

■ Der Unternehmensbegriff der DS-GVO

Datenschutz & E-Government · Ing. Mag. Dominik Possert · jusIT 2020/54 · jusIT 2020, 150 · Heft 4 v. 24.8.2020

Der Unternehmensbegriff ist in der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)¹ von besonderer Bedeutung, denn für Unternehmen sind bei Verstößen Strafen von bis zu 2 % bzw 4 % des gesamten Jahresumsatzes möglich. Es scheint allerdings, als wäre der Unternehmensbegriff der DS-GVO nicht einheitlich. Wer ist also mit "Unternehmen" gemeint, wer kann als "Unternehmen" bestraft werden? Dieser Beitrag untersucht, wie der Unternehmensbegriff der DS-GVO definiert ist und in welchem Verhältnis er zur österreichischen und zur europäischen Rechtsordnung steht. Soweit iF Artikel und Erwägungsgründe genannt sind, beziehen sie sich auf die DS-GVO.²

Deskriptoren: Unternehmensbegriff

Normen: [VO \(EU\) 2016/679](#) : Art 4 Z 18 und 19

1. Einleitung

Das Ziel der DS-GVO ist es, den freien Verkehr der Daten sicherzustellen und gleichzeitig den Schutz der personenbezogenen Daten natürlicher Personen zu gewährleisten. Um diesen Schutz der personenbezogenen Daten natürlicher Personen zu erreichen, zielt die DS-GVO vor allem auf die Verpflichtungen der "Verantwortlichen" iSd Art 4 Z 7 und der "Auftragsverarbeiter" iSd Art 4 Z 8 ab.

Dass der Unionsgesetzgeber vor allem bei der Rolle des "Verantwortlichen" im privaten Bereich, aber auch bei den "Auftragsverarbeitern" vorrangig Unternehmen im Sinn hatte, lässt sich an mehreren Anhaltspunkten festmachen. Dass primär Unternehmen angesprochen werden sollen, ergibt sich zum einen aus der Systematik der DS-GVO, zum anderen aus dem historischen Willen des Gesetzgebers. Explizit als Normadressaten werden Unternehmen allerdings nicht genannt.³

1.1. Zur Systematik der DS-GVO

Unternehmen werden in den Erwägungsgründen besonders oft erwähnt. Als Beispiel ist auf ErwGr 13 zu verweisen.⁴ Weiters ist in Art 83 Abs 4 und Abs 5 festgelegt, dass die Geldbußen grundsätzlich mit einer Obergrenze von 10 bzw 20 Millionen Euro gedeckelt sind. Der Wortlaut des Gesetzes lässt zum einen die Interpretation zu, dass diese jedoch "im Fall eines Unternehmens" auf 2 bzw 4 % des gesamten weltweiten Jahresumsatzes des letzten Geschäftsjahres ausgeweitet werden können. Zum anderen könnte dies aber auch so interpretiert werden, dass im Fall von Unternehmen stets die prozentuelle Bemessung zwingend heranzuziehen ist.

Ein weiteres Indiz findet sich in Art 3, der den räumlichen Anwendungsbereich an den Ort der Niederlassung knüpft. Vor allem das in Art 3 Abs 2 verankerte Marktortprinzip, das den räumlichen Anwendungsbereich auch auf Unternehmen erstreckt, die zwar keine Niederlassung in der Europäischen Union haben, die aber ihre geschäftliche Tätigkeit auf den EU-Markt ausgerichtet haben,⁵ stellt klar auf Unternehmen ab.⁶

Ebenso finden sich mit den Legaldefinitionen für Unternehmen in Art 4 Z 18 und für Unternehmensgruppen in Art 4 Z 19 Bestimmungen, die nahelegen, dass das nachfolgende Gesetz seinen Fokus auf Unternehmen im weiteren Sinn legt. Auch die Definition der Hauptniederlassung in Art 4 Z 16 stellt klar auf Unternehmen ab.

1.2. Wille des historischen Gesetzgebers

Bereits im Jahr 2012 äußerte sich die damalige Vizepräsidentin der Europäischen Kommission, *Viviane Reding*, dazu, dass es einheitliche Regeln für den digitalen Binnenmarkt geben müsse, "unabhängig davon, ob ein Unternehmen seine Dienste von Berlin aus oder von Dublin aus anbiete". Auch bezüglich des "one-stop-shop" sprach sie davon, dass jene Behörde zuständig sein solle, die am Sitz des Unternehmens zuständig ist.⁷ Die Kommission äußerte sich in ihrer Mitteilung an das Europäische Parlament ähnlich und führte weiter aus, dass Aufsichtsbehörden Geldbußen gegen Unternehmen verhängen können. Diese können bis

Seite 150

zu 2 % des weltweiten Jahresumsatzes eines Unternehmens ausmachen.⁸

Für den Fall, dass eine Aufsichtsbehörde eine Geldbuße verhängt, steht sie vor der Frage, gegen wen diese Geldbuße zu verhängen ist. Zum einen legen die unterschiedlichen Textierungen des Art 4 Z 18 einerseits und des Art 83 andererseits die Annahme nahe, dass auch die Unternehmensbegriffe beider Bestimmungen unterschiedlich seien. Zum anderen mag es für den österreichischen Rechtsanwender befremdlich erscheinen, dass einem "Unternehmen" und nicht einem "Unternehmer" eine Geldbuße auferlegt werden kann. Adressat einer Rechtsnorm kann immer nur ein Rechtssubjekt und niemals ein Rechtsobjekt sein. Daher soll nachfolgend der anwendbare Unternehmensbegriff erläutert werden.

