

**Fachbereich Öffentliches  
Recht**

Institut für Verfassungs-  
und Verwaltungsrecht

ao.Univ.-Prof.  
**Dr. Dietmar Jahnel**

Kapitelgasse 5-7  
A-5020 Salzburg

Tel. +43 (0)662 8044-3635  
Fax +43 (0)662 8044-303  
EMail: Dietmar.Jahnel@sbg.ac.at



1.7.2014

**Datenschutzrechtliches Gutachten**  
**(überarbeitet und ergänzt um Zusatzfragen und einen europarechtlichen**  
**Exkurs von az.Prof. Dr. Günter Herzig)**

**I. Fragen, gestellt vom Magistrat Salzburg**

**1. Aktuell findet keine Anonymisierung der Amtsberichte und Beschlüsse statt. Die Sitzungen in den Ausschüssen und im Gemeinderat werden grundsätzlich öffentlich abgehalten, sofern es sich nicht um dienstrechtliche Einzelerledigungen oder ähnliches handelt.**

**Inwieweit ist das bisherige Vorgehen mit dem Datenschutzgesetz und dem Amtsgeheimnis vereinbar und welche zu behandelnden Sachverhalte müssen in nichtöffentlicher Sitzung behandelt werden?**

**a) Verfassungsrechtliche Ausgangslage**

Auf Ebene der *Bundesverfassung* ist vorgesehen, dass die Sitzungen des Gemeinderates öffentlich sind. Art 117 Abs 4 B-VG bestimmt dazu: „Die Sitzungen des Gemeinderates sind öffentlich, es können jedoch Ausnahmen vorgesehen werden. Wenn der Gemeindevorschlag oder der Gemeindefinanzabschluss behandelt wird, darf die Öffentlichkeit nicht ausgeschlossen werden.“ Parallele Regelungen sind in Art 32 B-VG für den Nationalrat und in Art 96 Abs 2 für die Landtage zu finden.

Auf *landesverfassungsrechtlicher* Ebene ist in Salzburg eine weitere gesetzliche Grundlage für die Öffentlichkeit der Sitzungen des Gemeinderates der Stadt Salzburg zu finden, nämlich in § 14 Salzburger Stadtrecht 1966 (StR): Danach sind die die Sitzungen des Gemeinderates grundsätzlich öffentlich. § 14 Abs 2 StR sieht vor, dass aus besonderen Gründen die Einberufung des Gemeinderates auch zu nichtöffentlichen Sitzungen erfolgen oder vom Gemeinderat die Verhandlung einzelner Gegenstände in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen werden

kann. Der Haushaltsplan und der Rechnungsabschluss der Gemeinde dürfen niemals in nicht-öffentlicher Sitzung behandelt werden.

Da es in den Sitzungen des Gemeinderats durchaus vorkommen kann, dass personenbezogene Daten von Dritten<sup>1</sup>, an denen ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse besteht, verwendet werden, kommt das Grundrecht auf Datenschutz zur Anwendung. Das dadurch verbürgte Grundrecht auf Geheimhaltung ist in § 1 Abs 1 DSG 2000 ebenfalls im Rang eines Verfassungsgesetzes normiert. Damit kommt es bei der Verwendung von personenbezogenen Daten in einer Gemeinderatssitzung zur Situation, dass Art 117 Abs 4 B-VG die Öffentlichkeit der Gemeinderatssitzung und der in dieser Sitzung verwendeten personenbezogenen Daten vorsieht, während § 1 DSG 2000 unter den dort näher umschriebenen Voraussetzungen die Geheimhaltung derselben Daten gebietet. Es stehen sich also zwei bundesverfassungsrechtliche Regelungen mit demselben Anwendungsbereich gegenüber, die hinsichtlich der Frage der Verwendung von personenbezogenen Daten in bestimmten Fällen (nämlich bei Vorliegen schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen an diesen Daten) zu gegenteiligen Ergebnissen führen. Da es – abgesehen von der Baugesetzwidrigkeit – keine verfassungswidrigen Verfassungsgesetze geben kann und es sich um zwei Bestimmungen auf derselben Stufe im Stufenbau der Rechtsordnung handelt, stellt sich die Frage, wie dieser Normwiderspruch gelöst werden kann.

Zur Lösung dieser Konstellation werden in der verfassungsrechtlichen Fachliteratur, wenn auch im Zusammenhang mit der parlamentarischen Kontrolle nach Art 52 B-VG, zwei Lösungswege angeboten:

1. Im bisherigen Schrifttum wird die Auffassung vertreten, dass zwischen den beiden Verfassungsnormen kein absoluter Vorrang zugunsten einer der beiden bestehe. Es sei vielmehr im Einzelfall zu prüfen, ob durch Beantwortung einer Interpellation in personenbezogener Form die Grenzen zulässiger Grundrechtseingriffe verletzt würden, was in der Praxis auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung hinausläuft.<sup>2</sup> Bei genauerer Durchsicht der einzelnen Fundstellen in der Fachliteratur zeigt sich jedoch, dass sich diese Ansicht auf eine einzige Arbeit aus dem Jahr 1994 zurückführen lässt, nämlich *Moritz*, *Datenschutz und parlamentarische Interpellation*, ÖJZ 1994, 763: Er gelangte dort zum Ergebnis, dass dem Grundrecht auf Datenschutz gegenüber der Beantwortung parlamentarischer Interpellationen der Vorrang zukommt.

2. In einer Publikation aus jüngster Zeit vertritt *Lienbacher* eine andere Ansicht: Weil sich zwei bundesverfassungsrechtliche Regelungen gegenüberstehen, stellt sich die Derogati-

---

<sup>1</sup> Beispiele aus der Judikatur sind personenbezogene Daten betreffend ein Umwidmungsverfahren (VwGH 12.03.2010, 2008/17/0206) oder eine baupolizeiliche Überprüfung (DSK 30.03.2012, K121.766/0003-DSK/2012).

<sup>2</sup> Vgl va *Kahl*, Art 52 in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), B-VG-Kommentar, Rz 40 mit zahlreichen Nachweisen.

onsfrage. Diese sei dahin aufzulösen, dass die Bestimmungen der Art 52 und 53 B-VG hinsichtlich der damit verbundenen notwendigen Informationsübermittlungen *leges speciales* zum Datenschutzgesetz darstellen. Dies habe zur Konsequenz, dass im Anwendungsbereich der genannten Artikel § 1 DSG 2000 nicht greifen kann.<sup>3</sup> Er begründet diese Ansicht damit, dass sich der Datenschutz gleichsam als Querschnitt über die gesamte Rechtsordnung legt. Die parlamentarische Kontrolle der Verwaltung ist ein Teilbereich, in dem der Datenschutz grundsätzlich auch zur Anwendung gelangt. Speziell derogiert wird ihm durch verfassungsrechtliche Bestimmungen, die die parlamentarische Kontrolle der Verwaltung vorbehaltlos gewährleisten, also insbesondere durch die Interpellation und durch die Untersuchungsausschüsse.

Ich halte die Argumentation von *Lienbacher* als die überzeugendere. Dies deshalb, weil die „harmonisierende Lösung“ den Normenwiderspruch auf Ebene des Verfassungsrechts ignoriert und die Art 52 und 53 als Ermächtigungsgesetze iSd § 1 Abs 2 DSG 2000 verstehen will und so zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung gelangt. Erkennt man hingegen an, dass ein derartiger Normenwiderspruch besteht, so ist dieser mit einer der gängigen Interpretationsmethoden, wie hier der *lex specialis*-Regel, lösbar.

Wendet man nun die *lex specialis* Lösung auf das Verhältnis von Art 117 Abs 4 B-VG und § 1 DSG 2000 an, so bedeutet dies, dass das (österreichische) Grundrecht auf Datenschutz im Anwendungsbereich des Art 117 Abs 4 B-VG, der die Öffentlichkeit der Gemeinderatssitzungen vorbehaltlos (wenn auch mit der Ermächtigung, Ausnahmen vorzusehen) regelt, nicht greifen kann. Auf die europarechtliche Komponente wird noch einzugehen sein.

Im Folgenden ist daher zu untersuchen, was unter „Öffentlichkeit“ iSd Art 117 Abs 4 B-VG zu verstehen ist.

### **b) Öffentlichkeit von Gemeinderatssitzungen**

Die Entstehungsgeschichte und der Umfang der in den angeführten Artikeln des B-VG festgelegten „Parlamentsöffentlichkeit“ wurden in der Fachliteratur (in der Ausprägung des für den Nationalrat maßgeblichen Art 32 B-VG) bereits näher untersucht.<sup>4</sup> Die Autoren kommen dabei zum Ergebnis, dass die Parlamentsöffentlichkeit seit Jahrzehnten als selbstverständliche Voraussetzung eines demokratischen Staates angesehen wird. Dafür wird fast ausschließlich ältere Literatur, die in der Regel nur bis in die 1920er-Jahre reicht, als grundlegende Referenz angegeben. Das Konzept, das in den dabei zitierten Schriften von *Tezner* und *Kelsen* zugrunde liegt, versteht die Parlamentsöffentlichkeit als Öffentlichkeit der Plenarsitzungen und damit einer öffentlichen Auseinandersetzung und dem Zwang zu einer Begründung und Rechtferti-

<sup>3</sup> *Lienbacher*, Datenschutzrecht und Staatsorganisation, 18. ÖJT Band I/2, 17 (30).

<sup>4</sup> *Kastelitz/Konrath/Neugebauer*, Datenschutz und Parlament, in *Lienbacher/Wielinger* (Hrsg), Öffentliches Recht. Jahrbuch 2011 (2011) 149 (152 ff).

gung politischer Entscheidungen. Die gesamte ältere Literatur zur Frage und Bedeutung von Parlamentsöffentlichkeit ist im Wesentlichen auf Plenarsitzungen ausgerichtet und geht zunächst von der faktisch beschränkten Zugänglichkeit parlamentarischer Verhandlungen aus. Sie sieht die Plenardebatten als wesentliches Forum, über das vielfach Berichterstattung über politische Auseinandersetzungen erst möglich wird. Und sie ist sich bewusst, dass diese Debatten für „die Öffentlichkeit“ im Wesentlichen nur mittelbar und verzögert zugänglich sind – nämlich über die Zeitungsberichterstattung in den auf Sitzungen folgenden Tagen. Darüber hinaus wird vorausgesetzt, dass die Öffentlichkeit, die erreicht werden kann, vielfach beschränkt ist. Die eingehende Auseinandersetzung mit parlamentarischen Materialien, also Anträgen, Ausschussberichten oder Anfragen ist noch einmal eingeschränkt, da in der Regel nur Protokolle von Plenarsitzungen und deren Beilagen, also Anträge und Ausschussberichte gedruckt und bezogen werden konnten. Dabei darf zuletzt nicht übersehen werden, dass auch die Recherchemöglichkeiten in der Vergangenheit sehr eingeschränkt waren, da Indices immer erst mit Verzögerung für eine Gesetzgebungsperiode erstellt werden konnten, und da die Auswertung der parlamentarischen Materialien auf ein bestimmtes Set von Schlagwörtern beschränkt war.

Es lässt sich also zusammenfassend feststellen, dass sowohl die Regelungen im B-VG als auch im GOG-NR auf Vorbilder des 19. Jahrhunderts zurückgehen und im Wesentlichen seit den 1920er-Jahren nicht verändert wurden. Sie wurden also vor dem Hintergrund des gerade dargestellten gesellschaftlichen und medialen Kontexts formuliert. Ebenso gehen die Referenzen und Grundlagen in Hinblick auf die Bedeutung von Parlamentsöffentlichkeit von diesem Bild aus und sind zudem primär auf die Plenardebatte ausgerichtet. Dazu kommt, im Sinne des „Kenntnis-Erlangens“, eine Sichtweise, die von einer weitgehend einseitigen Kommunikationsbeziehung ausgeht: auf der einen Seite finden sich die parlamentarischen Prozesse, über die in Medien berichtet wird, und über die sich schließlich „die Öffentlichkeit“ informiert.

