

Die österreichische Datenschutzbehörde

Daniel Ennöckl / Konrad Lachmayer

I. Kompetenzverteilung

Im Gegensatz zur deutschen Organisation der Datenschutzbehörden besteht in Österreich nur eine bundesweite Datenschutzbehörde, die sowohl für den öffentlichen, als auch den privaten Bereich zuständig ist. Der Ausgangspunkt für die bundesweite Datenschutzorganisation ist in der verfassungsgesetzlich geregelten Kompetenzverteilung zu finden.

Gemäß der Verfassungsbestimmung des § 2 Abs. 1 DSG ist Bundessache „die Gesetzgebung in Angelegenheiten des Schutzes personenbezogener Daten im automationsunterstützten Datenverkehr“.¹ Abs. 2 leg. cit. weist die Vollziehung des Datenschutzgesetzes (DSG)², sowie weiterer dem Datenschutz dienender Gesetze³, dem Bund zu.

Nur insoweit, als personenbezogene „Daten von einem Land, im Auftrag eines Landes, von oder im Auftrag von juristischen Personen, die durch Gesetz eingerichtet sind und deren Einrichtung hinsichtlich der Vollziehung in die Zuständigkeit der Länder fällt, verwendet werden, sind diese Bundesgesetze von den Ländern zu vollziehen, soweit nicht durch Bundesgesetz die Datenschutzbehörde, der Datenschutzrat oder Gerichte mit der Vollziehung betraut werden“. Es sind also nur bei Datenverarbeitungen des Landes sowie im Bereich der Hoheitsverwaltung für das Land tätiger privater Personen die Länder für den Vollzug des Datenschutzes zuständig. Diese Zuständigkeit wird aber wiederum dadurch eingeschränkt, dass § 2 Abs. 2 DSG letzter Satz die Vollzugsaufgaben des Landes insoweit einschränkt, als insbes. die Daten-

¹ Manuelle Dateien für Zwecke, die in die Zuständigkeit der Länder fallen, unterliegen dem jeweiligen Landes-DatenschutzG. Diese sind aber ohne jede praktische Relevanz; siehe zur Kompetenzverteilung *Kunnert*, Was bleibt vom DSG (2000)? in Bergauer/Jahnel/Mader/Staudegger (Hrsg.), *jusIT Spezial: DSGVO* (2018) 245 (253 f.); *Dopplinger*, § 2 DSG, in Bresich et al. (Hrsg.), *DSG Kommentar* (2018) Rz. 2 ff.; *Lehner/Lachmayer*, Datenschutz im Verfassungsrecht, in Bauer/Reimer (Hrsg.), *Handbuch Datenschutzrecht* (2009) 95 (112 f.).

² Bundesgesetz zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz – DSG), BGBl. I 1999/165.

³ Arg. „solcher Bundesgesetze“ (§ 2 Abs. 2 DSG).

schutzbehörde oder die Gerichte durch das DSG zum Vollzug, vor allem i.Z.m. Rechtsschutz, berufen sind. Der den Ländern damit verbliebene Vollzugsbereich ist somit bereits marginal.⁴

Die Restkompetenzen der Länder im Datenschutz werden allerdings mit Ende 2019 bereinigt. Mit 1.1.2020 tritt ein ergänzter Art. 10 Abs. 1 Z. 13 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)⁵ in Kraft, der die „allgemeine[n] Angelegenheiten des Schutzes personenbezogener Daten“ ausschließlich und umfänglich dem Bund in Gesetzgebung und Vollziehung zuweist.⁶

Aufgrund der gem. Art. 102 Abs. 2 B-VG möglichen, unmittelbaren Bundesvollziehung in Datenschutzangelegenheiten⁷ wird die Datenschutzbehörde als die eine (einzige) Aufsichtsbehörde gem. Art. 51 DSGVO tätig.

Mit dieser Änderung der Kompetenzverteilung geht ein organisationsrechtlicher Wandlungsprozess zu Ende, der innerhalb eines Jahrzehntes eine doch deutliche Neustrukturierung des Datenschutzrechts in Österreich bewirkte.

II. Entwicklungslinien der Organisation des Datenschutzrechts in Österreich

A. Die Datenschutzkommission

Vom Beginn des österreichischen Datenschutzrechts im Jahr 1980 an oblag der Rechtsschutz im Datenschutzrecht primär der kollegial organisierten Datenschutzkommission (DSK). Sie war für den Datenschutz im gesamten öffentlichen Bereich, also für Auskunfts-, Richtigstellungs- und Löschungsansprüche, sowie im privaten Bereich hinsichtlich des Auskunftsrechts, zu-

⁴ *Lehner/Lachmayer* in Bauer/Reimer 113.

⁵ Bundesgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz, das Übergangsgesetz vom 1. Oktober 1920, in der Fassung des B. G. Bl. Nr. 368 vom Jahre 1925, das Bundesverfassungsgesetz betreffend Grundsätze für die Einrichtung und Geschäftsführung der Ämter der Landesregierungen außer Wien, das Bundesforstegesetz 1996, das Datenschutzgesetz, das Bundesgesetzblattgesetz, das Niederlassungs- und Aufenthaltsgesetz und das Bundesgesetz über die Europäische Ermittlungsanordnung in Verwaltungsstrafsachen geändert werden, BGBl. I 2019/14.

⁶ Diese Bestimmung wurde mit 20.12.2018 vom Nationalrat (NR) beschlossen (siehe 301 BlgNR 26. GP 1).

