

recht.<sup>32</sup> Das Datenschutzrecht ist insoweit ein höchstpersönliches Recht, als es weder auf andere übertragbar ist, noch postmortal geltend gemacht werden kann.<sup>33</sup>

Die Ausgestaltung des Grundrechtsschutzes findet durch die Grundsätze für die Verarbeitung gem Art 5 und dabei insb durch die Rechtmäßigkeitsbedingungen der Verarbeitung gem Art 6 statt. Als inhaltlicher Kern des sekundärrechtlichen Grundrechtsschutzes sind die Rechte des Einzelnen gem Art 12 ff anzusehen; die prozedurale Ausgestaltung findet sich in der Formulierung der Rechtsbehelfe gem Art 77 ff. Dem Schutz der Grundrechte kommt im Rahmen der DSGVO insgesamt eine besondere Bedeutung zu und ist idS auch im Rahmen der Verpflichtungen der Verantwortlichen als Zielbestimmung interpretativ zu berücksichtigen. **33**

## 2. Datenschutz als Grundrecht

Auf primärrechtlicher Ebene ist das Datenschutzrecht grundrechtlich verankert. „Gemäß Artikel 8 Absatz 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden ‚Charta‘) sowie Artikel 16 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) hat jede Person das Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten.“<sup>34</sup> **Ausgangspunkt ist Art 8 GRC**, der das Recht auf Auskunft und Berichtigung konkretisiert sowie weitere Prinzipien des Datenschutzes enthält, insb die Datenverarbeitung nach Treu und Glauben, die Zweckbindung des Datenschutzrechts sowie die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung auf Basis einer Einwilligung oder gesetzlichen Grundlage. Überdies wird die Überwachung des Datenschutzgrundrechts durch eine „unabhängige Stelle“ normiert. **34**

Auffällig ist, dass die DSGVO nicht mehr auf das allgemeinere Konzept der Privatsphäre Bezug nimmt, wie es in **Art 7 GRC im Rahmen der Achtung des Privat- und Familienlebens** zum Ausdruck kommt. Dieses basiert wiederum auf Art 8 EMRK, in dessen Rahmen der EGMR auch einen menschenrechtlichen Datenschutz etablierte.<sup>35</sup> In diesem Sinne orientiert sich auch die Rsp des EuGH<sup>36</sup> an Art 7 GRC iVm Art 8 EMRK; Art 8 GRC als eigenständiges Datenschutzgrundrecht kommt in der Rsp nur untergeordnete Bedeutung zu. **35**

*Sydow* betont die Abkehr vom Konzept des Privatsphärenschutzes gem Art 7 GRC<sup>37</sup> und damit die Ausrichtung der DSGVO ausschließlich am engeren, aber auch spezielleren Datenschutzgrundrecht des Art 8 GRC. Auch wenn Art 16 Abs 1 AEUV für den Grundrechtsschutz keine eigenständige Bedeutung zukommt, so hat diese Bestimmung für die Orientierung des Art 1 DSGVO an Art 8 GRC eine Erklärungsfunktion. Da sich die DSGVO kompetenzrechtlich auf Art 16 AEUV stützt und Art 16 Abs 1 AEUV explizit das Grundrecht auf Datenschutz, wie es in Art 8 Abs 1 GRC formuliert ist, wiederholt, liegt es nahe, dass sich Art 1 DSGVO an diesem durch Art 16 AEUV gebotenen Rechtsrahmen orientiert. **36**

Es ist damit aber nicht ausgedrückt, dass die DSGVO sich durch den sprachlichen Entfall des Bezugs zum Schutz der Privatsphäre von diesem Konzept entfernt. Letztlich bleibt über den grundrechtlichen Zusammenhang zwischen Art 8 GRC als *lex specialis* zu Art 7 GRC der Zusammenhang mit Art 8 EMRK und damit mit der Rsp des EGMR gegeben. Es ist daher auch **37**

<sup>32</sup> Pötters in Gola, DS-GVO<sup>2</sup> Art 1 Rz 7f.

<sup>33</sup> Diesbezügliche Regelungen fehlen in der DSGVO; s bei Art 4. Zur Entwicklung hin zu einem postmortalen Persönlichkeitsschutz vgl etwa Eberhard in Korinek/Holoubek et al § 1 DSG Rz 27.

<sup>34</sup> ErwGr 1.

<sup>35</sup> Eberhard in Korinek/Holoubek et al § 1 DSG Rz 15.

<sup>36</sup> MwN Pötters in Gola, DS-GVO<sup>2</sup> Art 1 Rz 12.

<sup>37</sup> *Sydow* in *Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup> Art 1 Rz 10 ff; idS auch Georgieva in Gantschacher/Jelinek/Schmidl/Spanberger, DSGVO Art 1 Anm 2.

nicht zu erwarten, dass der EuGH seine Rsp<sup>38</sup> ändert. Eine stärkere Betonung des Art 8 GRC wäre möglich, aber nicht zwingend. Eine konzeptionelle Änderung weg vom Privatsphärenschutz ist nicht zu erwarten, insb auch deshalb, da die DSGVO selbst die „Rechte und Freiheiten natürlicher Personen“ generell anspricht und nicht auf Art 8 GRC limitiert.<sup>39</sup>

### 3. Datenschutz als Grundrechtsschutz

- 38** Zum Grundrechtsschutz sind primär die datenschutzrechtlichen **Aufsichtsbehörden** berufen.<sup>40</sup> Einerseits stehen ihnen (von Amts wegen) Aufsichtsbefugnisse zu, andererseits haben sie in Beschwerdeverfahren die gerechtfertigten subjektiven Rechte der Betroffenen durchzusetzen.<sup>41</sup> In beiden Fällen sind nicht nur die Bestimmungen der DSGVO heranzuziehen, sondern müssen auch aufgrund der vertragsrechtskonformen Auslegung die damit in Zusammenhang stehenden grundrechtlichen Bezüge hergestellt werden. Die Aufsichtsbehörden sind idS dem Datenschutz als Grundrechtsschutz in besonderer Weise verpflichtet. Der Grundrechtsschutz durch die Aufsichtsbehörden wird aber durch das Recht auf einen wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf gem Art 78f sowie durch das Recht auf Schadenersatz gem Art 82 wesentlich ergänzt.

