



universität  
wien

# MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

„Datenschutzrechtliche Akteure bei Bewertungsportalen  
am Beispiel von <docfinder.at>“

verfasst von / submitted by

Mag.iur. Markus Charwat

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2018 / Vienna 2018

Studienkennzahl lt. Studienblatt /  
Postgraduate programme code as it appears on  
the student record sheet:

A 992 942

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /  
Postgraduate programme as it appears on  
the student record sheet:

Informations- und Medienrecht

Betreut von / Supervisor:

ao. Univ. Prof. Dr. Dietmar Jahnel



## **Vorwort**

Der vorliegende Text wurde als Abschlussarbeit für den Universitätslehrgang Informations- und Medienrecht 2015/16 verfasst.

Aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung sind alle Aussagen in diesem Dokument als geschlechtsneutral zu verstehen, wobei der Autor sich bemüht hat ein Gleichgewicht zwischen männlichen und weiblichen Akteuren herzustellen.

Die Überprüfung sämtlicher Online-Quellen erfolgte final am 07.02.2018.

Diese Arbeit orientiert sich hinsichtlich der Zitierweise an *Keiler/Bezemek*, leg cit (2014); in Bezug auf die verwendeten Abkürzungen bei Rechtsquellen, Rechtsprechung und Literatur wird auf die Verzeichnisse im Anhang verwiesen.

Der Autor möchte sich bei dem Betreuer dieser Arbeit, Prof. Dr. Dietmar Jahnel, bei der Lehrgangsleitung, insb bei Herrn Dr. Markus Holzweber, und natürlich auch bei allen Studienkollegen bedanken. Darüber hinaus gebührt besonderer Dank an Hilde Charwat, Mag. Katharina Röbl, Dr. Silke Graf, LL.M. und Dr. Dominik Thompson, ohne die es weder den Autor noch diese Arbeit gäbe.

Wien // Zwettl // Syrakus

*Markus Charwat*

Februar 2018



# Inhaltsverzeichnis

<b>I. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>II. Bewertungsportale am Beispiel von &lt;docfinder.at&gt; .....</b>	<b>3</b>
<b>III. Die Akteure.....</b>	<b>5</b>
A) Die Betreiberin .....	5
B) Der Hosting-Provider .....	6
C) Die Ärzte.....	6
D) Die Benutzer.....	6
<b>IV. Sachverhalte.....</b>	<b>7</b>
A) Basis-Eintrag .....	7
B) Ärzte erweitern Einträge.....	8
C) Benutzer meldet sich an.....	8
D) Benutzer schreibt Kommentare .....	9
<b>V. Allgemeines zum Datenschutz .....</b>	<b>10</b>
A) Der Datenbegriff im DSG 2000 .....	12
1. Personenbezogene Daten .....	12
2. Sensible Daten .....	13
B) Gesetzliche Rollen im DSG 2000.....	13
1. Auftraggeber .....	14
2. Dienstleister .....	17
3. Betroffener.....	20
C) Datenschutz-Grundverordnung .....	21
<b>VI. Subsumtion .....</b>	<b>27</b>
A) Die Betreiberin als Auftraggeber hinsichtlich der .....	27
1. ... Ärztedaten beim Erstellen des Basis-Eintrags.....	27
2. ... Ärztedaten bei erweiterten Einträgen .....	28
3. ... Registrierung der Benutzer .....	29
4. ... Kommentare und Bewertungen .....	29
B) Die Betreiberin als Dienstleister hinsichtlich ... ..	32
1. ... der Ärzte bei erweiterten Einträgen.....	32
2. ... der Benutzer beim Verfassen von Kommentaren und Bewertungen .....	32
C) Die Betreiberin als Betroffene.....	33
D) Der Hosting-Provider als Auftraggeber .....	34
E) Der Hosting-Provider als Dienstleister .....	34
F) Der Hosting-Provider als Betroffener .....	35
G) Die Ärzte als Auftraggeber .....	35
1. ... bei Premium-Einträgen.....	36
2. ... bei Kommentaren und Bewertungen .....	37
H) Die Ärzte als Dienstleister.....	38
I) Die Ärzte als Betroffene ... ..	38
1. ... hinsichtlich des Basis-Eintrags .....	39
2. ... bei Kommentaren und Bewertungen .....	39
J) Die Benutzer als Auftraggeber ... ..	40
1. ... hinsichtlich der Registrierung.....	41
2. ... bei Kommentaren und Bewertungen .....	41
K) Die Benutzer als Dienstleister .....	42
L) Die Benutzer als Betroffener ... ..	42
1. ... bei der einmaligen Registrierung.....	42
2. ... beim Veröffentlichen eines Kommentars .....	43

M) Exkurs: Informationsverbundsystem oder gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche? .....	43
1. Informationsverbundsystem gem DSG 2000 .....	43
2. Gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche gem DSGVO .....	44
<b>VII. Schlussbemerkung.....</b>	<b>46</b>
<b>VIII. Anhang.....</b>	<b>51</b>
A) Verzeichnisse .....	51
1. Rechtsquellen .....	51
2. Materialien .....	57
3. Rechtsprechung .....	57
4. Literatur .....	58
5. Online-Quellen .....	59
B) Zusammenfassung .....	60
C) Abstract .....	63

## **Tabellenverzeichnis**

Tabelle 1: Dienstleister/Auftragsverarbeiter .....	18
Tabelle 2: Auftraggeber im Wandel der Zeit .....	23
Tabelle 3: Akteure/Rollen .....	47

## I. Einleitung

In letzter Zeit haben sich für viele Branchen und Märkte im Internet Bewertungsplattformen herausgebildet. Dadurch können beispielsweise Versandhändler und deren Produkte oder Hotels bei Reiseanbietern bewertet werden. Somit besteht die Möglichkeit für die Kunden intransparente Märkte durchsichtiger zu machen. Diesen Trend folgend bietet das Wiener Unternehmen DocFinder GmbH (im Folgenden: DocFinder) unter der Domain <docfinder.at> ein Bewertungsportal an, auf dem Patienten Ärzte bewerten können.

DocFinder legt dafür für alle niedergelassenen oder angestellten Ärzte eine eigene Profilseite an und befüllt diese mit Informationen wie zB Namen und Fachgebiet, Telefonnummer und Adresse, akzeptierten Krankenkassen und Ordinationszeiten sowie mit den bisherig von Patienten abgegebenen Bewertungen. Diese Kategorien stimmen weitestgehend mit jenen Datenkategorien überein, die von der österreichischen Ärztekammer in der Ärzteliste<sup>1</sup> veröffentlicht werden. Alle Ärzte können die für sie angelegten Profilseiten übernehmen und zu einem kostenpflichtigen Premium-Eintrag<sup>2</sup> umwandeln.

Bis dato gibt es zwei Höchstgerichtliche Entscheidungen zu DocFinder.<sup>3</sup> Wegen der ersten Entscheidung wurde § 28 Abs 2 DSG 2000 durch den VfGH aufgehoben.<sup>4</sup> Die zweite Entscheidung, diesmal durch den OGH, beschäftigte sich wieder mit dem Widerspruchsrecht des § 28 DSG 2000. Darin wurde geklärt, dass der Anspruch auf Geheimhaltung gem § 1 Abs 1 DSG 2000 nur ausgeschlossen ist, wenn diese Daten »zulässigerweise veröffentlicht wurden«.<sup>5</sup> Entstehen durch eine Verarbeitung veröffentlichter Daten neue Informationen, kann an diesen neuen Daten sehr wohl ein Geheimhaltungsinteresse bestehen.<sup>6</sup>

Im Rahmen dieser Arbeit werden die Akteure am Beispiel des unter <docfinder.at> auftretenden Bewertungsportals DocFinder untersucht. Ziel der vorliegenden Arbeit ist es dabei, die handelnden Personen (Akteure) den entsprechenden datenschutzrechtlichen Rollen zuzuordnen. Abhängig von der tatsächlich vorgenommenen Handlung könnte ein Akteur zB bei der einen Handlung Auftraggeber<sup>7</sup> und bei einer anderen Betroffener<sup>8</sup> sein. Dies wäre zB dann der Fall, wenn Ärzte sich für einen Premium-Eintrag entscheiden und

---

<sup>1</sup> Vgl § 27 Abs 1 ÄrzteG.

<sup>2</sup> DocFinder, Premium-Einträge im Vergleich <docfinder.at/praxismarketing/premium-eintrag>.

<sup>3</sup> VfGH, www.docfinder.at I; OGH, www.docfinder.at II.

<sup>4</sup> BGBl I 132/2015.

<sup>5</sup> Vgl OGH, www.docfinder.at II, Pkt 2.1 f; RS0130870.

<sup>6</sup> OGH, www.docfinder.at II, Pkt 2.3 f; RS0130870.

<sup>7</sup> § 4 Z 4 DSG 2000.

<sup>8</sup> Z 3 leg cit.

ihrerseits Daten verwenden, wie etwa Fotografien ihrer Mitarbeiter zur Bewerbung der Praxis. Auch bei Patienten wäre es denkbar, dass sie mehr als eine Rolle innehaben, denn auch sie haben einerseits das Potential, Betroffene zu sein, etwa bei der Registrierung auf <docfinder.at>. Andererseits könnten sie genauso Auftraggeber sein, wenn sie in einem Kommentar personenbezogene Daten Dritter verwenden, indem sie beispielsweise über die Behandlung ihrer Kinder berichten. Diese Zuordnung hängt von der jeweils vorgenommenen tatsächlichen Handlung ab.

Die Frage, ob ein Akteur tatsächlich bei der Nutzung derselben Website mehrere – und sich dadurch ausschließende – Rollen iSd § 4 Z 3–5 DSG 2000 innehaben kann, ist die Kernfrage dieser Arbeit. Eine ähnliche Abgrenzung, nämlich jene zwischen dem Medieninhaber iSd MedienG und derselben Person als bloßer Anbieter der technischen Infrastruktur zur Veröffentlichung von Beiträgen durch Dritte, somit als Hosting-Provider,<sup>9</sup> ist bereits in der Literatur behandelt worden,<sup>10</sup> wobei Bewertungsportale keine Medienunternehmen iSd MedienG sind und ihnen das Medienprivileg des § 48 DSG 2000 nicht zusteht.<sup>11</sup>

In dieser Arbeit gänzlich ausgeklammert werden sämtliche den Datenschutz nicht näher tangierende Rechtsgebiete, allen voran das ärztliche Standesrecht.

---

<sup>9</sup> Vgl Haftungsprivileg gem § 16 ECG.

<sup>10</sup> Vgl *Staudegger*, ALJ 2015, 42.

<sup>11</sup> Vgl *Thiele*, JusIT 2016, 213 (214).



## II. Bewertungsportale am Beispiel von <docfinder.at>

Bewertungsportale bieten ihren Nutzern eine Plattform, um – naturgemäß subjektive – Bewertungen mit Punkten bzw Noten und Kommentare zu Waren oder Dienstleistungen abzugeben. Andere Nutzer können diese Bewertungen und Kommentare ansehen und sich ein Bild über die angebotenen Leistungen oder Produkte machen. Zusätzlich bieten die Betreiber solcher Websites üblicherweise eine mehr oder weniger raffinierte Methode der Suche, um die gewünschten Einträge rasch zu finden und nach bestimmten Kategorien, wie positive oder negative Bewertungen oder sonstige für das Bewertungsportal sinnvolle Kriterien, filtern zu können.

DocFinder ist ein Ärztebewertungsportal. Dabei handelt es sich – zumindest nach eigenen Angaben – um »Österreichs führendes Arztsuch- und Gesundheitsportal«.<sup>12</sup> Auf der Website finden sich zwar keine Hinweise darüber, wie viele Ärzte registriert sind, es werden allerdings die Benutzerzahlen mit über 5,6 Millionen monatlichen Page Impressions und 917.000 Unique User pro Monat angeführt.<sup>13</sup> Darüber hinaus ist DocFinder ein in Österreich registriertes Unternehmen,<sup>14</sup> welches seine Tätigkeit primär auf Österreich ausgelegt hat.<sup>15</sup> Dies ist hinsichtlich des räumlichen Anwendungsbereichs iSd § 3 DSG 2000 wesentlich, weil dadurch die Anwendbarkeit des DSG 2000 gewährleistet wird.<sup>16</sup>

DocFinder bietet den Benutzern diverse Möglichkeiten an, um Ärzte suchen zu können. Auf der Startseite finden sich zwei prominente Suchfelder: im ersten kann der Name oder das Fachgebiet des gesuchten Arztes eingegeben werden. Im zweiten Feld kann die Suche auf ein bestimmtes geografisches Gebiet eingeschränkt werden, indem eine Postleitzahl, ein Ortsname oder eine Straße eingegeben wird. Darüber hinaus kann die Suche auf gewisse Krankenkassen, Öffnungszeiten und weitere Merkmale eingeschränkt werden.

Patienten bzw Benutzer des Portals können ihren Arztbesuch kommentieren und zusätzlich eine Bewertung abgeben. Die Kommentarfunktion bietet registrierten Benutzern die Möglichkeit, über ein Freitextfeld Anmerkungen zu einem Arzt zu machen und Erfahrungen, die sie im Rahmen der Behandlung gemacht haben, zu teilen. Bewertungen hingegen werden in unterschiedlichen Kategorien, in einem an Schulnoten angelehnten System, vergeben, wobei 5 für Ausgezeichnet und 0 für Nicht Genügend steht. Insgesamt stehen zehn Kategorien zur Verfügung. Darunter befinden sich Bewertungsmöglichkeiten,

<sup>12</sup> DocFinder, Mediadaten & Tarife <docfinder.at/ratgeber/mediadaten-tarife-891>.

<sup>13</sup> DocFinder, Mediadaten & Tarife <docfinder.at/ratgeber/mediadaten-tarife-891>.

<sup>14</sup> Firmenbuchnummer 328626z am Handelsgericht Wien.

<sup>15</sup> S DocFinder, Über DocFinder <docfinder.at/ueberuns>.

<sup>16</sup> Vgl Jähnel, Datenschutzrecht 6 f.

die direkt die Persönlichkeit des behandelnden Arztes (Einfühlungsvermögen, Vertrauen, Zufriedenheit mit der Behandlung) aber auch die Praxisausstattung und Mitarbeiter sowie die Terminvereinbarung und Wartezeit betreffen. Schlussendlich werden die vergebenen Punkte in einer Gesamtbewertung zusammengefasst.