⁷ Die österreichische Verfassung sieht als Grundregel eine mittelbare Bundesverwaltung durch die Länder vor (siehe Art. 102 Abs. 1 B-VG).

ständig. Die DSK bestand aus 6 ordentlichen und 6 Ersatzmitgliedern, die vom BPräs auf Vorschlag der BReg (BK) ernannt wurden.⁸ Als sog. „Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag“⁹ waren die Mitglieder weisungsfrei. Den Vorsitz der DSK hatte das richterliche Mitglied inne, das dem Richterstand zugehörig sein musste. Mit der Geschäftsführung wurde ein sog. „geschäftsführendes Mitglied“ betraut, das die laufenden Geschäfte der DSK besorgte; bei diesem handelte es sich immer um ein Mitglied aus dem Kreis der Bundesbeamten. Durch die Geschäftsordnung der DSK konnten bestimmte Aufgaben dem geschäftsführenden Mitglied zur alleinigen Entscheidung übertragen werden.¹⁰

Die DSK hatte allerdings unterschiedliche strukturelle Problemstellungen, die mit den europarechtlichen Vorgaben der DSRL 1995¹¹ kollidierten. Die Geschäftsstelle der DSK war eine Organisationseinheit im Bundeskanzleramt (BKA).¹² Die in der DSK tätigen Beamten waren daher in fachlicher Hinsicht dem Vorsitzenden bzw. geschäftsführenden Mitglied weisungsgebunden, in dienstrechtlicher Hinsicht aber den Vorgesetzten im BKA. Die DSK hatte zwar Behördeneigenschaft, aber weder eigene Budget- noch Personalhoheit. Auch in Hinblick auf die Haushaltsführung war die DSK vom BKA abhängig. All diese organisationsrechtlichen Abhängigkeiten der DSK vom BKA führten zu einem von der Europäischen Kommission gegen Österreich angestregten Vertragsverletzungsverfahren, da die Unabhängigkeit der DSK von der Kommission in Zweifel gezogen wurde.¹³

⁸ Dreivorschläge des OGH (1), der Bundes-AK und der WKÖ (je 1) und Vorschlag der Länder (2).

⁹ Vormals „Art. 133 Z. 4 B-VG-Behörde“.

¹⁰ Verfahrensrechtliche Bescheide, Registrierungen etc.

¹¹ Richtlinie 95/46/EG v. 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl 1995, L 281/31.

¹² Teil des Verfassungsdienstes, einer vormals im Bundeskanzleramt angesiedelten Einheit zur Verfassungslegistik und Prozessvertretung der Republik vor dem VfGH, dem EuGH und dem EGMR; siehe dazu etwa *Lienbacher*, Der Verfassungsdienst im Bundeskanzleramt, in *Akyürek et al.* (Hrsg.), FS Heinz Schäffer (2006) 427; *ders.*, Der Verfassungsdienst als Anwalt der Republik? in *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank* (Hrsg.), FS Gerhart Holzinger (2017) 531.

¹³ Siehe i.d.Z. bereits EuGH 9.3.2010, C-518/07, *Kommission/Deutschland*: keine Aufgabenwahrnehmung „in völliger Unabhängigkeit“ bei Unterstellung von datenschutzrechtlichen Kontrollstellen unter staatliche Aufsicht.

B. EuGH 16.10.2012, C-614/10, *Kommission/Österreich*

Die Unabhängigkeit der DSK basierte auf § 37 DSG 2000, der normierte, dass die Mitglieder der DSK „*in Ausübung ihres Amtes unabhängig und an keine Weisungen gebunden*“ sind. Ursprünglich handelte es sich um eine Verfassungsbestimmung, die im Jahr 2008¹⁴ zwar zu einer einfachgesetzlichen Bestimmung herabgesetzt wurde; die Weisungsfreistellung fand aber weiterhin eine verfassungsgesetzliche Grundlage in Art. 20 Abs. 2 Z. 8 B-VG.¹⁵

Die bloße (verfassungs)gesetzliche Verankerung der Weisungsfreistellung reichte dem EuGH aber nicht. In Nachfolge an das EuGH-Urteil gegen Deutschland (Rs C-518/07, *Kommission/Deutschland*) wurde auch die österreichische DSK als nicht vollständig unabhängig qualifiziert. Eine Kontrollstelle müsse „*jeder äußeren Einflussnahme, sei sie unmittelbar oder mittelbar, entzogen*“ werden.¹⁶

So verneinte der EuGH die Unabhängigkeit des geschäftsführenden Mitglieds, weil ein Dienstverhältnis zum BKA bestand und damit eine mögliche Überwachung der Tätigkeit der DSK in einer unzulässigen Art und Weise erfolgen habe können. Die Beurteilung des geschäftsführenden Mitglieds durch den Vorgesetzten habe zu einer Form von „*vorauseilendem Gehorsam*“ führen können.

Es wurde aber die Eingliederung der DSK samt Geschäftsstelle und Personal in das BKA insgesamt beanstandet. Die Zuweisung von Personal- und Sachmitteln könne die Behörde hindern, ihre Aufgaben zu erfüllen; auch die Dienstaufsicht des BKA über das Personal sei unzulässig. Die gem. Art. 20 Abs. 2, 3. Satz B-VG vorgesehene Möglichkeit des BKA, sich jederzeit über alle Gegenstände der Geschäftsführung der DSK unterrichten zu lassen, wurde vom EuGH ebenfalls als richtlinienwidrig beurteilt.

An dieser Stelle kann keine vertiefte Analyse des EuGH-Urteils erfolgen;¹⁷ eine Neustrukturierung der Datenschutzbehörde war jedenfalls geboten.

¹⁴ Durch das Erste BundesverfassungsrechtsbereinigungsG, BGBl. I 2008/2.

¹⁵ Art. 20 Abs. 2 Z. 8 B-VG: „Durch Gesetz können Organe [...] soweit dies nach Maßgabe des Rechts der Europäischen Union geboten ist, von der Bindung an Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe freigestellt werden“.

¹⁶ EuGH 16.10.2012, C-614/10, *Kommission/Österreich*.

¹⁷ Siehe dazu etwa *Pabel*, Ungenügende Unabhängigkeit der Datenschutzkommission, ÖZW 2013, 21.

