

**Das Medienprivileg im Datenschutzrecht**  
**Verfassungs- und unionsrechtliche Problemstellungen**

**Diplomarbeit**

**aus Verfassungs- und Verwaltungsrecht**  
**zur Erlangung des akademischen Grades**  
**eines Magisters**  
**der Rechtswissenschaften an der**  
**Paris-Lodron Universität Salzburg**

**eingereicht von**  
**Arnaud Berthou**  
**Mat. Nr. 0105724**

**Betreuer:**  
**o.Univ.Prof.Dr. Walter Berka**

**Salzburg, April 2012**

*Für meinen Bruder Nicolas*

## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis .....	1
Einleitung .....	1
Gang der Untersuchung.....	2
1. Datenschutz auf drei Regelungsebenen.....	4
1.1. Die drei Ebenen des Datenschutzrechts .....	4
1.2. Das Zusammenspielen der drei Ebenen des Datenschutzrechts.....	4
1.3. Das Zusammenspiel von Europarecht und nationalem (Datenschutz)recht .....	4
1.4. Das Grundrecht auf Datenschutz und das einfachgesetzliche DSGVO .....	6
2. Das Medienprivileg in § 48 DSGVO .....	7
2.1. Publizistische Tätigkeit und das einfachgesetzliche DSGVO.....	7
2.2. Anwendungsbereich des Medienprivilegs.....	7
2.3. Tatbestandsmerkmale des Medienprivilegs im Einzelnen .....	8
2.3.1. Medienunternehmen (§ 48 Abs 1 iVm § 1 Z 6 MedienG) .....	8
2.3.2. Mediendienste (§ 1 Abs 1 Z 7 MedienG).....	14
2.3.3. Medienmitarbeiter (§ 1 Abs 1 Z 11 MedienG).....	15
2.4. Zwischenergebnis.....	17
2.5. Verhältnis von § 4 Z 4 DSGVO zu § 48 Abs 1 DSGVO iVm § 1 Abs 1 Z 11 MedienG.....	17
2.6. Unmittelbar für ihre publizistische Tätigkeit .....	18
2.7. Zulässigkeit der Datenanwendung .....	18
2.8. Anzuwendende Rechtsvorschriften des DSGVO.....	19
2.9. Besondere Garantien des MedienG.....	19
2.10. Interessierende Personengruppe nicht vom Medienprivileg umfasst .....	19
3. Datenanwendungen im Zuge publizistischer Tätigkeit außerhalb des Medienprivilegs .....	19
3.1. Allgemeines.....	19
3.2. „Prüfschema“ für die Zulässigkeit einer Datenanwendung.....	20
3.3. Berechtigung des Auftraggebers (§ 7 Abs 1 DSGVO) .....	20
3.4. Besonderheiten bei der Datenübermittlung (§ 7 Abs 2 DSGVO).....	22
3.4.1. Veröffentlichung ist Datenübermittlung.....	22
3.4.2. Daten aus einer zulässigen Datenanwendung (§ 7 Abs 2 Z 1 DSGVO) .....	22
3.4.3. Glaubhaftmachung der rechtlichen Befugnis oder gesetzlichen Zuständigkeit des Empfängers (§ 7 Abs 2 Z 2 DSGVO) .....	22
3.4.4. Nichtverletzung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen (§§ 7 Abs 2 Z 3 iVm 8,9 DSGVO) .....	23
3.5. Ergebnis.....	24

4. Das Grundrecht auf Datenschutz.....	24
4.1. Allgemeines.....	24
4.2. Grundrechtsträger, Grundrechtsobjekt, Verpflichtete .....	25
4.3. Schutzbereich .....	25
4.4. Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen .....	25
4.5. Beschränkungen des Grundrechts auf Datenschutz.....	26
4.5.1. Zustimmung.....	26
4.5.2. Überwiegende berechtigte Interessen eines anderen .....	26
4.5.3. Gelindestes Mittel.....	27
4.6. Unmittelbare Drittwirkung .....	27
5. Schutzgut des Grundrechts auf Datenschutz .....	28
5.1. Interessensausgleich zwischen Datenschutz und Meinungsfreiheit .....	28
5.2. Schutzgut des Grundrechts auf Datenschutz .....	28
5.3. Datenschutz als Persönlichkeitsschutz .....	29
5.4. Anerkennung verschiedener Schutzsphären (bis Ende siebziger Jahre).....	30
5.5. Abkehr von Sphärentheorie.....	31
5.7. Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (ab achtziger Jahre) .....	31
6. Kommunikationsfreiheit in der österreichischen Rechtsordnung .....	37
6.1. Grundrechtsschutz zwischen Privaten? .....	38
6.2. Schutzbereich aus spezifisch datenschutzrechtlicher Sicht .....	38
6.3. Medienfreiheit .....	39
6.4. Medienfreiheit und freiheitliche Kommunikationsordnung .....	40
6.5. Verantwortung von Medien außerhalb des Bereichs der „klassischen“ Medien.....	44
7. Abwägung zwischen Datenschutz und Medienfreiheit .....	45
7.1. Prämissen der Abwägung .....	45
7.2. Gleichwertige Rechtsgüter .....	46
7.3. Freiheitliche Kommunikationsordnung und informationelle Selbstbestimmung.....	46
8. Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes (Art 7 B-VG, Art 2 StGG).....	53
8.1. Grundrechtsträger.....	53
8.2. Gleichheitssatz und § 48 DSG.....	54
9. Vereinbarkeit von innerstaatlichem Datenschutzrecht mit der DSRL .....	55
9.1. Anwendungsbereich der DSRL.....	55
9.2. Art 9 DSRL .....	56
9.2.1. Anwendungsbereich – journalistische Zwecke .....	56
9.2.2. „Allein“ zu journalistischen Zwecken – Gewinnerzielungsabsicht zulässig.....	57

9.2.3. Beschränkungen „insofern als notwendig“ .....	58
9.2.4. Medienarchive .....	58
9.2.5. Künstlerische und Literarische Zwecke .....	59
9.3. Erlaubte Abweichungen .....	59
9.4. Unvereinbarkeit von § 48 DSG mit Art 9 DSRL .....	59
9.5. Spielraum der Nationalstaaten.....	59
9.6. Richtlinienkonforme Interpretation von § 48 DSG .....	60
9.7. Unmittelbare Anwendbarkeit der DSRL .....	61
9.8. Art 9 DSRL und das Grundrecht auf Datenschutz in § 1 DSG .....	62
Schlusswort .....	62
Literaturverzeichnis.....	64

## Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, JGS 946/1811 idF BGBl I 58/2010
ABl	Amtsblatt
Abs	Absatz
AMD-G	Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz BGBl I 84/2001 idF BGBl I 16/2012
AnG	Angestelltengesetz BGBl 292/1921 idF BGBl I 58/2010
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art	Artikel
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz ArbVG BGBl 22/1974 idF BGBl I 111/2010
Bd	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
Blg	Beilage (zu den stenographischen Protokollen)
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1 idF BGBl. I Nr. 12/2012
BVG-Rassendiskriminierung	Bundesverfassungsgesetz zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung, BGBl 1973/90
BVG-Rundfunk	Bundesverfassungsgesetz über die Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunks, BGBl 1974/396
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
DSG	Datenschutzgesetz 2000, BGBl I 165/1999 idF BGBl. I 112/2011
DSRL	RL 95/46/EG, „Datenschutzrichtlinie“
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten BGBl 1958/210 idF BGBl III 2002/179

ErläutRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
f	folgend (-er, -e, -es)
ff	fortfolgende
G/-G	Gesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GP	Gesetzgebungsperiode
hL	herrschende Lehre
HRLJ	Human Rights Law Journal
Hrsg	Herausgeber (-in)
idF	in der Fassung
iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
JBl	Juristische Blätter
JournG	Journalistengesetz, StGBI 88/1920 idF BGBI I 102/2007
lit	litera
mE	meines Erachtens
MedienG	Mediengesetz, BGBI 314/1981 idF BGBI I 131/2011
MR	Medien & Recht
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
NR	Nationalrat
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJK	Österreichische Juristenkommission

ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
ORF	Österreichischer Rundfunk
ORF-G	ORF-Gesetz, BGBl 379/1984 idF BGBl I 15/2012
ÖJT	Österreichischer Juristentag
ÖZÖRVR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
PrR-G	Privatradiogesetz, BGBl I 20/2001 idF BGBl I 50/2010
ProvNV	(Beschluss der) Provisorische(-n) Nationalversammlung
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RfR	Rundfunkrecht
RGBl	Reichsgesetzblatt
Rspr	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rn	Randnummer
Rz	Randzahl
Slg	Sammlung (der Rechtsprechung des EuGH und des EuG)
StGB	Strafgesetzbuch, BGBl 1974/60 idF BGBl I Nr. 12/2012
StGG	Staatsgrundgesetz über die über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger RGBl 1867/142 idF BGBl 1988/684
stRsp	ständige Rechtsprechung
ua	und andere, -es
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
VfGH	Verfassungsgerichtshof



VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse der Verfassungsgerichtshofes
vgl	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
WBl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
Z	Zahl, Ziffer
zB	zum Beispiel
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

## Einleitung

Gegenstand dieser Arbeit ist das datenschutzrechtliche Medienprivileg in § 48 DSGVO 2000<sup>1</sup>. Mit dieser Regelung sollte ein verfassungs- und europarechtskonformer Ausgleich zwischen Datenschutz und Meinungsäußerungs- bzw Medienfreiheit geschaffen werden.<sup>2</sup> Datenschutz<sup>3</sup> und Meinungsäußerungs- bzw Medienfreiheit<sup>4</sup> sind wesentliche Funktionsbedingungen einer offenen, pluralistischen Demokratie. Der Datenschutz gewährleistet den Schutz der Privatsphäre und die Persönlichkeitsentfaltung des Menschen in seinen intimsten Lebensbereichen, aber auch in einem gewissen Maße in der Öffentlichkeit.<sup>5</sup> Zur freien Persönlichkeitsentfaltung soll sich der Einzelne, wenn er in Kontakt mit seinen Mitmenschen tritt, grundsätzlich so darstellen können, wie er möchte. Wir alle kennen ein solches „Rollenverhalten“: Gegenüber unseren Arbeitgebern, Behörden oder uns unbekanntem Personen verhalten wir uns anders, als gegenüber unseren Freunden und Familienangehörigen. Die Gesellschaft verlangt von uns dieses „Rollenspiel“, wir spielen aber auch damit, indem wir es unseren moralischen Kriterien entsprechend adaptieren. Hier setzt der Datenschutz an, denn dieses selbstbestimmte Rollenspiel kann nur funktionieren, wenn ich mir sicher bin, dass meine „Rolle“ nicht enttarnt wird. Werden meine Daten öffentlich, bin ich in meinem Rollenverhalten eingeschränkt und kann meine Persönlichkeit nicht mehr in der Art und Weise entfalten, wie ich es wünsche, da ich nicht mehr damit rechnen kann, dass mein Gegenüber nur jene Informationen über mich besitzt, die ich ihm preisgegeben habe.<sup>6</sup>

Genau dort findet sich das Konfliktpotential mit der Meinungsäußerungs- und Medienfreiheit. Medien müssen, um ihrer Funktion in einer von der Verfassung vorausgesetzten und in einer demokratischen Gesellschaft notwendigen Kommunikationsordnung gerecht zu werden, Daten ermitteln und manchmal auch veröffentlichen.<sup>7</sup> Sie schränken damit die Selbstdarstellungsmöglichkeiten des einzelnen Menschen ein und bestimmen über sein Bild in der Öffentlichkeit. Manchmal sind aber solche „Enttarnungen“ notwendig, weil man Medien eine für den demokratischen

---

<sup>1</sup> im Folgenden DSGVO.

<sup>2</sup> Vgl Erläuterung BglNR 1613 XX. GP 52 f.

<sup>3</sup> BVerfGE 65, 43.

<sup>4</sup> EGMR 7.12.1976, Handyside, Nr 5493/72, Rz 49.

<sup>5</sup> EGMR 4.5.2000, Rotaru, Nr 28.341/95, Rz 43.

<sup>6</sup> Genauer vgl unten Kapitel 5.7.

<sup>7</sup> EGMR 20. 5. 1999, Bladet Tromsø und Stensaas, Nr 21980/93, Rz 59.

Willensbildungsprozess wesentliche Funktion zuschreibt. Der Wichtigkeit der Medien im demokratischen Willensbildungsprozess versucht § 48 DSG Rechnung zu tragen, indem er Medienunternehmen, Mediendienste und ihre Mitarbeiter von den wesentlichen datenschutzrechtlichen Bestimmungen befreit. Nun ist der Bereich der öffentlichen Kommunikation aber nicht auf Medienunternehmen beschränkt, es gibt eine Vielzahl von Privatpersonen die publizistisch tätig sind und im Zuge dieser Tätigkeit Datenanwendungen vornehmen. Auch NGOs, Unternehmen außerhalb der Medienbranche, Parteien, Gebietskörperschaften, Kammern, etc. sind oft publizistisch tätig und tragen ihren Teil zum demokratischen Willensbildungsprozess bei. Ziel dieser Arbeit ist es festzustellen, ob dem Gesetzgeber mit § 48 DSG der verfassungskonforme Ausgleich zwischen Medienfreiheit und dem Grundrecht auf Datenschutz gelungen ist, oder ob diese Personengruppe auch eine datenschutzrechtliche Privilegierung genießen sollte.

Neben der verfassungsrechtlichen Problematik wird auch die Frage behandelt, ob das Medienprivileg in § 48 DSG den Vorgaben der Datenschutzrichtlinie<sup>8</sup> entspricht. Art 9 der DSRL weist die Mitgliedsstaaten an, einen Ausgleich zwischen Medienfreiheit und Privatsphäre herzustellen. Allerdings hat der EuGH mit dem Urteil *Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia*<sup>9</sup> verbindlich festgelegt, wo dieser Ausgleich zu liegen hat. Auf dieses Urteil wird daher bei der Frage, ob § 48 DSG der DSRL entspricht, besonderes Augenmerk gelegt.

## **Gang der Untersuchung**

Im einleitenden ersten Kapitel wird ein Überblick über die drei Regelungsebenen des Datenschutzrechts gegeben. Das in Österreich geltende Datenschutzrecht setzt sich aus drei Rechtsgebieten zusammen, die eng miteinander verknüpft sind. Auf unionsrechtlicher Ebene wurde die DSRL geschaffen, deren Umsetzung mit dem einfachgesetzlichen Teil des DSG erfolgte. Daneben ist bei jeder Datenanwendung noch das Grundrecht auf Datenschutz in § 1 DSG als verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht mit unmittelbarer Drittwirkung zu beachten.

Im darauffolgenden zweiten Kapitel erfolgt eine detaillierte Aufschlüsselung des derzeit geltenden Medienprivilegs in § 48 DSG. Dabei wird umfassend auf die medienrechtlichen Begriffe des Medienunternehmens, Mediendienstes und Medienmitarbeiters eingegangen, um

---

<sup>8</sup> RL 95/46/EG, im Folgenden DSRL

<sup>9</sup> EuGH 16.12.2008, C-73/07, *Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia*, Slg 2008, I-09831.

festzustellen, ob NGOs, sonstige Unternehmen, juristische Personen öffentlichen Rechts und Privatpersonen, die publizistisch tätig sind, durch die derzeitige Regelung privilegiert sind.

Im dritten Kapitel dieser Arbeit wird analysiert, welche Auswirkungen die Anwendbarkeit des einfachgesetzlichen Teils des DSG auf publizistischen Tätigkeiten außerhalb des Medienprivilegs hat. Dabei wird im Speziellen auf das Problem der Datenveröffentlichung eingegangen, da sich dort in Zusammenhang mit publizistischer Tätigkeit wesentliche Rechtsfragen stellen.

Das vierte Kapitel gibt einen Überblick über das Grundrecht auf Datenschutz und schlüsselt auf, wo genau der grundrechtsdogmatische Einfallspunkt für eine Güterabwägung mit der Medienfreiheit zu suchen ist.

Danach wird im fünften Kapitel der Frage nachgegangen, welches schützenswerte Rechtsgut hinter dem Grundrecht auf Datenschutz steht und welche Schutzpflichten sich daraus ergeben. Dabei wird ein historischer Überblick über die Entwicklung des grundrechtlichen Datenschutzes, anhand der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts vorgenommen. Danach wird das im deutschen Sprachraum vorherrschende Konzept des „Rechts auf informationelle Selbstbestimmung“ eingehend beleuchtet und versucht alternative Interpretationsmöglichkeiten des Grundrechts auf Datenschutz aufzuzeigen.

In Vorbereitung der grundrechtlichen Abwägungsentscheidung wird im sechsten Kapitel dieser Arbeit der Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit eingegrenzt und darauf eingegangen, ob sich die im Zuge dieser Arbeit interessierende Personengruppe auf den speziellen Fall der *Medienfreiheit* berufen kann. Dabei wird die Funktion der Medien innerhalb einer freiheitlichen Kommunikationsordnung dargelegt und geprüft, ob auch „nicht-klassische“ Medien eine besondere Verantwortung trifft.

Das siebente Kapitel bildet den Kern der Arbeit. Dort wird die Medienfreiheit gegen das Grundrecht auf Datenschutz abgewogen und die Frage beantwortet, ob die derzeitige Ausgestaltung des Medienprivilegs in § 48 DSG als verfassungskonform anzusehen ist. Dabei wird untersucht, ob das Recht auf informationelle Selbstbestimmung mit einer freiheitlichen Kommunikationsordnung im Bereich der öffentlichen Kommunikation überhaupt vereinbar ist und welche Konsequenzen sich aus einer etwaigen Unvereinbarkeit ergeben.

Der Gleichheitsgrundsatz ist Gegenstand des achten Kapitels. Dort wird geprüft, ob die datenschutzrechtliche Bevorzugung von Medienunternehmen, Mediendiensten und ihren Mitarbeitern gegenüber sonstigen publizistisch tätigen Personen, sachlich gerechtfertigt ist.

Im abschließenden neunten Kapitel wird ausführlich untersucht, ob § 48 DSGVO den Vorgaben der DSRL entspricht. Die Interpretation der DSRL wird mit Hilfe des EuGH-Urteils *Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia* erfolgen. Anschließend wird erörtert, ob § 48 DSGVO richtlinienkonform interpretierbar ist und ob die DSRL eventuell unmittelbar anwendbar wird.

## **1. Datenschutz auf drei Regelungsebenen**

### **1.1. Die drei Ebenen des Datenschutzrechts**

Die für das Datenschutzrecht in Österreich maßgeblichen Rechtsgrundlagen finden sich in drei verschiedenen Rechtsgebieten. Auf nationaler verfassungsgesetzlicher Ebene gilt das in §§ 1-3 DSGVO geregelte „Grundrecht auf Datenschutz“, sowie der sich aus Art 8, 10 EMRK und Art 10, 10a StGG ergebende Datenschutz. Auf einfacher nationaler Gesetzesebene stellen §§ 4 ff DSGVO die Rechtsgrundlage für das allgemeine Datenschutzrecht in Österreich dar. Die DSRL bildet die maßgebliche Rechtsgrundlage auf unionsrechtlicher Ebene. Diese drei Rechtsgebiete und deren Zusammenwirken sollen unter dem speziellen Aspekt publizistischer Tätigkeit im Folgenden dargestellt werden.

### **1.2. Das Zusammenspielen der drei Ebenen des Datenschutzrechts**

Die Konstellation, dass der Gesetzgeber, wenn er Datenschutzrecht im einfachen Gesetzesrang schafft, sowohl an unionsrechtliche Vorgaben durch die Datenschutzrichtlinie, als auch an nationales Verfassungsrecht gebunden ist, wird vom VfGH als „doppelte Bindung“ bezeichnet.<sup>10</sup> Demnach muss sich der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung einer Richtlinie in die nationale Rechtsordnung einerseits an die Vorgaben der Richtlinie halten und andererseits die Verfassungsgesetze der eigenen innerstaatlichen Rechtsordnung beachten.<sup>11</sup>

### **1.3. Das Zusammenspiel von Europarecht und nationalem (Datenschutz)recht**

Das Unionsrecht ist eine autonome Rechtsordnung, sie gilt unabhängig von nationalem Recht. Widerspricht eine nationale Regelung der unmittelbar anwendbaren unionsrechtlichen

<sup>10</sup> VfSlg 15.106/1998; 17.022/2003.

<sup>11</sup> Vgl *Berka*, Verfassungsrecht<sup>3</sup> (2010) Rz 345.

Rechtsvorschrift, kommt der Anwendungsvorrang des Unionsrechts zum Tragen, dh dass die entgegenstehende nationale Norm nicht gänzlich außer Kraft tritt, sondern im konkreten Fall zurückgedrängt wird.<sup>12</sup> Neben den EU-Verordnungen sind in der österreichischen Rechtsordnung Richtlinien unmittelbar anwendbar, wenn sie nicht fristgerecht oder nicht ordnungsgemäß ins nationale Recht umgesetzt wurden und hinreichend bestimmt, inhaltlich unbeding und den Einzelnen gegenüber dem Staat (vertikale Direktwirkung) begünstigend sind.<sup>13</sup> Ist die Richtlinie unmittelbar anwendbar, genießt sie Vorrang gegenüber einfachen nationalen Gesetzen und nationalem Verfassungsrecht.<sup>14</sup> Der EuGH postuliert aber das Primat der richtlinienkonformen Auslegung, dh bevor die Richtlinie auf ihre unmittelbare Anwendbarkeit geprüft wird, muss versucht werden, die nationale Norm richtlinienkonform zu interpretieren.<sup>15</sup> Grenze dieser Interpretationsmethode ist der Wortlaut und Zweck der nationalen Norm.<sup>16</sup> Dies gilt in jedem Fall für das im einfachen Gesetzesrang stehende DSG. Ob nationales Verfassungsrecht, also auch das Grundrecht auf Datenschutz in § 1 DSG, richtlinienkonform interpretiert werden muss, hängt mit der Frage zusammen, ob eine Richtlinie (hier die DSRL) eine Umsetzung in nationales Verfassungsrecht verlangt.<sup>17</sup> Dies wird von der hL mit dem Argument verneint, dass es aus europarechtlicher Sicht allein ausschlaggebend ist, dass die Umsetzung einer Richtlinie durch zwingende Rechtsvorschriften erfolgt.<sup>18</sup> Da die Umsetzung der DSRL durch zwingende Rechtsvorschriften bereits mit dem einfachgesetzlichen Teil des DSG erfolgte, ist eine Schaffung eines Grundrechts auf Datenschutz im Verfassungsrang unionsrechtlich nicht zwingend vorgegeben. Da die Pflicht zur richtlinienkonformen Interpretation nicht über die Umsetzungspflicht hinaus reichen kann, ist keine richtlinienkonforme Interpretation des Grundrechts auf Datenschutz notwendig. Zu beachten ist allerdings, dass die einfachgesetzlichen Bestimmungen des DSG zur Auslegung des Grundrechts auf Datenschutz herangezogen werden, auf diesem Wege wirkt die richtlinienkonforme Auslegung der Begriffe des einfachgesetzlichen DSG dann auf die Verfassungsbestimmung in § 1 DSG zurück.<sup>19</sup>

---

<sup>12</sup> Vgl *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht<sup>4</sup> (2011) 69 ff.

<sup>13</sup> Vgl für viele *Berka*, Verfassungsrecht<sup>3</sup> (Fn 11) 86; *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht<sup>4</sup> (Fn 12) 67 ff; sowie EuGH 19.11.1991, C-6/90 und C-9/90, *Francovich*, Slg 1991, I-5357; VfSlg 14.607/1996.

<sup>14</sup> Vgl *Klamert*, Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte, JBl 2008, 158 (164).

<sup>15</sup> EuGH 27.2.2003, C-327/00, *Santex*, Slg 2003, I-1877 Rz 63 f.

<sup>16</sup> Vgl *Klamert* (Fn 14) JBl 2008, 158 (164).

<sup>17</sup> Vgl *Wiederin*, Privatsphäre und Überwachungsstaat (2003) 58, Fn 286.

<sup>18</sup> Vgl *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht<sup>4</sup> (Fn 12) 124.

<sup>19</sup> Vgl *Jahmel*, Handbuch Datenschutzrecht (2010) 13.

Zusammenfassend auf das Datenschutzrecht angewendet bedeutet dies, dass die DSRL zuerst zur richtlinienkonformen Interpretation österreichischer einfachgesetzlicher Vorschriften des DSG herangezogen werden muss und auf diesem Wege eventuell auf das Grundrecht auf Datenschutz zurückwirkt.<sup>20</sup> Ist eine richtlinienkonforme Interpretation nicht möglich, ist zu prüfen, ob die DSRL mangels ordnungsgemäßer Umsetzung unmittelbar anwendbar ist.<sup>21</sup> In diesem Fall genießt die DSRL Anwendungsvorrang vor einfachgesetzlichen österreichischen Rechtsvorschriften (zB dem DSG) und österreichischen Verfassungsgesetzen (zB dem Grundrecht auf Datenschutz).<sup>22</sup>

#### 1.4. Das Grundrecht auf Datenschutz und das einfachgesetzliche DSG

Die Prüfung der Zulässigkeit einer Datenanwendung ist stets eine zweifache. Nämlich einerseits, ob die Datenanwendung nach den Bestimmungen der §§ 4 ff DSG auf einfachgesetzlicher Ebene zulässig ist, und andererseits, ob das Grundrecht auf Datenschutz in § 1 DSG verletzt worden ist.<sup>23</sup>

Es stellt sich nun die Frage, ob die in §§ 4 ff DSG enthaltenen einfachgesetzlichen Legaldefinitionen zu datenschutzrechtlichen Begriffen zur Auslegung der Verfassungsbestimmungen herangezogen werden können.<sup>24</sup> Grundsätzlich sieht der Verfassungsgesetzgeber in § 1 DSG bloß für die Rechte auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung, nicht aber für das Recht auf Geheimhaltung, einen Ausführungsvorbehalt vor. *Dohr ua* schließen aus der Ermangelung eines solchen Ausführungsvorbehalts und dem Wortlaut des § 4 DSG, der ausdrücklich auf die „folgenden Bestimmungen“ des DSG verweist, dass die Legaldefinitionen in § 4 DSG nicht zur Interpretation des Grundrechts dienen können.<sup>25</sup> ME ist eher der Ansicht von *Jahnel*<sup>26</sup>, *Wiederin*<sup>27</sup>, *Drobesch/Grosinger*<sup>28</sup> und *Duschanek*<sup>29</sup> zu folgen, wonach die Begriffsbestimmungen des § 4 DSG sehr wohl im Weg der Ausführungsbestimmungen zu § 1 Abs 3 DSG (§§ 26 f DSG: Rechte auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung) auf die verfassungsrechtliche Grundlage zurückwirken und deshalb zur Auslegung des Grundrechts auf Datenschutz herangezogen werden sollen. Man müsste ansonsten annehmen, dass der Verfassungsgesetzgeber dieselben Begriffe innerhalb

<sup>20</sup> Vgl *Jahnel*, Handbuch (Fn 19) 28 ff.

<sup>21</sup> Vgl *Klamert* (Fn 14) JBl 2008, 164; EuGH Santex (Fn 15) Rz 63 f.

<sup>22</sup> Vgl *Jahnel*, Handbuch (Fn 19) 25.

<sup>23</sup> Vgl *Jahnel*, Handbuch (Fn 19) 14.

<sup>24</sup> Vgl *Jahnel*, Das Grundrecht auf Datenschutz nach dem DSG 2000, in FS-Schäffer (2006) 313 (315).

<sup>25</sup> Vgl *Dohr ua*, DSG<sup>2</sup> (2011) § 1 Anm 6.

<sup>26</sup> Vgl *Jahnel*, Grundrecht (Fn 24) 316.

<sup>27</sup> Vgl *Wiederin* (Fn 17) 58.

<sup>28</sup> Vgl *Drobesch/Grosinger*, Das neue österreichische Datenschutzgesetz (2000) Anm 2. zu § 1 Abs 1.