### 4. Grundrechte jenseits des Datenschutzes

- 39** Die DSGVO berücksichtigt in vielfältiger Weise Grundrechte jenseits des Datenschutzes. So betont ErwGr 4, dass „[d]iese Verordnung [...] im Einklang mit allen Grundrechten [steht] und [...] alle Freiheiten und Grundsätze [achtet], die mit der Charta anerkannt wurden und in den Europäischen Verträgen verankert sind, insbesondere Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und der Kommunikation, Schutz personenbezogener Daten, Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit, Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, unternehmerische Freiheit, Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren und Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen“. Die Vorschriften für besondere Verarbeitungssituationen gem Kapitel IX können als Beispiel für den breiten Grundrechtsansatz der DSGVO dienen. Das Datenschutzgrundrecht gilt nicht absolut und hat auch andere Grundrechtsdimensionen zu berücksichtigen. Gem Art 85 wird idS auf die Freiheit der Meinungsäußerung und die Informationsfreiheit ausdrücklich Bezug genommen; die Wissenschaftsfreiheit eröffnet Spielräume im Datenschutzrecht gem Art 89 und Art 91 berücksichtigt Kirchen und religiöse Vereinigungen.<sup>42</sup>
- 40** Der allgemeine Ansatz, Grundrechte Einzelner zu berücksichtigen, zeigt sich in der durch die DSGVO verwendeten Formulierung der Berücksichtigung der „Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen“.<sup>43</sup> Zentral wird diese Bestimmung in Art 24 Abs 1 verwendet, der die Pflichten des Verantwortlichen im Kern formuliert. Daran knüpfen in weiterer Folge Art 25, 32 und 35 an.

38 Siehe etwa EuGH 6. 11. 2003, C-101/01, *Lindquist*, ECLI:EU:C:2003:596; 24. 11. 2011, C-468/10 ua, *ASNEF*, ECLI:EU:C:2011:777; 8. 4. 2014, C-293/12 und C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd ua*, ECLI:EU:C:2014:238; 13. 5. 2014, C-131/12, *Google Spain SL*, ECLI:EU:C:2014:317; 6. 10. 2015, C-362/14, *Schrems*, ECLI:EU:C:2015:650.

39 Für einen breiten Grundrechtsbezug s etwa auch *von Lewinski* in *Eßer/Kramer/von Lewinski*, Auernhammer DSGVO/BDSG<sup>5</sup> Art 1 Rz 5.

40 *Zerdick* in *Ehmann/Selmayr*, DS-GVO<sup>2</sup> Art 1 Rz 4.

41 Art 77 DSGVO.

42 *Buchner* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO/BDSG<sup>2</sup> Art 1 Rz 13.

43 *Zerdick*, in *Ehmann/Selmayr*, DS-GVO<sup>2</sup> Art 1 DSGVO Rz 7.

## 5. Grundrechte und Grundfreiheiten

Art 1 Abs 2 bezieht sich nicht nur auf Grundrechte, sondern auch auf Grundfreiheiten. Damit wird der Binnenmarktbezug in der DSGVO hergestellt, der im Konzept des freien Verkehrs personenbezogener Daten noch deutlicher zum Ausdruck kommt. Stellt man einen Bezug zwischen dem Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und den Grundfreiheiten her, so bringt dies den Gedanken des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung<sup>44</sup> zum Ausdruck, da der Einzelne bei seinen eigenen Aktivitäten auch über die Verarbeitung seiner Daten entscheiden soll. IdS stellt ErwGr 7 fest, dass „[n]atürliche Personen [...] die Kontrolle über ihre eigenen Daten besitzen [sollten]“.

### C. Freier Verkehr personenbezogener Daten (Art 1 Abs 3 DSGVO)

#### 1. Zur Bedeutung des freien Datenverkehrs in der DSGVO

Es finden sich – abgesehen von Art 1 Abs 3 – keine expliziten Regeln zum freien Datenverkehr in der DSGVO.<sup>45</sup> Der freie Datenverkehr in der Union soll aber durch die DSGVO gewährleistet werden. Durch die unmittelbar anwendbaren Bestimmungen soll verhindert werden, dass es aus Gründen uneinheitlicher Regelungen des mitgliedstaatlichen Datenschutzes zu einer Beschränkung des Datenverkehrs zwischen den MS der Union kommen kann. Insofern bleibt aufgrund der Harmonisierung die Einheitlichkeit der Bestimmungen als Voraussetzung für einen freien Datenverkehr ein zentrales Ziel der DSGVO.

Kritisch hält *Sydow* fest, dass ein Bezug zum Binnenmarkt als kompetenzrechtliche Notwendigkeit zwar bei der DS-RL bestand, aber im Rahmen der DSGVO nicht mehr erforderlich ist.<sup>46</sup> Die DSGVO hat – im Anschluss an Art 16 Abs 2 – aber den Bezug zum Binnenmarkt, zur Harmonisierung des Datenschutzrechts und zur Gewährleistung der Grundfreiheiten nie aufgegeben. Dies bringt in besonderer Weise die Zielsetzung des freien Verkehrs personenbezogener Daten in der Union gem Art 1 Abs 3 zum Ausdruck.

