

III. Die Datenschutz-Richtlinie der Europäischen Union und ihre Grundsätze

A. Allgemeines

Die DS-RL der Europäischen Union, die nach vielen Jahren zäher Verhandlungen 1995 – nicht zufällig unter deutscher Ratspräsidentschaft – verabschiedet wurde, ist trotz ihres Kompromisscharakters ganz klar eine Datenschutznorm dieser vierten Generation.

Das erklärte Ziel des europäischen Gesetzgebers ist ein möglichst ungehinderter Datenfluss personenbezogener Daten innerhalb der Europäischen Union. Um dies zu erreichen, ohne dass Bürger in Ländern mit hohem Datenschutzniveau auf ihre Rechte verzichten müssen oder es zu einem Datentransfer in Länder mit geringem Schutzniveau kommt, wurde eine DS-RL konzipiert, die den **Datenschutz auf hohem Niveau innerhalb der Europäischen Union harmonisiert** und gleichzeitig den **Export** personenbezogener Daten aus der Europäischen Union **besonders strengen Bedingungen** unterwirft.

Daraus wird verständlich, dass der mit dem DSG 2000 erfolgte Sprung von einem Datenschutzrecht der beginnenden zweiten Generation – dem DSG 1978 – zur DS-RL als Norm der vierten Generation drastische Veränderungen mit sich bringen musste. Diese umfassten vor allem drei Bereiche:

B. Die Einbeziehung aller personenbezogenen Daten unabhängig von der Art ihrer Verarbeitung²⁰

Art 3 DS-RL legt fest, dass der Schutzbereich nicht nur „für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten“, sondern auch „für die **nicht** automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten“ (Hervorhebung durch uns) gilt, soweit diese in einer „Datei“ gespeichert sind oder gespeichert werden sollen. Der Begriff einer „Datei mit personenbezogenen Daten“ findet sich dazu in Art 2 lit c DS-RL definiert als „jede strukturierte Sammlung personenbezogener Daten, die nach bestimmten Kriterien zugänglich sind, gleichgültig ob diese Sammlung zentral, dezentralisiert oder nach funktionalen oder geographischen Ge-

20 Vgl. Dammann/Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie (1997), 72 ff und 88; diese konzeptionelle Dimension blieb leider in den Ausführungen von Souhrada-Kirchmayer, Vorschlag, und Brümann/Zerdick, Umsetzung, ausgespart.

sichtspunkten aufgeteilt geführt wird“.²¹ Aus Art 3 iVm Art 2 lit c DS-RL folgt daher, dass der europäische Gesetzgeber den Datenschutz auf alle personenbezogenen Daten ausdehnt, unabhängig davon, ob diese automatisiert oder manuell verarbeitet wurden oder werden. Die Definition des Begriffs „Datei“ schließt jedenfalls nur jene Datensammlungen vom Anwendungsbereich aus, die gänzlich unstrukturiert sind.²² Das stellt auch der Erwägungsgrund 27 der DS-RL klar: „Datenschutz muß sowohl für automatisierte als auch für nicht automatisierte Verarbeitungen gelten.“

Konkret bedeutet dies, dass etwa alle nach Sozialversicherungsnummern oder Namen geordneten Aktenansammlungen bei Behörden oder Unternehmen grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Datenschutzgesetzes fallen. In Deutschland, wo es eine ähnliche Regelung schon nach dem BDSG gab,²³ wurde intensiv über die Frage diskutiert,²⁴ wie viele Suchkriterien eine manuelle Datensammlung (etwa einen Aktenordner) zu einer strukturierten, dem Datenschutz unterworfenen Sammlung machen.²⁵ Aus der Textierung und der Entstehungsgeschichte der DS-RL lässt sich, so die führenden deutschsprachigen Kommentatoren, diese Frage knapp beantworten: Es genügt ein einziges Kriterium. Damit sei klar, „dass Akten, die lediglich nach Namen, Adressen oder Berufen geordnet sind, unter die Richtlinie fallen“;²⁶ „Klarsichtmappen, in die einzelne durchaus personenbezogene Dokumente einfach hineingesteckt werden“;²⁷ aber nicht.²⁸

Mit dieser Loslösung vom Verarbeitungsmodus der Information hat sich der Datenschutz endgültig von der technikorientierten Sicht der siebziger Jahre verabschiedet. Sein Ziel ist nun der Schutz personenbezogener Daten, unabhängig davon, wie diese aufbewahrt und auf welche Weise sie zugänglich sind. So hält auch Erwägungsgrund 27 der DS-RL fest, dass „der Schutz nicht von der verwendeten Technik abhängen [darf], da andernfalls ernsthafte Risiken der Umgehung entstehen würden“.

