

E-Commerce: Verantwortlichkeit für Unternehmen und vertretungsbefugte Organe aus verwaltungsstrafrechtlicher und strafrechtlicher Sicht

Thomas Schweiger

*L|E|X|X . . . mehr als nur RECHT M|R|S & Partner Rechtsanwälte
Huemerstrasse 1 / Kaplanhofstrasse 2, 4020 Linz
t.schweiger@m-r-s.at, www.it-recht.at*

Schlagworte: Verantwortlichkeit, Haftung, vertretungsbefugte Organe, Verwaltungsstrafrecht, verantwortlicher Beauftragter, Strafrecht, E-Commerce-Gesetz, Datenschutzgesetz, Telekommunikationsgesetz

Abstract: Darstellung der verwaltungsstrafrechtlichen und strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und vertretungsbefugten Organen im Rahmen des E-Commerce. Im Verwaltungsstrafrecht besteht die Möglichkeit der Delegation der Verantwortung von Managern gem § 9 VStG (Verantwortlicher Beauftragter). Übertretungen der relevanten Materien-gesetze (ua ECG, DSGVO oder TKG) können für vertretungsbefugte Organe empfindliche Geldstrafen mit solidarischer Haftung des Unternehmens zur Folge haben.

1. E-Commerce?

1.1. Was ist „E-Commerce“ und ist dies gesetzlich geregelt?

Das E-Commerce-Gesetz regelt den *rechtlichen Rahmen für bestimmte Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs*¹. Österreich kennt sohin kein allgemeines Gesetz, das sämtliche Aspekte des E-Commerce regelt.

¹ Vgl § 1 Abs 1 S 2 E-Commerce-Gesetz: „Es behandelt die Zulassung von Diensteanbietern, deren Informationspflichten, den Abschluss von Verträgen, die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern, das Herkunftslandprinzip und die Zusammenarbeit mit anderen Mitgliedstaaten . . .“

Dies wäre auch kaum möglich, da vom Grundsatz der Medienneutralität² des Rechts auszugehen ist, und sohin sämtliche (strafbaren) Aspekte, die im „Commerce“ vorkommen, auch im „E-Commerce“ vorhanden sein können. So sind im E-Commerce auch alle nicht auf den elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehr bezogene (verwaltungsstrafrechtliche oder strafrechtliche) generellen Normen der Rechtsordnung maßgebend, die auf den verwirklichten Sachverhalt anzuwenden sind. Kurz gesagt, ein Betrug kann auch auf elektronischem Weg (zB per E-mail) begangen werden und ist nach §§ 146 ff StGB strafbar. Dazu bedarf es keiner „Sondernorm“ des „Computerstrafrechtes“.

Conclusio: Nach dem Blick ins ECG weiß man zwar, dass es **nur bestimmte** (in § 1 (1) ECG genannte) *Aspekte des E-Commerce* regelt. Eine Definition von „E-Commerce“ sucht man darin vergeblich. Der „Commerce“, dh der Geschäftsverkehr wird zum E-Commerce, wenn die beteiligten Parteien ausschließlich auf elektronischem Weg den Geschäftsabschluss anbahnen und das Geschäft abschließen.

Um die verwaltungsstrafrechtliche und strafrechtliche Verantwortlichkeit zu definieren, ist sohin das „E-Verwaltungsstrafrecht“ oder das „E-Strafrecht“ zu ermitteln.

2. Wer ist Normadressat im Verwaltungsstrafrecht oder Strafrecht?

2.1. Verwaltungsstrafrecht

„Dem österreichischen Strafrecht sind juristische Personen als Normadressaten fremd³“. Normadressat im Verwaltungsstrafrecht ist eine natürliche Person, die eine strafbare Handlung begeht oder gem § 9 Abs 1 VStG das nach außen vertretende Organ des Unternehmens, sofern die Verwaltungsvorschriften⁴ nichts anderes bestimmen. Die verantwortliche Person wird sohin durch die Organisationsvorschriften der Gesellschaft definiert, wobei ein

² Siehe RV 817 BgINR 21. GP: „Das Recht ist medienneutral. Was fehlt, sind spezifische Regelungen für Probleme, die sich nur in der virtuellen Welt stellen, beispielsweise für Details des Zustandekommens von Verträgen im Internet.“, sowie ergänzende Ausführungen zu § 1 ECG der RV 817 BgINR 21. GP.