<sup>29</sup> Vgl *Duschanek*, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg) Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar, § 1 DSG Rz 19.

eines Paragraphen in verschiedenen Absätzen nicht im selben Sinn verstanden wissen will.<sup>30</sup> Hinzu kommt, dass die Möglichkeiten der Beschränkung des Grundrechts in § 1 Abs 2 DSGVO, welcher zB die Begriffe der „personenbezogenen Daten“ und des „Betroffenen“ verwendet, sowohl für das Grundrecht auf Geheimhaltung nach § 1 Abs 1 DSGVO, als auch für die Begleitrechte nach § 1 Abs 3 DSGVO gelten, was ein gemeinsames Begriffsverständnis nahelegt.<sup>31</sup> Ebenso für eine Heranziehung der Legaldefinitionen in § 4 DSGVO spricht die Tatsache, dass die einfachgesetzlichen und verfassungsgesetzlichen Bestimmungen des DSGVO gemeinsam beschlossen wurden.<sup>32</sup>

## **2. Das Medienprivileg in § 48 DSGVO**

### **2.1. Publizistische Tätigkeit und das einfachgesetzliche DSGVO**

NGOs, gewöhnliche Unternehmen, juristische Personen öffentlichen Rechts und Privatpersonen sind neben Medienunternehmen und Mediendiensten mitunter publizistisch tätig und ermitteln, speichern und veröffentlichen im Zuge dessen personenbezogene Daten. Inwieweit diese Handlungen einer datenschutzrechtlichen Zulässigkeitsprüfung auf der Ebene des einfachgesetzlichen DSGVO unterzogen werden müssen, hängt vorerst von der Anwendbarkeit des (datenschutzrechtlichen) Medienprivilegs in § 48 DSGVO ab. Was mit dem Begriff „Medienprivileg“ gemeint ist und welche Personengruppen davon erfasst werden, soll im Folgenden geklärt werden.

### **2.2. Anwendungsbereich des Medienprivilegs**

§ 48 DSGVO, der auch als „Medienprivileg“ oder „Presseprivileg“ dargestellt wird, setzt Art 9 der DSRL ins nationale Recht um<sup>33</sup> und normiert für bestimmte privilegierte Personengruppen weitreichende Ausnahmebestimmungen vom Anwendungsbereich des einfachgesetzlichen Teil des DSGVO.<sup>34</sup> Genauer gesagt sind für „Medienunternehmen, Mediendienste und ihre Mitarbeiter, soweit sie Daten unmittelbar für ihre publizistische Tätigkeit iSd MedienG verwenden“, von den einfachgesetzlichen Bestimmungen des DSGVO nur die §§ 4, 5, 6, 10, 11, 14 und 15 anzuwenden. Damit fallen ua die wichtigsten einfachgesetzlichen Regelungen des DSGVO über die Zulässigkeit der Verarbeitung von Daten, die Registrierungspflicht, Auskunfts-, Richtigstellungs-, Informations- und Löschungsrechte

---

<sup>30</sup> VfSlg 10.701/1985.

<sup>31</sup> Vgl *Jahnel*, Grundrecht (Fn 24) 316.

<sup>32</sup> Vgl *Jahnel*, Grundrecht (Fn 24) 316.

<sup>33</sup> Zum Verhältnis von Art 9 DSRL zu § 48 DSGVO im Detail vgl unten Kapitel 9.

<sup>34</sup> Vgl *Jahnel*, Publizistische Tätigkeit und Datenschutzrecht, in *Jahnel* (Hrsg), Datenschutzrecht und E-Government. Jahrbuch 2009 (2009) 79 (83).



Betroffener und die spezifischen datenschutzrechtlichen Rechtsbehelfe weg.<sup>35</sup> Die Ausnahmeregelung des § 48 DSGVO bewirkt aber keine Freistellung bezüglich der Rechte, welche sich aus dem Grundrecht auf Datenschutz in § 1 DSGVO ergeben.

### **2.3. Tatbestandsmerkmale des Medienprivilegs im Einzelnen**

Das Medienprivileg ist als berufsständisches Privileg formuliert, da sich nur Medienunternehmen, Mediendienste und Medienmitarbeiter auf § 48 DSGVO stützen können,<sup>36</sup> wobei diese Begriffe im Sinne des § 1 MedienG<sup>37</sup> auszulegen sind.<sup>38</sup> Im Folgenden wird versucht, eine Abgrenzung zwischen publizistischer Tätigkeit innerhalb und außerhalb des Anwendungsbereichs des § 48 DSGVO herzustellen.

#### **2.3.1. Medienunternehmen (§ 48 Abs 1 iVm § 1 Z 6 MedienG)**

Gem § 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* besorgt oder veranlasst wird.

##### **2.3.1.1. Medium**

Der Begriff „Medium“ wird in § 1 Abs 1 Z 1 MedienG definiert und bezeichnet jedes Mittel zur Verbreitung von Mitteilungen oder Darbietungen mit gedanklichem Inhalt in Wort, Schrift, Ton oder Bild an einen größeren Personenkreis im Wege der Massenherstellung oder Massenverbreitung. Damit wird der sachliche Anwendungsbereich des MedienG eröffnet, der alle Formen der Massenkommunikation miteinschließt. Mit *Mittel* meint das Mediengesetz alles, was der Mensch zur (technischen) Vermittlung von gedanklichen Inhalten benutzt. Ausgeschlossen sind lediglich unmittelbare Mitteilungen wie zB die Verlesung eines Textes. Unter *Verbreitung* ist das öffentlich zugänglich machen durch in Verkehr bringen in der Öffentlichkeit gemeint. Wesentlich für die Verbreitung ist der Umstand, dass die Anzahl der Personen, welche an das Medienwerk gelangen können, *potentiell* eine unbegrenzte ist. Deshalb ist beispielsweise eine Zeitung mit Massenaufgabe dann verbreitet, wenn sie erscheint, unabhängig von der Anzahl der tatsächlichen Käufer. *Mitteilungen oder Darbietungen mit gedanklichem Inhalt* sind alle Kommunikationsakte mittels akustischer oder visueller Zeichen, mit denen ein gewisser gedanklicher Inhalt (also zB eine Information)

<sup>35</sup> Vgl Berka, Welchen Beitrag leistet das Datenschutzrecht zum Persönlichkeitsschutz? in Berka/Grabenwarter/Holoubek (Hrsg), Persönlichkeitsschutz 2.0. Der Schutz der Persönlichkeitsrechte bei Online-Medien und beim Rundfunk (2012) im Druck.

<sup>36</sup> Vgl Berka, Beitrag (Fn 35).

<sup>37</sup> Die Begriffe des § 1 MedienG sind für die „ganze Rechtsordnung“ von Bedeutung vgl Noll, in Berka ua, Praxiskommentar Mediengesetz<sup>2</sup> (2005) § 1, Rz 3 mit Hinweis auf OGH 30.3.1989, 13 Os 24, 25/89, MR 1989, 128.

<sup>38</sup> Vgl Jahnel, Jahrbuch (Fn 34) 84 f.

vermittelt wird. Ein Medium muss an einen *größeren Personenkreis* gerichtet sein, dh an eine nicht von vornherein begrenzte, nicht unerhebliche Personenmenge. Damit erfolgt die Abgrenzung zur Individualkommunikation. Dabei ist nicht nur auf die Stückzahl, sondern auf die Art der angestrebten Kommunikationsbeziehung abzustellen. Wesentlich ist auch hier nicht nur wie viele Stücke tatsächlich hergestellt werden, sondern wie viele Personen potentiell erreicht werden können. *Massenherstellung* bedeutet Herstellung einer Vielzahl von Stücken ein und desselben Informationsträgers, wie beispielsweise Printmedien, die einzeln durch körperliche Weitergabe an Medienkonsumenten gelangen. Von *Massenverbreitung* spricht man, wenn durch dasselbe Kommunikationsmittel, wie zB bei Rundfunk und Internet gleichzeitig eine Personenmehrheit den Inhalt wahrnehmen kann.<sup>39</sup>

Unter den Medienbegriff des MedienG fallen daher einerseits als Printmedien ua Zeitungen, Zeitschriften, Plakate, Flugblätter und Bücher und andererseits, auf der Seite der audiovisuellen Medien, Film, CD, Ton- und Videokassetten. Auch unter den Medienbegriff fallen die elektronischen Medien, wie zB Rundfunk, Teletext (als auch im B-VG-Rundfunk geregelte Rundfunkprogramme), Mitteilungen eines Mediendienstes (iSd § 1 Abs 2 MedienG), Online-Dienste und Websites im WWW (sonstige Medien, genauer periodisches elektronisches Medium iSd § 1 Abs 1 Z 5a lit b MedienG). Dabei ist zu beachten, dass nicht das WWW selbst, das nur eine Programmiersprache darstellt, sondern die einzelne Website einer Zeitung, Partei, eines Unternehmens oder einer Privatperson etc., ein Medium iSd § 1 Z 1 MedienG ist. Jede unbegrenzt abrufbare Website ist daher ein Medium iSd Mediengesetzes, während eine E-Mail-Nachricht erst ein Medium wird, wenn sie als Mittel zur Massenverbreitung dient, also an eine Vielzahl von Empfängern verschickt wird. Wo die allgemeine Zugänglichkeit ausgeschlossen ist, wie zB bei Mitgliederzeitschriften oder Inhalten auf Websites, auf die nur mit Passwort zugegriffen werden kann, ist auf den Grad der Verbreitung bzw auf die Anzahl der Personen, welche über ein Passwort verfügen, abzustellen.<sup>40</sup>

Zweifelsohne fallen die von den oben angeführten Personengruppen verwendeten Kommunikationsmittel unter den Medienbegriff des MedienG. Datenschutzrechtlich privilegiert ist aber nicht das „Medium“ als Kommunikationsmittel, sondern das Medienunternehmen.

---

<sup>39</sup> Vgl Noll, in *Berka ua* (Fn 37) § 1, Rz 5 ff.

<sup>40</sup> Vgl Noll, in *Berka ua* (Fn 37) § 1, Rz 7, 48.

### 2.3.1.2. Besorgung oder Veranlassung der Publikation

Um unter den Begriff des Medienunternehmens zu fallen, muss die Herstellung und Verbreitung oder die Ausstrahlung oder Abrufbarkeit des Mediums selbst besorgt oder veranlasst werden. Printmedien müssen, um unter den Medienunternehmensbegriff zu fallen, demnach die Herstellung und Verbreitung, Rundfunkanstalten die Ausstrahlung, Online-Medien die Abrufbarkeit eines Mediums, selbst besorgen oder veranlassen.<sup>41</sup> Als Veranlassen kann zB der Vertrag der publizistisch tätigen Privatperson oder Organisation mit dem Host-Provider über die Einräumung einer Domain auf einem Server angesehen werden. Derjenige, der die Herstellung, Verbreitung, Ausstrahlung oder Abrufbarkeit dann für das Medienunternehmen vornimmt, ist selbst kein Medienunternehmer, da er in der Regel keinen Einfluss auf den Inhalt des Mediums hat und nicht redaktionell organisiert ist. Das Tatbestandsmerkmal der „Besorgung oder Veranlassung“ ist in Bezug auf die interessierende Personengruppe unproblematisch, da es in der Natur der Sache liegt, dass eine publizistisch tätige Person auch tatsächlich die Publikation besorgt oder veranlasst.

### 2.3.1.3. Unternehmen, inhaltliche Gestaltung

Entscheidend für die Qualifikation als Medienunternehmen ist das Vorhandensein einer wirtschaftlichen Organisationseinheit, dh ein Mindestmaß an unternehmerischen Strukturen<sup>42</sup>, zu deren Unternehmens(haupt)zweck die inhaltliche Gestaltung eines Mediums gehört.<sup>43</sup> Als Medienunternehmen ist also immer jene Einheit von Mitteln zu sehen, die ausschließlich auf die Herausgabe eines bestimmten Mediums gerichtet ist, was nach der Verkehrsauffassung zu beurteilen ist.<sup>44</sup> Es kann sich dabei um ein periodisches oder nichtperiodisches Medium handeln.<sup>45</sup> Davon umfasst ist ua der gewerbliche Zeitungs- und Zeitschriftenunternehmer sowie jede Rundfunkanstalt.<sup>46</sup> Diese sind auch bezüglich ihrer Online-Medien als Medienunternehmer anzusehen.<sup>47</sup> In organisatorischer Hinsicht setzt ein Medienunternehmen eine Redaktion, sowie in personeller Hinsicht angestellte oder freie Medienmitarbeiter (§ 1 Abs 1 Z 11 MedienG) voraus.<sup>48</sup> Anhaltspunkte geben auch § 132 Abs 2 ArbVG, wo von Unternehmen und Betrieben gesprochen wird, „die unmittelbar Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung dienen“, und das JournG, wo der Begriff

<sup>41</sup> Vgl ErläutRV 784 BlgNR XXII. GP 5 f.

<sup>42</sup> Vgl ErläutRV 784 BlgNR XXII. GP 5 f.

<sup>43</sup> Vgl Noll, in *Berka ua* (Fn 37) § 1, Rz 25.

<sup>44</sup> OGH 11.1.1983, 4 Ob 184/82, ZAS 1984, 26.

<sup>45</sup> Vgl *Hartmann/Rieder*, Mediengesetz (1981) § 1 Abs 1 Z 6 Anm 3.

<sup>46</sup> Vgl ErläutRV 784 BlgNR XXII. GP 5 f.

<sup>47</sup> Vgl *Berka*, Beitrag (Fn 35).

<sup>48</sup> Vgl ErläutRV 784 BlgNR XXII. GP 5 f.

"Zeitungsunternehmung" fällt<sup>49</sup>: Gemeint ist damit „eine zum Zweck der Herausgabe einer periodischen Druckschrift vorgenommene Zusammenfassung rechtlicher, organisatorischer und wirtschaftlicher Mittel zu einer mit dem Erscheinen eines bestimmten Blattes verknüpfter Betriebseinheit“<sup>50</sup>. Unter diesen Mitteln versteht man in erster Linie die Verlagsrechte, den Goodwill, den Redakteurstab und den Zeitungstitel.<sup>51</sup> Der Autor, der sein Buch im Selbstverlag vervielfältigt und verkauft, fällt daher ebenso wenig unter den Begriff des Medienunternehmens wie ein Unternehmen der Modebranche, das seine Produkte in Kaufhäusern vertreibt und zur Vermarktung seiner Produkte eine Website unterhält.<sup>52</sup>

Die Medienunternehmereigenschaft muss mE auch für eine Einzelperson, die eine Website journalistisch betreibt, verneint werden. Zwar nimmt diese Person die inhaltliche Gestaltung der Website vor (was allein, lediglich zum Medieninhaber macht) und betreibt ein Unternehmen unter eigenem wirtschaftlichen Risiko, dessen Unternehmensgegenstand die inhaltliche Gestaltung dieses Mediums ist, es fehlt aber am Vorhandensein einer Redaktion und angestellter oder freier Medienmitarbeiter. Dies trifft auch auf den Journalisten zu, der entweder neben seiner Anstellung oder freien Mitarbeit in einem Medienunternehmen oder gänzlich selbständig einen Blog oder eine Zeitschrift oder ein anderes Medium betreibt.

Anders verhält sich der Fall bei einem Online-Medium, das nicht von einem Printmedium oder Rundfunkunternehmen betrieben wird, aber über eine Redaktion verfügt und angestellte oder freie Mitarbeiter beschäftigt. Hier muss mE mit Medienunternehmereigenschaft bejaht werden, wenn der Unternehmens(haupt)zweck dieses Online-Mediums die inhaltliche Gestaltung des Mediums ist und es über unternehmerische Strukturen verfügt, die es zu einer wirtschaftlichen Organisationseinheit werden lassen.

NGOs, Vereine, juristische Personen öffentlichen Rechts, Interessensvertretungen, Unternehmen außerhalb der Medienbranche und politische Parteien sind oft publizistisch tätig und mit Redaktionen und Mitarbeitern versehen, die oft ausschließlich journalistisch tätig sind. Der Unternehmens(haupt)gegenstand dieser Rechtsträger ist aber nicht die inhaltliche Gestaltung des Mediums sondern die Verwirklichung eines gesetzlichen Auftrags, eines ideellen Ziels oder vertretener Interessen. Die Medientätigkeit ist nur eine

---

<sup>49</sup> Vgl Noll, in *Berka ua* (Fn 37) § 1, Rz 25.

<sup>50</sup> OGH 27.2.1991, Ob 901/91, WBl 1991, 231.

<sup>51</sup> Vgl Noll, in *Berka ua* (Fn 37) § 1, Rz 25.

<sup>52</sup> Vgl ErläutRV 784 BlgNR XXII. GP 5 f, aA *Hanusch* für den es ausreicht, wenn eine selbständige Einzelperson ein Medium inhaltlich gestaltet und das unternehmerische Risiko trägt, und Herstellung und den Vertrieb lediglich veranlasst, vgl *Hanusch*, Mediengesetz (1998) § 1 Anm 15.

„Begleiterscheinung“ im Zuge der angestrebten Erreichung dieser Ziele. Auch hier scheidet daher die Medienunternehmereigenschaft aus.

Der Access-Provider, der nur den technischen Zugang zum WWW, für das Medium besorgt und der Service-Provider, auf dessen Server eine Website abgelegt wird, sind keine Medienunternehmer (und auch keine Medieninhaber), da sie keinen Einfluss auf den Inhalt der durch sie vermittelten Medien haben und meist aufgrund vertraglicher Vereinbarungen auch nicht haben dürfen. Der Content-Provider, der für andere im WWW bestimmte Inhalte zur Verfügung stellt, wird durch die Einflussmöglichkeit zum Medieninhaber und kann darüber hinaus auch zum Medienunternehmer werden. Voraussetzung ist wieder, dass er die inhaltliche und redaktionelle Letztverantwortung trägt und eine wirtschaftliche Organisationseinheit darstellt, die die inhaltliche Gestaltung des Mediums zum Unternehmens(haupt)zweck hat und eine redaktionelle Struktur mit journalistischen Mitarbeitern aufweist.<sup>53</sup> Dies trifft beispielsweise für die Online-Auftritte der Printmedien zu.

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, ob nicht auch die Betreiber und Nutzer sozialer Netzwerke, wie Facebook zu Medienunternehmern iSd Mediengesetzes werden können. Facebook ist ein Medium iSd § 1 Abs 1 Z 1 MedienG, da es die Möglichkeit eröffnet, einem größeren Personenkreis Mitteilungen zugänglich zu machen. Zuerst ist zu klären, ob Facebook Medieninhaber ist, dh die Letztverantwortung für die inhaltliche Gestaltung des Mediums trägt. § 1 Abs 1 Z 8 lit d MedienG folgend ist Medieninhaber, wer die inhaltliche Gestaltung eines Mediums zum Zweck der nachfolgenden Ausstrahlung, Abrufbarkeit oder Verbreitung besorgt.

Es gibt bezüglich Facebook noch keine medienrechtliche Judikatur, allerdings hatte sich der OGH mit der Frage auseinanderzusetzen, wer bezüglich der Aussendungen und Meldungen der APA Medieninhaber ist. Dabei wurde darauf verwiesen, dass mit der Begriffsbestimmung des § 1 Abs 1 Z 8 lit d MedienG für Websites klargestellt werden sollte, dass die Eigenschaft des Medieninhabers bei einer Person „dann begründet wird, wenn diese Person die inhaltliche Gestaltung für das jeweilige Angebot vornimmt“ und sie als sogenannter „Content Provider“ die inhaltliche Verantwortung für den Content trägt. Aus der Formulierung „Besorgung“ der inhaltlichen Gestaltung des Mediums folgt, dass Medieninhaber stets nur derjenige ist, der die Letztverantwortung für das *gesamte* Medium hat. Der OGH folgert daraus, dass daher vorerst zu ermitteln ist, welche Einheit auf einer Website überhaupt als Medium anzusehen ist und beantwortet diese Frage mit der Eingrenzung des Medienbegriffs auf jene

---

<sup>53</sup> Vgl Noll, in *Berka ua* (Fn 37) § 1, Rz 48.

„publizistische“ Einheit, für die es einen Letztverantwortlichen gibt. Grundsätzlich ist der für die inhaltliche Gestaltung einer Website Letztverantwortliche deren Medieninhaber. Ist dagegen kein für die inhaltliche Gestaltung einer Website Letztverantwortlicher vorhanden, so sind Medieninhaber jene Personen, die für die auf der Website abrufbaren publizistischen „Untereinheiten“ (letz-)verantwortlich sind. Als solche „Untereinheiten“ können zB die Homepage als Eingangsseite, oder eine Unterseite der Website verstanden werden. Wesentlich bestimmt werden diese publizistischen Untereinheiten durch das Moment selbständiger Verbreitung (iS einer einheitlichen Abrufbarkeit) und der Erscheinungsform als Ganzes sowie der vertraglichen Vereinbarung zwischen den Personen, die an der inhaltlichen Gestaltung des Mediums mitwirken. Medieninhaber war demnach nicht die APA, sondern die Person, die die Aussendung inhaltlich gestaltet hat, also im konkreten Fall die politische Partei, die der APA den Inhalt der Aussendung übermittelt hat.<sup>54</sup>

Diese Entscheidung steht mE nur vordergründig im Widerspruch zu jener des OLG Wien, die die Medieninhabereigenschaft eines Betreibers einer Website für Diskussionsbeiträge in einem auf dieser Website angebotenen Forum bejaht. Zwar bildet auch dort das Forum eine „publizistische Untereinheit“, für die derjenige als Medieninhaber zu gelten hätte, der die inhaltliche Gestaltung jedes einzelnen Postings besorgt, also der Poster selbst. Doch gibt es insofern eine Letztverantwortung für das Forum, als dass zumindest theoretisch die Möglichkeit besteht, Beiträge zu bearbeiten und zu löschen.<sup>55</sup>

Diese Möglichkeiten wurden in der „APA-Entscheidung“ vertraglich ausgeschlossen. Hier liegt mE auch der Anknüpfungspunkt für Facebook. Da dort nicht vertraglich ausgeschlossen wird, dass Facebook Einfluss auf den Inhalt der geposteten Beiträge nehmen kann, bleibt die Letztverantwortung für den Inhalt bei Facebook. Somit ist Facebook als Medieninhaber anzusehen.

Um als Medienunternehmer eingestuft zu werden, müssen aber weitere Voraussetzungen erfüllt sein. Unternehmens(haupt)gegenstand muss die inhaltliche Gestaltung des Mediums sein und eine Redaktion muss diesen Inhalt produzieren. Facebook ist nicht speziell journalistisch-redaktionell organisiert, sondern wie ein klassisches Wirtschaftsunternehmen. Auch ist die Überwachung der Beiträge nicht der (Haupt)gegenstand des Unternehmens. Deshalb scheidet mE die Medienunternehmereigenschaft Facebooks aus.

---

<sup>54</sup> OGH 26.5.2010, 15 Os 8/10f, MR 2010, 192.

<sup>55</sup> OLG Wien 14.11.2007, 18 Bs 259/07f, MR 2007, 308.

Wikipedia ist eine gemeinschaftliche Non-Profit-Organisation, die darauf ausgerichtet ist, eine frei zugängliche Online-Enzyklopädie ins Leben zu rufen, deren Inhalt zur Gänze von freiwilligen Usern zusammengetragen wird. Das „Wiki-Prinzip“ stellt es jedem Benutzer grundsätzlich frei, ohne Anmeldung Beiträge zu schreiben und bestehende Texte, mit Ausnahme umstrittener Artikel, zu ändern.<sup>56</sup> Wikipedia hat keine Redaktion, die Benutzer kontrollieren und korrigieren sich vielmehr gegenseitig, während Wikipedia als Betreiber im Hintergrund bloß formale Vorgaben für die Inhalte festlegt und diese strukturiert. Die Hauptfunktion Wikipedias besteht demnach in erster Linie in der Bereitstellung von Server-Kapazität für die Speicherung der Beiträge.<sup>57</sup> Da Wikipedia keinen Einfluss auf die inhaltliche Gestaltung der Website hat, scheidet die Medienunternehmereigenschaft aus.<sup>58</sup> Ebenso gegen die Einordnung als Medienunternehmen spricht mE das Nichtvorhandensein einer Redaktion.

### 2.3.2. Mediendienste (§ 1 Abs 1 Z 7 MedienG)

Auch Mediendienste iSd § 1 Abs 1 Z 7 MedienG sind vom Medienprivileg des § 48 DSGVO umfasst. Es handelt sich dabei um Unternehmen, die ihre Mitteilungen (Beiträge in Wort, Schrift, Bild oder Ton) nicht in erster Linie und nicht unmittelbar an die Öffentlichkeit richten, sondern an andere (Medien-)Unternehmen weitergeben.<sup>59</sup> Nebenher können sie ihre Mitteilungen aber auch an andere Personen weitergeben, ohne die Qualifikation als Mediendienst zu verlieren.<sup>60</sup> Darunter fallen die gewerblichen Nachrichten- und Bildagenturen, die ein selbständiges Unternehmen darstellen, wie zB die APA<sup>61</sup>, nicht aber bloße Pressestellen oder Öffentlichkeitsabteilungen von Wirtschaftsunternehmen.<sup>62</sup> Auch die Pressestellen oder Öffentlichkeitsabteilungen von Behörden, wie beispielsweise der Landespressdienst des Amtes der Kärntner Landesregierung<sup>63</sup>, sind keine Mediendienste.<sup>64</sup> Auch die für diese Arbeit interessierenden Personengruppen sind jedenfalls nicht als Mediendienste anzusehen.

<sup>56</sup> Vgl *Pühringer*, Wikipedia und Datenschutzrecht, in *Jahnel*, Datenschutzrecht und E-Government 2008 (2008) 173 (174).

<sup>57</sup> Vgl *Strauß*, Rechtliche Verantwortlichkeit für Wikipedia – Der Streit um „Tron“ war erst der Anfang, ZUM 2006, 274 (281).

<sup>58</sup> Vgl *Pühringer*, Wikipedia (Fn 56) 190.

<sup>59</sup> Vgl *Noll*, in *Berka ua* (Fn 37) § 1, Rz 28.

<sup>60</sup> Vgl *Hartmann/Rieder*, Mediengesetz (Fn 45) § 1 Abs 1 Z 7 Anm 2.

<sup>61</sup> Vgl *Hanusch*, Mediengesetz (Fn 52) § 1 Rz 17.

<sup>62</sup> Vgl *Noll*, in *Berka ua* (Fn 37) § 1, Rz 28.

<sup>63</sup> DSK 27.2.2004, K 120.867/001-DSK/2004.

<sup>64</sup> Vgl *Noll*, in *Berka ua* (Fn 37) § 1, Rz 28.

