch ordentliche Gerichte zuständig, und zwar das OLG Wien als Kartellgericht und der OGH als Kartellobergericht,⁶⁹ die dabei aber nicht nach der StPO, sondern im Verfahren außer Streitsachen

⁶⁷ Der VfGH stellt die Höhe einer Geldstrafe „dem Einkommen der Bevölkerung“ gegenüber; VfSlg 12151/1990.

⁶⁸ § 29 Z 1 KartG.

⁶⁹ § 58 KartG.

entscheiden. Aus der Perspektive des B-VG ist dabei ausschlaggebend, dass den dort geregelten Gewährleistungen für Strafverfahren entsprochen wird, zu denen gemäß Art 90 Abs 1 die Grundsätze der Mündlichkeit und Öffentlichkeit für alle Verfahren vor ordentlichen Gerichten und für Strafverfahren gemäß Art 90 Abs 2 B-VG der Anklageprozess gehört.

In Bezug auf die Ausgestaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen für den Vollzug von Art 83 DSGVO folgt daraus, dass insoweit der Grundsatz der „doppelten Bindung“ des Gesetzgebers zum Tragen kommt. Denn zum einen fordert die Verfassung für die Verhängung von Bußgeldern in der in Art 83 DSGVO vorgesehenen Höhe eine Zuständigkeit von „Strafgerichten“. Zum anderen wird den Mitgliedstaaten in Art 83 Abs 9 DSGVO insoweit ein Spielraum bei der Behördenorganisation eingeräumt, der dann auch im Einklang mit der Verfassung auszugestalten ist. Die Verhängung von Geldbußen in der in Art 83 DSGVO vorgesehenen Höhe hat demnach durch ordentliche Gerichte auf Grund eines Anklageprozesses zu erfolgen.⁷⁰

b) Anklageprozess

Die Gewährleistung des Anklageprozesses in Strafverfahren gemäß Art 90 Abs 2 B-VG besagt allerdings nur, dass im gerichtlichen Strafverfahren⁷¹ Ankläger und Richter voneinander zu trennen sind. Hingegen wird in dieser Bestimmung nichts darüber ausgesagt, wer Ankläger sein soll. Dementsprechend lässt sich aus dieser Vorschrift auch keine Bestandsgarantie der Staatsanwaltschaft ableiten.⁷² Anderes gilt hingegen auf Grund des im Jahre 2008⁷³ in Kraft gesetzten Art 90a B-VG, der zu den „Staatsanwälten“ festschreibt: „In Verfahren mit gerichtlicher Strafe bedrohter Handlungen nehmen sie Ermittlungs- und Anklagefunktionen wahr.“ Auf Grund einer Wortsinninterpretation sowie aus der Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung ergibt sich ganz unzweifelhaft, dass sie eine Bestands- und Funktionsgarantie der Staatsanwaltschaft dahingehend gewährleistet, dass diese mit Ermittlungs- und Anklagefunktionen ausgestattet zu

⁷⁰ Der Verhängung von Geldbußen durch Strafgerichte steht auch nicht entgegen, dass die Mitgliedstaaten gemäß Art 84 DSGVO auch „andere Sanktionen“ für Verletzungen der DSGVO festlegen können und nach Erwägungsgrund 149 darunter offenbar „strafrechtliche Sanktionen“ zu verstehen sind. Denn nach dem Erwägungsgrund 149 sollten die Mitgliedstaaten solche Sanktionen lediglich „festlegen können“. Schon diese Wortwahl spricht dagegen, dass die Mitgliedstaaten jede Verletzung der Verordnung sowohl mit Geldbuße als auch mit gerichtlicher Strafdrohungen sanktionieren müssen (was die Verhängung von Geldbußen durch „Strafgerichte“ problematisch erscheinen ließe). Dafür spricht aber auch, dass gemäß Art 84 DSGVO „insbesondere für Verstöße, die keiner Geldbuße gemäß Art 83 unterliegen“, strafrechtliche Sanktionen festgelegt werden. Schließlich wird in Erwägungsgrund 149 in diesem Zusammenhang auch eine Beachtung des „ne bis in idem“ gefordert, was auch dafür spricht, dass Verletzungen der DSGVO nicht sowohl durch „Geldbußen“ als auch durch zusätzliche „strafrechtliche“ Sanktionen zu ahnden sind.

⁷¹ Nicht hingegen in Disziplinar- und Verwaltungsstrafverfahren; siehe *Khakzadeh-Leiler*, Art 90 B-VG, in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, 16. Lfg. (2015), Rz 22.

⁷² *Khakzadeh-Leiler*, Art 90 B-VG, Rz 29, mwN.

⁷³ BGBl I 2008/2.

sein haben.⁷⁴ Nicht völlig klar ist allerdings die Reichweite dieser Gewährleistung.⁷⁵ Aus dem Wortsinn der Formulierung des Art 90a B-VG („nehmen sie wahr“ und nicht „nehmen *nur* sie wahr“) sowie auf Grund historischer Überlegung wird überzeugend angenommen, dass Art 90a B-VG den Staatsanwälten „kein umfassendes Anklagemonopol“⁷⁶ sichert. Zutreffend wird zur Abgrenzung des Gewährleistungsumfanges dieser Bestimmung auf die einfachgesetzliche Rechtslage zum Entstehungszeitpunkt von Art 90a B-VG sowie insbesondere auf die damals (und heute) in der StPO enthaltenen Regelungen abgestellt. Das in der gegenwärtigen und früheren StPO eingeräumte Konzept eines „Monopols der öffentlichen Anklage“⁷⁷ wird demnach durch Art 90a B-VG verfassungsrechtlich garantiert.

Diesem Konzept liegt zwar ein prinzipielles Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft im gerichtlichen Strafrecht zugrunde, das aber sachlich gerechtfertigte Sonderformen des Anklageprozesses nicht ausschließt. Ist doch daran zu erinnern, dass zum Entstehungszeitpunkt von Art 90a B-VG etwa auch Geldbußen nach dem Kartellgesetz (die gemäß der Judikatur des VfGH auch zur Strafgerichtsbarkeit gehören) auf Antrag der Bundeswettbewerbsbehörde oder des Bundeskartellanwaltes vom Kartellgericht verhängt wurden (und werden).⁷⁸ Die Funktion des Anklägers gemäß Art 90 Abs 2 B-VG wird im Kartellrecht damit von der Bundeswettbewerbsbehörde bzw vom Bundeskartellanwalt übernommen. Davon ausgehend ließe sich mit gutem Grund argumentieren, dass auch bei der Verhängung von Geldbußen gemäß Art 83 DSGVO die Verfassung erlaubt, dass anstelle der Staatsanwaltschaft eine Sonderbehörde wie die Datenschutzbehörde die Funktion des Anklägers übernimmt und die Geldbuße dann von einem ordentlichen (Zivil)gericht im Verfahren außer Streitsachen verhängt wird. Doch braucht diese Überlegung deshalb nicht weiter verfolgt zu werden, weil die Ausnahmebestimmung des Art 83 Abs 9 DSGVO insoweit den *Spielraum* der Mitgliedstaaten *einschränkt*. Ist doch danach das Geldbußverfahren so auszugestalten, „dass die Geldbuße von der zuständigen Aufsichtsbehörde in die Wege geleitet und von den zuständigen nationalen Gerichten verhängt wird“. Unabhängig vom Gewährleistungsumfang des Art 90a B-VG für die Staatsanwaltschaft ist demnach bei der Verhängung von Geldbußen schon auf Grund des Unionsrechts die staatliche Aufsichtsbehörde mit der Funktion des Anklägers bei der Verhängung von Geldbußen zu betrauen.

3. Gleichheitssatz

In Bezug auf die innerstaatliche Ausgestaltung der Vollziehung der Geldbußen gemäß Art 83 DSGVO ist auch auf den Gleichheitssatz hinzuweisen, dem für den Grund-

⁷⁴ ZB Rill, Art 90a B-VG, in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, 12. Lfg. (2013), Rz??

⁷⁵ Burgstaller, Art 90a B-VG, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Band I/3, 9. Lfg. (2009), Rz 27.

⁷⁶ Burgstaller, Art 90a B-VG, Rz 28.

⁷⁷ Ebenda.