21 Schon aus dieser Definition ergibt sich, dass mit „Datei“ in der DS-RL nicht der Begriff des BDSG gleichen Namens gemeint ist. Dazu *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, 72 f und 110 ff.

22 Vgl *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, 72; siehe auch OGH 26.8.2008, 5 Ob 175/08h, wonach sich die dem Verwalter eines Wohnungseigentumsobjekts gem § 24 Abs 5 WEG bekanntgegebenen inländischen Zustellanschriften „wohl kaum in einer Sammlung strukturierter Datensätze [finden] und daher von personenbezogenen Daten im Sinn des § 4 keine Rede sein kann“.

23 Vgl §§ 1 und 2 BDSG.

24 Vgl nur *Gola/Schomerus*, BDSG (1997), 65 ff mit weiteren Nachweisen.

25 Eine Parallele fand sich in § 3 Z 5 DSG 1978 – Definition des Begriffs Datenverarbeitung –, wonach eine Datenverarbeitung im Sinn des DSG nicht nur der Automationsunterstützung bedurfte, sondern auch die personenbezogenen Daten nach jedenfalls einem Kriterium aus der Gesamtmenge der Daten ausgewählt werden mussten.

26 *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie, 88.

27 *Dammann/Simitis* (FN 26).

28 Insofern im Ergebnis (Prozessgutachten ist keine Datei) richtig OGH 28.6.2000, 6 Ob 148/00h.

Dem europarechtlichen Grundsatz der Technikneutralität entsprechend dehnte das DSG 2000 die **Grundrechte auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung auf alle personenbezogenen Daten aus, unabhängig von der Verarbeitungsmethode** (§ 1 Abs 3 DSG). Der DS-RL folgend sind vom Grundrecht alle personenbezogene Daten umfasst, die *verarbeitet* werden.²⁹ Der Grundsatz der Technikneutralität wurde allerdings in Österreich bis heute nicht lückenlos umgesetzt:

Ein diesbezügliches „Problemfeld“ betrifft manuelle Daten.³⁰ Zwar halten die österreichischen Höchstgerichte, aber auch die DSK fest, dass grundsätzlich auch manuelle Daten „Dateien“ sein können und damit vom DSG mit umfasst sind, fordern aber das Vorliegen zweier zusätzlicher Voraussetzungen: (1) das Vorhandensein einer vereinfachten Möglichkeit der inhaltlichen Erschließung, (2) das Vorhandensein einer „äußeren Ordnung“, *„nach der die verschiedenen Arten von Daten in einer bestimmten räumlichen Verteilung auf dem oder den manuellen Datenträgern oder in einer bestimmten physikalischen oder logischen Struktur dargestellt sind“*.³¹ Ausgehend von dieser auf die DS-RL nicht zu stützenden Definition gelangen die DSK und die österreichischen Höchstgerichte³² zur Auffassung, *„der Papierakt [...] stellt keine manuelle Datei dar“*.³³

29 Verarbeitung ist nach § 4 Z 9 DSG jede Art von Handhabung von Daten, mit Ausnahme des Übermittels, sodass personenbezogene Daten nicht in Dateien strukturiert sein müssen, um vom Grundrecht umfasst zu sein. So auch VwGH 25.6.2013, 2010/17/0008 und *Rosenmayr-Klemenz*, Zum Schutz manuell verarbeiteter Daten durch das DSG 2000, *ecolex* 2001, 640. Die vom OGH (28.6.2000, 6 Ob 148/00h) vertretene gegenteilige Ansicht stützt sich auf eine problematische Interpretation von Art 3 Abs 1 DS-RL; unter analogem Hinweis auf die Ansicht der DSK ebenso problematisch VwGH 21.10.2004, 2004/06/0086.

30 Vgl *Mayer-Schönberger/Kristoferitsch*, Datenschutz und Papierakten, *ecolex* 2006, 615; *Fercher*, Manuelle Dateien im Datenschutzgesetz 2000, in *Jahnel/Siegrwart/Fercher* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts (2007), 33–57.