### 2.3.3. Medienmitarbeiter (§ 1 Abs 1 Z 11 MedienG)

#### 2.3.3.1. Privilegierte Personengruppen

Neben den Medienunternehmen und Mediendiensten selbst sind auch deren Mitarbeiter durch § 48 DSGVO von den meisten datenschutzrechtlichen Pflichten ausgenommen. Darunter fallen Personen, die in einem *Medienunternehmen* oder in einem *Mediendienst* an der *inhaltlichen Gestaltung* eines Mediums oder der Mitteilungen eines Mediendienstes, als Angestellte oder freie Mitarbeiter, ständig, über eine wirtschaftlich unbedeutende Nebenbeschäftigung hinausgehend, *journalistisch mitwirken*. Der begriffliche Umfang dieser Mitwirkung ergibt sich zum Teil aus anderen Rechtsvorschriften wie zB dem JournG<sup>65</sup>, ORF-G<sup>66</sup>, ABGB, AnG, den einzelnen Kollektivverträgen<sup>67</sup>, Betriebsvereinbarungen und normativ nicht erfassten Branchenübungen.<sup>68</sup> Mit *inhaltlicher* Mitwirkung ist aber in jedem Fall mehr als eine bloße produktionstechnische Mitwirkung gemeint, sondern wird eine gestalterische Tätigkeit und Einflussnahme auf den Inhalt verlangt.<sup>69</sup> *Journalistische* Mitwirkung heißt, dass diese schöpferische, gestaltende, auf den Inhalt der Information gerichtete Tätigkeit, gegenüber der bloß herstellenden, organisierenden Tätigkeit überwiegen muss.<sup>70</sup> Grundsätzlich nicht als Medienmitarbeiter angesehen werden Leserbriefschreiber, Bildregisseur, Rundfunksprecher, Kameramann, Cutter und Beleuchter sowie alle anderen Mitarbeiter die nicht journalistisch tätig sind.<sup>71</sup>

*Angestellte Journalisten* fallen nach MedienG, als auch nach § 1 JournG *jedenfalls* unter den (Medien)mitarbeiterbegriff, wenn sie ihre Tätigkeit ständig ausüben und diese nicht bloß eine wirtschaftlich unbedeutende Nebentätigkeit darstellt.<sup>72</sup> *Hanusch, Hartmann/Rieder* und *Brandstetter/Schmid* sehen auch die gelegentliche wirtschaftlich unbedeutende Tätigkeit als ausreichend an, solange sich der Mitarbeiter in einem Anstellungsverhältnis befindet.<sup>73</sup> Der Wortlaut des § 1 Abs 1 Z 11 MedienG spricht mE gegen diese Ansicht. Hinzu kommt, dass

<sup>65</sup> Vom JournG umfasst sind in erster Linie journalistische Tätigkeiten bei Zeitungen und Rundfunkunternehmen, die sich auf das aktuelle Tagesgeschehen beziehen, mit festen Bezügen in Form eines ständigen Angestelltenverhältnisses entlohnt werden und vgl *Noll*, in *Berka ua* (Fn 37) § 1, Rz 38

<sup>66</sup> Das ORF-G differenziert in § 32 zwischen programmgestaltenden und journalistischen Mitarbeitern, zu diesem speziellen Begriffsverständnis und den sich daraus ergebenden Rechtsfragen vgl *Klein*, Rechtspolitisches und rechtsdogmatisches zum „Medienmitarbeiter“, in FS-Floretta (1983) 389 ff.

<sup>67</sup> Zum Beispiel der Kollektivvertrag Tageszeitungen (KV-TZ), abrufbar unter <http://www.voez.at/b276m229> (abgefragt am 14.4.2012)

<sup>68</sup> Vgl *Noll*, in *Berka ua* (Fn 37) § 1, Rz 36.

<sup>69</sup> Vgl *Brandstetter/Schmid*, Kommentar zum Mediengesetz<sup>2</sup> (1999) § 1, Rz 56.

<sup>70</sup> Vgl *Korn*, Der Begriff des programmgestaltenden und journalistischen Mitarbeiters des ORF (§ 17 Abs 2 und 3 RFG 1974), RfR 1981, 1ff.

<sup>71</sup> Vgl *Brandstetter/Schmid*, Mediengesetz<sup>2</sup> (Fn 69) § 1, Rz 57.

<sup>72</sup> Vgl *Holoubek/Kassai/Traimer*, Grundzüge des Rechts der Massenmedien<sup>4</sup> (2010) 66, *Hanusch*, Mediengesetz (Fn 52) § 1 Rz 26 und *Hartmann/Rieder*, Mediengesetz (Fn 45) § 1 Abs 1 Z 11 Anm 5.

<sup>73</sup> Vgl *Hanusch*, Mediengesetz (Fn 52) § 1, Rz 26; *Hartmann/Rieder*, Mediengesetz (Fn 45) § 1 Abs 1 Z 11 Anm 5; *Brandstetter/Schmid*, Mediengesetz<sup>2</sup> (Fn 69) § 1, Rz 58.



im Anwendungsbereich des JournG aufgrund des klaren Wortlauts des Gesetzes eine Nebenbeschäftigung keine ausreichende journalistische Tätigkeit darstellen kann, um unter den Medienmitarbeiterbegriff zu fallen. Auch die kollektivvertragliche Begriffsdefinition im Bereich der Tageszeitungen in §§ 5f KV-TZ, wo es ebenso die Einschränkung auf hauptberuflich angestellte Journalisten gibt, spricht mE gegen die Einbeziehung nebenberuflicher Tätigkeit. Es muss sich aber jedenfalls um eine berufsmäßige Tätigkeit handeln, eine unentgeltliche Tätigkeit scheidet daher immer aus.<sup>74</sup> Medienmitarbeiter sind daher zB Redakteur, Reporter, Chef vom Dienst, Chefredakteur, Korrespondent, Zeichner, und Fotograf.<sup>75</sup> Publiziert der angestellte Journalist aber *privat* nebenher, zB in einem Blog, ist er mangels Anstellung in einem Medienunternehmen, bezüglich des Blogs kein Medienmitarbeiter. Ist er nebenher als *freier Mitarbeiter* für ein anderes Medienunternehmen tätig, ist bezüglich dieser Tätigkeit separat zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Erfüllung der Medienmitarbeitereigenschaft vorliegen.<sup>76</sup>

*Freie Mitarbeiter* sind im Anwendungsbereich des MedienG nur dann Medienmitarbeiter, wenn sie ständig bei einem oder mehreren Medienunternehmen arbeiten, und dort ihre Tätigkeit nicht nur nebenberuflich ausüben.<sup>77</sup> Arbeitet ein freier Journalist daher für mehrere Medienunternehmen gleichzeitig, muss jede Tätigkeit für sich, grundsätzlich mehr als eine Nebentätigkeit darstellen.<sup>78</sup> Dass uU für einen freien Journalisten, der für eine Vielzahl von Medienunternehmen gelegentlich Beiträge verfasst, diese Tätigkeiten zusammen den Hauptberuf darstellen, ist unbeachtlich. Gleiches gilt für den Bereich des JournG, wo aber in § 16 JournG neben der ständigen und nicht bloß nebenberuflichen Ausübung, auch die persönliche Erbringung und das Fehlen einer unternehmerischen Struktur verlangt wird. §§ 17 ff JournG sehen Regelungen für die Schaffung von „Gesamtverträgen“ bezüglich ständiger freier Mitarbeiter vor. Im Bereich der Tageszeitungen wurde dies durch den „Gesamtvertrag für ständige freie Mitarbeiter bei österreichischen Tageszeitungen“<sup>79</sup> umgesetzt. Diese ständigen freien Mitarbeiter sind demnach in jedem Fall Medienmitarbeiter. Der Kollektivvertrag sieht in seinem Anhang 3 aber auch Regelungen für freie, nicht-ständige Mitarbeiter vor. Im Bereich der Tageszeitungen haben daher mE auch diese Personen,

<sup>74</sup> Vgl *Brandstetter/Schmid*, Mediengesetz<sup>2</sup> (Fn 69) § 1, Rz 58.

<sup>75</sup> Vgl § *Noll*, in *Berka ua* (Fn 37) § 1, Rz 37 ff.

<sup>76</sup> AA vermutlich *Brandstetter/Schmid*, Mediengesetz (Fn 69) § 29 Rz 3; und *Zöchbauer*, der von einem berufsständischen Sonderrecht spricht, allerdings nicht zu § 1 sondern zu §§ 29, 31 MedienG, vgl *Zöchbauer*, Zu den Grenzen der journalistischen Sorgfalt und des Redaktionsgeheimnisses, MR 1997, 186 (187).

<sup>77</sup> Vgl *Hartmann/Rieder*, Mediengesetz (Fn 45) § 1 Abs 1 Z 11 Anm 5.

<sup>78</sup> In diesem Sinne vgl OLG Wien 16.9.1996, 18 Bs 155/96, MR 1997, 194; aA vermutlich wieder *Zöchbauer*, der die Nebentätigkeit bei anderen Medienunternehmen in Form von Gastkommentaren oder Gastmoderationen miteinbeziehen will vgl *Zöchbauer*, (Fn 76) MR 1997, 186 ff.

<sup>79</sup> Abrufbar unter <http://www.voez.at/b276m229> (abgefragt am 14.4.2012)

unabhängig davon, ob sie bei einem anderen Medienunternehmen angestellt sind oder als (ständiger) freier Mitarbeiter arbeiten, die Stellung eines Medienmitarbeiters, obwohl sie ex definitionem nur gelegentlich für ein Medienunternehmen arbeiten.

#### **2.4. Zwischenergebnis**

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass Einzelpersonen - auch wenn sie bei einem Medienunternehmen angestellt sind oder frei mitarbeiten - die mit eigenen Websites, Blogs, Druckschriften etc. *privat* (nicht für ein Medienunternehmen) publizistisch tätig sind, keine Medienmitarbeiter darstellen. Sind sie bei einem Medienunternehmen angestellt oder als freier Mitarbeiter tätig und publizieren für ein anderes Medienunternehmen, ist zu differenzieren: Im Bereich des MedienG und des JournG ist jede Tätigkeit für sich alleine zu betrachten und führt nur zur Medienmitarbeitereigenschaft, wenn sie über eine Nebenbeschäftigung hinausgeht. Im Bereich des KV-TZ und des „Gesamtvertrags“ kann hingegen auch die gelegentliche Tätigkeit für ein Medienunternehmen zur Medienmitarbeitereigenschaft genügen.

#### **2.5. Verhältnis von § 4 Z 4 DSGVO zu § 48 Abs 1 DSGVO iVm § 1 Abs 1 Z 11 MedienG**

Von der hL wird angenommen, dass im privaten Bereich Mitarbeiter die im Zuge ihrer Tätigkeit eine datenschutzrechtlich relevante Datenanwendung vornehmen, nie selbst datenschutzrechtlicher Auftraggeber<sup>80</sup> iSd § 4 Z 4 DSGVO sein können, sondern immer die dahinterstehende juristische Person, hier das Medienunternehmen, als Auftraggeber gilt.<sup>81</sup> Man könnte nun daraus schließen, dass jede Person, die für ein Medienunternehmen eine Datenanwendung vornimmt, egal ob sie ein Medienmitarbeiter oder ein sonstiger Mitarbeiter (zB ein Buchhalter) ist, über den Umweg der Privilegierung des Medienunternehmens in den Genuss des Medienprivilegs kommt. Aus den ErläutRV zu § 48 DSGVO geht eindeutig hervor, dass der Gesetzgeber mit der Wortfolge „und ihre Mitarbeiter“ in § 48 Abs 1 DSGVO nicht allgemein Mitarbeiter Sinne des AnG oder DSGVO, sondern den speziellen Begriff „Medienmitarbeiter“ im Sinne des MedienG meint.<sup>82</sup> Insofern ist mE anzunehmen, dass § 48 Abs 1 DSGVO in diesem Zusammenhang ein selbständiger Regelungsgehalt zukommt und nur „Medienmitarbeiter“ iSd MedienG eine datenschutzrechtliche Privilegierung genießen können.

---

<sup>80</sup> „Auftraggeber“ ist der datenschutzrechtliche Begriff für die natürliche oder juristische Person, die die Datenanwendung vornimmt (§ 4 Z 4 DSGVO).

<sup>81</sup> Vgl *Dohr ua*, DSGVO<sup>2</sup> (Fn 25) § 4 Z 4 Anm 5; *Duschanek/Rosenmayr-Klemenz*, Datenschutzgesetz 2000 (2000) § 4 Z 4 und 5 Anm 4.2; Vgl *Drobesch/Grosinger*, Datenschutzgesetz (Fn 28) § 4 Z 4 Anm 1.

<sup>82</sup> Vgl ErläutRV BglNR 1613 XX. GP 52 f.

## 2.6. Unmittelbar für ihre publizistische Tätigkeit

Nicht jede Datenanwendung von Medienunternehmen, Mediendiensten und Medienmitarbeitern ist von § 48 DSGVO erfasst, sondern nur *unmittelbar* für ihre publizistische Tätigkeit verwendete Daten. Mit Unmittelbarkeit meint man den journalistischen Kernbereich der Medientätigkeit. Es empfiehlt sich daher die Datensammlungen in solche zu publizistischen und zu nicht publizistischen Zwecken zu trennen. Informationen über Arbeitnehmer, Handelspartner, Anzeigenkunden oder Abonnenten fallen nicht unter publizistische Zwecke.<sup>83</sup>

In diesem Zusammenhang interessiert die Frage, ob das Medienprivileg Medienarchive mitumfasst. Medienarchive sind Sammlungen bereits veröffentlichter Artikel, die Medienunternehmen den eigenen Journalisten oder Interessierten als Informationsquelle zur Verfügung stellen. Gegen eine Einbeziehung solcher Medienarchive spricht, dass es zum Schutz der Meinungsfreiheit von Bedeutung ist, dass *geplante* Veröffentlichungen nicht durch ein vorzeitiges Eingreifen Betroffener aufgehalten werden, was bei bereits veröffentlichtem Material nicht mehr relevant ist.<sup>84</sup> Für eine Privilegierung von Medienarchiven spricht, dass Medienunternehmen ständig mit hohem personellen und zeitlichen Aufwand für die Aktualisierung dieser Archive sorgen müssten, was die Medienfreiheit in unzulässiger Weise einschränkt.<sup>85</sup> Nicht außer Acht gehalten darf auch der „chilling effect“, also der Abschreckungswirkung, einer solchen Erschwernis.<sup>86</sup> Es besteht nämlich Grund zur Sorge, dass dadurch Medienunternehmen von einer der Öffentlichkeit zugänglichen Archivierung absehen, oder bei der erstmaligen Veröffentlichung Umstände ausklammern, die das weitere Anbieten eines Beitrags später rechtswidrig werden lassen könnten, an denen die Öffentlichkeit aber zum Zeitpunkt der erstmaligen Berichterstattung ein schützenswertes Interesse hat.<sup>87</sup> Diese Argumente überwiegen mE gegenüber datenschutzrechtlichen Geheimhaltungsinteressen, daher sind Medienarchive von § 48 DSGVO umfasst.

## 2.7. Zulässigkeit der Datenanwendung

Die Datenanwendung ist auch für Medienunternehmen, Mediendienste und Medienmitarbeiter nur insoweit zulässig, als dies zur Erfüllung ihrer Informationsaufgabe in Ausübung des

<sup>83</sup> Vgl. *Dohr ua*, DSGVO<sup>2</sup> (Fn 25) § 48 Anm 5.

<sup>84</sup> Vgl. *Dammann/Simits*, EG-Datenschutzrichtlinie. Kommentar (1997) 177; *Jahnel*, Handbuch (Fn 19) 460.

<sup>85</sup> BGH Urteil vom 1.2.2011 – VI ZR 345/09, MR 2011, 136.

<sup>86</sup> Zum Begriff „chilling effect“ vgl. *Holoubek*, Kommunikationsfreiheit, in *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte. Band VII/1 (2009) Rz 15.

<sup>87</sup> BGH Urteil vom 1.2.2011 – VI ZR 345/09, MR 2011, 136.

Grundrechts auf freie Meinungsäußerung in Art 10 EMRK erforderlich ist.<sup>88</sup> Mit dieser Wiederholung des Verhältnismäßigkeitsprinzips wird ua deutlich gemacht, dass sich hinter dem einfachgesetzlichen DSG das Grundrecht auf Datenschutz verbirgt, welches nur durch den Einsatz des gelindesten Mittels zur Erreichung der in Art 10 EMRK genannten Ziele beschränkt werden darf. Diese Zulässigkeitsprüfung ersetzt zusammen mit § 48 Abs 3 DSG die ansonsten anzuwendenden Zulässigkeitsvoraussetzungen der §§ 7 ff DSG.

## **2.8. Anzuwendende Rechtsvorschriften des DSG**

Von den einfachgesetzlichen Vorschriften des DSG sind im Anwendungsbereich des Medienprivilegs gem § 48 Abs 1 DSG nur die §§ 4, 5, 6, 10, 11, 14 und 15 anwendbar. Hervorzuheben ist hier der Zweckbindungsgrundsatz in § 6 DSG, der Medienunternehmen, Mediendienste und ihre Mitarbeiter an der systematischen, vorrätigen Speicherung hindert. Die wahllose Sammlung von Daten in großen Datenbanken (data warehouse) zur späteren Durchforstung (data mining) ist daher auch für Journalisten unzulässig.<sup>89</sup>

## **2.9. Besondere Garantien des MedienG**

In § 48 Abs 3 DSG wird auf die Bestimmungen des Mediengesetzes verwiesen, insbesondere auf dessen dritten Abschnitt über den Persönlichkeitsschutz. Zusammen mit § 48 Abs 2 DSG ersetzen daher die besonderen Garantien des MedienG die datenschutzrechtliche Zulässigkeitsprüfung der §§ 7 ff DSG.<sup>90</sup>

## **2.10. Interessierende Personengruppe nicht vom Medienprivileg umfasst**

Zusammenfassend ist noch einmal festzuhalten dass, NGOs, sonstige Unternehmen, juristische Personen öffentlichen Rechts und Privatpersonen in aller Regel nicht vom Medienprivileg in § 48 DSG erfasst sind, da sie weder Medienunternehmen oder Mediendienste darstellen, noch als Medienmitarbeiter anzusehen sind.

# **3. Datenanwendungen im Zuge publizistischer Tätigkeit außerhalb des Medienprivilegs**

## **3.1. Allgemeines**

Da NGOs, Unternehmen außerhalb der Medienbranche, juristische Personen öffentlichen Rechts, und andere Privatpersonen nicht vom Medienprivileg des § 48 DSG umfasst sind,

---

<sup>88</sup> Mit diesem Absatz soll ein Ausgleich zwischen dem Grundrecht auf Datenschutz und dem Recht auf freie Meinungsäußerung geschaffen werden, vgl *Dohr ua*, DSG<sup>2</sup> (Fn 25) § 48 Anm 9. Ob dieser Ausgleich mit § 48 DSG geglückt ist, erscheint fraglich, dazu genau vgl unten Kapitel 7.

<sup>89</sup> Vgl *Knyrim*, Datenschutzrecht (2003) 83.

<sup>90</sup> Vgl *Jahnel*, Jahrbuch (Fn 34) 89.

wird im Folgenden zunächst geprüft, ob die publizistischen Tätigkeiten dieser Personengruppe die Zulässigkeitskriterien der im einfachen Gesetzesrang stehenden §§ 4 ff DSG erfüllen.

### **3.2. „Prüfschema“ für die Zulässigkeit einer Datenanwendung**

Das datenschutzrechtliche Prüfungsschema ist auf jede Tätigkeit anzuwenden, die eine Datenanwendung<sup>91</sup> darstellt, also auch auf publizistische Tätigkeiten, wenn sie außerhalb des Medienprivilegs stattfinden.

Die Prüfung der Zulässigkeit einer Datenanwendung erfolgt in 4 Schritten:<sup>92</sup>

1. Prüfung der Berechtigung des Auftraggebers
2. Berücksichtigung der schutzwürdigen Interessen des Betroffenen
3. Prüfung des erforderlichen Ausmaßes und des gelindesten Mittels
4. Prüfung der Einhaltung der allgemeinen Grundsätze des § 6 DSG

Dieses Prüfungsschema ist anzuwenden, wenn journalistisch tätige Personen Daten<sup>93</sup> *ermitteln*. Die einzelnen Prüfungsebenen müssen kumulativ erfüllt werden, ansonsten scheidet eine Zulässigkeit der Datenanwendung aus.

Prüft man hingegen die Zulässigkeit der *Übermittlung*, va der Veröffentlichung von Daten, müssen zusätzlich noch folgende weitere Voraussetzungen erfüllt sein:<sup>94</sup>

1. Herkunft aus einer zulässigen Datenverwendung
2. Glaubhaftmachung der rechtlichen Befugnis oder gesetzlichen Zuständigkeit des Empfängers
3. Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen durch Übermittlung nicht verletzt

### **3.3. Berechtigung des Auftraggebers (§ 7 Abs 1 DSG)**

Das DSG geht vom „Verbotssprinzip“ aus, das heißt dass eine Datenanwendung grundsätzlich verboten ist, es sei denn der Auftraggeber genießt eine gesetzliche Zuständigkeit oder rechtliche Befugnis. In der Privatwirtschaftsverwaltung der Gebietskörperschaften und im

<sup>91</sup> Der Begriff der „Datenanwendung“ in § 4 DSG ist ein Überbegriff, der den gesamten Vorgang der „Datenverwendung“ erfasst, dh sowohl das Verarbeiten (Ermitteln, Erfassen, Speichern, Aufbewahren, Ordnen, Vergleichen, Verändern, Verknüpfen, Vervielfältigen, Abfragen, Benützen, Überlassen, Sperren, Löschen oder jede andere Art der Handhabung von Daten) als auch Übermitteln von Daten.

<sup>92</sup> Vgl *Jahnel*, Handbuch (Fn 19) 192.

<sup>93</sup> Personenbezogene „Daten“ iSd § 4 Z 1 DSG sind Angaben (also zB Name, Geburtsdatum, Adresse, Geschlecht, Einkommen, Vermögen, Leumund, Lebensgewohnheiten, Intelligenzquotient, Umsatz, Gewinn, Beschäftigtenzahl, oder Werturteile) über „Betroffene“ vgl *Dohr ua*, DSG<sup>2</sup> (Fn 25) § 4 Anm 2.

<sup>94</sup> Vgl *Jahnel*, Handbuch (Fn 19) 269.

übrigen privaten Bereich ergibt sich die Zulässigkeit meist aus einer *rechtlichen Befugnis*.<sup>95</sup> Eine solche kann sich aus einer vorgeschriebenen Konzession nach bestimmten Materiegesetzen zB bei privaten Rundfunkunternehmen nach dem Regionalradiogesetz, ergeben. Vereine beziehen ihre rechtliche Befugnis aus dem Vereinsstatut. Bei Autoren ergibt sich deren rechtliche Befugnis aus § 2 Abs 1 Z 7 GewO bzw. dem dort geregelten Selbstverlagsrecht der Urheber.<sup>96</sup> Bei Unternehmen, die „nur“ unter die GewO fallen, stellt die Gewerbeberechtigung die rechtliche Befugnis zur Datenverwendung dar. Bezüglich sonstiger Unternehmen muss die rechtliche Befugnis, wenn ein solcher vorhanden ist, aus dem Gesellschaftsvertrag hergeleitet werden.<sup>97</sup> NGOs, juristische Personen öffentlichen Rechts und Privatpersonen verfügen regelmäßig nicht über eine solche Befugnis. Auch eine allgemeine direkte Berufung auf Art 10 EMRK scheidet aus, da § 7 Abs 1 DSGVO eine spezielle Befugnis verlangt.<sup>98</sup> Unternehmen außerhalb der Medienbranche verfügen zwar meistens über eine Gewerbeberechtigung, damit ist ihnen aber nicht generell jede Datenanwendung gestattet. *Jahnel* meint dazu, dass grob gesprochen ein Unternehmen nur jene Datenverarbeitungen vornehmen darf, die unmittelbar zur Erfüllung des Geschäftszwecks notwendig sind (wie zB Mitarbeiterverwaltung, Kundenservice, Verwaltung der Vereinsmitglieder).<sup>99</sup> *Knyrim* bringt das Beispiel, dass die Gewerbeberechtigung eines Autoherstellers nicht die rechtliche Befugnis zur Verwendung der Daten von Fahrzeuginteressenten für das Anbieten von Reisen umfasst.<sup>100</sup> Es ist mE davon auszugehen, dass zumindest ein direkter Bezug zum Unternehmen (Kundenkartei, Vereinsmitgliederliste) vorhanden sein muss. Datenanwendungen im Zuge publizistischer Tätigkeit, die Dritte betreffen, werden daher nicht durch eine Gewerbeberechtigung gedeckt sein.

Die Zulässigkeit der Datenanwendung von NGOs, etc wird daher schon auf der Ebene der rechtlichen Befugnis scheitern. Dies gilt aber vorerst nur für die Datenverarbeitung, dh für das Ermitteln, Speichern, etc, im Zuge der publizistischen Tätigkeit, nicht aber für die Veröffentlichung der Daten, für die eigene Grundsätze zu beachten sind.

---

<sup>95</sup> Vgl *Jahnel*, Handbuch (Fn 19) 193.

<sup>96</sup> Vgl *Jahnel*, Handbuch (Fn 19) 197.

<sup>97</sup> Vgl *Knyrim*, Datenschutzrecht (Fn 89) 95.

<sup>98</sup> Vgl *Siegwart*, Das Veröffentlichende von Daten, in *Jahnel/Siegwart/Fercher* (Hrsg) Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts (2007) 235.

<sup>99</sup> Vgl *Jahnel*, Handbuch (Fn 19) 196 f.

<sup>100</sup> Vgl *Knyrim*, Datenschutzrecht (Fn 97) 95 f.

### **3.4. Besonderheiten bei der Datenübermittlung (§ 7 Abs 2 DSG)**

#### **3.4.1. Veröffentlichung ist Datenübermittlung**

Das Übermitteln von Daten beinhaltet gem § 4 Z 12 DSG die Weitergabe von Daten an andere Empfänger als den Betroffenen oder den Auftraggeber, insbesondere auch das *Veröffentlichen* von Daten. Werden Daten im Rahmen einer journalistischen Tätigkeit, zB in einem Printmedium oder im WWW veröffentlicht, handelt es sich der Rsp des EuGH<sup>101</sup>, der DSK<sup>102</sup> und der hM folgend<sup>103</sup> um eine Form der Übermittlung. Um eine Veröffentlichung zulässig werden zu lassen, müssen kumulativ folgende Voraussetzungen vorliegen:

#### **3.4.2. Daten aus einer zulässigen Datenanwendung (§ 7 Abs 2 Z 1 DSG)**

Daten dürfen nur veröffentlicht werden, wenn sie aus einer Datenanwendung stammen, die den allgemeinen Zulässigkeitskriterien entspricht. Stellt sich bei einer Veröffentlichung heraus, dass bereits die ursprüngliche Datenanwendung unzulässig war, erübrigt sich eine weitere Prüfung.<sup>104</sup>

#### **3.4.3. Glaubhaftmachung der rechtlichen Befugnis oder gesetzlichen Zuständigkeit des Empfängers (§ 7 Abs 2 Z 2 DSG)**

Will man die rechtliche Befugnis oder gesetzliche Zuständigkeit eines Empfängers nachweisen, muss man sich fragen, wer im Falle der Veröffentlichung ein solcher Empfänger sein kann, bzw ob ein solcher überhaupt identifizierbar ist.

Für eine Veröffentlichung ist es geradezu charakteristisch, dass es keinen bestimmten Empfänger gibt, die Daten werden ja einem unbestimmten Personenkreis, nämlich der Allgemeinheit, zugänglich gemacht. Interpretiert man § 7 Abs 2 Z 2 DSG grammatikalisch, lässt sich schon allein aus der Verwendung des bestimmten Artikels „der“ im Gesetzestext schließen, dass der Gesetzgeber einen (einzelnen) Empfänger meinte.<sup>105</sup>

Zu berücksichtigen ist auch, dass der Veröffentlichler gar keine bestimmte Person „ansprechen“ will. Es kommt aus seiner Sicht vielmehr auf den Zufall an, welche Person von den veröffentlichten Daten Kenntnis erlangt. Deshalb ist es dem Veröffentlichler gar nicht möglich vorherzusehen, von wem er die rechtliche Befugnis einholen soll. Zu denken wäre zwar an die (passive) Informationsfreiheit des Art 10 EMRK, die rechtliche Befugnis im Sinne des DSG meint aber eine spezielle Befugnis, wie zB eine Gewerbeberechtigung, die

<sup>101</sup> EuGH 6.11.2003, C-101/01, Lindqvist, Slg 2003, I-12971.

<sup>102</sup> DSK 27.2.2004, K 120.867/0001-DSK/2004.

<sup>103</sup> Vgl *Jahnel*, Handbuch (Fn 19) 162 ff mwN.

<sup>104</sup> Vgl *Jahnel*, Handbuch (Fn 19) 269.