### III. Die Akteure

*»Die Rollenverteilung zwischen den Akteuren im Datenschutzrecht ist eine recht diffizile Angelegenheit und hat die datenschutzrechtliche Literatur von Anbeginn an immer wieder beschäftigt.«<sup>17</sup>*

Unter Akteuren werden in dieser Arbeit jene real auftretenden Personen oder Personengemeinschaften verstanden, welche den gesetzlichen Rollen gem § 4 Z 3–5 DSG 2000 gegenüberstehen. Die Akteure werden aufgrund der von ihnen vorgenommenen Handlungen oder im Rahmen eines Sachverhalts einer Rolle zugeordnet und möglicherweise bei einer anderen Handlung oder in einem anderen Sachverhalt eine andere Rolle innehaben. Bei der Bezeichnung des Akteurs handelt es sich bewusst nicht um einen rechtlichen, sondern um einen analytischen Begriff. Damit wird unterschieden zwischen den Rollen iSd § 4 Z 3–5 DSG 2000 und den tatsächlich handelnden Personen und so die rechtliche Einordnung der Akteure in die Rollen ermöglicht.

Akteure können insb die Betreiberin der Website sein; die Ärzte, die ihr Profil auf dem Portal übernommen haben; jenes Unternehmen, das Server und Infrastruktur zur Verfügung stellt, sowie die Patienten, die Berichte über Ärzte auf dem Portal verfassen.

#### A) Die Betreiberin

Die Betreiberin der Website ist DocFinder.<sup>18</sup> Die Domain <docfinder.at> ist auf die beiden Geschäftsführer Claudio Winkler und Gerald Timmel registriert.<sup>19</sup> Gehostet wird die Website bei der ANEXIA® Internetdienstleistungs GmbH.<sup>20</sup> DocFinder verfügt über ein eigenes /28-Netzwerk.<sup>21</sup> Somit können deren Services und Dienste über bis zu vierzehn statische IP-Adressen angesprochen werden.

Des Weiteren gibt DocFinder die DVR-Nummer 4001131 auf der Impressum-Seite<sup>22</sup> an. Unter dieser sind zwei Datenanwendungen eingetragen: die Registrierung von Benutzern sowie Informationen zu Gesundheitsdienstleistern und medizinischen Themen.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> Jahnke, RdW 2005, 200 (200).

<sup>18</sup> Hietzinger Hauptstraße 50, 1130 Wien, Firmenbuchnummer: FN 328626z.

<sup>19</sup> Vgl nic.at, Domain Suche <<https://www.nic.at/de/meine-at-domain/domain-suche/whois>>.

<sup>20</sup> S dazu Kapitel III. B). Der Hosting-Provider.

<sup>21</sup> 188.65.79.176–188.65.79.191; vgl NCC, Database Query <<https://apps.db.ripe.net/db-web-ui/#/query?bflag&searchtext=188.65.79.176&source=RIPE#resultsSection>>.

<sup>22</sup> DocFinder, Impressum <[docfinder.at/ueberuns/impressum](https://docfinder.at/ueberuns/impressum)>.

<sup>23</sup> Vgl 4001131/002: *»Der Zweck dieser Datenanwendung ist es, den Benutzern unserer Internetseite zu ermöglichen, sich über medizinische Themen und Gesundheitsdienstleister zu informieren, sowie nach Registrierung Meinungen zu medizinischen Themen einstellen zu können. Unsere Kunden*

## B) Der Hosting-Provider

Der Hosting-Provider – also jenes Unternehmen, welches die Server und andere Infrastruktur, die zum Betrieb der Website für die Domain <docfinder.at> notwendig sind, bereitstellt – ist die ANEXIA® Internetdienstleistungs GmbH (im Folgenden: Anexia).<sup>24</sup>

## C) Die Ärzte

Ärzte sind zur Ausübung der Medizin berufen, sie dürfen ua Untersuchungen und Behandlungen von Krankheiten an Menschen durchführen, Heilmittel und -behelfe verordnen.<sup>25</sup>

Die Ärzte sind die für das gegenständliche Bewertungsportal wesentlichen Akteure. Dies zeigt sich sowohl an der Firma als auch an der Domain der Website-Betreiberin, die beide das Wort *Doc* als Abkürzung für Doktor beinhalten, der umgangssprachlichen Bezeichnung für Ärzte.

Die Ärzte können einerseits Betroffene in Bezug auf ihre eigenen, veröffentlichten Daten sein, und andererseits Auftraggeber betreffend der Premium-Einträge; sie nehmen deshalb eine bedeutende Stellung im Rahmen dieser Arbeit ein.

## D) Die Benutzer

Ein weiterer Akteur kommt ins Spiel, sobald ein Patient das DocFinder-Portal nutzt, um Bewertungen abzugeben. Patienten sind idR Betroffene,<sup>26</sup> weil ihre personenbezogenen<sup>27</sup> – häufig sogar sensiblen<sup>28</sup> – Daten verarbeitet werden. Bei Websites mit einer Forum- oder Posting-Funktion können jedoch die typischerweise Betroffenen ihre Meinung äußern und diese aus eigenem Antrieb veröffentlichen. Dadurch könnte sich die klassische Rollenverteilung zwischen Auftraggeber, Dienstleister und Betroffenen umkehren oder verschieben.

---

*(Gesundheitsdienstleister) stellen dafür auch selbst Daten über sich und ihre Ordination zur Verfügung, um sich dem Benutzer der Seite gegenüber besser präsentieren und damit vermarkten zu können«.*

<sup>24</sup> Feldkirchner Straße 140, 9020 Klagenfurt am Wörthersee; Firmenbuchnummer: FN 289918a; <anexia-it.com>.

<sup>25</sup> Vgl § 2 ÄrzteG.

<sup>26</sup> § 4 Z 3 DSG 2000.

<sup>27</sup> Z 1 leg cit.

<sup>28</sup> Z 2 leg cit.

## IV. Sachverhalte

Im Folgenden werden einzelne, ausgewählte Sachverhalte erläutert, die in Kapitel *VI. Subsumtion* analysiert sowie den einzelnen Akteuren<sup>29</sup> und datenschutzrechtlichen Rollen<sup>30</sup> zugeordnet werden. Diese Auflistung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, denn es sind unzählige weitere Sachverhalte und Konstellationen denkbar. Zusätzlich sei angemerkt, dass ausschließlich hier geschilderte Sachverhalte Gegenstand der Subsumtion in Kapitel *VI. Subsumtion* sind.

### A) Basis-Eintrag

Wesentlich für den Erfolg einer Bewertungsplattform ist die Anzahl der regelmäßig aktiven Benutzer. Um den Benutzern einen Anreiz zu geben beizutreten, muss ein gewisser Funktions- oder Informationsumfang vorhanden sein. Erst, wenn eine gewisse kritische Masse erreicht ist, besteht ein Anlass diese Website zu besuchen. Auf DocFinder gemünzt bedeutet diese kritische Masse, dass genügend Ärzte-Profile vorhanden sind, damit die Patienten Kommentare zu ihren Ärzten abgeben können und es bedarf für die Ärzte genügend Besucher des Portals einerseits wie auch deren persönlicher Profilseite andererseits, um einen regelmäßigen Zeit- und Geldaufwand für die Wartung und Pflege des Premium-Profiles zu rechtfertigen.

Bewertungsportale verfolgen grundsätzlich zwei unterschiedliche Ansätze hinsichtlich der Erstellung von Basis-Einträgen: entweder haben die User freie Hand und können selbst Produkt- oder Profilseiten für die zu bewertenden Produkte und Dienstleistungen anlegen oder der Betreiber legt diese Seiten selbst an. Beide Vorgehensweisen haben ihre Vor- und Nachteile.

Ein wesentlicher Vorteil der User-Befüllung ist, dass hierbei ein dynamisches System geschaffen wird, welches sich rasch auf veränderte Marktsituationen angepasst. Einerseits werden Produkt- oder Profilseiten für neue Produkte ohne Zutun des Betreibers erstellt. Andererseits birgt dieses Vorgehen das Risiko von Redundanzen, weil für ein und dasselbe Produkt mehrere Seiten von verschiedenen Usern angelegt werden könnten.

Dem gegenüber steht das Erstellen eines Basis-Eintrags durch den Betreiber. Hier erfolgt die Kontrolle der angelegten Produkt- oder Profilseiten zentral durch den Betreiber der Website selbst. Dies hat insb hinsichtlich des geschlossenen Systems der Ärzte den

---

<sup>29</sup> S Kapitel III. Die Akteure.

<sup>30</sup> S Kapitel V. B) Gesetzliche Rollen im DSG 2000.

Vorteil, dass alle Angaben aktuell sind und dass Mehrfachnennungen verhindert werden. Allerdings muss der Websitebetreiber dafür ein redaktionsähnliches System aufbauen und dies ist mit zusätzlichen Kosten verbunden.

Bei <docfinder.at> wurde der zweite Weg gewählt. Die Betreiberin der Website legt für jeden Arzt eine Profilseite an. Grundlage dieser Einträge ist die durch die Österreichische Ärztekammer veröffentlichte Ärzteliste.<sup>31</sup> Aus dieser Liste werden insb Namen, Dienstorte, Berufsbezeichnungen, Diplome der Ärztekammer, Hinweise auf Verträge mit Sozialversicherungsträgern und Krankenfürsorgeanstalten übernommen und der Profilseite des jeweiligen Arztes hinzugefügt.

## **B) Ärzte erweitern Einträge**

Das Erstellen eines Basis-Eintrags durch DocFinder ist der Beginn einer möglichen vertraglichen Beziehung zwischen den Ärzten und DocFinder. Die Ärzte können den bestehenden Eintrag erweitern, was DocFinder ein »Upgrade« nennt. Zusätzlich besteht die Möglichkeit aus mehreren Tarifmodellen zu wählen und abhängig davon unterschiedliche Leistungen zu erhalten, wie zB die Möglichkeit Profilbilder oder Bilder der Praxis hochzuladen, bis hin zur Gestaltung der Texte zur Präsentation eigener Schwerpunkte und Leistungen. Auch das Erstellen und Hochladen von Videos wird unterstützt.<sup>32</sup>

## **C) Benutzer meldet sich an**

Bei der Registrierung, dh wenn sich ein Benutzer anmeldet, handelt es sich um ein einmaliges Verfahren, im Zuge dessen etwa die AGB von DocFinder akzeptiert werden müssen und die E-Mail-Adresse des Benutzers verifiziert wird. In dem Auszug aus dem Datenverarbeitungsregister wird die Registrierung von Benutzern wie folgt beschrieben:

*»Die Datenanwendung beinhaltet folgenden Verwendungsschritt: Registrierung/Login: Registrierung auf unserer Internetseite mit Benutzername, Passwort, E-Mail-Adresse, ...«<sup>33</sup>*

Zusätzlich muss der Benutzer sein Alter sowie sein Geschlecht angeben und erhält die Möglichkeit, sich zu einem Newsletter an- oder abzumelden. Benutzername und Passwort werden benötigt, damit sich der Benutzer anmelden kann, um Kommentare und Bewertungen abzugeben.

Der Benutzername kann selbst gewählt werden. Im Zuge der Registrierung weist DocFinder darauf hin, dass hier ein »Pseudoname« und nicht der eigne Name zu verwenden

---

<sup>31</sup> § 27 Abs 1 ÄrzteG.

<sup>32</sup> DocFinder, Premium-Einträge im Vergleich <docfinder.at/praxismarketing/premium-eintrag>.

<sup>33</sup> Vgl DVR 4001131/001.

ist. Es gibt keine weitere Möglichkeit, den eigenen Namen einzugeben; sollte dieser auch nicht in der angegebenen E-Mail-Adresse enthalten sein, hat DocFinder unter Umständen keine Informationen über den tatsächlichen Namen der Benutzer. Beim Verfassen eines Kommentars wird lediglich dieser selbstgewählte Pseudoname des Benutzers angegeben, wobei auch dies auf User-Wunsch unterbleiben kann und somit weder die E-Mail-Adresse noch der echte Name bei einem Kommentar für andere Besucher der Website ersichtlich ist.

#### **D) Benutzer schreibt Kommentare**

Nachdem ein Benutzer die Registrierung durchgeführt hat, ist er berechtigt, Kommentare zu Ärzten zu verfassen und kann diese auch in diversen Kategorien bewerten (zB Einfühlungsvermögen, Serviceangebot, Praxisausstattung). DocFinder benutzt wiederum diese Bewertungen, um bei der Suche nach Ärzten eine Reihung nach Relevanz zu ermöglichen.

## V. Allgemeines zum Datenschutz

Kaum eine Rechtsmaterie erstreckt sich über dermaßen viele Stufen im Sinn des Stufenbaus der Rechtsordnung nach Kelsen<sup>34</sup> und kaum eine andere Rechtsmaterie wird dabei doch so nachlässig behandelt wie der Datenschutz.

Es gibt völkerrechtliche Verträge, wie die Datenschutzkonvention des Europarates,<sup>35</sup> Art 8 EMRK, das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, und Art 10 EMRK, die Freiheit der Meinungsäußerung oder Art 12 und 19 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte.<sup>36</sup>

Im Europäischen Primärrecht gibt es in der Grundrechtecharta mit Art 7 zur Achtung des Privat- und Familienlebens, Art 8 dem Schutz personenbezogener Daten und Art 11 hinsichtlich der Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit gleich mehrere Artikel, die durch Verweis des Art 6 Vertrags von Lissabon<sup>37</sup> Rechtskraft erlangt haben. Auch im Vertrag über die Arbeitsweise der EU ist der Datenschutz<sup>38</sup> geregelt.

Zudem gibt es sekundärrechtliche EU-Normen, wie die Datenschutz-Richtlinie, die eCommerce-Richtlinie, die ePrivacy-Richtlinie,<sup>39</sup> den Rahmenbeschluss 2008/977/JI, die Datenschutzverordnung für die EU-Organe und – ganz neu – die Datenschutz-Grundverordnung mit den weniger bekannten Schwester-Richtlinien für den Bereich Justiz und Inneres sowie über die Verwendung von Fluggastdatensätzen.<sup>40</sup> Die beiden Richtlinien und die Datenschutz-Grundverordnung sind bereits in Kraft getreten,<sup>41</sup> wobei letztere erst ab 25.05.2018 gilt.<sup>42</sup>

Auch im nationalen Recht gibt es weitere Ebenen iSd Kelsenschen Stufenbaus, auf denen sich datenschutzrechtliche Bestimmungen wiederfinden. Auf Ebene des österreichischen Verfassungsrechts sind beispielsweise Art 10 StGG<sup>43</sup> zum Schutz des Briefgeheimnisses und Art 10a StGG zum Schutz des Fernmeldegeheimnisses zu nennen,

---

<sup>34</sup> Vgl. *Olechowski*, Kelsens Rechtslehre im Überblick 47 (56 ff).

<sup>35</sup> Gilt auch in Österreich (BGBl 317/1988).