Dies erläutern auch die ErwGr eindringlich: „Die Technik macht es möglich, dass private Unternehmen und Behörden im Rahmen ihrer Tätigkeiten in einem noch nie dagewesenen Umfang auf personenbezogene Daten zurückgreifen. Zunehmend machen auch natürliche Personen Informationen öffentlich weltweit zugänglich. Die Technik hat das wirtschaftliche und gesellschaftliche Leben verändert und dürfte den Verkehr personenbezogener Daten innerhalb der Union sowie die Datenübermittlung an Drittländer und internationale Organisationen noch weiter erleichtern, wobei ein hohes Datenschutzniveau zu gewährleisten ist.“<sup>47</sup> „Diese Entwicklungen erfordern einen soliden, kohärenteren und klar durchsetzbaren Rechtsrahmen im Bereich des Datenschutzes in der Union, da es von großer Wichtigkeit ist, eine Vertrauensbasis zu schaffen, die die digitale Wirtschaft dringend benötigt, um im Binnenmarkt weiter wachsen zu können.“<sup>48</sup>

Es sind daher alle Regelungen, die zur Harmonisierung des Datenschutzes auf europäischer Ebene beitragen, sowie jene Bestimmungen, die aufgrund einer Öffnungsklausel für die MS von dieser Harmonisierung abweichen, in ihrem sachlichen Kontext zum freien Verkehr personenbezogener Daten gem Art 1 Abs 3 zu verstehen.

44 Dt BVerfG 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 BVerfGE 65, 1ff, *Volkszählungsurteil*.

45 *Sydow* in *Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup> Art 1 Rz 23.

46 *Sydow* in *Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung<sup>2</sup> Art 1 Rz 16ff.

47 ErwGr 6.

48 ErwGr 7.

## 2. Freier Verkehr, Grundfreiheiten und Binnenmarkt

- 46 Auch wenn der freie Verkehr personenbezogener Daten primärrechtlich nicht als „fünfte“ Grundfreiheit ausgestaltet ist,<sup>49</sup> so setzt der Datenschutz gem Art 16 Abs 2 AEUV den freien Datenverkehr doch voraus.<sup>50</sup> Die Ausgestaltung eines einheitlichen Datenschutzrechts ist im Informationszeitalter des 21. Jh eine essenzielle Voraussetzung für die Ausübung der Grundfreiheiten, wie sie im europäischen Binnenmarkt ausgestaltet sind. Diesen Gedanken bringt ErwGr 13 deutlich zum Ausdruck: „Das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts erfordert, dass der freie Verkehr personenbezogener Daten in der Union nicht aus Gründen des Schutzes natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten eingeschränkt oder verboten wird.“ Umgekehrt intensiviert sich der freie Datenverkehr aufgrund des bestehenden Binnenmarkts.<sup>51</sup>
- 47 Der freie Datenverkehr wird innerhalb der Union<sup>52</sup> gewährleistet, wobei den Binnengrenzen zwischen den MS datenschutzrechtlich keine Bedeutung zukommt.<sup>53</sup> Damit gilt das etablierte Datenschutzregime auch innerhalb eines MS. Für den freien Datenverkehr in Drittstaaten wird auf das Konzept des angemessenen Datenschutzniveaus abgestellt, womit Einschränkungen des Datenverkehrs verbunden sind. Diese Einschränkungen gegenüber Drittstaaten zeigen die Bedeutung des freien Datenverkehrs für den Binnenmarkt deutlich auf.
- 48 Der freie Verkehr personenbezogener Daten im Binnenmarkt stellt eine Verbindung zu allen anderen Grundfreiheiten her. *Von Lewinski* betont dabei die Dienstleistungsfreiheit,<sup>54</sup> der im digitalen Zeitalter besondere Bedeutung zukommt. Auch der freie Warenverkehr, die Niederlassungsfreiheit oder der freie Kapitalverkehr basieren heute zentral auf dem freien Verkehr von personenbezogenen Daten.
- 49 Die iSd Art 1 Abs 3 unzulässige Beschränkung des freien Verkehrs personenbezogener Daten beruht auf mitgliedstaatlichen Regelungen, die von dem einheitlichen unionsrechtlichen Datenschutzregime abweichen. **Die zahlreichen Öffnungsklauseln<sup>55</sup> und innerstaatlich weiterhin möglichen Regelungen sind in Hinblick auf den freien Verkehr personenbezogener Daten problematisch.** Der Datenschutz soll nicht als Vorwand für mitgliedstaatliche Regelungen dienen, die den freien Verkehr der Daten beschränken.

## 3. Freier Datenverkehr und Grundrechte

- 50 Das Zusammenspiel zwischen freiem Datenverkehr und Grundrechten bringt *von Lewinski* auf den Punkt: „Eine mitgliedstaatliche Unterschreitung der Vorgaben der DSGVO würde das Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten (Art 8 GRC) verletzen, ein Hinausgehen hierüber durch mitgliedstaatliche Regelungen würde den freien Verkehr personenbezogener

49 *Von Lewinski* in *Eßer/Kramer/von Lewinski*, Auernhammer DSGVO/BDSG<sup>6</sup> Art 1 Rz 10.

50 Siehe etwa die Mitteilung der Kommission COM(2017) 9 final „Aufbau einer europäischen Datenwirtschaft“ sowie dazu *Zerdick* in *Ehmann/Selmayr*, DS-GVO<sup>2</sup> Art 1 Rz 13.

51 ErwGr 5: „Die wirtschaftliche und soziale Integration als Folge eines funktionierenden Binnenmarkts hat zu einem deutlichen Anstieg des grenzüberschreitenden Verkehrs personenbezogener Daten geführt. Der unionsweite Austausch personenbezogener Daten zwischen öffentlichen und privaten Akteuren einschließlich natürlichen Personen, Vereinigungen und Unternehmen hat zugenommen. Das Unionsrecht verpflichtet die Verwaltungen der Mitgliedstaaten, zusammenzuarbeiten und personenbezogene Daten auszutauschen, damit sie ihren Pflichten nachkommen oder für eine Behörde eines anderen Mitgliedstaats Aufgaben durchführen können.“

52 *Zerdick* in *Ehmann/Selmayr*, DS-GVO<sup>2</sup> Art 1 Rz 10.

53 *Von Lewinski* in *Eßer/Kramer/von Lewinski*, Auernhammer DSGVO/BDSG<sup>6</sup> Art 1 Rz 9.

