

# ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT

Schwerpunkt

## Zehn Jahre SchiedsRÄG 2013

- > Rsp seit dem SchiedsRÄG 2013
- > Aufhebung von Schiedssprüchen

Optionsvertrag und  
laesio enormis

VirtGesG

Green-Claims-RL-Vorschlag

Motivkündigungsschutz

Start-up-Mitarbeiterbeteiligung

Selbstbeichtigungsverbot



ECOLEX.MANZ.AT

ISSN 1022-9418

# Die Datenschutzbehörde im Niemandland zwischen Inquisitor und Entscheidungsorgan – Selbstbezeichnungsverbot im Fokus

**BEITRAG.** Die Kompetenzen der Datenschutzbehörde („DSB“) waren jahrelang ziemlich überschaubar und geradezu unzureichend. 2018 endete diese Ära – der Grund: Die Erlassung der DSGVO,<sup>1)</sup> die in Österreich zur vollständigen Reorganisation der DSB führte. So verfügt sie seitdem ua über die Befugnis, Geldbußen gegen Unternehmen respektive natürliche Personen in zweistelliger Millionenhöhe zu verhängen. Dabei erfolgt die Feststellung, ob tatsächlich ein Verstoß gegen geltendes Datenschutzrecht vorliegt, unter dem Regime des AVG sowie des VStG. Dadurch unterliegt das Verfahren vor der DSB – mit Ausnahme ihrer unabhängigen Stellung – keinen besonderen Verfahrensgarantien, wie Unmittelbarkeit oder Trennung zwischen Ankläger und Urteiler. Sollte bspw ein Unternehmen in einem individuellen Beschwerdeverfahren belangt werden, trifft dies eine umfassende strafbewehrte Auskunftspflicht, die sich aus der unmittelbar anzuwendenden DSGVO ergibt und keine Berufung auf das Selbstbezeichnungsverbot erlaubt. Im – ebenfalls von der DSB zu führenden – anschließenden Verwaltungsstrafverfahren können die im Beschwerdeverfahren gewonnenen Ergebnisse schrankenlos verwendet werden, was zu einer Verletzung des Selbstbezeichnungsverbots führt und dieses im Endeffekt ausschalten könnte.<sup>2), 3)</sup> **ecolex 2023/388**



ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. **Christian Piska** lehrt und forscht am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien.

## A. Befugnisse der DSB und Mitwirkungspflichten der betroffenen Person

Um die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben kontrollieren zu können, verfügt die DSB über ausdrücklich normierte Untersuchungsbefugnisse.<sup>4)</sup> So kommt ihr die umfassende Befugnis zu, die verantwortliche Person oder den Auftragsverarbeiter anzuweisen, alle Informationen bereitzustellen, die für die Erfüllung der Aufgaben der DSB erforderlich sind.<sup>5)</sup> Ferner ist auf nationaler Ebene in § 22 Abs 1 Satz 1 HS 1 DSGVO<sup>6)</sup> normiert, dass die DSB von der verantwortlichen Person oder dem Auftragsverarbeiter der Datenverarbeitung alle notwendigen Aufklärungen verlangen kann und diese auch die notwendige Unterstützung zu leisten haben.<sup>7)</sup> Zur Informationsgewinnung kann die DSB im Rahmen ihrer Aufgaben zu-

dem Zugriff auf alle Daten und Informationen erhalten<sup>8)</sup> und auch Zutritt zu den Räumlichkeiten, einschließlich aller Datenverarbeitungsanlagen und -geräte, verlangen.<sup>9)</sup> Damit diese Befugnisse nicht zahnlos sind, ordnet Art 83 Abs 4 lit a DSGVO für die Versagung der Mitwirkung eine üppige Sanktion von bis zu 10 Mio Euro oder im Fall eines Unternehmens von bis zu 2% des weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahres an. Die Untersuchung seitens der DSB kann dabei auch amtswegig<sup>10)</sup> und neben dem Beschwerde- ebenfalls im Rahmen des Verwaltungsstrafverfahrens erfolgen.