³ Hauer, W. /Leukauf, O., Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens⁵, (1996), Linde, Wien, 813.

⁴ ZB §§ 9 und 370 GewO, wonach der bestellte gewerberechtliche Geschäftsführer verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich ist.

Prokurist eines Unternehmens mangels gesetzlicher Organstellung nicht aufgrund seiner Prokura verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich gemacht werden kann⁵. Es besteht die Möglichkeit, einen sog verantwortlichen Beauftragten für einen Bereich zu bestellen, der ab Bestellung bzw Bekanntgabe gegenüber der Behörde primär haftet. Voraussetzung für die Bestellung ist gemäß § 9 Abs 4 VStG ein Wohnsitz im Inland, die Möglichkeit der strafrechtlichen Verfolgung und die Zustimmung zur Bestellung sowie eine Anordnungsbefugnis für den der Verantwortung unterliegenden, klar abgrenzbaren Bereich. Neben einem bestellten verantwortlichen Beauftragten haften die Organe, und zwar im Fall der Anstiftung und Beihilfe (§ 7 VStG) oder wenn sie die Tat vorsätzlich nicht verhindert haben (§ 9 Abs 6 VStG)⁶. Die juristische Person haftet solidarisch neben dem persönlich Verantwortlichen für die verhängte Geldstrafe, sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen und die Verfahrenskosten.

Bedeutsam im Bereich des Verwaltungsstrafrechtes ist wohl auch, dass bei sog Ungehorsamsdelikten gemäß § 5 (1) VStG, das sind Delikte, bei denen der Eintritt eines Schadens oder einer Gefahr nicht zum Tatbild gehört, Fahrlässigkeit anzunehmen ist, wenn der Täter nicht glaubhaft macht, dass ihn an der Verletzung kein Verschulden trifft⁷.

2.2. Strafrecht

Normadressat im Strafrecht ist die natürliche Person, die fahrlässig oder vorsätzlich ein strafrechtliches Tatbild verwirklicht hat. Es kann jedoch zur Verantwortlichkeit der vertretungsbefugten Organe kommen, wenn die fahrlässige Begehung einer Tat strafbar ist und dem Organ zumindest Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann.

Im Entwurf des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes⁸ findet sich die Verantwortlichkeit von Unternehmen selbst für strafrechtlich relevantes Verhalten von Entscheidungsträgern und Mitarbeitern, sofern ein Entscheidungsträger die nach den Umständen gebotene und zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen und dadurch die Begehung der Tat ermöglicht hat oder wesentlich erleichtert wurde.

⁵ VwGH 8.10.1992, 90/19/0532, 24.3.1994, 91/18/0176, 0181.

⁶ Vgl *Hauer/Leukauf*, aaO, 811.

⁷ siehe dazu *Hauer/Leukauf*, aaO, 758 ff.

⁸ Der Download des Entwurfes ist unter: <http://www.bmj.gv.at/gesetzesentwuerfe> möglich. Von einem Inkrafttreten ist nicht vor Herbst 2005 auszugehen.

3. Spezifische Normen im E-Commerce

3.1. E-Commerce-Gesetz (ECG)

Gem § 26 Abs 1 ECG werden folgende Verwaltungsübertretungen mit einer Geldstrafe von bis zu € 3.000,- bedroht:⁹

- Verletzung der allgemeinen Informationspflichten (§ 5 (1) ECG),
- Verletzung der (speziellen) Informationspflichten für kommerzielle Kommunikation (§ 6 ECG),
- Verstoß gegen die Informationspflicht bei Vertragsabschluss (§ 9 Abs 1 ECG) oder das Fehlen der Angabe des Zuganges zum Verhaltenskodex (§ 9 Abs 2 ECG),
- Verstoß gegen § 10 Abs 1 ECG, sohin das Fehlen von technischen Mitteln zur Erkennung und Berichtigung von Eingabefehlern,
- Verstoß gegen § 11 ECG, wonach der Teilnehmer dem User die Vertragsbestimmungen oder AGB so zur Verfügung zu stellen hat, dass er sie speichern und wiedergeben kann.

