

19.05.2021
Günther Leissler
Janos Böszörményi
Schönherr Rechtsanwälte

15. Österreichischer IT-Rechtstag DSGVO-Strafen: Erfahrungen & Inkonsistenzen

DSGVO Strafen: Erfahrungen und Inkonsistenzen

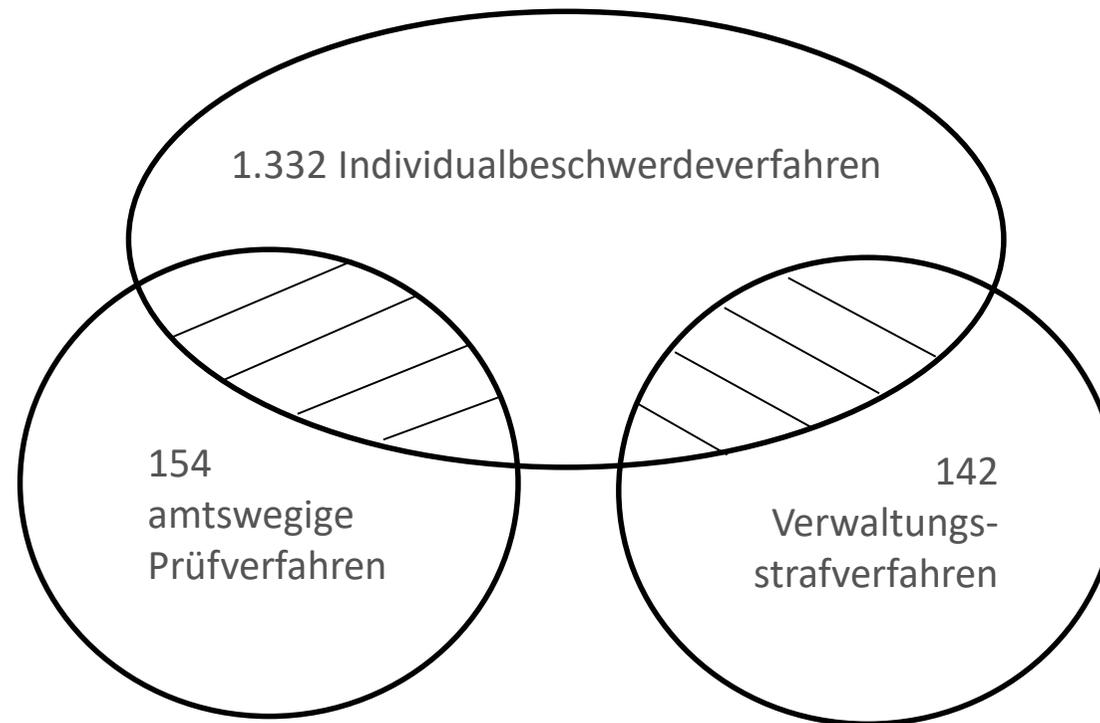
Der Status

- **Tätigkeit der Datenschutzbehörde im Jahr 2020***
 - 1.332 Erledigungen von Individualbeschwerden
 - 154 Erledigungen in amtswegigen Prüfverfahren
 - 142 Erledigungen in Verwaltungsstrafverfahren

* Datenschutzbericht 2020, erschienen im März 2021

DSGVO Strafen: Erfahrungen und Inkonsistenzen

Der Status



DSGVO Strafen: Erfahrungen und Inkonsistenzen

Das Individualbeschwerdeverfahren

- Individualbeschwerdeverfahren im Wesentlichen in § 24 DSG geregelt
- Keine sonstigen datenschutzrechtlichen Verfahrensnormen
- Individualbeschwerdeverfahren werden unter dem AVG geführt
- Beschwerdegegner genießt Parteiengehör iSd § 45 Abs 3 AVG:
„...Gelegenheit [...] Stellung zu nehmen...“
- Parteiengehör gehört zu den fundamentalen Grundsätzen jedes rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens (vgl VwGH Ra 2017/03/0069)
- Parteiengehör bedeutet:
 - Im Ermittlungsverfahren die Rechte und rechtlichen Interessen der Partei geltend zu machen
 - Vorbringen zu gegnerischen Behauptungen zu deponieren
 - Ergänzende Tatsachen vorzubringen
 - usw.