C. Zweistufige Neustrukturierung der Datenschutzorganisation

In einem ersten Schritt wurde mit der DSGVO-Novelle 2013 das EuGH-Urteil umgesetzt. In der neuen Behördenstruktur wurden die Bediensteten der DSK nur noch den Weisungen des Vorsitzenden unterstellt. Die DSK wurde als eigenständige Dienstbehörde und Personalstelle ausgestaltet. Das Unterrichtsrecht des Bundeskanzlers wurde eingeschränkt, soweit dies für die Unabhängigkeit i.S.d. DS-RL erforderlich war.

Die Umsetzung des EuGH-Urteils ist aber im zeitlichen Naheverhältnis zur Einführung einer Verwaltungsgerichtsbarkeit 1. Instanz mit 1.1.2014 zu sehen. In diesem Kontext wurden zahlreiche Sonderbehörden aufgelöst und eine unterinstanzliche Verwaltungsgerichtsbarkeit, die es bis dahin in Österreich nicht gegeben hatte, eingeführt. In diesem Zuge wurde mit der DSGVO-Novelle 2014 eine neue Datenschutzbehörde (DSB) als neue Kontrollstelle errichtet. Sie wurde nicht mehr als kollegiale Behörde, sondern als monokratische Behörde mit LeiterIn an der Spitze ausgestaltet. Als erste Leiterin wurde Dr. Andrea Jelinek ernannt,¹⁸ die nun auch erste Vorsitzende des Europäischen Datenschutzausschusses ist.¹⁹

Die Dienstherrschaft und das Weisungsrecht gegenüber den MitarbeiterInnen können nur durch den/die LeiterIn der DSB ausgeübt werden. Die DSB ist eine eigene und eigenständige Dienstbehörde und Personalstelle; die Ausstattung wird direkt durch das Parlament im BundesfinanzG vorgesehen. Das Unterrichtsrecht des Bundeskanzlers wurde weiterhin in einer Weise eingeschränkt, als es nicht der nun geschaffenen völligen Unabhängigkeit widersprechen durfte. Die Neukonzeption fand allerdings keine ausreichende Grundlage in Art. 20 Abs. 2 B-VG und hätte einer eigenständigen verfassungsgesetzlichen Grundlage bedurft.²⁰

¹⁸ Siehe etwa den Datenschutzbericht 2014 der Datenschutzbehörde, 6 (abrufbar unter: https://www.dsb.gv.at/documents/22758/115209/Datenschutzbericht_2014.pdf/a845facf-4b0c-4957-8a2f-9e189abe7d27).

¹⁹ *Birgit Riegler*, Andrea Jelinek: EU-Datenschutz in den Händen einer Wienerin, der Standard v. 8.2.2018 (abrufbar unter: <https://derstandard.at/2000073902043/EU-Datenschutz-in-den-Haenden-einer-Wienerin>).

²⁰ Art. 20 Abs. 2 B-VG verlangt, dass durch Gesetz ein der Aufgabe des weisungsfreien Organs angemessenes Aufsichtsrecht der obersten Organe vorzusehen ist, zumindest das Recht, sich über alle Gegenstände der Geschäftsführung der weisungsfreien Organe zu unterrichten. Dieses Unterrichtsrecht muss für jede weisungsfreie Behörde eingerichtet werden; eine Einschränkung sieht Art. 20 Abs. 2 B-VG nicht vor. Lediglich das Recht, weisungsfreie Organe aus wichtigem Grund abzurufen, kann in

III. Datenschutz-AnpassungsG 2018

A. Organisatorische Kontinuität in der Anpassung an die DSGVO

Die 2014 geschaffene Struktur der DSB blieb im Zuge der Anpassung an die DSGVO erhalten.²¹ So ist die DSB weiterhin eine monokratische Behörde mit LeiterIn an der Spitze.²² Die Unterrichtungspflicht besteht nun nicht mehr dem Bundeskanzler, sondern dem Justizminister gegenüber.²³ Dies ist allerdings einer Reorganisation der Ministerien geschuldet und hat keinen Bezug zur Datenschutzorganisation.²⁴ Der/Die LeiterIn wird vom BPräs auf Vorschlag der BReg auf 5 Jahre ernannt;²⁵ eine Wiederbestellung ist – ohne Einschränkung der Anzahl der Wiederbestellungen – möglich. Die fachlichen Voraussetzungen für die Leitung²⁶ sind ähnlich jenen der RichterInnen

Bezug auf Organe zur Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und zur Aufsicht und Regulierung elektronischer Medien und zur Förderung der Medien sowie dann ausgeschlossen werden, wenn dies nach Maßgabe des Rechts der Europäischen Union geboten ist.

²¹ Vgl. *Schmidl*, § 20 DSG, in Gantschacher/Jelinek/Schmidl/Spanberger (Hrsg.), DSG Kommentar (2018) Anm 1.

²² *Bresich/Riedl*, § 20 DSG, in Bresich et al. (Hrsg.), DSG Kommentar (2018) Rz. 1; *Schmidl*, § 18 DSG, in Gantschacher/Jelinek/Schmidl/Spanberger (Hrsg.), DSG Kommentar (2018) Anm 3.

²³ Weiterhin besteht ein Unterrichtsrecht, das allerdings durch die europarechtlichen Grenzen der Unabhängigkeit eingeschränkt wird. Siehe dazu § 19 Abs. 3 DSG.

²⁴ Durch die 2017 neugewählte Regierung wurde der Verfassungsdienst vom Bundeskanzleramt in das Justizministerium verlegt. Siehe die Novelle zum BMG, BGBl. I 2017/164; vgl. auch ErläutRV 1664 BlgNR 25. GP 7.

²⁵ Unvereinbarkeiten bestehen i.S.d. Gewaltenteilung mit legislativen und exekutiven Funktionen, insbes. in Hinblick auf Mitglieder der Bundesregierung, Staatssekretäre, Mitglieder einer Landesregierung, des Nationalrats, wobei eine „Cooling-off-Phase“ von zwei Jahren vorgesehen ist (§ 20 Abs. 3 Z. 2 DSG).