31 Vgl nur OGH 28.6.2000, 6 Ob 148/00h = ÖJZ 2001/1 (EvBl); VwGH 21.10.2004, 2004/06/0086.

32 OGH 28.6.2000, 6 Ob 148/00h = ÖJZ 2001/1 (EvBl); bejahend *Rosenmayr-Klemenz*, Zum Schutz manuell verarbeiteter Daten durch das DSG 2000, *ecolex* 2001, 639, allerdings mit falschem Verweis auf *Dammann/Simitis* (in FN 12); VwGH 21.10.2004, 2004/06/0086; 29.11.2005, 2004/06/0169; 28.11.2006, 2004/06/0073; 5.7.2007, 2006/06/0247; 2.11.2008, 2005/06/0301; 17.2.2010, 2009/17/0064; 23.6.2010, 2006/06/0245; 25.6.2013, 2010/17/0008; VfGH 15.12.2005, Slg 17.745; 26.1.2006, B 1325/04; 7.3.2007, B 1708/06; 14.12.2007, B 295/05; 16.12.2009, B 298/09. Mehrfach, so etwa im Verfahren VwGH 23.6.2010, 2006/06/0245, wurde von Beschwerdeführern die Vereinbarkeit der Judikatur der österreichischen Höchstgerichte mit der DS-RL releviert und die Vorlage dieser Frage an den EuGH angeregt, jedoch ohne Erfolg, da es sich dabei um eine Frage der Auslegung des innerstaatlichen Rechts handle (!). Sehr wohl als manuelle Datei wurde jedoch der von den Sicherheitsdirektionen der Bundespolizeidirektionen geführte „Steckzettellindex“ eingestuft, vgl VfGH 14.12.2007, B 295/05 Slg 18.324.

33 DSK 10.11.2000, 120.707/7-DSK/00. Die DSK argumentierte, dass das DSG lediglich die DS-RL umsetze. Der europäische Gesetzgeber aber habe bei Verabschiedung der DS-RL etwas anderes (nämlich eben nicht Akten) gemeint, als er in der Richtlinie formuliert habe. Dieser „wahren“ Intention des europäischen Gesetzgebers entspreche die entgegen dem Wortlaut von DS-RL und DSG gewählte restriktive Interpretation der DSK. Dieses Vorgehen einer Interpretation *contra legem* ist aus europarechtlicher Sicht bedenklich. Differenzierender entschied die DSK in ihrer Entscheidung 11.10.2005, K121.043/0008.

Teilweise mag dies durch ein **kompetenzrechtliches Problem** erklärt werden: Nach Art 15 Abs 1 B-VG gehören die Angelegenheiten, die durch das B-VG nicht ausdrücklich der Gesetzgebung oder auch der Vollziehung des Bundes übertragen sind, zum selbständigen Wirkungsbereich der Länder. Soll eine Angelegenheit dem Wirkungsbereich des Bundes zugewiesen werden, so hat dies durch ein Verfassungsgesetz – entweder durch Aufnahme in den Katalog der Art 10 ff B-VG oder durch eine Verfassungsbestimmung – zu erfolgen. Da der Kompetenzkatalog der Art 10 ff B-VG den Datenschutz nicht enthält, wurde durch die Verfassungsbestimmung des § 2 DSG 1978 dem **Bund die Kompetenz in Gesetzgebung und Vollziehung** hinsichtlich des Datenschutzes **bei automationsunterstützter Datenverarbeitung** zugewiesen.³⁴

Es war daher für den einfachen Bundesgesetzgeber nicht möglich, die DS-RL vollständig umzusetzen, sieht diese doch den Schutz auch hinsichtlich manueller Daten vor. Soweit solche Daten für Zwecke verarbeitet werden, die einer Angelegenheit der Länder zuzuordnen sind,³⁵ ist es Sache der Länder, einschlägige Bestimmungen vorzusehen.³⁶

Die in der Regierungsvorlage für das DSG 2010 geplante Bereinigung dieser komplizierten Kompetenzlage und Beseitigung der bislang bestehenden Umsetzungsdefizite in Bezug auf manuelle Daten durch die Konzentration der Kompetenz für Datenschutz in Gesetzgebung und Vollziehung beim Bund und die Streichung des § 58 DSG scheiterte an der für die Erreichung einer Zweidrittelmehrheit erforderlichen Zustimmung der Oppositionsparteien.