## B. Verquickung von Beschwerde- und Verwaltungsstrafverfahren („mittelbare Vollziehung“)

Wie viele andere europäische Rechtsakte schweigt auch die DSGVO zum anwendbaren Verfahrensrecht. Da es kein einheitliches europäisches Verwaltungsverfahrensrecht gibt, richtet sich die Abwicklung von datenschutzbehördlichen Angelegenheiten nach den nationalen Rechtsvorschriften.<sup>11)</sup> IdZ hat der österr Gesetzgeber die anzuwendenden Vorschriften im datenschutzrechtlichen Verfahren im 3. Abschnitt des DSG

<sup>1)</sup> VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v 27. 4. 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABI L 2016/119, 1.

<sup>2)</sup> Dieser Beitrag basiert auf Erkenntnissen, die im Rahmen des Verfassens eines Gutachtens zur Stellung der DSB gewonnen wurden.

<sup>3)</sup> Für wertvolle Vorarbeiten im Rahmen der Erstellung dieses Beitrags danke ich Herrn *Ivan Kobas*. Weiters danke ich Univ.-Ass. Mag. *Benedikt Winkler* für die Unterstützung bei der Fertigstellung des Beitrags.

<sup>4)</sup> Vgl Art 58 DSGVO bzw § 22 Datenschutzgesetz („DSG“).

<sup>5)</sup> Art 58 Abs 1 lit a DSGVO.

<sup>6)</sup> Bundesgesetz zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz – DSG) idF BGBl I 2021/148.

<sup>7)</sup> *Zavadil* in *Knyrim*, DatKomm Art 58 DSGVO Rz 15 (Stand März 2021).

<sup>8)</sup> Art 58 Abs 1 lit e DSGVO respektive § 22 Abs 1 Satz 1 HS 2 DSG.

<sup>9)</sup> Art 58 Abs 1 lit e DSGVO respektive § 22 Abs 2 DSG.

<sup>10)</sup> Vgl Art 58 Abs 1 lit b DSGVO.

<sup>11)</sup> Vgl etwa EuGH C-169/14, *Morcillo und Garcia*, ECLI:EU:C:2014:2099, Rn 31; *Zavadil* in *Knyrim*, DatKomm Art 58 DSGVO Rz 51 (Stand März 2021); *Ehmann/Selmayr* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup> (2018) Art 58 Rz 33.

festgelegt. Weiters finden sich dbzgl Bestimmungen in Art II Abs 1 iVm Art I Abs 1 EGVG, wonach die Regelungen des AVG sowie des VStG anzuwenden sind, sofern die DSGVO oder das DSG keine Sonderbestimmungen enthalten.<sup>12)</sup>

Das Verfahren vor der DSB selbst kann auf zwei verschiedene Arten ausgestaltet sein: Entweder als Beschwerdeverfahren gem § 24 DSG iVm Art 77 DSGVO oder als ein Verwaltungsstrafverfahren, das dem Beschwerdeverfahren (häufig) nachgelagert ist.<sup>13)</sup> Das Beschwerdeverfahren wird vor der DSB als kontradiktorisches Verfahren gerichtlicher Natur geführt. Dabei können von den Parteien umfassende Stellungnahmen und Äußerungen eingeholt werden, die der Wahrheit zu entsprechen haben und deren Verweigerung/Verfälschung – wie oben dargelegt – mit hoher Strafe bedroht ist.<sup>14)</sup> Dadurch besteht die reale Gefahr, dass die in diesem Verfahren gewonnenen Erkenntnisse vor der DSB in einem nachfolgenden Verwaltungsstrafverfahren verwertet werden.