§ 27 ECG regelt die „Tätige Reue“. Die Behörde kann „einen Diensteanbieter, der die Verpflichtungen nach ...“ dem ECG „verletzt, darauf hinweisen und ihm auftragen, den gesetzmäßigen Zustand innerhalb einer von ihr festgelegten angemessenen Frist herzustellen. Dabei hat sie ihn auf die mit einer solchen Aufforderung verbundenen Rechtsfolgen hinzuweisen.“ *Filzmoser* geht davon aus, dass es sich hierbei um eine Verpflichtung der Behörde handelt, von der Strafe abzusehen¹⁰. Kommt der Diensteanbieter fristgerecht einer derartigen Aufforderung nach, dann ist er nicht zu bestrafen.

⁹ Siehe dazu auch *Filzmoser, F.*, Gewerberechtliche und berufsrechtliche Aspekte des E-Commerce-Gesetzes, RdW 2002/337; *Simon N.*, Ist ein Verstoß gegen die Informationspflichten des § 5 ECG UWG-widrig?, RdW 2004/105; *Frais T.*, Verstoß gegen § 5 ECG wettbewerbswidrig! Eine Anmerkung zu OGH 18.11.2003, 4 Ob 219/03i, RdW 2004/164.

¹⁰ *Filzmoser, F.*, aaO, der dies mit § 21 VStG vergleicht und festhält, dass es sich zwar um eine „Kannbestimmung“ handelt, es jedoch nicht im Belieben der Behörde stehen kann, einmal zu strafen und einmal eine Frist zu setzen und gegebenenfalls nicht zu strafen.

3.2. Datenschutzgesetz

3.2.1. Strafrechtliche Verantwortlichkeit

Eine Tathandlung des § 51 DSG (Datenverwendung in Gewinn- und Schädigungsabsicht) kann eine Person begehen, die berufsmäßig mit Aufgaben der Datenanwendung beschäftigt ist, der Daten anvertraut oder zugänglich geworden sind oder jemand, der sich widerrechtlich Daten verschafft hat¹¹.

Strafbar ist, sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder jemandem einen Schaden zuzufügen, und zwar dadurch, dass die Daten selbst benützt, einem anderen zugänglich gemacht oder veröffentlicht werden.

Voraussetzung der subjektiven Tatseite in Bezug auf die Gewinnerzielung oder die Schadenszufügung¹² ist das Vorliegen von Absicht als schwerste Form des Vorsatzes gem § 5 Abs 2 StGB; für die Verschaffung reicht bedingter Vorsatz aus. Bemerkenswert ist, dass § 51 DSG nur die Verschaffung eines eigenen Vermögensvorteils unter Strafe stellt; die Verschaffung eines Vermögensvorteils für Dritte scheint nicht strafbar zu sein, vorausgesetzt, dass dadurch keinem anderen absichtlich ein Schaden zugefügt wird. Als Nachteil reicht aus, dass die personenbezogenen Daten (als Schutzobjekt dieser Bestimmung), an denen der Betroffene ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse hat, bekannt werden.

3.2.2. Verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit

§ 52 DSG kann in zwei Gruppen von Strafbestimmungen unterteilt werden. Abs 1 regelt Tatbestände, bei welchen eine Rechtsverletzung bereits eingetreten ist, und Abs 2 enthält Tatbestände, bei denen Verstöße gegen die Gebote des DSG vorliegen, die „eine Gefährdung der Rechte des Betroffenen oder zumindest eine Gefährdung der Durchsetzbarkeit dieser Rechte zur Folge hat.“¹³ Auch die Strafdrohung ist unterschiedlich: Handlungen nach Abs 1 sind mit Geldstrafe bis € 18.990,- bedroht, wohingegen bei Verletzung des Abs 2 nur eine Strafe von € 9.445,- droht.