DSGVO Strafen: Erfahrungen und Inkonsistenzen

Beispielfall (hypothetisch)

- Beschwerde infolge Verletzung im Recht auf Löschung der Daten des Beschwerdeführers
- Beschwerdegegner erhält die Beschwerde zum Parteiengehör
- Beschwerdegegner repliziert:
 - Die Daten des Beschwerdeführers waren grundsätzlich aufzubewahren, weil der Beschwerdeführer zugleich auch Kunde des Unternehmens ist und die Daten zur Bearbeitung allfälliger Reklamationen des Kunden benötigt werden.
 - Es greift die Rechtfertigung zur Datenaufbewahrung iSd Art 6 Abs 1 lit b, c, f DSGVO
 - In Überprüfung des konkreten Falls konnte festgestellt werden, dass der Reklamationszeitraum hinsichtlich des Beschwerdeführers bereits abgelaufen ist.
 - Daher werden die Daten des Beschwerdeführers gelöscht, wodurch der Beschwerdeführer iS des § 24 Abs 6 DSG beschwerdefrei gestellt wird.
- Dies mit der Folge, dass das Individualbeschwerdeverfahren gem § 24 Abs 6 DSG eingestellt wird.

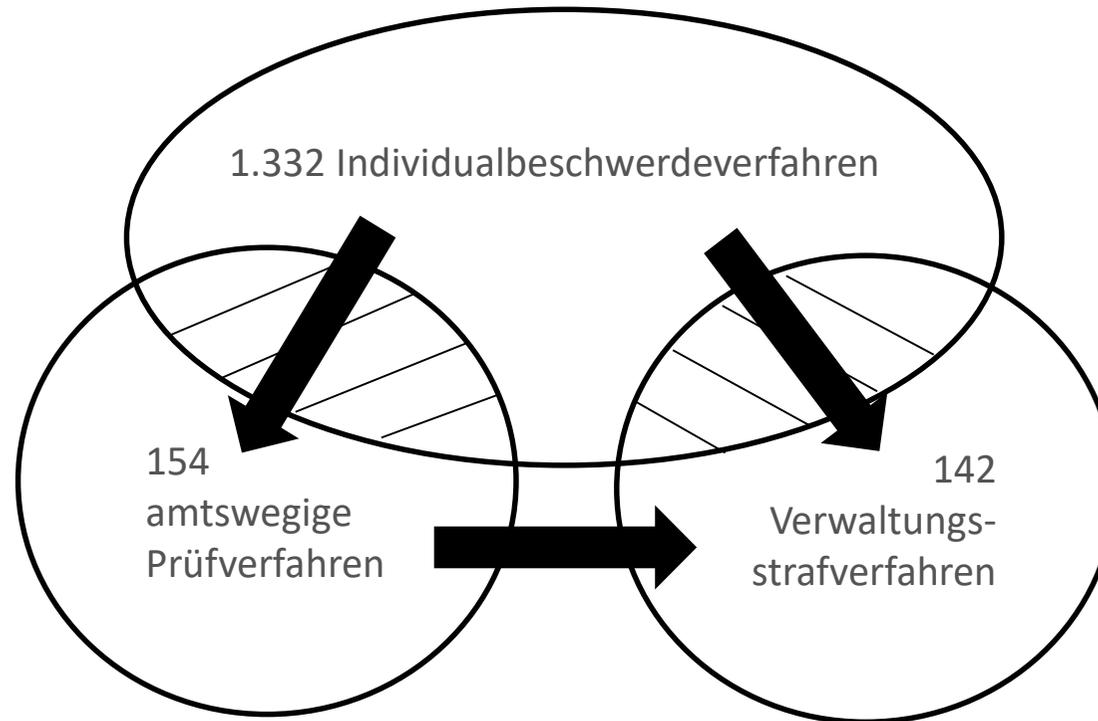
DSGVO Strafen: Erfahrungen und Inkonsistenzen