54 *Von Lewinski* in *Eßer/Kramer/von Lewinski*, Auernhammer DSGVO/BDSG<sup>6</sup> Art 1 Rz 10.

55 *Zerdick* in *Ehmann/Selmayr*, DS-GVO<sup>2</sup> Art 1 Rz 12.

Daten im Binnenmarkt und die Grundfreiheiten beeinträchtigen.<sup>56</sup> Beide Ziele lassen sich jedenfalls miteinander vereinbaren. Der freie Datenverkehr hat den grundrechtlichen Rahmen zu berücksichtigen; dies ist im Kontext eines harmonisierten Konzepts unproblematisch möglich. Umgekehrt soll der grundrechtliche Rahmen nicht am Territorium anknüpfen und damit den freien Datenverkehr in der Union behindern. Beide Zielsetzungen des Art 1 fügen sich kohärent ineinander.

### III. Nationales Grundrecht auf Datenschutz

#### A. Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenensystem

§ 1 DSG normiert mit dem Grundrecht auf Datenschutz einerseits das **verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht** (iSd Art 144 B-VG) auf Geheimhaltung (das Grundrechtssubjekt betreffender) personenbezogener Daten gem § 1 Abs 1 und damit einhergehend andererseits die ebenfalls verfassungsgesetzlich gewährleisteten (Neben-)Rechte auf Auskunft (Z 1), Richtigstellung und Löschung (Z 2) gem § 1 Abs 3. Diese vier subjektiven Rechte bilden zusammen das Grundrecht auf Datenschutz iSd § 1 DSG. **51**

Der Aufbau des § 1 differenziert den Schutzbereich des Grundrechts auf Datenschutz in § 1 Abs 1 (Geheimhaltung) und § 1 Abs 3 (Auskunft, Richtigstellung, Löschung) aus. Der Eingriffsvorbehalt für alle vier Rechte findet sich in § 1 Abs 2, wobei in Hinblick auf die Rechte gem § 1 Abs 3 explizit in § 1 Abs 4 auf den Eingriffsvorbehalt des § 1 Abs 2 verwiesen wird. Der unsystematische Aufbau ist nur aus der historischen Entwicklung des Grundrechts erklärbar.<sup>57</sup> **52**

§ 1 ist in den europäischen Rechtskontext einzubetten, wobei zwischen der grundrechtlichen Ebene (GRC/EMRK) einerseits, und der sekundärrechtlichen Ebene (DSGVO/DSRL-PJ) andererseits, zu unterscheiden ist.<sup>58</sup> **53**

Ausgangspunkt der grundrechtlichen Betrachtung ist Art 8 EMRK, der nicht nur als völkerrechtliche Vorgabe, sondern auch als innerstaatlich verankertes Grundrecht zu beachten ist.<sup>59</sup> **In der Rsp des EGMR wird im Rahmen des Schutzes des Privat- und Familienlebens auch ein Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten herausgebildet.**<sup>60</sup> Anders als das österreich Grundrecht auf Datenschutz gem § 1 DSG bewirkt dieses jedoch keine unmittelbare Grundrechtsbindung Privater. iSd Art 53 EMRK sind weitergehende nationale Grundrechtsverbürgungen (iS eines Günstigkeitsprinzips) anzuwenden. Innerstaatlich erweist sich § 1 DSG als *lex specialis* zu Art 8 EMRK, wobei diese Grundrechte aber in einem engen inhaltlichen Zusammenhang stehen.<sup>61</sup> Die Grenzen sind fließend: Wo der Schutzbereich des § 1 DSG nicht greift, kann noch immer Art 8 EMRK relevant werden. Umgekehrt referenziert der Schutzbereich auf die „Achtung des Privat- und Familienlebens“ und verweist der Eingriffsvorbehalt gem § 1 Abs 2 DSG explizit auf den materiellen Gesetzesvorbehalt gem Art 8 Abs 2 EMRK. **54**

56 Von Lewinski in Eßer/Kramer/von Lewinski, Auernhammer DSGVO/BDSG<sup>6</sup> Art 1 Rz 11.

57 Siehe dazu umfassend Eberhard in Korinek/Holoubek et al § 1 DSG Rz 21 ff.

58 Zum Zusammenspiel von § 1 DSG mit der DSGVO s Rz 68 ff.

59 Siehe dazu Grabenwarter, Die Auslegung der EMRK im Spannungsverhältnis zwischen Straßburg und Wien, in FS Machacek/Matscher (2008) 129; Grabenwarter, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Europarecht und im Verfassungsrecht, AnwBl 2015, 404.

60 Vgl Enmöckl, Privatsphäre 39 ff; s etwa EGMR 26. 3. 1987, 9248/81, Leander; 25. 3. 1998, 23.224/94, Kopp; 16. 2. 2000, 27.798/95, Amann; 4. 5. 2000, 28.341/95, Rotaru; 17. 7. 2003, 25.337/94, Craxi II; 18. 11. 2008, Cemalettin, 22.427/04.