2. Zum Unternehmensbegriff des UGB: Legaldefinition des [§ 1 UGB](#)

Für den österreichischen Rechtsanwender mag es, wie gesagt, befremdlich klingen, dass die DS-GVO stets vom "Unternehmen" als Normadressat der Regelungen wie auch der Strafdrohungen ausgeht. Eine Sache, in diesem Fall ein Unternehmen, zu bestrafen ist der österreichischen Rechtsordnung prinzipiell unbekannt.

Das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG)⁹ sieht eine Bestrafung von "Verbänden" vor, die im Sinne des Gesetzes "juristische Personen sowie eingetragene Personengesellschaften und Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigungen" sind. "Unternehmen" können hingegen - im Gegensatz zu "Verbänden" - auch nach dem VbVG nicht Adressaten von strafrechtlichen Normen sein.

Das Unternehmen ist im österreichischen Recht nach gleichlautender Legaldefinition des [§ 1 Abs 2 UGB](#)¹⁰ sowie des [§ 1 Abs 2 KSchG](#)¹¹ eine "auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein". Nach [§ 1 Abs 1 UGB](#) ist derjenige Unternehmer, "der ein Unternehmen betreibt". Es lässt sich für die österreichische Rechtsordnung ableiten, dass das Unternehmen nach einhelliger Ansicht kein Rechtssubjekt ist. Nach der überwiegenden Ansicht in der Literatur sowie in der Rechtsprechung ist das Unternehmen als Rechtsobjekt im Sinne einer unkörperlichen, beweglichen Gesamtsache zu sehen.¹² Unternehmer, also Rechtssubjekt, ist, wer das Unternehmen, also das Rechtsobjekt, betreibt.¹³

Unternehmer kann jeder sein, der rechtsfähig ist. Somit kann jede natürliche oder juristische Person und jede Gesamthandgemeinschaft (OG, KG) Unternehmer sein und ein Unternehmen betreiben. Bei manchen juristischen Personen, wie bei Kapitalgesellschaften, ergibt sich die Unternehmereigenschaft bereits aus der Rechtsform. Das Unternehmen selbst ist als Objekt nicht rechtsfähig und kann sich folgerichtig nicht selbst betreiben.¹⁴

Somit ist der Unternehmer das Subjekt, welches das Objekt, nämlich das Unternehmen, betreibt. Dem Rechtsträger des Unternehmens, nämlich dem Unternehmer, werden alle Rechte und Pflichten, die durch den Betrieb des Unternehmens entstehen, zugerechnet.¹⁵

Auch der Vorläufer des UGB, das Handelsgesetzbuch (HGB)¹⁶, unterschied - anders als die DS-GVO - zwischen dem Subjekt, also dem "Kaufmann", und dem Objekt, nämlich dem "gewerblichen Unternehmen". Es konnte sich niemand Kaufmannseigenschaft nach § 2 HGB verschaffen, wenn er sein Unternehmen kaufmännisch einrichtete, obwohl dies nach der Art und dem Umfang des betreffenden Unternehmens nicht notwendig war.¹⁷

Seite 2

Dem Unternehmensbegriff des UGB ist zwar eine "Leitbildfunktion" zuzumessen, dennoch ist der Begriff in der österreichischen Rechtsordnung keinesfalls einheitlich.¹⁸

3. Zum kartellrechtlichen Unternehmensbegriff

Da dem österreichischen Recht mit dem Begriff "Unternehmen" in der DS-GVO in vielerlei Hinsicht ein Verständnisproblem erwächst, scheint es zweckmäßig, sich an dem in vielen Teilen harmonisierten europäischen Kartellrecht zu orientieren. Insofern bietet es sich an, das österreichische Kartellgesetz (KartG 2005)¹⁹ bezüglich der Begriffe "Unternehmen" und "Unternehmer" zu prüfen.

In [§ 1 KartG 2005](#) findet sich zwar keine Legaldefinition des Unternehmensbegriffes, allerdings sind neben Unternehmern auch "Unternehmensvereinigungen" Normadressaten.²⁰ Nach der Rechtsprechung liegt dem Kartellrecht "*schon aufgrund der nach [§ 20 KartG](#) gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung ein eigenständiger Unternehmensbegriff zugrunde*". Die Rechtsprechung

Seite 151

geht diesbezüglich vom funktionalen Unternehmensbegriff aus, der vom EuGH entwickelt wurde.²¹ Insofern ist die Brücke vom funktionalen Unternehmensbegriff, der aus dem Unionsrecht entwickelt wurde, zum österreichischen Recht geschlagen.

Der Begriff "Unternehmen" erfasst im europäischen Kartellrecht "*jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung*".²² Es wird wieder somit genauso wie in Art 4 Z 18 DS-GVO auf die wirtschaftliche Tätigkeit abgestellt. Das europäische Kartellrecht spricht von einer "Einheit". Davon sind nicht nur natürliche und juristische Personen umfasst, sondern auch Konzerne sowie staatliche Akteure, wie bspw Kammern.²³

Der EuGH hat in diesem Zusammenhang den funktionalen Unternehmensbegriff entwickelt. Als "Unternehmen" iSd [Art 101](#) und [102](#) AEUV gilt im Prinzip jeder selbstständige, aktuelle oder potenzielle Marktakteur, der einen wirtschaftlichen Zweck verfolgt. Dieser ist unabhängig von der Marktrolle, der Rechtsform und der Inhaberschaft des Marktakteurs.²⁴