Beispielfall (hypothetisch)

- Durch die Äußerung im Parteiengehör erlangt die Behörde **Kenntnis**:
 1. Das Unternehmen bewahrt Kundendaten auf, um diese im Bedarfsfall für die Bearbeitung von Reklamationsfällen heranzuziehen.
 2. In zumindest einem Fall (= dem Beschwerdefall) erfolgte diese Datenverarbeitung nicht im Sinne des Art 5 DSGVO (Datenverarbeitung nach Treu und Glauben, Prinzip der Datenminimierung, etc), weil der Kunde keinen Reklamationsfall mehr bewirken konnte.
 3. Das Unternehmen selbst indiziert letztlich die Richtigkeit dieser rechtlichen Wertung, indem es die Daten des Kunden gelöscht hat.
- Mögliche Folge: Ein im Individualbeschwerdeverfahren **legitimes** und durch den Gesetzgeber in § 24 Abs 6 DSG anerkanntes Verhalten führt zur **ex officio Prüfung** durch die Datenschutzbehörde

DSGVO Strafen: Erfahrungen und Inkonsistenzen

Die Wahrung des rechtlichen Gehörs **oder auch: Das Eigentor!**



schönherr

DSGVO Strafen: Erfahrungen und Inkonsistenzen

Der Blick in die Bundesverfassung

- Art 90 Abs 2 B-VG normiert den Anklagegrundsatz („Im Strafverfahren gilt der Anklageprozess“):
 - Ankläger und Richter sind voneinander zu trennen
 - Dem Richter ist verboten, selbst Anklage zu erheben
- Jedoch: Anwendungsbereich des Art 90 Abs 2 B-VG erstreckt sich nur auf Strafverfahren vor den ordentlichen Gerichten
- Im Verwaltungsstrafverfahren gilt die **Inquisitionsmaxime**
- In Verfahren nach dem VStG ist das entscheidende Organ Ankläger, Richter und Verteidiger in einer Person (VwGH 2001/09/0071)

DSGVO Strafen: Erfahrungen und Inkonsistenzen

Der Blick in die Bundesverfassung

- VfGH leitet aus Art 90 Abs 2 B-VG aber auch das **Verbot des Zwangs zur Selbstbezeichnung** ab (Anklageprinzip im materiellen Sinn)
- Niemand darf gezwungen sein, an der Wahrheitsfindung dergestalt mitzuwirken, dass er sich selbst einer strafbaren Handlung bezichtigen muss (*nemo tenetur se ipsum accusare*)
- VfGH sieht diesen Grundsatz auch auf das **Verwaltungsstrafverfahren** anwendbar
- Dieses Verbot greift bereits, wenn eine Äußerung **Anlass** für ein Strafverfahren sein könnte (ableitbar: VfSlg 5235/1996)
- Stark einzelfallbezogene Grenzziehung der Zulässigkeit eines Zwangs zur Selbstbezeichnung (vgl Lenkerauskunft, etc)

DSGVO Strafen: Erfahrungen und Inkonsistenzen

Der Blick in die Zukunft

- Aktuelle Rechtssache C-546/18 (Verfahrensbeteiligte: österreichische Übernahmekommission)
- 18. März 2021: Schlussanträge des Generalanwalts Bobek
- Übernahmekommission trifft Feststellungen im Rahmen eines Aufsichtsverfahrens und führt Verwaltungsstrafverfahren; Bindung des Verwaltungsstrafverfahrens hinsichtlich der (rechtskräftigen) Feststellungen
- Generalanwalt sieht **Bedenken hinsichtlich Art 47 der Europäischen Grundrechtecharta** (Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein unparteiisches Gericht)
- Allerdings: Kern seiner Bedenken darin begründet, dass die Feststellungen der Übernahmekommission nur vor OGH (ohne Kognitionsbefugnis) bekämpfbar sind
- Bei DSB hingegen stets Rechtszug an BVwG gegeben