61 Berka, 18. ÖJT 2012, 24, 28; Eberhard in Korinek/Holoubek et al § 1 DSG Rz 2.

- 55 Neben den Bezügen zur EMRK sind auf europäischer Ebene auch Art 7 und 8 GRC zu nennen. Während sich Art 7 GRC auf das Grundrecht auf Privat- und Familienleben bezieht, konkretisiert (als *lex specialis*) Art 8 GRC das europäische Grundrecht auf Datenschutz. Diese Grundrechte werden nicht nur auf europäischer Ebene relevant (etwa als Maßstab zur Kontrolle der DSGVO), sondern sind auch iZm der innerstaatlichen Vollziehung zu beachten. Der VfGH hat im Rahmen seiner Rsp<sup>62</sup> den europäischen Grundrechten (soweit sie den österr Grundrechten konzeptionell entsprechen, was idZ der Fall ist) eine verfassungsgerichtliche Maßstabsfunktion zuerkannt (wie dies bei verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten der Fall ist), womit diese parallel zu § 1 DSG im Anwendungsbereich des Unionsrechts innerstaatlich geltend gemacht werden können.
- 56 Hinsichtlich des **Verhältnisses von Art 7 und 8 GRC** sollte iZm dem Datenschutz Art 8 GRC als *lex specialis* vorgehen, wobei der EuGH in seiner Rsp<sup>63</sup> Art 7 GRC als umfassenderes Grundrecht weiterhin eine zentrale Bedeutung zumisst. Art 7 und 8 GRC sind wiederum aufgrund der Art 51, 53 GRC iSd Rsp des EGMR zu Art 8 EMRK zu interpretieren, dem eben in Österreich überdies auch der Rang eines innerstaatlichen Grundrechts zukommt. Wegen dieser grundrechtlichen Gemengelage sind die genannten Grundrechte (§ 1 DSG, Art 7 und 8 GRC sowie Art 8 EMRK) im österr Kontext als eine normative Einheit zu betrachten, wobei die Schutzbereiche (in Hinblick auf den jeweiligen Einzelfall) zusammengelesen werden können. Die einzelnen Schutzbereiche der jeweiligen Bestimmung können dabei deutlich voneinander divergieren. Als Beispiel sind die **Spezifika des § 1 DSG** hervorzuheben, der eine unmittelbare Drittwirkung beinhaltet und auch juristische Personen als Grundrechtsträger umfasst.<sup>64</sup>
- 57 § 1 steht als Verfassungsbestimmung über den einfachgesetzlichen Bestimmungen des DSG; das restliche DSG ist idS an § 1 DSG zu messen. Dies allerdings nur insoweit, als kein Widerspruch zu unmittelbar anwendbarem Unionsrecht, wie der DSGVO oder Teilen der DSRL-PJ, vorliegt. Diese sind allerdings wiederum im Lichte der Art 7 und 8 GRC und damit iSd Art 8 EMRK zu interpretieren, der sowohl als europäischer als auch innerstaatlicher Maßstab zu beachten ist. Soweit aber ein Spielraum aufgrund des europäischen Sekundärrechts besteht (**Grundsatz der doppelten Bindung**)<sup>65</sup> oder aber der **Anwendungsbereich des Unionsrechts** nicht eröffnet ist, wie dies etwa bei Angelegenheiten der nationalen Sicherheit der Fall ist,<sup>66</sup> kommt § 1 uneingeschränkt zur Anwendung. Eine Beschränkung des § 1 kommt ansonsten auch nur dann in Betracht, wenn der Anwendungsvorrang einer unmittelbar anwendbaren, europarechtlichen Bestimmung zum Tragen kommt.<sup>67</sup>
- 58 Das Grundrecht auf Datenschutz ist in der **Informationsgesellschaft** des 21. Jh von zentraler Bedeutung.<sup>68</sup> Durch die zunehmende gesellschaftliche Digitalisierung in den letzten 25 Jahren

62 VfSlg 19.632/2012.

63 EuGH 6. 11. 2003, C-101/01, *Lindquist*, ECLI:EU:C:2003:596; 9. 11. 2010, C-92/09, *Schecke und Eifert*, ECLI:EU:C:2010:662; 24. 11. 2011, C-468/10 ua, *ASNEF*, ECLI:EU:C:2011:777; 8. 4. 2014, C-293/12 und C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd ua*, ECLI:EU:C:2014:238; 13. 5. 2014, C-131/12, *Google Spain SL*, ECLI:EU:C:2014:317; 6. 10. 2015, C-362/14, *Schrems*, ECLI:EU:C:2015:650; 5. 6. 2018, C-210/16, *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein*, ECLI:EU:C:2018:388.

64 Siehe dazu unter Rz 78 ff und Rz 94 ff.

65 *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht<sup>6</sup> (2017) 124.

66 Siehe Art 4 Abs 2 letzter Satz EUV: „Insbesondere die nationale Sicherheit fällt weiterhin in die alleinige Verantwortung der einzelnen Mitgliedstaaten.“ Siehe aber die diesbezüglichen Regeln des DSG gem § 36 ff.

67 Zum Anwendungsvorrang s *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht<sup>6</sup> (2017) 85 sowie zum Vollzug von Verordnungen ebenda, 147.

68 Siehe zu den Herausforderungen *Baumgartner*, AnwBl 2014, 24; *Berka*, 18. ÖJT 2012, 9ff; *Lachmayer*, Demokratischer Überwachungsstaat im rechtsstaatlichen Spannungsfeld, Juridikum 2006, 30.

kam es zu einem exponentiellen Anstieg der Verarbeitung personenbezogener Daten. Die damit verbundene Gewährleistung subjektiver Rechte, die durch die Verfassung geschützt werden, ist eine notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung für einen effektiven Grundrechtsschutz. Die Durchsetzung des Grundrechts auf Datenschutz erweist sich – insb iZm multinationalen Konzernen – noch immer als eine Herausforderung, die nicht zur Gänze gemeistert werden kann.<sup>69</sup>

**Dem Grundrecht auf Datenschutz kommt sowohl im hoheitlichen als auch privatrechtlichen Bereich eine besondere Bedeutung zu.**<sup>70</sup> Im Rahmen des eGovernment kam es auch auf staatlicher Seite zu einer umfassenden Digitalisierung, womit der Erfassung, Verwendung und Übermittlung von personenbezogenen Daten in beinahe allen Bereichen der Verwaltung (insb auch auf allen Ebenen der Verwaltung) eine zentrale Rolle zukommt. Das Grundrecht auf Datenschutz ist diesbezüglich umfassend ausgestaltet und differenziert nicht zwischen der allgemeinen Verwaltung und polizeilichen und strafrechtlichen Aktivitäten der Verwaltung, wie dies das europäische Sekundärrecht vorsieht. **59**