Das bedeutet, dass Einheiten abhängig von ihrer Tätigkeit beurteilt werden. Somit können auch zwei oder mehrere Einheiten als ein Unternehmen qualifiziert werden.²⁵ Diesbezüglich ist auf die beiden richtungsweisenden Urteile *Akzo-Nobel*²⁶ und *Stichting Administratiekantoor Portielje*²⁷ zu verweisen. Demnach kann die Europäische Kommission gegenüber einer Muttergesellschaft eine Geldbuße für einen Verstoß einer Tochtergesellschaft verhängen, wenn ein beherrschender Einfluss der Muttergesellschaft besteht.²⁸ Im besonderen Fall, dass eine Muttergesellschaft 100 % des Kapitals ihrer Tochtergesellschaft hält, die gegen die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft verstoßen hat, besteht die widerlegbare Vermutung, dass die Muttergesellschaft einen bestimmenden Einfluss ausübt.²⁹ Es ist dabei irrelevant, ob eine wirtschaftliche Einheit aus nur einem Unternehmen oder aus mehreren juristischen bzw natürlichen Personen besteht. Wenn ein beherrschender Einfluss der Muttergesellschaft über die Tochtergesellschaft gegeben ist, wird vom EuGH eine wirtschaftliche Einheit angenommen. Der funktionale Unternehmensbegriff ist weit gefasst, um einen unverfälschten Wettbewerb und damit einen funktionierenden Binnenmarkt in der Union zu sichern. Die Folge dieses Unternehmensbegriffs ist, dass ein Verhalten einer Tochtergesellschaft der Muttergesellschaft voll zugerechnet werden kann und diese für das Verhalten ihrer "Töchter" voll haftet.³⁰

Von der widerlegbaren Vermutung, der nach dem *Akzo-Nobel*-Urteil benannten "*Akzo-Vermutung*", eines bestimmenden Einflusses, kann die Kommission schon ab dem Zeitpunkt ausgehen, zu dem sie nachweist, "*dass die Muttergesellschaft das gesamte oder nahezu das gesamte Kapital an der Tochtergesellschaft hält*".³¹ Es kommt zu einer Beweislastumkehr. Die

Seite 3

Muttergesellschaft kann bei einer Geldbuße herangezogen werden, solange sie nicht beweisen kann, dass die Tochtergesellschaft eigenständig im Marktgeschehen auftritt.³²

Bergauer weist darauf hin, dass die Begriffsbestimmung in Art 4 Z 19 DS-GVO die "Unternehmensgruppe" definiert, wonach eine solche aus einem herrschenden Unternehmen und den von diesem abhängigen Unternehmen besteht.³³ ErwGr 37 führt für einen beherrschenden Einfluss bspw die Eigentumsverhältnisse, die finanzielle Beteiligung oder die für das Unternehmen geltenden Vorschriften oder Befugnisse an. Diese Ausführungen ähneln der "Akzo-Vermutung" sehr und liefern einen Anhaltspunkt für die Orientierung des Unternehmensbegriffs der DS-GVO am kartellrechtlichen Unternehmensbegriff. Verstärkt wird dieser Anhaltspunkt durch ErwGr 36, aus dem sich für die Hauptniederlassung ableiten lässt, dass der Gesetzgeber annimmt, dass das herrschende Unternehmen Mittel und Zwecke der Verarbeitung von personenbezogenen Daten festlegt und somit bei einer Datenverarbeitung die Hauptniederlassung des herrschenden Unternehmens als Hauptniederlassung der Unternehmensgruppe gelten soll.³⁴

4. Zum datenschutzrechtlichen Unternehmensbegriff

4.1. Legaldefinition des Art 4 Z 18 DS-GVO

Art 4 liefert für einige wichtige Begriffe Legaldefinitionen. So ist in Art 4 Z 18 auch der Begriff "Unternehmen" legaldefiniert. Demnach ist ein Unternehmen *"eine natürliche oder juristische Person, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von der Rechtsform, einschließlich Personengesellschaften oder Vereinigungen, die regelmäßig einer wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen"*.

Schon aus dem Wortlaut ist ersichtlich, dass "Unternehmen" folglich ein Sammelbegriff für die in Art 4 Z 18 genannten Rechtssubjekte und nicht im UGB-rechtlichen Sinn ein Begriff für Rechtsobjekte, nämlich für organisierte Erwerbsgelegenheiten, ist. Durch Art 4 Z 18 sollen alle Rechtsträger, die sich wirtschaftlich betätigen, unabhängig von ihrer Gewinnerzielungsabsicht er-

Seite 152

fasst werden. Die wirtschaftliche Tätigkeit selbst wird allerdings nicht in der DS-GVO definiert.³⁵ Es findet sich an anderer Stelle, in Art 4 Abs 2 der Sechsten Umsatzsteuer-Richtlinie,³⁶ die mittlerweile nicht mehr in Kraft ist und durch die Richtlinie über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem³⁷ ersetzt wurde, der Begriff der "wirtschaftlichen Tätigkeit". Der EuGH hat, sein Auslegungsmonopol nutzend, die "wirtschaftliche Tätigkeit" aufgegriffen und weit ausgelegt. Der EuGH sieht als wirtschaftliche Tätigkeit *"alle Tätigkeiten eines Erzeugers, Händlers oder Dienstleistenden einschließlich der Tätigkeiten der Urproduzenten, der Landwirte sowie der freien Berufe und der diesen gleichgestellten Berufe"*. Insb gilt *"die Nutzung von körperlichen oder nicht körperlichen Gegenständen zur nachhaltigen Erzielung von Einnahmen"* als wirtschaftliche Tätigkeit. Diese Meinung vertritt der EuGH in mittlerweile stRsp.³⁸ Weder der Unternehmensbegriff noch die wirtschaftliche Tätigkeit sind auf gewisse Branchen oder eine bestimmte Größe des Unternehmens beschränkt. Somit sind neben großen Unternehmen und Konzernen sowohl Freiberufler (Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater etc) als auch Kleinunternehmer, wie Ein-Personen-Unternehmen (EPU)³⁹, von diesem Unternehmensbegriff erfasst. Selbst wenn eine Person sowohl einen privaten als auch einen beruflichen Nutzen aus einer Tätigkeit zieht, gilt für sie dieser Unternehmensbegriff. Nach Art 2 ist der Anwendungsbereich der DS-GVO eröffnet und somit auch deren Unternehmensbegriff anwendbar, solange nur in irgendeiner Weise eine wirtschaftliche Tätigkeit vorliegt.⁴⁰