DSGVO Strafen: Erfahrungen und Inkonsistenzen

Der Blick in die Zukunft

- Es verbleiben Bedenken:
 - Wahrung des rechtlichen Gehörs kann Selbstbezeichnung bewirken
 - Vgl in diesem Zusammenhang auch § 24 Abs 3 DSG: „Die Datenschutzbehörde hat im Falle einer Beschwerde auf Ersuchen der betroffenen Person weitere Unterstützung zu leisten“
 - Demgegenüber Inquisitionsmaxime: Datenschutzbehörde ist Ankläger und Richter, aber **auch Verteidiger** in Personalunion
 - Es gibt keine gesetzlichen Vorgaben zu innerorganisatorischer Trennung der Datenschutzbehörde
 - Unauflösbare Diskrepanzen durch unzureichendes Verfahrensrecht?

DSGVO Strafen: Erfahrungen und Inkonsistenzen

Strafbefugnis der Datenschutzbehörde

- Verfassungsgerichtshof ändert seine Rechtsprechung zur Abgrenzung des gerichtlichen Strafrechts und des Verwaltungsstrafrechts mit der Folge ab, dass Verwaltungsbehörden, wie die Datenschutzbehörde (DSB), Strafen in Millionenhöhe verhängen dürfen (VfGH 13.12.2017, G 408/2016 ua)
- Änderung der Rechtsprechung erfolgte ua vor dem Hintergrund der Schaffung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, denn die Mitglieder der Verwaltungsgerichte genießen sämtliche richterlichen Garantien des Art 87 und Art 88 B-VG.
- Bundesverwaltungsgericht (BVwG) stellte einen Antrag auf Aufhebung des § 99d BWG, auf dessen Grundlage die Finanzmarktaufsicht (FMA) Geldstrafen verhängte. Über Beschwerden gegen Bescheide der FMA entscheidet das BVwG durch Senat bestehend aus drei Berufsrichtern (§ 22 Abs 2a FMABG).
- Über Beschwerden gegen Bescheide der DSB entscheidet das BVwG durch Senat bestehend aus einem Berufsrichter und zwei fachkundigen Laienrichtern (§ 27 Abs 2 DSG).

DSGVO Strafen: Erfahrungen und Inkonsistenzen

Unzulänglichkeiten des Verwaltungsstrafrechts

- Fehlende Rechtsbehelfe im Verwaltungsstrafverfahren
 - Außerordentliche Wiederaufnahme durch den OGH (§ 362 StPO)
 - Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes (§ 23 StPO)
 - Erneuerung des Strafverfahrens (§ 363a StPO)
 - Nachträgliche Änderung der Strafe (§ 410 StPO)
 - Selbstanzeige (§ 29 FinStrG)
- Abänderung und Aufhebung von Bescheiden liegt im Ermessen der Verwaltungsbehörde oder der sachlich zuständigen Oberbehörde (§ 52a Abs 1 VStG iVm § 68 Abs 7 AVG)
- Kostenbeitrag für das Verwaltungsstrafverfahren iHv 10% der verhängten Strafe (§ 64 Abs 2 VStG)
- Kostenbeitrag für das Beschwerdeverfahren iHv 20% der verhängten Strafe (§ 52 Abs 2 VwGVG; unionsrechtswidrig: EuGH 12.09.2019, C-64/18, Maksimovic; 19.12.2019, C-645/18, Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld)

DSGVO Strafen: Erfahrungen und Inkonsistenzen

Zurechnung einer Führungsperson für die Strafbarkeit juristischer Personen (Rechtsträgerprinzip vs Funktionsträgerprinzip)