§ 20 Abs. 3 DSG

Zum Leiter der Datenschutzbehörde dürfen nicht bestellt werden:

1. Mitglieder der Bundesregierung, Staatssekretäre, Mitglieder einer Landesregierung, Mitglieder des Nationalrates, des Bundesrates oder sonst eines allgemeinen Vertretungskörpers oder des Europäischen Parlaments, ferner Volksanwälte und der Präsident des Rechnungshofes,
2. Personen, die eine in Z. 1 genannte Funktion innerhalb der letzten zwei Jahre ausgeübt haben, und
3. Personen, die von der Wahlbarkeit in den Nationalrat ausgeschlossen sind.

²⁶ § 20 Abs. 2 DSG

Der Leiter der Datenschutzbehörde hat

1. das Studium der Rechtswissenschaften abgeschlossen zu haben,

der Verwaltungsgerichte ausgestaltet.²⁷ Darüber hinaus bestehen explizite Regelungen zum/zur stellvertretenden LeiterIn der DSB, die an jene des Leiters/der Leiterin angelehnt normiert sind.²⁸

Nebentätigkeiten hat der/die LeiterIn dem zuständigen Justizminister unverzüglich zu melden; diese dürfen gem. § 19 Abs. 2 DSGVO weder Zweifel an der unabhängigen Ausübung des Amtes oder der Unbefangenheit hervorrufen, noch bei der Erfüllung der dienstlichen Aufgaben behindern oder wesentliche dienstliche Interessen gefährden.²⁹

Auch personell zeigt sich Kontinuität, obwohl die gesetzlichen Grundlagen durch das DSGVO-AnpassungsG 2017 neu festgelegt wurden. Die bereits vor Anpassung an die DSGVO bestellte Leiterin ist weiterhin im Amt verblieben.

Bei der Anpassung der organisationsrechtlichen Grundlagen hat sich der österreichische Gesetzgeber auf ein Minimum beschränkt und – wie sich zeigen wird – nur ausgewählte Ergänzungen zur DSGVO vorgenommen; eine umfassende Organisationsregelung findet sich im DSGVO nicht.

B. Unabhängigkeit und Verantwortlichkeit der DSB

§ 18 Abs. 1 DSGVO normiert die DSB als nationale Aufsichtsbehörde. Damit verbunden bestehen keine weiteren expliziten Bestimmungen zur Unabhängigkeit. Das DSGVO geht offenbar vielmehr davon aus, dass die Unabhängigkeitsgarantien unmittelbar gem. Art. 52 DSGVO³⁰ gelten.³¹ Dem EuGH-

2. die persönliche und fachliche Eignung durch eine entsprechende Vorbildung und einschlägige Berufserfahrung in den von der Datenschutzbehörde zu besorgenden Angelegenheiten aufzuweisen,
3. über ausgezeichnete Kenntnisse des österreichischen Datenschutzrechtes, des Unionsrechtes und der Grundrechte zu verfügen und
4. über eine mindestens fünfjährige juristische Berufserfahrung zu verfügen.

²⁷ *Schmidl* in Gantschacher/Jelinek/Schmidl/Spanberger zu § 20 Anm. 5.

²⁸ § 20 Abs. 5 i.V.m. § 20 Abs. 1–3 DSGVO; vgl. *Wlk-Rosenstingl*, Art. 53 DSGVO, in Knyrim (Hrsg.), *Der DatKomm* (2018) Rz. 20.

²⁹ Siehe *Bresich/Riedl*, § 19 DSGVO, in Bresich et al. (Hrsg.), *DSG Kommentar* (2018) Rz. 4: Die Verpflichtung zur Inkenntnissetzung umfasst nur Tätigkeiten, die potenziell mit seinen Aufgaben und Verpflichtungen in Konflikt stehen könnten.

³⁰ Art. 52 Abs. 2 DSGVO: „Das Mitglied oder die Mitglieder jeder Aufsichtsbehörde unterliegen bei der Erfüllung ihrer Aufgaben und der Ausübung ihrer Befugnisse gemäß dieser Verordnung weder direkter noch indirekter Beeinflussung von außen und ersuchen weder um Weisung noch nehmen sie Weisungen entgegen“.

³¹ Siehe auch *Bresich/Riedl* in Bresich et al. zu § 19 Rz. 1: Die unionsrechtliche Vorgabe der Unabhängigkeit gilt unmittelbar und bedarf keiner innerstaatlichen Ausgestaltung.

Urteil³² entsprechend findet sich unter der Überschrift „Unabhängigkeit“ in § 19 Abs. 1 DSG lediglich die Aussage, dass die DSB „Dienststelle und Personalstelle“ ist; man hielt nicht einmal die Erwähnung des Eigenschaftsworts „unabhängig“ vor dieser organisatorischen Zuordnung für notwendig. Die Weisungsfreistellung entnimmt man unmittelbar Art. 52 Abs. 2 DSGVO.³³

Zur Amtsenthebung hält Art. 53 Abs. 4 DSGVO fest, dass ein Mitglied nur dann seines Amtes enthoben werden darf, wenn „es eine schwere Verfehlung begangen hat oder die Voraussetzungen für die Wahrnehmung seiner Aufgaben nicht mehr erfüllt“. Ergänzend sieht § 20 Abs. 4 vor, dass die Enthebung des Leiters/der Leiterin der DSB „auf Vorschlag der Bundesregierung durch den Bundespräsidenten vorzunehmen“ ist.