Die DSG-Novelle 2010 sah – infolge der Konzentration der Datenschutzkompetenz beim Bund – die Streichung des Verweises auf die (automationsunterstützte) „Datenanwendung“ (§ 4 Z 7 DSG) in § 4 Z 8, 9 und 12 DSG vor. Da die Streichung der geplanten Verfassungsänderungen erst in letzter Sekunde (in der zweiten Lesung) erfolgte, die Änderungen in den Legaldefinitionen in § 4 Z 8, 9 und 12 jedoch nicht rückgängig gemacht wurden, dehnte der Gesetzgeber (wohl

³⁴ Vgl VwGH 21.10.2004, 2004/06/0086.

³⁵ Manuelle Dateien, die für Zwecke geführt werden, in denen die Gesetzgebung dem Bund zukommt, unterliegen nach § 58 DSG dem Anwendungsbereich des DSG.

³⁶ Vorarlberger Landes-DSG, LGBl 2000/19; Oberösterreichisches Auskunftspflicht-, Datenschutz- und Informationsweiterverwendungsgesetz, LGBl 1988/46 idF LGBl 2012/97; Niederösterreichisches DSG, LGBl 0901-2; Kärntner Informations- und Statistikgesetz (K-ISG), LGBl 2005/70 idF LGBl 2010/64; Wiener DSG, LGBl 2001/125; Tiroler DSG (TDSG), LGBl 2003/60. Hinsichtlich der Regelungstechnik treten durchaus Unterschiede zu Tage: Während einige Landes-DatenschutzG, die noch vor dem DSG 2000 verabschiedet wurden, der Novellierung vor allem im Hinblick auf die Handhabung manueller Daten bedurften (vgl etwa §§ 8 und 9 Oö DSG und § 20 Sbg DSG), waren etwa im erst nach dem DSG 2000 erlassenen steirischen DSG auch manuelle Daten bereits ausdrücklich vom Anwendungsbereich mit umfasst (vergleiche schon den Titel: Gesetz vom 20. März 2001 über den Schutz personenbezogener Daten in nicht automationsunterstützt geführten Dateien, Steiermärkisches Datenschutzgesetz – StDSG, LGBl 2001/39); ebenso das Burgenländische Landes-Datenschutzgesetz, LGBl 2005/87.

unbeabsichtigt und kompetenzwidrig) den Anwendungsbereich des DSG in weiten Bereichen auch auf nicht automationsunterstützt verarbeitete Daten aus.³⁷

Von dieser ungewollten Folge der DSG-Novelle 2010 abgesehen besteht jedoch der aus europarechtlicher Sicht (Grundsatz der Technikneutralität) unbefriedigende Zustand der Fragmentierung des Datenschutzes in manuelle und automationsunterstützt verarbeitete Daten fort. Im Bereich der Videoüberwachung wurden darüber hinaus neue Problemfelder geschaffen, indem zwischen Videoüberwachung in Form von Echtzeitüberwachung und anderen Formen der Videoüberwachung differenziert wird und Videoüberwachungen, bei denen die Speicherung auf analogen Speichermedien erfolgt, von der Meldepflicht ausgenommen werden (§ 50c Abs 2 DSG).

C. Die Einbeziehung aller Phasen der Verarbeitung von Daten (einschließlich der Ermittlung)³⁸

In der Organisation der Datenverarbeitung gab es in den siebziger Jahren klar voneinander zu trennende Verarbeitungsschritte. Es war naheliegend, sie datenschutzrechtlich unterschiedlich zu behandeln. Deshalb differenzierte das DSG 1978 auch klar zwischen Ermitteln, Verarbeiten, Benützen, Übermitteln, Überlassen und Löschen von Daten.³⁹

Diese Unterscheidung ließ sich aber im Zeitalter der vernetzten Arbeitsplatzcomputer weder organisatorisch aufrechterhalten, noch hat sie sich dogmatisch bewährt.

Auch aus funktionaler Sicht ergibt sich die gleiche Lösung: Die informationelle Selbstbestimmung ist nicht auf einzelne, in der Praxis ohnehin nicht mehr sauber von den anderen zu trennende Schritte einer bestimmten Handhabung personenbezogener Daten beschränkt, sondern muss davon unabhängig gesehen werden.