⁷⁸ § 36 Abs 2 KartG.

satz der „doppelten Bindung“ des Gesetzgebers besondere Bedeutung zukommt. Denn nach Meinung des VfGH kann eine vom Unionsrecht vorgegebene Differenzierung aus der Perspektive des Gleichheitssatzes dennoch eine Gleichbehandlung erforderlich machen.⁷⁹ In ihrem Anwendungsbereich eingeschränkte unionsrechtliche Gewährleistungen sind demnach über den unionsrechtlich gebotenen Anwendungsbereich hinaus einzuräumen, wenn andernfalls eine in den Augen des VfGH sachlich nicht zu rechtfertigende Differenzierung hervorgerufen würde.⁸⁰ Dabei ist freilich in Rechnung zu stellen, dass die Beurteilung einer „sachlichen Rechtfertigung“ nicht ohne Werturteil auskommt⁸¹ und letztlich im wohlbegründeten Ermessen des VfGH liegt. Gerade deshalb ist nicht auszuschließen, dass vom VfGH auch die Ausgestaltung der Geldbußen im innerstaatlichen Recht an den Vorgaben des Gleichheitssatzes gemessen wird. Unter diesem Gesichtspunkt ist bei der innerstaatlichen Ausgestaltung der Vollziehung der Geldbußen gemäß Art 83 DSGVO zu bedenken, dass nach der Judikatur des VfGH zu Art 91 und 92 B-VG bei hohen Strafen zwar keine formelle Anwendung der StPO gefordert wird.⁸² Vielmehr ist in solchen Fällen verfassungsrechtlich lediglich geboten, dass ordentliche Gerichte auf Grund von Verfahren zu entscheiden haben, die den verfassungsrechtlichen Vorgaben für strafgerichtliche Verfahren entsprechen. Im Hinblick auf den Gleichheitssatz ist freilich auch festzustellen, dass die Ausgestaltung solcher Verfahren nicht allzu sehr von dem Standard abweichen darf, der in der StPO oder im StGB vorgegeben ist. Könnten doch ansonsten sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierungen innerhalb der „Strafgerichtsbarkeit“ vorliegen. Allerdings ist festzustellen, dass in Art 83 DSGVO bereits unmittelbar anwendbare Regelungen enthalten sind, die dem Standard einer rechtsstaatlichen Strafgerichtsbarkeit gewährleisten. Das betrifft etwa die auch im StGB vorgesehene „*Tätige Reue*“⁸³, der in Art 83 Abs 2 lit c) DSGVO insoweit entsprochen wird, als bei der Entscheidung über die Verhängung von Geldbußen „Maßnahmen zur Minderung des den betroffenen Personen entstandenen Schadens“ zu berücksichtigen sind.

C. Adressaten

Es wurde dargelegt, dass es nach Art 83 Abs 9 DSGVO der Entscheidung der Mitgliedstaaten überlassen bleibt, „ob und in welchem Umfang gegen Behörden und öffentliche Stellen, [...], Geldbußen verhängt werden können“. Im Hinblick auf diesen Gestal-

⁷⁹ Kritisch dazu etwa *Öhlinger*, Vergaberecht und Verfassung, in Potacs (Hrsg), Beiträge zum Kärntner Vergaberecht (2000), 1, 12.

⁸⁰ Siehe in diesem Zusammenhang die Judikatur des VfGH zur „Inländerdiskriminierung“ bzw „Inlandsmarktdiskriminierung“; dazu *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht⁵, 93 ff.

⁸¹ ZB *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht¹¹, Rz 1357.

⁸² Siehe III.B.2.a).

⁸³ Siehe zB §§ 163d und 165a StGB.

tungsspielraum stellt sich daher für Österreich die Frage, ob und inwieweit staatliche Einrichtungen zu Adressaten von Geldbußen gemacht werden können.⁸⁴

Bei Beantwortung dieser Frage ist zwischen der privatrechtlichen und der hoheitlichen Tätigkeit staatlicher Einrichtungen zu unterscheiden. Die Rechtsstellung von Bund und Ländern als Privatrechtssubjekte ist in Art 17 B-VG geregelt. Aus Wortlaut und Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift wird geschlossen, dass Bund und Länder grundsätzlich umfassend als Träger von Privatrechten ausgestaltet wurden, eben einem gewöhnlichem Privatmann gleich.⁸⁵ Ebenso wird für die Gemeinden aus Art 116 Abs 2 B-VG abgeleitet, dass sie die Gemeinden im umfassenden Sinn als Privatrechtssubjekt konstituiert⁸⁶ und gleiches ist grundsätzlich auch für die privatrechtliche Tätigkeit anderer staatlicher Einrichtungen (zB gesetzlich eingerichtete Anstalten, berufliche Selbstverwaltung) anzunehmen. Dementsprechend ist unbestritten, dass juristische Personen des öffentlichen Rechts in Ausübung ihrer privatrechtlichen Tätigkeit von Verwaltungsstrafbestimmungen erfasst sein können. Exemplarisch in Bezug auf Gemeinden meint dazu der VwGH: „Gemeinden sind, sofern sie im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung tätig werden [...], nicht anders als juristische Personen des Privatrechts verpflichtet, die Verwaltungsvorschriften [...] einzuhalten“.⁸⁷ Anders stellt sich die Situation nach der Rechtsprechung des VfGH jedoch für den Bereich der Hoheitsverwaltung dar, weil der VfGH feststellt: „Die verwaltungsstrafrechtliche Strafbarkeit eines obersten Verwaltungsorganes für Handlungen im Rahmen des hoheitlichen Gesetzesvollzuges kommt nämlich von vornherein nicht in Betracht“.⁸⁸ Zwar hat der VfGH hier konkret auf die Ausübung von Hoheitsgewalt durch ein „oberstes Organ“ abgesprochen. Seine Hinweise in diesem Erkenntnis auf die Judikatur des VwGH zur Strafbarkeit eines Bürgermeisters im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung deuten aber darauf hin, dass die Ausübung der Hoheitsgewalt der entscheidende Aspekt ist, weil Bürgermeister in Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches (zu dem auch die Privatwirtschaftsverwaltung der Gemeinde gehört) gemäß Art 118 Abs 5 B-VG dem Gemeinderat verantwortlich und daher kein oberstes Organ sind.

In Umsetzung der Ermächtigung des Art 83 Abs 9 DSGVO könnten demnach staatliche Einrichtung im Rahmen ihrer privatrechtlichen Tätigkeit, nicht jedoch in Ausübung von Hoheitsgewalt zu Adressaten von Geldbußen gemacht werden.

⁸⁴ In § 42 Abs 3 des deutschen Referentenentwurfs zum Allgemeinen Datenschutzgesetz heißt es: „Gegen Behörden und sonstige öffentliche Stellen im Sinne des § 2 Absatz 1 werden keine Geldbußen verhängt. Satz 1 gilt nicht für öffentliche Stellen, soweit die Verarbeitung im Rahmen einer Tätigkeit erfolgt, hinsichtlich derer die öffentliche Stelle mit anderen Verarbeitern im Wettbewerb steht“.

⁸⁵ ZB Kahl, Art 17 B-VG, in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, 11. Lfg (2013), Rz 2, mwN.

⁸⁶ ZB Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹¹, Rz 548.

⁸⁷ VwGH 25.3.2004, 2001/07/0135. Ebenso VwSlg 13726 (A)/1992; VwGH 22.6.2011, 2009/04/0152;

⁸⁸ VfSlg 19988/2015.

IV. Zur Rechtsnatur der Geldbußen

Der Begriff „Geldbuße“ findet sich verschiedentlich im österreichischen Recht als Gesetzesbegriff,⁸⁹ zumeist in der Bedeutung der Auferlegung eines Vermögensnachteils als administrative Sanktion. Darauf kommt es allerdings nicht an, da es sich gegenständlich um einen Rechtsbegriff des Unionsrechts handelt, der als autonomer Begriff des Unionsrechts in seiner Bedeutung aus diesem selbst zu ermitteln ist.

Für das unionsrechtliche Verständnis ist von Bedeutung, dass soweit ersichtlich der Begriff im europäischen Kartellrecht eingeführt wurde – heute geregelt in Art 23 der Verordnung 1/2003. Das Bußgeldmodell wurde im Unionsrecht zu einer Zeit eingeführt, als der Union nach damaligem Verständnis eine „Strafkompetenz“ nicht zukam. Es soll sich also nicht um klassisches Justizstrafrecht, sondern um Administrativverfahren handeln, mögen die Verfahren auch zu einer sanktionsweisen vermögensmäßigen Belastung führen. Bei dieser Deutung handelt es sich allerdings um eine rein kompetenzrechtliche Beurteilung. Sie steht einer eigenständigen Qualifikation – insbesondere im Hinblick auf Art 6 MRK – nicht entgegen. Art 6 MRK stellt wie bereits erörtert (oben III.B.1.) für Verfahren, welche die Stichhaltigkeit strafrechtlicher Anklagen betreffen, besondere Garantien auf. Es ist von Bedeutung, dass das zentral maßgebliche Tatbestandselement der „criminal charge“ nicht aus der jeweiligen nationalen Rechtsbegrifflichkeit heraus, sondern als autonomer Begriff der MRK zu interpretieren ist. Daher ist es nicht relevant, dass die im österreichischen Recht vorgesehenen „Geldbußen“ im Allgemeinen nicht dem Justizstrafrecht zugeordnet werden.