Ausgangspunkt des Grundrechts auf Datenschutz ist der Schutz des Privat- und Familienlebens iSd **Art 8 EMRK („Privatsphärenschutz“)**. Dies bringt sowohl die Konzeption des Schutzbereichs gem § 1 Abs 1 DSG als auch der Gesetzesvorbehalt gem § 1 Abs 2 DSG zum Ausdruck. Gegenüber diesem am Schutz der Privatsphäre orientierten Geheimhaltungsrecht gem § 1 Abs 1 sind die Rechte auf Auskunft,<sup>71</sup> Richtigstellung<sup>72</sup> und Löschung<sup>73</sup> gem § 1 Abs 3 nicht auf den Schutz der Privatsphäre beschränkt, sondern als allgemeiner Datenschutz konzipiert. Selbst wenn die Daten vom Betroffenen selbst öffentlich bekannt gemacht wurden, sind diese gem § 1 Abs 3 iS eines allgemeinen Datenschutzes geschützt, der nicht zwischen öffentlich und privat differenziert. Diese Entkoppelung vom Schutz der Privatsphäre nimmt auch Art 1 DSGVO (in Anlehnung an Art 16 AEUV und Art 8 GRC) vor, wobei weiterhin – insb aufgrund der Rsp des EuGH<sup>74</sup> – der Bezug zur Privatsphäre gem Art 7 GRC iVm Art 8 EMRK bestehen bleibt. Beim Zusammenlesen der Bestimmungen ist aber davon auszugehen, dass der fehlende Bezug zur Privatsphäre nicht als Einschränkung des Datenschutzes zu verstehen ist und der Privatsphärenschutz des Einzelnen auch jenseits des Datenschutzes weiterhin bestehen bleibt. **60**

Das Zusammenspiel der vielfältigen Bestimmungen zeigt die entstandene Komplexität des derzeit bestehenden innerstaatlichen grundrechtlichen Datenschutzes auf. Es wird auf diese Weise der Zugang zum Datenschutz auf grundrechtlicher Seite für den Einzelnen erschwert. **61**

69 Berka, Aktuelle Bedrohungen des Grundrechts auf Privatsphäre, in ÖJK (Hrsg), Datenschutz – Informationsfreiheit – Geheimnisschutz (in Druck).

70 Lachmayer, Die Multidimensionalität des Datenschutzrechts. Zur Notwendigkeit der Ausdifferenzierung datenschutzrechtlicher Regelungen, in FS Berka (2013) 121.

71 Insb das Recht auf Auskunft soll sich auf alle vom Grundrechtsverpflichteten vorhandenen Daten beziehen und nicht schon von vornherein bestimmte Daten ausschließen. Die Beurteilung, ob personenbezogene Daten als allgemein verfügbar zu qualifizieren sind oder nicht, setzt die Information des Betroffenen voraus. Insoweit wäre eine diesbezügliche Einschränkung widersinnig.

72 Das Recht auf Richtigstellung muss unabhängig von der allgemeinen Verfügbarkeit bestehen, da insb allgemein verfügbare Daten bereits veraltet sein können.

73 Das Recht auf Löschung kann sehr wohl iZm einer allgemeinen Verfügbarkeit gebracht werden. Es sind aber diesbezüglich die Einschränkungen der DSGVO zu berücksichtigen, da diese nicht zwischen allgemein verfügbarem und einem Geheimnisschutz unterliegendem Datenschutz unterscheidet. IZm der DSGVO bleibt daher für eine derartige Differenzierung kein Anwendungsbereich.

74 Siehe etwa EuGH 8. 4. 2014, C-293/12 und C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd ua*, ECLI:EU:C:2014:238; 13. 5. 2014, C-131/12, *Google Spain SL*, ECLI:EU:C:2014:317; 6. 10. 2015, C-362/14, *Schrems*, ECLI:EU:C:2015:650.

Auch für die datenschutzrechtlich Verantwortlichen und die zuständigen Behörden stellt diese Komplexität eine zentrale Herausforderung dar. Zu der Vielzahl der zu berücksichtigenden Normen bzw. Normebenen tritt in Hinblick auf die Auslegung des Grundrechts noch erschwerend die Dynamik der Grundrechtsinterpretation hinzu. Der Vorteil von Grundrechten besteht in ihrer Anpassungsfähigkeit an geänderte rechtliche und gesellschaftliche Rahmenbedingungen. Dies ist in Zeiten des radikalen technischen Wandels für das Grundrecht auf Datenschutz auch von besonderer Bedeutung.

### B. Grundrechtsschutz

- 62** Sanktionen in Form von Geldbußen gegen Verstöße des § 1 DSGVO sind gem § 30 DSGVO möglich.<sup>75</sup> Es ist aber zu bedenken, dass bei Verletzung der gem § 1 Abs 1 und 3 eingeräumten Rechte – soweit natürliche Personen davon betroffen sind – eine entsprechende Sanktionsdrohung im Rahmen der DSGVO besteht. Die Verwaltungsstrafbestimmung des § 62 bezieht sich jedenfalls nicht auf § 1 DSGVO.<sup>76</sup> Darüber hinaus sind insb Amtshaftungsansprüche aber auch Schadenersatz denkbare rechtliche Konsequenzen.
- 63** Der in Hinblick auf verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte jedenfalls zu gewährleistende Rechtsschutz besteht im Kontext des § 1 DSGVO in Form einer Beschwerde an die DSB gem § 24 Abs 1 DSGVO. Auf diese Weise eröffnet sich sodann auch der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz an das BVwG und daran anschließend an den VfGH sowie die Möglichkeit, gegen das Erk des BVwG eine Erkenntnisbeschwerde an den VfGH gem Art 144 B-VG zu erheben. Im Rahmen der Erkenntnisbeschwerde ist es sodann auch möglich, eine Überprüfung relevanter Gesetzesgrundlagen durch den VfGH zu erwirken. Überdies besteht die Möglichkeit, eine Schadenersatzklage bei den ordentlichen Gerichten einzubringen.<sup>77</sup>
- 64** In Vorfassungen enthielt § 1 Abs 5 DSGVO eine eigenständige, explizite Rechtsschutzbestimmung,<sup>78</sup> die jedoch im Zuge der Einführung der Verwaltungsgerichte entfallen ist.<sup>79</sup> Restbestände zeigen sich noch in der Kompetenz der DSB gem § 35 Abs 2 DSGVO, die Vollziehung der obersten Organe zu überprüfen.