<sup>105</sup> Vgl *Jahnel*, Handbuch (Fn 19) 271.

durch Art 10 EMRK nicht gewährleistet wird. Versteht man § 7 Abs 2 Z 2 DSG aber so, dass tatsächlich von jedem Empfänger eine rechtliche Befugnis glaubhaft gemacht werden müsste, wäre eine zulässige Veröffentlichung praktisch unmöglich.<sup>106</sup>

Die Lösung scheint *Siegwart* folgend, in einer teleologischen Reduktion des § 7 Abs 2 Z 2 DSG zu liegen. Dafür spricht die Tatsache, dass der Gesetzgeber selbst die Datenveröffentlichung als eine Form der Datenübermittlung in § 4 Z 12 DSG definiert. Ebenso würde eine wörtliche Interpretation im Gegensatz zum Unionsrecht stehen, welches Datenveröffentlichungen unter dem Begriff „Verbreitung“ zulässt. § 7 Abs 2 Z 2 DSG würde dann Art 8 lit f iVm Art 2 lit b der DSRL widersprechen.<sup>107</sup> Außerdem ist aus der Entwicklung des DSG zu entnehmen, dass in älteren Fassungen stets eine Veröffentlichungsmöglichkeit ohne Pflicht zur Glaubhaftmachung einer rechtlichen Befugnis vorgesehen war. Ein Wille des Gesetzgebers von dieser Art der Regelung grundsätzlich abzuweichen, lässt sich aus dem DSG nicht ableiten. Daher ist § 7 Abs 2 Z 2 DSG teleologisch zu reduzieren und kommt im Fall der Datenveröffentlichung nicht zur Anwendung.<sup>108</sup>

Im Ergebnis bedeutet dies, dass Personen die journalistisch tätig sind, wenn sie Daten veröffentlichen, vorausgesetzt die Daten stammen aus einer zulässigen Datenanwendung, keine rechtliche Befugnis oder gesetzliche Zuständigkeit eines etwaigen Empfängers glaubhaft machen müssen. Zu prüfen ist freilich immer noch, ob nicht schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen vorliegen.

#### **3.4.4. Nichtverletzung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen (§§ 7 Abs 2 Z 3 iVm 8,9 DSG)**

Für die Zulässigkeit der Übermittlung nicht-sensibler Daten scheinen dabei bloß die Zustimmung des Betroffenen zur Veröffentlichung (§ 8 Abs 1 Z 2 DSG) und die Veröffentlichung zur Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung (8 Abs 3 Z 4 DSG) von Bedeutung zu sein. Daran wäre zB bei der Veröffentlichung von Daten eines Interviewpartners zu denken. Bei der Prüfung der Zulässigkeit der Übermittlung sensibler Daten kommen am ehesten die ausdrückliche Zustimmung zur Veröffentlichung (§ 9 Z 6

<sup>106</sup> Vgl *Siegwart*, Veröffentlichen (Fn 98) 235.

<sup>107</sup> Vgl *Jahnel*, Handbuch (Fn 19) 273.

<sup>108</sup> Vgl *Siegwart*, Veröffentlichen (Fn 98) 239.



DSG) und die selbst vorgenommene Veröffentlichung durch den Betroffenen (§ 9 Z 1 DSG) in Betracht.<sup>109</sup>

Zu denken wäre auch an eine Rechtfertigung durch § 8 Abs 3 Z 6 DSG bzw § 9 Z 5 DSG.<sup>110</sup> Demnach sind keine schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen verletzt, wenn die Datenverwendung ausschließlich die Ausübung einer öffentlichen Funktion durch den Betroffenen<sup>111</sup> zum Gegenstand hat. Bei Beamten wird deren namentliche Nennung zulässig sein, soweit diese Nennung ausschließlich im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit steht.<sup>112</sup>

Zu bedenken ist aber immer, dass selbst bei § 8 Abs 3 Z 6 DSG bzw § 9 Z 5 DSG immer zu prüfen ist, ob die Daten aus einer zulässigen Datenanwendung stammen. Selbst dann wird aber nur die *Veröffentlichung* möglich gemacht, die vorherige *Ermittlung* der Daten braucht wieder eine eigene rechtliche Befugnis, die nach den oben dargestellten Grundsätzen in fast allen Fällen scheitern wird. Da eine Veröffentlichung regelmäßig das vorherige Ermitteln der Daten verlangt, schränkt sich der Anwendungsbereich dieser Ausnahmeregelung auf wenige Fälle ein.

### 3.5. Ergebnis

Zusammengefasst lässt sich sagen, dass die publizistische Tätigkeit von NGOs, Unternehmen, juristischen Personen öffentlichen Rechts und Privatpersonen in vielen Fällen der Datenverarbeitung, an der rechtlichen Befugnis scheitern wird. Auch Veröffentlichungen werden regelmäßig scheitern, da selbst wenn die Veröffentlichung keine rechtliche Befugnis voraussetzt und schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen wegen öffentlichen Interesses nicht verletzt sind, Daten meist zuerst ermittelt werden müssen. Diese Ermittlung ist wieder von einer rechtlichen Befugnis abhängig, die in den meisten Fällen nicht vorliegen wird.

## 4. Das Grundrecht auf Datenschutz

### 4.1. Allgemeines

Da nun festgehalten wurde, dass die publizistische Tätigkeit von NGOs, Unternehmen außerhalb der Medienbranche, juristischen Personen öffentlichen Rechts und Privatpersonen

<sup>109</sup> Vgl *Siegwart*, *Veröffentlichen* (Fn 98) 222 ff.

<sup>110</sup> Vgl *Berka*, *Beitrag* (Fn 35).

<sup>111</sup> ZB zur Zulässigkeit der Übermittlung von Daten eines Personalvertreters vgl DSK 24.10.2007, K 121.287/0024-DSK-2007.

<sup>112</sup> Vgl *Eisenberger/Faber*, *Individuelle Namensnennung bei der Aufarbeitung der NS-Zeit am Beispiel der Historikerkommission*, *juridikum* 2003, 27 ff.

häufig an der datenschutzrechtlichen Zulässigkeitsprüfung scheitern würde, ist noch zu prüfen, ob nicht auch das Grundrecht auf Datenschutz verletzt wird. Da § 48 DSGVO nicht von der Einhaltung des Grundrechts dispensiert, wird im Folgenden auch auf die Zulässigkeit der Datenanwendungen durch Medienunternehmen aus grundrechtlicher Perspektive eingegangen.

## 4.2. Grundrechtsträger, Grundrechtsobjekt, Verpflichtete

Das Grundrecht auf Datenschutz ist als Menschenrecht jedermann unabhängig von einer Staatsbürgerschaft, höchstpersönlich eingeräumt. Der Schutzbereich des § 1 DSGVO umfasst „personenbezogene Daten“ iSd § 4 Z 1 DSGVO. Unter Verpflichteten iSd Grundrechts auf Datenschutz sind Auftraggeber nach § 4 Z 4 DSGVO zu verstehen.<sup>113</sup>

## 4.3. Schutzbereich

In erster Linie bietet das Grundrecht auf Datenschutz einen Anspruch auf Geheimhaltung personenbezogener Daten.<sup>114</sup> Dies beinhaltet einerseits einen Geheimhaltungsschutz im engeren Sinn, also einen Schutz vor Übermittlung und Preisgabe der Daten.<sup>115</sup> Andererseits ist das Grundrecht auf Datenschutz auch gegen die zwangsweise Verpflichtung des Betroffenen oder eines Dritten zur Weitergabe oder Offenlegung der Daten gerichtet.<sup>116</sup> Es bezieht sich auch auf manuelle Dateien und bloße mündliche Mitteilungen.<sup>117</sup> Damit bewirkt § 1 DSGVO auch einen Ermittlungsschutz.<sup>118</sup>

## 4.4. Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen

§ 1 Abs 1 2. Satz DSGVO nennt Fälle, in denen solche schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen von vornherein als nicht verletzt gelten.<sup>119</sup> So sind Daten, die „allgemein verfügbar“ oder „nicht rückführbar“ sind, in jedem Fall nicht vom Schutzbereich des Grundrechts erfasst.<sup>120</sup> Ob diese beiden Fälle *demonstrativ* zwei Fälle der Nichtverletzung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen bezeichnen, oder *abschließend* verstanden werden müssen, ist

<sup>113</sup> Vgl. *Duschaneck*, in *Korinek/Holoubek* (Fn 29) §1 DSGVO Rz 20; *Jahnel*, Grundrecht (Fn 24) 315, zur Interpretation des § 1DSG unter Heranziehung der einfachgesetzlichen Begriffe des DSGVO vgl. oben Kapitel 1.4.

<sup>114</sup> Daneben sind mit § 1 DSGVO noch die damit zusammenhängenden Rechte auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung verfassungsgesetzlich gewährleistet.

<sup>115</sup> Vgl. *Jahnel*, Grundrecht (Fn 24) 320.

<sup>116</sup> Vgl. *Rill*, Das Grundrecht auf Datenschutz, in *Duschaneck*, Datenschutz in der Wirtschaft (1981) 15 (26); im folgend VfSlg 12.228/1989 und VfSlg 12.880/1991; *Drobesh/Grosinger* (Fn 28) § 1 Abs 1 Anm 3; DSK 21.6.2005, K 121.009/0010-DSK-2005.

<sup>117</sup> Vgl. *Jahnel*, Handbuch (Fn 19) 43; DSK 20.7.2007, K 121.269/0010-DSK/2007; DSK 28.6.2006, K 121.122/0015-DSK/2006.

<sup>118</sup> Vgl. *Duschaneck*, in *Korinek/Holoubek* (Fn 29) §1 DSGVO Rz 39.

<sup>119</sup> Vgl. *Duschaneck*, in *Korinek/Holoubek* (Fn 29) §1 DSGVO Rz 40.

<sup>120</sup> Vgl. *Jahnel*, Handbuch (Fn 19) 44.

strittig.<sup>121</sup> Nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung ist der Gesamtkonzeption des Datenschutzrechts Rechnung tragend, jener Ansicht zu folgen, die der Aufzählung nur demonstrativen Charakter zumisst.<sup>122</sup> Freilich können sich auf Rechtfertigungsebene Gründe für die Zulässigkeit eines Eingriffs ergeben.

#### **4.5. Beschränkungen des Grundrechts auf Datenschutz**

Das Grundrecht auf Datenschutz wirkt nicht absolut, sondern kann durch die in § 1 Abs 2 DSG angeführten Eingriffe beschränkt werden. § 1 Abs 2 DSG nennt mehrere Fälle in denen Beschränkungen des Grundrechts zulässig sind. Hervorzuheben sind folgende Punkte:

##### **4.5.1. Zustimmung**

Durch die Zustimmung zur Verwendung seiner Daten verzichtet der Betroffene auf seine Geheimhaltungsansprüche und erlaubt den Grundrechtseingriff ohne gesetzliche Voraussetzung. Dies folgt dem datenschutzrechtlichen Grundgedanken eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung<sup>123</sup> und stellt ein Beispiel des freien Grundrechtsgebrauchs dar<sup>124</sup>. Das Kriterium der Zustimmung ist nicht schon bei der Abgrenzung des Schutzbereichs sondern erst auf der Eingriffsebene zu prüfen.<sup>125</sup> Die häufigsten Fälle der Zustimmung sind privatrechtliche Vereinbarungen zwischen Betroffenenem und Auftraggeber.<sup>126</sup>

##### **4.5.2. Überwiegende berechtigte Interessen eines anderen**

Eingriffe Privater und des Staates im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung<sup>127</sup> bedürfen keiner gesetzlichen Grundlage sondern nur einer Interessensabwägung zwischen den Interessen des Betroffenen und jenen des Eingreifenden, wobei die Interessen des Eingreifenden überwiegen müssen.<sup>128</sup> Für die Frage, welche Kriterien für die Interessensabwägung heranzuziehen sind, gibt § 1 Abs 2 DSG keine Auskunft.<sup>129</sup> Anknüpfungspunkte können sich aus dem einfachgesetzlichen Teil des DSG ergeben, nämlich

<sup>121</sup> Vgl *Berka*, Das Grundrecht auf Datenschutz im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit. Gutachten für den 18. ÖJT (2012) 62 ff mwN.

<sup>122</sup> Dazu genauer vgl unten Kapitel 5.7.

<sup>123</sup> Vgl *Duschaneck*, in *Korinek/Holoubek* (Fn 29) § 1 DSG, Rz 46. Zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung vgl unten Kapitel 5.7.

<sup>124</sup> Vgl *Berka*, Die Grundrechte (1999) Rz 176.

<sup>125</sup> Vgl *Wiederin*, Privatsphäre (Fn 17) 61.

<sup>126</sup> Vgl *Duschaneck*, in *Korinek/Holoubek* (Fn 29) § 1 DSG, Rz 46.

<sup>127</sup> Vgl *Jahnel*, Handbuch (Fn 19) 62 f. und bereits zum DSG 1978 *Berka*, Grundrechte (Fn 124) Rz 483; *Evers*, Der Schutz des Privatlebens und das Grundrecht auf Datenschutz in Österreich, EuGRZ 1994, 281 (292); hoheitliche Eingriffe des Staates bedürfen gem § 1 Abs 2 DSG zusätzlich einer gesetzlichen Grundlage die den Anforderungen des materiellen Gesetzesvorbehalts in Art 8 EMRK genügen muss.

<sup>128</sup> Vgl *Jahnel*, Grundrecht (Fn 24) 330; anders *Duschaneck*, der auch für den Eingriff Privater eine Rechtsgrundlage als erforderlich ansieht, vgl *Duschaneck*, in *Korinek/Holoubek* (Fn 29) § 1 DSG, Rz 50.

<sup>129</sup> Vgl *Jahnel*, Grundrecht (Fn 24) 332.

aus den §§ 7 ff DSG mit den demonstrativ angeführten Gründen für die Zulässigkeit der Datenanwendung. Die Rechtfertigungsgründe eines Eingriffs können sich außerdem aus der gesamten Rechtsordnung ableiten.<sup>130</sup> Darunter können Interessen aller Art fallen, also ua staatliche oder private, wirtschaftliche, wissenschaftliche, gesellschaftliche oder grundrechtliche gewährleistete Interessen, wie zB die Erwerbsfreiheit aus Art 6 StGG<sup>131</sup> und die Informations-, Meinungs- und Medienfreiheit aus Art 10 EMRK<sup>132</sup>.<sup>133</sup> Hier findet man den für diese Arbeit wesentlichen Einfallspunkt für eine Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Datenschutz auf grundrechtlicher Ebene.

#### 4.5.3. Gelindestes Mittel

Mit der Formulierung in § 1 Abs 2 3. Satz DSG, dass auch zulässige Eingriffe in das Grundrecht nur in der gelindesten zum Ziel führenden Art vorgenommen werden dürfen, weist der Verfassungsgesetzgeber noch einmal auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip hin. Die Besonderheit des Hinweises auf das gelindeste Mittel besteht gegenüber der „klassischen“ Formel der Verhältnismäßigkeitsprüfung, dass unter den im engeren Sinn verhältnismäßigen Eingriffen, nur der schonendste zulässig ist.<sup>134</sup>

#### 4.6. Unmittelbare Drittwirkung

Das Grundrecht auf Datenschutz ist das einzige Grundrecht in der österreichischen Rechtsordnung, das mit unmittelbarer Drittwirkung ausgestattet ist. Es kann daher gegen private Rechtsträger auf dem Zivilrechtsweg durch eine Schadenersatz- oder Unterlassungsklage geltend gemacht werden.<sup>135</sup>

<sup>130</sup> Vgl *Dohr ua*, DSG<sup>2</sup> (Fn 25) § 1 Anm 13.

<sup>131</sup> Vgl *Grabenwarter*, Verfassung und Informationsgesellschaft, in *ÖJK* (Hrsg), Grundrechte in der Informationsgesellschaft (2001) 48 (51).

<sup>132</sup> Vgl *Dohr ua*, DSG<sup>2</sup> (Fn 25) § 1 Anm 13.

<sup>133</sup> Vgl *Duschanek*, in *Korinek/Holoubek* (Fn 29) § 1 DSG, Rz 50.

<sup>134</sup> Vgl *Jahnel*, Handbuch (Fn 19) 63; *Reimer*, Verfassungs- und europarechtliche Überlegungen zur datenschutzrechtlichen Zustimmung, in *Jahnel/Sieglwart/Fercher* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts (2007) 89, Fn 22.

<sup>135</sup> Vgl *Jahnel*, Handbuch (Fn 19) 74. Ausgenommen davon ist das Recht auf Auskunft, für das gemäß § 1 Abs 5 DSG immer die DSK zuständig ist.

## **5. Schutzgut des Grundrechts auf Datenschutz**

### **5.1. Interessensausgleich zwischen Datenschutz und Meinungsfreiheit**

Oben wurde bereits festgehalten, dass die meisten Erscheinungsformen publizistischer Tätigkeit außerhalb von Medienunternehmen nicht in den Anwendungsbereich des Medienprivilegs in § 48 DSG fallen.

Ohne den Genuss des Medienprivilegs sind die einfachgesetzlichen Bestimmungen des DSG voll anwendbar. Mit dem einfachgesetzlichen DSG wird eine Schutzpflicht erfüllt, welche sich aus dem Grundrecht auf Datenschutz ergibt. Die Normen, die sich aus der Schutzpflicht dieses Grundrechts ergeben, könnten nun einen Eingriff in ein anderes Grundrecht darstellen. Durch die einfachgesetzlichen Zulässigkeitsbestimmungen des DSG können die Personen, die nicht unter § 48 DSG fallen, ihr Grundrecht auf Kommunikationsfreiheit in Art 10 EMRK, Art 13 StGG nicht in vollem Umfang wahrnehmen. Es stellt sich nun die Frage, ob dem Gesetzgeber mit § 48 DSG der angemessene Ausgleich zwischen dem Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit in Art 10 EMRK und dem Grundrecht auf Datenschutz gelungen ist.

Auf dasselbe Problem trifft man, wenn man eine Datenanwendung auf grundrechtlicher Ebene prüft. Da § 48 DSG nur von der Prüfung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit auf einfachgesetzlicher Ebene befreit, muss für jede Datenanwendung, sei es durch Medienunternehmen oder andere Personengruppen, eine grundrechtliche Abwägungsentscheidung auf der Ebene der Rechtfertigung eines Eingriffs durch überwiegende Interessen eines anderen angestellt werden. Auch hier läuft dies, bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, auf eine Interessensabwägung zwischen dem Grundrecht auf Datenschutz und dem Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit in Art 10 EMRK hinaus.

Um den angemessenen Ausgleich zwischen diesen zwei Grundrechtspositionen zu finden, müssen zuerst die Schutzgüter hinter den fraglichen Grundrechten erfasst werden.

### **5.2. Schutzgut des Grundrechts auf Datenschutz**

Will man das Schutzgut des Grundrechts auf Datenschutz erörtern, muss dies mE aus einer historischen Betrachtungsweise erfolgen, in der die Entwicklung des Datenschutzrechts ausgehend von der Mitte des letzten Jahrhunderts bis heute nachgezeichnet wird. Am besten lässt sich dies an der Entwicklung der Rechtsprechung des deutschen

Bundesverfassungsgerichts nachvollziehen, an deren Ende ein Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung stand, welches die österreichische datenschutzrechtliche Literatur auch als für das Grundrecht auf Datenschutz in § 1 DSG maßgebend erachtet.<sup>136</sup>

### 5.3. Datenschutz als Persönlichkeitsschutz

Schon bevor aufgrund des Aufkommens der Informationsgesellschaft und der damit verbundenen elektronischen Datenverarbeitungsprozesse die Forderung nach einem modernen Datenschutzrecht konkretisiert wurde, gab es schon in der Nachkriegszeit die Erkenntnis, dass Persönlichkeitsgüter, zu denen auch personenbezogene Daten gehören, besonders schutzbedürftig sind.<sup>137</sup>

Auch in Österreich wurden Persönlichkeitsrechte früh anerkannt und (verfassungs-)gesetzlich festgelegt. Bereits aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht in § 16 ABGB ergibt sich ein angeborenes Recht des Menschen auf Achtung seiner Geheimsphäre.<sup>138</sup> Sowohl auf verfassungsrechtlicher Ebene, zB in Art 20 Abs 3 B-VG, Art 10, 10a StGG und Art 8 EMRK, als auch auf materiespezifischer einfachgesetzlicher Ebene, zB im Arbeitsrecht oder Fernmelderecht, findet man Geheimhaltungsgebote.<sup>139</sup>

Aber weder das Zivilrecht noch das öffentliche Recht konnten in der Nachkriegszeit einen Schutz vor den Gefahren moderner Technik für das Privatleben bieten. Indiskretionen standen nicht zuletzt aufgrund des sich ausbreitenden Sensationsjournalismus und dem wachsenden öffentlichen Interesse am Privatleben der in der Öffentlichkeit von Rundfunk, Film und Politik handelnden Personen an der Tagesordnung.<sup>140</sup>

Der grundrechtliche Weg des BVerfG zum Schutz vor derartigen Indiskretionen lässt sich in zwei wesentliche Zeitspannen einteilen:<sup>141</sup>

<sup>136</sup> Vgl in diese Sinne *Duschanek*, in *Korinek/Holoubek* (Fn 29) § 1 DSG, Rz 2; *Dohr ua*, DSG<sup>2</sup> (Fn 25) § 1 Anm 2; während sich aus Art 8 EMRK, obwohl dieser eine datenschutzrechtliche Komponente enthält, kein umfassendes Recht auf informationelle Selbstbestimmung ableiten lässt, vgl *Berka*, Gutachten (Fn 121) 73.

<sup>137</sup> Vgl *Vogelsang*, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung? (1987) 39.

<sup>138</sup> Vgl *Aicher*, in *Rummel*, Kommentar zum ABGB<sup>3</sup> (2000) § 16 Rz 24 f; dazu schon früher vgl *Zeiller*, Natürliches Privatrecht<sup>3</sup> (1819) 65 ff.

<sup>139</sup> Vgl *Duschanek*, in *Korinek/Holoubek* (Fn 29) § 1 DSG Rz 1.

<sup>140</sup> Vgl *Vogelsang*, Grundrecht (Fn 137) 39.

<sup>141</sup> *Vogelsang* spricht von drei Phasen, die erste und zweite Phase werden hier zusammengefasst dargestellt vgl *Vogelsang*, Grundrecht (Fn 137) 39 ff; in diesem Sinne vgl *Nettesheim*, Grundrechtsschutz der Privatheit, VVDStRL 70 (2011) 14 ff.

#### 5.4. Anerkennung verschiedener Schutzsphären (bis Ende siebziger Jahre)

Vom Schutz vor Indiskretion ausgehend hat das BVerfG im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung mit dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit schon früh verdeutlicht, dass jedem Menschen eine Sphäre privater Lebensführung zukommt. Es bestehe ein letzter unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit, der von der Gewalt des Staates ausgenommen werden muss.<sup>142</sup> Hinter dieser Schlussfolgerung steht das Konzept der Privatheit, welches seinen Ursprung in der Analyse der menschlichen Persönlichkeitskonstituierung hat. Demnach *ist* eine Person nur, wenn sie eine andere anerkennt als die, die sie ist. Erst die Wahrnehmung des anderen sorgt für die Existenz der Persönlichkeit und verleiht Subjektivität. Die Entstehung des Selbstbewusstseins hängt somit von intersubjektiven Sachverhalten ab, über die nur begrenzt verfügt werden kann.<sup>143</sup> Innerhalb dieses intersubjektiven Bereiches kann uns das Bild des anderen bedrohen und beschämen.<sup>144</sup> Dadurch, dass der Mensch durch andere beobachtet wird, können diese ihn aber festlegen und ihm Handlungsrationalitäten nehmen.<sup>145</sup> Auf diese Herausforderung antwortet das Konzept der Privatheit, mit dem man Situationen meint, in denen der Einzelne nicht der Willkür eines anderen ausgesetzt wird. Diese Situationen können körperlicher Natur oder räumlich sein, wie zB die Wohnung, oder als Teilbereiche sozialen Lebens, zB die menschliche Kommunikation, verstanden werden. Der Schutz solcher Situationen kann als Abwehrfunktion gestaltet werden, aber auch auf öffentliche Räume Bezug nehmen und kann physisch, moralisch, konventionell oder rechtlich hergestellt werden. Privatheit setzt Grenzen für Sphären und Räume und normiert Macht-, Zugangs- und Kontrollbefugnisse.<sup>146</sup> Was nun Inhalt dieser Privatheit ist, ergibt sich aus der kulturellen Prägung einer Gesellschaft. Je nach historischem oder sozialem Kontext verändert sich in jeder Gesellschaft das Begriffsverständnis von Privatheit.<sup>147</sup>

Bis in die siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts wurde Privatheit mit Privatsphäre gleichgesetzt. Man verstand darunter eine Art vorgesellschaftlichen Raum, der der Autonomie des Einzelnen überlassen bleibt und eigenen Handlungsrationalitäten unterliegt.<sup>148</sup> Dieser Raum, die Privatsphäre, bildete sich zunächst in Abgrenzung zum Staat. Später wurde

<sup>142</sup> BVerfGE 6, 32 ff – Elfes.

<sup>143</sup> Vgl *Nettesheim*, Privatheit (Fn 141) 8.

<sup>144</sup> Vgl *Sartre*, Das Sein und das Nichts (1943) 405, 424 ff.

<sup>145</sup> Vgl *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung (2007) 28.

<sup>146</sup> Vgl *Nettesheim*, Privatheit (Fn 143) 8.

<sup>147</sup> Vgl *von Rienen*, Frühformen des Datenschutzes? (1984).

<sup>148</sup> Vgl *Schmitt Glaeser*, Schutz der Privatsphäre, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV<sup>2</sup> (2009) § 129.

darunter allgemein jene Sphäre verstanden, in der der Einzelne, seine Familie, Freunde und Kommunikationspartner „ungestört“ agieren konnten. Dort konnten Verhaltensweisen und Werthaltungen gelebt werden, ohne sich den in den anderen Sphären geltenden Handlungsrationaltäten unterwerfen zu müssen. So würden Freiräume geschaffen, in denen sich Ehe, Familie, Sexualität und Freundschaft „willkürlich“ entfalten könnten. Diese Privatsphäre wurde sowohl institutionell, als auch konventionell abgesichert. Konventionell wurde Privatheit durch die Ächtung des Eindringens in die Privatsphäre und Ablehnung der Intimisierung öffentlicher Räume realisiert. Auf institutioneller Ebene übernahm der Staat die Aufgabe, die historisch gewachsenen privaten Gegebenheiten festzustellen und in ein rechtliches Antlitz zu kleiden.<sup>149</sup> Auch das BVerfG hat diesen Überlegungen Folge geleistet und zwischen Intimsphäre, Privatsphäre und öffentlicher Sphäre differenziert. Zum (relativ) geschützten Bereich der Privatsphäre zählte das BVerfG zB das eheliche und familiäre Leben ebenso wie Gesundheitsdaten oder den Bereich der Sexualität.<sup>150</sup>

### 5.5. Abkehr von Sphärentheorie

Im Zuge der Veränderung der Lebens- und Sichtweisen durch die in den sechziger und siebziger Jahren aufkommenden Bewegungen wurde das althergebrachte Konzept der Privatsphäre hinterfragt und schwer erschüttert. Die Privatsphäre sollte insofern demaskiert werden, als sie traditionelle Verhaltensmuster und Strukturen der Ungleichheit immunisiert und stabilisiert. Durch eine Politisierung der Privatsphäre sollten nunmehr die dort herrschenden repressiven Verhältnisse überwunden werden. Die Privatsphäre sollte nicht mehr Orientierungspunkt für den Staat sein, sondern er sollte dort antizipierend seiner Gestaltungsaufgabe nachkommen.<sup>151</sup>

Ebenso verlieren Anfang der achtziger Jahre *soziale Strukturen* als unhinterfragter Ausgangspunkt für grundrechtliche Überlegungen, an Bedeutung. Nunmehr steht der *einzelne Mensch* als seine Persönlichkeit gestaltendes Wesen im Vordergrund.<sup>152</sup>

### 5.7. Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (ab achtziger Jahre)

Die Analyse der Sphärentheorie ist deshalb so wichtig, weil das BVerfG Anfang der achtziger Jahre radikal mit seiner bisherigen Spruchpraxis gebrochen hat und sich das neue Konzept des

<sup>149</sup> Vgl. *Nettesheim*, Privatheit (Fn 143) 14 ff.