Der in Art 4 Z 18 definierte Unternehmensbegriff scheint somit ein unionsrechtlicher Begriff zu sein, der schon nach dem Wortlaut weit auszulegen ist. Das passt insofern ins Bild, als der nicht in der DS-GVO definierte Begriff der "wirtschaftlichen Tätigkeit" durch den EuGH ebenfalls weit ausgelegt wird. Er ist nicht isoliert als Unternehmensbegriff sui generis zu betrachten, sondern vielmehr ein in die europäische Rechtsordnung eingebetteter Begriff. Dafür spricht auch, dass der Europäische Datenschutzbeauftragte in seiner Stellungnahme 07/2015 zur "Bewältigung der

Seite 4

Herausforderungen in Verbindung mit Big Data⁴¹ davon sprach, dass die Europäische Union den Datenschutz nicht isoliert zum Schutz unserer Werte und Grundrechte vor "Big Data"-Anwendungen sehen darf. Er führte aus, dass die EU "die vorhandenen Werkzeuge in den Bereichen Datenschutz, Verbraucherschutz, Kartellrecht, Forschung und Entwicklung, einheitlicher umsetzen müsse, um einen Markt zu gewährleisten, auf dem datenschutzfreundliche Dienstleistungen florieren können".⁴² Da es sich bei diesem datenschutzrechtlichen Unternehmensbegriff der DS-GVO zweifellos um einen unionsrechtlichen handelt und der Europäische Datenschutzbeauftragte selbst sowohl Datenschutzrecht als auch Kartellrecht als notwendig für die Gewährleistung eines datenschutzfreundlichen Marktes sieht, liegt es nahe, die Vereinbarkeit des Unternehmensbegriffs gem Art 4 Z 18 DS-GVO mit dem kartellrechtlichen Unternehmensbegriff iSd [Art 101](#) und [102](#) AEUV zu prüfen.

Gleich wie in der DS-GVO versteht der EuGH in stRsp zu [Art 101 AEUV](#) ein "Unternehmen" als "jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausführende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung".⁴³ Der Unternehmensbegriff der [Art 101](#) und [102](#) AEUV ist ein funktionaler. Dieser sehr weite Unternehmensbegriff ist bewusst gewählt, um zu verhindern, dass sich Unternehmen durch spezielle Selbstorganisationsformen dem Anwendungsbereich des europäischen Rechts entziehen.⁴⁴ Der AEUV selbst erfasst prinzipiell alle Wirtschaftsbereiche. Insofern sind auch die Regeln der [Art 101](#) und [102](#) AEUV auf alle Arten wirtschaftlicher Tätigkeiten und auf alle Wirtschaftszweige anwendbar, solange der AEUV selbst nicht Ausnahmen vorsieht.⁴⁵ Da auch die DS-GVO selbst in ihrer Legaldefinition des Art 4 Z 18 auf die wirtschaftliche Tätigkeit abzielt, ist das als Anhaltspunkt dahin gehend zu verstehen, dass der Unternehmensbegriff der DS-GVO mit jenem des AEUV kompatibel ist. In ihrer Rede am 23. 9. 2005 vor dem Fordham Corporate Law Institute in New York sprach die damalige Wettbewerbskommissarin, *Neelie Kroes*,⁴⁶ davon, dass vor allem Verhaltensweisen problematisch seien, die tatsächlich oder potenziell wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen auf den Markt haben und die den Konsumenten schaden. "First, it is competition, and not competitors, that is to be protected. Second, ultimately the aim is to avoid consumers harm." Die gleiche Stoßrichtung verfolgt

Seite 153

auch die DS-GVO. Sie möchte zum einen den freien Verkehr der Daten im Binnenmarkt, zum anderen aber auch die personenbezogenen Daten der einzelnen natürlichen Personen, die oft eine Art Verbraucherstatus aufweisen, schützen.