### C. Vorgängerbestimmungen und Entwicklung

- 65** Die Entwicklung des § 1 reicht bis zur **erstmaligen Erlassung des DSGVO im Jahr 1978** zurück.<sup>80</sup> Verglichen mit der geltenden Fassung des § 1 gestaltete sich die Formulierung des Grundrechts im DSGVO 1978 kürzer und prägnanter. Die Kernformulierungen haben sich jedoch bis heute nicht geändert. Dabei hervorzuheben ist der Anspruch auf Geheimhaltung der personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse besteht. Ebenso blieb der Verweis auf Art 8 EMRK – sowohl implizit in Hinblick auf den Schutzbereich („Achtung seines Privat- und Familienlebens“) als auch explizit im Gesetzesvorbehalt – bestehen. Die Rechte auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung fanden sich ebenfalls bereits im DSGVO 1978.

<sup>75</sup> Bemerkenswert ist, dass § 2k Abs 2 Z 1 FOG im Kontext wissenschaftlicher Forschung explizit eine Einschränkung für § 30 Abs 1 und 2 DSGVO vorsieht, sodass idZ Verstöße gegen das Grundrecht auf Datenschutz zu keinen Geldbußen führen können. Eine derartige gesetzliche Einschränkung ist aber in Hinblick auf das allgemeine Sachlichkeitsgebot fragwürdig; s dazu *Lachmayer/Souhrada-Kirchmayer*, Datenschutzrecht in der wissenschaftlichen Forschung, zfhr 2018, 153.

<sup>76</sup> Nur wenn man einen Zusammenhang mit dem Datengeheimnis herstellt und dieses iZm juristischen Personen für anwendbar befindet, könnte auf diese Weise ein indirekter Zusammenhang zu § 1 entstehen.

<sup>77</sup> Siehe dazu *Bresich/Dopplinger/Dörnhöfer/Kunnert/Riedl*, DSGVO § 1 Anm 9.

<sup>78</sup> Siehe dazu *Lehner/Lachmayer* in *Bauer/Reimer*, Datenschutzrecht 111, 113ff.

<sup>79</sup> BGBl I 2012/51.

<sup>80</sup> BGBl 1978/565; s dazu *Eberhard* in *Korinek/Holoubek et al* § 1 DSGVO Rz 4.



Die Novellierung im Zuge der Erlassung des DSG 2000<sup>81</sup> führte zu einer Ausdifferenzierung bzw Konkretisierung einzelner Grundrechtselemente. Den Schutzbereich ergänzte der Verfassungsgesetzgeber um einen *ex constitutione* vorgesehenen Grundrechtsausschluss bei „allgemeiner Verfügbarkeit“ oder „mangelnder Rückführbarkeit“. Die allgemeine menschenrechtliche Diktion der Beschränkungen des Grundrechts wurde durch datenschutzrechtliche Details, wie etwa die Beschränkung aufgrund von „Zustimmung“ oder „lebenswichtigen Interessen“, ergänzt. Schranken wurden den Beschränkungen etwa in Hinblick auf „besonders schutzwürdige“ Daten gesetzt und das Verhältnismäßigkeitsprinzip stärker betont. Die Rechte auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung wurden zwar legislativ gestrafft, aber inhaltlich in Hinblick auf die Verarbeitung von personenbezogenen Daten in manuell geführten Dateien erweitert. **66**

**Seit der Erlassung des DSG 2000 sind alle Versuche einer wesentlichen Weiterentwicklung des § 1 DSG gescheitert.** Im Zuge der Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit erster Instanz<sup>82</sup> wurde die bis zu diesem Zeitpunkt verfassungsgesetzlich vorgesehene Rechtsweggarantie in § 1 Abs 5 entfernt. **67**

#### D. Zusammenspiel mit der DSGVO

Eine Anpassung des Grundrechts an die DSGVO scheiterte zweimal (2017, 2018<sup>83</sup>) aus politischen Gründen. Auch im Rahmen des sog Kompetenzbereinigungspakets scheiterte die Änderung des Grundrechts auf Datenschutz erneut.<sup>84</sup> Die damit ungelösten **Spannungsfelder** (insb iZm juristischen Personen)<sup>85</sup> sind rechtsdogmatisch zu lösen. Es sind vor allem drei Themenfelder relevant: **68**

1. der Anwendungsbereich,
2. der Schutz juristischer Personen und
3. die unmittelbare Drittwirkung.

Während auf die letzteren zwei Themen im Rahmen der konkreten Bestimmungen noch näher einzugehen ist, kommt dem sachlichen Anwendungsbereich der DSGVO (Art 2) unmittelbar für die rechtliche Relevanz des § 1 DSG Bedeutung zu.

Wenngleich zwar an dieser Stelle nicht auf Detailfragen des Anwendungsbereichs der DSGVO einzugehen ist,<sup>86</sup> ist dessen Bedeutung für § 1 DSG hervorzuheben. Als Verfassungsbestimmung ist § 1 Maßstab für die einfachgesetzlichen Regelungen des DSG, insb auch für § 4 Abs 1, der den Anwendungsbereich der DSGVO (abgesehen vom Bereich der polizeilichen, strafrechtlichen und nachrichtendienstlichen Datenverarbeitung) auf alle anderen staatlichen Bereiche unbeschränkt erstreckt,<sup>87</sup> die nicht vom Anwendungsbereich des Unionsrechts iSd Art 2 Abs 2 lit a DSGVO erfasst sind. Besteht also eine Ausnahme vom Anwendungsbereich gem Art 2 DSGVO, weil der Anwendungsbereich des Unionsrechts nicht eröffnet ist, so bewirkt § 4 Abs 1 DSG die – sodann allerdings nur einfachgesetzliche(!) – Anwendung der **69**

81 BGBl I 1999/165.

82 BGBl I 2012/51.

83 Siehe RV 1664 BlgNR 25. GP (BGBl I 2017/120); IA 189/A 26. GP (BGBl I 2018/22); s dazu ausführlich *Bresich/Riedl*, Der neue europäische Rechtsrahmen (Datenschutz-Grundverordnung und Richtlinie [EU] 2016/680) und dessen Umsetzung im Datenschutzgesetz, in *Bresich/Dopplinger/Dörnhöfer/Kunnert/Riedl*, DSG 32 ff und 44 ff.