<sup>150</sup> BVerfGE 32, 373 ff; BVerfG 6, 389 ff.

<sup>151</sup> Vgl. *Nettesheim*, Privatheit (Fn 143) 16 f.

<sup>152</sup> Vgl. *Podlech*, Das Recht auf Privatheit, in *Perels* (Hrsg.), Grundrechte als Fundament der Demokratie (1979) 50.



BVerfG vor allem in seiner Abgrenzung zum alten Sphärenmodell verstehen lässt. Mit dem Volkszählungsurteil<sup>153</sup> von 1983, welches auch als die Magna Charta für die Entwicklung des deutschen Datenschutzrechts bezeichnet wird, hat das BVerfG nämlich erstmals ein sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ergebendes Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung postuliert.<sup>154</sup>

Ziel des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung ist es, die Entscheidungsfreiheit des Einzelnen zu gewährleisten. Diese Entscheidungsfreiheit ist eine elementare Grundbedingung eines auf Handlungs- und Mitwirkungsfähigkeit seiner Bürger begründeten, freiheitlichen demokratischen Gemeinwesens. Diese Freiheit scheint insbesondere unter dem Aspekt der Gefahren moderner IT-Systeme bedroht, die es ermöglichen, technisch unbegrenzt Daten über persönliche oder sachliche Verhältnisse zu speichern und integrierte Informationssysteme aufzubauen, durch die einzelne Daten zu einem umfassenden Persönlichkeitsbild zusammengetragen werden können, ohne dass der Betroffene Einfluss darauf nehmen könnte.<sup>155</sup> Dadurch kann der Einzelne nicht mehr mit ausreichender Sicherheit überschauen, wer über welche seine Person betreffenden Informationen verfügt. Ohne das Wissen möglicher Kommunikationspartner abschätzen zu können, ist die Freiheit des Einzelnen aus eigener Entscheidung zu planen und zu entscheiden, wesentlich eingeschränkt. Informationelle Selbstbestimmung ist auch nicht mit dem Umstand vereinbar, dass der einzelne Bürger jederzeit damit rechnen muss, dass von einer Durchschnittsnorm abweichendes Verhalten, zB nach der Teilnahme an einer Versammlung, dauerhaft gespeichert und jederzeit abgerufen werden kann.<sup>156</sup> Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist also normative Grenze gegen alle Entwicklungen, die den Einzelnen als bloßes *Informationsobjekt* sehen und stellt daher das notwendige Steuerungsmittel für die Verarbeitung personenbezogener Daten dar, um der Achtung der Person des Einzelnen und damit der Sicherung seiner Subjektivität Genüge zu tun.<sup>157</sup>

Den Staat und private datenverarbeitende Organisationen trifft eine datenschutzrechtliche Vorsorgelast, nämlich die Gewährleistung von Selbstbestimmung und Transparenz im

---

<sup>153</sup> BVerfGE 65.

<sup>154</sup> Vgl *Hoffmann-Riem*, Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft – Auf dem Wege zu einem neuen Konzept des Datenschutzes, AöR 123 (1998) 515.

<sup>155</sup> ZB die elektronischen Zugriffsmöglichkeiten auf vertrauliche Kommunikation, die Videoüberwachung öffentlicher Räume oder die Genomanalyse zu Zwecken der Strafverfolgung, vgl *Trute*, in *Roßnagel*, Handbuch Datenschutzrecht (2003) 159 mwN; BVerfG 65, 42.

<sup>156</sup> Vgl *Vogelsang*, Grundrecht (Fn 137) 52 ff.

<sup>157</sup> Vgl *Simitis*, Die informationelle Selbstbestimmung - Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW 1984, 394 (400).

Datenverkehr.<sup>158</sup> Nicht mehr allein die Abwehr von Informationseingriffen in die Privatsphäre steht im Vordergrund, sondern die Ansprüche des Bürgers auf Teilhabe am kommunikativ selbstbestimmten Informationsverkehr. Jedes personenbezogene Datum fällt daher - unabhängig von der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Sphäre - prima facie in den Schutzbereich des Grundrechts. Die Herausforderung für den Staat besteht darin, mehr als ein bloßes Datengeheimnis zu gewährleisten, nämlich mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung Voraussetzungen und Rahmenbedingungen einer kommunikativen Selbstbestimmung zu schaffen.<sup>159</sup>

Wie *Simits* zutreffend darlegt, ist die informationelle Selbstbestimmung konstitutive Voraussetzung jeder *kommunikativen Selbstbestimmung* des Individuums. Können Bürger nicht mehr kontrollieren, wer, wann, welche Informationen über sie hat, laufen sie Gefahr ihre Subjektivität im Kommunikationsprozess zu verlieren und zum bloßen Informationsobjekt degradiert zu werden. Der Einzelne wäre als Objekt in seiner sozialen Umwelt, nur mehr Adressat „optimierter“ Verhaltenserwartungen, welche mit den neuen Informationstechnologien, unabhängig von seinem Willen über ihn gewonnen werden. Diese kommunikative Ausgrenzung des Einzelnen, welche zur Kommunikationsunfähigkeit führen kann, soll mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung verhindert werden.<sup>160</sup>

Um die kommunikative Ohnmacht zu verhindern, darf die Entscheidung über eine Datenanwendung nicht beim potentiellen Datenanwender liegen, sondern beim Betroffenen selbst.<sup>161</sup> Auch das österreichische DSG hat dieser Schlussfolgerung mit den Rechten auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung, sowie dem Widerspruchsrecht Rechnung getragen.<sup>162</sup> Der Einzelne kann sich nämlich nur dann als Kommunikationspartner konstituieren und behaupten, wenn er selbst über den Umgang mit den seine Person betreffenden Angaben entscheiden, dadurch den Informationsstand seines Gegenübers einschätzen, die sich daraus ergebende soziale Situation richtig bewerten, und gegebenenfalls, seinen Standpunkt, zB gegenüber Behörden, Arbeitgebern oder in seinen sozialen Beziehungen, darlegen kann.<sup>163</sup>

<sup>158</sup> Vgl *Pitschas*, in Verhandlungen des 62. Deutschen Juristentags, Bremen, 1998, Band II/1 (1998) M 12 f., 25 ff.

<sup>159</sup> Vgl *Trute*, in *Roßnagel* (Fn 155) 161 f.

<sup>160</sup> Vgl *Simits*, in *Simits*, BDSG<sup>7</sup> § 1, Rz 36 f.

<sup>161</sup> Vgl *Simits*, in *Simits* (Fn 160) § 1, Rz 37.

<sup>162</sup> Vgl *Dohr ua*, DSG<sup>2</sup> (Fn 25) § 1 Anm 2.

<sup>163</sup> Vgl *Simits*, in *Simits* (Fn 160) § 1, Rz 37.

Die durch informationelle Selbstbestimmung vermittelte Kommunikationsfähigkeit des Menschen ist somit Grundbedingung jeder demokratischen Gesellschaft. Genauso ist die Realisierung dieser Selbstbestimmung nur innerhalb der freiheitlich-demokratischen Gesellschaft möglich. Beide Positionen bedingen einander daher.<sup>164</sup>

Man könnte nun informationelle Selbstbestimmung auch bloß als ein Recht zur umfassenden Selbstdarstellung bezeichnen. Diese Ansicht ist aber insofern nur bedingt zutreffend, als dass die Preisgabe personenbezogener Daten nicht nur ein individuelles Problem der Betroffenen ist, sondern dass jede „Informationsverunsicherung“ tendenziell Auswirkungen auf den *gesamten* politisch-gesellschaftlichen Bereich hat.<sup>165</sup>

Auch das BVerfG meint, dem Einzelnen stünde nicht ein Recht im Sinne einer absoluten, unbeschränkbaren Herrschaft über seine Daten zu, sondern sieht den Menschen als eine sich innerhalb der sozialen Gemeinschaft entfaltende, auf Kommunikation angewiesene Persönlichkeit an. Personenbezogene Informationen stellen ein Abbild sozialer Realität dar, das nicht ausschließlich dem Betroffenen zugewiesen werden kann.<sup>166</sup> *Hoffmann-Riem* formuliert zutreffend, dass Autonomie und nicht Anomie des Einzelnen, in der Lesart des Grundgesetzes durch das BVerfG angenommen wird. Informationelle Selbstbestimmung darf daher nicht als privatistisches Abwehrrecht verstanden werden, sondern als Entfaltung der Autonomie des Individuums in vernetzten sozialen Lebensräumen, in denen Freiheit nicht egozentrisch ausgeübt werden kann, sondern auf Gegenseitigkeit beruht. Freiheit bedeutet in diesem Zusammenhang nicht nur die Freiheit von anderen, sondern auch die Freiheit durch andere. Hier würde eine auf Abwehr gerichtete Betrachtung des Grundrechts scheitern, da der mit Kommunikation verbundene Austausch von Informationen in unterschiedlicher Weise und nicht immer in der Form des Modells der negatorischen Sachherrschaft erfolgt, sondern oft durch eine Vielfalt von betroffenen Rechtsgütern geprägt ist. Eines dieser Rechtsgüter ist zB die in Art 10 EMRK garantierte Kommunikationsfreiheit. Es ist daher die Aufgabe des Staates, die Bedingungen für gelungene Kommunikation durch Verkehrsregeln und Verantwortlichkeiten zu schaffen, die einer gestaltenden Schutzpflicht entsprechen und die entgegenstehende Kommunikationsfreiheit berücksichtigen.<sup>167</sup> Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung beinhaltet also einen komplexen Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber, bei dem er nie den Zweck dieses Grundrechts aus den Augen verlieren darf,

---

<sup>164</sup> Vgl *Simits*, in *Simits* (Fn 160) § 1, Rz 38.

<sup>165</sup> Vgl *Simits*, in *Simits* (Fn 160) § 1, Rn 40.

<sup>166</sup> BVerfGE 1, 43.

<sup>167</sup> Vgl *Hoffmann-Riem*, Informationsgesellschaft (Fn 154) 521 ff.

nämlich die Kommunikationsfähigkeit des Einzelnen zu gewährleisten, um damit die Basis für ein freiheitlich-demokratisches Gemeinwesen zu schaffen. Wie diese Schutzpflicht im Konkreten in Abstimmung mit der Kommunikationsfreiheit auszugestalten ist, lässt sich nur nach der Aufschlüsselung der Art 10 EMRK zugrunde liegenden Kommunikationsordnung sagen. Einstweilen gilt es nur festzuhalten, dass informationelle Selbstbestimmung nicht mit absoluter Entscheidungsfreiheit gleichgesetzt werden kann, sondern in seiner sozialen Dimension betrachtet werden muss.

Auch der Wortlaut des österreichischen Grundrechts auf Datenschutz in § 1 DSG lässt eine restriktive, sozial gebundene Interpretation des Begriffs „informationelle Selbstbestimmung“ zu. Dessen Wortlaut folgend sind Daten nur geschützt, soweit an ihnen ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse besteht. § 1 Abs 1 2. Satz DSG nennt Fälle, die solche schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen Betroffener von vornherein ausschließen.<sup>168</sup> Demnach sind Daten, die „allgemein verfügbar“ oder „nicht rückführbar“ sind, jedenfalls nicht vom Schutzbereich des Grundrechts erfasst.<sup>169</sup> Ob diese beiden Fälle *demonstrativ* zwei Fälle der Nichtverletzung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen bezeichnen oder *abschließend* zu verstehen sind, sodass außerhalb dieser zwei Fälle jedenfalls der Schutzbereich des Grundrechts auf Datenschutz verletzt wird, ist strittig.<sup>170</sup> Ein Teil der Lehre und die Rsp, va jene des OGH, geht von der exemplarischen Bezeichnung nichtverletzter schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen in § 1 Abs 1 2. Satz aus, was eine Beurteilung der Schutzwürdigkeit im Lichte der gesamten Rechtsordnung zur Folge hat, und begründet dies mit dem eindeutigen Wortlaut der Bestimmung.<sup>171</sup> In der neuen datenschutzrechtlichen Literatur wird unter Hinweis auf die ErläutRV zum DSG 2000<sup>172</sup> und der Tatsache, dass der Verfassungsgesetzgeber das für eine beispielhafte Aufzählung charakteristische „insbesondere“ nicht anführt<sup>173</sup>, die Auffassung vertreten, dass die Aufzählung in § 1 Abs 1 2. Satz DSG abschließend gemeint ist.<sup>174</sup> Da - wie oben dargelegt - die DSRL nur in

<sup>168</sup> Vgl *Duschaneck*, in *Korinek/Holoubek* (Fn 29) § 1 DSG Rz 40.

<sup>169</sup> Vgl *Jahnel*, Handbuch (Fn 19) 44.

<sup>170</sup> Vgl *Berka*, Gutachten (Fn 121) 62 ff.

<sup>171</sup> Vgl *Wiederin*, Privatsphäre (Fn 17) 61; *Berka*, Geheimnisschutz – Datenschutz – Informationsrecht im Lichte der Verfassung, in *Studiengesellschaft für Recht und Wirtschaft* (Hrsg), Geheimnisschutz – Datenschutz – Informationsschutz (2008) 53 (63); OGH 7.5. 2003, 9 Ob 50/03y, ÖBA 2004, 313; OGH 23.9.2008, 10 Ob 46/08z, RdW 2009, 76.

<sup>172</sup> ErläutRV 1613 BlgNR XX. GP 34 ff, wo es in Bezug auf allgemein verfügbare Daten heißt: An anderen Daten besteht ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse.

<sup>173</sup> Vgl *Jahnel*, Handbuch (Fn 19) 51; *Rebhahn*, Mitarbeiterkontrolle am Arbeitsplatz. Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen (2009) 18.

<sup>174</sup> Vgl *Jahnel*, Handbuch (Fn 19) 51; *Duschaneck*, in *Korinek/Holoubek* (Fn 29)) § 1 DSG, Rz 42; *Kotschy*, Datenschutzrechtliche Fragen zum geltenden österreichischen Gentechnikrecht, in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg),

Ausnahmefällen zur Interpretation des Grundrechts herangezogen werden muss, zwingt deren Vorgabe, dass schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen nicht gesondert zu prüfen seien, *nicht* zu dieser Ansicht.<sup>175</sup> Der Wortlaut des § 1 Abs 1 DSG lässt beide Interpretationen zu.<sup>176</sup> Aus den obenstehenden allgemeinen Überlegungen zur informationellen Selbstbestimmung muss der Auffassung gefolgt werden, die der Aufzählung in § 1 Abs 1 2. Satz DSG nur *exemplarischen* Charakter zumisst und somit die Einbeziehung eines Datums in den Schutzbereich, von einer gesonderten, im Lichte der gesamten Rechtsordnung vorzunehmenden Prüfung verletzter schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen, abhängig macht.<sup>177</sup>

Auch das Kriterium der allgemeinen Verfügbarkeit in § 1 DSG ist einer extensiven Auslegung zugänglich. Anders als die hL annimmt<sup>178</sup>, kann „allgemeine Verfügbarkeit“ so interpretiert werden, dass mehr auf normative Kriterien als auf faktische Begebenheiten abgezielt wird. Allgemein verfügbar *ist* demnach, worüber die Allgemeinheit verfügen *darf*.<sup>179</sup> Über was die Allgemeinheit verfügen darf, ist an den Wertungen der gesamten Rechtsordnung zu beurteilen, im vorliegenden Fall insbesondere an der Kommunikationsfreiheit in Art 10 EMRK.

Freilich könnte man diesem Gedanken aus grundrechtsdogmatischer Sicht auch erst auf Rechtfertigungsebene Rechnung tragen, es empfiehlt sich aber diesen restriktiven Filter schon vorher auf Schutzbereichsebene zu setzen. Zieht man nämlich den Schutzbereich zu weit, hätte das eine unerwünschte Verrechtlichung des Alltäglichen zur Folge, ungeachtet der Intensität des Missbrauchspotentials und des Schutzbedarfs Betroffener. Eine Verrechtlichung, die materiell nicht notwendig ist und keinen Bezug mehr zum Gefährdungspotential aufweist, belastet aber nicht nur einen ohnehin überforderten Staat, sondern schränkt auch den Grundrechtsträger in seinen Entfaltungsmöglichkeiten ein.<sup>180</sup>

Grenzt man den Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung in der hier vertretenen Art und Weise ein, ergibt sich auch für den Staat eine verminderte Schutzpflicht. Die Restriktion des Schutzbereichs und damit der Schutzpflicht hat zur Folge,

---

Biotechnologie und Recht (2002) 75 (76); *Souhrada-Kirchmayer*, Das Datenschutzgesetz 2000, SoSi 2000, 938 (941).

<sup>175</sup> *Berka*, Gutachten (Fn 121) 63; vgl oben Kapitel 1.3.

<sup>176</sup> Vgl *Rebhahn*, Mitarbeiterkontrolle (Fn 173) 18.

<sup>177</sup> Vgl *Wiederin*, Privatsphäre (Fn 17) 61; *Berka*, Geheimnisschutz (Fn 171) 63; OGH 7.5. 2003, 9 Ob 50/03y, ÖBA 2004, 313; OGH 23.9.2008, 10 Ob 46/08z, RdW 2009, 76.

<sup>178</sup> Vgl *Jahnel*, Handbuch (Fn 19) 44 ff; *Dohr ua*, DSG<sup>2</sup> (Fn 25) § 1 Anm 8.

<sup>179</sup> Vgl *Berka*, Gutachten (Fn 121) 89 ff.

<sup>180</sup> Vgl *Hoffmann-Riem*, Informationsgesellschaft (Fn 154) 527 f.

dass sich die informationelle Selbstbestimmung besser mit widerstreitenden Schutzgütern, wie dem Grundrecht auf Meinungsäußerungsfreiheit in Art 10 EMRK in Einklang bringen lässt. Der sich aus dem Grundrecht auf Datenschutz ergebenden Schutzpflicht ist der Gesetzgeber ua mit dem einfachgesetzlichen Teil des DSG nachgekommen. Bei der Realisierung dieser Schutzpflicht wurde, wie oben schon erwähnt, versucht mit § 48 DSG einen Ausgleich zwischen Datenschutz und Medienfreiheit herzustellen. Ob dieser Ausgleich verfassungskonform hergestellt wurde, lässt sich nur nach der im nächsten Kapitel vorgenommenen Auseinandersetzung mit dem Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit sagen.

Abgesehen davon muss jede Datenanwendung, auch wenn sie in Ausübung der Meinungsäußerungsfreiheit erfolgt, auch auf eine Verletzung des Grundrechts auf Datenschutz überprüft werden, da § 48 DSG nur vom einfachgesetzlichen Teil des DSG dispensiert. Diesbezüglich kann durch die hier vertretene restriktive Interpretation der informationellen Selbstbestimmung oft schon auf Schutzbereichsebene ein Konflikt vermieden werden. Bejaht man einen Eingriff, wird eine Güterabwägung mit Art 10 EMRK auf Rechtfertigungsebene von denselben Prämissen auszugehen haben, die für die Beurteilung der Verfassungskonformität des § 48 DSG maßgeblich sind.

## **6. Kommunikationsfreiheit in der österreichischen Rechtsordnung**

Die Grundrechte der Art 10 EMRK, Art 13 StGG sowie der Z 1 und 2 des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung von 1918 und Art I BVG-Rundfunk gewährleisten in unterschiedlichen Formulierungen verschiedene Freiheiten, welche unter dem Begriff der Kommunikationsfreiheit zusammengefasst werden.<sup>181</sup> Zum Verhältnis der einzelnen Rechtsquellen zueinander hat der VfGH in seiner Wesensgehalts-Judikatur befunden, dass der vom Gesetzgeber zu beachtende „Wesensgehalt“ des Art 13 StGG „nunmehr“ seine „nähere Bestimmung“ in Art 10 EMRK findet.<sup>182</sup> Ebenso wurde erkannt, dass der Schutzzumfang von Art 10 EMRK weiter reicht als Art 13 StGG.<sup>183</sup> Im Vordergrund jeder grundrechtlichen Herangehensweise an die Kommunikationsfreiheit steht daher Art 10 EMRK mit seinem materiellen Gesetzesvorbehalt, wobei stets die spezielle Eingriffsverbote älterer Rechtsquellen wie zB das Zensurverbot in Art 13 iVm Z 1 Beschluß ProvNV zu beachten sind.

---

<sup>181</sup> Vgl. *Berka*, Die Kommunikationsfreiheit sowie die Informationsfreiheit, Freiheit der Meinungsäußerung, Pressefreiheit und Zensurverbot, in *Machacek/Pahr/Stadler*, 40 Jahre EMRK. Grund- und Menschenrechte in Österreich Bd II (1992) 396; VfSlg. 11.297/1987.

<sup>182</sup> VfSlg. 10.700/1985.

<sup>183</sup> VfSlg. 10.393/1985.

## 6.1. Grundrechtsschutz zwischen Privaten?

Adressat einer grundrechtlichen Verpflichtung aus der Kommunikationsfreiheit ist aus einer historischen Betrachtungsweise in erster Linie der Staat. Im Konflikt zwischen Kommunikationsfreiheit und Schutzpflichten aus dem Grundrecht auf Datenschutz ist es nun aber oft so, dass private Rechtsträger die Kommunikationsfreiheit gegenüber anderen privaten Rechtsträgern, die datenschutzrechtlich geschützt sind, wahrnehmen wollen. Das Grundrecht auf Datenschutz, ausgestattet mit unmittelbarer Drittwirkung und die subjektiven Rechte aus dem einfachgesetzlichen Teil des DSG können gegenüber Privaten auf dem Zivilrechtsweg geltend gemacht werden. Mit dem DSG regelt der Staat daher ua Rechtsverhältnisse zwischen Privaten. Bei der Normierung von Privatrechtsverhältnissen trifft den Staat, da es sich um staatlich gesetztes und verantwortliches Recht handelt – ohne dass die Grundrechte aus ihrer „Staatsrichtung“ herausgelöst werden müssen – grundsätzlich die *Pflicht* zur grundrechtskonformen Regelung dieser Privatrechtsverhältnisse.<sup>184</sup> Aus der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte ergibt sich zudem für Zivilgerichte die Pflicht, datenschutzrechtliche Bestimmungen im Lichte der Kommunikationsfreiheit auszulegen. Somit steht außer Frage dass auch § 48 DSG den Anforderungen von Art 10 EMRK genügen muss.

## 6.2. Schutzbereich aus spezifisch datenschutzrechtlicher Sicht

Die *Meinungsäußerungsfreiheit* umfasst sowohl die Äußerung von Werturteilen als auch die Mitteilung von Tatsachen.<sup>185</sup> Daten sind im Regelfall Tatsachen, aber auch Werturteile können, sofern sie personenbezogen sind, unter den Datenbegriff fallen.<sup>186</sup> Die Meinungsäußerung erfolgt dann durch eine Veröffentlichung der Daten. Die Äußerung kann durch jedes denkbare Verständigungsmittel eigener Wahl erfolgen, auch elektronische Veröffentlichungen sind daher vom Schutzbereich erfasst.<sup>187</sup>

Die *Informationsfreiheit* bezeichnet das Grundrecht, Nachrichten und Ideen in Freiheit empfangen zu dürfen.<sup>188</sup> Auch das Beschaffen von Informationen zur späteren Verbreitung im Sinne einer Recherechtfreiheit fällt in den Schutzbereich, wenn es sich um öffentlich

<sup>184</sup> Vgl *Berka*, Informationsfreiheit (Fn 181) 409.

<sup>185</sup> Vgl *Holoubek*, Kommunikationsfreiheit (Fn 86) Rz 5.

<sup>186</sup> Vgl *Dohr ua*, DSG<sup>2</sup> (Fn 25) § 4 Z 4 Anm 2.

<sup>187</sup> Vgl *Bullinger*, Freedom of expression and information: an essential element of democracy, HRLJ 1985, 349; *Korinek*, Der grundrechtliche Rahmen des Telekommunikationsrechts, in *Korinek/Stampfl-Blaha* (Hrsg.), Beiträge zum Kommunikationsrecht (1989) 67.

<sup>188</sup> Vgl *Holoubek*, Kommunikationsfreiheit (Fn 86) Rz 7.

zugängliche Informationen handelt.<sup>189</sup> Damit ist aber nicht gemeint, dass die Informationsfreiheit grundsätzlich Geheimhaltungsansprüche, wie zB jene aus dem DSGVO, durchbricht. Allerdings kann, um ein „Leerlaufen“ von Art 10 EMRK zu verhindern, nicht alleine auf die Anordnung des einfachen Gesetzgebers (oder Ordnungsgebers) abgestellt werden, ob eine Informationsquelle öffentlich zugänglich ist, sondern muss auf objektive Maßstäbe Rücksicht genommen werden, die auch wertende Gesichtspunkte miteinschließen, wie die Relevanz einer Information für die Öffentlichkeit und ihre grundsätzliche Eignung öffentlich behandelt zu werden. Zu den öffentlich zugänglichen Informationsquellen gehören daher die Veröffentlichungen in Massenmedien, auch wenn ihr Bezug durch rechtliche Verbote beschränkt ist, ebenso wie öffentliche Bibliotheken und für die Öffentlichkeit zugängliche Veranstaltungen.<sup>190</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass jedermann, dh sowohl Medienunternehmen, als auch Privatpersonen, NGOs, juristische Personen öffentlichen Rechts und sonstige Unternehmen, wenn sie Daten veröffentlichen vom Schutzbereich der *Meinungsäußerungsfreiheit* umfasst ist. Stammt ein Datum aus einer öffentlich zugänglichen Informationsquelle, ist auch die Beschaffung von Daten durch die Informationsfreiheit dieser Personen geschützt.

### 6.3. Medienfreiheit

Neben den gerade dargelegten „Jedermannsrechten“, der Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit, gewährleistet die Kommunikationsfreiheit auch die Freiheit der Massenmedien. In erster Linie ist mit Medienfreiheit die Freiheit der Inhaltsbestimmung gemeint, dh frei von staatlicher Einflussnahme entscheiden zu können, welche Informationen und Meinungen öffentlich verbreitet werden. Davon eingeschlossen ist Informationsbeschaffung, also auch das Ermitteln von Daten, als Ausfluss der jedermann zustehenden Informationsfreiheit, die sich hinsichtlich des höheren Informationsbedarfs der Massenmedien besonders im Medienbereich auswirkt.<sup>191</sup> Die Informationsfreiheit wird dort als Recherchefreiheit bezeichnet und ist ebenso auf öffentlich zugängliche Informationen beschränkt, wobei das Kriterium der öffentlichen Zugänglichkeit wiederum nach objektiven Maßstäben zu beurteilen ist.<sup>192</sup> Es stellt sich nun die Frage, ob die journalistische Tätigkeit von Privatpersonen, NGOs, sonstigen Unternehmen und juristischen Personen öffentlichen

---

<sup>189</sup> VfSlg 11.297/1987.

<sup>190</sup> Vgl *Berka*, Informationsfreiheit (Fn 181) 421 f.

<sup>191</sup> Vgl *Holoubek*, Kommunikationsfreiheit (Fn 86) Rz 11 f; EGMR 27.3.1996, Goodwin Nr 28.957/95; VfSlg 11.297/1987.

<sup>192</sup> Zum Kriterium der öffentlichen Zugänglichkeit vgl genauer oben Kapitel 6.2.



Rechts einen Fall der schlichten Meinungsäußerungsfreiheit oder der Medienfreiheit darstellt und wenn man zu letzterem tendiert, dort eine besondere Verantwortung festzumachen ist, die bei einer Güterabwägung eine Rolle spielen könnte.