Damit zeigt sich klar, dass Art 117 Abs 4 B-VG von der öffentlichen Zugänglichkeit der Sitzungen des Gemeinderates ausgeht, aber nicht auch das Veröffentlichen der Protokolle oder eine Live-Übertragung mit modernen Medien umfasst. Verdeutlicht wird dieses Auslegungsergebnis auch die die konkreten Formulierungen in den Gemeindeordnungen bzw Stadtrechten verschiedener Länder: So wird etwa in § 53 oö GdO nicht nur bestimmt, dass die Sitzungen des Gemeinderates öffentlich sind, sondern es wird auch der Begriff der Öffentlichkeit definiert: Danach besteht die Öffentlichkeit darin, „daß jedermann nach Maßgabe des vorhandenen Platzes berechtigt ist, zuzuhören und sich Aufzeichnungen zu machen.“ Auch die weiteren Sätze in § 14 Abs 1 StR gehen in dieselbe Richtung einer „Sitzungsöffentlichkeit“: „Die Zuhörer haben sich jeder Äußerung zu enthalten. Bei Störungen kann der Vorsitzende, nach

vorausgegangener, fruchtloser Ermahnung zur Ordnung, störende Zuhörer durch die hierfür zuständigen Organe aus dem Saal entfernen lassen. Abordnungen dürfen zu den Sitzungen nicht zugelassen werden.“

Weiters sieht Art 117 Abs 4 B-VG vor, dass Ausnahmen von der Öffentlichkeit vorgesehen werden können, ohne diesbezüglich weitere Vorgaben zu treffen. Daher kann auch die Regelung in § 14 StR auf Ebene des Landesverfassungsrechts, die vorsieht, dass aus besonderen Gründen die Einberufung des Gemeinderates auch zu nichtöffentlichen Sitzungen erfolgen oder vom Gemeinderat die Verhandlung einzelner Gegenstände in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen werden kann, nicht der Bundesverfassung widersprechen.

Zur Frage, was unter „besonderen Gründen“ zu verstehen ist, können durchaus die Wertungen des Verfassungsgesetzgebers im DSG 2000 und des europäischen Gesetzgebers in der Datenschutzrichtlinie (DS-RL) herangezogen und der Ausschluss der Öffentlichkeit ua immer dann vorgesehen werden, wenn sensible Daten in Gemeinderatssitzungen behandelt werden sollen. Damit lässt sich auch vermeiden, dass es durch eine völlig uneingeschränkte Öffentlichkeit zu einem Widerspruch des § 117 Abs 4 B-VG mit der DS-RL kommt, die eine derartige Ausnahme vom Anwendungsbereich des europäischen Datenschutzrechts nicht vorsieht.

**Art 117 Abs 4 B-VG über die öffentliche Abhaltung von Gemeinderatssitzungen ist als lex specialis zum Grundrecht auf Datenschutz nach § 1 DSG 2000 anzusehen, weshalb die Öffentlichkeit von Gemeinderatssitzungen nach Art 117 Abs 4 B-VG und § 14 StR zu beurteilen ist.**

Diese Überlegungen können sinngemäß auch auf das Verhältnis von Öffentlichkeit von Gemeinderatssitzungen als lex specialis zum Amtsgeheimnis angewendet werden.

**2. Welche Beschlüsse dürfen zB im Internet veröffentlicht werden und wieweit dürfen auch die Protokolle und deren Beilagen (Amtsberichte, Akten usw) veröffentlicht oder zumindest anonymisiert veröffentlicht werden?**

**a) Zulässigkeit des Grundrechtseingriff durch die Veröffentlichung**

Eine Veröffentlichung von Beschlüssen des Gemeinderates ebenso wie von Protokollen und Beilagen ist – wie unter Frage 1 ausführlich dargelegt wurde – nicht mehr vom Begriff der „Öffentlichkeit“ in Art 117 Abs 4 B-VG umfasst. Sofern die Beschlüsse, Protokolle und Beilagen personenbezogene Daten enthalten, ist daher die Zulässigkeit deren Veröffentlichung nach § 1 Abs 2 DSG 2000 zu beurteilen. Zunächst ist festzuhalten, dass Dokumente ohne personenbezogene Daten gar nicht in den Anwendungsbereich des DSG 2000 fallen. Sind in den Dokumenten, die veröffentlicht werden sollen, hingegen personenbezogene Daten enthalten,

ist zu prüfen, ob die mit der Veröffentlichung erfolgte Beschränkung des Grundrechts auf Geheimhaltung nach § 1 Abs 1 DSG 2000 durch einen der Zulässigkeitstatbestände des § 1 Abs 2 DSG 2000 gedeckt ist.

§ 1 Abs 2 DSG 2000 sieht vier verschiedene Fälle vor, in denen Beschränkungen des Grundrechts auf Datenschutz zulässig sind. Dies sind:

- (1) Die Verwendung von personenbezogenen Daten liegt im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen
- (2) Die Verwendung erfolgt mit Zustimmung des Betroffenen
- (3) Die Beschränkung erfolgt zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen und nicht durch eine staatliche Behörde
- (4) Die Beschränkung erfolgt zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen durch eine staatliche Behörde.

Ein lebenswichtiges Interesse des Betroffenen kommt im vorliegenden Fall als Zulässigkeitsgrund nicht in Betracht, die Möglichkeit einer Zustimmung des Betroffenen wird hinsichtlich der hier relevanten Dokumente kaum praktikabel sein. Da die Verwendung von Daten im Zuge einer Gemeindevertretungssitzung und aller damit im Zusammenhang stehenden Akte (wie zB deren Protokollierung) in den Bereich der Hoheitsverwaltung fällt, erfolgt der Eingriff durch eine „staatliche Behörde“. Dies gilt auch für den Akt der Veröffentlichung von Protokollen im Internet: Wird nämlich eine Behörde in Form von schlichter Hoheitsverwaltung tätig, so kommt es auf den rechtlichen Zusammenhang an, in dem eine bestimmte Handlung gesetzt wird. Ist eine Materie hoheitlich geprägt, so sind die damit zusammenhängenden Handlungen als Akte der Hoheitsverwaltung zu qualifizieren.<sup>5</sup> Klammert man die Möglichkeit der Zustimmung aus, hat dies zur Konsequenz, dass die Verwendung von personenbezogenen Daten gemäß § 1 Abs 2 DSG 2000 einer (formal)gesetzlichen Grundlage bedarf.<sup>6</sup>

Im Einzelnen sind die Voraussetzungen des § 1 Abs 2 DSG 2000 für die Zulässigkeit eines Eingriffs in das Grundrecht auf Datenschutz durch eine staatliche Behörde folgende:

- a) Er muss zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen erfolgen (Interessenabwägung)
- b) Er darf nur auf Grund von Gesetzen erfolgen, die aus den in Art 8 Abs 2 EMRK genannten Gründen notwendig sind (materieller Gesetzesvorbehalt)
- c) Der Eingriff in das Grundrecht darf jeweils nur in der gelindesten, zum Ziel führenden Art vorgenommen werden (gelindestes Mittel)
- d) Nach der ständigen Judikatur des VfGH muss ein Eingriffsgesetz zudem dem Bestimmtheitsgebot entsprechen.

<sup>5</sup> *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht (2010) Rz 2/46 mwN.

<sup>6</sup> Ebenso DSK 30.03.2012, K121.766/0003-DSK/2012.

Bei Eingriffen in sensible Daten müssen darüber hinaus

(e) die Wichtigkeit des Eingriffstatbestandes (nur zur Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen) nachgewiesen und

(f) angemessene Garantien für den Geheimnisschutz vorgesehen werden.

Im vorliegenden Fall bedarf es daher einer gesetzlichen Grundlage, die diesen Anforderungen entspricht. Tatsächlich ist eine gesetzliche Grundlage für die Veröffentlichung der Verhandlungsschrift des Gemeinderates der Stadt Salzburg in § 18 StR zu finden. Diese Gesetzesstelle sieht vor, dass über die Beratungen und Beschlussfassungen des Gemeinderates eine Verhandlungsschrift zu führen ist, welche vom Vorsitzenden und dem als Schriftführer bestellten Bediensteten zu unterschreiben und bei der nächsten Sitzung dem Gemeinderat zur Anerkennung oder Richtigstellung vorzulegen ist. Aus der Verhandlungsschrift muss ersichtlich sein, welche Mitglieder für und welche gegen einen Antrag gestimmt haben. Abs 2 schließlich bestimmt: „Die Einsicht in die Verhandlungsschrift über öffentliche Sitzungen ist auf Verlangen jedem eigenberechtigten österreichischen Staatsbürger, der in der Stadt seinen ordentlichen Wohnsitz hat, zu gestatten.“ Nach Abs 3 steht die Einsicht in die Verhandlungsschrift über nichtöffentliche Sitzungen hingegen nur den Mitgliedern des Gemeinderates und dem Magistratsdirektor sowie den mit der Bearbeitung des Falles beauftragten Bediensteten des Magistrates zu.

Eine ähnliche Rechtsgrundlage für die Veröffentlichung der Niederschrift über eine Sitzung der Gemeindevertretung ist in § 31 Abs 5 Sbg Gemeindeordnung 1994 (sbg GdO) zu finden. Danach können einerseits die Mitglieder der Gemeindevertretung in alle Niederschriften, andererseits die Gemeindemitglieder in Niederschriften über öffentliche Sitzungen der Gemeindevertretung beim Gemeindeamt Einsicht nehmen. Dazu hat die DSK in ihrem (rechtskräftigen) Bescheid vom 30.3.2012, K121.766/0003-DSK/2012 ausgesprochen, dass nach dieser gesetzlichen Bestimmung allen Gemeindemitgliedern in die Niederschrift der Sitzung der Gemeindevertretung im Wege der Auflage beim Gemeindeamt Einsicht zu gewähren ist. Ein fernelektronischer Zugang ausschließlich für Gemeindemitglieder wäre demgegenüber (gemeint ist wohl: danach) datenschutzrechtlich unschädlich. Der Zugang durch Veröffentlichung im Internet findet in der genannten Gesetzesbestimmung aber keine Grundlage. Daher hat die Veröffentlichung der Niederschrift über die Sitzung der Gemeindevertretung den Beschwerdeführer in seinem Recht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten nach § 1 DSG 2000 verletzt.

Wendet man diese Aussagen auf die ganz ähnlich lautende Bestimmung des § 18 Abs 2 StR an, so kann diese nur als gesetzliche Ermächtigung dafür gesehen werden, jedem eigenberechtigten österreichischen Staatsbürger, der in der Stadt seinen ordentlichen Wohnsitz hat, Zu-

gang zu der Verhandlungsschrift des Gemeinderates zu gewähren. Der Zugang für jedermann durch Veröffentlichen im Internet kann in § 18 Abs 2 StR keine Deckung finden.

**Zusatzfrage 1: Wird für Beschlüsse, die der Gemeinderat im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung fasst, auch eine gesetzliche Ermächtigung benötigt?**

Der Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz erfolgt in diesem Fall nicht durch eine „staatliche Behörde“,<sup>7</sup> weshalb der dritte Eingriffstatbestand des § 1 Abs 2 „Die Beschränkung erfolgt zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen (und nicht durch eine staatliche Behörde)“ zur Anwendung kommt. In diesem Fall ist für die Zulässigkeit des Grundrechtseingriffs das Vorliegen einer formellen gesetzlichen Grundlage nicht unbedingt notwendig, diese ist vielmehr im Einzelfall nach den §§ 7 ff DSG 2000 zu prüfen.

**Zusatzfrage 2: Den Kundmachungen der Stadt gehen Amtsberichte voraus (diese sind ua eine Art von Erläuterungen zu den kundzumachenden Beschlüssen). Ist es möglich im Zuge mit der Kundmachung des Beschlusses im Internet auch die auf diesen basierenden Amtsberichte zu veröffentlichen.**

Sofern diese Amtsberichte personenbezogene Daten enthalten, ist für eine zulässige Veröffentlichung nach dem bisher gesagten eine gesetzliche Grundlage notwendig. Da § 19 StR nur die Kundmachungen selbst, aber nicht die Amtsberichte umfasst, ist diese Bestimmung entsprechend zu ergänzen.