## C. Ausgewählte Problemstellungen

### 1. Konfliktpotenzial zwischen Mitwirkungspflichten und Nemo-tenetur-Grundsatz

Die vorhin erwähnten Mitwirkungspflichten stehen in einem unmittelbaren Spannungsverhältnis zum *Nemo-tenetur*-Grundsatz; darunter versteht man das nach österr und europäischem Recht geltende Prinzip, sich nicht selbst belasten zu müssen.<sup>15)</sup> Es ergibt sich aus Art 47, 48 GRC sowie Art 6 EMRK<sup>16)</sup> und ist ebenso bei gesetzlichen Verpflichtungen zur Auskunftserteilung zu beachten.<sup>17)</sup> Konkret bedeutet dies im gegenständlichen Kontext das Recht, jedwede Mitwirkung an Untersuchungsmaßnahmen gegen die eigene Person zu verweigern;<sup>18)</sup> dabei besteht die Garantie des *Nemo-tenetur*-Grundsatzes schon im Vorfeld eines Verwaltungsstrafverfahrens, also bereits vor dessen Einleitung.<sup>19)</sup> Im krassen Kontrast dazu steht die für die beschuldigte Person geltende Verpflichtung zur Mitwirkung bei der Ermittlung des verfahrensgegenständlichen Sachverhalts. Diese ist dann einschlägig, wenn die Behörde aus eigener Kraft nicht in der Lage ist, die betreffenden Tatsachen selbst in Erfahrung zu bringen oder die beschuldigte Person der Ansicht ist, die ermittelten Ergebnisse seien lückenhaft.<sup>20)</sup> Daraus folgt ein direkter und unweigerlicher Zwang zur Mitwirkung bei der Gewinnung von Beweisen, die in weiterer Folge im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens gegen die beschuldigte Person verwendet bzw beweisproduktiv gegen die beschuldigte Person verwertet werden können. Diese spezielle Problemsituation ergibt sich insb aus dem Umstand, dass Beschwerde- und Strafverfahren von ein- und derselben Behörde – der DSB – zu führen sind.

### 2. Anwendung des Anklageprinzips im Verwaltungsstrafverfahren

Um die Objektivität in einem gerichtlichen Strafverfahren zu gewährleisten, verlangt Art 90 Abs 2 B-VG die Trennung der Funktion von Ankläger und Richter.<sup>21)</sup> Zudem wird vom VfGH auch aus Art 90 Abs 2 B-VG das Verbot des Zwangs zur Selbstbezeichnung abgeleitet.<sup>22)</sup> Dadurch ist es verwehrt, jemandem, der einer strafbaren Handlung verdächtigt wird, auf unverhältnismäßige Weise die Pflicht aufzubürden, Beweise gegen sich selbst zu liefern. Zwar wird in Art 90 Abs 1 B-VG von „ordentlichen Gerichten“ gesprochen, jedoch ist nach Rsp, Lehre sowie Lit das Verbot der erzwungenen Selbstbelastung im materiellen Sinn auch auf das Verwaltungsstrafverfahren zu erstrecken.<sup>23)</sup> Auch dieses gilt bereits vor Einleitung eines Ver-

fahrens, sodass es ohne Bedeutung ist, ob ein Straf- bzw Verwaltungsstrafverfahren bereits anhängig ist.<sup>24)</sup> Zurückkommend auf die oben angesprochenen Mitwirkungspflichten, die einen Zwang für die beschuldigte Person zur Ermittlung des Sachverhalts verbürgen, zeigt sich, dass diese in einem Konflikt zu den Verfahrensrechten des Beschuldigten stehen. Innerhalb der DSB soll organisatorisch durch das Prinzip „enquire and decision“ dem Anklageprinzip Rechnung getragen werden.<sup>25)</sup> Dies ist jedoch in einer monokratisch organisierten Behörde kaum möglich, da es in solch einer Organisationsstruktur unvermeidbar ist, dass Mitarbeiter in mehreren der genannten Verfahrensbereiche tätig sind und sich somit eine akkordierte Vorgehensweise verwirklichen könnte.

### 3. Inquisitionsprinzip

Die funktionelle Einheit der Behörde als Anklägerin und RichterIn ist in § 25 VStG für das Verwaltungsstrafverfahren vorgesehen. Zwar sieht der VfGH in einem anderen Zusammenhang die Personalunion von Anklägerin und RichterIn in derselben Sache als unbedenklich an,<sup>26)</sup> im gegenständlichen Kontext erweist sich dies, ua aufgrund der Erstreckung des Art 90 Abs 2 B-VG, zumindest als fragwürdig. Sobald nämlich ein verwaltungsrechtliches Strafverfahren auf ein ursprüngliches Administrativverfahren nachfolgt bzw parallel dazu geführt wird, besteht die Möglichkeit, dass die im Administrativverfahren erhobenen Beweismittel in das Verwaltungsstrafverfahren einfließen und gegen die beschuldigte Person verwendet werden könnten. Der Umstand, dass eine derartige Vorgangsweise verfahrensrechtlich nicht ausgeschlossen ist, erzeugt ein massives Spannungsverhältnis zum Selbstbezeichnungsverbot.