#### **6.4. Medienfreiheit und freiheitliche Kommunikationsordnung**

Die Ideengeschichte der Medienfreiheit lässt sich grob in zwei Denkrichtungen einteilen: Einerseits das individualistische Modell, welches die Medienfreiheit als reinen Freiheitsgebrauch sieht, bei dem es in erster Linie nicht darauf ankommt, ob eine öffentliche Aufgabe wahrgenommen wird, oder ob wirtschaftliche Interessen verfolgt werden. Die Sonderbehandlung der Medien durch Mediengesetze wird dieser Denkrichtung folgend, feindselig betrachtet. Kritisch bewertet werden muss nach dieser Auffassung zB die Offenlegung nach § 25 MedienG, da den Medien dort Pflichten auferlegt werden, die anderen Wirtschaftsunternehmen nicht zukommen. Anders die Ansicht jener, die die Freiheit der Medien dem Grunde nach in die öffentliche Meinungsäußerungsfreiheit eingebunden sehen, und ihr bloß dienenden Charakter zuschreiben, während ihr eigentlicher Sinn in der objektiven Information des Publikums und in der Gewährleistung vielfältiger öffentlicher Meinungsbildungsprozesse liegt. Bei einem solchen Modell hat der Staat die öffentliche Aufgabe der Medien und die Vermeidung von Medienkonzentration gesetzlich abzusichern.<sup>193</sup>

Das österreichische Verfassungsrecht beinhaltet *Berka* folgend Elemente beider Denkrichtungen. Art 10 EMRK ist grundsätzlich als liberales Freiheitsrecht konzipiert, das auf die Abwehr staatlicher Eingriffe gerichtet und in die Logik freiheitlicher Gewährleistungen eingebunden ist. Diese Freiräume gewährleistende Freiheit, die auf einem individualistischen Verständnis beruht, bildet den unverzichtbaren Kern der Medienfreiheit. Konsequenz eines solchen Verständnisses ist die Ausdehnung der Medienfreiheit auf ein über ein bloßes Zensurverbot hinausgehendes, den gesamten Informationsbeschaffungs- und Verarbeitungsprozess schützendes Grundrecht.<sup>194</sup>

Unter der Prämisse eines prinzipiell individualistischen Verständnisses lassen sich aber trotzdem Hinweise auf eine Verantwortung der Medien finden, die über eine mit jeder grundrechtlichen Freiheitsausübung verbundene Verantwortung hinausreichen. Dazu muss vorerst festgestellt werden, welche reale Stellung und Funktion den Medien innerhalb eines

<sup>193</sup> Vgl *Berka*, Medien zwischen Freiheit und Verantwortung, in *Aicher/Holoubek* (Hrsg), Das Recht der Medienunternehmen (1998) 5 ff mwN.

<sup>194</sup> Vgl *Berka*, Freiheit (Fn 193) 8 ff.

auf die Meinungsäußerungsfreiheit aufbauenden Kommunikationssystemen zukommt. Schon aus den im Vormärz vorherrschenden und den französischen und amerikanischen Verfassungsdokumenten zugrunde liegenden Überlegungen geht hervor, dass Art 10 EMRK die Meinungsfreiheit nicht als Selbstzweck garantiert, sondern dass damit in der Gesellschaft eine *freiheitliche Kommunikationsordnung* entstehen soll, die durch die Grundprinzipien der Autonomie, Individualität, Offenheit, Pluralität, Konsensgebundenheit und Verantwortlichkeit geprägt ist.<sup>195</sup> Auch der EGMR betont, dass das Recht der freien Meinungsäußerung einen der *Grundpfeiler einer demokratischen Gesellschaft* und eine der Grundvoraussetzungen für deren Fortschritt und für die Entfaltung eines jeden Einzelnen darstellt.<sup>196</sup> Ebenso meint der VfGH, dass Art 10 EMRK "offene Kommunikationsprozesse in allen gesellschaftlichen Teilbereichen garantieren will".<sup>197</sup>

Die Verfassung garantiert einerseits *Kommunikationsfreiheit* und andererseits, eine durch Pluralität, Toleranz und Freiheit geprägte *Demokratie*. Daraus ergibt sich das Ideal einer offenen Gesellschaft. Offenheit realisiert sich durch öffentliche Prozesse der Bewusstseins-, Willens-, und Entscheidungsbildung unter der potentiellen Beteiligung aller Bürger zum demokratischen Staat. Die Kommunikationsfreiheit gibt die freiheitlichen Rahmenbedingungen zur Absicherung dieser Vorgänge. Die Informationsfreiheit wiederum ermöglicht es dem Einzelnen, politische Freiheiten wirksam in Anspruch zu nehmen, die Meinungsäußerungsfreiheit gibt den einzelnen Menschen und politischen Gruppierungen die Chance sich im öffentlichen Wettbewerb wahrnehmbar zu machen. Dadurch ergibt sich dauerhafte Kritik, die staatliche Autorität wirksam korrigieren kann. Diesen Raum politischer Diskussion charakterisiert eine Vielfalt an Meinungen, gegenseitiger Respekt unter den Bürgern und eine gewisse Ruhe gegenüber überschießenden, ungerechtfertigten Äußerungen im Hinblick auf die Wichtigkeit öffentlicher Wahrheitsfindung.<sup>198</sup>

Damit zeichnet sich schon die Bedeutung der Unterscheidung zwischen privater und öffentlicher Kommunikationssphäre, innerhalb dieser Kommunikationsordnung ab. Der privaten „face-to-face“-Kommunikation steht die öffentliche Kommunikation gegenüber, welche als eine allgemein zugängliche, vor und mit einem potentiell unbeschränkten Publikum stattfindende Sinnvermittlung, zu verstehen ist. Um Distanzen zu überbrücken, findet öffentliche Kommunikation in aller Regel mit Vermittlungsmedien statt. Öffentlicher

---

<sup>195</sup> Vgl. Berka, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz (1982) 117 ff.

<sup>196</sup> EGMR Handyside (Fn 4) Rz 49.

<sup>197</sup> VfSlg. 10.948/1986.

<sup>198</sup> Vgl. Berka, Die Kommunikationsfreiheit in Österreich, EuGRZ 1982, 413 (426).

Kommunikation kommt ein aus verfassungsrechtlicher Sicht erheblicher Bedeutungsunterschied zugute: Öffentliche Äußerungen in der Gesellschaft machen Vorgänge der Meinungs-, Willens- und Bewusstseinsbildung wirksam und sorgen für kollektives Bewusstsein und seine Vermittlung mit dem individuellen Bewusstsein der einzelnen Bürger. Ohne dieses kollektive Bewusstsein würde die demokratische Gesellschaft in die privaten Existenzen der einzelnen Individuen zerfallen. Öffentliche Kommunikation ist daher Existenzvoraussetzung jeder demokratischen Gesellschaft.<sup>199</sup> Diese Öffentlichkeit wird auch als objektives Verfassungsprinzip des demokratischen Verfassungsstaates begriffen.<sup>200</sup>

Innerhalb dieser öffentlichen Kommunikationssphäre nehmen Massenmedien eine besondere Stellung ein, deren Rolle genauer zu beleuchten ist.<sup>201</sup> Garantiert die Verfassung eine Kommunikationsordnung, in der die Meinungsfreiheit eine tragende Rolle spielt, darf sie, auch wenn die Medienfreiheit bloß als *Anwendungsfall* dieser Meinungsäußerungsfreiheit gesehen wird, nicht die bestimmende Rolle der Massenmedien in den gesellschaftlichen Kommunikationsprozessen außer Acht lassen. Damit ist aber keineswegs gemeint, dass eine öffentliche Aufgabe der Medien mit dem geltenden österreichischen Verfassungsrecht institutionalisiert ist, sondern dass sich die Verantwortung der Medien und damit ihre normative Sonderbehandlung, aus ihrer realen machtgeprägten Situation ergibt.<sup>202</sup> Die reale gesellschaftliche Macht der Medien zeigt sich daran, dass sie politische Diskussionsthemen vorgeben, aufgreifen, kritisieren und dadurch Politik ihren eigenen Gesetzmäßigkeiten unterwerfen. Politik ist dann für den einzelnen Menschen oft nur mehr aus der Sicht des Medienkonsumenten erfahrbar.<sup>203</sup>

Die Verfassung, hier vor allem Art 10 EMRK, setzt aber voraus, dass auch medial vermittelte Kommunikationsprozesse im Großen und Ganzen funktionsgerecht ablaufen und bezieht sich darauf.<sup>204</sup> Man spricht dann von normativ fassbaren, vorausgesetzten Kommunikationsfunktionen der Medien, wie zB eine durch Objektivität geprägte Aktualitätsvermittlung, dh die Versorgung der Bürger mit Information über interessierende

<sup>199</sup> Vgl *Berka*, Persönlichkeitsschutz (Fn 195) 173 ff.

<sup>200</sup> Vgl *Berka*, Gutachten (Fn 121) 80.

<sup>201</sup> Richtungsweisend hierfür die Auffassung des EGMR der Medien als „Public Watchdog“ der Demokratie bezeichnet, vgl *Holoubek*, Kommunikationsfreiheit (Fn 86) Rz 15; EGMR *Bladet Tromso und Stensaas* (Fn 7) Rz 58 und zuletzt EGMR 7.2.2012, von Hannover II, Nr 40.660/08 und 60.641/08, Rz 102.

<sup>202</sup> Vgl *Berka*, Informationsfreiheit (Fn 181) 425. Eine Ausnahme stellt die Rundfunkfreiheit dar, deren objektive Seite mit der Festschreibung einer öffentlichen Aufgabe in Art 1 BVG-Rundfunk institutionalisiert ist.

<sup>203</sup> Vgl *Berka*, Freiheit (Fn 193) 13 ff.

<sup>204</sup> Außerhalb des Rundfunks „erwartet“ die Verfassung bloß die besondere Macht und damit verbundene Verantwortung der Medien. Zum Begriff der Verfassungserwartung vgl zB *Isensee*, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungswartungen an die Grundrechtsausübung, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland<sup>3</sup>, Bd 9 (2011) § 190 Rz 204 f.

Ereignisse der Gegenwart. Auch das Vermitteln der verschiedenen gesellschaftlichen Meinungen im politischen Willensbildungsprozess und Meinungsäußerungen der Medienmitarbeiter selbst, können als solche normativ relevanten Funktionen betrachtet werden.<sup>205</sup>

Diese Funktionen sind aber nur konkrete Ausübungsformen der individualistisch geprägten Kommunikationsfreiheit, in die der Staat, will er die Autonomie in der Kommunikationsordnung nicht gefährden, nur dann eingreifen darf, wenn die Macht der Medien zu groß wird. Dies wird dann anzunehmen sein, wenn die publizistische Chancengleichheit gefährdet ist, oder wenn Medien mit ihrer kommunikativen Macht klar abgrenzbare *Rechtspositionen des einzelnen* verletzen. Im Lichte einer besonderen Verantwortung sind besondere Pflichten der Medien wie zB das Gegendarstellungsrecht in § 9 MedienG, die Bestimmungen des Medienstrafrechts, die eigene Sanktionen für Medieninhaltsdelikte und verfahrensrechtliche Besonderheiten vorsehen, und die Gefährdungshaftung des Medieninhabers nach §§ 6 ff MedienG zu sehen. Hervorzuheben ist auch § 7b MedienG der die Medien zur Beachtung der Unschuldsvermutung anhält.<sup>206</sup> Ebenso Ausfluss einer besonderen Verantwortung sind der Schutz vor Bekanntgabe der Identität im Zusammenhang mit gerichtlich strafbaren Handlungen und die Pflicht zur nachträgliche Mitteilung über den Ausgang eines Strafverfahrens (§§ 7a, 10 MedienG).<sup>207</sup>

Auch Privilegierungen der Medien sind aus der Perspektive besonderer Verantwortung zu sehen. So sind Befreiungen vom Tatbestand der üblen Nachrede (§ 111 StGB) durch § 29 MedienG vorgesehen, wenn die Medien, unter Einhaltung aller journalistischen Sorgfalt, Vorgänge behandeln, an denen ein überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit besteht. Auf den gleichen Rechtfertigungsgrund kann sich ein Medieninhaber berufen, wenn er einem Unterlassungsanspruch wegen Ehrenbeleidigung oder Kreditschädigung (§ 1330 ABGB) gegenübersteht.<sup>208</sup> Das Interesse der Allgemeinheit an einer kritischen Berichterstattung über öffentliche Angelegenheiten und der dazu notwendige Informations- und Informantenschutz, rechtfertigen die Privilegierung des Medieninhabers und Medienmitarbeiters durch das Redaktionsgeheimnis in § 29 MedienG.<sup>209</sup>

---

<sup>205</sup> Vgl Berka, Persönlichkeitsschutz (Fn 195) 179 ff.

<sup>206</sup> Vgl Berka, Freiheit (Fn 193) 13 ff.

<sup>207</sup> Vgl Holoubek, Massenmedien (Fn 72) 155.

<sup>208</sup> Vgl Holoubek, Massenmedien (Fn 72) 150; OGH 23.1.2003, 6 Ob 296/02a, MR 2003, 27.

<sup>209</sup> Vgl Berka, Freiheit (Fn 193) 16 f.

Begünstigend wirkt die besondere Verantwortung der Medien auch in Abwägungsentscheidungen, die österreichische Gerichte im Zuge straf- oder zivilrechtlicher Rechtsfragen zu treffen haben. So wurde der durch den EGMR entworfene „public-figure“-Standard übernommen, der Politikern in Ausübung ihrer Funktion und anderen Personen öffentlichen Interesses eine härtere Berichterstattung zumutet, wenn diese zu einer „debate of general interest“ beiträgt.<sup>210</sup>

Ob den Staat Gewährleistungspflichten aus Art 10 EMRK zur Erhaltung von Medienpluralität treffen und er damit Regelungen für die Vermeidung von Medienkonzentration treffen muss, ist grundrechtsdogmatisch umstritten, weist aber auch auf die besondere Verantwortung der Medien hin.<sup>211</sup>

## **6.5. Verantwortung von Medien außerhalb des Bereichs der „klassischen“ Medien**

Die typologische, sachlich offene Betrachtung der Verfassung gebietet eine Einordnung publizistischen Tätigkeiten von NGOs, sonstigen Unternehmen, juristischen Personen öffentlichen Rechts und Privatpersonen unter die Medienfreiheit, da es dafür allein auf die Tatsache ankommt, dass Inhalte potentiell für die Allgemeinheit zur Verfügung gestellt werden.<sup>212</sup> Das gilt insbesondere für die Verbreitung im WWW<sup>213</sup>, aber auch für Veröffentlichungen als Zeitschriften, in Buchform, oder durch audiovisuelle Medien.<sup>214</sup> Es stellt sich aus verfassungsrechtlicher Perspektive die Frage, ob solche Medien prinzipiell dieselben Kommunikationsfunktionen wie herkömmliche Medien erfüllen. Versteht man die Kommunikationsfunktion „Aktualvermittlung“ als realitätsgetreue Information über aktuelle Ereignisse und deren sachliche Analyse<sup>215</sup>, muss festgestellt werden, dass viele unbedeutende kleinere Medien sehr oft Tatsachen und Analysen über Sachverhalte vermitteln, die durch das Angebot der klassischen Medien nicht abgedeckt werden. Auch dienen in Zeiten des WWW nicht mehr nur die klassischen Medien als Informationsquelle, sondern greifen die Bürger oft auf ihrer Meinung nach verlässlichere, spezifischere Informationsquellen zurück. Auch im Bereich der Kommunikationsfunktion „Meinungsäußerung“<sup>216</sup> stellen „nicht-klassische“

<sup>210</sup> Vgl *Holoubek*, Kommunikationsfreiheit (Fn 86) Rz 35; EGMR 24. 6. 2004, von Hannover, Nr 59320/00, Rz 64 und zuletzt EGMR von HannoverII (Fn 201) Rz 109 f, EGMR 7.2.2012, Axel Springer AG, Nr 39954/08, Rz 78 ff; OGH 19.8.2009, 15 Os 81/09i, MR 2009, 295.

<sup>211</sup> Vgl *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997) 220 ff.

<sup>212</sup> Vgl *Berka*, Das Recht der Massenmedien (1989) 68.

<sup>213</sup> Vgl *Berka*, Freiheit (Fn 193) 28.

<sup>214</sup> Vgl *Berka*, Massenmedien (Fn 212) 68.

<sup>215</sup> Vgl *Berka*, Persönlichkeitsschutz (Fn 195) 180.

<sup>216</sup> Vgl *Berka*, Persönlichkeitsschutz (Fn 195) 183 f.

Medien einen wesentlichen Faktor dar. Man denke nur an diverse Internet-Plattformen, oder soziale Netzwerke, die Meinungsäußerungen möglich machen und diese vermitteln. Diese Funktionen sind besonders im Bereich der politischen Kommunikation<sup>217</sup> von Bedeutung. Oft werden politisch relevante Tatsachen über kleinere Medien transportiert und erst später durch die klassischen Medien aufgegriffen. Man darf in diesem Zusammenhang auch nicht die Wichtigkeit der publizistischen Tätigkeit politischer Parteien vergessen, die einen Teil zur politischen Willensbildung des einzelnen Bürgers beitragen. Ebenso stellen soziale Netzwerke Foren für politische Diskussion dar, in denen politische Meinungen transportiert und verglichen werden können. Die „nicht-klassischen“ Massen(medien) erfüllen daher, ebenso wie die klassischen Medien, wichtige Kommunikationsfunktionen. Aus verfassungsrechtlicher Perspektive treffen sie daher dieselbe besondere Verantwortung und damit im Prinzip<sup>218</sup> dieselben Verpflichtungen und Privilegien, welche die Rechtsordnung den klassischen Printmedien zuschreibt.<sup>219</sup>

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die österreichische (Verfassungs-)rechtsordnung an vielen Stellen die besondere Verantwortung der Medien berücksichtigt und daran besondere Verpflichtungen und Privilegien knüpft. Für die Güterabwägung zwischen Datenschutz und Kommunikationsfreiheit ist mitzunehmen, dass die publizistische Tätigkeit von Privatpersonen, NGOs, Medien(unternehmen) und juristischen Personen öffentlichen Rechts in den Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit, genauer der Medienfreiheit fällt und deren besondere Verantwortung bei dieser Abwägungsentscheidung entsprechend zu berücksichtigen ist.

## **7. Abwägung zwischen Datenschutz und Medienfreiheit**

### **7.1. Prämissen der Abwägung**

Wie oben detailliert nachgewiesen wurde, fallen die meisten publizistischen Tätigkeiten von NGOs, Privatpersonen, etc nicht in den Anwendungsbereich des Medienprivilegs. Die sich aus dem DSGVO ergebenden Pflichten und Verbote werden daher für diese Personengruppe voll anwendbar. Somit greifen § 48 DSGVO und die restlichen Bestimmungen des einfachgesetzlichen Teils des DSGVO in den Schutzbereich der Medienfreiheit ein.<sup>220</sup> Ein

---

<sup>217</sup> Vgl *Berka*, Persönlichkeitsschutz (Fn 195) 186 ff.

<sup>218</sup> Freilich oft unter Berücksichtigung der konkreten Erscheinungsform vgl zB §§ 21, 24 MedienG

<sup>219</sup> Dies zeigt sich auch an der MedienG-Novelle 2005, mit der die Anwendbarkeit des MedienG auf eine Vielzahl von Vorgängen im WWW positiviert wurde.

<sup>220</sup> Auf eine gesonderte Prüfung der Intentionalität wird hier mangels Relevanz verzichtet.

Eingriff in die Medienfreiheit ist nur gerechtfertigt, wenn er gesetzlich vorgesehen ist, er nicht gegen ein absolutes Eingriffsverbot verstößt, der Eingriff einem der in Art 10 Abs 2 EMRK angeführten Zwecke dient, und überdies zur Erreichung eines solchen Zwecks in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist.<sup>221</sup> Der Eingriff durch das DSG dient dem in Art 10 Abs 2 EMRK angeführten Zweck der Wahrung der Rechte anderer, konkret der Wahrung der Persönlichkeitsrechte anderer. Wie oben schon ausführlich dargestellt wurde, stellt das DSG die Verwirklichung der sich aus der § 1 DSG ergebenden Schutzpflicht dar.<sup>222</sup> Schutzgut ist die Menschenwürde vermittelt durch ein Persönlichkeitsrecht, nämlich dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Überdies muss der Eingriff zur Erreichung des Zwecks in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein. Daraus ergibt sich ein Übermaßverbot, dh dass der Eingriff zur Erreichung des legitimen Zwecks geeignet und erforderlich sein muss. Darüber hinaus ist eine Güterabwägung durchzuführen, die einen verfassungskonformen Ausgleich zwischen dem legitimen Zweck und der eingeschränkten Freiheit herstellen soll. Dieser Ausgleich ist unter Beachtung der „Demokratieklausel“ durchzuführen, wobei die demokratische Gesellschaft im Sinne der Konvention als „soziale Demokratie in den Formen des Rechtsstaates, die Freiheit und Würde des Menschen zu ihrem Höchstwert erhoben hat“ beschrieben wird.<sup>223</sup>

## **7.2. Gleichwertige Rechtsgüter**

Bei der Abwägung von Kommunikationsfreiheit und Persönlichkeitsrechten, wie dem Grundrecht auf Datenschutz stehen einander gleichgeordnete Rechtsgüter gegenüber, von denen keines einen unbedingten Vorrang in Anspruch nehmen kann.<sup>224</sup> Es ist daher grundsätzlich die Frage zu stellen, inwieweit das Konzept der informationellen Selbstbestimmung mit einer freiheitlichen Kommunikationsordnung vereinbar ist.

## **7.3. Freiheitliche Kommunikationsordnung und informationelle Selbstbestimmung**

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet grundsätzlich das Recht des Einzelnen selbst zu entscheiden, wer seine Daten verwendet oder veröffentlicht. Dieses Recht steht, wie oben ausführlich dargestellt wurde, unabhängig von der Zugehörigkeit zu einer öffentlichen oder privaten Sphäre zu. Auch im Bereich der öffentlichen Kommunikation

---

<sup>221</sup> VfSlg 11.996/1989.

<sup>222</sup> Vgl oben Kapitel 5.7.

<sup>223</sup> Vgl *Berka*, Die Gesetzesvorbehalte der Europäischen Menschenrechtskonvention, ÖZÖRVR, 1986/87, 71 (71 ff).

<sup>224</sup> Vgl *Berka*, Informationsfreiheit (Fn 181) 448.

haben daher Einzelpersonen das Recht zu entscheiden, ob Medien ihre Daten veröffentlichen. Aus der Sicht der informationellen Selbstbestimmung darf die Kommunikationsfähigkeit des Einzelnen auch nicht in der öffentlichen Kommunikation verloren gehen. Seine Kommunikationsfähigkeit würde dann verloren gehen, wenn er nicht mehr wüsste, über welche Informationen zu seiner Person die Öffentlichkeit verfügt. Der einzelne muss daher das Bild, das über ihn in der Öffentlichkeit vorhanden ist, kontrollieren. Das Bild, welches der Einzelne von sich in der Öffentlichkeit schafft, hat entscheidend mit der Auswahl an Daten und Information zu tun, die er bewusst an die Öffentlichkeit preisgibt. Aus der Sicht der informationellen Selbstbestimmung ist diese Ratio Voraussetzung für das Gelingen menschlicher Kommunikation. Wie oben schon ausführlich begründet wurde, ist es aber für eine demokratische Gesellschaft unerlässlich, grundsätzlich jede Meinung und Information von gesamtgesellschaftlicher Bedeutung in den öffentlichen Diskurs zu stellen, um so ein politischen Diskussionsraum zu schaffen, wo verschiedene gesellschaftliche Meinungen vermittelt werden und zusammen die „öffentliche Meinung“<sup>225</sup> bilden. Werden dem öffentlichen Diskurs Informationen entzogen, kann Politik nicht uneingeschränkt Gegenstand einer öffentlichen Debatte sein, was einer demokratischen Gesellschaft zuwiderläuft. Eine Qualität des öffentlichen Diskurses ist es, dass durch den „Meinungswettbewerb“ in der Öffentlichkeit Widersprüche und Halbwahrheiten enttarnt werden, und ein bedeutender Schritt in Richtung Wahrheitsfindung stattfinden kann. Natürlich ist die in der Öffentlichkeit gewonnene Wahrheit auch nur eine relative, doch kommt sie einer absoluten Wahrheit durch die Enttarnung von selektiven oder falschen Behauptungen näher. Dies lässt sich gut veranschaulichen, wenn man den Fall eines Politikers heranzieht, der als Beleg für seine Glaubwürdigkeit einen unrichtigen Lebenslauf veröffentlicht, der ihm einen Lebensweg bescheinigt, der von ihm gepriesenen politischen Einstellung entspricht. Dieser Politiker kann „enttarnt“ werden, wenn andere Personen mit der Veröffentlichung des tatsächlichen Werdegangs des Politikers seine Angaben widerlegen. Durch öffentliche Kommunikation mit Hilfe von Massenkommunikationsmitteln wird hier unter Verwendung personenbezogener Daten das Ziel der demokratischen Gesellschaft verwirklicht, nämlich durch den Ideenwettbewerb im öffentlichen Diskurs der Wahrheitsfindung ein Stück näher zu kommen. Mit einer „orthodoxen“ Betrachtung der informationellen Selbstbestimmung ist ein solches Ergebnis aber nicht vereinbar. Der Politiker könnte durch datenschutzrechtliche Rechtsbehelfe die Veröffentlichung seiner Daten verhindern. Die Menschenwürde schützen wollend kann dies aber nicht das Ziel der informationellen Selbstbestimmung sein. Daher

---

<sup>225</sup> Vgl. Berka, Persönlichkeitsschutz (Fn 195) 187.



muss der Grundannahme des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, nämlich das Recht des Einzelnen zu *bestimmen*, über welche ihn betreffenden Informationen sein Gegenüber verfügt, mehrere Argumente entgegenhalten werden:

Nur die Chance zur autonomen Selbstdarstellung ist grundrechtlich verbürgt, nicht deren bedingungslosen Gelingen. Tritt der Mensch in (öffentliche) Kommunikationsbeziehungen, muss er mit der Möglichkeit unterschiedlicher Gegenbilder<sup>226</sup> rechnen. Sich uneingeschränkt selbst zu „inszenieren“ ist genauso wenig möglich, wie seine soziale Identität komplett zu kontrollieren.<sup>227</sup>

Ein ähnliches Argument stellt die Tatsache dar, dass der Wille des Einzelnen nicht die Grundlage für das Gelingen von Kommunikation sein kann. Es geht nicht in erster Linie um das *Bestimmen* des Informationsstands des anderen, sondern um das *Wissen* darüber. Damit öffnet man die Kommunikationsbeziehung wertenden Gesichtspunkten, denn um zu wissen, welche Informationen der andere über einen hat, muss man die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten des anderen einschätzen können. Die rechtlichen Möglichkeiten ergeben sich nicht allein aus dem Willen des Einzelnen, sondern aus den Wertungen der gesamten Rechtsordnung, insbesondere hinsichtlich jener aus Art 10 EMRK entspringenden Wertungen. Dass § 1 DSGVO einer restriktiven Interpretation zugänglich ist, indem er die Schutzwürdigkeit von Daten von einem schutzwürdigen Geheimhaltungsinteresse abhängig macht, dessen Vorliegen nach den Wertungen der gesamten Rechtsordnung zu beurteilen ist, wurde oben schon nachgewiesen. Ebenso wurde schon erörtert, dass das Kriterium der „allgemeinen Verfügbarkeit“ in § 1 DSGVO so verstanden werden kann, dass darunter nicht nur Daten fallen, über die die Öffentlichkeit tatsächlich verfügt, sondern worüber sie verfügen darf, was im Lichte der gesamten Rechtsordnung zu beurteilen ist.<sup>228</sup>

§ 1 DSGVO lässt daher eine Interpretation zu, die den Schutzbereich des Grundrechts auf Datenschutz im Hinblick auf die Kommunikationsfreiheit vernünftig eingrenzen lässt. ME ist aufgrund der Bedeutung der „öffentlichen Wahrheitsfindung“ für die Demokratie eine Wertungsentscheidung in Richtung Kommunikationsfreiheit zu treffen und daher das „Verbotsprinzip“ des Datenschutzrechts insofern aufzuweichen, als dass davon auszugehen ist, dass im Bereich der öffentlichen Kommunikation nicht jede Datenanwendung von vornherein verboten ist, sondern im Gegenteil erst jene Bereiche abgesteckt werden müssen,

---

<sup>226</sup> Zum einer auf dem Schutz vor „Gegenbildern“ aufbauenden Konzeption von Privatheit vgl. *Nettesheim*, Privatheit (Fn 141) 33 ff.