**b) Veröffentlichung anonymisierter Protokolle**

Anonyme Daten sind Angaben, die niemand auf eine Person zurückführen kann. Sie fallen wegen Fehlens eines Personenbezugs aus dem Grundrechtstatbestand des § 1 DSG 2000 heraus und unterliegen auch nicht den einfachgesetzlichen Bestimmungen des DSG. Schwierige Abgrenzungsfragen ergeben sich in den Fällen, in denen eine Reidentifikation der Daten dem Grunde nach zwar möglich, auf Grund der Umstände des Einzelfalls aber äußerst unwahrscheinlich ist. Nach herrschender Ansicht kann dann von anonymisierten Daten ausgegangen werden, wenn die betroffene Person mit Mitteln, deren Einsatz man vernünftigerweise annehmen kann, nicht mehr identifizierbar ist und zwar weder durch den Verwender noch durch einen Dritten.<sup>8</sup>

Wenn also eine derartige „wirkliche“ Anonymisierung der Protokolle von Gemeinderatssitzungen und deren Beilagen möglich ist, dann würde die Veröffentlichung im Internet nicht unter das Datenschutzrecht fallen. Ob das durch eine Schwärzung von Namen oder die Anfüh-

<sup>7</sup> Pürgy/Zavadil, Die "staatliche Behörde" im Sinne des § 1 Abs 2 DSG 2000, in Bauer/Reimer (Hrsg), Handbuch Datenschutzrecht (2009) 141 (147).

<sup>8</sup> Jahnle, Handbuch Datenschutzrecht (2010) Rz 3/84.

rung lediglich von Anfangsbuchstaben wirklich erreicht werden kann, ist allerdings vor allem im Zusammenhang mit lokalen Daten mehr als fraglich. Diese werden dennoch gerade bei Protokollen von Gemeinderatssitzungen in bestimmten Konstellationen für etliche Menschen mit „Umgebungswissen“ immer wieder allein vom Gegenstand her auch ohne unmittelbare Namensnennung bestimmbar sein. Es sei nur am Rande darauf hingewiesen, dass dasselbe auch für die vergleichbare „Anonymisierung“ bei OGH-Entscheidungen im RIS gilt (zB H\*\*\*\*\* Handelsgesellschaft mbH, wenn es im Sachverhalt um Brillen geht). Es handelt sich beim Versuch einer derartigen „Anonymisierung“ daher mE eher um das „gelindeste Mittel“ iSd § 1 Abs 2 letzter Satz DSGVO 2000 im Zusammenhang mit einer Veröffentlichung, dessen Einhaltung aber nur dann zu prüfen ist, wenn einer der vier genannten Zulässigkeitsgründe für den Grundrechtseingriff bejaht werden kann.

**Die Veröffentlichung von Beschlüssen, Protokollen etc des Gemeinderats im Internet – sofern die Dokumente personenbezogene Daten enthalten – verstößt zurzeit gegen das Grundrecht auf Geheimhaltung. Für die Zulässigkeit der Veröffentlichung muss die gesetzliche Grundlage in § 18 StR entsprechend den Vorgaben des § 1 Abs 2 DSGVO 2000 für die Zulässigkeit eines Eingriffs in das Grundrecht auf Datenschutz durch eine staatliche Behörde neu gestaltet werden.**

**Eine weitere Möglichkeit besteht darin, die verfassungsgesetzliche Grundlage der „Parlamentsöffentlichkeit“, die als lex specialis zum DSGVO 2000 anzusehen ist, für alle Vertretungskörper im B-VG an die durch die heutige Technologie geänderten Gegebenheiten anzupassen.**

**3. Gelten im „behördlichen Bereich“ auch konkludente Zustimmungen in der Form, dass ein Hinweis vor dem Gemeinderatssaal ausgehängt wird, wo die Teilnahme (das Betreten des Saales) gleichzeitig als Zustimmung zur Datenverarbeitung gilt?**

§ 4 Z 14 definiert die datenschutzrechtliche Zustimmung als gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt.

Im DSGVO sind drei Formen der Zustimmung vorgesehen, von denen im konkreten Fall zwei in Betracht kommen:

- Die Zustimmung zur Verarbeitung und Übermittlung nicht-sensibler Daten nach § 8 Abs 1 Z 2.
- Die ausdrückliche Zustimmung zur Verarbeitung und Übermittlung sensibler Daten nach § 9 Z 6.

Das DSG 2000 sieht beim Zulässigkeitstatbestand der Zustimmung keinen Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Bereich vor. In der konkreten Fragestellung geht es darum, ob die Zuseher einer Gemeinderatssitzung ihre Zustimmung dazu schlüssig abgeben können, dass sie im Rahmen der Video-Aufzeichnung einer Gemeinderatssitzung gefilmt werden bzw die Gemeinderatssitzung in Form eines Live-Streams im Internet übertragen wird.

Je nachdem, wie weit man den Begriff der Videoüberwachung in § 50a DSG 2000 auslegt, handelt es sich bei dieser Datenverwendung entweder um eine Videoüberwachung oder aber um eine Bildaufzeichnung, die nach der herrschenden Ansicht<sup>9</sup> zu der Kategorie der sensiblen Daten zu zählen ist. Da die Rechtsfolge nach § 50a Abs 3 Z 3 bzw § 9 Z 6 DSG 2000 dieselbe ist, muss dieser Frage hier nicht näher nachgegangen werden: In beiden Fällen kommt nämlich nur eine „ausdrückliche“ Zustimmung zur Datenverarbeitung in Frage, eine konkludente Zustimmung scheidet daher aus.<sup>10</sup>

#### **4. Worin besteht die Glaubhaftmachung der Zuständigkeit bei Übermittlungen an die Öffentlichkeit?**

Nach § 7 Abs 2 dürfen Daten nur übermittelt werden, wenn

- sie aus einer zulässigen Datenverwendung stammen und
- der Empfänger dem Übermittelnden seine ausreichende gesetzliche Zuständigkeit oder rechtliche Befugnis im Hinblick auf den Übermittlungszweck glaubhaft gemacht hat und
- durch Zweck und Inhalt der Übermittlung die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen nicht verletzt werden.

Auf die weiteren Voraussetzungen des gelindesten Mittels und die Einhaltung der allgemeinen Grundsätze des § 6 ist bei der vorliegenden Fragestellung nicht einzugehen.

Tatsächlich bereitet der Prüfungsschrift „Glaubhaftmachung der Zuständigkeit“ bei einer Datenveröffentlichung, die ja datenschutzrechtlich ebenfalls eine Übermittlung darstellt, fast unüberwindliche Schwierigkeiten. Zunächst stellt sich die Frage, wer bei einer Veröffentlichung der Empfänger ist und worin die „Befugnis“ eines allenfalls identifizierten Empfängers liegen soll. So ist es für die Veröffentlichung geradezu kennzeichnend, dass es keinen bestimmten Empfänger gibt – schließlich werden die Daten der Allgemeinheit zugänglich gemacht. Dass die Allgemeinheit nicht Empfänger iSd § 7 Abs 2 Z 2 sein kann, erschließt sich schon aus einer grammatikalischen Interpretation der zitierten Gesetzesstelle: mit dem bestimmten Artikel „der“ wird deutlich, dass der Gesetzgeber einen (den) Empfänger vor Augen

<sup>9</sup> Vgl *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht Rz 3/92.

<sup>10</sup> *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht Rz 4/78 mwN.

hatte. Eine unbestimmte Anzahl von Empfängern bedarf eines anderen Artikels und deshalb würde eine andere Interpretation eine Überspannung des Wortsinns zur Folge haben.

Das die Datenveröffentlichung kennzeichnende Fehlen eines bestimmten Empfängers hat aber noch eine weitere Konsequenz: Bei der Veröffentlichung gibt es niemand Bestimmten, den der Veröffentlicher „ansprechen“ will, sie ist an die Allgemeinheit bzw die Öffentlichkeit gerichtet. Vielmehr hängt es – aus der Perspektive des Veröffentlichers – von Faktoren, die er kaum oder gar nicht beeinflussen kann, ab, wer von den veröffentlichten Daten tatsächlich Kenntnis erlangt. Es gibt daher – bei dieser Sichtweise – keinen konkreten Empfänger iSd § 7 Abs Z 2, der seine rechtliche Befugnis glaubhaft machen könnte.

Versteht man hingegen den Begriff „der Empfänger“ so weit, dass damit auch die Öffentlichkeit umfasst ist, stellt sich die Frage, worin bei einer Veröffentlichung die Befugnis der Öffentlichkeit als Empfänger im Sinne einer konkreten „rechtlichen Erlaubnis“ liegen könnte. Als derartige Befugnis könnte allenfalls die (passive) Informationsfreiheit des Art 10 EMRK herangezogen werden. Im System des DSGVO ist jedoch das Vorliegen einer konkreten Befugnis zur Datenverwendung zu einem bestimmten Zweck gesetzliche Voraussetzung jeder Datenverwendung (§§ 6 Abs 1 Z 1, 7 Abs 1), wobei eine Rechtfertigung der konkreten Datenverwendung etwa durch Gesetz, Satzung, Gewerbeberechtigung, Gesellschaftsvertrag etc verlangt wird. Eine derartige spezielle Befugnis zu einem Datenempfang für den Einzelnen ist Art 10 EMRK aber nicht zu entnehmen. Wollte man dies anders sehen, könnte sich jedermann bei einer Übermittlung iSd § 7 ausschließlich auf Art 10 EMRK berufen. Eine speziellere Befugnis wäre dann nicht mehr von Nöten und es würde die Voraussetzung der konkreten rechtlichen Befugnis jeden sinnvollen Anwendungsbereich verlieren.

Man könnte nun argumentieren, dass im Falle einer Veröffentlichung die Befugnis der Öffentlichkeit als Empfänger außer Zweifel steht und daher eine Glaubhaftmachung gar nicht notwendig ist. Dieser Lösungsweg scheitert aber wiederum daran, dass es bei der Veröffentlichung keinen bestimmten Empfänger gibt und daher auch keine konkrete rechtliche Befugnis zu finden ist, die außer Zweifel stehen könnte.

Nach alledem würde eine am Wortsinn haftende Interpretation des § 7 Abs 2 Z 2 jede Datenveröffentlichung rechtlich unmöglich machen. Dieses Ergebnis ist jedoch aus mehreren Gründen überschießend und nicht sachgerecht:

- Schon daraus, dass der Gesetzgeber die Datenveröffentlichung als eine der Formen der Datenübermittlung in § 4 Z 12 definiert, wird ersichtlich, dass er in weiterer Folge nicht diese eine bestimmte Unterform der Übermittlung in allen Fällen gänzlich unmöglich machen wollte.
- Der Schutzzweck des § 7 Abs 2 Z 2, nämlich dass im Interesse des Betroffenen sichergestellt werden soll, dass die Daten nach der Weitergabe einer befugten „Empfangsstelle“ zukommen,

kommt im Fall einer Übermittlung an einen konkreten Empfänger zum Tragen, nicht aber im Fall der Veröffentlichung. Mit einer rechtmäßigen Veröffentlichung entfällt grundsätzlich der grundrechtliche Geheimhaltungsanspruch des DSG 2000.

- Dieses Auslegungsergebnis würde im Widerspruch zum Unionsrecht stehen, das eine Datenveröffentlichung unter der Bezeichnung „Verbreitung“ sehr wohl vorsieht. Art 8 lit f iVm Art 2 lit b wären dann unvollständig umgesetzt.

- Schließlich zeigt ein Blick auf die Entwicklung der Regelungen über das Veröffentlichens von Daten, dass bereits die Stammfassung des DSG 1978 das Veröffentlichens von Daten regelte (auch damals bereits im Zusammenhang mit der Übermittlung). Nach der alten Rechtslage war aber eine Datenveröffentlichung immer unter denselben Voraussetzungen möglich wie eine Weitergabe, die Kontrolle einer Befugnis des Empfängers war dabei nicht vorgesehen. Das durch das DSG 2000 die Datenübermittlung unterbunden werden sollte, ist aus dem Werdegang des Gesetzes nirgends ersichtlich.

Es ist daher § 7 Abs 2 Z 2 insofern teleologisch zu reduzieren, als bei einer Datenveröffentlichung – anders als bei einer reinen Datenweitergabe – die zitierte Gesetzesbestimmung nicht zur Anwendung gelangt.<sup>11</sup>

Zur Rechtsfigur der „teleologischen Reduktion“ sei in diesem Zusammenhang nur kurz angemerkt, dass sie durchaus auch im öffentlichen Recht angewendet wird, um der ratio legis gegen einen überschießend weiten Gesetzeswortlaut Durchsetzung zu verschaffen.<sup>12</sup> Ganz allgemein wird eine teleologische Reduktion von den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts dann vorgenommen, wenn verfassungswidrige Ergebnisse, unverständliche oder nicht sachgerechte Ergebnisse vermieden werden sollen.<sup>13</sup>

## **5. Ist das Medienprivileg des § 48 DSG 2000 auf das Informationszentrum der Stadt Salzburg anwendbar und inwieweit würde dies die oben geschilderten Sachverhalte legitimieren?**

### **a) Medienprivileg im DSG 2000**

Auf innerstaatlicher Ebene regelt § 48 DSG 2000 das sog „Medienprivileg“: Danach sind, soweit Medienunternehmen, Mediendienste oder ihre Mitarbeiter Daten unmittelbar für ihre publizistische Tätigkeit im Sinne des Mediengesetzes verwenden, von den einfachgesetzlichen Bestimmungen des DSG 2000 nur die §§ 4 bis 6, 10, 11, 14 und 15 anzuwenden. Mit dieser Regelung wurde die Vorgabe des Art 9 DS-RL in österreichisches Recht umgesetzt.