<sup>12)</sup> Schmidl, Die DSGVO in der Spruchpraxis der Datenschutzbehörde, VbR 2019, 44 (45); Heiml/Mayrhofer, Die österreichische Datenschutzbehörde als DSGVO-Aufsichtsbehörde, Jahrbuch Öffentliches Recht 2019, 165 (184).

<sup>13)</sup> Datenschutzbehörde, Datenschutzbericht 2020, 13.

<sup>14)</sup> Vgl Art 83 Abs 4 bzw Abs 5 bzw § 62 Abs 1 DSG.

<sup>15)</sup> Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht<sup>11</sup> (2015) Rz 1548.

<sup>16)</sup> EuGH C-374/87, *Orkem/Kommission*, ECLI:EU:C:1989:387, Rn 35; EuGH T-112/98, *Mannesmannröhren-Werke*, ECLI:EU:T:2001:61, Rn 67; Streinz in Streinz, EUV/AEU<sup>3</sup> (2018) Art 48 GRCh Rz 4; Voet van Vormizeele in Schwarze, EU-Kommentar<sup>4</sup> (2019) Art 48 GRCh Rz 9; Jarass, GRCh<sup>4</sup> (2021) Art 48 Rz 31; vgl auch EGMR 38544/97, *Weh v. Österreich*.

<sup>17)</sup> Zavadil in Knyrim, DatKomm Art 58 DSGVO Rz 12 (Stand März 2021); Körfner in Paal/Pauly, DSGVO<sup>3</sup> (2021) Art 58 Rz 7.

<sup>18)</sup> EuGH C-374/87, *Orkem/Kommission*, ECLI:EU:C:1989:387, Rn 29; Streinz in Streinz, EUV/AEU<sup>3</sup> Art 48 GRCh Rz 4.

<sup>19)</sup> Raschauer, Finanzmarktaufsicht an den Grenzen des Rechtsstaats, ÖBA 2013, 407 (416); Zavadil in Knyrim, DatKomm Art 58 DSGVO Rz 12f (Stand März 2021).

<sup>20)</sup> Hengstschläger/Leeb, *Verwaltungsverfahren*<sup>6</sup> (2018) Rz 843; VwGH 4. 4. 2001, 99/09/0143.

<sup>21)</sup> Öhlinger/Eberhard, *Verfassungsrecht*<sup>13</sup> (2022) Rz 643; Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, *Bundesverfassungsrecht*<sup>11</sup> Rz 1548; Berka, *Verfassungsrecht*<sup>8</sup> (2021) Rz 1611; Muzak, B-VG<sup>6</sup> (2020) Art 90 Rz 3.

<sup>22)</sup> Thienel, Anklageprinzip und Verwertung erzwungener selbstbelastender Aussagen im Strafprozeß, JBl 1992, 484 (485); Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, *Bundesverfassungsrecht*<sup>11</sup> Rz 1548; Berka, *Verfassungsrecht*<sup>8</sup> Rz 1611.

<sup>23)</sup> VfSlg 5295, 9950, 10.394, 10.291, 10.505, 10.716, 11.829, 11.923; VfGH 26. 9. 2008, B 1368/07; Öhlinger/Eberhard, *Verfassungsrecht*<sup>13</sup> Rz 971; Berka, *Verfassungsrecht*<sup>8</sup> Rz 1612; Fister in Lewisch/Fister/Weilguni, VStG<sup>2</sup> (2017) § 25 Rz 7 mwN; Muzak, B-VG<sup>6</sup> Art 90 Rz 3.

<sup>24)</sup> VfSlg 9950/1984.

<sup>25)</sup> Bresich/Dopplinger/Dörnhöfer/Kunnert/Riedl, DSG (2018) § 30 Rz 10.

<sup>26)</sup> Vgl VfSlg 4557/1963, 12.462/1990.