Die DS-GVO selbst sieht für den Fall einer Sanktion iSd Art 83 DS-GVO einen am Wettbewerbsrecht orientierten weiteren Unternehmensbegriff vor. In ErwGr 150 wird festgelegt, dass für Strafen der Unternehmensbegriff iSv [Art 101](#) und [102](#) AEUV verstanden werden soll. Die Art-29-Datenschutzgruppe vertritt ebenfalls die Meinung, dass für Strafen der Unternehmensbegriff der [Art 101](#) und [102](#) AEUV anzuwenden ist und führt weiter zur wirtschaftlichen Einheit aus, dass damit sowohl Mutter- als auch Tochtergesellschaften umfasst sind.⁴⁷

Aus den Artikeln und Erwägungsgründen selbst sowie aus der Systematik der DS-GVO und auch aus den Materialien lässt sich somit ableiten, dass der Unternehmensbegriff der DS-GVO nicht nur ein mit dem Kartellrecht vereinbarer ist, sondern dass der Unternehmensbegriff in Art 4 Z 18 DS-GVO derselbe wie jener in [Art 101](#) und [Art 102](#) AEUV ist. Insofern ist die von *Hödl* vertretene Auffassung, der kartellrechtliche Unternehmensbegriff sei Vorbild für den datenschutzrechtlichen Unternehmensbegriff gewesen, durchaus nachvollziehbar und stringent.⁴⁸

4.2. Zum Unternehmensbegriff nach Art 83 DS-GVO

Seite 5

In Art 83 werden die Bedingungen für die Verhängung von Bußgeldern festgesetzt. Gerade bezüglich der Bußgelder scheint es so, als würde der europäische Gesetzgeber vom legaldefinierten Unternehmensbegriff in Art 4 Z 18 abweichen. Der Ausschuss des europäischen Parlaments für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres (LIBE-Ausschuss) führte aus, dass "einer der Kernpunkte der europaweiten Datenschutzreform die Einführung starker Sanktionen ist, die wehtun sollen".⁴⁹ Insofern ist es nicht verwunderlich, dass die Bestimmungen der Geldbußen in der DS-GVO an das europäische Kartellrecht angelehnt scheinen. Dies ist zum einen durch die Textähnlichkeit und zum anderen durch die Erwägungsgründe ersichtlich. Diesbezüglich ist in ErwGr 150 nachzulesen: "Werden Geldbußen Personen auferlegt, sollte zu diesem Zweck der Begriff Unternehmen im Sinne der [Artikel 101](#) und [102](#) AEUV verstanden werden." Vor allem aufgrund der verschiedensten Sprachfassungen kommen allerdings immer wieder Bedenken auf, ob der Unternehmensbegriff des Art 4 Z 18 mit jenem des Art 83 identisch bzw zumindest vereinbar ist und ob ErwGr 150 im Widerspruch zu Art 4 Z 18 steht. Vor allem die Tatsache, dass die englische Sprachfassung in Art 4 Z 18 von "enterprise" spricht und der AEUV von "undertaking", nährt Zweifel an der Anwendbarkeit des kartellrechtlichen Maßstabs.⁵⁰

Schon in einem frühen Stadium der Entwicklung der DS-GVO sprach die an der Konzeption maßgeblich beteiligte damalige Vizepräsidentin der Europäischen Kommission, *Viviane Reding*, davon, dass die Art-29-Datenschutzgruppe oder die Europäische Kommission Auslegungshilfestellungen geben können, sollten solche erforderlich sein. Dies sei notwendig, "um für eine einheitliche Rechtsanwendung auf dem europäischen Binnenmarkt zu sorgen".⁵¹ Die Art-29-Datenschutzgruppe hat dazu tatsächlich in "working paper 253" (iF: WP 253)⁵² Stellung genommen. Sie führte aus, dass die zuständige Aufsichtsbehörde den Unternehmensbegriff der [Art 101](#) und [102](#) AEUV heranziehen solle und dass auf die wirtschaftliche Einheit wie im europäischen Kartellrecht abzustellen sei.⁵³ Der Europäische Datenschutzausschuss⁵⁴ hat in seiner ersten Sitzung WP 253 gebilligt und dessen Anwendbarkeit bestätigt.⁵⁵

Auch die Praxis der europäischen Datenschutzbehörden scheint sich daran zu orientieren und, ohne dies konkret anzusprechen, den Empfehlungen der Art-29-Datenschutzgruppe bzw des Europäischen Datenschutzausschusses aus WP 253 zu folgen.

Die Datenschutzbehörde für das United Kingdom, das Information Commissioner's Office (ICO), veröffentlichte eine Erklärung als Reaktion auf eine Ankündigung an der Londoner Börse, dass das ICO beabsichtige, British Airways wegen Verstößen gegen das Datenschutzrecht zu bestrafen. Das ICO führte darin aus, dass es nach umfassender Untersuchung beabsichtige, gegen British Airways eine Strafe von 183,39 Millionen Pfund zu verhängen.⁵⁶ Das entspricht 1,4 % des gesamten konzernweiten Jahresumsatzes des Jahres 2018. Dieser betrug, inklusive aller Gesellschaften, gemäß dem Jahresbericht 13,021 Millionen Pfund.⁵⁷

Auch die Berliner Datenschutzbehörde zog bei der Bußgeldbemessung gegen die Deutsche Wohnen SE den für 2018 ausgewiesenen Jahresumsatz von über 1 Milliarde Euro heran. Somit lag der Rahmen zur Bußgeldbemessung bei bis zu 28 Millionen Euro, was die im Gesetzestext festgelegten 20 Millionen deutlich übersteigt.

Seite 154

Die tatsächliche Strafe von 14,5 Millionen Euro kam unter anderem dadurch zustande, dass sich die Deutsche Wohnen SE gegenüber der Berliner Datenschutzbehörde kooperativ verhielt.⁵⁸

Weder die Berliner Datenschutzbehörde noch das ICO hielten es im Zuge der Bußgeldbemessung für notwendig, die Vereinbarkeit des Unternehmensbegriffs des Art 4 Z 18 mit jenem des Art 83 zu prüfen. Es wurde auf den Jahresumsatz der gesamten Einheit abgestellt und auf dieser Basis auch die Geldbuße berechnet. Diese Anwendung in der Strafpraxis lässt darauf schließen, dass die nationalen Behörden keinerlei Problematik sehen und den Unternehmensbegriff in der DS-GVO als einen einheitlichen ansehen und anwenden.