Lehre und Rechtsprechung stimmen darin überein, dass es für die Qualifikation eines Verfahrens als ein Verfahren betreffend einer strafrechtlichen Anklage nicht auf die verfahrensrechtliche Konstruktion als „Anklage“verfahren ankommt, sondern auf eine materielle Betrachtung. Wesentliche Elemente sind dabei vor allem, dass es sich um ein Verfahren handelt, dessen verfahrensbeendende Entscheidung auf den Ausspruch eines rechtlichen Unwerturteils ausgerichtet ist, sowie (alternativ) darauf, dass das Verfahren zur Verhängung einer Sanktion von nicht unbeträchtlicher Höhe führen kann.⁹⁰ In diesem Sinn wurde bereits die Verhängung von Geldbußen gemäß § 29 Z 1 lit a KartG von der überwiegenden Lehre als ein Verfahren qualifiziert, das im Sinn von Art 6 MRK eine strafrechtliche Anklage zum Gegenstand hat.⁹¹ Besondere Aspekte, die gegen die Anwendbarkeit des Art 6 MRK sprechen würden, wie etwa die Wiederher-

⁸⁹ Siehe bspw § 11 WettbG, §§ 29 ff KartG, §§ 104 ff ElWOG, §§ 164 ff GWG, § 158b BaSAG, § 92 BDG, § 18 MedienG, §§ 10 ff PartG und § 334 Abs 7 u 8 BVergG.

⁹⁰ Siehe nur *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶, 479 f, Rz 19 ff; *Mayer/Muzak*, B-VG⁵ (2015), 724 f, jeweils mwN.

⁹¹ Vgl schon OGH 12.9.2007, 16 Ok 4/07; *B. Raschauer*, ÖZW 2008, 30, 33 f mwN.

stellung der Wettbewerbsgleichheit durch die Abschöpfung eines unrechtmäßig erlangten Vorteils,⁹² liegen hier nicht vor.

Unseres Erachtens kann daher nicht zweifelhaft sein, dass Art 83 der DSGVO auch Verfahren umfasst, die in den Schutzbereich des Art 6 MRK fallen. Damit soll nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass Geldbußenverfahren gemäß Art 83 DSGVO stets als Verfahren über strafrechtliche Anklagen im Sinn von Art 6 MRK zu qualifizieren sind. Wohl aber umfasst Art 83 DSGVO – und nur darauf kommt es für die Gestaltung einer nationalen Begleitregelung an – auch Verfahren, die in den Schutzbereich des Art 6 MRK fallen; immerhin spricht die Verordnung von „Verstößen“ gegen die DSGVO, wobei auch die Vorwerfbarkeit (Verschulden oder Fahrlässigkeit) berücksichtigt werden soll, und sieht sie einen Rahmen für Geldbußen in einer Höhe vor, die üblicherweise in Bezug auf Justizstrafverfahren normiert sind. Soweit Geldbußenverfahren auf der Grundlage von Art 83 DSGVO als Verfahren über strafrechtliche Anklagen zu qualifizieren sind, impliziert diese Beurteilung, dass nicht nur die allgemeinen Garantien des Art 6 Abs 1 MRK, sondern auch die besonderen Garantien des Art 6 Abs 3 MRK erfüllt werden müssen.⁹³ In weiterer Konsequenz ist in organisatorischer Hinsicht Art 2 des 7. Zusatzprotokolls zur MRK zu beachten, wonach jemand, der von einem Gericht wegen einer strafbaren Handlung verurteilt worden ist, grundsätzlich das Recht hat, das Urteil von einem übergeordneten Gericht nachprüfen zu lassen.⁹⁴

V. Konsequenzen für die Gestaltung des nationalen Verfahrensrechts

A. Anwendung des VStG?

Der Umstand, dass ein Verfahren als ein Verfahren qualifiziert wird, das in den Schutzbereich des Art 6 MRK fällt, besagt lediglich, dass bestimmte Garantien erfüllt werden müssen; er besagt indes nicht, dass damit eine bestimmte Art bzw ein bestimmter Typ eines nationalen Verfahrens für anwendbar erklärt werden müsste. Die nationale Regelungsautonomie bleibt insoweit sowohl unter Art 6 MRK als auch unter Art 83 DSGVO uneingeschränkt – sofern die jeweiligen Regeln bzw Garantien zur Anwendung kommen.

Aus österreichischer Sicht ist es auf den ersten Blick naheliegend, an die Anwendbarkeit des VStG zu denken. Ginge man nämlich von der Zuständigkeit der Datenschutzbehörde aus, so würde es sich um ein Verfahren vor einer Verwaltungsbehörde handeln, näherhin um ein Verfahren über strafrechtliche Anklagen im Sinn von Art 6

⁹² Vgl zB VfSlg 19.916/2014; vgl zu § 97 BWG auch *B. Raschauer*, Finanzmarktaufsichtsrecht, 2015, 249; aA noch VwGH 22.2.1999, 96/17/0006.

⁹³ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶, 531 ff; vgl auch OGH 12.9.2007, 16 Ok 4/07.

⁹⁴ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶, 569 ff.

MRK. Dies scheint dafür zu sprechen, dass sich aus Art I Abs 2 Z 2 EGVG die Anwendbarkeit des VStG ergibt.

Dies ist allerdings nicht eindeutig. Die ältere Lehre und Rechtsprechung gingen davon aus, dass das VStG nur anzuwenden ist, wenn ein bestimmtes Verhalten in einer Vorschrift des materiellen Rechts zur „Verwaltungsübertretung“ erklärt worden ist.⁹⁵ Dies trifft bei der hier allein maßgebliche Verhaltensvorschrift, nämlich Art 83 der DSGVO, offenkundig nicht zu.

Die neuere Lehre stellt bezüglich des Anwendungsbereichs des VStG vornehmlich auf materielle Gesichtspunkte ab. Bei der Beurteilung, ob eine Sanktion zumindest dem Grunde nach als eine Verwaltungsübertretung angesehen werden kann, komme es darauf an, ob diese auch einen Strafrechtscharakter hat, was insbesondere dann der Fall ist, wenn die Verwirklichung des Tatbestands von einem gewissen Verschulden abhängig ist.⁹⁶ Die wichtigsten Elemente einer Verwaltungsübertretung sind damit das Verhalten (Tatbild, objektiver Tatbestand), das Verschulden (subjektiver Tatbestand) und die Rechtswidrigkeit. Diese Voraussetzungen müssen im Allgemeinen gegeben sein, damit es sich iSd § 1 Abs 1 VStG um eine „Verwaltungsübertretung“ handelt.⁹⁷

B. Beurteilung von Strafzinsen und alternativen Geldbußen

Im Sinn einer solchen Beurteilung findet beispielsweise das VStG auf die Verhängung von Strafzinsen (Pönalezinsen) gemäß § 97 BWG keine Anwendung.⁹⁸ Der

Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis VwGH 22.2.1999, 96/17/0006, festgehalten: „Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Beschluß vom 13. Dezember 1995, B 2286/95-7, ausdrücklich die Pönalezinsen als wirtschaftsaufsichtsrechtliche Maßnahme ohne Strafcharakter bezeichnet. Der Verwaltungsgerichtshof schließt sich dieser Auffassung an. Der Gesetzgeber des Bankwesengesetzes unterscheidet in der Überschrift des auch die Bestimmung des § 97 BWG umfassenden XXII. Abschnitts zwischen Verfahrens- und Strafbestimmungen; er regelt in § 98 und § 99 BWG ausdrücklich als solche bezeichnete Verwaltungsübertretungen und in § 101 BWG einen gerichtlich strafbaren Tatbestand. Der Gesetzgeber hat also im gegebenen Zusammenhang Verwaltungsübertretungen ausdrücklich als solche bezeichnet; dies legt den Schluß nahe, daß er im Zusammenhang mit den im § 97 BWG geregelten Tatbeständen sich nicht des Strafrechtes bedienen wollte. Vorbild für die Regelung des § 97 BWG waren die im § 14 Abs. 4 KWG vorgesehenen sogenannten Pönalregelungen (vgl. 1130 BlgNR 18. GP, 155). Der Sinn dieser Regelungen bestand darin, daß Banken bei der Unterschreitung der gebotenen Liquidität Kosten auferlegt werden, die ihnen aus betriebswirtschaftlicher Vernunft die Einhaltung der Liquidität gebieten (vgl. Laurer in

⁹⁵ ZB VwGH 14.9.1982, 82/07/0097; 22.2.1999, 96/17/0006.