<sup>227</sup> Vgl. *Berka*, Gutachten (Fn 121) 87.

<sup>228</sup> Vgl. oben Kapitel 5.7.

die der öffentlichen Diskussion aufgrund der Berücksichtigung eines insoweit restriktiv verstandenen Rechts auf informationelle Selbstbestimmung entzogen sein müssen. Aufgrund der gerade dargelegten Problematik der uneingeschränkten Selbstbestimmung im öffentlichen Diskurs muss dabei auf den Ursprung des Schutzes personenbezogener Daten, nämlich der Privatheit des Menschen<sup>229</sup>, zurückgegriffen werden.

§ 1 DSGVO erwähnt diesbezüglich exemplarisch Art 8 EMRK, es empfiehlt sich daher zunächst dort nach Kriterien für „unantastbare“ Daten zu suchen.<sup>230</sup> Art 8 EMRK, der auch eine datenschutzrechtliche Komponente aufweist, garantiert den Schutz der Privatsphäre. Ein „Grundrecht auf Datenschutz“ kann aber im Hinblick auf die jüngste Judikatur des EGMR nicht aus Art 8 EMRK abgeleitet werden.<sup>231</sup> Geschützt ist aber die persönlichen Autonomie des Einzelnen<sup>232</sup>, seine Informationskontrolle<sup>233</sup>, die physische und psychische Integrität des Menschen und seine Identität<sup>234</sup>, aber auch seine Entfaltung als Person in seinen Kontakten zur Außenwelt<sup>235</sup>. Von besonderer Aktualität und Relevanz für den Konflikt mit der Kommunikationsfreiheit erscheint die vom EGMR entwickelte Formel der „reasonable expectations of privacy“ zur Abgrenzung einer grundrechtlich geschützten Privatsphäre.<sup>236</sup> Demnach hängt die Schutzbedürftigkeit einer Person nicht ausschließlich, aber in großem Maße, von den ihr zugeschriebenen objektivierten Erwartungshaltungen bezüglich ihres Privatlebens ab.

Allerdings muss, wenn man Privatsphäre von objektiven Erwartungshaltungen abhängig macht, immer auf den Verwertungszusammenhang der Datenverwendung geachtet werden.<sup>237</sup> Hängt die Verwertung der Daten mit *öffentlicher Kommunikation*<sup>238</sup> zusammen, werden die objektiven Erwartungshaltungen des Einzelnen auf Privatheit mE modifiziert. Welche objektiven Erwartungshaltungen an Privatheit der Einzelne im Bereich der

<sup>229</sup> Ähnlich *Berka* der von „informationeller Privatheit“ spricht vgl *Berka*, Gutachten (Fn 121) 91. Zur Verwurzelung des Datenschutzes in der Privatsphäre des Menschen vgl oben Kapitel 5.4.

<sup>230</sup> Vgl *Berka*, Gutachten (Fn 121) 89 f.

<sup>231</sup> Vgl *Berka*, Gutachten (Fn 121) 73; EGMR 7.12.2006, Van der Velden, Nr 29.514/05; EGMR 4.12.2008, S. und Marper, Nr 30.562/04 und 30.566/04, , Rz 68;

<sup>232</sup> EGMR 29.4.2002, Pretty, Nr 2346/02, Rz 61.

<sup>233</sup> Vgl *Wiederin*, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg) Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar, Art 8 EMRK, Rz 35.

<sup>234</sup> Vgl zB EGMR 25.9.2001, P.G. & J.H., Nr 44.787/98 Rz 56 f.

<sup>235</sup> EGMR 28.1.2003, Peck, Nr 44.647/98, Rz 57 ff.

<sup>236</sup> vgl zB EGMR 25.6.1997, Halford, Nr 20.605/92, Rz 45; EGMR P.G. & J.H. (Fn 234) Rz 57; EGMR 24.6.2004, von Hannover, Nr 59.320/00, Rz 69.

<sup>237</sup> Vgl *Berka*, Gutachten (Fn 121) 92 ff; EGMR 16.2.2000, Amann, Nr 27.798/95, Rz 70.

<sup>238</sup> Damit ist die sind Datenanwendungen im Zusammenhang mit der Mitteilung von Informationen, Nachrichten und Ideen an ein potentiell unbegrenztes Publikum gemeint, vgl *Berka*, Persönlichkeitsschutz (Fn 195) 174. Für den Bereich der privaten, face-to-face Kommunikation und die dort ausgeübten Meinungsäußerungen ist der Konflikt mit Art 10 EMRK dadurch ausgeräumt, dass § 45 DSGVO eine Ausnahmeregelung für die Datenverarbeitung im persönlichen oder familiären Bereich vorsieht.

öffentlichen Kommunikation hegen darf, hängt von der verfassungsrechtlich vorausgesetzten Kommunikationsordnung ab, die sich in den Bestimmungen des Medien-, Straf- und Zivilrechts widerspiegelt. Mit diesen Bestimmungen hat der Gesetzgeber die Bedingungen der freiheitlichen Kommunikationsordnung ausgestaltet. Objektive Erwartungshaltungen im Bereich der öffentlichen Kommunikation müssen sich daher an diesen Bestimmungen und den damit verbundenen Wertungen orientieren. Werden daher Daten im Zuge von Medienrecherchetätigkeiten erfasst, gespeichert oder veröffentlicht, ist auf den medien-, straf- und zivilrechtlichen Diskretionsschutz abzustellen, der umfassende Garantien für die Achtung des Privatlebens und der Persönlichkeit des Einzelnen bietet und dabei die besondere Verantwortung der Medien berücksichtigt. Das gilt sowohl für Daten, die die Integrität des Einzelnen und seine engeren sozialen Beziehungen betreffen, als auch für personenbezogene Daten, die zwar öffentlich zugänglich, aber aufgrund der sozialen Dimension der Privatsphäre schützenswert sind.<sup>239</sup> Um vor spezifischen datenschutzrechtliche Gefahren wie der systematischen, vorrätigen Erfassung von Daten durch Journalisten zu schützen, reicht es mE aus, Medien zusätzlich an den datenschutzrechtlichen Zweckbindungsgrundsatz zu binden.<sup>240</sup>

Auf die Effektivität des Schutzes der Privatsphäre durch Medien-, Straf-, und Zivilrecht kann in dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Nur so viel sei gesagt: Die dortigen Bestimmungen unterliegen seit Jahren der höchstgerichtlichen Überprüfung und haben dieser weitestgehend standgehalten.<sup>241</sup> Auch der EGMR, und ihm folgend die innerstaatlichen Gerichte, haben ausgereifte Rechtsfiguren, wie etwa der „public figure“ und „debate of general interest“ zum Diskretionsschutz entwickelt.<sup>242</sup>

Eine über den medien-, straf- und zivilrechtlichen Diskretionsschutz hinausgehende Störung der verfassungsgerechten Kommunikationsordnung durch datenschutzrechtliche Zulässigkeitsbeschränkungen im Sinne einer informationell selbstbestimmten Darstellung in der Öffentlichkeit wäre mE im Hinblick auf die oben angestellten Überlegungen bezüglich einer den Grundsätzen der Verfassung entsprechenden, auf Pluralität, Toleranz und Freiheit basierenden Demokratie, überschießend.

§ 48 DSGVO berücksichtigt dies mE aber nur zum Teil, da er nur Medienunternehmen, Mediendienste und ihre Mitarbeiter von den wesentlichen datenschutzrechtlichen

<sup>239</sup> Vgl. EGMR 16. 4. 2009, Egeland u. Hanseid, Nr. 34438/04 Rz 61.

<sup>240</sup> § 48 DSGVO tut dies, allerdings eingeschränkt auf Medienunternehmen, Mediendienste und ihre Mitarbeiter.

<sup>241</sup> ZB zur Verfassungskonformität des die Unschuldsvermutung schützenden § 7 b MedienG, vgl. VfSlg 14.260/1995.

<sup>242</sup> Vgl. zuletzt EGMR von Hannover II (Fn 201) Rz 109 f; EGMR Axel Springer AG (Fn 210) Rz 78 ff; OGH 19.8.2009, 15 Os 81/09i, MR 2009, 295.

Bestimmungen freistellt. NGOs, sonstige Unternehmen, juristische Personen öffentlichen Rechts und Privatpersonen die publizistisch tätig sind, stellen aber Medien iSd Art 10 EMRK dar und sind genauso Teilnehmer der öffentlichen Kommunikation. Sie nehmen dort eine für die Demokratie und freiheitliche Kommunikationsordnung wichtige Stellung ein und eine besondere Verantwortung wahr, die ihre Berücksichtigung in den Bestimmungen des Medien-<sup>243</sup>, Straf- und Zivilrechts findet. Eine zusätzliche datenschutzrechtliche Belastung dieser Personengruppe würde praktisch deren Ausschluss aus der öffentlichen Kommunikation bedeuten.<sup>244</sup> Sie erfüllen dort wichtige Kommunikationsfunktionen wie zB Aktualvermittlung durch realitätsgetreue Information über aktuelle Ereignisse und deren sachliche Analyse<sup>245</sup>. NGOs, etc vermitteln oft Tatsachen und Analysen über Sachverhalte, die durch das Angebot der klassischen Medien nicht abgedeckt werden. Wie oben schon erwähnt wurde, greifen Bürger in Zeiten des WWW oft auf ihrer Meinung nach verlässlichere, spezifischere Informationsquellen außerhalb der klassischen Medienunternehmen zurück. Im Bereich von Internet-Plattformen oder sozialen Netzwerken, die Meinungsäußerungen möglich machen und diese vermitteln, zeigt sich die Wichtigkeit solcher Medien in Bezug auf die Kommunikationsfunktion „Meinungsäußerung“.<sup>246</sup> Hervorzuheben ist auch das Feld der politischen Kommunikation<sup>247</sup>: Klassische Medienunternehmen greifen oft erst Inhalte auf, die vorher auf kleineren Medien, wie NGO-Websites, transportiert werden. Auch die publizistische Tätigkeit von politischen Parteien trägt ihren Teil zur politischen Willensbildung des einzelnen Bürgers bei. Politische Diskussionen finden wiederum oft in sozialen Netzwerken statt, dort können dann politische Meinungen transportiert und verglichen werden. Die „nicht-klassischen“ Medien erfüllen daher ebenso wie die klassischen Medien wichtige Kommunikationsfunktionen.

Dies gilt insbesondere, wenn man die freiheitliche Kommunikationsordnung, als eine dem Grundprinzip der Offenheit und Pluralität verpflichtete Ordnung begreift. Pluralität und Offenheit einer Kommunikationsordnung zeigt sich ua durch die Vielzahl und Vielfalt der kommunizierten Inhalte.<sup>248</sup> Die Vielzahl und Vielfalt der Medienlandschaft würde wesentlich eingeschränkt, wenn man den Zugang zur öffentlichen Diskussion auf klassische

---

<sup>243</sup> Beispielsweise stellen viele Bestimmungen des MedienG auf den weiteren Begriff des Medieninhabers ab, vgl die §§ 5 ff, 11 f, 14, 18, 21, 24 f, 27, 29, 31 und 34 MedienG.

<sup>244</sup> Zu den Konsequenzen der Anwendung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen vgl oben Kapitel 3.

<sup>245</sup> Vgl *Berka*, Persönlichkeitsschutz (Fn 195) 180.

<sup>246</sup> Vgl *Berka*, Persönlichkeitsschutz (Fn 195) 183 f.

<sup>247</sup> Vgl *Berka*, Persönlichkeitsschutz (Fn 195) 186 ff.

<sup>248</sup> Vgl *Berka*, Persönlichkeitsschutz (Fn 195) 134 ff.

Medienunternehmen beschränkt und alle anderen Personen, mit datenschutzrechtlichen Belastungen von der öffentlichen Kommunikation weitestgehend ausschließt.

Man könnte dem nun entgegenhalten, dass § 48 DSGVO bewusst den Berufsstand „Journalisten“ privilegieren will, weil dort ein gewisses „Berufsethos“ herrscht, das eine gewisse Qualität der publizistischen Tätigkeit von Journalisten sichern soll. Niedergelegt ist dieses Berufsethos im „Ehrenkodex für die österreichische Presse“ des österreichischen Presserats.<sup>249</sup> Diesem „Ehrenkodex“ kommt allerdings kein rechtsverbindlicher Charakter zu, es handelt sich bloß um eine Festschreibung der Branchenusancen, die zur Interpretation der §§ 6 ff, 29 MedienG und §§ 1130 ABGB und 111 StGB von Bedeutung sind.<sup>250</sup> Aus einer grundrechtlichen Perspektive ist ein solches Berufsethos, dessen reale Bedeutung angesichts der in der österreichischen Printmedienlandschaft herrschenden Seriosität der Berichterstattung angezweifelt werden muss, zwar begrüßenswert, kann mE aber keine datenschutzrechtliche Sonderbehandlung rechtfertigen. Bei der personal formulierten Privilegierung einer Berufsgruppe handelt es sich nämlich um ein (verstecktes) Qualitätsmerkmal, denn macht man die rechtliche Qualifikation von Informationen von der Einhaltung gewisser „Informationsproduktionsstandards“ abhängig, erwartet man auch eine Auswirkung auf den Inhalt einer Information, dh dass dieser durch die Einhaltung gewisser Standards qualitativ höherwertiger sein wird. Solche qualitative Schranken laufen aber einem individualistischen, inhaltlich offenen Verständnis der Medienfreiheit zuwider. Die Bedeutung der nicht-klassischen Medien für den öffentlichen Diskurs zeigt sich nämlich auch dort, wo qualitativ „niederwertige“ Meinungen und Informationen transportiert werden, etwa wenn politische Meinungen kundgetan werden und sich einem öffentlichen „Meinungswettbewerb“ stellen. Die Offenheit und Pluralität des öffentlichen Diskurses kennzeichnet außerdem eine gewisse „Inhaltsoffenheit“, dh dass dort auch Auffassungen behandelt werden müssen, die zwar hinsichtlich ihres „Wahrheitsgehaltes“ beinahe wertlos sind, aber aufgrund ihrer Verbreitung in der Öffentlichkeit durchaus gesellschaftspolitische Relevanz zukommt. Durch die Einbeziehung solcher qualitativ „niederwertigeren“ Informationen in den öffentlichen Kommunikationsbereich, können im Gegenteil, durch die Auseinandersetzung im „Meinungs- und Informationswettbewerb“ die qualitativen Schwachpunkte mancher weit verbreiteten Auffassungen aufgedeckt werden. Eine *berufsständische* datenschutzrechtliche Privilegierung

---

<sup>249</sup> Grundsätze für die publizistische Arbeit (Ehrenkodex für die österreichische Presse), [http://www.presserat.at/show\\_content.php?hid=2](http://www.presserat.at/show_content.php?hid=2) (abgefragt am 14.4.2012), vgl dazu auch die gem § 23 Abs 2 ORF-G erlassenen ORF-Programmrichtlinien und die sich aus § 49 AMD-G und § 16PrR-G ergebenden Berufspflichten.

<sup>250</sup> Noll, in *Berka ua* (Fn 37) § 2, Rz 14.

von Medienunternehmen, Mediendiensten und ihren Mitarbeitern ist daher auch unter dem Aspekt der notwendigen *qualitativen Offenheit* des öffentlichen Diskurses zurückzuweisen.

Aus dem allem muss gefolgert werden, dass aus verfassungsrechtlicher Perspektive *alle Medien* dieselbe besondere Verantwortung trifft und damit prinzipiell dieselben Verpflichtungen und Privilegien. Da sich diese Verantwortung in den Bestimmungen des Medien-, Straf-, und Zivilrechts widerspiegelt, erscheint es ungerechtfertigt sonstige Medien, im Gegensatz zu den klassischen Medienunternehmen, mit datenschutzrechtlichen Zulässigkeitsbeschränkungen zu belasten.

Im Hinblick auf die Bedeutung der Teilnahme *aller Medien* an öffentlicher Kommunikation wäre es daher mE verfassungsrechtlich geboten jede Person, die mit einem Medium Informationen, Meinungen oder Ideen verbreitet, in das datenschutzrechtliche Medienprivileg miteinzubeziehen. § 48 DSGVO, der nur Medienunternehmen, Mediendienste und ihre Mitarbeiter privilegiert, verletzt damit ungerechtfertigt die Kommunikationsfreiheit in Art 10 EMRK, Art 13 StGG und ist daher als verfassungswidrig einzustufen.

Dieses Ergebnis lässt sich auch auf die Abwägung übertragen, die bei einem Eingriff ins Grundrecht auf Datenschutz vorzunehmen ist. Auch hier ist im Hinblick auf Art 10 EMRK - auf der Ebene der „überwiegenden berechtigten Interessen eines anderen“ - die Datenanwendung gerechtfertigt und stellt das gelindeste Mittel zur Zielerreichung dar, wenn sie durch den Betreiber eines Mediums unmittelbar für seine publizistische Tätigkeit erfolgt.

## **8. Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes (Art 7 B-VG, Art 2 StGG)**

### **8.1. Grundrechtsträger**

Auf den Gleichheitssatz kann sich grundsätzlich jede inländische, natürliche Person berufen.<sup>251</sup> Inländische juristische Personen, wie NGOs oder Unternehmen fallen unter den Gleichheitssatz, wenn es nicht um die Verletzung des Gleichheitssatzes auf Grund von Merkmalen geht, die für juristische Personen in Frage kommen, wie die in Art 7 B-VG aufgezählten Merkmale der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des

---

<sup>251</sup> VfSlg 10.923; Durch die Anwendbarkeit des BVG-Rassendiskriminierung auf Verhältnisse Fremder untereinander, kann aber in Bezug auf das Sachlichkeitsgebot und das Willkürverbot von einem Jedermannsrecht gesprochen werden, vgl *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> (2007) Rz 1355.

Standes.<sup>252</sup> Diese Merkmale spielen bei der Ungleichbehandlung zwischen Medienunternehmen und sonstigen publizistisch tätigen Privatpersonen keine Rolle, daher ist der Gleichheitssatz auf letztere anwendbar. Auch publizistisch tätige juristische Personen öffentlichen Rechts sind vom Gleichheitssatz erfasst.<sup>253</sup>

## 8.2. Gleichheitssatz und § 48 DSG

Der Gleichheitssatz normiert auf Gesetzgebungsebene ein Verbot sachlich nicht gerechtfertigter Differenzierungen. Gesetze dürfen nur dann differenzieren, wenn die Differenzierung aus Unterschieden im Tatsächlichen ableitbar ist.<sup>254</sup> Da Sachverhalte nie gänzlich gleich sind, ist der Gleichheitssatz auf Wertungen angewiesen. Daher ist bei der Überprüfung einer Norm immer zu fragen, ob es für eine Differenzierung einen vernünftigen, gerechtfertigten und gerechten Grund gibt.<sup>255</sup>

Ausgangspunkt jeder den Gleichheitssatz betreffenden Prüfung ist ein Normen- und Sachverhaltsvergleich.<sup>256</sup> Die zu vergleichenden Normen sind einerseits § 48 DSG, der Medienunternehmen, Mediendienste und ihre Mitarbeiter von den wesentlichen datenschutzrechtlichen Bestimmungen befreit und andererseits die restlichen einfachgesetzlichen Bestimmungen des DSG, die alle anderen Personen, die publizistisch tätig sind, den strengen Zulässigkeitsvoraussetzungen des DSG unterwerfen. Die Sachverhalte, für die unterschiedliche Rechtsfolgen bestehen, sind einerseits die im Zuge publizistischer Tätigkeit vorgenommenen Datenanwendungen von Medienunternehmen, Mediendiensten und ihren Mitarbeitern und andererseits jene Datenanwendungen, die von anderen Personen im Zuge ihrer publizistischen Tätigkeit vorgenommen werden. Nun ist zu prüfen, ob diese Unterschiede auf Sachverhaltsebene einen ausreichend sachlichen Grund für unterschiedliche Rechtsfolgen darstellen. Diese Prüfung beinhaltet die Frage, ob der Gesetzgeber mit der Differenzierung ein legitimes Ziel verfolgt und die Differenzierung zur Erreichung dieses Ziels geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinne ist.<sup>257</sup>

---

<sup>252</sup> VfSlg 12.821/1991; vgl *Bernegger*, Der (allgemeine) Gleichheitsgrundsatz (Art. 7 B-VG, Art. 2 StGG) und das Diskriminierungsverbot gemäß Art. 14 EMRK, in 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich Bd III, *Machacek/Pahr/Stadler* (1997) 718.

<sup>253</sup> VfSlg 10.000/1984.

<sup>254</sup> Vgl *Berka*, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg.) Rill-Schäffer-Kommentar. Bundesverfassungsrecht, Art 7, Rz 40; VfSlg 13.477.

<sup>255</sup> Vgl *Berka*, in *Kneihs/Lienbacher* (Fn 254) Art 7 Rz 42.

<sup>256</sup> Vgl *Berka*, in *Kneihs/Lienbacher* (Fn 254) Art 7 Rz 45.

<sup>257</sup> *Berka* folgend „spricht nichts dagegen“ die einzelnen Teilschritte der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch im Rahmen des Gleichheitssatzes anzuwenden, vgl *Berka*, in *Kneihs/Lienbacher* (Fn 254) Art 7, Rz 45; dazu ferner *Holoubek*, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes – dargestellt an der jüngeren Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, insbesondere zum Wirtschaftsrecht, ÖZW 1991, 72.

Legitimes Ziel beider Rechtsnormen ist Herstellung des Ausgleichs zwischen dem Recht auf freie Meinungsäußerung in Art 10 EMRK, Art 13 StGG und der sich aus dem Grundrecht auf Datenschutz in § 1 DSG ergebenden Schutzpflicht.<sup>258</sup> Dies führt wieder zum Ergebnis der oben vorgenommenen Güterabwägung zwischen diesen Grundrechten. Der verfassungsrechtlich gebotene Ausgleich läge in der datenschutzrechtlichen Privilegierung *jeder* Person, die publizistisch tätig ist.

Es findet sich daher kein ausreichend sachlich gerechtfertigter Grund für die rechtliche Differenzierung zwischen Medienunternehmen, Mediendiensten und Medienmitarbeitern einerseits und allen anderen Personen, die publizistisch tätig sind andererseits. § 48 DSG verletzt daher den Gleichheitssatz und ist daher auch aus diesem Grund verfassungswidrig.

## **9. Vereinbarkeit von innerstaatlichem Datenschutzrecht mit der DSRL**

### **9.1. Anwendungsbereich der DSRL**

Oben wurde schon ausführlich das Verhältnis zwischen DSRL und nationalem Recht behandelt und festgehalten, dass die DSRL zuerst zur richtlinienkonformen Interpretation österreichischer einfachgesetzlicher Vorschriften des DSG herangezogen werden muss und auf diesem Wege eventuell auf das Grundrecht auf Datenschutz zurückwirkt.<sup>259</sup> Erst wenn eine richtlinienkonforme Interpretation nicht möglich ist, hat man zu prüfen, ob die DSRL mangels ordnungsgemäßer Umsetzung unmittelbar anwendbar ist.<sup>260</sup> In diesem Fall genießt die DSRL Anwendungsvorrang vor einfachgesetzlichen österreichischen Rechtsvorschriften (hier dem DSG) und österreichischen Verfassungsgesetzen (hier dem Grundrecht auf Datenschutz).<sup>261</sup>

Ob die Mitgliedsstaaten den Schutzstandard über oder unterschreiten dürfen, ergibt sich aus den Bestimmungen der DSRL selbst.<sup>262</sup> Lässt der Wortlaut und Zweck eine Abweichung zu, ist diese nach „unten“ oder „oben“ möglich. Ansonsten liegt ein Normenkonflikt vor, bei dem die DSRL Anwendungsvorrang genießt.<sup>263</sup>

Bei den Begriffen der DSRL handelt sich um autonome Begriffe des Gemeinschaftsrechts, die so auszulegen sind, dass sie in vollem Umfang dem in Art 1 Abs 1 definierten Ziel der

<sup>258</sup> Vgl auch die Erläuterung zu § 48 DSG, die den besonderen Stellenwert des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung hervorhebt, vgl. Erläuterung BGI NR 1613 XX. GP 52.

<sup>259</sup> Vgl. Klamert (Fn 14) JBl 2008, 164; Jahnle, Handbuch (Fn 19) 29 f.

<sup>260</sup> Vgl. Klamert (Fn 14) JBl 2008, 164.

<sup>261</sup> Vgl. Jahnle, Handbuch (Fn 19) 25.

<sup>262</sup> Vgl. Ehmman/Helfrich, EG-Datenschutzrichtlinie. Kurzkomentar (1999) Einleitung, Rz 13.

<sup>263</sup> Vgl. Jahnle, Handbuch (Fn 19) 34.



Richtlinie entsprechen.<sup>264</sup> Ausnahmeregelungen in der DSRL sind zwar generell restriktiv auszulegen<sup>265</sup>, dies hindert aber nicht im Einzelfall, insbesondere im Hinblick auf ein anderes Rechtsgut, einen einzelnen Begriff einer Ausnahmeregelung weit auszulegen.<sup>266</sup>

## 9.2. Art 9 DSRL

Art 9 der DSRL sieht für die Verarbeitung personenbezogener Daten, die allein zu journalistischen, künstlerischen, oder literarischen Zwecken erfolgt, Abweichungen und Ausnahmen von den wesentlichen Bestimmungen der DSRL 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.

### 9.2.1. Anwendungsbereich – journalistische Zwecke

#### 9.2.1.1. Personale Komponente

Um einer Ausnahmeregelung zugänglich zu sein, muss eine Verarbeitung zu journalistischen Zwecken erfolgen. In Anbetracht der Bedeutung der Freiheit der Meinungsäußerung muss der Begriff Journalismus weit ausgelegt werden.<sup>267</sup> Die Genese der Datenschutzrichtlinie belegt, dass journalistische Zwecke nicht auf die Tätigkeit institutionalisierter Medien beschränkt ist. Die Kommission schlug ursprünglich vor, eine Ausnahme für Presseorgane und audiovisuelle Medien zu schaffen. Der Begriff der „journalistischen Zwecke“ resultiert aus mehreren nachfolgenden Entwürfen, die den Anwendungsbereich der Ausnahme von Medienunternehmen lösten und auf *alle Personen* ausdehnten, *die journalistisch tätig sind*.<sup>268</sup> Darunter fallen mE daher auch Privatpersonen, NGOs, Unternehmen außerhalb der Medienbranche und juristische Personen öffentlichen Rechts, sofern sie journalistisch tätig sind. Ebenfalls einbezogen sind Reporter, Fotografen und Autoren, wie zB Biographen.<sup>269</sup>

Doch selbst wenn der Begriff „Journalismus“ weit ausgelegt werden muss heißt das nicht, dass jede Form der Meinungsäußerung geschützt ist, da sonst die Formulierung „zu journalistischen Zwecken“ bedeutungslos würde. Die Meinungsäußerung zwischen Privatpersonen, die nicht an einen größeren Personenkreis gerichtet ist, fällt daher nicht unter Art 9 DSRL. Eine Einbeziehung der *privaten Meinungsäußerung* unter Art 9 DSRL wäre

<sup>264</sup> EuGH 16.12.2008, C-524/06, Huber, Slg 2008, I-09705, Rz 52.

<sup>265</sup> Vgl *Dammann/Simits*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn 84) 70.

<sup>266</sup> EuGH Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia (Fn 9) Rz 56.

<sup>267</sup> EuGH Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia (Fn 9) Rz 56.

<sup>268</sup> Schlussantrag der Generalanwältin vom 28.5.2008 zu EuGH C-73/07, Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia, Slg 2008 I-09831, Rz 65; ihr folgend EuGH Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia (Fn 9) Rz 58.