Da weder die Art-29-Datenschutzgruppe noch der Europäische Datenschutzausschuss oder eine europäische Aufsichtsbehörde bisher eine Unvereinbarkeit des Unternehmensbegriffs des Art 83

Seite 6

mit jenem des Art 4 Z 18 geprüft, festgestellt oder auch nur erwähnt haben, kann davon ausgegangen werden, dass Art 83 iVm ErwGr 150 bloß den Unternehmensbegriff des Art 4 Z 18 weiter spezifiziert.

5. Conclusio

Unter Berücksichtigung der vorhergehenden Ausführungen bezüglich des Begriffs des "Unternehmens" im österreichischen wie im europäischen Kontext erscheint die Definition des Unternehmens im europäischen Datenschutzrecht logisch und konsistent. Die Bestrafung einer Sache bzw die Pönalisierung des Verhaltens einer Sache ist der österreichischen Rechtsordnung unbekannt. Durch die Verwandtschaft der Unternehmensbegriffe im KartG 2005 einerseits und der DS-GVO andererseits lässt sich dieses Problem jedoch auflösen.

Der Unternehmensbegriff des Art 4 Z 18 DS-GVO stellt im Wesentlichen auf das Merkmal der wirtschaftlichen Tätigkeit ab. Diese Begrifflichkeit wurde vom EuGH im Zuge des EU-Umsatzsteuerrechts und des EU-Kartellrechts klar und eindeutig definiert. Zusätzlich wird - wie im Kartellrecht - auf die "Einheit" abgestellt. Da der Unionsgesetzgeber zumindest die Möglichkeit schaffen wollte, staatliche Stellen in der DS-GVO anders zu behandeln, wurde eine umschreibende Formulierung gewählt, die alle nicht-staatlichen Akteure erfasst. Auch ist in ErwGr 37, der den beherrschenden Einfluss einer "Unternehmensgruppe" iSd Art 4 Z 19 DS-GVO erläutert, der kartellrechtliche Unternehmensbegriff bzw die "Akzo-Vermutung" erkennbar. Würde der Unternehmensbegriff des Art 83 nicht ebenfalls auf die wirtschaftliche Einheit abstellen, wäre der Zweck der Verordnung, nämlich den Schutz personenbezogener Daten natürlicher Personen wirkungsvoll durchzusetzen, nicht erfüllt.⁵⁹ Ein Verschieben einer kleinen Gesellschaft als "Strohmann" wäre für internationale Großkonzerne wesentlich attraktiver. Diese Meinung wird in der Praxis auch von der Art-29-Datenschutzgruppe bzw dem Europäischen Datenschutzausschuss und den Aufsichtsbehörden geteilt.

Der Unternehmensbegriff des KartG 2005 entspricht jenem des [Art 101 AEUV](#). Dieser ist nach einhelliger Auffassung funktional und weit auszulegen.⁶⁰ Damit ist der Unternehmensbegriff des KartG 2005 auch mit jenem der DS-GVO vereinbar. Die DS-GVO stellt ebenfalls auf die Einheit ab, allerdings mit dem Unterschied, dass sie staatliche Akteure ausnimmt. Daher ist festzuhalten, dass der Unternehmensbegriff des österreichischen KartG 2005, der [Art 101](#) und [102](#) AEUV und jener des Art 4 Z 18 DS-GVO miteinander kompatibel sind und bis auf Einschränkungen bezüglich der Einheit auf die gleichen Merkmale abstellen. Das bedeutet auch, dass das Problem der Begrifflichkeiten "Unternehmer" und "Unternehmen" für den österreichischen Rechtsanwender dahin gehend aufgelöst werden kann, dass ein Unternehmen iSd DS-GVO weitgehend gleich betrachtet werden kann wie ein Unternehmen als Normadressat iSd KartG 2005 oder der [Art 101](#) und [102](#) AEUV.

Durch die Kompatibilität des Unternehmensbegriffs des Art 4 Z 18 DS-GVO sowie des Art 83 DS-GVO mit dem kartellrechtlichen Unternehmensbegriff sind eine einheitliche Rechtsanwendung und eine wirkungsvolle Durchsetzung des Verbraucherschutzes im europäischen Binnenmarkt ein Stück näher gerückt.

Als Ergebnis ist festzuhalten:

Unter Berücksichtigung der Systematik der DS-GVO, ihres Wortlautes, ihrer Erwägungsgründe, der europarechtlichen Rahmenbedingungen und des Willens des Gesetzgebers stellt der Unternehmensbegriff des Art 83 DS-GVO nicht einen von Art 4 Z 18 DS-GVO verschiedenen Begriff dar, sondern ist als Spezifizierung dieses Begriffs zu betrachten. Dieser Unternehmensbegriff ist mit Ausnahme der staatlichen Akteure wie im europäischen Kartellrecht zu verstehen und mit dem österreichischen Rechtsverständnis vereinbar. Für Geldbußen nach Art 83 DS-GVO ist auf die wirtschaftliche Tätigkeit abzustellen und ein funktionaler datenschutzrechtlicher Unternehmensbegriff anzuwenden.⁶¹

¹ [Verordnung \(EU\) 2016/679](#) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der [Richtlinie 95/46/EG](#) (Datenschutz-Grundverordnung - DS-GVO), ABI L 2016/119, 1 idF L 2018/127, 2.