<sup>11</sup> Vgl dazu mit zahlreichen Nachweisen *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht Rz 4/125 ff.

<sup>12</sup> VwGH 23.2.2007, 2006/12/0110.

<sup>13</sup> ZB VwGH 28.6.2007, 2006/16/0216; 13.12.2005, 2003/11/0055; 7.9.2005, 2005/08/0019.

Sinn und Zweck dieser Bestimmungen ist es, einen angemessenen Ausgleich zwischen Kommunikationsfreiheit und Datenschutz zu finden.

Das Informationszentrum der Stadt Salzburg (InfoZ) ist eine Organisationseinheit des Magistrat Salzburg, das für die gesamte Presse- und Öffentlichkeitsarbeit des Magistrats Salzburg zuständig ist. Das InfoZ gibt 14-tätig das Amtsblatt heraus, erstellt in Zusammenarbeit mit den Dienststellen mit den Dienststellen Publikation und Broschüren, führt Bürgerinformationen vor Ort durch und unterstützt durch Marketing-Aktivitäten die Produkte und Leistungen des Unternehmens Magistrat. Das Informationszentrum ist auch Service- und Anlaufstelle für die Medien, zu deren Information Presseausendungen und Pressekonferenzen angeboten werden. Die Kanäle für die Öffentlichkeitsarbeit sind Internet, eigene Printprodukte, Pressearbeit und Info-Veranstaltungen aller Art. Die Umsetzung geschieht in eigener journalistischer Arbeit der Redaktions-MitarbeiterInnen des InfoZ und in Abstimmung mit den zuständigen Entscheidungsträgern auf Verwaltungs- und Ressortebene.

Die Anwendbarkeit des § 48 DSG 2000 ist aber an das Vorliegen eines Medienunternehmens, eines Mediendienstes oder ihrer Mitarbeiter geknüpft. Daher ist zunächst die Frage zu beantworten, ob das InfoZ unter einem dieser Begriffe subsumiert werden kann: In einem vergleichbaren Fall hatte die DSK bereits die Frage zu prüfen, ob der Landespressediens des Amtes der Kärntner Landesregierung ein Mediendienst im Sinne des § 1 Abs 1 Z 7 des MedienG ist. Mediendienste sind demnach Unternehmen, die Medienunternehmen wiederkehrend mit Beiträgen in Wort, Schrift, Ton oder Bild versorgen. Wesentlich ist für die Qualifikation als Mediendienst die Unternehmereigenschaft und damit die Selbständigkeit, weshalb bloße Pressestellen oder Öffentlichkeitsabteilungen einer Behörde oder eines Wirtschaftsunternehmens nicht als Mediendienst im Sinne des Mediengesetzes angesehen werden können (Rz. 28 zu § 1 Abs 1 Z 7 Mediengesetz; Berka/Höhne/Noll/Polley – Mediengesetz). Der Landespressediens stellt demnach keinen Mediendienst dar, als ihm als Untergliederung einer Abteilung des Amtes der Kärntner Landesregierung die selbständige Unternehmereigenschaft fehlt.<sup>14</sup>

Nach § 1 Abs 1 Z 6 MedienG ist ein Medienunternehmen ein Unternehmen, in dem die inhaltliche Gestaltung des Mediums besorgt wird sowie seine Herstellung und Verbreitung oder seine Ausstrahlung oder Abrufbarkeit entweder besorgt oder veranlasst werden. Mangels Unternehmereigenschaft fällt das InfoZ der Stadt Salzburg daher auch nicht unter den Begriff Medienunternehmen.

---

<sup>14</sup> DSK 27.02.2004, K120.867/0001-DSK/2004.

Damit scheint nach der österreichischen Rechtslage, die ausschließlich Medienunternehmen, Mediendienste und deren Mitarbeiter privilegiert, klar zu sein, dass das Informationszentrum der Stadt Salzburg nicht unter das Medienprivileg fällt.

### **b) Medienprivileg nach der DS-RL**

Da das DSG 2000 die österreichische Umsetzung der DS-RL 95/46/EG bildet, ist auch die unionsrechtliche Rechtslage mit zu berücksichtigen. Dabei zeigt sich, dass die Vorgabe in Art 9 der DS-RL wesentlich weiter gefasst ist als die österreichische Umsetzung: „Die Mitgliedstaaten sehen für die Verarbeitung personenbezogener Daten, die allein zu journalistischen, künstlerischen oder literarischen Zwecken erfolgt, Abweichungen und Ausnahmen von diesem Kapitel sowie von den Kapiteln IV und VI nur insofern vor, als sich dies als notwendig erweist, um das Recht auf Privatsphäre mit den für die Freiheit der Meinungsäußerung geltenden Vorschriften in Einklang zu bringen.“

Die Konsequenzen aus der Tatsache, dass § 48 DSG 2000 wesentlich enger gefasst ist als die unionsrechtliche Vorgabe, wurden in der datenschutzrechtlichen Literatur bereits genauer untersucht.<sup>15</sup> Der Autor kommt dabei zum Ergebnis, dass das österreichische „Medienprivileg“ in § 48 DSG datenschutzrechtliche Ausnahmeregelungen tatsächlich nur für „klassische“ Medienunternehmen (wie Zeitungen, Fernsehen und Radio), Mediendienste und Medienmitarbeiter vorsieht. Datenanwendungen im Zuge der publizistischen Tätigkeit von allen übrigen (Privat-)Personen, wie beispielsweise NGOs, Unternehmen außerhalb der Medienbranche, juristische Personen öffentlichen Rechts, Interessensvertretungen oder Bloggern fallen daher – abgesehen von wenigen Ausnahmefällen – in den vollen Anwendungsbereich der datenschutzrechtlichen Zulässigkeitsbeschränkungen.

Seit dem EuGH-Urteil *Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia*<sup>16</sup> ist klaggestellt, dass dies den Vorgaben der DS-RL widerspricht, welche Ausnahmeregelungen bezüglich aller journalistisch tätigen Personen verlangt. Danach gelten die in Art 9 der DS-RL vorgesehenen Befreiungen und Ausnahmen, wie sich aus den Vorarbeiten zu der Richtlinie ergibt, nicht nur für Medienunternehmen, sondern für jeden, der journalistisch tätig ist.<sup>17</sup>

Somit ist die österreichische Umsetzung des Art 9 DS-RL in § 48 DSG 2000 viel zu eng erfolgt. In derartigen Fällen einer unzureichenden Umsetzung einer Richtlinie sieht der EuGH in ständiger Judikatur eine mehrstufige Prüfung der Folgen vor. Vorauszuschicken ist, dass diese Prüfung bislang immer aus der Sicht der Durchsetzung durch den Einzelnen vor einem nationalen Gericht erfolgte. Sie sieht im Wesentlichen folgende Schritte vor:

<sup>15</sup> *Berthou*, § 48 DSG - Datenschutz vs Medienfreiheit im unionsrechtlichen Kontext, *jusIT* 2013/7, 11.

<sup>16</sup> EuGH 16.12.2008, C-73/07 (*Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia*) = MR-Int 2009, 14 (*Wittmann*).

<sup>17</sup> EuGH 16.12.2008, C-73/07, Rz 58-60

1. Schritt: Die nationalen Gerichte müssen bei der Anwendung des nationalen Rechts dieses so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks der fraglichen Richtlinie auslegen, um das in der Richtlinie festgelegte Ziel zu erreichen und damit Art 288 Abs 3 AEUV nachzukommen. Der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung verlangt überdies, dass die nationalen Gerichte unter Berücksichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts und unter Anwendung der dort anerkannten Auslegungsmethoden alles tun, was in ihrer Zuständigkeit liegt, um die volle Wirksamkeit der fraglichen Richtlinie zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem von der Richtlinie verfolgten Ziel im Einklang steht.<sup>18</sup>

Allerdings unterliegt der Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts bestimmten Schranken. So findet die Verpflichtung des nationalen Richters, bei der Auslegung und Anwendung der einschlägigen Vorschriften des innerstaatlichen Rechts den Inhalt einer Richtlinie heranzuziehen, in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen ihre Schranken und darf nicht als Grundlage für eine Auslegung contra legem des nationalen Rechts dienen.<sup>19</sup>

2. Schritt: Sollte eine solche Auslegung nicht möglich sein, ist zu prüfen, ob die relevante Richtlinienbestimmung unmittelbare Wirkung hat und ob sich der Einzelne gegebenenfalls gegenüber dem Staat darauf berufen kann.<sup>20</sup> Insoweit ist zu beachten, dass sich nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Einzelne in all den Fällen, in denen die Bestimmungen einer Richtlinie inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sind, vor den nationalen Gerichten gegenüber dem Staat auf diese Bestimmungen berufen kann, wenn der Staat die Richtlinie nicht fristgemäß oder unzulänglich in nationales Recht umgesetzt hat.<sup>21</sup>

Was das Grundrecht auf Datenschutz in §§ 1 DSG betrifft, so ist mit den gängigen Auslegungsmethoden eine richtlinienkonforme Interpretation für „journalistische Tätigkeiten“ iSd Art 9 DS-RL möglich: Man kann einerseits argumentieren, dass in diesem Fall keine schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen nach § 1 Abs 1 DSG vorliegen und damit die journalistische Tätigkeit nicht in den Anwendungsbereich des Grundrechts auf Geheimhaltung fällt. Zudem kann man über eine unionsrechtskonforme Interpretation des Eingriffstatbestandes der „überwiegende berechtigte Interessen eines anderen“ zum selben Ergebnis kommen, was zur Folge hat, dass Eingriffe in das „Grundrecht auf Datenschutz“ dann gerechtfertigt sind, wenn diese Datenanwendungen zum Zwecke journalistischer Tätigkeit iSd EuGH-Urteils Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia vorgenommen werden.

Damit stellt sich die Frage, ob die Tätigkeit des InfoZ als journalistische Tätigkeit zu qualifizieren ist. Nach dem EuGH muss erstens in Anbetracht der Bedeutung der Freiheit der Mei-

<sup>18</sup> ZB EuGH 24.05.2012, C-97/11, Rz 28 ff.

<sup>19</sup> EuGH 24.01.2012, C-282/10, Rz 25.

<sup>20</sup> ZB EuGH 24.01.2012, C-282/10, Rz 32 ff.

<sup>21</sup> EuGH 24.11.2011, C-468/10, Rz 51.

nungsäußerung der Begriff „Journalismus“ weit ausgelegt werden. Zweitens schließt die Tatsache, dass eine Veröffentlichung öffentlicher Daten mit der Absicht verbunden ist, Gewinn zu erzielen, nicht von vorneherein aus, dass sie als eine Tätigkeit angesehen werden kann, die „allein zu journalistischen Zwecken erfolgt“. Und drittens muss die Entwicklung und die Vielfältigkeit der Mittel zur Kommunikation und zur Verbreitung von Informationen berücksichtigt werden. Der Träger, mit dem die verarbeiteten Daten übermittelt werden – ob es sich um einen klassischen Träger wie Papier oder Radiowellen oder aber um einen elektronischen Träger wie das Internet handelt –, ist daher nicht ausschlaggebend für die Beurteilung, ob es sich um eine Tätigkeit „allein zu journalistischen Zwecken“ handelt.<sup>22</sup>

In der Fachliteratur ist folgende zusammenfassende Definition zu finden: Journalistische Tätigkeit iSd DS-RL muss daher jede Verbreitung von Informationen, Meinungen und Ideen in der Öffentlichkeit sein. Dazu muss auch die journalistische Informationsfreiheit gehören, dh das Ermitteln und Speichern von Daten zu Recherchezwecken.<sup>23</sup> Aus alledem ergibt sich, dass es sich bei der Tätigkeit des InfoZ um eine Datenverarbeitung „allein zu journalistischen Zwecken“ iSd Art 9 DS-RL handelt.