<sup>269</sup> Begründung der Kommission zum geänderten Vorschlag der Kommission, Abl EG Nr C 311 v. 27.11.1992.

ohnehin überflüssig, da dieser Bereich schon von der Ausnahmebestimmung in Art 3 Abs 2 DSRL erfasst ist, der besagt, dass die DSRL auf die Verarbeitung durch eine natürliche Person zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder privater Tätigkeit *nicht anwendbar* ist.<sup>270</sup>

### 9.2.1.2. Kommunikationsmittel

Die Verbreitung von Informationen auf elektronischen Trägern wie dem WWW ist den klassischen Trägern wie Papier oder Radiowellen gleichgestellt und schadet der Einstufung als „Verarbeitung zu journalistischen Zwecken“ der Auffassung des EuGH folgend nicht.<sup>271</sup>

### 9.2.1.3. Sachliche Komponente

Dass auch das bloße Sammeln und Veröffentlichen von Daten durch Private als journalistische Tätigkeit anzusehen ist, hat der EuGH ohne ausführliche Begründung bejaht und lediglich auf den Zweck der journalistischen Tätigkeit, nämlich die Verbreitung von Informationen, Meinungen und Ideen *in der Öffentlichkeit*, hingewiesen.<sup>272</sup> Der EuGH macht damit die Einstufung als journalistische Tätigkeit nicht von inhaltlichen, sondern von formalen Kriterien abhängig.<sup>273</sup> Damit wird der Auffassung gefolgt, wonach es zur Eröffnung des Schutzbereichs von Art 10 EMRK nicht auf den Inhalt der Äußerung ankommen kann.<sup>274</sup> Journalistische Tätigkeit iSd DSRL ist daher mE jede Verbreitung von Informationen, Meinungen und Ideen *in der Öffentlichkeit*. Dazu muss auch die journalistische Informationsfreiheit gehören, dh das Ermitteln und Speichern von Daten zu Recherchezwecken. Nicht umfasst sind wissenschaftliche Verarbeitungsvorgänge, daher handelt sich nicht um ein „Forschungsprivileg“.<sup>275</sup>

### 9.2.2. „Allein“ zu journalistischen Zwecken – Gewinnerzielungsabsicht zulässig

Ausnahmen gem Art 9 DSRL sind nur zulässig, wenn diese Tätigkeiten betreffen, die „allein“ zu journalistischen Zwecken erfolgen. Der Wortlaut ist hier missverständlich, denn eine Absicht Gewinn zu erzielen wäre damit unvereinbar.<sup>276</sup> Hier hat der EuGH für Klarheit gesorgt indem er festgestellt hat, dass Gewinnerzielungsabsicht die Einstufung als Tätigkeit

<sup>270</sup> Schlussantrag der Generalanwältin vom 28.5.2008 zu EuGH Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia (Fn 268) Rz 56 f, 61 f.

<sup>271</sup> EuGH Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia (Fn 9) Rz 60.

<sup>272</sup> EuGH Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia (Fn 9) Rz 61.

<sup>273</sup> Vgl Kahlert, Steuergeheimnis auf Finnisch – Zur Abwägung von Datenschutz gegen Pressefreiheit, European Law Reporter 2009, 67 (70); anders die Auffassung der Generalanwältin die die Information inhaltlich hinsichtlich des Vorliegen eines öffentlichen Interesses prüfen möchte, vgl Schlussantrag der Generalanwältin vom 28.5.2008 zu EuGH Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia (Fn 268) Rz 67 ff.

<sup>274</sup> Grabenwarter, EMRK<sup>5</sup> (2012) 233.

<sup>275</sup> Vgl Ehmman/Helfrich, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn 262) Art 9, Rz 8 ff.

<sup>276</sup> Vgl Kahlert (Fn 273) European Law Reporter 2009, 70.

„allein“ zu journalistischen Zwecken *nicht* von vornhinein ausschließt. Ein gewisser kommerzieller Erfolg kann sogar die unverzichtbare Voraussetzung für den Fortbestand eines professionellen Journalismus sein, um seine Unabhängigkeit gegenüber dem Einfluss anderer, wie etwa dem Staat, zu wahren.<sup>277</sup>

### 9.2.3. Beschränkungen „insofern als notwendig“

Innerhalb des gerade abgesteckten Bereichs müssen sich die von den Mitgliedsstaaten getroffenen Ausnahmeregelungen aufs Notwendigste beschränken. Den Begriff des „Journalismus“ weit auszulegen erachtet der EuGH als mit diesem Prinzip vereinbar.<sup>278</sup> Nichtsdestoweniger muss es sich aber bei den mitgliedstaatlichen Ausnahmeregelungen um eng umgrenzte Fälle handeln, die ausschließlich zur Lösung des Konflikts zwischen Meinungsäußerungsfreiheit und Privatsphäre dienen.<sup>279</sup> Eine wortgleiche Wiederholung von Art 9 DSRL im nationalen Gesetzestext wird demnach zu wenig sein.<sup>280</sup>

### 9.2.4. Medienarchive

Gegen eine Ausnahme von Medienarchiven spricht, dass bezüglich bereits veröffentlichtem Material, keine die Meinungsäußerungsfreiheit beschränkende Gefahr der Intervention mehr besteht.<sup>281</sup> Für eine Privilegierung von Medienarchiven spricht, dass der Betreiber eines Mediums ständig mit hohem personellen und zeitlichen Aufwand für die Aktualisierung dieser Archive sorgen müsste, was die Medienfreiheit in unzulässiger Weise einschränkt.<sup>282</sup> Augenmerk geschenkt werden muss auch dem „chilling effect“ einer solchen Erschwernis.<sup>283</sup> Entweder sähen Medienbetreiber davon ab, ihr Medienarchiv für die Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen, oder sie würden bei der erstmaligen Veröffentlichung Umstände ausklammern, die das weitere Anbieten eines Beitrags später rechtswidrig werden lassen könnten, an denen die Öffentlichkeit zum Zeitpunkt der erstmaligen Berichterstattung aber ein schützenswertes Interesse hat.<sup>284</sup> Medienarchive sind daher mE von der Ausnahmeregelung in Art 9 DSRL umfasst.

<sup>277</sup> EuGH Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia (Fn 9) Rz 59; Schlussantrag der Generalanwältin vom 28.5.2008 zu EuGH C-73/07, Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia (Fn 268) Rz 82.

<sup>278</sup> EuGH Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia (Fn 266) Rz 56.

<sup>279</sup> Vgl *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn 262) Art 9, Rz 14.

<sup>280</sup> In diesem Sinne vgl *Dammann/Simits*, EG-Datenschutzrichtlinie. Kommentar (1997) 177;

<sup>281</sup> Vgl *Dammann/Simits*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn 84) 177.

<sup>282</sup> BGH Urteil vom 1.2.2011 – VI ZR 345/09, MR 2011, 136 (140).

<sup>283</sup> Zum Begriff „chilling effect“ vgl oben bei Fn 86.

<sup>284</sup> BGH Urteil vom 1.2.2011 – VI ZR 345/09, MR 2011, 136 (140).

### 9.2.5. Künstlerische und Literarische Zwecke

Auch für künstlerische und literarische Zwecke sind die Mitgliedsstaaten aufgefordert Ausnahmebestimmungen zu schaffen. Damit ist auch die (dateimäßig strukturierte) Sammlung personenbezogener Materials als Grundlage für eine belletristische Publikation erfasst.<sup>285</sup> Da diese Arbeit den Fokus auf der journalistischen Tätigkeit von Privatpersonen, NGOs, Unternehmen, etc hat, muss auf eine eingehendere Erläuterung dieses Tatbestandsmerkmals und dessen Vereinbarkeit mit § 48 DSGVO verzichtet werden.

### 9.3. Erlaubte Abweichungen

Die zulässigen Abweichungen und Ausnahmen betreffen nur die Kapitel II (Allgemeine Bedingungen für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten), IV (Übermittlung personenbezogener Daten in Drittländer) und VI (Kontrollstelle und Gruppe für den Schutz von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten). Damit fallen zB die strengen Zulässigkeitsvoraussetzungen für jede Datenverwendung in Art 6, 7 und 8 der DSRL weg.

### 9.4. Unvereinbarkeit von § 48 DSGVO mit Art 9 DSRL

§ 48 DSGVO privilegiert *Medienunternehmen, Mediendienste und ihre Mitarbeiter*, wenn sie Daten unmittelbar für ihre publizistische Tätigkeit verwenden und *widerspricht* damit klar Art 9 DSRL, der Ausnahmebestimmungen für *jede Person* vorsieht, die journalistisch tätig ist. Privatpersonen, NGOs, sonstige Unternehmen und juristische Personen öffentlichen Rechts, auch wenn sie journalistisch tätig sind, werden durch § 48 DSGVO nicht privilegiert. Art 9 DSRL umfasst diese Personengruppe aber sehr wohl, da er Ausnahmen für alle Personen vorsieht, die Informationen, Meinungen und Ideen in der Öffentlichkeit verbreiten. Die berufsständische<sup>286</sup> Formulierung in § 48 DSGVO verletzt daher klar die Vorgaben der DSRL.

### 9.5. Spielraum der Nationalstaaten

Den Umsetzungsspielraum gibt die Richtlinie selbst vor. Ein solcher besteht für den nationalen Gesetzgeber dann, wenn ihn die Datenschutzrichtlinie einräumt, indem sie etwa mehrere Regelungsmöglichkeiten zur Wahl stellt, oder zum Ausdruck bringt, dass der nationale Gesetzgeber Ausnahmen vorsehen darf.<sup>287</sup> Art 9 DSRL sieht vor, dass Ausnahmen nur insofern gemacht werden dürfen als es sich notwendig erweist, um das Recht auf Privatsphäre mit den für die Freiheit der Meinungsäußerung geltenden Vorschriften in

<sup>285</sup> Vgl *Dammann/Simits*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn 84) 176.

<sup>286</sup> § 48 DSGVO muss in seiner derzeitigen Form als „berufsständisches Privileg“ bezeichnet werden, vgl *Berka*, Beitrag (Fn 35).

<sup>287</sup> Vgl *Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie (Fn 262) Einleitung, Rz 13.

Einklang zu bringen. Wo dieser Einklang auf der personalen Ebene liegen muss, hat der EuGH in der Entscheidung *Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia* verbindlich festgelegt.<sup>288</sup> Diesbezüglich besteht daher mE bei der Umsetzung durch die Mitgliedsstaaten kein Spielraum mehr.

## 9.6. Richtlinienkonforme Interpretation von § 48 DSGVO

Der EuGH betont das Primat der richtlinienkonformen Auslegung, dh bevor die Richtlinie auf ihre unmittelbare Anwendbarkeit geprüft wird, muss versucht werden, die nationale Norm richtlinienkonform zu interpretieren.<sup>289</sup> Bei den Regelungen der DSRL handelt es sich meist um horizontale Verhältnisse, da sie das Verhältnis zwischen Datenverarbeiter und Betroffenen regeln. Die Methode der richtlinienkonformen Interpretation ist aber auch im horizontalen Verhältnis (zwischen Privaten) anwendbar.<sup>290</sup> Für die Grenze der richtlinienkonformen Interpretation ist alleine das nationale Recht maßgebend. Die Nationalstaaten sind zur richtlinienkonformen Interpretation also nur insoweit verpflichtet, als das nationale Recht einen Beurteilungsspielraum offen lässt.<sup>291</sup> Die richtlinienkonforme Interpretation hat keinen Vorrang gegenüber den anderen Interpretationsmethoden nationalen Rechts.<sup>292</sup> Die Grenze richtlinienkonformer Interpretation wird daher dort anzunehmen sein, wo ihr Wortsinninterpretation, Textzusammenhang, Zweck der nationalen Regelung und deren Entstehungsgeschichte entgegenstehen.<sup>293</sup>

Wenn § 48 DSGVO die Formulierung „Soweit Medienunternehmen, Mediendienste oder ihre Mitarbeiter Daten unmittelbar für ihre publizistische Tätigkeit im Sinne des Mediengesetzes verwenden“ gebraucht, muss davon ausgegangen werden, dass sich der Verweis auf das MedienG nicht nur auf die publizistische Tätigkeit, sondern auch auf die Medienunternehmen, Mediendienste und Medienmitarbeiter bezieht, da der Begriff der publizistischen Tätigkeit im MedienG nicht vorkommt. Durch den dynamischen Verweis<sup>294</sup> aufs MedienG sind die dort normierten Legaldefinitionen heranzuziehen. Bezüglich des Begriffs Medienunternehmen stellt der Wortlaut des § 1 Abs 1 Z 6 MedienG eindeutig auf „Unternehmen“ ab. Eine Einbeziehung nichtunternehmerisch, aber journalistisch tätiger Privatpersonen wie es die DSRL verlangt, würde eindeutig über den Wortlaut von § 1 Abs 1 Z 6 MedienG hinausgehen.

<sup>288</sup> EuGH *Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia* (Fn 9) Rz 58.

<sup>289</sup> EuGH *Santex* (Fn 14) Rz 63 f.

<sup>290</sup> Vgl *Klamert* (Fn 14) JBl 2008, 164.

<sup>291</sup> Vgl *Rüffler*, Richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, ÖJZ 1997, 121 (126) mwN.

<sup>292</sup> Vgl *Jud*, Die Grenzen richtlinienkonformer Interpretation, ÖJZ 2003, 521 ff; aA *Rüffler* (Fn 291) ÖJZ 1997, 127.

<sup>293</sup> Vgl *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht<sup>4</sup> (Fn 13) 101; *Rüffler* (Fn 291) ÖJZ 1997, 127.

<sup>294</sup> Vgl *Berka*, Verfassungsrecht (Fn 13) Rz 193.

Da der Begriff „Medienmitarbeiter“ in § 1 Abs 1 Z 11 MedienG an jenen des „Medienunternehmers“ geknüpft ist, scheidet auch dort eine richtlinienkonforme Interpretation aus. Auch der Begriff Mediendienst in § 1 Abs 1 Z 7 MedienG knüpft eindeutig an die Eigenschaft als „Unternehmer“ an und lässt eine richtlinienkonforme Interpretation im Sinne einer Einbeziehung jeder journalistischen Person nicht zu.

Aus dem allem folgt, dass eine richtlinienkonforme Interpretation des § 48 DSG über seinen Wortlaut hinausgehen würde und daher in diesem Fall unzulässig ist. § 48 DSG widerspricht daher klar den Vorgaben der DSRL.

### **9.7. Unmittelbare Anwendbarkeit der DSRL**

Nachdem § 48 DSG den Vorgaben der DSRL widerspricht und nicht richtlinienkonform interpretierbar ist, muss die unmittelbare Anwendbarkeit von Art 9 DSRL geprüft werden. Widerspricht eine nationale Norm einer unmittelbar anwendbaren Richtlinie muss die nationale Norm unangewendet bleiben und innerstaatliche Gerichte und Verwaltungsbehörden haben die Richtlinie ihren Entscheidungen zugrunde zu legen.<sup>295</sup> Unmittelbar anwendbar wird eine Richtlinie, wenn sie nicht fristgerecht oder mangelhaft umgesetzt wird, inhaltlich unbedingt und ausreichend bestimmt ist, sowie den einzelnen begünstigt.<sup>296</sup> Die Gründe warum die DSRL mit § 48 DSG mangelhaft umgesetzt wurde, sind schon oben dargelegt worden. Auf die Tatsache dass die DSRL ausreichend inhaltlich bedingt ist, dh dass dem Mitgliedsstaat kein weiterer Umsetzungsspielraum zukommt<sup>297</sup>, wurde ebenso schon hingewiesen. Die DSRL ist insofern ausreichend bestimmt, als dass es nunmehr an den Gerichten und Verwaltungsbehörden liegt den notwendigen Ausgleich zwischen Meinungsäußerungsfreiheit und Privatsphäre herzustellen, wobei mit dem EuGH-Urteil *Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia* eine klare Handlungsanleitung gegeben wurde. Allerdings regelt Art 9 DSRL Rechtsverhältnisse zwischen Betroffenen und Datenverwendern, was der Voraussetzung widerspricht, dass die Richtlinie zu ihrer unmittelbaren Anwendbarkeit den Einzelnen gegenüber dem Staat begünstigen muss. Man spricht in diesem Zusammenhang von horizontaler Direktwirkung einer Richtlinie.<sup>298</sup> Der EuGH verneint letztere, was eine Unanwendbarkeit der DSRL zwischen Privaten zur Folge hat.<sup>299</sup>

<sup>295</sup> stRsp seit EuGH, 7.3.1985, C-26/62, Van Gend und Loos, Slg 1985, 00779.

<sup>296</sup> EuGH Francovich (Fn 13).

<sup>297</sup> Vgl *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht<sup>4</sup> (Fn 13) 59 f.

<sup>298</sup> Vgl *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht<sup>4</sup> (Fn 13) 73.

<sup>299</sup> Vgl EuGH 14.7.1994, C-91/92, Faccini Dori, Slg 1994, I-03325, Rz 20.

Aus alledem folgt, dass die DSRL nicht unmittelbar anwendbar ist und § 48 DSG daher trotz Widerspruch mit Unionsrecht, bis auf weiteres von innerstaatlichen Gerichten und Verwaltungsbehörden angewendet werden muss.

### **9.8. Art 9 DSRL und das Grundrecht auf Datenschutz in § 1 DSG**

Die in dieser Arbeit vertretene Auffassung, dass ein Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz auf der Ebene der „überwiegenden berechtigten Interessen eines anderen“ zugunsten jeder Person die ein Medium betreibt gerechtfertigt ist, deckt sich mit der Anschauung des EuGH, der ebenfalls jeden Betreiber eines Mediums privilegiert sieht. Somit erübrigt sich die Frage der richtlinienkonformen Interpretation des Grundrechts auf Datenschutz ebenso wie eine mögliche unmittelbare Anwendbarkeit der DSRL in Bezug auf § 1 DSG.

### **Schlusswort**

Die derzeitige Ausgestaltung des datenschutzrechtlichen Medienprivilegs in § 48 DSG umfasst nur Medienunternehmen, Mediendienste und ihre Mitarbeiter. NGOs, sonstige Unternehmen, juristische Personen öffentlichen Rechts und Privatpersonen, die publizistisch tätig sind, sehen sich mit der vollen Anwendbarkeit der Zulässigkeitsbeschränkungen des einfachgesetzlichen Teils des DSG konfrontiert. Datenanwendungen im Zuge dieser Tätigkeit werden dadurch praktisch unmöglich. Eine derartige Beschränkung der Medienfreiheit dieser Personengruppe ist im Hinblick auf deren Bedeutung im Bereich der öffentlichen Kommunikation nicht gerechtfertigt, zumal dem Schutz der Privatsphäre innerhalb der freiheitlichen Kommunikationsordnung durch das Medien-, Straf- und Zivilrecht genüge getan wurde. Der Staat ist daher seiner sich aus dem Grundrecht auf Datenschutz ergebenden Schutzpflicht überschießend nachgegangen und verletzt mit § 48 DSG ungerechtfertigt die in Art 10 EMRK garantierte Medienfreiheit. Aus denselben Erwägungen muss auch der Gleichheitssatz als verletzt erachtet werden, da sich keine ausreichende sachliche Rechtfertigung für die Differenzierung zwischen Medienunternehmen, Mediendiensten und Medienmitarbeitern einerseits, und sonstigen publizistisch tätigen Personen andererseits, finden lässt.

§ 48 DSG widerspricht auch klar den Vorgaben der DSRL. Nachdem der EuGH festgestellt hat, wo die Mitgliedsstaaten den durch Art 9 DSRL vorgegebenen Ausgleich zwischen Meinungsäußerungsfreiheit und Privatsphäre zu treffen haben, ist klargestellt, dass jede Person die publizistisch tätig ist, datenschutzrechtlich privilegiert sein muss. Der Wortlaut des

§ 48 DSG lässt auch keine richtlinienkonforme Interpretation zu. Da der EuGH allerdings die horizontale Direktwirkung von Richtlinien verneint und Art 9 hauptsächlich Rechtsverhältnisse zwischen Privaten betrifft, scheidet eine unmittelbare Anwendbarkeit der DSRL aus und innerstaatliche Verwaltungsbehörden und Gerichte haben § 48 DSG weiter anzuwenden.



## Literaturverzeichnis

*Aicher*, in *Rummel*, Kommentar zum ABGB<sup>3</sup> (2000) § 16

*Bernegger*, Der (allgemeine) Gleichheitsgrundsatz (Art. 7 B-VG, Art. 2 StGG) und das Diskriminierungsverbot gemäß Art. 14 EMRK, in 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich Bd III, *Machacek/Pahr/Stadler* (1997)

*Berka*, Das Grundrecht auf Datenschutz im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit. Gutachten für den 18. ÖJT (2012)

*Berka*, Das Recht der Massenmedien (1989)

*Berka*, Die Gesetzesvorbehalte der Europäischen Menschenrechtskonvention, ÖZÖRVR, 1986/87, 71

*Berka*, Die Grundrechte (1999)

*Berka*, Die Kommunikationsfreiheit in Österreich, EuGRZ 1982, 413

*Berka*, Die Kommunikationsfreiheit sowie die Informationsfreiheit, Freiheit der Meinungsäußerung, Pressefreiheit und Zensurverbot, in *Machacek/Pahr/Stadler*, 40 Jahre EMRK. Grund- und Menschenrechte in Österreich Bd II (1992)

*Berka*, Geheimnisschutz – Datenschutz – Informationsrecht im Lichte der Verfassung, in *Studiengesellschaft für Recht und Wirtschaft* (Hrsg), Geheimnisschutz – Datenschutz – Informationsschutz (2008) 53

*Berka*, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg.) Rill-Schäffer-Kommentar. Bundesverfassungsrecht, Art 7

*Berka*, Medien zwischen Freiheit und Verantwortung, in *Aicher/Holoubek* (Hrsg), Das Recht der Medienunternehmen (1998)

*Berka*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz (1982)

*Berka*, Verfassungsrecht<sup>3</sup> (2010)

*Berka*, Welchen Beitrag leistet das Datenschutzrecht zum Persönlichkeitsschutz? in *Berka/Grabenwarter/Holoubek* (Hrsg), Persönlichkeitsschutz 2.0. Der Schutz der Persönlichkeitsrechte bei Online-Medien und beim Rundfunk (2012) im Druck

*Brandstetter/Schmid*, Kommentar zum Mediengesetz<sup>2</sup> (1999)

*Bullinger*, Freedom of expression and information: an essential element of democracy, HRLJ 1985, 349

*Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung (2007)

*Dammann/Simits*, EG-Datenschutzrichtlinie. Kommentar (1997)

*Dohr ua*, DSG<sup>2</sup> (2011)

*Drobesch/Grosinger*, Das neue österreichische Datenschutzgesetz (2000)

*Duschaneck/Rosenmayr-Klemenz*, Datenschutzgesetz 2000 (2000)

*Duschaneck*, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg) Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar, § 1 DSG

*Ehmann/Helfrich*, EG-Datenschutzrichtlinie. Kurzkomentar (1999)

*Eisenberger/Faber*, Individuelle Namensnennung bei der Aufarbeitung der NS-Zeit am Beispiel der Historikerkommission, juridikum 2003

*Evers*, Der Schutz des Privatlebens und das Grundrecht auf Datenschutz in Österreich, EuGRZ 1994, 281

*Grabenwarter*, EMRK<sup>5</sup> (2012)

*Grabenwarter*, Verfassung und Informationsgesellschaft, in *ÖJK* (Hrsg), Grundrechte in der Informationsgesellschaft (2001) 48

*Hanusch*, Mediengesetz (1998)

*Hartmann/Rieder*, Mediengesetz (1981)

*Hoffmann-Riem*, Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft – Auf dem Wege zu einem neuen Konzept des Datenschutzes, AöR 123 (1998)

*Holoubek*, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes – dargestellt an der jüngeren Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, insbesondere zum Wirtschaftsrecht, ÖZW 1991, 72

*Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten (1997)

*Holoubek*, Kommunikationsfreiheit, in *Merten/Papier* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte. Band VII/1 (2009)

*Holoubek/Kassai/Trainer*, Grundzüge des Rechts der Massenmedien<sup>4</sup> (2010)

*Isensee*, Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungswartungen an die Grundrechtsausübung, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland<sup>3</sup>, Bd 9 (2011) § 190

*Jahnel*, Das Grundrecht auf Datenschutz nach dem DSG 2000, in FS-Schäffer (2006) 313

*Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht (2010)

*Jahnel*, Publizistische Tätigkeit und Datenschutzrecht, in *Jahnel* (Hrsg), Datenschutzrecht und E-Government. Jahrbuch 2009 (2009) 79

*Jud*, Die Grenzen richtlinienkonformer Interpretation, ÖJZ 2003, 521

*Kahlert*, Steuergeheimnis auf Finnisch – Zur Abwägung von Datenschutz gegen Pressefreiheit, European Law Reporter 2009, 67

*Klamert*, Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte, JBl 2008, 158

*Klein*, Rechtspolitisches und rechtsdogmatisches zum „Medienmitarbeiter“, in FS-Floretta (1983) 389

*Knyrim*, Datenschutzrecht (2003)

*Korinek*, Der grundrechtliche Rahmen des Telekommunikationsrechts, in *Korinek/Stampfl-Blaha* (Hrsg.), Beiträge zum Kommunikationsrecht (1989)

*Korn*, Der Begriff des programmgestaltenden und journalistischen Mitarbeiters des ORF (§ 17 Abs 2 und 3 RFG 1974), RfR 1981, 1

*Kotschy*, Datenschutzrechtliche Fragen zum geltenden österreichischen Gentechnikrecht, in *Kopetzki/Mayer* (Hrsg), Biotechnologie und Recht (2002) 75

*Nettesheim*, Grundrechtsschutz der Privatheit, VVDStRL 70 (2011) 7

*Noll*, in *Berka ua*, Praxiskommentar Mediengesetz<sup>2</sup> (2005)

*Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht<sup>4</sup> (2011)

- Pitschas*, in Verhandlungen des 62. Deutschen Juristentags, Bremen, 1998, Band II/1 (1998)
- Podlech*, Das Recht auf Privatheit, in *Perels* (Hrsg.), Grundrechte als Fundament der Demokratie (1979)
- Pühringer*, Wikipedia und Datenschutzrecht, in *Jahnel*, Datenschutzrecht und E-Government 2008 (2008) 173
- Rebhahn*, Mitarbeiterkontrolle am Arbeitsplatz. Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen (2009)
- Reimer*, Verfassungs- und europarechtliche Überlegungen zur datenschutzrechtlichen Zustimmung, in *Jahnel/Siegwart/Fercher* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts (2007)
- Rill*, Das Grundrecht auf Datenschutz, in *Duschanek*, Datenschutz in der Wirtschaft (1981) 15
- Rüffler*, Richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts, ÖJZ 1997, 121
- Sartre*, Das Sein und das Nichts (1943)
- Schmitt Glaeser*, Schutz der Privatsphäre, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV<sup>2</sup> (2009) § 129
- Siegwart*, Das Veröffentlichen von Daten, in *Jahnel/Siegwart/Fercher* (Hrsg) Aktuelle Fragen des Datenschutzrechts (2007)
- Simitis*, Die informationelle Selbstbestimmung - Grundbedingung einer verfassungskonformen Informationsordnung, NJW 1984, 394
- Simits*, in *Simits*, BDSG<sup>7</sup> § 1
- Strauß*, Rechtliche Verantwortlichkeit für Wikipedia – Der Streit um „Tron“ war erst der Anfang, ZUM 2006, 274
- Trute*, in *Roßnagel*, Handbuch Datenschutzrecht (2003)
- Vogelsang*, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung? (1987)
- von Rienen*, Frühformen des Datenschutzes? (1984)
- Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht<sup>10</sup> (2007)

*Wiederin*, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg) Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar, Art 8 EMRK

*Wiederin*, Privatsphäre und Überwachungsstaat (2003)

*Zeiller*, Natürliches Privatrecht<sup>3</sup> (1819)

*Zöchbauer*, Zu den Grenzen der journalistischen Sorgfalt und des Redaktionsgeheimnisses, MR 1997, 186