² Der Autor bedankt sich bei *Univ.-Prof i.R. Dr. Gunter Nitsche* für Anregungen und Diskussionen.

³ *Bergauer*, Die Rollenverteilung nach der DS-GVO - zugleich Überlegungen zu einem Übermittlungsprivileg im Konzern innerhalb enger Grenzen, *jusIT* 2018/24, 60 (61).

⁴ In ErwGr 13 DS-GVO wird die Schaffung von Rechtssicherheit und Transparenz für alle Wirtschaftsteilnehmer einschließlich Kleinstunternehmen sowie kleinerer und mittlerer Unternehmen gefordert.

⁵ Die Ausrichtung auf den europäischen Markt kann nach ErwGr 23 bspw mittels einer deutschen Sprachversion und der Möglichkeit des Versands nach Österreich oder in ein anderes deutschsprachiges EU-Land erfüllt sein.

⁶ *Leissler/Wolfbauer* in Knyrim (Hrsg), *Der DatKomm Praxiskommentar zum Datenschutzrecht - DSGVO und DSG Art 3 DS-GVO Rz 13* (Stand 1. 10. 2018).

⁷ *Reding*, Sieben Grundbausteine für Europas Datenschutzreform, 4 <https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-200_en.htm> (14. 4. 2020).

⁸ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament gemäß Artikel 294 Absatz 6 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union betreffend den Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten sowie zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) und zur Aufhebung der [Richtlinie 95/46/EG](#), KOM (2016) 214 endg.

⁹ Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz - VbVG) BGBl I 151/2005 idF I 26/2016.

¹⁰ Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen (Unternehmensgesetzbuch - UGB) dRdGBl 219/1897 idF BGBl I 46/2019.

¹¹ Bundesgesetz vom 8. März 1979, mit dem Bestimmungen zum Schutz der Verbraucher getroffen werden (Konsumentenschutzgesetz - KSchG) BGBl 140/1979 idF I 58/2018.

¹² *Straube/Ratka/Jost* in *Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), *UGB - Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch I⁴ § 1 Rz 51* (Stand 1. 9. 2019).

¹³ *Kalss/Schauer/Winner*, *Allgemeines Unternehmensrecht³ § 2 Rz 8 f* (2017).

¹⁴ *Kalss/Schauer/Winner*, *Unternehmensrecht³ § 2 Rz 2 f*.

¹⁵ *Krejci/Haberer* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), *UGB Großkommentar I/1 § 1 Rz 38* (2010).

¹⁶ Das HGB wurde mittels BGBl I 120/2005 in UGB umbenannt, diese Änderung trat mit 1. Jänner 2007 in Kraft.

¹⁷ *Schönherr/Nitsche*, *Handelsgesetzbuch²⁷ § 2 E7* (1981).

¹⁸ *Straube/Ratka/Jost* in *Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), *UGB I⁴ § 1 Rz 44* (Stand 1. 9. 2019).

¹⁹ Bundesgesetz gegen Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz 2005 -KartG 2005) BGBl I 61/2005 idF I 56/2017.

- ²⁰ *Lager/Petsche* in Petsche/Urlesberger/Vartian (Hrsg), Kartellgesetz - Kurzkomentar² § 1 Rz 5 (2016).
- ²¹ RIS-Justiz RS0124391.
- ²² [EuGH 19. 2. 2002, C-309/99](#) (J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh, Price Waterhouse Belastingvisers BV gg Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten) Rz 46.
- ²³ *Brömmelmeyer* in Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV Art 101 Rz 39 (2017).
- ²⁴ *Müller-Graff* in Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg), Europäisches Unionsrecht - EUV|AEUV|GRCh|EAGV² Art 101 Rz 6 (2018).
- ²⁵ *Brömmelmeyer* in Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg), Frankfurter Kommentar Art 101 Rz 40.
- ²⁶ [EuGH 10. 9. 2009, C-97/08](#) (Akzo Nobel NV ua gg Kommission der Europäischen Gemeinschaft).
- ²⁷ [EuGH 11. 7. 2013, C-440/11](#) (Europäische Kommission gg Stichting Administratiekantoor Portielje und Gosselin Group).
- ²⁸ *Reidlinger*, Konzernhaftung bei Schadenersatz für Kartellrechtsverstöße?, GesRZ 2019, 97 (98).
- ²⁹ [EuGH 10. 9. 2009, C-97/08](#) Rz 60; Würdigung des Gerichtshofs zu Rz 60.
- ³⁰ *Faust/Spittka/Wybitul*, Milliardenbußgelder nach der DS-GVO?, ZD 2016, 120 (121).
- ³¹ [EuGH 11. 7. 2013, C-440/11](#) Rz 41 ff.
- ³² [EuGH 11. 7. 2013, C-440/11](#) Rz 47 ff.
- ³³ *Bergauer*, jusIT 2018/24, 60 (63).
- ³⁴ *Bergauer*, jusIT 2018/24, 60 (64).
- ³⁵ *Hödl* in Knyrim (Hrsg), DatKomm Art 4 DS-GVO Rz 177 f (Stand 1. 12. 2018).
- ³⁶ Sechste [Richtlinie 77/388/EWG](#) des Rates vom 17. Mai 1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern - Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage, ABl L 1977/145, 3.
- ³⁷ [Richtlinie \(EU\) 2006/112](#) /EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl L 2006/347, 1.
- ³⁸ [EuGH 16. 9. 2008, C-288/07](#) (Commissioners of Her Majesty's Revenue & Customs gg Isle of Wight Council ua) Rz 4; [EuGH 26. 6. 2007, C-284/04](#) (T-Mobile Austria GmbH ua gg Republik Österreich) Rz 4; [EuGH 26. 6. 2003, C-305/01](#) (Finanzamt Groß-Gerau gg MKG-Kraftfahrzeuge-Factoring GmbH) Rz 41.
- ³⁹ EPU stellen in Österreich die größte Gruppe von Unternehmen dar. Mit Stand Dezember 2018 gab es in Österreich 315.900 EPU, das entspricht einem österreichweiten Anteil von 59,8 %. In der Sparte Gewerbe und Handwerk betrug der Anteil an EPU sogar 67,7 % <https://www.wko.at/service/netzwerke/Zahlen,_Daten,_Fakten.html> (14. 4. 2020).
- ⁴⁰ *Ernst* in Paal/Pauly(Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung Art 4 Rz 123 f (2017); *Ziebarth* in Sydow (Hrsg), Europäische Datenschutzgrundverordnung Handkommentar² Art 4 Rz 205 ff (2018).
- ⁴¹ *Der Europäische Datenschutzbeauftragte*, Zusammenfassung der Stellungnahme des Europäischen Datenschutzbeauftragten: "Bewältigung der Herausforderungen in Verbindung mit Big Data: Ein Ruf nach