⁹⁶ Wessely in N. Raschauer/Wessely, VStG², § 1 Rz 3.

⁹⁷ Kolonovits/Muzak/Stöger, Verwaltungsverfahrensrecht¹⁰, Rz 988.

⁹⁸ Vgl nur Wessely in VStG², § 1, Rz 3; B. Raschauer, Finanzmarktaufsichtsrecht, 249, beide mwN.

Fremuth-Laurer-Linc-Pötzelberger-Ruess, Bankwesengesetz (1995) Rz 1 zu § 97). In diesen Kosten mag auch ein Ausgleich für die betriebswirtschaftlichen Vorteile liegen, die die Konzentration auf einen einzigen Großkunden im allgemeinen mit sich bringt, die die gesetzestreuen Banken entgehen, um solcherart Wettbewerbsvorteile aus der Mißachtung des Gesetzes zu unterbinden. Der Gesetzgeber hat daher offenkundig bewußt zwischen Strafsanktionen und anderen Steuerungsmechanismen zur Sicherung der Einhaltung der gesetzlichen Gebote unterschieden. In den hier zu beurteilenden Zinsen ist daher – auch unter Beachtung der in Fragebeantwortung I, 10, getroffenen Klarstellung, daß es nicht auf die Bezeichnung einer Sanktion ankommen könne – eine verwaltungsbehördliche Sanktion ohne Strafcharakter zu sehen. Solche Sanktionen können im Falle der Zuwiderhandlung gegen eine Verwaltungsvorschrift ohne Prüfung des Verschuldens (und allenfalls auch gegenüber juristischen Personen) verhängt werden (vgl. z.B. die sogenannte Ausgleichstaxe nach § 9 des Behinderteneinstellungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1970 idF BGBl. Nr. 144/1995).“

Von besonderem Interesse sind im gegenständlichen Zusammenhang zudem die Geldbußen, die auf der Grundlage von § 334 Abs 7 BVergG zu verhängen sind. Mögen auch heute Gerichte zur Verhängung zuständig sein, ist die zitierte Gesetzesbestimmung vor folgendem Hintergrund zu sehen: Die Geldbußen waren ehemals von der administrativen Vergabekontrollbehörde (BVA, UVS, VKS) zu verhängen. Anlässlich der Einführung der zweistufigen Verwaltungsgerichtsbarkeit zum 1.1.2014 wurde ihre Zuständigkeit durch die Zuständigkeit des Bundes- bzw der Landesverwaltungsgerichte ersetzt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat seine Rechtsprechung zu § 334 Abs 7 BVergG im Erkenntnis VwGH 11.11.2015, Ra 2015/04/0073, wie folgt zusammengefasst:⁹⁹

„Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung bereits festgehalten, dass gemäß § 334 Abs. 7 BVergG 2006 dann eine Geldbuße zu verhängen ist, wenn von einer Nichtigkeitsklärung (ex tunc) gemäß § 334 Abs. 2 erster Satz BVergG 2006 abgesehen wurde (vgl. das hg. Erkenntnis vom 9. September 2015, Ro 2015/04/0013 und 0014, mit Verweis auf das hg. Erkenntnis vom 18. März 2015, 2012/04/0070, sowie das zur entsprechenden Rechtslage des § 22 Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz 2012 ergangene hg. Erkenntnis vom 9. September 2015, 2013/04/0046).

Ein Verschulden des Auftraggebers ist in § 334 Abs. 7 erster Satz BVergG 2006 nicht als Voraussetzung für die Verhängung einer Geldbuße normiert. Ein solches kann nicht aus dem von der Revision behaupteten strafrechtlichen Sanktionscharakter der Geldbuße nach § 334 Abs. 7 BVergG 2006 abgeleitet werden. Wie die Erläuterungen zu dieser Bestimmung (RV 327 BlgNR 24. GP, 39), ausführen, handelt es sich bei der Geldbuße nach § 334 Abs. 7 BVergG 2006 nicht um eine Verwaltungsstrafe sondern

⁹⁹ Vgl zur Bemessung einer Geldbuße nach § 334 Abs 7 BVergG auch VwGH 8.3.2015, 2012/04/0070, und VwGH 9.9.2015, Ro 2015/04/0013.

wird damit ein neues Sanktionssystem normiert. Dabei spricht auch die in den Erläuterungen angesprochene Wahlmöglichkeit des Auftraggebers (§ 334 Abs. 2 zweiter Satz BVergG 2006) gegen den strafrechtlichen Charakter der Geldbuße. Zudem wird klargestellt, dass es zu keiner Prüfung kommt, ob die Verhängung der Geldbuße auf Grund fehlenden Verschuldens überhaupt unterbleiben kann. So heißt es in den Erläuterungen:

Der vorgeschlagene § 334 Abs. 7 enthält die Grundlage für die Verhängung von Geldbußen. Hinzuweisen ist darauf, dass es sich bei der Verhängung einer Geldbuße ('alternative Sanktion') gemäß dem vorgeschlagenen § 334 Abs. 7 nicht um eine Verwaltungsstrafe handelt und dass das diesbezügliche Verfahren somit kein Verfahren wegen einer Verwaltungsübertretung darstellt. Die darin vorgeschlagene neuartige Sanktion stellt vielmehr – vergleichbar etwa mit den Geldbußen gemäß § 29 Kartellgesetz 2005, BGBl. I Nr. 61 – ein neues Sanktionssystem dar, das zu bestehenden Strafrechtssystemen hinzutritt (vgl. zum kartellrechtlichen Geldbußensystem etwa Zeder, Die österreichischen Kartellbußen am Maßstab des Kriminalrechts, JBl 2007, 477 (491), Petsche/Tautscher in Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), KartG 2005 (2007) § 29 KartG Rz 6 f; vgl. auch die Entscheidung des OGH vom 12.9.2007, 16 Ok 4/07, wonach kartellrechtliche Geldbußen Mittel des staatlichen Zwangs sind, um die kartellrechtlich vorgesehene Wirtschaftsordnung durchzusetzen, und somit nicht Kriminalunrecht, sondern die Verletzung von Wettbewerbsvorschriften pönalisiert wird).“

C. Argumente gegen die Anwendung des VStG

Derartige Überlegungen sprechen dafür, dass es sich bei der in Art 83 der DSGVO vorgesehenen Geldbuße nicht um die Verhängung einer Verwaltungsstrafe handelt, nämlich in dem Sinn, dass *eo ipso* gemäß § 1 VStG von der Anwendbarkeit des VStG auszugehen wäre. Auch hier gilt nämlich, dass die DSGVO zwischen Geldbußen (Art 83) und strafrechtlichen Sanktionen (Art 84 in Verbindung mit ErwGr 149) unterscheidet und dass die Verhängung einer Geldbuße nicht notwendigerweise Verschulden zur Voraussetzung hat.

Diese Frage muss an dieser Stelle aber nicht weiter vertieft und abschließend entschieden werden, und zwar aus folgenden Gründen: Unzweifelhaft ist der mit der hier interessierenden Begleitregelung befasste Gesetzgeber befugt, das VStG für anwendbar zu erklären, beispielsweise indem er explizit die Anwendung des VStG anordnet oder indem er Verstöße gegen die Abs 4, 5 und 6¹⁰⁰ des Art 83 der DSGVO zu Verwaltungsübertretungen erklärt. In gleicher Weise kann der Gesetzgeber die Anwendung des VStG ausschließen, beispielsweise indem er ein anderes Verfahrensregime für anwendbar erklärt oder indem er besondere Verfahrensregeln trifft. Unabdingbar scheint nur, dass sich der Gesetzgeber in Anbetracht der vorstehend konstatierten Unklarheit zur Frage des anwendbaren Verfahrensrechts explizit äußert.

¹⁰⁰ Vgl den Hinweis bei Feiler/Forgó, EU-DSGVO, 344 und 349 darauf, dass es sich bei der Bezugnahme auf die Abs 5 und 6 in Art 83 Abs 1 DSGVO um einen Übersetzungsfehler handeln dürfte.