§ 52 Abs 1 DSG stellt folgende Verhaltensweisen unter Strafe:

¹¹ Vgl Dohr, W. / Pollirer, H. / Weiss, E., DSG² (2002), Manz, Wien, § 51 Anm 2.

¹² Vgl Dohr/Pollirer/Weiss, aaO, § 51 Anm 3.

¹³ 1613 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates 20. GP, RV zu § 52 DSG.

- vorsätzliche Verschaffung eines widerrechtlichen Zugangs zu einer Datenanwendung oder vorsätzliche Aufrechterhaltung eines erkennbar widerrechtlichen Zugangs;
 - vorsätzliche Übermittlung von Daten in Verletzung des Datengeheimnisses (§ 15 DSG), insbesondere die Verwendung von Daten, die gemäß §§ 46 oder 47 DSG anvertraut und vorsätzlich für andere Zwecke verwendet wurden;
 - (zumindest fahrlässige) Datenverwendung entgegen einem rechtskräftigen Urteil oder Bescheid oder Verletzung der Auskunft-, Richtigstellungs- oder Lösungsverpflichtung;
 - vorsätzliche Löschung von Daten entgegen § 26 Abs 7 DSG;
- § 52 Abs 2 DSG legt fest, dass jemand, der folgende Taten (zumindest fahrlässig) begeht, zu bestrafen ist:
- Datenermittlung, -verarbeitung oder -übermittlung ohne Erfüllung der Meldepflicht gemäß § 17 DSG;
 - Datenübermittlung ins Ausland oder Datenüberlassung ohne Einholung der erforderlichen Genehmigung der Datenschutzkommission gemäß § 13 DSG;
 - Verletzung der Offenlegungs- oder Informationspflichten gemäß den §§ 23, 24 oder 25 DSG;
 - gröbliche Außerachtlassung der gemäß § 14 DSG erforderlichen Sicherheitsmaßnahmen, wobei diese Bestimmung grobe Fahrlässigkeit als Verschuldensmaßstab normiert.

Nach § 52 Abs 4 DSG kann der Verfall von Datenträgern und Programmen als Strafe ausgesprochen werden, wenn diese mit der Tat in Zusammenhang stehen.

3.3. Telekommunikationsgesetz

3.3.1. Strafrechtliche Verantwortung

Der vorsätzliche Verstoß gegen das Telekommunikationsgeheimnis (wobei jedoch nur die Inhaltsdaten geschützt sind) ist in § 119 StGB als gerichtlich strafbares Ermächtigungsdelikt mit einem Strafraum von bis zu 6 Monaten Freiheitsstrafe bzw 360 Tagessätzen Geldstrafe geregelt¹⁴.

Die Verletzung von Rechten der Benutzer ist gemäß § 108 TKG mit Freiheitsstrafe von bis zu drei Monaten oder Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bedroht.

¹⁴ Siehe dazu zB *Otto, G./Parschalk, M.*, Spam- und Virenlfilter – eine Notwendigkeit im Graubereich des Rechts, wbl 2005, 10.

Eine im § 93 Abs 2 TKG bezeichnete Person [= jeder Betreiber und alle Personen, die an der Tätigkeit des Betreibers mitwirken] macht sich nach § 108 Abs 1 TKG strafbar, wenn sie

- unbefugt über die Tatsache oder den Inhalt des Telekommunikationsverkehrs bestimmter Personen einem Unberufenen Mitteilung macht oder ihm Gelegenheit gibt, Tatsachen, auf die sich die Pflicht zur Geheimhaltung erstreckt, selbst wahrzunehmen,
- eine Nachricht fälscht, unrichtig wiedergibt, verändert, unterdrückt, unrichtig vermittelt oder unbefugt dem Empfangsberechtigten vorenthält.