<sup>36</sup> AEMR.

<sup>37</sup> EUV.

<sup>38</sup> Art 16 AEUV.

<sup>39</sup> Die ePrivacy-Richtlinie wurde in Österreich mit den BGBl I 70/2003 und I 133/2005 in FTEG, KommAustria-Gesetz und TKG 2003 umgesetzt.

<sup>40</sup> PNR-Richtlinie.

<sup>41</sup> Zu den unterschiedlichen Zeitpunkten des Inkrafttretens s Art 65 Datenschutz-Richtlinie für den Bereich Justiz und Inneres, Art 22 PNR-Richtlinie und Art 99 Abs 1 Datenschutz-Grundverordnung.

<sup>42</sup> Art 99 Abs 2 Datenschutz-Grundverordnung.

<sup>43</sup> Das StGG ist durch Art 149 B-VG idF BGBl I/1930 in den Verfassungsrang gehoben worden.



ebenso wie die bereits oben erwähnte EMRK.<sup>44</sup> Ein wesentlicher Teil der verfassungsmäßig gewährten Rechte im Datenschutz befindet sich in Art 1 DSG 2000.<sup>45</sup> Darüber hinaus behandelt der VfGH die »Grundrechte-Charta als Prüfungsmaßstab in Verfahren der generellen Normenkontrolle«.<sup>46</sup>

Die Aufzählung der einfachgesetzlichen Bestimmungen<sup>47</sup> auf Bundesebene ist umfangreich. Am bedeutendsten und umfangreichsten ist Art 2 DSG 2000,<sup>48</sup> in welchem auch die – für weite Teile dieser Arbeit relevanten – Begriffsdefinitionen<sup>49</sup> angeführt sind. Neben den allgemeinen Bestimmungen des DSG 2000 gibt es eigene Sonderdatenschutzregelungen,<sup>50</sup> zB in den §§ 83–85 Gerichtsorganisationsgesetz<sup>51</sup> zum Datenschutz in Angelegenheiten der Gerichtsbarkeit. Im 12. Abschnitt des Telekommunikationsgesetzes 2003<sup>52</sup> sind die datenschutzrechtlichen Bestimmungen für die Betreiber eines Kommunikationsdienstes oder Kommunikationsnetzes zu finden, die §§ 151 ff Gewerbeordnung<sup>53</sup> regeln den Umgang mit personenbezogenen Daten bei Adressverlagen und Direktmarketingunternehmen sowie bei Auskunfteien über Kreditverhältnisse. Des Weiteren gibt es datenschutzrechtliche Bestimmungen im 4. Teil des Sicherheitspolizeigesetzes,<sup>54</sup> im ABGB,<sup>55</sup> im Arbeitsrecht,<sup>56</sup> im Bereich der Landesverteidigung,<sup>57</sup> für Ärzte,<sup>58</sup> in der Bundesabgabenordnung,<sup>59</sup> im E-Commerce-Gesetz<sup>60</sup> und noch viele weitere.<sup>61</sup>

<sup>44</sup> Die Stammfassung der EMRK wurde mit BGBl 210/1958 kundgemacht, durch BGBl 59/1964 ist die EMRK in Österreich mit Verfassungsrang ausgestattet.

<sup>45</sup> §§ 1–3 DSG 2000; das DSG 2000 ist wiederum auf Basis der Datenschutz-Richtlinie erlassen worden.

<sup>46</sup> VfGH 14.03.2012, U 466/11.

<sup>47</sup> Vgl. Datenschutzbehörde, Gesetze zum Datenschutzrecht – Auszüge aus Gesetzen und Verordnungen <<https://www.dsb.gv.at/gesetze-in-osterreich>>.

<sup>48</sup> §§ 4–64 DSG 2000. Das DSG 2000 wurde wiederum auf Basis der Datenschutz-Richtlinie erlassen und löste das DSG 1978 ab.

<sup>49</sup> § 4 DSG 2000.

<sup>50</sup> Jahnelt, Datenschutzrecht 4.

<sup>51</sup> GOG.

<sup>52</sup> §§ 92–107 TKG 2003.

<sup>53</sup> GewO.

<sup>54</sup> §§ 51–80 SPG.

<sup>55</sup> §§ 16, 1328a ABGB.

<sup>56</sup> ZB §§ 91, 96, 96a ArbVG; §§ 7b, 7n, 10 AVRAG.

<sup>57</sup> ZB § 1 Abs 6, §§ 15, 21 f, 23–26, 31 f, 57 Militärbefugnisgesetz.

<sup>58</sup> ZB §§ 27, 51, 54, 66b, 91, 109, 117d ÄrzteG.

<sup>59</sup> In § 132 BAO findet sich eine der seltenen konkreten Bestimmungen über die Aufbewahrungszeit.

<sup>60</sup> ZB §§ 2f, 5–8, 15 E-Commerce-Gesetz. Das leg cit beruht auf der oben erwähnten eCommerce-Richtlinie.

<sup>61</sup> ZB Abschlussprüfer-Aufsichtsgesetz, Bildungsdokumentationsgesetz, Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010, EU-Polizeikooperationsgesetz, Gaswirtschaftsgesetz 2011, Gesundheitstelematikgesetz 2012, Meldegesetz 1991, Registerzählungsgesetz, Staatsanwaltschaftsgesetz, Verbraucherkreditgesetz, Zollrechts-Durchführungsgesetz.

Eine weitere Stufe im Aufbau des Datenschutzes bilden nationale Verordnungen. Hier sind vor allem die Datenschutzangemessenheits-Verordnung, die Standard- und Muster-Verordnung 2004 sowie die Datenverarbeitungsregister-Verordnung 2012 zu nennen.

Aus Gründen der Kompetenzverteilung kann der Bundesgesetzgeber den Datenschutz nicht abschließend regeln.<sup>62</sup> Wie insb aus § 58 DSG 2000 ersichtlich ist, befindet sich die Kompetenz bei manuell – also ohne Automationsunterstützung – geführten Dateien, die im Bereich der Landesgesetzgebung liegen, nicht beim Bundes-, sondern beim Landesgesetzgeber. Dies hat zur Folge, dass zusätzlich zu den oben erwähnten Normen in Österreich für jedes Bundesland noch ein eigenes Landesdatenschutzgesetz<sup>63</sup> erlassen wurde.

## **A) Der Datenbegriff im DSG 2000**

Dem DSG 2000 unterliegen nur personenbezogene Daten iSd § 4 Z 1 und sensible Daten iSd Z 2 leg cit. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass Daten ohne Personenbezug nicht dem Datenschutz unterliegen. Um zwischen personenbezogenen Daten iSd DSG 2000 und bloßen Daten ohne Personenbezug besser unterscheiden zu können, werden in dieser Arbeit letztere als Informationen bezeichnet. Derlei Informationen können ua Sensorendaten einer Maschine sein, die keinen Rückschluss auf die Identität einer Person zulassen; zB die Betriebstemperatur oder Flüssigkeitsstände in einem Motor.

### **1. Personenbezogene Daten**

Als personenbezogene Daten gelten *»Angaben über Betroffene, deren Identität bestimmt oder bestimmbar ist«*.<sup>64</sup> *»[A]ls bestimmbar wird eine Person angesehen, die direkt oder indirekt identifiziert werden kann«*.<sup>65</sup>

Gem DSG 2000 können Daten direkt und indirekt personenbezogen sein. Bei indirekt personenbezogenen Daten können *»Auftraggeber, Dienstleister oder Übermittlungsempfänger die Identität des Betroffenen mit rechtlich zulässigen Mitteln nicht bestimmen«*.<sup>66</sup> Indirekt personenbezogene Daten sind zB durch eine Kontonummer oder mit

---

<sup>62</sup> Vgl Art 15 B-VG.

<sup>63</sup> ADDSG-Gesetz (Salzburg); Burgenländisches Datenschutzgesetz; Kärntner Informations- und Statistikgesetz; Landes-Datenschutzgesetz (Vorarlberg); NÖ Datenschutzgesetz; OÖ Auskunftspflicht-, Datenschutz- und Informationsweiterverwendungsgesetz; Steiermärkisches Datenschutzgesetz; Tiroler Datenschutzgesetz 2014; Wiener Datenschutzgesetz.

<sup>64</sup> § 4 Z 1 DSG 2000.

<sup>65</sup> Art 2 lit a Datenschutz-Richtlinie.

<sup>66</sup> § 4 Z 1 DSG 2000.

Hilfe kryptographischer Mittel verschlüsselt.<sup>67</sup> Darüber hinaus gibt es Erleichterungen hinsichtlich der indirekt personenbezogenen Daten zB bei der Verarbeitung,<sup>68</sup> Übermittlung in das Ausland,<sup>69</sup> Meldepflicht<sup>70</sup> oder bei den Rechten des Betroffenen.<sup>71</sup> Ob dies im Einklang mit dem Europarecht ist, bleibt fraglich.<sup>72</sup>

Wesentlich für die folgende Arbeit ist, dass neben Namen, Adresse oder Kontonummer auch Werturteile als personenbezogene Daten angesehen werden.<sup>73</sup>

## 2. Sensible Daten

§ 4 Z 2 DSG 2000 listet die Kategorien sensibler Daten auf. Diese Daten, nur natürliche Personen betreffend, können wie folgt gruppiert werden:

- rassische und ethnische Herkunft;
- politische Meinung, Gewerkschaftszugehörigkeit;
- religiöse oder philosophische Überzeugung;
- Gesundheit;
- Sexualleben.

Dies ist eine taxative Aufzählung der Kategorien und wurde aus Art 8 Abs 1 Datenschutz-Richtlinie übernommen, sie darf »weder erweitert noch verkürzt werden«.<sup>74</sup> Art 9 Datenschutz-Grundverordnung fügt dieser Liste genetische und biometrische Daten hinzu.

## B) Gesetzliche Rollen im DSG 2000

Wesentlich für das Verständnis des DSG 2000 sind jene drei Rollen, welche in § 4 Z 3-5 definiert sind,<sup>75</sup> denn diese sind Träger der Rechte und Pflichten.<sup>76</sup>

Die Auslegung der Rollen ist autonom nach Datenschutzrecht vorzunehmen. Ein wesentliches Merkmal des Auftraggeberbegriffs ist dessen Eigenständigkeit, wobei andere Rechtsquellen dabei allenfalls helfen können.<sup>77</sup> Mit den datenschutzrechtlichen Termini identische Bezeichnungen kommen nämlich auch in anderen Gesetzen mit teilweise

<sup>67</sup> Vgl Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG 2000 ad § 4 Z 1 Rz 2.

<sup>68</sup> § 8 Abs 2 bzw § 9 Z 2 DSG 2000.

<sup>69</sup> § 12 Abs 3 Z 2 DSG 2000.

<sup>70</sup> § 17 Abs 2 Z 3 DSG 2000.

<sup>71</sup> § 29 DSG 2000.

<sup>72</sup> Vgl Jahnel, Datenschutzrecht 9.

<sup>73</sup> Vgl Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG 2000 ad § 4 Z 1 Rz 2.

<sup>74</sup> ErläutRV 1613 BlgNR XX. GP ad § 4 Z 2, 37.

<sup>75</sup> Auftraggeber (§ 4 Z 4 DSG 2000), Dienstleister (Z 5 leg cit) und Betroffener (Z 3 leg cit).

<sup>76</sup> Jahnel, Datenschutzrecht 7.

<sup>77</sup> St Datenschutzgruppe 1/2010, 12.

gegensätzlichen Begriffsbedeutungen vor. Der Begriff des Auftraggebers ist beispielsweise im Bereich des Arbeits- und Sozialrechts<sup>78</sup> gebräuchlich, ebenso etwa bei Geldtransfers im Bankwesengesetz, im Lebensmittel- oder Gesundheitsbereich<sup>79</sup> oder im Bundesvergabegesetz 2006. Typischerweise ist der Auftraggeber im Zivilrecht bei Bevollmächtigungsverträgen<sup>80</sup> zu finden.

Ebenso vielgestaltig ist der Begriff des Dienstleisters. Dieser wird neben dem DSG 2000 zB in der GewO oder ebenfalls im Arbeitsrecht – hier insb im Arbeitskräfteüberlassungsgesetz – verwendet, ebenso wie im Finanz- und Kreditwesen.<sup>81</sup>

Betroffen<sup>82</sup> ist jene Person oder Personengemeinschaft, deren Daten verwendet werden. Dadurch ist der Betroffene Träger der wesentlichen Rechte<sup>83</sup> aus dem – insb – fünften Abschnitt des DSG 2000.<sup>84</sup> Die genaue Einordnung als Auftraggeber oder Betroffener fällt manchmal auch dem OGH schwer.<sup>85</sup>

Mit der Gültigkeit der Datenschutz-Grundverordnung sind andere Rollenbezeichnungen zu verwenden: Der Auftraggeber heißt zukünftig Verantwortlicher, der Dienstleister wird zum Auftragsverarbeiter und der Betroffene zur betroffenen Person.

## 1. Auftraggeber

### a) Herr der Daten

Im Folgenden wird auf die Legaldefinition des Auftraggebers iSd § 4 Z 4 DSG 2000 eingegangen und erläutert, welche Bedeutung der Begriff des Auftraggebers für die vorliegende Untersuchung hat.

Der Auftraggeber ist jene Person oder Personengemeinschaft, die »*die Entscheidung getroffen [hat], Daten zu verwenden*«.<sup>86</sup> Er ist somit der »*Herr der Daten*«<sup>87</sup> und ist als

---

<sup>78</sup> ZB Allgemeines Sozialversicherungsgesetz; ArbeitnehmerInnenschutzgesetz; Arbeitsinspektionsgesetz 1993; Arbeitskräfteüberlassungsgesetz; Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977; Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz; Ausländerbeschäftigungsgesetz; Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz; Bauern-Sozialversicherungsgesetz; Heimarbeitsgesetz 1960; Pensionskassengesetz; Pflegefondsgesetz.

<sup>79</sup> ZB Arzneimittelbetriebsordnung 2009; Arzneimittelgesetz; Behandlung von Lebensmitteln und Verzehrsprodukten mit ionisierenden Strahlen; Chemikalien-GLP-Inspektionsverordnung; Strahlenschutzgesetz.

<sup>80</sup> ISd §§ 1002 ff ABGB.

<sup>81</sup> ZB Wertpapieraufsichtsgesetz 2007; Wirtschaftstreuhänderberufsgesetz; Zahlungsdiensteigesetz.

<sup>82</sup> § 4 Z 3 DSG 2000.

<sup>83</sup> *Jahnel*, Datenschutzrecht 8.

<sup>84</sup> §§ 26–29 DSG 2000.