Die vom EuGH problematisierten Berichtspflichten werden durch das DSG in § 19 Abs. 3 wieder aufgegriffen.³⁴ So kann sich der Justizminister „beim Leiter der Datenschutzbehörde über die Gegenstände der Geschäftsführung unterrichten“. Um nicht mit den Unabhängigkeitsgarantien der DSGVO in Konflikt zu geraten, sieht § 19 Abs. 3 DSG vor, dass der/die LeiterIn der DSB der Berichtspflicht „nur insoweit zu entsprechen [hat], als dies nicht der völligen Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde im Sinne von Art. 52 DSGVO widerspricht“.³⁵ Damit legt der nationale Gesetzgeber aber nicht fest, wann eine Berichtspflicht besteht oder nicht. Es wird vielmehr der DSB die Fragestellung zur Beurteilung überwälzt, ob eine Berichtspflicht vorliegt oder nicht. Eine schwere Verfehlung kann bei einer begründeten Verweigerung der Berichtspflicht jedenfalls nicht erblickt werden.³⁶

Von den Berichtspflichten gem. § 19 DSG ist der Tätigkeitsbericht der DSB gem. § 23 DSG i.V.m. Art. 59 DSGVO zu unterscheiden, der einmal im Jahr dem Justizminister vorzulegen ist und von diesem dem Parlament vorgelegt wird, um eine öffentliche Diskussion zu ermöglichen.

³² EuGH 16.10.2012, Rs C-614/10, *Kommission/Österreich*; siehe dazu bereits unter II.B.

³³ Vgl. zur Weisungsfreiheit *Wlk-Rosenstingl*, Art. 52 DSGVO, in Knyrim (Hrsg.), *Der DatKomm* (2018) Rz. 15.

³⁴ *Bresich/Riedl* in Bresich et al. zu § 19 Rz. 6: Die Formulierung entspricht § 37 Abs. 3 DSG 2000; dieser wurde von der Europäischen Kommission als Umsetzung des EuGH-Urteils akzeptiert.

³⁵ Ebenda.

³⁶ *Wlk-Rosenstingl* in Knyrim zu Art. 53 Rz. 18: Der Begriff „schwere Verfehlung“ ist restriktiv auszulegen.

C. Zuständigkeiten der DSB

§ 35 Abs. 1 DSG legt als Ausgangspunkt fest, dass die DSB „nach den näheren Bestimmungen der DSGVO und dieses Bundesgesetzes zur Wahrung des Datenschutzes berufen“ ist. Darauf aufbauend ist die DSB nationale Aufsichtsbehörde sowohl nach der DSGVO als auch nach der DSRL-PJZS 2016/680^{37,38}. Im Bereich der DSRL-PJZS werden gem. § 36 Abs. 1 DSG somit Verarbeitungstätigkeiten durch zuständige Behörden „zum Zweck der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung, einschließlich des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit“ erfasst. Über die DSRL-PJZS hinaus sind aber auch Datenverarbeitungen „zum Zweck der nationalen Sicherheit, des Nachrichtendienstes und der militärischen Eigensicherung“ erfasst.³⁹ Darüber hinaus ist die DSB damit auch zur Vollziehung des Grundrechts auf Datenschutz gem. § 1 DSG zuständig, der als Verfassungsbestimmung subjektive Rechte für betroffene Personen normiert.⁴⁰

In Hinblick auf die drei Staatsgewalten ist die Zuständigkeit der DSB wie folgt ausgestaltet:

- Während die legislativen Tätigkeiten des Parlaments von vornherein nicht von der Zuständigkeit der DSB erfasst sind,⁴¹ besteht demgegenüber eine Zuständigkeit der DSB für Angelegenheiten der Parlamentsverwaltung

³⁷ Richtlinie (EU) 2016/680 v. 27.4.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI, ABl 2016, L 119/89.

³⁸ Die Zuständigkeit der DSB im Rahmen der DSRL-PJZS bedeutet zwar eine organisationsrechtliche Identität der Behörde; funktionell ist die DSB i.d.Z. aber eine eigenständige Behörde mit eigenen Verpflichtungen; siehe dazu *Lachmayer*, Datenschutz und Geheimdienste, in ÖJK (Hrsg.), Datenschutz – Informationsfreiheit – Geheimnisschutz (in Druck).

³⁹ Siehe dazu *Lachmayer* in ÖJK (in Druck).

⁴⁰ Siehe zum Grundrecht auf Datenschutz in diesem Band *Heißl*, S. 37 ff.; siehe darüber hinaus *Lachmayer*, Art. 1 DSGVO, in Knyrim (Hrsg.), Der DatKomm (23. Lfg. 2019) Rz. 51 ff.; *Eberhard*, § 1 DSG, in Korinek/Holoubek et al. (Hrsg.), Kommentar zum Österreichischen Bundesverfassungsrecht (2016); *Ennöckl*, Der Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Datenverarbeitung (2014) 101 ff.

⁴¹ *Dopplinger*, § 1 DSG, in Bresich et al. (Hrsg.), DSG Kommentar (2018) Rz. 7; siehe i.d.Z. auch *Bresich/Riedl*, § 18 DSG, in Bresich et al. (Hrsg.), DSG Kommentar (2018) Rz. 3 ff.

sowie für Verwaltungsangelegenheiten des Rechnungshofs und der Volksanwaltschaft^{42,43}

- Durch die Verfassungsbestimmung des § 35 Abs. 2 DSG übt die DSB ihre Befugnisse auch gegenüber den obersten (Verwaltungs-)Organen aus.⁴⁴ Damit besteht in Hinblick auf die Exekutive eine denkbar breite Zuständigkeit der DSB.⁴⁵
- Nicht erfasst sind die ordentliche Gerichtsbarkeit in Ausübung der justiziellen Tätigkeit sowie die Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit, wobei sich die entsprechenden Bestimmungen zum Rechtsschutz durch die Gerichte selbst aus den einzelnen Bestimmungen unsystematisch ergeben.⁴⁶ Die Kontrolle der Justizverwaltung beim VwGH durch die DSB ist gem. § 35 Abs. 2 DSG aber durch eine Verfassungsbestimmung erfasst.