### **Exkurs: Europarechtliche Beurteilung des Medienprivilegs iSd Art 9 der Datenschutz-RL (Autor: Prof. Dr. Günter Herzig)**

Aus den bisherigen Überlegungen ergibt sich also, dass es sich bei der Tätigkeit des InfoZ um eine Datenverarbeitung „allein zu journalistischen Zwecken“ iSd Art 9 DS-RL handelt. Das heißt, dass auf der Grundlage des europäischen Rechts das Medienprivileg des Art 9 der DS-RL auch auf die Tätigkeit von Einrichtungen wie des InfoZ zur Anwendung kommt.

#### ***Widerspruch zur österreichischen Rechtslage ?***

Damit scheint sich aber zunächst ein Widerspruch zur innerstaatlichen Rechtslage in Österreich aufzutun. § 48 DSG wird nämlich von Teilen des Schrifttums und der Anwendungspraxis in einem engeren Sinne ausgelegt. Danach sind die für den Anwendungsbereich des Medienprivilegs nach dieser Bestimmung maßgeblichen Begriffe „Medienunternehmen“ und „Mediendienste“ im Sinne der Begriffsbestimmungen des Mediengesetzes zu verstehen.<sup>24</sup> Das Mediengesetz wiederum knüpft dazu an die selbständige Unternehmereigenschaft an. Da bloßen Pressestellen und Öffentlichkeitsabteilungen von Behörden diese Selbständigkeit fehlt, könnten sich, so wird argumentiert, Einrichtungen wie das InfoZ der Stadt Salzburg nicht auf das „österreichische“ Medienprivileg des § 48 DSG berufen.

<sup>22</sup> EuGH 16.12.2008, C-73/07, Rz 56.

<sup>23</sup> Berthou, jusIT 2013/7, 11 (13 f).

<sup>24</sup> Jahnel, Handbuch Datenschutzrecht Rz 8/42 ff; DSK 27.02.2004, K120.867/0001-DSK/2004.

Damit täte sich ein Umsetzungsdefizit auf, das allenfalls durch eine – europarechtlich gebotene – Novellierung des DSG durch den Gesetzgeber geschlossen werden müsste. Auf der Grundlage der derzeit noch geltenden Rechtslage wäre dann allerdings den Städten und Gemeinden, die eigene Medienabteilungen unterhalten, eine Veröffentlichung verwehrt, da das Medienprivileg ja auf diese Einrichtungen nicht zur Anwendung käme.

### **Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung**

Ein derartiges Defizit bei der Umsetzung einer Richtlinie ist jedoch nach den Vorgaben des Unionsrechts nicht ohne weiteres hinzunehmen. Vielmehr ist, wie oben bereits ausgeführt, in zwei Schritten zu prüfen, ob eine richtlinienkonforme Auslegung des innerstaatlichen Rechts möglich ist bzw, sollte eine solche nicht möglich sein, ob ausnahmsweise die Richtlinienbestimmung unmittelbar zur Anwendung kommt.

Eine genauere unionsrechtliche Untersuchung zeigt nun, dass eine richtlinienkonforme Auslegung des österreichischen Datenschutzrechts sehr wohl möglich ist. Damit wird den Vorgaben des Art 9 der DS-RL und der dort vorgesehenen weiten Auslegung des Medienbegriffs im Sinne der Judikatur des EuGH schon auf der Grundlage der geltenden Rechtslage entsprochen. Da nur so ein europarechtskonformer Rechtszustand hergestellt werden kann, ist eine derartige Auslegung nicht nur möglich sondern auch zwingend geboten.

Gegenstand der richtlinienkonformen Auslegung kann und muss jedwede Bestimmung des nationalen Rechts sein. Sie ist also nicht auf die Umsetzungsgesetzgebung beschränkt.

### **Kann § 48 DSG richtlinienkonform ausgelegt werden?**

Im vorliegenden Fall kann jedoch schon bei der unmittelbaren Umsetzungsnorm des § 48 DSG angesetzt werden. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung sollen *„Medienunternehmen und Mediendienste“* oder ihre Mitarbeiter, die *„Daten unmittelbar für ihre publizistische Tätigkeit im Sinne des Mediengesetzes verwenden“*, vom Privileg erfasst sein.

Es stellt sich nun die Frage, ob dieser Wortlaut auch eine Einbeziehung von Tätigkeiten wie jene des InfoZ trägt.

Wie oben soeben angesprochen, soll das nach Teilen des Schrifttums und der Anwendungspraxis nicht möglich sein.<sup>25</sup> Diese stützen ihr Ergebnis im Wesentlichen auf einen impliziten Verweis, der dem § 48 DSG zu entnehmen sei. Der Begriff *„Medienunternehmen und Mediendienste“* sei im Sinne des Mediengesetzes zu verstehen und käme mangels unternehmeri-

---

<sup>25</sup> *Berthou*, § 48 DSG - Datenschutz vs Medienfreiheit im unionsrechtlichen Kontext, jusIT 2013/7, 11; DSK 27.02.2004, K120.867/0001-DSK/2004.

scher Selbständigkeit auf die Medienabteilungen öffentlicher Körperschaften nicht zur Anwendung.

Es ist daher zunächst darauf einzugehen, ob diese Argumentation im Lichte des Gebots zur richtlinienkonformen Auslegung noch aufrechterhalten werden kann und der Bestimmung wirklich ein derartiger Verweis zu entnehmen ist. Ist dies nicht der Fall, so wäre der Weg zu einer Wortlautinterpretation eröffnet und es ist zu untersuchen, ob die vom InfoZ ausgeübte Tätigkeit im Lichte der Richtlinie als „Mediendienst“ iSd § 48 DSGVO zu qualifizieren ist. Bejahendenfalls könnte sich die Stadt Salzburg im Wege der Tätigkeit des Informationszentrums auf das Medienprivileg berufen.

### **Der Begriff „Medienunternehmen und Mediendienste“ iSd DSGVO ist nicht im Sinne des Mediengesetzes zu verstehen**

In Beantwortung der ersten Frage ist zunächst darauf hinzuweisen, dass dem DSGVO ein expliziter Verweis auf die Legaldefinition des Mediengesetzes nicht zu entnehmen ist. § 48 spricht nicht von „Medienunternehmen und Mediendiensten im Sinne des Mediengesetzes“ sondern vielmehr nur davon, dass „Daten unmittelbar für eine publizistische Tätigkeit im Sinne des Mediengesetzes“ verwendet werden müssen. Der Verweis auf das Mediengesetz kann somit auch so verstanden werden, dass er sich auf die publizistische Tätigkeit, die ausgeübt wird, bezieht und nicht auf die Einrichtung, von der diese ausgeht. In diesem Sinne können auch die Erläuternden Bemerkungen verstanden werden, die terminologisch die „journalistischen Tätigkeiten“ nach Art 9 DS-RL mit den „publizistische Tätigkeiten“ im Sinne von § 48 DSGVO gleichsetzen und klarstellen dass unter dieser Tätigkeit nicht nur die tagesgenaue Berichterstattung der Presse oder sonstiger Medien zu verstehen ist, sondern auch Publikationen mit größerem Umfang (etwa Bücher) zu aktuellen, die Öffentlichkeit legitimerweise interessierenden Themen.<sup>26</sup>

### **Systematische Argumente stehen dem genauso wenig entgegen...**

Gegen die hier vertretene Auffassung könnte ein systematisches Argument ins Treffen geführt werden: Wenn der Gesetzgeber Begriffe wie „Medienunternehmen und Mediendienste“ in zwar unterschiedlichen, jedoch wie im Fall des DSGVO und des Mediengesetzes, doch miteinander verwobenen Materiegesetzen in gleicher Weise verwendet, so ist ihm zuzusinnen, dass damit auch der gleiche Norminhalt verbunden sein soll. Dieses Argument gewinnt noch erheblich an Gewicht, wenn dies tatsächlich dem historisch festzustellenden Willen des Gesetzgebers entspricht. Dies scheint vorliegend der Fall. Nach den EB sollte

*„durch Verknüpfung mit bestimmten Berufsbildern (Medienmitarbeiter) bzw. Funktionen (Medienunternehmen, Mediendienste) eine Begriffsreduktion auf jenen Umfang erfolgen, der*

<sup>26</sup> ErlRV 1613 BlgNR XX. GP, 52 f.

*infolge des überragenden öffentlichen Interesses am Informationsauftrag der Medien gegenüber den datenschutzrechtlichen Geheimhaltungsinteressen zu privilegieren ist.*<sup>27</sup>

Dennoch ist auch in einem solchen Fall an der richtlinienkonformen Auslegung festzuhalten.<sup>28</sup>

Dazu ist an den Zweck dieses im Wesentlichen von der Rsp des EuGH entwickelten Grundsatzes zu erinnern. Dieser besteht darin, den „effet utile“, also die praktische Wirksamkeit der Durchsetzung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten sicherzustellen. Dazu müssen alle mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte das nationale Recht so weit wie möglich im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der RL auslegen.<sup>29</sup>

Nach der E des EuGH in der Rs C-73/07, *Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia* gebietet es der Zweck der RL, die von ihr verwendeten Begriffe, zu denen der des Journalismus gehört, weit auszulegen.<sup>30</sup> Der Gerichtshof verweist dazu insbesondere auf die Bedeutung, die der Freiheit der Meinungsäußerung in jeder demokratischen Gesellschaft zukommt. Daraus folgt, dass die in Art 9 DS-RL vorgesehenen Befreiungen und Ausnahmen, nicht nur für Medienunternehmen, sondern für jeden zu gelten habe, der journalistisch tätig ist.<sup>31</sup>

Diese Zwecksetzung darf nicht durch eine den Zielen der RL nicht entsprechende Auslegung des nationalen Rechts konterkariert werden. Wenn daher die innerstaatliche Norm mehrere Interpretationen zulässt, so ist zwingend jene zu wählen die den Vorgaben der Richtlinie entspricht. Gleichzeitig sind diejenigen Interpretationen zu verwerfen, die gegen die RL verstoßen würden.<sup>32</sup>

§t 48 1. Satz DSG lässt nun mehrere Interpretationen zu. Er kann in dem Sinne verstanden werden, dass unter Medienunternehmen und –diensten nur jene zu verstehen sind, die in die Begriffsbestimmung des Mediengesetzes fallen. Der Wortlaut kann aber auch so verstanden werden, dass er keinen Verweis enthält und der Begriff somit autonom und damit unabhängig von den Einschränkungen der Legaldefinition des Mediengesetzes interpretiert werden kann. Nur letztere Variante eröffnet die Möglichkeit, die richtlinienwidrige Einschränkung des Medienprivilegs auf Medienunternehmer in § 48 DSG zu beseitigen. Sie ist daher vorzuziehen, das gegenteilige Auslegungsergebnis ist zu verwerfen, da es sonst zu unionsrechtswidrigen Ergebnissen käme.

### **...wie der historische Wille des Gesetzgebers...**

<sup>27</sup> aaO.

<sup>28</sup> *Berthou*, jusIT 2013/7, 11, 12.

<sup>29</sup> EuGH 13.11.1990, C-106/89 (*Marleasing*), Rz 8; EuGH 10.04.1984, C-14/83 (*Von Colson und Kamann*), Rz 26.

<sup>30</sup> EuGH 16.12.2008, C-73/07 (*Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia*), Rz 56.

<sup>31</sup> aaO Rz 58; Vgl auch Schlussanträge der GA Kokott, C-73/07 (*Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia*), Rz 65.

<sup>32</sup> So treffend *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Rn 291.

Auch der möglicherweise anders gestaltete historische Wille des Gesetzgebers steht dem nicht entgegen. Dies wäre nur dann der Fall, wenn sich dieser Wille eindeutig im Wortlaut der Norm abbildete, etwa in Form einer Formulierung wie „Medienunternehmer und Mediendienste iSd Mediengesetzes haben...“. In diesem Fall wären die Grenzen der Auslegung erreicht, die auch durch eine Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung weder ausgedehnt werden können noch müssen. Eine Interpretation contra legem wird durch das Unionsrecht nicht vorgeschrieben.<sup>33</sup> Lässt hingegen der Wortlaut der Norm wie im vorliegenden Fall mehrere Interpretationen zu, ist jene zu wählen, durch die dem Zweck der Richtlinie am ehesten entsprochen wird. Die historisch-subjektive Interpretation ist hier nur eine von mehreren Auslegungsmethoden, die das österreichische Recht kennt. Sie würde in casu zu einem Ergebnis führen, das nicht den Zielen der Richtlinie entspricht. Das so gewonnene Auslegungsergebnis ist daher zu verwerfen und eine Interpretationsmethode zu wählen, mit dem ein richtlinienkonformes Ergebnis erreicht werden kann.