Gegen eine Regelung, welche die Anwendbarkeit des VStG auf das gegenständliche Geldbußenregime statuiert, würden allerdings erhebliche sachliche und auch verfassungsrechtliche Bedenken bestehen, da das VStG in einer Reihe von Punkten für das in Art 83 DSGVO geregelte Geldbußenverfahren „nicht passt“:

- Gemäß Art 83 Abs 2 lit b DSGVO hat die Behörde Vorsätzlichkeit oder Fahrlässigkeit des Verstoßes gebührend zu berücksichtigen. Die Verhängung von Geldbußen ist demnach verschuldensabhängig,¹⁰¹ wobei die Unschuldsvermutung gilt.¹⁰² Dies ist ersichtlich von Amts wegen zu ermitteln. Damit ist die in § 5 VStG verankerte Verschuldensvermutung nicht zu vereinbaren. In den Kategorien des VStG würde es sich bei den in Art 83 Abs 4, 5 und 6 der Verordnung erfassten Tatbildern nämlich primär um Ungehorsamsdelikte handeln. Ganz allgemein ist darauf hinzuweisen, dass die Verschuldensvermutung des § 5 Abs 1 VStG bei hohen Strafen mit Art 6 MRK und Art 48 GrC nicht im Einklang steht.¹⁰³
- Verfahren gemäß Art 83 DSGVO sind gegen den Verantwortlichen und/oder gegen den Auftragsverarbeiter zu führen. Die Verordnung enthält Zurechnungsregeln. Mit diesen sind die Bestimmungen über Anstiftung und Beihilfe (§ 7 VStG) nicht zu vereinbaren.
- Verfahren gemäß Art 83 DSGVO sind gegen „Unternehmen“ zu führen. Es kann hier dahinstehen, ob in diesen Zusammenhang die Definition des Art 4 Z 18 DSGVO maßgeblich ist, oder ob – wie *Feiler/Forgó*¹⁰⁴ argumentieren – ein davon abweichender kartellrechtlicher Unternehmensbegriff heranzuziehen ist. In jedem Fall sieht Art 83 die Verhängung von Geldbußen zwingend auch gegen juristische Personen vor,¹⁰⁵ weshalb – die Verantwortlichkeit grundsätzlich individualisierenden – Bestimmungen des § 9 VStG mit dieser Konzeption nicht vereinbar sind. Hinzuzufügen wäre allerdings auch, dass eine Bestrafung von natürlichen Personen (zB außenvertretungsbefugter Organe) zusätzlich zur juristischen Person ebenfalls problematisch erscheint. Ist doch in Anbetracht der Höhe der Geldbußen damit zu rechnen, dass juristische Personen für ihre Organwalter in der Regel finanziell eintreten würden, wodurch eine im Hinblick auf Art 4 der 7 ZPMRK und den Gleichheitssatz äußerst bedenkliche Gefahr einer Doppelbestrafung besteht.
- In einer ähnlichen Konstellation hat der Gesetzgeber jüngst im Finanzmarkt-GeldwäscheG, BGBl I 118/2016, in § 34 Abs 4 angeordnet: „Die FMA kann von der Bestrafung eines Verantwortlichen gemäß § 9 VStG absehen, wenn es sich um keinen schwerwiegenden, wiederholten oder systematischen Verstoß handelt oder wenn für denselben Verstoß bereits eine Verwaltungsstrafe gegen die juristische Person verhängt wurde und keine besonderen Umstände vorliegen, die einem Absehen von der Bestrafung entgegenstehen.“ In den Erläuternden Bemerkungen der

¹⁰¹ Siehe II.B.a.

¹⁰² Siehe III.B.1.

¹⁰³ Siehe III.B.1.

¹⁰⁴ *Feiler/Forgó*, EU-DSGVO, 84, Rz 46 und 350, Rz 12; eher ablehnend *Bergt*, Art 83, Rz 41 ff.

¹⁰⁵ Siehe II.B.2.

Regierungsvorlage¹⁰⁶ wird diese Bestimmung dahin erläutert, dass sie zum Teil dem Vorbild des § 99d Abs 5 BWG entspreche und zum Teil darin gründe, dass die umgesetzte EU-Richtlinie eine Sanktionierung nur bei schwerwiegenden, wiederholten oder systematischen Verstößen gebiete. Jedenfalls wird mit Bestimmungen dieser Art gesetzlich anerkannt, dass die betreffenden Sanktionen primär gegen juristische Personen gerichtet sind, womit das Konzept des § 9 VStG auf den Kopf gestellt wird. Unabhängig davon dürfte die genannte Bestimmung verfassungswidrig sein, da Straftatbestände sowohl gemäß Art 18 B-VG als auch gemäß Art 6 MRK so gestaltet sein müssen, dass die Rechtslage für die Betroffenen vorhersehbar ist, sodass sie ihr Verhalten darauf einrichten können. Damit ist es jedoch unvereinbar, dass die Disposition über die Strafbarkeit, wie in den Erläuternden Bemerkungen ausgeführt, der Behörde den risikoorientierten Einsatz ihrer Ressourcen ermöglichen soll. Im Speziellen muss die Anwendbarkeit des § 9 Abs 7 VStG ausgeschlossen werden, da sich die Haftung für die Strafe des Mitarbeiters bei gleichzeitiger Bestrafung des Unternehmens selbst als mit Art 83 DSGVO unvereinbar darstellen würde. In Deutschland sieht § 42 Abs 1 des Referentenentwurfs zu einem neuen Allgemeinen Bundesdatenschutzgesetz – auf der Grundlage des Art 84 DSGVO („Sanktionen“), und nicht auf der Grundlage des Art 83 DSGVO („Geldbußen“) – vor: „Ordnungswidrig handelt, wer in Ausübung seiner Tätigkeit für den Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter vorsätzlich oder fahrlässig gegen Artikel 83 Absatz 4, 5 oder 6 der Verordnung (EU) 2016/679 verstößt [...]. Die Ordnungswidrigkeit kann im Fall des Satzes 1 mit einer Geldbuße bis zu dreihunderttausend Euro geahndet werden.“

- Ausgeschlossen werden müsste die Anwendbarkeit des § 16 VStG betreffend die Ersatzfreiheitsstrafe, ebenso die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Strafbemessung (§§ 19, 20 VStG), da die DSGVO in diesem Zusammenhang eigenständige Regeln normiert.
- Die Bestimmungen über das sog. Kumulationsprinzip (§§ 22 Abs 2, 30 VStG) müssten für unanwendbar erklärt werden, da die DSGVO in ihrem Art 83 Abs 3 von der Maßgeblichkeit des Absorptionsprinzips ausgeht.¹⁰⁷
- Nicht anwendbar scheint die Verjährungsbestimmung des § 31 VStG, da die DSGVO nicht von einer solchen Konzeption ausgeht.
- Ausgeschlossen werden müsste die Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Sicherung des Strafverfahrens (§§ 35 ff VStG), da dies durch die bloß auf Geldbußen abzielende DSGVO nicht gedeckt wäre.

Diese vielfältigen Abweichungen vom VStG sind vor dem Hintergrund des Art 11 Abs 2 B-VG zu sehen. Das VStG ist eines der Gesetze, die im Interesse der Statuierung einheitlicher verfahrensrechtlicher Vorschriften erlassen worden ist. Von solchen einheitlichen Vorschriften abweichende Regelungen dürfen in den einzelnen Verwaltungs-

¹⁰⁶ RV 1335 Blg NR 25. GP, 17.

¹⁰⁷ Siehe II.B.1.b.

vorschriften nur dann getroffen werden, wenn sie zur Regelung des Gegenstands erforderlich sind.¹⁰⁸ Nun lässt sich argumentieren, dass die Vorgaben einer unmittelbar anwendbaren unionsrechtlichen Vorschrift solche Erfordernisse zu begründen vermögen. Wenn allerdings Abweichungen von einem einheitlichen Gesetz in so großem Ausmaß erforderlich sind, sprechen unter dem Gesichtspunkt des im Gleichheitssatz mitumschlossenen Sachlichkeitsgebots die besseren Argumente dafür, von vornherein eine eigenständige Regelung zu erlassen.

D. Gerichtsspezifisches Verfahrensrecht

Diese Überlegungen können letztlich dahinstehen, wenn der in der vorliegenden Untersuchung als verfassungsrechtlich geboten dargelegten Beurteilung¹⁰⁹ Rechnung getragen wird, dass Sanktionen der hier in Frage stehenden Größenordnung von einem Gericht zu verhängen sind. Diesfalls wäre ein für das betreffende Gericht maßgebliches Verfahrensregime für anwendbar zu erklären.