- Adressat der Geldbuße nach Art 83 DSGVO ist der Verantwortlich oder der Auftragsverarbeiter und kann somit eine juristische Person sein.
- „Da die juristische Person nicht selbst handeln kann, ist ihre Strafbarkeit gemäß § 99d BWG 1993 eine Folge des tatbestandsmäßigen, rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens einer Führungsperson.“ (VwGH 29.03.2019, Ro 2018/02/0023)
- Übertragung dieser Rechtsprechung auf das Datenschutzrecht gestützt auf § 30 DSG und § 44a Z 1 VStG (VwGH 12.05.2020, Ro 2019/04/0229; BVwG 26.11.2020, W258 2227269-1)
 - Landgericht Bonn: Bezeichnen einer natürlichen Person **nicht** erforderlich (LG Bonn 11.11.2020, 29 OWi 1/20)
 - Landgericht Berlin: Bezeichnen einer natürlichen Person **ist** erforderlich – Anwenden des EU-Wettbewerbsrechts unzulässig (LG Berlin 18.02.2021, 212 Js-OWi 1/20 Rz 25)

DSGVO Strafen: Erfahrungen und Inkonsistenzen

Opportunitätsprinzip verdrängt Legalitätsprinzip

- Aufsichtsbehörden kommt aufgrund des in Art 83 DSGVO verankerten Opportunitätsprinzips Verfolgungsermessen zu (*Frenzel in Paal/Pauly, DS-GVO BDSG³ (2021) Rz 11; Holländer in Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht³⁵ (2020) Rz 22; Schwartmann/Burkhardt, Vorbeugender verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz zur Abwehr drohender Bußgeldverfahren im Datenschutzrecht (2021); Illibauer in Knyrim, DatKomm (2018) Art 83 DSGVO Rz 56*)
- *Schwartmann/Burkhardt gehen von einem gestuften Regulierungssystem der DSGVO aus, wobei Anordnungen und Anweisungen als gelindere Mittel der Vorrang einzuräumen ist. Dies gilt insbesondere, wenn unbestimmte Rechtsbegriffe auszulegen sind.*
- VStG normiert mit bestimmten Einschränkungen das Legalitätsprinzip (= Amtswegigkeitsprinzip). § 30 DSG sieht jedoch als *lex specialis* das Opportunitätsprinzip vor (vgl erneut: VwGH 29.03.2019, Ro 2018/02/0023 zu § 99d BWG – Rechtssatz 4)

DSGVO Strafen: Erfahrungen und Inkonsistenzen

Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung (Nemo tenetur-Grundsatz)

- Verbot der Selbstbelastung wird hinsichtlich Art 33 und 34 DSGVO in Deutschland durch §§ 42 Abs 4 und 43 Abs 4 BDSG Rechnung getragen (Wenzel/Wybitul, Vermeidung hoher DS-GVO-Bußgelder und Kooperation mit Datenschutzbehörden, ZD 2019, 290)

„Eine Meldung nach Artikel 33 der Verordnung (EU) 2016/679 oder eine Benachrichtigung nach Artikel 34 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2016/679 darf in einem Strafverfahren gegen den Meldepflichtigen ... nur mit Zustimmung des Meldepflichtigen ... verwendet werden“ (§ 42 Abs 4 BDSG).

- Keine vergleichbare Bestimmung im öDSG, sollte aber aufgrund des verfassungsgesetzlich gewährleisteten *nemo tenetur*-Grundsatzes eine Selbstverständlichkeit sein.
- Zwang zur Selbstbelastung nach Art 31 DSGVO verstößt gegen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Rz Bogendorfer in Knyrim, DatKomm Art 31 (2018) DSGVO 9 f; Wenzel/Wybitul, Vermeidung hoher DS-GVO-Bußgelder und Kooperation mit Datenschutzbehörden, ZD 2019, 290 (291))

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



Günther Leissler

Schönherr Rechtsanwälte GmbH

T: +43 1 53437 50227

E: g.leissler@schoenherr.eu **Janos Böszörményi**

Schönherr Rechtsanwälte GmbH

T: +43 1 534 37 50211

E: j.boeszormenyi@schoenherr.eu



schoenherr