84 [https://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR\\_2018/PK1448/#XXVI\\_I\\_00301](https://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2018/PK1448/#XXVI_I_00301).

85 Siehe dazu unter Rz 78 ff.

86 Siehe dazu vielmehr die Kommentierung zu Art 2 DSGVO.

87 Siehe iSd *Bresich/Dopplinger/Dörnhöfer/Kunnert/Riedl*, DSG § 4 Anm 3.

Regelungen der DSGVO. Diese sind damit aber nicht aufgrund unmittelbar anwendbaren Unionsrechts anzuwenden, sondern aufgrund der einfachgesetzlichen Vorgabe des § 4 Abs 1 DSG. Als rechtliche Konsequenz ist sodann aber das nationale Verfassungsrecht und damit auch § 1 DSG als Maßstab bei einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle uneingeschränkt heranzuziehen.<sup>88</sup>

- 70 Umgekehrt ist im Rahmen der **unmittelbaren Anwendbarkeit der DSGVO eine unionsrechtskonforme Interpretation des § 1 DSG** geboten. Begriffe und Konzepte des § 1 sind etwa extensiv oder restriktiv auszulegen; auch können Bestimmungen der DSGVO ergänzend zu § 1 hinzutreten. Nur soweit eine Kollision zwischen § 1 und den Bestimmungen der DSGVO vorliegt, wird § 1 durch die sekundärrechtlichen Vorschriften verdrängt. Eröffnet demgegenüber die DSGVO – etwa im Rahmen von **Öffnungsklauseln** – einen nationalen Spielraum, so wird § 1 für einfachgesetzliche Bestimmungen wieder zur verfassungsgesetzlichen Vorgabe bzw zum Maßstab der verfassungsgerichtlichen Kontrolle, allerdings nur soweit dadurch kein Widerspruch zur DSGVO entsteht. Dieses komplexe Zusammenspiel zwischen DSGVO und § 1 DSG wird in vielen Einzelfragen virulent und verändert den normativen Gehalt des § 1 DSG, aber mit der Einschränkung, dass die konkrete Datenverarbeitung im Anwendungsbereich des Unionsrechts und damit auch der DSGVO stattfindet.

## E. Schutzbereich (§ 1 Abs 1 DSG)

### 1. Privat- und Familienleben (Art 8 EMRK)

- 71 § 1 ist durch das Verständnis des Privatsphärenschutzes gem Art 8 EMRK geprägt.<sup>89</sup> § 1 Abs 1 bringt dies durch Betonung der „Achtung [des] Privat- und Familienlebens“ zum Ausdruck. Der Schutz der Privatsphäre geht von einem Geheimhaltungsbedürfnis einer privaten Lebenswelt aus.<sup>90</sup> IdS nimmt § 1 Abs 1 Daten, die allgemein verfügbar sind, vom Schutzbereich des Grundrechts aus. Demgegenüber folgt die DSGVO dem Konzept eines reinen Datenschutzes, der auch allgemein verfügbare Daten schützt, sofern diese einen Personenbezug aufweisen.<sup>91</sup> Der Datenschutz in der DSGVO ist damit vielmehr als Teil einer generellen Regulierung personenbezogener Daten zu verstehen, die auch den freien Verkehr der Daten mitumfasst.<sup>92</sup> Das Grundrecht auf Datenschutz gem § 1 erweist sich idZ als konzeptionell enger als die DSGVO.<sup>93</sup>
- 72 § 1 Abs 1 verweist explizit auf die Achtung des Privat- und Familienlebens. Ein Aspekt dieses in Art 8 EMRK verankerten Grundrechts ist wiederum die informationelle Selbstbestimmung des Einzelnen.<sup>94</sup> Der Eingriff in die Privatsphäre ist zuallererst iZm staatlichen Tätigkeiten zu begreifen. IdS ist das Grundrecht auf Datenschutz als **liberales Grundrecht** und somit als Abwehr staatlicher Eingriffe gegenüber dem Einzelnen zu verstehen. Der Datenschutz ent-

88 Siehe dazu bereits *Lachmayer*, ÖJZ 2018, 112 (113).

89 Siehe dazu *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>6</sup> 281 ff.

90 *Berka*, 18. ÖJT 2012, 24 ff, 90 ff.

91 Siehe Art 1 und 4 Z 1 DSGVO.

92 Siehe die Kommentierung zu Art 1 DSGVO.

93 Die vorgeschlagene, aber nicht beschlossene Variante des § 1 Abs 1 DSG idF IA DS-DRG 2018 hätte den besonderen Privatsphärenschutz entfallen lassen: „Jede natürliche Person hat Anspruch auf Geheimhaltung der sie betreffenden personenbezogenen Daten und, nach Maßgabe gesetzlicher Bestimmungen, das Recht auf Auskunft über die Verarbeitung solcher Daten sowie auf Richtigstellung unrichtiger Daten und auf Löschung unzulässigerweise verarbeiteter Daten“.

94 Siehe BVerfGE 65, 1 ff; *Ennöckl*, Privatsphäre 39 ff; s auch *Heißenberger*, Die demokratische Funktion des Grundrechts auf Datenschutz (2013) (unveröff Diss, Uni Wien).