<sup>85</sup> OGH, Kein Schutz von Unternehmensdaten, dazu kritisch *Knyrim*, *ecolex* 2004, 873 und *Jahnel*, *RdW* 2005, 200.

<sup>86</sup> Vgl § 4 Z 4 DSG 2000.

<sup>87</sup> Vgl *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG 2000 ad § 4 Z 4 Rz 5.

solcher Träger der Rechte und Pflichten,<sup>88</sup> wie sie vor allem im zweiten, dritten und fünften Abschnitt<sup>89</sup> des DSG 2000 normiert sind. Die Datenschutz-Richtlinie bezeichnet den Auftraggeber als »für die Verarbeitung Verantwortliche[n]« bzw in der englischen Fassung als »controller«.<sup>90</sup> Der Begriff »verwenden«, wie er im DSG 2000 eingesetzt wird, ist mit jenem der »Verarbeitung« der Datenschutz-Richtlinie gleichzusetzen;<sup>91</sup> Verarbeiten von Daten iSd DSG 2000 exkludiert das Überlassen.<sup>92</sup>

## b) Prüfschema

Um eine – für diese Arbeit wesentliche – Aussage über die Eignung der einzelnen Akteure tätigen zu können, wird nun auf Basis des § 4 Z 4 DSG 2000 ein Prüfschema für Auftraggeber erarbeitet. Um von einem Auftraggeber iSd ersten Satzes leg cit sprechen zu können, müssen folgende Eigenschaften kumulativ vorliegen:

1. »natürliche oder juristische Personen, Personengemeinschaften oder Organe einer Gebietskörperschaft beziehungsweise die Geschäftsapparate solcher Organe,«
2. »wenn sie allein oder gemeinsam mit anderen«
3. »die Entscheidung getroffen haben,«
4. »Daten zu verwenden (Z 8),«
5. »unabhängig davon, ob sie die Daten selbst verwenden (Z 8) oder damit einen Dienstleister (Z 5) beauftragen.«

Je nach Ausgangssachverhalt kann es allerdings sinnvoll sein, das Prüfschema in einer anderen Reihenfolge als vom ersten bis zum letzten Element durchzuprüfen. In § 4 Z 4 Satz 1 DSG 2000 ist somit das erste Tatbestandsmerkmal des Auftraggebers, dass es sich um »natürliche oder juristische Personen, Personengemeinschaften oder Organe einer Gebietskörperschaft beziehungsweise die Geschäftsapparate solcher Organe« handeln muss. Dieses Element der Definition unterscheidet sich in der Formulierung etwas von der Definition des für die Verarbeitung Verantwortlichen des Art 2 lit d Datenschutz-Richtlinie<sup>93</sup> bzw Art 4 Z 7 Datenschutz-Grundverordnung doch alle zielen darauf ab, einen möglichst weiten Adressatenkreis<sup>94</sup> zu erfassen. Dadurch ist gewährleistet, dass der Akteur

<sup>88</sup> ErwGr 25 Datenschutz-Richtlinie.

<sup>89</sup> §§ 6–13, 14 f und 26–28 DSG 2000; vgl *Jahnel*, Datenschutzrecht 8 und *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG 2000 ad § 4 Z 4 Rz 5.

<sup>90</sup> Art 2 lit d Datenschutz-Richtlinie. Diese Terminologie wird auch in der Datenschutz-Grundverordnung in Art 4 Z 7 weitergeführt.

<sup>91</sup> *Kotschy*, Anmerkungen zu einem zeitgemäßen Auftraggeberbegriff 131.

<sup>92</sup> S § 4 Z 8 f DSG 2000.

<sup>93</sup> Die Datenschutz-Richtlinie orientiert sich an der Definition aus Art 2 lit d Datenschutzkonvention.

<sup>94</sup> Vgl *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG 2000 ad § 4 Z 4 Rz 5.

regelmäßig eines dieser erforderlichen, personenbezogenen Elemente erfüllt. So kommt zB einer GesbR iSd § 1175 ABGB keine eigenständige Rechtspersönlichkeit zu. Dennoch kann sie Auftraggeber oder auch Dienstleister iSd DSG 2000 sein, weil es sich dabei um eine Personengemeinschaft handelt.<sup>95</sup>

Ein weiteres Element der Definition ist, dass die vorhin erwähnten Personen »*allein oder gemeinsam mit anderen*« die Entscheidung treffen, Daten zu verwenden. Der Auftraggeber ist unter den drei Rollen der einzige, der die Entscheidung trifft, Daten zu verarbeiten. Unabhängig davon, wie viele Personen bzw Individuen diese Entscheidung treffen, sind sie immer in ihrer Gesamtheit Auftraggeber.

Das bedeutendste Element der Definition ist ohne Zweifel »*die Entscheidung treffen*«, denn diese bewusste Entscheidung unterscheidet unabhängig von ihrer Rechtmäßigkeit den Auftraggeber zB vom Dienstleister (siehe Genaueres hierzu in Kapitel V. B) 2. Dienstleister).<sup>96</sup> Die Art 29 Datenschutzgruppe hat, auf Basis der Definition in Art 2 lit d der Datenschutz-Richtlinie, einen systematischen Ansatz mit drei Kategorien<sup>97</sup> hins des für die Verarbeitung Verantwortlichen entwickelt:<sup>98</sup>

1. Die »*Verantwortung aufgrund einer ausdrücklichen rechtlichen Zuständigkeit*«,
2. die »*Verantwortung aufgrund einer implizierten Zuständigkeit*« und
3. die »*Verantwortung aufgrund eines tatsächlichen Einflusses*«.

Ein weiteres wesentliches Element der Definition ist jenes der Datenverwendung, welches sich wiederum in zwei Unterelemente teilt: erstens die Daten und zweitens das Verwenden. Der sehr weite Begriff des Verwendens iSd § 4 Z 8 DSG 2000 umfasst den nicht minder weiten Begriff des Verarbeitens gem Z 9 sowie jene des Übermittels gem Z 12 leg cit und somit jede Art der Handhabung von Daten. Die Verwendung ist für das gegenständliche Prüfschema nicht weiter zu problematisieren. Hingegen muss bei jeder Datenverwendung geprüft werden, ob es sich dabei überhaupt um eine Verwendung von Daten iSd DSG 2000<sup>99</sup> handelt, denn nur personenbezogene – sensible oder nicht sensible – Daten fallen hierunter; siehe dazu Kapitel V. A) Der Datenbegriff im DSG 2000.

Zuletzt ist zu prüfen, wer die Daten tatsächlich verarbeitet. Dabei hat es keinen Einfluss auf die Auftraggebereigenschaft, ob dieser die Daten selbst verarbeitet oder ob er dafür einen

---

<sup>95</sup> S Vwgh Waschküche, RS 1.

<sup>96</sup> Vgl Kotschy, Anmerkungen zu einem zeitgemäßen Auftraggeberbegriff 142.

<sup>97</sup> St Datenschutzgruppe 1/2010, 12–15.

<sup>98</sup> Auftraggeber ist die Bezeichnung im DSG 2000, für die Verarbeitung Verantwortlicher ist das Pendant in der Datenschutz-Richtlinie.

<sup>99</sup> Insb § 4 Z 1 und 2 DSG 2000.

Dienstleister beauftragt. Entscheidet hingegen der Dienstleister über die Mittel der Verarbeitung, muss sich der Auftraggeber diese Entscheidung zurechnen lassen.<sup>100</sup> Handelt der vermeintliche Dienstleister jedoch ohne Auftrag zur Datenverarbeitung, muss er selbst die Entscheidung getroffen haben, diese Daten zu verwenden. Er wird somit selbst zum Auftraggeber hins jener Daten, für die er die Entscheidung zur Verwendung getroffen hat. Hins der Daten, die im Rahmen und im Auftrag des Auftraggebers verwendet werden, bleibt er hingegen Dienstleister.

Eine Website wie <docfinder.at> kann als Datenanwendung, somit als eine »Summe der in ihrem Ablauf logisch verbundenen Verwendungsschritte«<sup>101</sup> verstanden werden. Doch auch nur Teile einer Website können eine Datenanwendung sein. Wesentlich für die Einordnung als Auftraggeber iSd § 4 Z 4 DSG 2000 ist daher die Anzahl der Verwendungsschritte, in die eine Datenanwendung<sup>102</sup> aufgeteilt wird. Die Art 29 Datenschutzgruppe gibt hierfür folgendes Beispiel:

*»Eine Person oder eine Organisation, die beispielsweise darüber entscheidet, wie lange Daten aufbewahrt werden oder wer Zugang zu den verarbeiteten Daten hat, handelt hinsichtlich dieses Teils der Datennutzung als ein »für die Verarbeitung Verantwortlicher« und muss daher alle Verpflichtungen eines für die Verarbeitung Verantwortlichen erfüllen.«<sup>103</sup>*

Auch die Europäische Kommission kommt in ihrer Stellungnahme vom 18.07.1995<sup>104</sup> zu einem ähnlichen Schluss, indem sie anerkennt, dass es »für ein und dieselbe Verarbeitung mehrere gemeinsam Verantwortliche geben kann, die gemeinsam über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheiden« und daher »jeder der gemeinsam Verantwortlichen an die sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen zum Schutz der natürlichen Personen, deren Daten verarbeitet werden, gebunden ist.«

## 2. Dienstleister

### a) Hersteller eines Werkes

Der Dienstleister wird in § 4 Z 5 DSG 2000 definiert, die Datenschutz-Richtlinie spricht in Art 2 lit e hingegen vom Auftragsverarbeiter. Nicht nur die Namensgebung, auch die

<sup>100</sup> Vgl Kotschy, Anmerkungen zu einem zeitgemäßen Auftraggeberbegriff 136.

<sup>101</sup> Vgl § 4 Z 7 DSG 2000.

<sup>102</sup> Vgl § 4 Z 7 DSG 2000.

<sup>103</sup> St Datenschutzgruppe 1/2010, 18.

<sup>104</sup> St COM (95) 375 final, 3.

Begriffsbestimmungen selbst weichen – zumindest dem Wortlaut nach – sehr voneinander ab. Ob und inwieweit sie sich tatsächlich unterscheiden, wird im Folgenden analysiert.

<b>Dienstleister</b> iSd § 4 Z 5 DSG 2000	<b>Auftragsverarbeiter</b> iSd Art 2 lit e Datenschutz-Richtlinie
<i>»natürliche oder juristische Personen, Personengemeinschaften oder Organe einer Gebietskörperschaft beziehungsweise die Geschäftsapparate solcher Organe, wenn sie Daten nur zur Herstellung eines ihnen aufgetragenen Werkes verwenden«</i>	<i>»die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder jede andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des für die Verarbeitung Verantwortlichen verarbeitet«</i>

Tabelle 1: Dienstleister/Auftragsverarbeiter

Zuerst werden bei beiden Begriffen die möglichen real handelnden Personen bzw Personengemeinschaften abgegrenzt. Die Aufzählung dieser Personen deckt sich beim Dienstleister gem DSG 2000 mit der Aufzählung beim Auftraggeber. Beim Auftragsverarbeiter deckt sich die Gruppe der handelnden Personen hingegen mit jenem Adressatenkreis, der bereits bei dem *»für die Verarbeitung Verantwortlichen«* aufgelistet wurde. Beide zielen darauf ab, einen möglichst weiten Adressatenkreis zu erfassen und dieser wird sich bei beiden Definitionen – zumindest zum Großteil – decken.

Der zweite Teil ist jener, der definiert, welche Tätigkeit die oben erwähnten Personen erfüllen müssen, um als Dienstleister/Auftragsverarbeiter zu gelten. Der österreichische Dienstleister muss Daten verwenden, um ein ihm aufgetragenes Werk herzustellen. Im DSG 2000 ist somit von einem nicht weiter bestimmten Werk die Rede, welches dem Dienstleister von einer ebenfalls nicht weiter bestimmten Person aufgetragen wurde und das er nun herzustellen hat. Der unionsrechtliche Auftragsverarbeiter muss hingegen Daten im Auftrag des für die Verarbeitung Verantwortlichen verarbeiten. Folgt man einer unionskonformen Auslegung des DSG 2000, muss man zu dem Schluss kommen, dass der Dienstleister nur durch den Auftraggeber beauftragt werden kann. Das ergibt sich nicht nur aus der Bezeichnung der Rolle des *Auftraggebers* als solcher sondern auch aus dessen Definition in § 4 Z 4 DSG 2000.<sup>105</sup> Dort wird explizit darauf hingewiesen, dass der

<sup>105</sup> Vgl Tatbestandsmerkmal 5 in V. B) 1. b) Prüfschemas für den Auftraggeber.



Auftraggeber »einen Dienstleister beauftragen« kann. Ebenso wird im Rahmen des Auskunftsrechts auf die Möglichkeit verwiesen, dass sich der Auskunftswerber »auch an denjenigen richten [kann], der die Herstellung des Werkes aufgetragen hat.«<sup>106</sup> In der Stammfassung des DSG 2000 war auch davon die Rede, dass Auftraggeber »einem anderen Daten zur Herstellung eines von ihnen aufgetragenen Werkes überlassen«<sup>107</sup> können. Dies spricht dafür, dass der Dienstleister durch den Auftraggeber mit der Herstellung eines Werkes<sup>108</sup> beauftragt wird.

Der Dienstleister ist die einzige der drei Rollen, die nicht zwingend vorhanden sein muss; denn sowohl Auftraggeber – die sich für die Datenverarbeitung entscheiden – als auch Betroffene – deren Daten verwendet werden – müssen vorhanden sein und sich zwangsweise voneinander unterscheiden,<sup>109</sup> damit von einer Datenverwendung gesprochen werden kann, wohingegen etwa § 4 Z 4 DSG 2000 dem Auftraggeber die Entscheidung überlässt, ob er »die Daten selbst verwenden [möchte] oder damit einen Dienstleister [beauftragt]«.

Die sprachlichen Unterschiede sind zwar wesentlich, doch muss die Definition richtlinienkonform ausgelegt werden; insofern decken sich die beiden Begriffe inhaltlich.<sup>110</sup>

## b) Prüfschema

Um die einzelnen Akteure voneinander abzugrenzen und um festzustellen, welcher von ihnen als Dienstleister in Erscheinung tritt, wird nun folgend ein Prüfschema für den Dienstleister erarbeitet. Die Definition des Dienstleisters iSd § 4 Z 5 DSG 2000 besteht aus folgenden kumulativen Elementen:

1. »natürliche oder juristische Personen, Personengemeinschaften oder Organe einer Gebietskörperschaft beziehungsweise die Geschäftsapparate solcher Organe,«
2. »wenn sie nur zur Herstellung eines ihnen aufgetragenen Werkes«
3. »Daten verwenden«

Der erste Teil der Definition deckt sich mit dem ersten Teil der Definition des Auftraggebers und bestimmt, welche Akteure als Dienstleister infrage kommen. Abgezielt wird auf einen möglichst breiten Anwendungsbereich. Das zweite Element der Definition stellt den Kern der Dienstleistereigenschaft dar: die Tätigkeit für den Auftraggeber. Auch das dritte Element

<sup>106</sup> § 26 Abs 10 DSG 2000.