### **Der Begriff des Medienunternehmers und Mediendienstes iSd DSG ist vielmehr autonom zu verstehen ...**

Dies ist mit der Wortlautinterpretation möglich. Der Begriff des Medienunternehmens und der Mediendienste ist daher nicht im Sinne des Mediengesetzes zu verstehen. Er ist vielmehr autonom auszulegen.

Es ist danach zu fragen, ob der Begriffshof auch eine Auslegung deckt, nach der das InfoZ als Medienunternehmen oder Mediendienst zu qualifizieren ist.

Dies ist zu bejahen. Schon eine Qualifikation als „Medienunternehmen“ ist nicht auszuschließen. Dies zeigt ein Blick in die Rsp des EuGH zum Unternehmensbegriff des Europäischen Wirtschaftsrechts. Dort wird weder die Gewinnerzielungsabsicht noch die Selbständigkeit der Einrichtung zwingend mit der Unternehmereigenschaft verbunden<sup>34</sup>. Es reicht vielmehr schon aus, dass Güter oder Dienstleistungen auf einem Markt angeboten werden.<sup>35</sup> Dies tut auch das InfoZ, indem es Dienste für und mit Medien anbietet und damit auf dem Markt publizistischer Leistungen auftritt. Anders sieht dies die aktuelle Rsp der DSK.<sup>36</sup> Diese kann allerdings einer richtlinienkonformen Auslegung nicht entgegenstehen. Behörden und Gerichte sind vielmehr verpflichtet, auch von einer ständigen und gefestigten Rsp abzuweichen, wenn damit ein den Zielen der Richtlinie entsprechendes Auslegungsergebnis erreicht werden kann.

<sup>33</sup> EuGH 24.01.2012, C-282/10 (Dominguez), Rz 25; EuGH 15.04.2008, C-268/06 (Impact), Rz 100.

<sup>34</sup> Aus der Rsp vgl nur EuGH 12.09.2000, C-180/98 u C-184/98 (Pavlov ua.), Rz 118; EuGH 22.1.2002, C-218/00 (Cisal), Rz 37; EuGH 22.5.2003, C-355/00 (Freskot), Rz 77.

<sup>35</sup> Vgl nur EuGH 26.03.2009, C-113/07 P (SELEX), Rz 69; EuGH 01.07.2008, C-49/07 (MOTOE), Rz 22; EuGH 12.09.2000, C-180/98 u C-184/98 (Pavlov ua), Rz 75; EuGH, 18.06.1998, C-35/96 (Kommission/Italien), Rz 36; diesem folgend EuG 30.03.2000, T-513/93 (Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Kommission), Rz 36; ebenso schon das Urteil in EuGH 16.06.1987, C-118/85 (Kommission/Italien), Rz 7.

<sup>36</sup> DSK 27.02.2004, K120.867/0001-DSK/2004.

Die Frage, ob das InfoZ als Medienunternehmen zu qualifizieren ist, kann jedoch letztlich dahingestellt bleiben.

### **...das InfoZ ist als Mediendienst iSd DSG zu qualifizieren**

Die Tätigkeit des InfoZ wird nämlich jedenfalls in die zweite, alternativ in § 48 DSK genannte Kategorie der „Mediendienste“ einzuordnen sein. Hier ergibt sich eine einschränkende Auslegung ja allein erst durch den Verweis auf die Legaldefinition des MedienG, das darunter nur „*Unternehmen* versteht, die Medienunternehmen wiederkehrend mit Beiträgen in Wort, Schrift, Ton oder Bild versorgt“ (§ 1 Abs 1 Z 7; eigene Hervorhebung). Wie aufgezeigt, ist diese Legaldefinition nun aber bei europarechtskonformer Auslegung des § 48 DSG nicht heranzuziehen. Losgelöst von dieser Einschränkung des Mediengesetzes ist aber nicht erkennbar, warum Mediendienste nur von Unternehmen erbracht werden könnten. Vielmehr können dem Wortlaut der Bestimmung nach unter „Mediendiensten“ auch ganz allgemein Dienste verstanden werden, die für Medien und in einem medialen Umfeld erbracht werden. Dazu ist die Tätigkeit des InfoZ wohl jedenfalls zu zählen.

Indem § 48 DSG nicht nur Medienunternehmen sondern auch Mediendienste erfasst, eröffnet dies die Möglichkeit den Kreis der vom Medienprivileg erfassten Einrichtungen über den engeren Kreis der Unternehmen hinaus auch auf andere Einrichtungen zu erstrecken, die Dienste für Medien erbringen. Mit einer solchen, vom Wortlaut gedeckten weiten Auslegung des Begriffs wird auch unmittelbar dem vom EuGH in der Rs C-73/07, Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia geforderten Ergebnis Rechnung getragen, wonach die in Art 9 DS-RL vorgesehenen Befreiungen und Ausnahmen nicht nur für Medienunternehmen, sondern für jeden zu gelten haben, der journalistisch tätig ist.

### **Ergebnis**

**Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, dass Einrichtungen wie das Informationszentrum der Stadt Salzburg in richtlinienkonformer Auslegung des § 48 DSG als Mediendienste zu qualifizieren sind, auf deren publizistische Tätigkeit somit das Medienprivileg zu Anwendung kommt.**

Da somit schon mit einer richtlinienkonformen Auslegung ein dem Unionsrecht entsprechendes Ergebnis erreicht werden kann, kann auf weiterführende Ausführungen zur Frage einer eventuellen unmittelbaren Wirkung der in Rede stehenden Richtlinienbestimmung verzichtet werden.

### **Exkurs Ende**

Dieses Auslegungsergebnis ist auch auf ein Live-Streaming von Gemeinderatssitzungen durch das InfoZ zu übertragen.

### **6. Bestehen besondere datenschutzrechtliche Vorkehrungen, wenn man eine Volltextsuche für die Beschlüsse und Protokolle samt Beilagen vorsehen möchte?**

Auch im Anwendungsbereich des Medienprivilegs ist das Gebot des gelindesten Mittels nach § 1 Abs 2 letzter Satz DSG 2000 zu berücksichtigen. Dies geht auch mit der Rsp des EuGH konform, wonach die Ausnahmen und Einschränkungen in Bezug auf den Datenschutz, die durch das Medienprivileg vorgesehen sind, auf das absolut Notwendige zu beschränken sind.<sup>37</sup>

Das bedeutet konkret, dass personenbezogene Daten Dritter in Beschlüssen, Protokollen und Beilagen jedenfalls dann so gut wie möglich unkenntlich zu machen sind, wenn dies dem Zweck der Veröffentlichung, nämlich der Transparenz der Gemeindeverwaltung nicht widerspricht. Wenn eine Volltextsuche in den Dokumenten vorgesehen ist, so erfordert mE das Gebot des gelindesten Mittels jedenfalls, dass personenbezogene Daten Dritter nicht für die Suche indiziert werden.

## **II. Zusatzfragen vom 9.12.2013**

### **1. Ist es aus datenschutzrechtlicher Sicht zulässig, Gemeinderatsprotokolle auf der Homepage einer Gemeinde zu veröffentlichen?**

*a) Ist eine weitergehende gesetzliche Ermächtigung erforderlich, um Gemeinderatsprotokolle im Internet veröffentlichen zu dürfen oder ist bereits eine grundlegende Bestimmung in einem Stadtrecht bezüglich des Rechtes auf Einsichtnahme in die Protokolle (wie beispielsweise § 26 Abs. 5 Stadtrecht der Landeshauptstadt Innsbruck 1975, LGBl. Nr. 53/1975 idgF) ausreichend?*

Unter Punkt I.2.a) wurde ausgeführt, dass eine Bestimmung, die die Einsicht in die Niederschrift der Gemeinderatssitzung nur für Gemeindemitglieder gewährt, keine taugliche Rechtsgrundlage für eine Veröffentlichung von Gemeinderatsprotokollen im Internet darstellt. Nun ist eine derartige Einschränkung auf Gemeindemitglieder in § 26 Abs 5 Innsbrucker Stadtrecht nicht zu finden. Diese Gesetzesstelle lautet: „Jedermann kann während der Amtsstunden des Stadtmagistrats in die Niederschrift Einsicht nehmen. Die Einsichtnahme in die gesonderte Niederschrift ist auf die Mitglieder des Gemeinderates beschränkt.“

---

<sup>37</sup> EuGH 16.12.2008, C-73/07, Rz 56.

Auch wenn die Argumentation im unter Punkt I.2.a) angeführten Bescheid der DSK nicht unmittelbar auf diese anderslautende gesetzliche Grundlage übertragen werden kann, so nimmt der Wortlaut mit der Wendung „während der Amtsstunden des Stadtmagistrats in die Niederschrift Einsicht nehmen“ doch sehr deutlich auf eine schriftliche Ausfertigung des Gemeinderatsprotokolls Bezug, die im Stadtmagistrat aufliegt. Zudem findet eine Einsichtnahme in elektronische Gemeinderatsprotokolle über das Internet „außerhalb der Amtsstunden“ durch diese gesetzliche Grundlage keine Deckung. Eine Einsichtnahme am Abend und in der Nacht sowie an Wochenenden und Feiertagen sperren zu müssen, weil sie in diesen Zeiten mangels gesetzlicher Deckung datenschutzwidrig ist, widerspricht geradezu dem Grundgedanken einer Veröffentlichung im Internet. Eine teleologische Interpretation dahingehend, den Begriff der Amtsstunden im Zusammenhang mit dem Internet derart weit zu sehen, dass auch Zeiten außerhalb der Amtsstunden mit umfasst sind, scheidet aber in diesem Fall mE an der äußerst möglichen Grenze des Wortsinns.

*b) Welche Inhalte von Gemeinderatsprotokollen (wie z.B. Daten im Zusammenhang mit Grundstückskäufen) bedürfen einer „Schwärzung“ bzw. einer Behandlung im Rahmen der nicht-öffentlichen Sitzung (über welche eine nicht der Veröffentlichung zugängliche Niederschrift aufgenommen wird), um Gemeinderatsprotokolle in zulässiger Weise im Internet veröffentlichen zu können?*

Siehe zur Frage der „Schwärzung“ Punkt I.2.b) und zur Frage einer Behandlung in nicht-öffentlicher Sitzung Punkt I.1.b) letzter Absatz.

*c) Welche Datenarten sind bei der Veröffentlichung in einem Gemeinderatsprotokoll auf der Homepage einer Gemeinde nicht zulässig? Sind ausschließlich die Namen von natürlichen Personen geschützt oder betrifft dies auch den Namen von juristischen Personen/ Personengemeinschaften? Unterliegen auch die Namen von verstorbenen Personen (z.B. bei einem Widerruf einer Ehrung durch den Gemeinderat) dem Schutz nach dem DSG 2000?*

Nach der Definition des Begriffs „Betroffener“ in § 4 Z 3 DSG 2000 fallen sowohl natürliche als auch juristische Personen sowie Personengemeinschaften unter den Anwendungsbereich und damit den Schutz des österreichischen Datenschutzrechts.

Nach einhelliger Judikatur und Literatur endet der Schutz des Grundrechts auf Datenschutz mit dem Tode, weil es sich dabei um ein höchstpersönliches Recht handelt, das mit dem Tod des Betroffenen erlischt und nicht auf Rechtsnachfolger übergeht.<sup>38</sup> Damit sind, wenn im

---

<sup>38</sup> DSK 12.9.2003, K202.028/006-DSK/2003; *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht Rz 2/8 mwN.

DSG 2000 von „Daten“ die Rede ist, immer nur Daten lebender Personen gemeint, weil nur diese als Träger des Grundrechts auf Datenschutz in Frage kommen.

Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass mit dem Erlöschen des Grundrechts auf Datenschutz mit dem Tod ein postmortaler Persönlichkeitsschutz nach anderen Rechtsvorschriften nicht ausgeschlossen ist: So hat der OGH mehrfach auf der Grundlage des § 16 ABGB einen derartigen Persönlichkeitsschutz nach dem Tod anerkannt. Auch zu Art 8 EMRK wird die Meinung vertreten, dass das Lebensbild des Verstorbenen durch den Schutzbereich dieses Grundrechtes mit umfasst ist, da dieses eine Nachwirkung über den Tod hinaus entfaltet.<sup>39</sup>

*d) Stellen bereits die Namen von natürlichen Personen/juristischen Personen selbst sensible Daten im Sinne des DSG 2000 dar, wenn z.B. bestimmte Nachnamen ein Rückschluss auf die Rasse bzw. die ethnische Herkunft ermöglichen?*

Tatsächlich kann schon der bloße Name – in ganz bestimmten Konstellationen – einen gewissen Hinweis auf die ethnische Herkunft der jeweiligen Person geben. Regelmäßig wird sich aber aus der konkreten Datenverarbeitung, in der Namen gespeichert sind, wie etwa einem Adressenverzeichnis, einem Telefonbuch, einer Kundendatei etc nicht mit hinlänglicher Sicherheit eine ethnische Herkunft ableiten lassen. Dennoch sind durchaus Datenverarbeitungen denkbar, die so aufgebaut sind, dass sich aus dem Namen sehr wohl die ethnische Herkunft ableiten lässt, nämlich dann, wenn eine Namensliste einen direkten Bezug zur ethnischen Herkunft aufweist und dieser Bezug auch bekannt ist. Ein prominentes Beispiel aus der Zeitgeschichte ist „Schindlers Liste“, auf der ausschließlich Namen von Menschen jüdischer Herkunft enthalten waren.

Konkret kommt es also immer darauf an, ob es sich in der jeweiligen Anwendung um Angaben „über“ die ethnische Herkunft handelt, also welchen Aussagewert der Name in der konkreten Verwendung tatsächlich hat.<sup>40</sup>

## **2. Ist es gemäß den Bestimmungen des DSG 2000 zulässig, die Gewährung von Subventionen unter Nennung des Namens des Subventionsempfängers, des Verwendungszweckes und der Höhe der gewährten Subvention auf der Website einer Gemeinde zu veröffentlichen?**

*a) Ist es in Hinblick auf § 7 DSG 2000 für eine nachfolgende Veröffentlichung der Subventionsempfänger in der oben beschriebenen Weise ausreichend, wenn eine gesetzliche Bestim-*

<sup>39</sup> Weitere Nachweise dazu: *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht Rz 2/9.

<sup>40</sup> *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht Rz 3/92.

*mung, wie z.B. § 28 Abs. 2 lit. n Innsbrucker Stadtrecht 1975, die grundsätzliche Zuständigkeit von Organen einer Gemeinde für die Vergabe von Subventionen normiert?*

§ 28 Abs 2 lit n Innsbrucker Stadtrecht lautet: „Unbeschadet der ihm sonst noch zukommenden Aufgaben ist der Stadtsenat weiters zur selbständigen Beschlußfassung in folgenden Angelegenheiten des eigenen Wirkungsbereiches berufen:

n) die Vergabe von Subventionen von mehr als 3.000,- Euro bis höchstens 10.000,- Euro je Einzelfall und Haushaltsjahr;“.

Diese Bestimmung regelt die Zuständigkeit zur Vergabe von bestimmten Subventionen, verliert aber kein Wort über eine nachträgliche Veröffentlichung der Daten über die Subventionsempfänger. Eine derartige Zuständigkeitsbestimmung kann daher keinesfalls als gesetzliche Deckung für eine Veröffentlichung der Subventionsempfänger angesehen werden.

In diesem Zusammenhang stellt sich aber die Frage, ob für die Veröffentlichung von Subventionsempfängern durch die Gemeinde überhaupt eine gesetzliche Grundlage notwendig ist, weil es sich bei der Vergabe von Subventionen um einen Akt der Privatwirtschaftsverwaltung handelt. Der Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz erfolgt daher nicht durch eine „staatliche Behörde“,<sup>41</sup> weshalb der dritte Eingriffstatbestand des § 1 Abs 2 „Die Beschränkung erfolgt zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen eines anderen (und nicht durch eine staatliche Behörde)“ zur Anwendung kommt (siehe dazu Punkt I.2.a). In diesem Fall ist für die Zulässigkeit des Grundrechtseingriffs das Vorliegen einer formellen gesetzlichen Grundlage nicht unbedingt notwendig, diese ist vielmehr im Einzelfall nach den §§ 7 ff DSGVO 2000 zu prüfen.

Im konkreten Fall der Veröffentlichung von Subventionsempfängern handelt es sich um nicht-sensible Daten, weswegen die Nichtverletzung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen nach § 8 DSGVO 2000 zu beurteilen ist. Da keine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung besteht und keine lebenswichtigen Interessen des Betroffenen die Verwendung erfordern, ist – sofern der Subventionsempfänger der Veröffentlichung nicht zugestimmt hat – nach § 8 Abs 1 Z 4 DSGVO 2000 ein Überwiegen der Interessen des Auftraggebers oder eines Dritten gegenüber den Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen zu argumentieren. Als Argumente dafür kann angeführt werden, dass die Veröffentlichung des Namens des Subventionsempfängers, des Verwendungszweckes und der Höhe der gewährten Subvention die Transparenz in Bezug auf die Verwendung von öffentlichen Mittel verbessert, die öffentliche Kontrolle der Verwendung der Subventionsmittel stärkt und damit zur angemessenen Verwendung öffentlicher Mittel durch die Verwaltung beiträgt. Bei der Erhöhung der Transparenz in Bezug auf die Verwendung von Subventionsmittel handelt es sich nach der EuGH-Judikatur um eine von der Union

---

<sup>41</sup> *Pürgy/Zavadil*, Die "staatliche Behörde" im Sinne des § 1 Abs 2 DSGVO 2000, in Bauer/Reimer (Hrsg), Handbuch Datenschutzrecht (2009) 141 (147).

anerkannte dem Gemeinwohl dienende Zielsetzung.<sup>42</sup> Damit lässt sich eine Interessenabwägung zugunsten der Datenveröffentlichung mit guten Gründen argumentieren.

Nun ist aber in einem weiteren Schritt nach § 7 Abs 3 DSG 2000 zu prüfen, ob der durch die Veröffentlichung von Name, Verwendungszweck und Höhe der Subvention verbundene Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz nur im erforderlichen Ausmaß und mit den gelindesten zur Verfügung stehenden Mittel erfolgt. Dies ist bei einer völlig uneingeschränkten Veröffentlichung der angeführten Datenkategorien nach der dazu vorliegenden Judikatur des EuGH nicht der Fall: „In Anbetracht der Tatsache, dass sich die Ausnahmen und Einschränkungen in Bezug auf den Schutz der personenbezogenen Daten auf das absolut Notwendige beschränken müssen und dass Maßnahmen vorstellbar sind, die dieses Grundrecht der natürlichen Personen weniger stark beeinträchtigen, den Zielen der in Rede stehenden Unionsrechtsvorschriften aber ebenso in wirksamer Weise dienen, ist festzustellen, dass der Rat und die Kommission die durch die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vorgegebenen Grenzen überschritten haben, indem sie die Veröffentlichung der Namen aller natürlichen Personen, die Empfänger von EGFL- und ELER-Mitteln sind, sowie der genauen aus diesen Fonds erhaltenen Beträge vorgeschrieben haben.“<sup>43</sup>

Es ist daher davon auszugehen, dass eine uneingeschränkte Nennung der Namen aller Subventionsempfänger, des Verwendungszweckes und der Höhe der gewährten Subvention auf der Website einer Gemeinde nicht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht. Eine Zulässigkeit der Veröffentlichung erfordert nach der Rsp des EuGH eine gewisse Beschränkung der Veröffentlichung von Daten in einem Ausmaß, das gerade noch ausreicht, um die genannten Ziele der öffentlichen Kontrolle der Vergabe von Subventionsmitteln zu gewährleisten. Wie dies konkret aussehen könnte, ist dem angeführten Urteil des EuGH allerdings nur in wenigen Ansätzen zu entnehmen: „... wie etwa die Beschränkung der Veröffentlichung von Daten unter namentlicher Nennung der Empfänger nach Maßgabe der Zeiträume, während deren sie Beihilfen erhalten haben, der Häufigkeit oder auch von Art und Umfang dieser Beihilfen.“<sup>44</sup>

*b) Ist für die Veröffentlichung von Subventionsempfängern in der oben genannten Art und Weise die ausdrückliche Zustimmungserklärung des Subventionsempfängers erforderlich? Kann sich eine Gemeinde im Falle des Widerrufs einer derartigen Zustimmung eine Prüfung vorbehalten, ob dennoch eine Veröffentlichung der Daten nach einem entsprechenden positiven Ergebnis einer Interessensabwägung gemäß § 8 Abs. 1 Z 4 DSG 2000 möglich ist? Muss*

---

<sup>42</sup> Siehe dazu EuGH 09.11.2010, C-92/09 (Volker und Markus Schecke) Rz 67-71 zu Agrarsubventionen der EU:

<sup>43</sup> EuGH 09.11.2010, C-92/09 (Volker und Markus Schecke) Rz 86.

<sup>44</sup> EuGH 09.11.2010, C-92/09 (Volker und Markus Schecke) Rz 81.

*die Gemeinde den Subventionsempfänger auf die Möglichkeit eines Widerrufs sowie diese nachfolgende Interessensabwägung ausdrücklich hinweisen?*

Wenn die Veröffentlichung von Subventionsempfängern auf eine positive Interesseabwägung nach § 8 Abs 1 Z 4 DSG 2000 gestützt werden kann, ist keine Zustimmungserklärung des Subventionsempfängers erforderlich (eine „ausdrückliche“ Zustimmung ist übrigens nur bei der Verwendung sensibler Daten nach § 9 Z 6 DSG 2000 gefordert). Nach der DS-RL genügt es nämlich für die Zulässigkeit einer Datenverwendung, dass (zumindest) eine der alternativen Voraussetzungen von Art 7 lit a-f erfüllt ist, also im konkreten Fall entweder das Vorliegen einer Zustimmung oder einer bestehenden Interessenabwägung bzw beides. Insofern ist der Satzteil „wobei ein Widerruf jederzeit möglich ist und die Unzulässigkeit der weiteren Verwendung der Daten bewirkt“ in § 8 Abs 1 Z 2 DSG 2000 etwas missverständlich, als er sich nur auf den Zulässigkeitsgrund der Zustimmung bezieht. Eine weitere Datenverwendung kann dennoch zulässig sein, wenn sie sich neben der Zustimmung bzw nach deren Wegfall immer noch auf einen anderen Zulässigkeitsgrund wie va auf ein überwiegendes berechtigtes Interesse des Auftraggebers stützen kann.<sup>45</sup> In diesem Fall liegt der Vorteil der Einholung einer Zustimmung in einer (zumindest vorläufigen) Rechtssicherheit hinsichtlich der Zulässigkeit der Datenverwendung.

Eine Hinweispflicht auf die Möglichkeit eines jederzeitigen Widerrufs der Zustimmung ist dem DSG 2000 selbst nicht zu entnehmen, sondern wurde in der Judikatur des OGH zu Zustimmungsklauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen entwickelt.<sup>46</sup> Weder nach dem DSG 2000 noch nach der OGH-Judikatur besteht hingegen eine Pflicht, auf den alternativen Zulässigkeitsgrund der Interessenabwägung hinzuweisen. Vorauszusehen ist allerdings, dass es für einen Betroffenen kaum verständlich sein wird, wieso seine Daten in trotz erfolgtem Widerruf seiner Zustimmung zulässigerweise (nun eben aufgrund der positiven Interessenabwägung) weiter verwendet werden dürfen.

*c) Ist es aus datenschutzrechtlicher Sicht auch zulässig, den Namen eines Subventionswerbers, den Verwendungszweck und die Höhe der beantragten Subvention im Falle der Ablehnung des betreffenden Ansuchens (in der Gemeinderatssitzung) ohne Zustimmung des Subventionswerbers iSd Pkt. 1. in den Gemeinderatsprotokollen auf der Website der Gemeinde zu veröffentlichen bzw. per „Live-Stream“ im Sinne des Pkt. 3. ins Internet zu übertragen?*

<sup>45</sup> *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht Rz 4/33; *Knyrim*, Datenschutzrecht (2. Auflage, Wien 2012) 144.