Gegen die Heranziehung der StPO spricht in diesem Zusammenhang allein schon der Umstand, dass die DSGVO mit der Gegenüberstellung von Geldbußen und Sanktionen zum Ausdruck bringt, dass sie die Verhängung von Geldbußen keinesfalls als Verfahren über Justizdelikte verstanden wissen will.¹¹⁰ ErwGr 149 spricht im Hinblick auf Art 84 DSGVO explizit von „strafrechtlichen Sanktionen“, während im Hinblick auf Art 83 DSGVO jegliche Bezugnahme auf das Strafrecht vermieden wird.

In Bezug auf die Geldbußen nach Kartell- und Wettbewerbsrecht hat der Gesetzgeber die Bestimmungen des AußStrG für anwendbar erklärt, sie allerdings gleichzeitig um entsprechende auf die Besonderheiten der Geldbußenverfahren bezogene Sonderregelungen ergänzt. In der Tat darf nicht übersehen werden, dass es sich unabhängig von der Qualifikation nach österreichischem Recht um „Verfahren über strafrechtliche Anklagen“ im Sinn von Art 6 Abs 3 MRK handelt. Daher muss das für das Gericht maßgebliche Verfahrensrecht um jene Bestimmungen ergänzt werden, die erforderlich sind, um den besonderen Garantien des Art 6 Abs 3 MRK Rechnung zu tragen.

Da es sich, wie gezeigt, um Verfahren handelt, die in erster Linie gegen juristische Personen geführt werden, läge es unter dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz nahe, Anhaltspunkte aus dem VerbandsverantwortlichkeitsG zu gewinnen.¹¹¹ Allerdings ergeben sich Grenzen aus den unmittelbar anwendbaren Bestimmungen der DSGVO. So ist für die Geldbuße nach Art 83 DSGVO ein höherer Rahmen festgelegt als nach dem VbVG. Auch ergibt sich aus Art 83 Abs 9 DSGVO, dass „die Anklage“ (der Antrag) der Datenschutzbehörde – und nicht dem Staatsanwalt – zugewiesen werden muss. Den-

¹⁰⁸ Siehe zur Judikatur des VfGH zu Art 11 Abs 2 B-VG etwa *Mayer/Muzak*, B-VG⁵, 74 f.

¹⁰⁹ Siehe III.B.2.

¹¹⁰ Auch § 2 des EU-Verwaltungsstrafvollstreckungsgesetzes unterscheidet zwischen Geldstrafen und Geldbußen.

¹¹¹ Siehe dazu etwa *Wiederin*, GA 16. ÖJT, 96 f.

noch sind Aspekte des VbVG auch für die hier gestaltende Begleitregelung maßgeblich. Dabei ist zu erwähnen, dass die Aufsichtsbehörde gemäß Art 83 DSGVO bezüglich der Frage, ob eine Geldbuße zu verhängen ist, ein ähnliches Verfolgungsermessen besitzt wie die Staatsanwaltschaft gemäß § 18 VbVG. Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis VfGH 2.12.2016, G 497/2015, zum VbVG auf das Erfordernis gegenstandsadäquater Verfahrensregeln hingewiesen; im Speziellen darauf, dass Art 6 MRK auch für juristische Personen gilt.

VI. Modelle

Versucht man, aus den vorstehend entwickelten Überlegungen ein Resumé zu ziehen, so sind folgende Punkte festzuhalten:

A. Kein Administrativverfahren

Das gleichsam im Normalfall gegebene Grundmodell, wie es bislang im Bereich der Zuständigkeiten der FMA implementiert wurde, besteht darin, dass die zuständige Verwaltungsbehörde, hier also die Datenschutzbehörde, in Anwendung des AVG mit Bescheid über die Verhängung von Geldbußen entscheidet und dass dagegen Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht und in weiterer Folge Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden kann. Damit würde dem aus Art 2 des 7. ZPMRK erfließenden Gebot zweifacher Gerichtszuständigkeit entsprochen. Da das Verfahren zwar keine Strafen im Sinn des VStG, wohl aber Strafen im Sinn von Art 6 MRK zum Gegenstand hat, müsste durch besondere Ergänzungen gegenüber dem AVG sichergestellt werden, dass den sich Art 6 Abs 3 MRK ergebenden Erfordernissen Rechnung getragen wird.

Allerdings sprechen, wie gezeigt,¹¹² verfassungsrechtliche Überlegungen dagegen, dass eine Verwaltungsbehörde – wenn auch nur „in erster Instanz“ – über Sanktionen in der hier in Frage stehenden Höhe entscheidet.

In Deutschland wird solchen Bedenken zum Teil dadurch Rechnung getragen, dass bei der betreffenden Verwaltungsbehörde besondere gerichtsähnlich ausgestaltete Spruchkammern bzw. Beschlusskammern eingerichtet sind. Zu dieser Konstruktion gibt es in Österreich jedoch keine Erfahrungen,¹¹³ sodass man sowohl organisatorisch als auch verfahrensrechtlich völliges Neuland betreten müsste.

¹¹² Siehe III.B.2.

¹¹³ Am ehesten könnte man an bei Regulierungsbehörden eingerichtete unabhängige Regulierungskommissionen denken.

B. Ausübung des Wahlrechtes

Allerdings eröffnet die DSGVO der nationalen Gesetzgebung ein Wahlrecht. Art 83 Abs 9 DSGVO bestimmt: „Sieht die Rechtsordnung eines Mitgliedstaats keine Geldbußen vor, kann dieser Artikel [scil. Art 83 DSGVO] so angewandt werden, dass die Geldbuße von der zuständigen Aufsichtsbehörde in die Wege geleitet und von den zuständigen nationalen Gerichten verhängt wird, wobei sicherzustellen ist, dass diese Rechtsbehelfe wirksam sind und die gleiche Wirkung wie die von Aufsichtsbehörden verhängten Geldbußen haben [...]“. ErwGr 151 nimmt in diesem Zusammenhang auf die Rechtsordnungen Dänemarks und Estlands Bezug. Unseres Erachtens kommt es dabei, wie bereits erläutert¹¹⁴ nicht darauf an, ob es in einem Mitgliedstaat überhaupt keine Geldbußen gibt – dies ist zumeist eine Frage der gesetzlichen Terminologie –, sondern darauf, ob es in einem Mitgliedstaat in Angelegenheiten der betreffenden Art (hier: Datenschutzrecht) keine Geldbußen gibt oder ob es keine Geldbußen der betreffenden Art (hier: Höhe der Bußen) gibt. Es scheint daher zulässig und unter den erörterten verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten auch geboten, von der in Art 83 Abs 9 DSGVO eröffneten Option Gebrauch zu machen.

Bezogen auf die hier interessierende Fragestellung hätte das Aufgreifen dieses Wahlrechts zur Konsequenz, dass im Datenschutzgesetz eine Regelung des Inhalts zu treffen wäre, dass die Datenschutzbehörde als Ergebnis ihrer Ermittlungen bei einem gesetzlich für zuständig erklärten Gericht einen Antrag auf Verhängung einer Geldbuße gegen einen Verantwortlichen und/oder gegen einen Auftragsverarbeiter stellt und dass das betreffende Gericht auf der Grundlage der Ergebnisse eines kontradiktorischen Verfahrens über diesen Antrag entscheidet.

C. Ordentliches Verfahren oder Bundesverwaltungsgericht?

Völlig unangemessen erschiene es, Verletzungen der DSGVO auf Grund einer Anklage durch die Staatsanwaltschaft von ordentlichen Gerichten im Rahmen der Strafgerichtsbarkeit zu ahnden. Denn unabhängig von der Höhe der Geldbußen ist der Unwertgehalt von Verletzungen der DSGVO in der Regel keineswegs so hoch, dass eine „Kriminalisierung“ gerechtfertigt wäre. Auch ist darauf hinzuweisen, dass gemäß Art 83 Abs 9 DSGVO das Verfahren zwingend von der „Aufsichtsbehörde“ in die Wege zu leiten ist, was eine Anklage durch die Staatsanwaltschaft ausschließt. Davon ausgehend kommen grundsätzlich vor allem zwei Modelle in Betracht, die zur Wahrung des rechtsstaatlichen Anliegens der Sicherstellung einer Gerichtszuständigkeit in besonderen Fällen der hier interessierenden Art beitragen können. Zum einen könnte die Datenschutzbehörde beim Verwaltungsgericht, zum anderen bei einem ordentlichen Gericht die Verhängung einer Geldbuße beantragen. Im Hinblick auf die Judikatur des VfGH könnte dabei überlegt werden, dass die Datenschutzbehörde geringere Geldbußen selbst verhängt und erst

¹¹⁴ Siehe II.B.2.

ab einer bestimmten Höhe einen Antrag auf Verhängung der Geldbuße durch ein Gericht stellen muss.