Der Aufgabenbereich der DSB hat sich durch die DSGVO überdies im privaten Bereich verändert. So umfasst der Zuständigkeitsbereich der DSB nun nicht nur – wie bisher – den gesamten öffentlichen Bereich, sondern auch den gesamten privaten Bereich.⁴⁷ Bisher war die DSB nur auf das Auskunftsrecht beschränkt, während in Hinblick auf die Richtigstellungs- und Lösungsrechte die ordentlichen Gerichte zuständig waren. Die DSB ist damit auch unter Privaten die zentrale Anlaufstelle in datenschutzrechtlichen Angelegenheiten.⁴⁸ Die ordentlichen Gerichte sind nunmehr nur noch für materiellen und immateriellen Schadenersatz gem. Art. 82 DSGVO i.V.m. § 29 DSG zuständig.⁴⁹

⁴² Abgesehen von den Verwaltungsangelegenheiten sind die Tätigkeiten des Rechnungshofes und der Volksanwaltschaft der gesetzgebenden Gewalt zuzurechnen.

⁴³ *Dopplinger in Bresich et al. zu § 1 Rz. 7*; siehe zur funktionellen Abgrenzung *Bresich/Dörnhöfer*, § 35 DSG, in Bresich et al. (Hrsg.), DSG Kommentar (2018) Rz. 5.

⁴⁴ Oberste Organe sind i.S.d. – nicht vollständigen – Aufzählung gem. Art. 19 B-VG „der Bundespräsident, die Bundesminister und Staatssekretäre sowie die Mitglieder der Landesregierungen“.

⁴⁵ Siehe zur textuellen Erweiterung des § 35 Abs. 2 durch BGBl. I 2018/23 *Bresich/Dörnhöfer in Bresich et al. zu § 35 Rz. 4 f.*

⁴⁶ Siehe § 85 GOG, § 88b VfGG, Art. 130 Abs. 2a, 133 Abs. 2a B-VG; siehe dazu *Lachmayer in Knyrim zu Art. 1 Rz. 90 ff.*

⁴⁷ *Bresich/Riedl*, § 24 DSG, in Bresich et al. (Hrsg.), DSG Kommentar (2018) Rz. 1.

⁴⁸ Ebenda.

⁴⁹ Zum gem. Art. 79 DSGVO normierten Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter siehe unten unter IV.C.

Bemerkenswerterweise finden sich keinerlei Regelungen zur europäischen Zusammenarbeit der nationalen Aufsichtsbehörden. Im Gegensatz zur deutschen Organisationslage bedarf es aufgrund des Bestehens einer einzigen Aufsichtsbehörde jedenfalls keiner innerstaatlichen Koordination.⁵⁰

D. Aufgaben der DSB

Die Aufgaben der DSB ergeben sich unmittelbar aus der DSGVO, insbes. aus Art. 57 leg. cit.⁵¹ Teilweise bestehen Konkretisierungen im DSG:

- Die DSB hat bzw. kann die Positiv- und Negativlisten gem. Art. 35 Abs. 4 und 5 DSGVO im Rahmen der Datenschutz-Folgenabschätzung als Rechtsverordnung erlassen; soweit sie erstellt werden, sind diese Listen im Bundesgesetzblatt kundzumachen.⁵²
- Die DSB hat auch eine VO zur Festlegung von Anforderungen an die Akkreditierung einer Stelle für die Überwachung der Verhaltensregeln i.S.d. Art. 57 Abs. 1 lit. p DSGVO zu erlassen.⁵³
- Die DSB fungiert überdies als einzige österreichische Akkreditierungsstelle für die Zertifizierungsstellen gem. Art. 43 Abs. 1 lit. a DSGVO
- Eine Konkretisierung besteht – wie erwähnt⁵⁴ – auch in Hinblick auf die Erstellung eines Tätigkeitsberichtes i.S.d. Art. 59 DSGVO.⁵⁵

Nationalstaatliche Aufgabenergänzungen fanden nur geringfügig statt. Als zusätzliche Aufgabe der DSB⁵⁶ wird gem. § 21 Abs. 1 DSG eine sachverständige Beratungstätigkeit gegenüber beiden Kammern des Parlaments sowie der Bundes- und den Landesregierungen vorgesehen, wenn diese im Rahmen legislativer oder exekutiver Tätigkeiten eine einschlägige Beratung erwünschen.⁵⁷ Insbes. besteht aber eine Anhörungsverpflichtung der DSB bei der „Erlassung

⁵⁰ Siehe zur deutschen Rechtslage etwa *von Lewinski*, Datenschutzaufsicht in Europa als Netzwerk, NVwZ. 2017, 1483 (1484 ff.).

⁵¹ *Bresich/Riedl*, § 21 DSG, in Bresich et al. (Hrsg.), DSG Kommentar (2018) Rz. 1; *Wlk-Rosenstingl*, Art. 57 DSGVO, in Knyirm (Hrsg.), Der DatKomm (2018) Rz. 22.

⁵² § 21 Abs. 2 DSG.

⁵³ § 21 Abs. 3 DSG; idS Art. 58 Abs. 3 lit. e DSGVO.

⁵⁴ Siehe III.B.

⁵⁵ § 23 Abs. 1 DSG.

⁵⁶ Diese ist als „jede sonstige Aufgabe im Zusammenhang mit dem Schutz personenbezogener Daten“ gem. Art. 57 Abs. 1 lit. v DSGVO zu verstehen.

⁵⁷ *Bresich/Riedl* in Bresich et al. zu § 21 Rz. 2 f; *Wlk-Rosenstingl* in Knyirm zu Art. 57 Rz. 22.

von Bundesgesetzen sowie von Verordnungen im Vollzugsbereich des Bundes, die Fragen des Datenschutzes unmittelbar betreffen“.