#### 4. Lösungsvorschläge – organisatorische Trennung von Beschwerde- und Verwaltungsstrafverfahren

Um die soeben aufgeworfene Problematik zu beseitigen und damit den betroffenen Personen/Unternehmen die grundrechtlich garantierten Mindeststandards an Verfahrensrechten zu gewährleisten, ergeben sich verschiedene Lösungsansätze:

Erstens könnte man die Verletzungen der datenschutzrechtlichen Gesetze (insb DSG und DSGVO) im Rahmen der ordentlichen Strafgerichtsbarkeit durch Anklage seitens der Staatsanwaltschaft ahnden. Diese Konstellation ist aber insb aufgrund der damit einhergehenden Kriminalisierung für die betroffene Person/Unternehmen abzulehnen.<sup>27)</sup> Ferner sieht Art 83 Abs 9 DSGVO obligatorisch vor, dass das Verfahren durch eine „Aufsichtsbehörde“ eingeleitet werden soll, was ebenfalls klar gegen solch eine Konstellation spricht und diese im Ergebnis unmöglich macht.

Zweitens könnte die DSB ab einer bestimmten Höhe der Geldbuße

- beim Bundesverwaltungsgericht (Modell 1) oder
- bei einem ordentlichen Gericht (Modell 2)

beantragen, dass die Strafe dort verhängt wird und die DSB damit als Anklägerin fungiert.<sup>28)</sup> Freilich könnten dabei geringere Geldstrafen weiterhin von der DSB selbst verhängt werden. Für Modell 1 spricht, dass bereits *de lege lata* im Rahmen der Bescheidbeschwerde die Entscheidungen der DSB beim BVwG überprüft werden und somit das Datenschutzrecht als verwaltungsrechtliche Materie angesehen und bearbeitet wird. Dagegen spricht, dass solch eine neuartige Konstellation mitunter – je nach Auslegung des Art 130 Abs 2 Z 4 B-VG – eine Verfassungsänderung benötigen würde.<sup>29)</sup> Dies wäre bei Ahndung der Geldstrafe durch ein ordentliches Gericht (Modell 2) jedenfalls nicht notwendig, da bereits ähnliche Konstellationen unter anderem im Kartell- und Wettbewerbsrecht existieren.<sup>30)</sup>

Auch sind ordentliche Gerichte bereits bestens mit dem Datenschutzrecht vertraut, da bspw Schadenersatzforderungen im Rahmen der ordentlichen Gerichtsbarkeit geltend zu machen sind.<sup>31)</sup> Gegen beide Konstellationen spricht jedoch, dass

der DSB auch in der Funktion als Anklägerin sämtliche Verfahrensergebnisse des Beschwerdeverfahrens zur Verfügung stehen. Weiters würde der beschuldigten Person bzw dem beschuldigten Unternehmen eine Instanz genommen werden.

Drittens könnten Entschlagsrechte bei den Mitwirkungspflichten mit einhergehender Belehrungspflicht seitens der Behörde bzw Beweisverwertungsverbote im Verwaltungsstrafverfahren normiert werden. Durch die Postulierung eines Entschlagsrechts im Vorfeld eines allenfalls folgenden Verwaltungsstrafverfahrens könnten einschlägige Verfahrensgarantien gewahrt und Verletzungen des Verbots der Selbstbezeichnung vermieden werden. Sollten die Beweise im Rahmen eines Administrativverfahrens mithilfe von § 22 DSG gewonnen worden sein und für ein nachfolgendes Verwaltungsstrafverfahren gegen die beschuldigte Person bzw das beschuldigte Unternehmen verwendet werden, wäre ein Beweisverwertungsverbot eine grundrechtsschonende Alternative.

#### Schlussstrich

Im Ergebnis bedarf es, um den verfassungsgesetzlich determinierten Grundlagen zu entsprechen, einer Lösung, bei der die Beweisergebnisse des Beschwerdeverfahrens nicht der Behörde zur Verfügung stehen, die zur Führung des Verwaltungsstrafverfahrens berufen ist. Nur bei einer derartigen Konstellation hätte die beschuldigte Partei die Möglichkeit, die Aussage zu verweigern und dem Selbstbezeichnungsverbot wäre Rechnung getragen.

<sup>27)</sup> Potacs/B. Raschauer, Zur Problematik hoher Geldbußen im Unionsrecht – am Beispiel der Datenschutzgrundverordnung, ÖZW 2017, 54 (67).

<sup>28)</sup> Potacs/B. Raschauer, ÖZW 2017, 54 (67).

<sup>29)</sup> Siehe dazu Potacs/B. Raschauer, ÖZW 2017, 54 (67).

<sup>30)</sup> Siehe etwa § 36 KartG.

<sup>31)</sup> Siehe etwa Art 82 DSGVO.