Transparenz, Benutzerkontrolle, eingebautem Datenschutz und Rechenschaftspflicht", 2
<https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/15-11-19_big_data_de.pdf> (14. 4. 2020).

⁴² Diese Stellungnahme wurde als Zusammenfassung in den Gesetzgebungsprozess der DS-GVO am 20. 2. 2016 eingebracht <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52016XX0220> (01)> (14. 4. 2020).

⁴³ *Wollmann* in Jaeger/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV Art 101 AEUV Rz 34 (Stand 1. 11. 2019).

⁴⁴ *Lewisch* in Mayer/Stöger (Hrsg), EUV/AEUV Art 102 AEUV Rz 3 (Stand 1. 8. 2013).

⁴⁵ *Wiedemann* in Wiedemann (Hrsg), Handbuch des Kartellrechts³ § 4 Rz 4 (2016).

⁴⁶ *Kroes*, Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82, 3; Art 82 EGV entspricht nunmehr Art 102 AEUV <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_05_537> (14. 4. 2020).

⁴⁷ *Art-29-Datenschutzgruppe*, Guidelines on the application and setting of administrative fines for the purposes of the Regulation 2016/679, WP253 Rev 02, 6.

⁴⁸ *Hödl* in Knyrim (Hrsg), DatKomm Art 4 DS-GVO Rz 180 (Stand 1. 12. 2018).

⁴⁹ *Faust/Spittka/Wybitul*, ZD 2016, 120 (120).

⁵⁰ *Illibauer* in Knyrim (Hrsg), DatKomm Art 83 DS-GVO Rz 28 f (Stand 1. 10. 2018).

⁵¹ *Reding*, Sieben Grundbausteine, 11 <https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-200_en.htm> (15. 4. 2020).

⁵² *Art-29-Datenschutzgruppe*, Guidelines on the application and setting of administrative fines for the purposes of the Regulation 2016/679, WP253 Rev 02, 6.

⁵³ Der Originaltext lautet: "In order to impose fines that are effective, proportionate and dissuasive, the supervisory authority shall use for the definition of the notion of an undertaking as provided for by the CJEU for the purposes of the application of Article 101 and 102 TFEU, namely that the concept of an undertaking is understood to mean an economic unit, which may be formed by the parent company and all involved subsidiaries."

⁵⁴ Eingerichtet gem Art 68 [VO \(EU\) 2016/679](#) und gem Art 70 Abs 1 [VO \(EU\) 2016/679](#) zur Sicherstellung der einheitlichen Anwendung der DS-GVO beauftragt.

⁵⁵ Europäischer Datenschutzausschuss, Endorsement 1/2018, 2
<https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/news/endorsement_of_wp29_documents_en_0.pdf> (15. 4. 2020).

⁵⁶ *ICO*, Statement in response to an announcement to the London Stock Exchange that the ICO intends to fine British Airways for breaches of data protection law <<https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2019/07/ico-announces-intention-to-fine-british-airways>> (15. 4. 2020).

⁵⁷ *British Airways Plc*, Annual Report and Accounts Year ended 31 December 2018, 6
<<https://www.iairgroup.com/~media/Files/I/IAG/annual-reports/ba/en/british-airways-plc-annual-report-and-accounts-2018.pdf>> (15. 4. 2020).

⁵⁸ *Berliner Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit*, Pressemitteilung 711.412.1, 1
<https://www.datenschutz-berlin.de/fileadmin/user_upload/pdf/pressemitteilungen/2019/20191105-PM-Bussgeld_DW.pdf> (15. 4. 2020).

⁵⁹ Art 1 Abs 2 [VO \(EU\) 2016/679](#); ErwGr 1-4 [VO \(EU\) 2016/679](#).

⁶⁰ *Lager/Petsche* in *Petsche/Urlesberger/Vartian* (Hrsg), *Kartellgesetz*² § 1 Rz 6 ff.

⁶¹ Ähnlich äußern sich dazu, wenn auch komprimiert, *Faust/Spittka/Wybitul*, ZD 2016, 121; *Feiler/Forgo*, EU-DS-GVO - EU-Datenschutz-Grundverordnung Kurzkomentar Art 83 Rz 12 (2017), sowie *Ziebarth* in *Sydow* (Hrsg), *Datenschutzgrundverordnung*² Art 4 Rz 209 ff.



Dominik Possert 1.10.2020