E. Befugnisse der DSB

Die Befugnisse der DSB ergeben sich – wie die Aufgaben – unmittelbar aus der DSGVO.⁵⁸ § 22 DSG sieht punktuelle Konkretisierungen der in Art. 58 DSGVO normierten Befugnisse vor:⁵⁹

- So kommen der DSB Auskunftsrechte zu, insbes. kann sie Aufklärung verlangen, Einschau in Datenverarbeitungen halten und Unterlagen begehren.⁶⁰
- Die DSB hat das Recht, Räume zu betreten,⁶¹ Datenverarbeitungsanlagen in Betrieb zu setzen, Verarbeitungen durchzuführen und Kopien herzustellen.⁶²
- Darüber hinaus kann die DSB bei wesentlicher und unmittelbarer Gefährdung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen den weiteren Betrieb der Datenverarbeitung untersagen.⁶³
- Die DSB ist für die Verhängung von Geldbußen gegen natürliche und juristische Personen zuständig.⁶⁴ Konkretisierende Regelungen sieht § 30 DSG vor.⁶⁵
- Die DSB ist auch für Feststellungsverfahren in Hinblick auf die Bestätigung von NGOs in deren Qualifikation als einschlägige Organisation gem. Art. 80 Abs. 1 DSGVO zuständig.

Die Ausübung der Befugnisse durch die DSB erfolgt – wie die konkreten Bestimmungen regelmäßig wiederholen – unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit. Die gewonnenen Informationen dürfen von der DSB gem. § 22 Abs. 3 DSG nicht an Gerichte, Polizei- oder Abgabenbehörden weiter-

⁵⁸ Siehe i.d.Z. Art. 58 DSGVO.

⁵⁹ *Bresich/Riedl*, § 22 DSG, in Bresich et al. (Hrsg.), DSG Kommentar (2018) Rz. 3; siehe auch AB 1761 BlgNR 25. GP 13 f.

⁶⁰ § 22 Abs. 1 DSG; Art. 58 Abs. 1 lit. a, b und e DSGVO.

⁶¹ AB 1761 BlgNR 25. GP 13 f.: Konkretisierungen sind insbes. hinsichtlich des Einschau- bzw. Betretungsrechts erforderlich.

⁶² § 22 Abs. 2 DSG; Art. 58 Abs. 1 lit. f DSGVO; AB 1761 BlgNR 25. GP 14.

⁶³ AB 1761 BlgNR 25. GP 14: Beibehaltung des § 30 Abs. 6a DSG 2000.

⁶⁴ § 22 Abs. 5 DSG; Art. 58 Abs. 2 lit. i DSGVO.

⁶⁵ Siehe dazu *Kristoferitsch/Paefgen* in diesem Band.

gegeben werden. Ausnahmen bestehen allerdings insbes. bei Verbrechen, deren Höchststrafe fünf Jahre übersteigt.⁶⁶

IV. Datenschutzrechtlicher Rechtsschutz

A. Beschwerde an die DSB

In Konkretisierung des gem. Art. 77 DSGVO vorgesehenen Rechts auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde normiert § 24 DSG die Anforderungen an eine Beschwerde. Damit wird das im bisherigen Datenschutzregime dominante Verfahren gem. § 31 DSG 2000 legislativ und damit auch regulatorisch weiterhin in den Vordergrund gerückt.⁶⁷

Eine Beschwerde gem. § 24 DSG ist nicht nur bei Behauptung, dass eine Datenverarbeitung gegen die DSGVO verstößt, zulässig, sondern auch, wenn sich die behauptete Verletzung auf das Grundrecht auf Datenschutz gem. § 1 DSG oder auf die materiellen Bestimmungen des DSG, wie sie in §§ 4–13 DSG festgelegt sind, bezieht.

Da das Grundrecht auf Datenschutz auch personenbezogene Daten von juristischen Personen schützt, sind auch derartige Beschwerden i.S.d. § 24 DSG zulässig.

Ein Anspruch auf Behandlung der Beschwerde besteht nur dann, wenn die Beschwerde innerhalb eines Jahres ab Kenntnis bzw. spätestens drei Jahre nach dem Vorfall eingebracht wird.⁶⁸ Macht der Beschwerdeführer eine Be-

⁶⁶ Die Ausnahmen bestehen „wenn die Einschau den Verdacht einer [der folgenden] strafbaren Handlung[en] [...] ergibt“: des § 63 DSG (Datenverarbeitung mit Gewinn- oder Schädigungsabsicht) bzw. der §§ 118a (Widerrechtlicher Zugriff auf ein Computersystem), 119 (Verletzung des Telekommunikationsgeheimnisses), 119a (Missbräuchliches Abfangen von Daten), 126a bis 126c (Datenbeschädigung, Störung der Funktionsfähigkeit eines Computersystems, Missbrauch von Computerprogrammen oder Zugangsdaten), 148a (Betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch) oder 278a StGB (Kriminelle Organisation) oder eines Verbrechens mit einer Freiheitsstrafe, deren Höchstmaß fünf Jahre übersteigt. In den genannten Fällen ist von der DSB Anzeige zu erstatten und hinsichtlich solcher Verbrechen und Vergehen auch Ersuchen nach § 76 StPO zu entsprechen.

⁶⁷ Nicht mehr vorgesehen ist das alte Ombudsmann-Verfahren gem. § 30 DSG 2000; die DSB verfügt aber weiterhin über alle Befugnisse ein derartiges Verfahren eigenständig durchzuführen.

⁶⁸ § 24 Abs. 4 DSG.

einträchtigung seiner schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen glaubhaft, so kann die DSB auch gem. § 22 Abs. 4 DSG bei Gefahr im Verzug die Datenverarbeitung untersagen.⁶⁹ Innerhalb von drei Monaten besteht sodann eine Unterrichtungspflicht der DSB über den Stand des Verfahrens bzw. die Ergebnisse.⁷⁰ Ist die Beschwerde berechtigt, so ist von der DSB mit Bescheid aufzutragen, den Anträgen zu entsprechen, um Rechtsverletzung zu beseitigen.⁷¹

Schließlich sind gem. § 23 Abs. 2 DSG Entscheidungen der DSB von grundsätzlicher Bedeutung für die Allgemeinheit in geeigneter Weise zu veröffentlichen. Dies geschieht in Österreich grundsätzlich durch das Rechtsinformationssystem des Bundes.⁷² Allerdings ist bei der Publikation auf die „Erfordernisse der Amtsverschwiegenheit“ Rücksicht zu nehmen.⁷³