<sup>107</sup> Vgl § 4 Z 4 Satz 2 DSG 2000 idF BGBl I 165/1999.

<sup>108</sup> Worin genau die Herstellung eines Werkes besteht und inwieweit sich der datenschutzrechtliche Werkbegriff zB vom zivil- oder urheberrechtlichen unterscheidet, ist bisweilen weder Gegenstand der Literatur noch der Judikatur.

<sup>109</sup> Vgl § 4 Z 3 DSG 2000.

<sup>110</sup> S Kapitel V. C) Datenschutz-Grundverordnung.

ist – ebenso wie das erste – ident mit einem Element der Definition des Auftraggebers. Es schränkt das Tätigwerden des Dienstleisters auf die Datenverwendung iSd § 4 Z 8 DSG 2000 ein.

In § 11 Abs 2 DSG 2000 bzw Art 17 Abs 4 Datenschutz-Richtlinie wird die Schriftform für die Vereinbarung über die Pflichten des Dienstleisters gegenüber dem Auftraggeber normiert. Das Fehlen einer solchen schriftlichen Vereinbarung bedeutet allerdings weder die Nichtigkeit der Vertragsbeziehung zwischen Auftraggeber und Dienstleister noch stellt dies einen Verwaltungsstraftatbestand iSd § 52 DSG 2000 dar.<sup>111</sup>

Ein zusätzliches Abgrenzungsmerkmal findet sich zudem in § 4 Z 4 Satz 2 DSG 2000, der Definition des Auftraggebers. Demnach bleibt der Auftraggeber auch weiterhin Auftraggeber, wenn der Dienstleister die Entscheidung trifft, zur Herstellung des beauftragten Werkes Daten zu ermitteln. Dies trifft allerdings nicht zu,<sup>112</sup> wenn der Dienstleister Daten ermittelt, obwohl ihm das ausdrücklich untersagt wurde oder der Dienstleister *»auf Grund von Rechtsvorschriften oder Verhaltensregeln über die Verwendung eigenverantwortlich zu entscheiden«*<sup>113</sup> hat.

### **3. Betroffener**

#### **a) Mittelpunkt der Betrachtung**

Der Betroffene ist eine weitere – wenn nicht *die* – zentrale Rolle des Datenschutzes,<sup>114</sup> denn es sind seine Daten, die verwendet werden. Der Betroffene wird dadurch Träger der meisten aus dem DSG 2000 erwachsenden Rechte. Dies sind nicht bloß die im 5. Abschnitt des DSG 2000 aufgelisteten,<sup>115</sup> sondern ebenso jene Rechte, die in Art 1 § 1 DSG 2000 – und somit im Verfassungsrang – stehen: die Rechte auf Auskunft, Richtigstellung, Löschung sowie der Anspruch auf Geheimhaltung.

#### **b) Prüfschema**

Die Definition des Betroffenen gliedert sich ebenso wie jene des Auftraggebers und des Dienstleisters in mehrere Teile. Gem § 4 Z 3 DSG 2000 ist der Betroffene

1. *»jede vom Auftraggeber (Z 4) verschiedene«*

---

<sup>111</sup> Vgl St Datenschutzgruppe 1/2010, 33.

<sup>112</sup> Dh der Dienstleister wird zum Auftraggeber.

<sup>113</sup> Vgl § 4 Z 4 Satz 2 DSG 2000; zB Rechtsanwälte, Wirtschaftstreuhand.

<sup>114</sup> Vgl Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, Datenschutzdreieck: *»Im Mittelpunkt der Betrachtung steht der Betroffene«*.

<sup>115</sup> VA § 26 Auskunftsrecht; § 27 Recht auf Richtigstellung oder Löschung; § 28 Widerspruchsrecht.

2. »natürliche oder juristische Person oder Personengemeinschaft,«
3. »deren Daten verwendet (Z 8) werden«.

Das erste Element der Definition legt fest, dass es keine Personalunion zwischen Auftraggeber und Betroffenen geben darf. Man kann also nicht Betroffener der eigenen Datenanwendung sein.

Das zweite Element der Definition ist das persönliche Element. Gem DSG 2000 kann der Betroffene allerdings auch eine juristische Person oder eine Personengemeinschaft sein. »So kann zB auch eine Bürgerinitiative oder eine Hausgemeinschaft durchaus Betroffener iSd DSG sein.«<sup>116</sup> Hierbei handelt es sich um eine österreichische Besonderheit, denn die Datenschutz-Richtlinie definiert in Art 2 lit a die betroffene Person ausschließlich als natürliche Person, ebenso wie die zukünftig anzuwendende Datenschutz-Grundverordnung.

Das dritte Element ist jenes der Datenverwendung; hier sei auf den entsprechenden Teil der Definition in Kapitel *V. B) 1. a) Prüfschema des Auftraggebers* verwiesen. Dabei ist insb zu beachten, dass es sich um personenbezogene oder (personenbezogene) sensible Daten<sup>117</sup> handeln muss. Alle drei Elemente müssen kumulativ vorliegen, um von einem Betroffenen zu sprechen.

## C) Datenschutz-Grundverordnung

Am 27.04.2016 haben das Europäische Parlament und der Rat die Datenschutz-Grundverordnung erlassen. Die Datenschutz-Grundverordnung gilt ab 25.05.2018<sup>118</sup> und hebt am selben Tag die Datenschutz-Richtlinie auf.<sup>119</sup> Obwohl es sich dabei um eine Verordnung handelt, die in der gesamten Union<sup>120</sup> anzuwenden ist, bedarf es einer Anpassung der nationalen Datenschutzgesetze, denn den Mitgliedstaaten wurde in weiten Bereichen ein Gestaltungsspielraum eingeräumt.<sup>121</sup> Zusätzlich gibt es mit der Datenschutz-Richtlinie für den Bereich Justiz und Inneres bzw der PNR-Richtlinie zwei Schwester-Richtlinien, die jedenfalls in nationales Recht zu gießen sind. Da die Datenschutz-Grundverordnung nur den Schutz natürlicher Personen regelt, musste eine weitere Norm erlassen werden, um vertrauliches Know-how und Geschäftsgeheimnisse juristischer

<sup>116</sup> Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG 2000 ad § 4 Z 3 Rz 4.

<sup>117</sup> ISd § 4 Z 1 f DSG 2000.

<sup>118</sup> Art 99 Abs 2 Datenschutz-Grundverordnung.

<sup>119</sup> Art 94 Abs 1 Datenschutz-Grundverordnung.

<sup>120</sup> Art 3 Abs 1 Datenschutz-Grundverordnung.

<sup>121</sup> ZB Art 85 ff Datenschutz-Grundverordnung.

Personen schützen zu können: Als Dritte Richtlinie im Bunde wurde daher die Geheimnisschutz-Richtlinie am 08.06.2016 beschlossen.

Die Umsetzung in Österreich erfolgte durch das Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018.<sup>122</sup> Es handelt sich dabei um eine Novelle des DSG 2000<sup>123</sup> und nicht um eine Neufassung.<sup>124</sup> Das Gesetz wurde mit einfacher Mehrheit im Nationalrat beschlossen,<sup>125</sup> deshalb wird Art 1 DSG 2000, der im Verfassungsrang steht, auch nach dem Stichtag im Mai 2018 in Kraft bleiben.<sup>126</sup> Die Umsetzung der Datenschutz-Richtlinie für den Bereich Justiz und Inneres erfolgte dabei im 3. Hauptstück.<sup>127</sup> Die Umsetzung der PNR- und Geheimnisschutz-Richtlinien ist derzeit nicht absehbar. Das Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018 mag weitreichende Änderungen für Unternehmen und Behörden nach sich ziehen, doch hat es für das in dieser Arbeit behandelte Thema keine Relevanz, eine eingehendere Auseinandersetzung mit dieser Materie kann deshalb vorerst unterbleiben. Umso wesentlicher ist die Datenschutz-Grundverordnung selbst. Deren Bestimmungen – insb iZm den drei Rollen – sollen nun genauer untersucht werden.

Die Begriffsbestimmungen der unterschiedlichen Rollen im Europäischen Datenschutz sind einer zyklischen Weiterentwicklung unterworfen; etwa alle zehn Jahre kommt es zu einer Abänderung. Die erste Fassung war die 1995 beschlossene und daher wohl Anfang der 1990er Jahre geschriebene Definition in der Datenschutz-Richtlinie. Dieser folgte die im DSG 2000 und somit Ende der 1990er Jahr in Österreich abgewandelten Bestimmung. Diese wurde wiederum durch die DSG-Novelle 2010<sup>128</sup> einer weiteren Iteration unterzogen.<sup>129</sup> Der Kreis schließt sich nunmehr durch die Datenschutz-Grundverordnung: Sie übernimmt Großteils die Formulierung der Datenschutz-Richtlinie.

---

<sup>122</sup> BGBl I 120/2017.

<sup>123</sup> In Ermangelung eines autorisierten stenografischen Protokolls der NRSitz 190 XXV. GP sei hier verwiesen auf die Parlamentskorrespondenz 829/2017: Nationalrat verabschiedet umfangreiche Novelle zum Datenschutzgesetz.

<sup>124</sup> PK 803/2017.

<sup>125</sup> PK 829/2017.

<sup>126</sup> Dasselbe gilt für die Verfassungsbestimmungen in § 35 Abs 2, § 60 Abs 8 und § 61 Abs 4 DSG (2000).

<sup>127</sup> §§ 36 ff Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018.

<sup>128</sup> BGBl I 133/2009.

<sup>129</sup> Vgl *Kotschy*, Anmerkungen zu einem zeitgemäßen Auftraggeberbegriff 135.

<b>DS-RL</b> 1995	<b>DSG 2000</b> Stammfassung	<b>DSG-Novelle 2010</b>	<b>DSGVO</b> 2016
<b>für die Verarbeitung Verantwortlicher</b>	<b>Auftraggeber</b>	<b>Auftraggeber</b>	<b>Verantwortlicher</b>
<i>»die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder jede andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet. [...]«</i>	<i>»natürliche oder juristische Personen, Personengemeinschaften oder Organe einer Gebietskörperschaft beziehungsweise die Geschäftsapparate solcher Organe, wenn sie allein oder gemeinsam mit anderen die Entscheidung getroffen haben, Daten für einen bestimmten Zweck zu verarbeiten (Z 9), und zwar unabhängig davon, ob sie die Verarbeitung selbst durchführen oder hierzu einen anderen heranziehen. [...]«</i>	<i>»natürliche oder juristische Personen, Personengemeinschaften oder Organe einer Gebietskörperschaft beziehungsweise die Geschäftsapparate solcher Organe, wenn sie allein oder gemeinsam mit anderen die Entscheidung getroffen haben, Daten zu verwenden (Z 8), unabhängig davon, ob sie die Daten selbst verwenden (Z 8) oder damit einen Dienstleister (Z 5) beauftragen. [...]«</i>	<i>»die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet; [...]«</i>

<b>DS-RL</b> 1995	<b>DSG 2000</b> Stammfassung	<b>DSG-Novelle 2010</b>	<b>DSGVO</b> 2016
<b>Auftrags- verarbeiter</b>	<b>Dienstleister</b>	<b>Dienstleister</b>	<b>Auftrags- verarbeiter</b>
<i>»die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder jede andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet;«</i>	<i>»natürliche oder juristische Personen, Personengemeinschaften oder Organe einer Gebietskörperschaft beziehungsweise die Geschäftsapparate solcher Organe, wenn sie Daten, die ihnen zur Herstellung eines aufgetragenen Werkes überlassen wurden, verwenden (Z 8);«</i>	<i>»natürliche oder juristische Personen, Personengemeinschaften oder Organe einer Gebietskörperschaft beziehungsweise die Geschäftsapparate solcher Organe, wenn sie Daten nur zur Herstellung eines ihnen aufgetragenen Werkes verwenden (Z 8);«</i>	<i>»eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet;«</i>
<b>betroffene Person</b>	<b>Betroffener</b>	<b>Betroffener</b>	<b>betroffene Person</b>
<i>"personenbezogene Daten" alle Informationen über eine bestimmte oder bestimmbare natürliche Person ("betroffene Person");</i>	<i>jede vom Auftraggeber (Z 4) verschiedene natürliche oder juristische Person oder Personengemeinschaft, deren Daten verwendet (Z 8) werden;</i>	<i>jede vom Auftraggeber (Z 4) verschiedene natürliche oder juristische Person oder Personengemeinschaft, deren Daten verwendet (Z 8) werden;</i>	<i>„personenbezogene Daten“ alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden „betroffene Person“) beziehen;</i>

Tabelle 2: Datenschutzrechtliche Rollen im Wandel der Zeit

In der obenstehenden Tabelle ist gut zu erkennen, dass es bei sämtlichen Begriffsbestimmungen zu zwei unterschiedlichen Ausprägungen kommt: der europäischen und der österreichischen. Die österreichischen Begriffe müssen allerdings im Sinne des Unionsrecht ausgelegt werden. Insofern stimmen beide Ausprägungen, trotz der sprachlichen Unterschiede, inhaltlich überein; insb beide Begriffe denselben Regelungsbereich berühren. Trotz der geänderten Rechtslage durch die DSGVO sind keine Auswirkungen auf diesen Bereich zu erwarten. Wesentlichster Unterschied zur gegenwärtigen Rechtslage ist somit, dass ab Mai 2018 nur mehr natürliche Personen betroffene Personen sein können.

Besonders erwähnt werden muss an dieser Stelle noch der Betroffene bzw die betroffene Person, wie diese Rolle zukünftig genannt werden wird (und so bereits in der Datenschutz-Richtlinie hieß). Weder in der Datenschutz-Richtlinie noch in der -Grundverordnung erhält die betroffene Person eine eigene Definition, sondern die Rolle wird im Rahmen der personenbezogenen Daten entweder als *»bestimmte oder bestimmbar«*<sup>130</sup> bzw *»identifizierte oder identifizierbare natürliche Person«*<sup>131</sup> en passant beschrieben. Die Begriffsbestimmung der Datenschutz-Grundverordnung ist etwas umfassender, beinhaltet sie neben den bereits in der Datenschutz-Richtlinie beschriebenen Elementen ein weiteres Element um eine natürliche Person zu identifizieren, nämlich genetische Daten.<sup>132</sup> Die sensiblen Daten werden ab der Datenschutz-Grundverordnung als besondere Kategorien personenbezogener Daten bezeichnet und, neben den genetischen, um biometrische Daten ergänzt.<sup>133</sup> Biometrische Daten sind gem Art 4 Z 14 zB Fotografien des Gesichts und Fingerabdrücke.