Ganz in diesem Sinn kennt die DS-RL lediglich **einen sehr umfassenden Begriff des „Verarbeitens“**. Er schließt *„jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten“* ein und umfasst ausdrücklich auch das *„Erheben“*,⁴⁰ das weitgehend dem *„Ermitteln“*⁴¹ des DSG 1978 entspricht. Konzeptionell verpflichtet die DS-RL daher den Gesetzgeber, sich von der Bezugnahme auf einzelne Verarbeitungsschritte zugunsten einer umfassenden Regelung zu verabschieden.

37 Vgl Ennöckl, Die DSG-Novelle 2010, ÖJZ 2010, 292 f.

38 Vgl dazu Dammann/Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie, 110; Brühann/Zerdick, Umsetzung, 557; nicht berücksichtigt in der Darstellung Souhrada-Kirchmayers, Vorschlag.

39 § 3 Z 6–11 DSG 1978.

40 Art 2 lit b DS-RL.

41 § 3 Z 6 DSG 1978.

Dies hat auf europäischer Ebene auch die Ansicht reifen lassen, dass schon bei der Ermittlung personenbezogener Daten die Betroffenen entsprechend zu informieren sind (Art 10 und 11 DS-RL). Denn wer nicht über die wesentlichen Eckpfeiler der Verarbeitung, die schon mit der Erhebung der persönlichen Daten beginnt, insbesondere auch über den Zweck der Verarbeitung umfassend informiert wird, kann gar nicht frei darüber disponieren, ob er dafür überhaupt seine Zustimmung gibt.⁴² Mit anderen Worten: Ausführliche Informationspflichten sind *conditio sine qua non* für ein funktionierendes informationelles Selbstbestimmungsrecht.

In diesem Sinne differenziert das DSG 2000 nicht mehr nach unterschiedlichen Verarbeitungsarten, sondern führt einen einheitlichen Überbegriff für alle Verarbeitungsschritte ein: das „Verwenden“ von Daten.⁴³ Das „Verwenden“ ist nach § 4 Z 8 DSG „jede Art der Handhabung von Daten“.⁴⁴

§ 24 DSG 2000 soll die in Art 10 f DS-RL normierte Informationspflicht bei Erhebung personenbezogener Daten umsetzen. Auch hier hat der Gesetzgeber die DS-RL aus kompetenzrechtlichen Gründen nur unzureichend umgesetzt. Zunächst wurde im Zuge der Novellierung des DSG 2010 (wohl aufgrund eines Versehens) verabsäumt, die im DSG 2000 richtlinienwidrig auf automationsunterstützte Datenanwendungen beschränkte Informationspflicht auch auf manuelle Datenanwendungen auszudehnen. Zweitens sind die über die Information der Identität des für die Datenverarbeitung Verantwortlichen und des Verwendungszwecks hinausgehenden, in der DS-RL präzise festgelegten Informationen in § 24 Abs 2 DSG 2000 nur unklar umschrieben. Drittens ist die nachträgliche Informationspflicht des Art 11 DS-RL in § 24 Abs 3 DSG 2000 lediglich lückenhaft wiedergegeben, sodass von einer vollständigen Umsetzung nicht gesprochen werden kann. Diese Fehler sind umso bedauerlicher, als es sich doch um wichtige Betroffenenrechte handelt.⁴⁵

42 So auch Brühmann/Zerneck, Umsetzung, 559.

43 Dieser Begriff „Verwenden“ macht das DSG 2000 vor allem auch im Hinblick auf die DS-RL keineswegs verständlicher und ist insoweit unglücklich, denn die DS-RL verwendet für den gleichen Begriff das Wort „Verarbeiten“. Es hätte die Verständlichkeit und Einheitlichkeit gefördert, wäre die Terminologie der DS-RL in das DSG 2000 übernommen worden.

44 Hinsichtlich dieser Definition kam es im Zuge der DSG-Novelle 2010 zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs des DSG. Umfasst sind nunmehr (aufgrund der Streichung der Wortfolge „in einer Datenanwendung“ in § 4 Z 8 DSG) auch die Verarbeitung oder Übermittlung von Daten, soweit sie nicht automationsunterstützt erfolgt (vgl dazu oben III.B).

45 Die mangelhafte Umsetzung der DS-RL könnte in Bezug auf die Betroffenenrechte zu einer unmittelbaren Anwendbarkeit der DS-RL führen, da es sich dabei um inhaltlich unbedingte und hinreichend genaue Bestimmungen handelt, durch die dem Einzelnen subjektive Rechte eingeräumt werden sollen (vgl EuGH 1.6.1999, C-319/97, Kottas, Slg 1999 I-3143, Rz 21).