<sup>46</sup> Zusammengefasst bei *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht Rz 3/137 und *Knyrim*, Datenschutzrecht 167.

Eine derartige Veröffentlichung unterliegt denselben Grundsätzen wie die Veröffentlichung von nicht-sensiblen personenbezogenen Daten in Gemeinderatsprotokollen generell (siehe dazu Punkt II.1. bzw 3. mit den entsprechenden Verweisen).

### **3. Ist es gemäß den Bestimmungen des DSG 2000 zulässig, Sitzungen des Gemeinderates, für welche grundsätzlich eine Volksöffentlichkeit gilt, per „Live-Stream“ im Internet zu übertragen?**

*a) Ist eine gesetzliche (Stadtrechts-)Bestimmung über die Zulässigkeit der Übertragung der Gemeinderatssitzungen im Internet, wie z.B. § 25 Abs. 1 Innsbrucker Stadtrecht 1975, als gesetzliche Ermächtigung iSd DSG 2000 ausreichend?*

§ 25 Abs 1 Innsbrucker Stadtrecht lautet: „Die Sitzungen des Gemeinderates sind öffentlich. Jedermann ist nach Maßgabe des vorhandenen Platzes berechtigt zuzuhören. Die Übertragung der Gemeinderatssitzungen im Internet mit einer Bildfixierung auf den jeweiligen Redner und die Verwendung eines Tonträgers als Hilfsmittel des Schriftführers für die Erstellung der Niederschrift sind zulässig. Ob und inwieweit Ton- und Bildaufnahmen darüber hinaus zulässig sind, hat der Gemeinderat zu beschließen.“

Bei dieser Bestimmung handelt es sich – im Gegensatz zu den unter Punkt I.2.a) untersuchten Rechtsgrundlagen um eine explizite gesetzliche Ermächtigung zur Übertragung von Gemeinderatssitzungen im Internet im Sinne des dort zitierten Bescheides der DSK. Damit ist nun weiter zu prüfen, ob diese gesetzliche Grundlage den Anforderungen des § 1 Abs 2 DSG 2000 für eine Eingriffsnorm in das Grundrecht auf Datenschutz entspricht (zum Prüfungsschema dafür siehe Punkt I.2.a):

#### a) Interessenabwägung

Wie schon unter Punkt I.1.b) ausgeführt, wird die Parlamentsöffentlichkeit vom österreichischen Verfassungsgesetzgeber seit Jahrzehnten als selbstverständliche Voraussetzung eines demokratischen Staates angesehen. Überträgt man die Vorstellung der Öffentlichkeit von Plenarsitzungen und die damit verbundene öffentlichen Auseinandersetzung mit dem Zwang zu einer Begründung und Rechtfertigung politischer Entscheidungen aus dem Anfang des 20. Jahrhundert in die heutige Zeit, so sind die Veröffentlichung von Parlamentsprotokollen im Internet und ein Live-Streaming von Parlamentssitzungen die zeitgemäße, logische Weiterentwicklung dieser Grundgedanken. Die Transparenz von parlamentarischen Prozessen stellt sogar ein auf verfassungsgesetzlicher Ebene mehrfach verankertes öffentliches Interesse dar. Es bestehen somit überwiegende berechnigte Interessen eines anderen (hier: des Staates und aller Staatsbürger) gegenüber den Geheimhaltungsinteressen der von der Datenverwendung Betroffenen.

#### b) Materieller Gesetzesvorbehalt

Als Schutzgüter iSd Art 8 Abs 2 EMRK, die einen Eingriff in das Grundrecht rechtfertigen, kommen insbesondere die öffentliche Ruhe und Ordnung, die Verteidigung der Ordnung und der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer in Betracht.

#### c) Gelindestes Mittel

Dadurch, dass die hier vorliegende gesetzliche Grundlage bei der Übertragung der Gemeinderatssitzung die Bildfixierung auf den jeweiligen Redner vorsieht, wird das Gebot, dass der Grundrechtseingriff nur mit den gelindesten Mitteln erfolgen darf, gewahrt. Ein gelinderes Mittel zur Erreichung des Zweckes der Datenverwendung ist nicht ersichtlich.

Ob es sich bei der konkreten Übertragung der Gemeinderatssitzungen mit einer Bildfixierung auf den jeweiligen Redner um sensible oder nicht-sensible Daten handelt, ist schwer zu beantworten: Einerseits geht aus Bilddaten immer die ethnische Herkunft des Redners hervor ebenso wie in bestimmten Fällen – wie etwa bei einem Brillenträger – Daten über seine Gesundheit. Andererseits kann – ähnlich wie bei der Frage nach der Datenqualität von Namen (Punkt II.1.d) – argumentiert werden, dass es sich bei einer derart eingeschränkten Übertragung gerade nicht um Daten „über“ die ethnische Herkunft bzw die Gesundheit handelt.

Sofern man der Ansicht ist, dass es sich bei Bilddaten im Zweifel immer um sensible Daten handelt, sind zwei weitere Punkte zu prüfen:

#### d) Wahrung wichtiger öffentlicher Interessen

Die unter b) genannten Schutzgüter stellen auch wichtige öffentliche Interesse iSd der verschärften Bedingungen für die Zulässigkeit der Verwendung sensibler Daten dar.

#### e) Angemessene Garantien

Die Bildfixierung auf den jeweiligen Redner kann als eine angemessene Garantie für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Zuschauer und der sonstigen Mitglieder des Gemeinderates gesehen werden.

#### f) Bestimmtheitsgebot

Als weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit des Eingriffs in das Grundrecht auf Datenschutz ist es nach der stRsp des VfGH notwendig, dass bei Eingriffen einer staatlichen Behörde durch ein Gesetz ausreichend präzise, also für jedermann vorhersehbar geregelt wird, unter welchen Voraussetzungen die Ermittlung bzw die Verwendung personenbezogener Daten für die Wahrnehmung konkreter Verwaltungsaufgaben zulässig ist.<sup>47</sup> Der jeweilige Gesetzgeber muss somit nach § 1 Abs 2 DSG 2000 eine materienspezifische Regelung in dem Sinn vorse-

---

<sup>47</sup> Zuletzt VfGH 01.10.2013, G 2/2013 = jusIT 2013/106, 224 (*Jahnel*).

hen, dass die Fälle zulässiger Eingriffe in das Grundrecht auf Datenschutz konkretisiert und begrenzt werden. Dabei ist es allerdings nicht immer erforderlich, dass der Gesetzgeber die einzelnen konkreten Daten, die verwendet werden dürfen, im Einzelnen aufzählt.<sup>48</sup>

In Anbetracht dieser Vorgaben erscheint Satz 2 der Regelung über die Übertragung von Gemeinderatssitzungen als ausreichend konkret. Satz 3 hingegen lässt völlig offen, unter welchen Voraussetzungen der Gemeinderat darüber hinausgehende Ton- und Bildaufnahmen für zulässig erklären kann und dürfte deshalb mE dem geforderten Bestimmtheitsgebot nicht entsprechen. In diesem Zusammenhang sei ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich bei dieser Beurteilung um eine erste Einschätzung handelt. Ob der VfGH dieser Meinung im konkreten Einzelfall folgen würde, lässt sich nicht mit völliger Gewissheit vorhersagen.

*b) Unter welchen Voraussetzungen ist die visuelle Aufzeichnung der Gemeinderatssitzungen und deren Speicherung (als Hilfsmittel für den Schriftführer oder zur zeitversetzten Wiedergabe auf der Website einer Gemeinde) zulässig?*

Da beide Verwendungszwecke der Videoaufzeichnung im Zusammenhang mit der Hoheitsverwaltung erfolgen und sie nicht mehr unter den Begriff der „Öffentlichkeit“ des Art 117 Abs 4 B-VG fallen, kommt es zu Eingriffen durch eine „staatliche Behörde“ und es ist eine gesetzliche Grundlage erforderlich, die den Anforderungen des § 1 Abs 2 DSG 2000 entspricht (siehe zuvor lit a).

*c) Unterliegen auch die personenbezogenen Daten von Mitarbeitern bzw. Sachverständigen, welche im Rahmen einer Gemeinderatssitzung Auskünfte erteilen, dem Schutz nach dem DSG 2000?*

Grundsätzlich fallen alle Angaben über Betroffene, deren Identität bestimmt oder bestimmbar ist als personenbezogene Daten unter den Schutz des DSG 2000. Dies gilt ebenso für Mitarbeiter wie für die angesprochenen Sachverständigen. Im Zusammenhang mit Gemeinderatssitzungen ist allerdings zu beachten, dass das Grundrecht auf Datenschutz im Anwendungsbereich des Art 117 Abs 4 B-VG, der die Öffentlichkeit der Gemeinderatssitzungen vorbehaltlos (wenn auch mit der Ermächtigung, Ausnahmen vorzusehen) regelt, aufgrund der lex specialis-Regel nicht zur Anwendung kommt (siehe Punkt I.1.a).

Darüber hinausgehende Datenverwendungen, wie insbesondere das Veröffentlichen von Gemeinderatsprotokollen und ein Live-Streaming im Internet, fallen nach der aktuellen Verfassungsrechtslage unter den Schutz des DSG 2000 und bedürfen einer verfassungskonformen

---

<sup>48</sup> VfGH 29.09.2012, B 54/12.

gesetzlichen Grundlage, weil es sich um einen Grundrechtseingriff durch eine „staatliche Behörde“ handelt.

*d) Stellt – für den Fall des Vorliegens einer zulässigen Datenanwendung – die Übertragung per „Live-Stream“ eine meldepflichtige Datenanwendung iSd § 17 DSG 2000 dar?*

Von den in § 17 Abs 2 DSG 2000 vorgesehenen Ausnahmen von der Meldepflicht kommt für ein Live-Streaming allenfalls die Z 1 in Betracht, wonach für Datenanwendungen, die ausschließlich veröffentlichte Daten enthalten, keine Meldepflicht besteht. Da es sich beim Live-Streaming aber um einen Vorgang handelt der – neben der Parlamentsöffentlichkeit im Sitzungssaal selbst – erst für die Veröffentlichung der Gemeinderatssitzung im Internet sorgt, enthält diese Datenanwendung nicht „ausschließlich veröffentlichte Daten“ und kann daher nicht zur Anwendung kommen. Da es auch keine meldefreie Standardanwendung für ein Live-Streaming von Parlamentssitzungen in der Standard- und Musteranwendung gemäß § 17 Abs 1 Z 6 gibt, ist ein Live-Streaming von Gemeinderatssitzungen zurzeit meldepflichtig.

*e) Stellt – für den Fall des Vorliegens einer zulässigen Datenanwendung – die Übertragung per „Live-Stream“ eine genehmigungspflichtige (§ 13 DSG 2000) oder genehmigungsfreie (§ 12 DSG 2000) Übermittlung und Überlassung von Daten ins Ausland dar?*

Für die Beantwortung dieser Frage können zwei Argumentationswege herangezogen werden:

Geht man davon aus, dass es sich bei einem Live-Stream im Internet um eine Datenübermittlung in Form einer Veröffentlichung nach § 4 Z 12 DSG 2000 handelt, bestimmt § 12 Abs 3 Z 1 DSG 2000, dass der Datenverkehr ins Ausland dann genehmigungsfrei ist, wenn die Daten im Inland zulässigerweise veröffentlicht wurden.

In der Rs Lindqvist hat der EuGH ausgesprochen, dass das Hochladen von personenbezogenen Daten auf eine Website keine Übermittlung von Daten in ein Drittland darstellt. Dies wurde uA damit begründet, dass die personenbezogenen Daten, die von einer Person aus, die sie auf eine Website hochgeladen hat, in den Rechner einer sich in einem Drittland befindenden Person gelangen, nicht zwischen diesen beiden Personen unmittelbar, sondern über die EDV-Infrastruktur des Host-Service-Providers, auf der die Seite gespeichert ist, übermittelt worden sind. Daher braucht nicht untersucht zu werden, ob eine Person aus einem Drittland zu der betreffenden Internetseite Zugang hatte oder ob sich der Server des betreffenden Providers in einem Drittland befindet.<sup>49</sup> Überträgt man diese Aussagen auf das Live-Streaming, das technisch ebenfalls über einen zwischengeschalteten Server abläuft, auch wenn scheinbar eine

<sup>49</sup> EuGH 6.11.2003, C-101/01 (Lindqvist) Rz 60, 70.