Eine weitere Norm wird durch die Datenschutz-Grundverordnung auf Europäischer Ebene eingeführt. Wenn *»zwei oder mehr Verantwortliche gemeinsam die Zwecke der und die Mittel zur Verarbeitung fest[legen], so sind sie gemeinsam Verantwortliche.«*<sup>134</sup> Das bisweilen gelegentlich als Austriakum bezeichnete Informationsverbundsystem<sup>135</sup> wird dadurch nicht in das Europäische Rechtssystem überführt: Beide Begriffe können zu einem gewissen Teil deckungsgleich sein, wobei der gemeinsame Verantwortliche weiter gefasst ist als das österreichische Informationsverbundsystem.<sup>136</sup>

<sup>130</sup> Vgl Art 2 lit a Datenschutz-Richtlinie.

<sup>131</sup> Vgl Art 4 Z 1 Datenschutz-Grundverordnung.

<sup>132</sup> Vgl Art 4 Z 1 iVm Z 13 Datenschutz-Grundverordnung.

<sup>133</sup> Vgl Art 9 Abs 1 DSGVO.

<sup>134</sup> Art 26 Abs 1 Satz 1 Datenschutz-Grundverordnung.

<sup>135</sup> S § 4 Z 13, § 50 DSG 2000.

<sup>136</sup> Vgl VI. M) 2. *Gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche* gem DSGVO.





## VI. Subsumtion

### A) Die Betreiberin als Auftraggeber hinsichtlich der ...

Ob DocFinder Auftraggeber iSd DSG 2000 ist, wird nun mit Hilfe der in den vorangegangenen Kapiteln erarbeiteten Prüfschemen für jeden Sachverhalt geprüft.

#### 1. ... Ärztedaten beim Erstellen des Basis-Eintrags

Wie in Kapitel IV. A) *Basis-Eintrag* beschrieben, legt DocFinder für jeden niedergelassenen oder angestellten Arzt ein Profil an, in dem ua Name, Fachgebiet und Erreichbarkeit vermerkt sind. Die in diesem Profil enthaltenen Daten entsprechen somit jenen, welche die Österreichische Ärztekammer in der Ärzteliste veröffentlicht, in die jedermann Einsicht nehmen kann und von der jedermann Abschriften bzw Kopien vornehmen darf.<sup>137</sup> Die Daten der Ärzte werden somit durch die Ärztekammer zulässigerweise veröffentlicht.<sup>138</sup> Somit hat der betroffene Arzt hinsichtlich der rechtmäßig veröffentlichten Daten gem § 1 Abs 1 Satz 2 DSG 2000 kein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse. Dennoch stehen ihm alle anderen Betroffenenrechte zu; insb die Rechte auf Auskunft, Richtigstellung und Löschung.<sup>139</sup>

In der Literatur wurde mehrmals behandelt, ob die Daten *zulässigerweise* veröffentlicht sein müssen, oder ob es genügt, dass die Daten lediglich veröffentlicht wurden um den grundrechtlichen Schutz auf Geheimhaltung auszuschließen.<sup>140</sup> Als Argument für eine bloße Veröffentlichung wird vorgebracht, dass Personen, die veröffentlichte Daten verarbeiten möchten, nicht oder nur unter schwierigen Bedingungen feststellen können, ob diese Daten denn zulässigerweise veröffentlicht wurden.<sup>141</sup>

DocFinder ist eine juristische Person iSd § 4 Z 4 DSG 2000 und erfüllt somit das erste Tatbestandsmerkmal. Die Verwendung von Daten ist hier augenscheinlich, weil auf der Website zB Name und Anschrift der Ärzte veröffentlicht werden und weil dies personenbezogene Daten iSd § 4 Z 1 DSG 2000 sind, die iSd Z 9 leg cit verarbeitet<sup>142</sup> werden.

<sup>137</sup> Vgl § 27 Abs 1 ÄrzteG.

<sup>138</sup> Vgl Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG 2000 ad § 1 Abs 1 Rz 8.

<sup>139</sup> § 1 Abs 3 bzw §§ 26–29 DSG 2000.

<sup>140</sup> Vgl Kotschy, Grundrecht auf Geheimhaltung 1, 44 f; Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG 2000 ad § 1 Abs 1 Rz 8.

<sup>141</sup> Vgl Kotschy, Grundrecht auf Geheimhaltung 1, 45; ErläutRV 1613 BlgNR XX. GP ad § 1, 34 f.

<sup>142</sup> Darunter fallen zB Ordnen, Vergleichen, Verknüpfen, Vervielfältigen, Abfragen und Ausgeben.

Zuletzt ist zu klären, ob DocFinder die Entscheidung getroffen hat, die zuvor erwähnten Daten zu verwenden. Von einer »*Verantwortung aufgrund einer ausdrücklichen rechtlichen Zuständigkeit*«<sup>143</sup> kann im gegenständlichen Fall nicht ausgegangen werden, weil DocFinder ein privatrechtliches und kein öffentlich-rechtliches Unternehmen ist.

Eine »*Verantwortung aufgrund einer implizierten Zuständigkeit*«<sup>144</sup> kann angenommen werden, wenn der Akteur aufgrund allgemeiner gesetzlicher Bestimmungen oder der geltenden Rechtspraxis als Auftraggeber anzusehen ist. Von einer derartigen implizierten Zuständigkeit ist die Rede bei zB einem Arbeitgeber hinsichtlich der Arbeitnehmerdaten oder einem Verein in Bezug auf die Daten seiner Mitglieder.<sup>145</sup> Zwar handelt es sich bei den durch DocFinder veröffentlichten Daten um einen wesentlichen Teil des Geschäftsmodells, doch gibt es hierfür keine Rechtsgrundlage; anders als etwa bei der Österreichischen Ärztekammer, die gem § 27 ÄrzteG zur Veröffentlichung der Ärzteliste verpflichtet ist.

Schließlich kommt noch die dritte Möglichkeit in Betracht: die »*Verantwortung aufgrund eines tatsächlichen Einflusses*«.<sup>146</sup> DocFinder gibt in der Meldung zum DVR<sup>147</sup> an, dass Gesundheitsdienstleister zu deren Kunden zählen. Darüber hinaus wird ebendort der Abruf der Stammdaten dieser Gesundheitsdienstleister (insb Ärzte) als Verwendungsschritt<sup>148</sup> angegeben. Dies kann als Hinweis des tatsächlichen Einflusses DocFinders auf die Datenverarbeitung angesehen werden.

DocFinder ist aufgrund des vorher Gesagten Auftraggeber iSd § 4 Z 4 DSG 2000 hinsichtlich des in Kapitel IV. A) *Basis-Eintrag* beschriebenen Sachverhalts.

## **2. ... Ärztedaten bei erweiterten Einträgen**

Wie in Kapitel IV. B) *Ärzte erweitern Einträge* bzw unter <docfinder.at/praxismarketing/premium-eintrag> beschrieben, können Ärzte das von DocFinder angelegte Profil um eigene Inhalte erweitern. Abhängig von dem gewählten Tarif können die Ärzte ein Profilbild hochladen und eine Verknüpfung zu ihrer eigenen Website einfügen oder ein umfangreicheres Profil gestalten, indem sie Bilder und weiterführende Texte auf dem Profil anzeigen lassen; auch die Produktion und der Upload eines Videos sind möglich, um zB Schwerpunkte der Praxis vorzustellen.

---

<sup>143</sup> St Datenschutzgruppe 1/2010, 12.

<sup>144</sup> St Datenschutzgruppe 1/2010, 13.

<sup>145</sup> St Datenschutzgruppe 1/2010, 13.

<sup>146</sup> St Datenschutzgruppe 1/2010, 14 f.

<sup>147</sup> Datenanwendung 4001131/002.

<sup>148</sup> Vgl § 4 Z 7 DSG 2000.

In diesem Sachverhalt ist die Betreiberin nicht Auftraggeber, denn sie trifft nicht die Entscheidung Daten zu verwenden. Gleichwohl bietet die Betreiberin anderen die Möglichkeiten, Daten verarbeiten zu lassen. Es ist daher zu prüfen, ob die Betreiberin in dieser Konstellation als Dienstleister in Erscheinung tritt; siehe dazu Kapitel VI. B) 1. *Die Betreiberin als Dienstleister hinsichtlich der Ärzte bei erweiterten Einträgen*. Inwieweit die Ärzte Auftraggeber sind, wird in Kapitel VI. G) *Die Ärzte als Auftraggeber* erläutert.

### 3. ... Registrierung der Benutzer

Wie in Kapitel IV. C) *Benutzer meldet sich an* genauer beschrieben, ist eine einmalige Registrierung des Benutzers notwendig, um Kommentare und Bewertungen unter <docfinder.at> abzugeben zu können.

Bei den eingegebenen Daten – insb Benutzername und E-Mail-Adresse – handelt es sich um personenbezogene Daten. Ob diese Daten verglichen, verknüpft oder vervielfältigt werden, kann nicht mit Sicherheit gesagt werden. Dies ist allerdings für die Beurteilung der Auftraggebereigenschaft zweitrangig, weil jedenfalls Daten durch die Betreiberin ermittelt und gespeichert werden. Dies alleine ist bereits eine Verarbeitung iSd § 4 Z 9 bzw eine Verwendung iSd § 4 Z 8 DSG 2000.

Da aber die Betreiberin die Daten nicht selbst aktiv in die Datenanwendung einpflegt, sondern die Benutzer diese selbst eingeben, ist diesbezüglich auch die Auftraggebereigenschaft der Benutzer zu prüfen. Die Betreiberin bietet die technischen Mittel für die Verarbeitung der Benutzerdaten an und stellt weitergehende Dienste hinsichtlich des Profils (Registrieren, Löschen, etc) zur Verfügung. Darüber hinaus obliegt es der Betreiberin festzusetzen, wie und in welchem Umfang die Daten für »Werbe- und Vermarktungszwecke« genutzt werden.<sup>149</sup> Da die Betreiberin auch in diesem Fall die Entscheidung trifft, Daten zu verarbeiten, hat sie somit zumindest die »Verantwortung aufgrund eines tatsächlichen Einflusses«<sup>150</sup> und ist daher auch in dieser Konstellation als Auftraggeber anzusehen.

### 4. ... Kommentare und Bewertungen

Wenn der Benutzer Kommentare über einen Arztbesuch abgibt, könnte er dadurch Auftraggeber hinsichtlich dieses Kommentars werden. Siehe dazu Kapitel VI. J) 2. *Die Benutzer als Auftraggeber bei Kommentaren und Bewertungen*. Hier wird nun die

<sup>149</sup> Vgl St Datenschutzgruppe 5/2009, 6.

<sup>150</sup> St Datenschutzgruppe 1/2010, 14 f.

Eigenschaft der Betreiberin als Auftraggeber in Bezug auf die durch Benutzer abgegebene Kommentare und Bewertungen untersucht.

Hinsichtlich der Tatbestandsmerkmale 1, 2 und 5<sup>151</sup> kann davon ausgegangen werden, dass diese – wie in den vorherigen Kapiteln erläutert – erfüllt sind. Die Klärung der Auftraggebereigenschaft der Betreiberin beschränkt sich damit auf die Frage, ob sie

1. Daten<sup>152</sup> verwendet<sup>153</sup> und
2. die Entscheidung zu deren Verwendung getroffen hat.

Die Entscheidung – zumindest im herkömmlichen Sinn des Wortes – dazu einen Kommentar oder eine Bewertung abzugeben und ebenso dessen Inhalt, Formulierung etc zu gestalten, liegt beim Benutzer selbst. Die Betreiberin bietet hierfür die bloß technische Infrastruktur und fungiert hier ähnlich einem Werkzeug. Der BGH hat diesbezüglich mehrfach festgestellt, dass sich der Betreiber von Bewertungsportalen die Äußerungen<sup>154</sup> der Benutzer nicht zu eigen macht; dies allerdings im Sinn des deTMG bzw deUWG.<sup>155</sup>

Nichtsdestoweniger verwendet die Betreiberin personenbezogene Daten<sup>156</sup> bei der Bearbeitung von durch Benutzer abgegebenen Kommentaren und Bewertungen, denn der Benutzer ist registriert sowie angemeldet und ermöglicht dadurch der Betreiberin, seine Identität mit rechtlich zulässigen Mitteln zu bestimmen. Ob in dem Kommentar selbst personenbezogene Daten durch die Benutzer angegeben werden, kann deshalb an dieser Stelle dahingestellt bleiben; dies wäre allenfalls bei der Beurteilung des Benutzers als Auftraggeber von Relevanz. Siehe hierzu Kapitel VI. J) 2. *Die Benutzer als Auftraggeber bei Kommentaren und Bewertungen.*

Es ist fraglich, ob es sich bei der Bewertung an sich um personenbezogene Daten handelt, denn eine einzelne Bewertung, etwa nach dem Schulnotensystem, wird es Dritten nicht ermöglichen, die Identität eines Betroffenen zu bestimmen. Für die Betreiberin handelt es sich jedenfalls um personenbezogene Daten, weil sie die Verbindung zwischen dem Benutzer und der abgegebenen Bewertung herstellen kann. Für sie ist die Identität des Benutzers somit bestimmt bzw bestimmbar. Dies ist hins der Erleichterungen bei der Verarbeitung nur indirekt personenbezogener Daten beachtlich.<sup>157</sup> Die Bewertungen bei <docfinder.at> erfolgt allerdings in mehreren Kategorien und somit ist es – zumindest

---

<sup>151</sup> S Kapitel V. B) 1. b) *Prüfschema* für Auftraggeber.

<sup>152</sup> ISd § 4 Z 1 DSGVO 2000.

<sup>153</sup> ISd Z 8 leg cit.

<sup>154</sup> Gemeint sind zB Bewertungen bzw Kommentare auf Hotel- bzw Ärztebewertungsportalen.

<sup>155</sup> Vgl BGH Ärztebewertung I, Rz 9; BGH Ärztebewertung II, Rz 28.

<sup>156</sup> ISd § 4 Z 1 DSGVO 2000.