Für die Verhängung von Geldbußen durch das *Bundesverwaltungsgericht* lässt sich zweifellos ins Treffen führen, dass die Vollziehung des Datenschutzrechts in erheblichem Umfang durch die Datenschutzbehörde erfolgt, deren Bescheide schon derzeit beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden können.¹¹⁵ Damit besitzt das Bundesverwaltungsgericht eine Sachkompetenz auf dem Gebiet des Datenschutzes, die es gewiss auch zur Verhängung von Geldbußen prädestinieren würde. Gegen die Heranziehung des Bundesverwaltungsgerichts dürfte jedoch sprechen, dass das System der Verwaltungsgerichtsbarkeit verfassungsrechtlich derart vorgezeichnet ist, dass das Verwaltungsgericht mit einer von einer Verwaltungsstelle getroffenen Entscheidung befasst ist. Die Betrauung des Bundesverwaltungsgerichts mit der Verhängung von Geldbußen in erster Instanz würde also eine grundlegende Neukonzeption dieses verfassungsrechtlichen Systems erforderlich machen.

Nun wäre zu bedenken, dass die Verwaltungsgerichte auch gemäß § 334 Abs 7 BVergG einfachgesetzlich zur Verhängung von Geldbußen berufen sind und somit als „erstinstanzliche Sanktionsbehörden“ tätig werden. Dazu ist allerdings zu bedenken, dass gemäß Art 130 Abs 2 Z 2 B-VG die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte zur Entscheidung über Beschwerden wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens vorgesehen werden kann. § 334 BVergG betrifft derartige Verfahren, insbesondere die Nichtigerklärung von als rechtswidrig beurteilten Verträgen öffentlicher Auftraggeber. Auf unionsrechtlicher Grundlage dürfen alternative Sanktionen vorgesehen werden.¹¹⁶ In diesem Sinn handelt es sich bei der Geldbuße gemäß § 334 Abs 7 BVergG um eine Sanktion im Rahmen der Prüfung der Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers. Keine gleichartige fakultative Zuständigkeit ist dagegen verfassungsrechtlich für Angelegenheiten der Wahrung des Datenschutzes vorgesehen. Zur Implementierung einer Geldbußenkompetenz des Bundesverwaltungsgerichts bedürfte es im vorliegenden Zusammenhang somit einer Verfassungsänderung.

Dagegen wäre keine Verfassungsänderung erforderlich, wenn mit der Verhängung der Geldbußen nach der DSGVO ein *ordentliches Gericht* betraut würde. Als paradigmatisch kann das Kartell- und Wettbewerbsrecht herangezogen werden, die ebenfalls schon jetzt eine Kompetenz auf datenschutzrechtlichem Gebiet besitzen.¹¹⁷ Gemäß § 36 KartG entscheidet das Kartellgericht über die Verhängung von Geldbußen nur auf Antrag, insbesondere auf Antrag der Bundeswettbewerbsbehörde. Das Kartellgericht darf keine höhere Geldbuße verhängen als beantragt. Das Kartellgericht entscheidet im Ver-

¹¹⁵ Siehe §§ 38 f DSG.

¹¹⁶ Siehe Art 2e der Richtlinie 2007/66/EG (ABl L 335/31), sowie ErwGr 19, 21 und 22 dieser Richtlinie.

¹¹⁷ Siehe §§ 32 f DSG.

fahren außer Streitsachen, das KartG selbst enthält allerdings mehrere besondere Verfahrensbestimmungen.

Auch § 99 ElWOG unterscheidet zwischen strafbaren Handlungen auf der einen Seite und Geldbußentatbeständen auf der anderen Seite. Gemäß § 104 ElWOG hat das Kartellgericht über Antrag der Regulierungsbehörde im Verfahren außer Streitsachen über die Verhängung von Geldbußen zu entscheiden. Gemäß § 105 Abs 2 ElWOG wird eine Bestimmung des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes (betreffend die Rechtsnachfolge) für sinngemäß anwendbar erklärt. § 107 ElWOG enthält eine spezielle, dem Kartellrecht nachempfundene Verjährungsbestimmung. Gleichsinnig sind die §§ 159 und 164 ff GWG zu sehen.

Gemeinsam ist diesen Regelungen, dass sie nicht als Verwaltungsstrafverfahren ausgestaltet sind. Gemeinsam ist ihnen auch, dass erhebliche Geldbußen nach dem „Anklageprinzip“ ausgestaltet sind: Die zuständige Verwaltungsbehörde beantragt beim betreffenden Gericht die Verhängung der Geldbuße, und das Gericht wendet ein Justizverfahrensgesetz an, das um einzelne spezielle Bestimmungen ergänzt wird.

Gleichzeitig wird dabei ein Aspekt sichtbar, der vielleicht eher zugunsten des Einsatzes ordentlicher Gerichte und gegen die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts spricht. Im Rahmen der vorgenannten Bestimmungen auf den Gebieten des Wettbewerbs- und des Energierechts gibt es bereits praktische Erfahrungen was die erforderlichen ergänzenden Bestimmungen betrifft, während in Bezug auf die Ergänzung des VwVfG Neuland betreten werden müsste.

VII. Verfahrensrechtliche Einzelfragen

Abschließend sei noch auf einige Einzelpunkte hingewiesen, die hinsichtlich der hier in Frage stehenden Begleitregelung von Bedeutung sind.

Ein erster Punkt betrifft *Verpflichtungserklärungen*. Gerade wenn man sich die besonders hohen Rahmenbestimmungen für Geldbußen vor Augen hält, scheint es naheliegend auch über Möglichkeiten einer „Diversion“ oder dergleichen nachzudenken. Im Speziellen ist im hier interessierenden Zusammenhang Art 58 Abs 2 lit b DSGVO zu beachten. Danach ist der nationalen Aufsichtsbehörde (gesetzlich) zu gestatten, „einen Verantwortlichen oder einen Auftragsverarbeiter zu warnen, wenn er mit Verarbeitungsvorgängen gegen diese Verordnung verstoßen hat“. Gemäß Art 83 Abs 2 DSGVO werden Geldbußen je nach den Umständen des Einzelfalls zusätzlich oder anstelle von Maßnahmen nach Art 58 Abs 2 verhängt. In § 11 Abs 3 und 4 WettbG sind in vergleichbarem Zusammenhang sanktionsvermeidende Verpflichtungsverfahren geregelt. Es ist zu bedenken, dass die Verhängung von Geldbußen kein Selbstzweck sein soll. Wenn ein in Prüfung gezogener Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter das inkrimi-

nierte Verhalten sogleich einstellt und sich gegenüber der Datenschutzbehörde zur rechtskonformen Änderung seiner Praxis verpflichtet, so ist das beste Ergebnis erreicht, das in einem Rechtsstaat erzielt werden kann. Allerdings ist in diesem Zusammenhang daran zu erinnern, dass eine der „*Tätigen Reue*“ zumindest ähnliche Regelung in Art 83 Abs 2 lit c) DSGVO enthalten ist und bei der Verhängung von Geldbußen (zB wegen Verletzung von Informationspflichten gemäß Art 13 und 14 DSGVO durch Nachholung der Information) zu berücksichtigen ist.¹¹⁸

Ein weiterer Punkt betrifft den Fragenkreis der Verhängung von Geldbußen gegen (Organe von) *Gebietskörperschaften*. Auch Organe von Gebietskörperschaften können, wie bereits im geltenden Recht, Verantwortliche, allenfalls auch Auftragsverarbeiter sein. Wollte man die hier in Frage stehenden Geldbußen als Verwaltungsstrafen im Sinn des VStG typisieren, würde eine Anwendung auf (Organe von) Gebietskörperschaften bezüglich Datenverwendungen in Vollziehung der Gesetze aus verfassungsrechtlichen Gründen von vornherein ausscheiden.¹¹⁹

Was die gerichtliche Verhängung von Geldbußen gegen die „öffentliche Hand“ betrifft, ist Art 83 Abs 7 DSGVO zu beachten. Danach kann, unbeschadet der Abhilfebefugnisse der Aufsichtsbehörden gemäß Art 58 Abs 2 der Verordnung, jeder Mitgliedstaat Vorschriften dafür festlegen, ob und in welchem Umfang gegen Behörden und öffentliche Stellen Geldbußen verhängt werden können. Diese Thematik ist der Sache nach bereits dem geltenden Recht bekannt, wenn man nur an § 5 Abs 2 DSG denkt, doch dürfte eine Verhängung von Geldbußen gegen staatliche Behörden wegen ihres „strafrechtlichen“ Charakters auch außerhalb des Anwendungsbereiches des VStG aus verfassungsrechtlichen Gründen wohl nicht in Betracht kommen.