B. Rechtsschutz gegen Entscheidungen der DSB

Gegen die verwaltungsbehördliche Entscheidung der DSB besteht ein Rechtszug an das Bundesverwaltungsgericht (BVwG). Die Beschwerde kann gegen Bescheide der DSB oder wegen Verletzung der Unterrichtungs- (3 Monate) oder der Entscheidungspflicht (6 Monate) erfolgen.⁷⁴

Auf Ebene des gerichtlichen Rechtsschutzes entscheidet das BVwG sodann in Senaten mit Laienrichterbeteiligung, wobei als „Laien“ eine Person aus dem Kreis der Arbeitnehmer und eine aus jenem der Arbeitgeber auf Vorschlag der Bundesarbeiterkammer bzw. Wirtschaftskammer bestellt werden.⁷⁵ Diese fachkundigen Laienrichter müssen eine fünfjährige Berufserfahrung und besondere Kenntnisse des Datenschutzrechts nachweisen.

Die Beteiligung von Laienrichtern erweist sich aber nicht als sachlich gerechtfertigt. Datenschutz ist keine sozialpartnerschaftliche Angelegenheit. Erklären lässt sich die Laienbeteiligung durch das österreichische Modell der Regulierungsbehörden, das oftmals überprüfende Kontrollinstanzen mit

⁶⁹ § 25 Abs. 1 DSG.

⁷⁰ § 24 Abs. 7 DSG.

⁷¹ § 24 Abs. 5 DSG.

⁷² www.ris.bka.gv.at.

⁷³ Die Materialien sind diesbezüglich nicht ergiebig. Vgl. ErläutRV 1664 BlgNR 25. GP 9.

⁷⁴ § 27 Abs. 1 DSG; vgl. *Bresich/Riedl*, § 27 DSG, in Bresich et al. (Hrsg.), DSG Kommentar (2018) Rz. 1.

⁷⁵ § 27 Abs. 2 DSG.

Laienbeteiligung ausgestattet hat;⁷⁶ rechtfertigen lässt sie sich aber nicht. Während in erster Instanz eine professionelle, unabhängige Behörde entscheidet, sollen die Gerichte durch sozialpartnerschaftliche Elemente ergänzt werden. Diese vermögen aber keine demokratische Legitimation zu generieren. Ein sachlicher Bezug zwischen Datenschutz und Arbeitsrecht besteht generell auch nicht. Dies zeigt sich im Übrigen auch bei den Schadenersatzklagen vor den ordentlichen Gerichten, bei denen zu Recht eine Zuständigkeit des (allgemeinen) Landesgerichts und nicht des (spezielleren) Arbeits- und Sozialgerichts besteht.⁷⁷

C. Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter

Wie das Datenschutz-AnpassungsG 2017 deutlich zeigt, ist der österreichische Gesetzgeber noch sehr in den alten Strukturen, die vor dem DSG bestanden haben, verhängen.⁷⁸ Demgegenüber werden neue Elemente der DSGVO nicht immer in das nationale Rechtssystem integriert. Während die Regelung der Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde – wie bereits traditionell in Österreich üblich – einer detaillierten Regelung unterzogen wurde,⁷⁹ fehlt ein Verfahren für die Geltendmachung des Rechts auf wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen Verantwortliche und Auftragsverarbeiter gem. Art. 79 DSGVO vollständig. Die bestehenden Möglichkeiten, bei ordentlichen Gerichten auf Schadenersatz zu klagen,⁸⁰ sind dabei ebenso ungenügend wie die Beschwerdemöglichkeit gegen Bescheide der DSB.⁸¹

Es verbleibt daher dabei, der Rsp. des EuGH entsprechende Verfahren i.S.d. unionsrechtlichen Äquivalenz- und Effizienzgebots⁸² zu entwickeln, um einem möglichen Vertragsverletzungsverfahren durch die Kommission mittelfristig zu entgegenen.

⁷⁶ Siehe dazu etwa Müller, Das österreichische Regulierungsbehördenmodell (2011) 208 ff.

⁷⁷ Siehe § 29 Abs. 2 DSG.

⁷⁸ Siehe etwa die Aufrechterhaltung des Technologiebezuges, wie u.a. in den Bestimmungen zur Bildverarbeitung (§§ 12 f. DSG) widergespiegelt.

⁷⁹ Siehe dazu oben unter IV.A.

⁸⁰ § 29 DSG.

⁸¹ § 27 DSG.

⁸² Siehe zum unionsrechtlichen Äquivalenz- und Effizienzgebot Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht⁶ (2017) 114 ff.

V. Herausforderungen der DSB

Die DSB wurde bereits in den letzten 10 Jahren in Österreich organisatorisch neu eingerichtet; daran hat auch die DSGVO nichts grundlegend geändert. Organisationsrechtlich steht die DSB somit im Zeichen der Kontinuität.

Die DSGVO hat aber funktionell die Aufgaben und Befugnisse der DSB deutlich erweitert und damit den rechtlichen Handlungsspielraum signifikant vergrößert. Die DSB ist durch den gewachsenen Aufgabenbereich aber auch in ganz anderer Weise herausgefordert, die damit verbundene wachsende Anzahl an Verfahren zu führen und die darüber hinausgehenden Befugnisse wahrzunehmen.

Diese neue Situation der DSB ist aber mit großen innerorganisatorischen Herausforderungen verbunden. Trotz der Unabhängigkeit der Behörde und der Festlegung als eigenständige Dienst- und Personalstelle sind damit keineswegs die notwendigen finanziellen sowie personellen Ressourcen verknüpft. Die Bedeutung einer Datenschutzbehörde im Informationszeitalter als eine der zentralen Behörden des 21. Jhdts. gebietet zur Aufgabenwahrnehmung eine Ausstattung, von der die österreichische DSB noch weit entfernt ist. Nur auf diese Weise können effektive Kontrolle, fairer Wettbewerb, faktischer Rechtsschutz und regelmäßige Überprüfungen staatlicher Überwachungsstrukturen gewährleistet werden.