<sup>157</sup> Insb § 4 Z 1, § 8 Abs 2, § 9 Z 2, § 29 DSGVO 2000.

theoretisch – möglich, aufgrund einer spezifischen Bewertungskonstellation einen betroffenen Arzt zu identifizieren, sofern eben diese Konstellation nur ein einziges Mal auftritt und dadurch den bewerteten Arzt eindeutig identifiziert. Würde beispielsweise nur einem einzigen Arzt in sämtlichen Kategorien die Bestnote *Ausgezeichnet* vergeben, wäre durch diese einmalige Bewertungskonstellation auch für Dritte seine *»Identität bestimmt oder bestimmbar«*.<sup>158</sup>

Da personenbezogene Daten verwendet werden, ist weiter zu prüfen, ob die Betreiberin die Entscheidung zu deren Verwendung getroffen hat. Folgt man der Ansicht der Art 29 Datenschutzgruppe, ist dies eindeutig zu bejahen. Einerseits ist dies bereits durch die bloße Tatsache begründet, dass die Betreiberin die gegenständliche Plattform anbietet.<sup>159</sup> Andererseits hat die Betreiberin *»Verantwortung aufgrund eines tatsächlichen Einflusses«*,<sup>160</sup> denn nur sie hat die faktische Herrschaft über die vorhandenen Daten. Zu beachten ist, dass auch die bloße Entscheidung, *wie* Daten verarbeitet werden, die Eigenschaft als Auftraggeber begründen kann.<sup>161</sup>

Die Betreiberin ist somit auch als Auftraggeber zu qualifizieren, wenn ein Benutzer einen Kommentar abgibt.<sup>162</sup> Dieses Ergebnis mag vielleicht überraschen, insb in Anbetracht der Entscheidung 3 R 101/09g des OLG Linz.<sup>163</sup> Dort wurde jedoch nur festgestellt, dass die einen Kommentar abgebende Benutzerin Auftraggeber ist. Die Prüfung, ob neben der Benutzerin auch gleichzeitig die Betreiberin als Auftraggeber zu qualifizieren ist, wurde unterlassen. An dieser Stelle muss somit hinterfragt werden, weshalb diese Prüfung nicht erfolgte, denn Auftraggeber sind Personen, *»wenn sie allein oder gemeinsam mit anderen die Entscheidung getroffen haben, Daten zu verwenden«*.<sup>164</sup> Allein aus dem Wortlaut des Gesetzes lässt sich bereits ableiten, dass mehrere Personen zugleich Auftraggeber für dieselbe Verarbeitungstätigkeit sein können.<sup>165</sup> Bejahendenfalls hätte dies zur Konsequenz, dass darüber hinaus auch das Bestehen eines Informationsverbundsystems<sup>166</sup> zu prüfen wäre.<sup>167</sup>

<sup>158</sup> § 4 Z 1 DSG 2000.

<sup>159</sup> St Datenschutzgruppe 5/2009, 6.

<sup>160</sup> St Datenschutzgruppe 1/2010, 14 f.

<sup>161</sup> St Datenschutzgruppe 1/2010, 14 f.

<sup>162</sup> Vgl *Müller*, SPRW 2014, 471 (482).

<sup>163</sup> OLG Linz, kritische Äußerung in Online-Forum.

<sup>164</sup> § 4 Z 4 DSG 2000.

<sup>165</sup> Vgl Kapitel V. B) 1. b) *Prüfschema* für Auftraggeber.

<sup>166</sup> ISd § 4 Z 13 iVm § 50 DSG 2000.

<sup>167</sup> S Kapitel M) *Exkurs: Informationsverbundsystem oder gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche?*

## **B) Die Betreiberin als Dienstleister hinsichtlich ...**

### **1. ... der Ärzte bei erweiterten Einträgen**

Da die Betreiberin nicht Auftraggeber wird, wenn die Ärzte ihren – durch DocFinder angelegten – Eintrag erweitern,<sup>168</sup> ist zu prüfen, ob die Betreiberin in diesem Sachverhalt als Dienstleister zu qualifizieren ist. Die Ärzte werden für diesen Sachverhalt in Kapitel VI. G) 1. Die Ärzte als Auftraggeber bei Premium-Einträgen als Auftraggeber qualifiziert. Bei der Prüfung ist auf die »konkrete Tätigkeit in einem spezifischen Kontext«<sup>169</sup> zu achten, denn nach Ansicht der Art 29 Gruppe ist es für eine Person oder Personengemeinschaft möglich bei einigen Tätigkeiten als Auftraggeber und bei anderen als Dienstleister in Erscheinung zu treten. Darum ist die Dienstleistereigenschaft der Betreiberin in diesem Sachverhalt – wenn die Ärzte ihren durch DocFinder angelegten Eintrag durch eigenen Inhalt erweitern – zu prüfen.

DocFinder ist eine juristische Person nach österreichischem Recht und erfüllt damit das erste Element der Prüfung für Dienstleister. Die Ärzte und DocFinder schließen einen entgeltlichen Vertrag, der darin besteht, dass DocFinder den Ärzten diverse Leistungen zur Verfügung stellt. Dies ist als aufgetragenes Werk iSd § 4 Z 5 DSG 2000 zu deuten. DocFinder ermittelt dabei möglicherweise Daten, etwa wenn die Ärzte über neue Kommentare oder Bewertungen informiert werden, doch dies schadet nicht weiter hinsichtlich der Dienstleistereigenschaft.<sup>170</sup> DocFinder verwendet Daten<sup>171</sup> etwa für die Abrechnung des monatlichen Entgelts oder um hinterlegte Suchbegriffe zu ordnen oder zu verknüpfen.

Die Betreiberin ist demnach im Verhältnis zu den Ärzten, die ihr Profil übernehmen und mit weiteren Daten befüllen, als Dienstleister<sup>172</sup> anzusehen.

### **2. ... der Benutzer beim Verfassen von Kommentaren und Bewertungen**

Beim Verfassen eines Kommentars durch einen Benutzer sind sowohl die Betreiberin als auch der Benutzer als Auftraggeber anzusehen; freilich für unterschiedliche Teilaspekte

---

<sup>168</sup> S Kapitel VI. A) 2. Die Betreiberin als Auftraggeber hins der Ärztedaten bei erweiterten Einträgen.

<sup>169</sup> St Datenschutzgruppe 1/2010, 30.

<sup>170</sup> Vgl § 4 Z 4 Satz 2 DSG 2000.

<sup>171</sup> ISd Z 8 leg cit.

<sup>172</sup> ISd Z 5 leg cit.

dieser Datenverarbeitung.<sup>173</sup> In der Folge ist zu prüfen, ob für den Teilaspekt, in dem Benutzer Auftraggeber sind, die Betreiberin als Dienstleister<sup>174</sup> tätig wird.

Bei der Betreiberin – einer österreichischen GmbH – handelt es sich um eine juristische Person. Im hier untersuchten Sachverhalt ermittelt und speichert die Betreiberin jene Daten, die von dem Benutzer als Kommentar abgegeben werden; möglicherweise werden diese Daten auch geordnet oder verknüpft. Die Betreiberin verwendet somit die Daten der Benutzer.

Einer eingehenderen Prüfung unterliegt die Frage, ob die Betreiberin hier ein ihr auftragsgemäßes Werk herstellt, wie es im zweiten Punkt des Prüfschemas für Dienstleister<sup>175</sup> gefordert ist. Weder wird in den AGB<sup>176</sup> noch im Rahmen der einmaligen Registrierung auf ein Werk im datenrechtlichen Sinn Bezug genommen, zumindest nicht *expressis verbis*. Lediglich im Satz: *»Selbstverständlich werden daher sämtliche eingestellte Daten nach den Bestimmungen des österreichischen Datenschutzgesetzes behandelt.«*<sup>177</sup> wird auf durch Benutzer eingestellte Daten eingegangen. Die Betreiberin wird hier allerdings für den Benutzer tätig, indem sie dessen Kommentar speichert und erfüllt daher auch dieses Element des Prüfschemas. Die Werkbestellung erfolgt hier konkludent in jedem Anlassfall.

Die Betreiberin erfüllt somit alle Elemente des Prüfschemas und ist im Verhältnis zu Benutzern, die Kommentare und Bewertungen auf <docfinder.at> abgeben, als Dienstleister iSd § 4 Z 5 DSG 2000 anzusehen.

### C) Die Betreiberin als Betroffene

Es ist nicht gänzlich auszuschließen, dass es Konstellationen gibt, in welchen die Betreiberin als Betroffene in Erscheinung tritt, jedoch erscheinen diese weder wahrscheinlich noch besonders praxisrelevant, weshalb von einer Analyse abgesehen wird. Es ist zwar möglich, dass DocFinder durch Ärzte oder Patienten beschimpft wird oder, dass Benutzer behaupten, ihre Kommentare wären gelöscht worden. Ein solcher Sachverhalt würde jedoch in der Praxis in erster Linie lauterkeits- oder medienrechtlich geprüft werden, weshalb hier von einer datenschutzrechtlichen Prüfung Abstand genommen wird.

<sup>173</sup> S Kapitel VI. A) 4. Die Betreiberin als Auftraggeber hinsichtlich der Kommentare und Bewertungen und VI. J) 2. Die Benutzer als Auftraggeber bei Kommentaren und Bewertungen.

<sup>174</sup> ISd § 4 Z 5 DSG 2000.

<sup>175</sup> Vgl Kapitel V. B) 2. b) Prüfschema für Dienstleister.

<sup>176</sup> S DocFinder, Allgemeine Geschäftsbedingungen für die Benutzung von DocFinder.at <docfinder.at/ueberuns/agb>.

<sup>177</sup> DocFinder, § 8.1 Allgemeine Geschäftsbedingungen für die Benutzung von DocFinder.at.

## D) Der Hosting-Provider als Auftraggeber

Der Hosting-Provider ist grundsätzlich als Dienstleister zu qualifizieren; siehe dazu das Kapitel VI. E) *Der Hosting-Provider als Dienstleister*. Der Dienstleister kann allerdings zum Auftraggeber werden. Ein derartiger Sonderfall ist im Gesetz selbst<sup>178</sup> normiert: Wenn der Dienstleister aufgrund von (Standes-)Rechtsvorschriften verpflichtet bzw verantwortlich ist und deshalb eigenverantwortlich entscheidet, die Daten zu verwenden. Dies wird insb bei freien Berufen wie Rechtsanwälten, Wirtschaftstreuhändern oder Ziviltechnikern anzunehmen sein.<sup>179</sup>

Doch auch wenn der Dienstleister weder berechtigt noch – wie im obigen Fall – verpflichtet ist, kann er entscheiden, Daten zu verwenden. Die Entscheidung Daten zu verwenden und damit einhergehend die Rolle des Auftraggebers iSd § 4 Z 4 DSG 2000 sagen noch nichts über die Rechtmäßigkeit der Datenverwendung aus. Die Klassifizierung in eine der Rollen gem § 4 Z 3–5 ist unabhängig von der rechtmäßigen Verwendung von Daten iSd § 6 DSG 2000. Wenn der beauftragte Dienstleister allerdings Daten ermittelt,<sup>180</sup> um das Werk für den Auftraggeber herzustellen, ist diese Datenverwendung noch durch den Dienstleisterbegriff erfasst:<sup>181</sup> Der Dienstleister wird dadurch nicht zum Auftraggeber.

In Anbetracht der ausgewählten Sachverhalte gibt es keine Veranlassung für eine Prüfung des Hosting-Providers in der Rolle des Auftraggebers.

## E) Der Hosting-Provider als Dienstleister

Als Hosting-Provider stellt die Anexia der Betreiberin beispielsweise Rechner- und Speicherkapazität sowie einen Netzwerkzugang zur Verfügung. Zusätzlich ist Anexia als technischer Kontakt für das Hosting der Domain <docfinder.at> zuständig.<sup>182</sup>

Als GmbH ist Anexia eine juristische Person und erfüllt damit das erste und personenbezogene Element der Definition des Dienstleisters. Darüber hinaus ist ersichtlich, dass Anexia DocFinder diverse Leistungen bereitstellt; etwa IP-Adressen<sup>183</sup> oder das bereits

---

<sup>178</sup> § 4 Z 4 Satz 2, 2. Fall DSG 2000.

<sup>179</sup> ErläutRV 1613 BlgNR XX. GP ad § 4 Z 4 f, 38; vgl DSK 13.07.2012 K121.810/0013-DSK/2012: »Rechtsanwälten und ihren Mandanten kommt bei der Frage ihres datenschutzrechtlichen Verhältnisses gemäß § 4 Z 4 und 5 DSG 2000 ein gewisser Gestaltungsspielraum zu, wobei auf Grundlage der beruflichen Selbständigkeit eines Rechtsanwalts im Regelfall wohl davon auszugehen sein wird, dass Letzterer bei der Besorgung von Geschäften für seine Mandanten gemäß § 4 Z 4 letzter Halbsatz »eigenverantwortlich« vorgehen darf und damit hinsichtlich der zwecks Bearbeitung einer Causa verarbeiteten personenbezogenen Daten Auftraggeber ist«.

<sup>180</sup> Auch das Ermitteln ist Verarbeiten (Z 9) und somit Verwenden von Daten (Z 8).

<sup>181</sup> Vgl Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG 2000 ad § 4 Z 5 Rz 6.

<sup>182</sup> Nic.at, Domain Suche <<https://www.nic.at/de/meine-at-domain/domain-suche/whois>>.

<sup>183</sup> RIPE NCC, Database Query <<https://apps.db.ripe.net/search>>.



oben erwähnte Domainhosting. Darin ist das Herstellen eines ihnen aufgetragenen Werkes zu sehen, bei dem Daten iSd DSG 2000 verwendet<sup>184</sup> werden, weil Anexia keine Entscheidung über die Verwendung per se trifft, sondern im Auftrag der Betreiberin DocFinder handelt.

Der Hosting-Provider ist somit Dienstleister iSd § 4 Z 5 DSG 2000.

## **F) Der Hosting-Provider als Betroffener**

Es ist zwar nicht gänzlich auszuschließen, jedoch ist aus Kapitel IV. *Sachverhalte* keine Konstellation ersichtlich, in welcher der Hosting-Provider als Betroffener iSd § 4 Z 3 DSG 2000 in Erscheinung treten könnte. Eine Prüfung unterbleibt deshalb.