§ 93 Abs 4 TKG beschäftigt sich mit dem Problem des unberechtigten Empfängers von Nachrichten. Werden mittels einer Funkanlage, einer Telekommunikationsendeinrichtung oder mittels einer sonstigen technischen Einrichtung Nachrichten unbeabsichtigt empfangen, die für diese Funkanlage, diese Telekommunikationsendeinrichtung oder den Anwender der sonstigen Einrichtung nicht bestimmt sind, so dürfen der Inhalt der Nachrichten sowie die Tatsache ihres Empfanges weder aufgezeichnet noch Unbefugten mitgeteilt oder für irgendwelche Zwecke verwertet werden. Aufgezeichnete Nachrichten sind zu löschen oder auf andere Art zu vernichten.

3.3.2. Verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit für Spamming

Auch die Werbung ist Teil des E-Commerce, wobei § 107 TKG bei Werbemails eine Trennung bei Verbrauchern und Unternehmern¹⁵ als Empfänger vornimmt. Die österreichische Bestimmung ist jedoch mE ein unkorrekte Umsetzung der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation¹⁶, die zwischen „natürlichen Personen“ und „juristischen Personen“ als Empfängern von Spam unterscheidet¹⁷. Eine freiberuflich tätige Person, zB ein Rechtsanwalt, kann jedoch

¹⁵ Die Verwendung dieser Begriffe lässt darauf schließen, dass die Abgrenzungen anhand der Kriterien, die im Rahmen des Konsumentenschutzgesetzes entwickelt wurden, maßgebend sind.

¹⁶ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABI L 201, 31.7.2002, 37.

¹⁷ Vgl dazu auch *Burgstaller P.*, E-Mail-Werbung zu Zwecken der Direktwerbung – Auch im B2B-Bereich vorherige Zustimmung notwendig?, *ecolex* 2004, 905.

Unternehmer iS des KSchG sein und ist dennoch eine natürliche Person iS der Datenschutzrichtlinie¹⁸.

Das Versenden von „Spam“ an Verbraucher ist – ohne die vorherige Einwilligung – unzulässig, wenn die Zusendung zu Zwecken der Direktwerbung erfolgt oder an mehr als 50 Empfänger gerichtet ist. Eine vorherige Zustimmung für elektronische Post ist dann nicht notwendig, wenn der Absender die Kontaktinformation für die Nachricht im Zusammenhang mit dem Verkauf oder einer Dienstleistung an seine Kunden erhalten hat und diese Nachricht zur Direktwerbung für eigene ähnliche Produkte oder Dienstleistungen erfolgt und der Kunde klar und deutlich die Möglichkeit erhalten hat, eine solche Nutzung der elektronischen Kontaktinformation von vornherein bei deren Erhebung und zusätzlich bei jeder Übertragung kostenfrei und problemlos abzulehnen¹⁹. Die Zusendung von unerwünschten elektronischen Werbenachrichten – einschließlich SMS – an Unternehmer (sohin B2B) ist ohne vorherige Einwilligung des Empfängers zulässig, wenn der Versender dem Empfänger ausdrücklich die Möglichkeit einräumt, den Empfang weiterer Nachrichten abzulehnen.

Die Zusendung elektronischer Nachrichten zu Zwecken der Direktwerbung ist jedenfalls unzulässig, wenn die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, verschleiert oder verheimlicht wird oder bei der keine authentische Adresse vorhanden ist, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann.

§ 109 Abs 3 Z 20 TKG stellt die Verletzung der Bestimmung über Spamming mit Androhung einer Geldstrafe von bis zu € 37.000,- unter Strafe. Die Behörden haben sich jedoch an der Unterscheidung laut TKG zu orientieren und nicht die Differenzierung der Richtlinie zu beachten. Bei der Bemessung der Geldstrafe ist auch darauf Bedacht zu nehmen, ob die Tat gewerbsmäßig oder wiederholt begangen wurde. Wurde die Tat gewerbsmäßig begangen, so ist der dadurch erzielte unrechtmäßige Vorteil bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. Die Gegenstände, mit denen die strafbare Handlung begangen wurde, können von der Behörde für verfallen erklärt werden.