Weiters dürfen die Beschränkungen des Anwendungsbereichs der DSGVO nicht unberücksichtigt bleiben. Insbesondere gilt sie gemäß ihrem Art 1 nur für den Schutz natürlicher Personen. Sofern sich der Bundesgesetzgeber entschließen sollte, weiterhin auch den Schutz von personenbezogenen Daten juristischer Personen in ein österreichisches Datenschutzgesetz einzubeziehen, wird es künftig Teile des Gesetzes geben, die als Begleitregelungen zur DSGVO zu qualifizieren sind – und insoweit auch dem Geldbußenregime dieser Verordnung unterliegen –, und Teile, die in nationaler Autonomie geregelt werden. In letzterem Zusammenhang wäre die Anwendung des genannten Geldbußenregimes nicht durch die Maßgeblichkeit dieser Verordnung legitimiert. ErwGr 8 geht davon aus, dass es den Mitgliedstaaten – aus unionsrechtlicher Sicht – freisteht, Teile dieser Verordnung in ihr nationales Recht aufzunehmen; die Frage der Zulässigkeit einer solchen Vorgangsweise nach nationalem Verfassungsrecht wird damit allerdings nicht präjudiziert.

¹¹⁸ Siehe unter III.B.3.

¹¹⁹ Siehe unter III.C.

Damit ist die hier nicht näher zu erörternde Frage verbunden, inwieweit es unter dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz zulässig ist,¹²⁰ innerhalb eines Regelungszusammenhanges zwei parallele Rechtsregime zu installieren – ein unionsrechtlich determiniertes und ein nicht unionsrechtlich determiniertes –, wobei im Einzelnen unterschiedliche Anforderungen, insbesondere auch in Bezug auf Sanktionen, statuiert werden. Im § 34 Finanzmarkt-GeldwäscheG hat der Gesetzgeber beispielsweise danach differenziert, inwieweit die dort geregelten Sanktionen unionsrechtlich vorherbestimmt sind oder nicht.

VIII. Zusammenfassung und Ergebnisse

Aus den vorangegangenen Darlegungen lassen sich folgende Ergebnisse zusammenfassen:

1. Die DSGVO enthält gewisse zwingende Vorgaben, die unmittelbar anzuwenden sind. Dazu gehört die Verschuldensabhängigkeit der Verhängung von Geldbußen nach Maßgabe der Unschuldsvermutung, das Absorptionsprinzip bei Verletzungen mehrerer Bestimmungen der Verordnung sowie die Verhängung von Geldbußen gegen juristische Personen. Die DSGVO räumt den Mitgliedstaaten aber auch in anderer Hinsicht einen gewissen Spielraum bei der Verhängung von Geldbußen ein. So ist der Anwendungsbereich der DSGVO zwar etwa auf den Schutz natürlicher Personen beschränkt, was jedoch einer Ausdehnung der darin enthaltenen Regelungen auf den Schutz juristischer Personen nicht ausschließen würde. Auch überlässt es die Verordnung in Art 83 Abs 7 den Mitgliedstaaten, ob und inwieweit Geldbußen gegen Behörden und öffentliche Stellen verhängt werden. Vor allem können die Mitgliedstaaten gemäß Art 83 Abs 9 DSGVO vorsehen, dass die Verhängung von Geldbußen nicht durch die Aufsichtsbehörden selbst erfolgt, sondern von einer Aufsichtsbehörde „in die Wege geleitet und von den zuständigen nationalen Gerichten verhängt wird“.
2. Soweit das Unionsrecht den Mitgliedstaaten bei seiner Vollziehung einen Spielraum einräumt, ist der Gesetzgeber nach der Judikatur des VfGH nicht nur an die Vorgaben des Unionsrechts, sondern auch an jene der österreichischen Verfassung gebunden (Grundsatz der „doppelten Bindung“ des Gesetzgebers). Insbesondere wegen ihrer Höhe fallen die Geldbußen unter Art 6 MRK, weshalb die darin enthaltenen Gewährleistungen auch bei ihrer Verhängung zu beachten sind. Vor allem aber sind Geldbußen gemäß Art 83 DSGVO wegen ihrer Höhe nach der Judikatur des VfGH von Verfassungswegen von ordentlichen Gerichten auf Grund eines Anklageprozesses zu verhängen, was Art 83 Abs 9 DSGVO den Mitgliedstaaten auch gestattet. Der Verfassung würde es nicht widersprechen, wenn in Bezug auf die Verhängung von Geldbußen nicht die Staatsanwalt, sondern eine andere Behörde (wie die Datenschutzbehörde) mit der An-

¹²⁰ Siehe auch dazu unter III.C.

klagefunktion betraut wird. Bei der innerstaatlichen Ausgestaltung des Vollzuges der DSGVO wären aber auch noch andere verfassungsrechtliche Vorgaben wie insbesondere der Gleichheitsgrundsatz und die Unzulässigkeit der Bestrafung von Behörden zu beachten.

3. Es ist zwar zweifelhaft, ob auf die Verhängung von Geldbußen das VStG unmittelbar anzuwenden wäre, doch könnte der einfache Gesetzgeber das VStG durch eine ausdrückliche Regelung jedenfalls für anwendbar erklären. Allerdings wäre zu bedenken, dass auf Grund der zwingenden Vorgaben der DSGVO das VStG in einer Reihe von Punkten für das in Art 83 DSGVO geregelte Geldbußenverfahren „nicht passt“. Das betrifft konkret die Verschuldensvermutung in § 5 VStG (die bei hohen Geldstrafen ganz grundsätzlich gegen Art 6 MRK und Art 48 GrC verstößt), die Anstiftung und Beihilfe in § 7 VStG, die Bestrafung bei Übertretungen durch juristische Personen in § 9 VStG, die Ersatzfreiheitsstrafe in § 16 VStG, die Strafbemessung in den §§ 19 und 20 VStG, das Kumulationsprinzip in den §§ 22 Abs 2 und 30 VStG, die Verjährung in § 31 VStG sowie die Sicherung des Strafverfahrens in den §§ 35 ff VStG. Diese zahlreichen Abweichungen sprechen für die Überlegung, die Geldbußen nicht auf Grund des VStG, sondern im Rahmen einer eigenständigen gesetzlichen Regelung zu verhängen.

4. Für die Verhängung von Geldbußen nach Maßgabe des Gestaltungsspielraumes in Art 83 Abs 9 DSGVO und der Vorgaben auf Grund der Judikatur des VfGH kommen grundsätzlich zwei Organisationsmodelle in Betracht, die beide gute Gründe für sich in Anspruch nehmen können. Vorweg ist dabei zu betonen, dass eine „Kriminalisierung“ von Verletzungen der DSGVO durch eine Ahndung im Rahmen der ordentlichen Strafgerichtsbarkeit als unangemessen erscheint. Davon ausgehend sollte in beiden hier vorgeschlagenen Modellen die Datenschutzbehörde wegen ihrer Sachkompetenz die Rolle der Anklägerin einnehmen. Davon ausgehend könnte die Datenschutzbehörde (allenfalls erst ab einer bestimmten Höhe) die Verhängung von Geldbußen entweder beim Bundesverwaltungsgericht (Modell 1) oder bei einem ordentlichen Gericht (Modell 2) beantragen, die dann die Geldbuße jeweils zu verhängen hätten. Für das Modell 1 spricht zweifellos, dass schon derzeit gegen Bescheide der Datenschutzbehörde Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erhoben werden kann und das Datenschutzrecht doch überwiegend als verwaltungsrechtliche Materie angesehen und bearbeitet wird. Gegen das Modell 1 lässt sich allerdings einwenden, dass es eine Verfassungsänderung erforderlich machen würde. Für das Modell 2 spricht, dass ordentliche Gerichte ebenfalls schon derzeit bei Verletzung des DSG angerufen werden können und überdies in anderen Materien mit der Verhängung von Geldbußen betraut sind. Auch hätte das Modell 2 den Vorteil, dass es ohne Verfassungsänderung umsetzbar wäre.

5. Die Verhängung von Geldbußen gegen Behörden erscheint jedoch als verfassungsrechtlich problematisch und ist gemäß Art 83 Abs 7 DSGVO auch unionsrechtlich nicht geboten.



Univ.Prof.DDr. Michael Potacs



Univ.Prof.Dr. Bernhard Raschauer

Wien, 12. April 2017