¹⁸ Siehe Pressemitteilung IP/05/430 vom 14. April 2005: EU-Vorschriften für die elektronische Kommunikation: Kommission leitet Vertragsverletzungsverfahren gegen zehn Mitgliedstaaten ein. <http://europa.eu.int/rapid>.

¹⁹ AA *Burgstaller*, aaO.

4. Zuständige Behörden

Verwaltungsstrafbehörde I. Instanz gemäß ECG und DSG sind die Bezirksverwaltungsbehörden, wobei im Bereich des DSG auch die Datenschutzkommission Anzeige erstatten kann²⁰. Verwaltungsstrafbehörde I. Instanz nach dem TKG ist das gemäß § 113 TKG eingerichtete Fernmeldebüro. II. Instanz sind die Unabhängigen Verwaltungssenate. Nach deren Entscheidung ist der Rechtszug an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes zulässig.

Örtlich zuständig für Verfahren nach dem ECG und TKG ist die Behörde, in deren Sprengel die Tathandlung gesetzt wurde; nach dem DSG ist das Verfahren bei der Behörde zu führen, in deren Sprengel der Auftraggeber (Dienstleister) seinen (gewöhnlichen Aufenthalt oder) Sitz hat. „Subsidiär wäre die am Sitz der Datenschutzkommission eingerichtete Bezirksverwaltungsbehörde zuständig, das wäre die Bundespolizeidirektion Wien.“²¹

§ 51 DSG ist ein Ermächtigungsdelikt. Bei § 108 TKG handelt es sich um eine Privatanklagedelikt. Die Verfahren werden grundsätzlich vor den Bezirksgerichten geführt, in deren Sprengel die Tathandlung begangen wurde bzw der Täter seinen Wohnsitz hat.

5. Zusammenfassung

Festzuhalten ist, dass der E-Commerce auch strafrechtlichen und verwaltungsstrafrechtlichen Normen unterliegt; die Übertretung kann zu empfindlichen (Geld-)Strafen für die Organe führen, die primär verantwortlich sind.

Es erscheint jedenfalls sinnvoll, sich als Geschäftsführer oder Vorstand eines Unternehmens Gedanken zu machen, ob und in welcher Art und Weise nicht nur die Verantwortung für Ecommerce, Datenschutz und Telekommunikation im Unternehmen sondern auch die Verantwortlichkeit gegenüber den Behörden delegiert werden kann. Damit allein ist es jedoch nicht getan; ist ein verantwortlicher Beauftragter bestellt, dann ist auch in internes Kontrollsystem zu installieren, um die Einhaltung der dargestellten Normen durch diesen zu gewährleisten. Geschieht dies nicht und begeht der verantwortliche Beauftragte eine Übertretung, dann kann das Organ wiederum verantwortlich sein.

²⁰ Vgl dazu *Graf W.*, Datenschutzrecht im Überblick (2004), Facultas, Wien, 80.

²¹ *Ghali Y.*, Datenschutz Rechtsgrundlagen (1999), Weka, Wien, 388.

Von besonderer Bedeutung für die Unternehmen ist mE die Frage, ob auch externe Berater zu verantwortlichen Beauftragten für einen Teilbereich des Unternehmens (zB Datenschutz, Ecommerce, Telekommunikation) gemacht werden können. Vom Wortlaut des Gesetzes her²² müsste dies möglich sein. Im Sinne des Outsourcing von Dienstleistungen und der Beschränkung der Tätigkeit auf die Kernbereiche des Unternehmens, könnte dies eine Variante der Delegation von Verantwortung und Verantwortlichkeit auf dritte Personen darstellen.

²² § 9 Abs 2 letzter Satz VStG: „Für bestimmte räumlich oder sachlich abgegrenzte Bereiche des Unternehmens können aber auch andere Personen zu verantwortlichen Beauftragten bestellt werden.“