## **G) Die Ärzte als Auftraggeber ...**

Die Art 29 Datenschutzgruppe stellt fest, dass eine natürliche Person, die zwar für eine juristische Person tätig ist, aber dennoch »Daten für ihre eigenen Zwecke außerhalb des Tätigkeitsbereichs und der möglichen Kontrolle der juristischen Person nutzt«, als Auftraggeber zu qualifizieren ist.<sup>185</sup> Der erste Auftraggeber verliert dadurch nicht zwangsweise seine Eigenschaft als Auftraggeber. Die ursprüngliche Datenverarbeitung, für die der Auftraggeber die Entscheidung getroffen hat, bleibt in seiner Verantwortung. Ebenso ist dies der Fall – zumindest nach Ansicht der Datenschutzgruppe – »wenn die neue Verarbeitung aufgrund eines Mangels angemessener Sicherheitsmaßnahmen erfolgt.«<sup>186</sup>

Ähnliches wird auch gelten, wenn ein Betroffener<sup>187</sup> sich dazu entscheidet, Daten zu nutzen: Der erste Auftraggeber (hier DocFinder) ist – und bleibt – Auftraggeber hinsichtlich der Daten, für deren Verwendung er die Entscheidung getroffen hat. Das sind insb jene Daten, die DocFinder ursprünglich auf der Website veröffentlicht hatte, also zB Name, Fachgebiet und Erreichbarkeit des Arztes. Der zweite Auftraggeber (hier der Arzt) ist Auftraggeber hinsichtlich der Daten, für deren Verarbeitung wiederum er die Entscheidung getroffen hat. Das sind insb jene Daten, die der Arzt selbst auf seinem Profil eingegeben oder hochgeladen hat.

<sup>184</sup> ZB speichern, aufbewahren, abfragen, ausgeben und ggf auch sperren, löschen oder vernichten.

<sup>185</sup> St Datenschutzgruppe 1/2010, 20.

<sup>186</sup> St Datenschutzgruppe 1/2010, 20.

<sup>187</sup> ISd § 4 Z 3 DSG 2000.

## 1. ... bei Premium-Einträgen

Auch Ärzte haben die Möglichkeit, sich auf <docfinder.at> zu registrieren und – im Gegensatz zu den Benutzern – einen kostenpflichtigen Zugang zu dem Bewertungsportal zu erhalten. Diese Premium-Zugänge enthalten, abhängig vom gewählten Tarif, diverse Funktionen: Vom Upload eines einzelnen Fotos bis zur redaktionellen Betreuung von Texten durch Journalisten oder Erstellung eines Videos wird ein breites Spektrum angeboten.<sup>188</sup> Um zu prüfen, ob Ärzte Auftraggeber iSd § 4 Z 4 DSG 2000 sind, ist das in Kapitel V. B) 1. ausgearbeitete Prüfschema für Auftraggeber anzuwenden:

*»Der Arzt hat seinen Beruf persönlich und unmittelbar, allenfalls in Zusammenarbeit mit anderen Ärzten auszuüben.«<sup>189</sup>* Das ÄrzteG zählt diverse Möglichkeiten der Zusammenarbeit von Ärzten auf, zB Ordinations- und Apparategemeinschaften<sup>190</sup> oder Gruppenpraxen.<sup>191</sup> Ärzte können demnach als Einzelperson oder als Teil einer Personengemeinschaft auftreten und erfüllt dadurch den ersten Teil des Prüfschemas.<sup>192</sup>

Im nächsten Schritt ist zu prüfen, ob überhaupt Daten verwendet werden. Dies wird womöglich vom gewählten Tarifmodell abhängig sein, denn dieses bestimmt den Funktionsumfang und damit einhergehend welche Daten verwendet werden können. Im günstigsten Tarif können Ärzte Fotos hochladen und ihre Website verlinken. Bei einem Lichtbild handelt es sich jedenfalls um personenbezogene Daten, möglicherweise aber sogar um sensible Daten, denn es lassen sich typischerweise die *»rassische und ethnische Herkunft«<sup>193</sup>* einer Person feststellen. Seltener, aber keinesfalls ausgeschlossen, kann auf einem Lichtbild die *»politische Meinung, Gewerkschaftszugehörigkeit, religiöse oder philosophische Überzeugung«<sup>194</sup>* festgestellt werden, zB wenn eine der auf einer Fotografie abgebildeten Personen eine Kopfbedeckung oder ein Kleidungsstück mit einem entsprechenden Logo trägt. Ebenso können Indizien über Gesundheit oder das Sexualleben der abgebildeten Person auf einem Lichtbild ersichtlich sein. Ärzte haben an diesen Daten – vorausgesetzt, dass sie eigene Daten selbst veröffentlichen<sup>195</sup> – kein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse. Da bereits im günstigsten Tarif personenbezogene Daten verwendet werden, ist dies nicht für die weiteren Tarife zu prüfen, nachdem diese eine

---

<sup>188</sup> S DocFinder, Premium-Einträge im Vergleich <docfinder.at/praxismarketing/premium-eintrag>.

<sup>189</sup> § 49 Abs 2 Satz 1 ÄrzteG.

<sup>190</sup> § 52 ÄrzteG.

<sup>191</sup> §§ 52a ff ÄrzteG.

<sup>192</sup> *»Natürliche oder juristische Personen, Personengemeinschaften [...]«.*

<sup>193</sup> Vgl § 4 Z 2 DSG 2000; ErwGr 51 Datenschutz-Grundverordnung.

<sup>194</sup> Vgl § 4 Z 2 DSG 2000; ErwGr 51 Datenschutz-Grundverordnung.

<sup>195</sup> Vgl § 9 Z 1 leg cit.

Erweiterung zu eben jenem günstigen Tarif darstellen und weitere Funktionen und Leistungen (zB die Möglichkeit das Team vorzustellen) bieten.<sup>196</sup> Die Ärzte speichern Fotos sowie weitere Daten bei DocFinder, somit liegt auch hier eine Verarbeitung iSd § 4 Z 9 DSG 2000 vor.

Danach ist zu prüfen, inwieweit die Ärzte »*die Entscheidung getroffen ha[ben]*« eben diese Daten zu verwenden. Auch dies ist zu bejahen, weil die Ärzte »*aufgrund eines tatsächlichen Einflusses*«<sup>197</sup> die Verantwortung für die Verarbeitung übernehmen und ihnen alleine die Entscheidung obliegt, ob und welche Daten verwendet werden (zumindest bei der Auswahl des Bildes).

Inwiefern die Ärzte diese Entscheidung »*allein oder gemeinsam mit anderen*« getroffen haben, ist vernachlässigbar und ergibt sich größtenteils daraus, wie der Arzt seinen Beruf iSd § 49 Abs 2 Satz 1 ÄrzteG ausübt, ist somit abhängig von der Art der Ordination bzw von der gewählten Gesellschaftsform.

Das letzte Element, die Frage, ob die Daten selbst verwendet werden oder ein Dienstleister beauftragt wird, ist hinsichtlich der Ärzte schnell beantwortet: Sie verarbeiten die Daten nicht selbst. Wer hier der Dienstleister iSd § 4 Z 5 DSG 2000 ist, die Betreiberin oder der Hosting-Provider, wird in den jeweiligen Kapiteln beantwortet.<sup>198</sup>

Die Ärzte erfüllen alle Elemente des Prüfschemas und sind somit als Auftraggeber iSd § 4 Z 4 DSG 2000 anzusehen. Die Ärzte bleiben auch dann Auftraggeber, wenn sie die Betreiberin zur Ermittlung von Daten heranziehen, etwa um über einen neuen Kommentar oder eine Bewertung informiert zu werden.<sup>199</sup>

## 2. ... bei Kommentaren und Bewertungen

Die Tatbestandsmerkmale 1, 2 und 5 des Prüfschemas für Auftraggeber<sup>200</sup> sind personenbezogen, und weil sich hinsichtlich der Ärzte diesbezüglich keine Änderung ergibt, sind diese – so wie im vorherigen Kapitel beschrieben<sup>201</sup> – erfüllt. Die Frage, inwieweit die Ärzte Auftraggeber sind, wenn Benutzer Kommentare und Bewertungen über sie abgeben,

<sup>196</sup> DocFinder, Premium-Einträge im Vergleich <docfinder.at/praxismarketing/premium-eintrag>.

<sup>197</sup> St Datenschutzgruppe 1/2010, 14 f.

<sup>198</sup> Vgl Kapitel VI. B) 1. Die Betreiberin als Dienstleister der Ärzte bei erweiterten Einträgen bzw VI. E) Der Hosting-Provider als Dienstleister.

<sup>199</sup> § 4 Z 4 Satz 2 DSG 2000; Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG 2000 ad § 4 Z 4 Rz 5; DocFinder, Praxismarketing <docfinder.at/praxismarketing>.

<sup>200</sup> S Kapitel V. B) 1. b) Prüfschema des Auftraggebers.

<sup>201</sup> S Kapitel VI. G) 1. Die Ärzte als Auftraggeber bei Premium-Einträgen.

kann demnach darauf verkürzt werden, ob Daten verwendet werden und ob die Ärzte die Entscheidung zu dieser Verwendung getroffen haben.

Art 2 lit a Datenschutz-Richtlinie und § 4 Z 1 DSG 2000 definieren, dass es sich um personenbezogene Daten handelt, sobald für jedweden Verwender – und nicht bloß für den Auftraggeber – die Identität des Betroffenen bestimmbar ist.<sup>202</sup> Es ist nicht denkunmöglich, dass die Ärzte aufgrund eines Kommentars eines Benutzers – trotz Verschleierung des Klarnamens – erkennen, von welchem Patienten dieser Kommentar stammt. Es werden somit (zumindest bei einigen Kommentaren) personenbezogene Daten iSd § 4 Z 1 DSG 2000 verwendet. Zu verneinen ist hingegen die Frage, ob die Ärzte die Entscheidung zu deren Verwendung getroffen haben. Selbst wenn die Ärzte über einen Premium-Zugang bei <docfinder.at> verfügen und dadurch automatisch über neue Bewertungen und Kommentare informiert<sup>203</sup> werden, treffen sie weder eine Entscheidung darüber, dass ein Kommentar abgegeben wird, noch in welcher Form dies geschieht.

Die Ärzte sind somit keine Auftraggeber hins der von Benutzern abgegebenen Kommentare oder Bewertungen. Die Frage, ob Ärzte Betroffene iSd § 4 Z 3 DSG 2000 sein können, wird in Kapitel VI. I) *die Ärzte als Betroffene* behandelt.

## **H) Die Ärzte als Dienstleister**

Aus Kapitel IV. *Sachverhalt* ist keine Konstellation ersichtlich, in der Ärzte als Dienstleister iSd § 4 Z 5 DSG 2000 in Erscheinung treten; eine eingehendere Prüfung unterbleibt deshalb.

## **I) Die Ärzte als Betroffene ...**

Auf <docfinder.at> werden möglicherweise personenbezogene Daten über Ärzte zur Verfügung gestellt, die jenen der Ärzteliste iSd § 27 Abs 1 iVm § 117d Abs 1 ÄrzteG entsprechen. Wenn es sich hierbei um (zulässigerweise) veröffentlichte Daten handelt, würde das schutzwürdige Geheimhaltungsinteresse daran als nicht verletzt gelten.<sup>204</sup> Folglich sind die Eigenschaften der Betreiberin als Auftraggeber<sup>205</sup> und jene der Ärzte als Betroffene<sup>206</sup> zu prüfen.

---

<sup>202</sup> Vgl ErläutRV 1613 BlgNR XX. GP ad § 4 Z 1, 37.

<sup>203</sup> DocFinder, Premium-Einträge im Vergleich <docfinder.at/praxismarketing/premium-eintrag>.

<sup>204</sup> § 8 Abs 2 DSG 2000.

<sup>205</sup> ISd § 4 Z 4 DSG 2000.

<sup>206</sup> ISd Z 3 leg cit.

## 1. ... hinsichtlich des Basis-Eintrags

Wie in Kapitel IV. A) *Basis-Eintrag* beschrieben, verwendet DocFinder die Daten der – durch die Österreichische Ärztekammer veröffentlichten – Ärzteliste. Auf der Liste befinden sich ua Name, Dienstort und Erreichbarkeit der Ärzte; dies sind personenbezogene Daten iSd § 4 Z 1 DSG 2000.<sup>207</sup>

Da DocFinder diese Daten über die Website einem großen Adressatenkreis zugänglich macht, werden diese Daten veröffentlicht und eine Veröffentlichung ist gem § 4 Z 8 iVm § 9 DSG 2000 eine Datenverwendung. Die Daten der Ärzte werden somit von der Betreiberin verwendet. In Kapitel VI. A) 1. *Die Betreiberin als Auftraggeber hinsichtlich der Ärztedaten beim Erstellen des Basis-Eintrags* wurde bereits festgelegt, dass die Betreiberin Auftraggeber ist. Gem dem ersten Element des Prüfschemas der Betroffenen darf es keine Personalunion zwischen Auftraggeber und Betroffenem geben. Da hier Daten der – möglicherweise betroffenen – Ärzte durch die Betreiberin als Auftraggeber verwendet werden, ist auch dieses erfüllt.<sup>208</sup> Die Ärzte können entweder als natürliche oder juristische Personen bzw als Personengemeinschaft praktizieren.<sup>209</sup> Sie erfüllen damit auch das persönliche Element des Prüfschemas für Betroffene.

Demnach sind alle Elemente der Definition gem § 4 Z 3 DSG 2000 erfüllt und die Ärzte somit als Betroffene hins der Verwendung ihrer Daten beim Erstellen des Basis-Eintrags durch die Betreiberin zu qualifizieren.

## 2. ... bei Kommentaren und Bewertungen

Der Benutzer schreibt einen Kommentar zu einem Arztbesuch und gibt gleichzeitig eine Bewertung in unterschiedlichen Kategorien ab (zB Vertrauen zum Arzt, Zufriedenheit mit der Behandlung, Gesamtbewertung etc). Der Benutzer wurde in Kapitel VI. J) 2. *Die Benutzer als Auftraggeber bei Kommentaren und Bewertungen* als Auftraggeber hinsichtlich der durch ihn veröffentlichten Daten qualifiziert. Auftraggeber sind daher in diesem Fall nicht die Ärzte, sondern die Benutzer. Das erste Element der Definition des Betroffenen ist somit erfüllt, weil es sich bei den Ärzten um eine vom Auftraggeber verschiedene Person handelt.<sup>210</sup> Auch das zweite Element ist erfüllt, denn bei Ärzten handelt es sich um eine

<sup>207</sup> Vgl OGH, [www.docfinder.at](http://www.docfinder.at) II, Pkt 2.

<sup>208</sup> S Kapitel VI. A) 1. *Die Betreiberin als Auftraggeber hinsichtlich der Ärztedaten beim Erstellen des Basis-Eintrags*.

<sup>209</sup> Vgl § 49 Abs 2 Satz 1 ÄrzteG.

<sup>210</sup> Vgl das Kapitel V. B) 3. b) *Prüfschema des Betroffenen*; § 4 Z 3 DSG 2000.

»natürliche oder juristische Person oder Personengemeinschaft«.<sup>211</sup> Zuletzt muss geprüft werden, ob Daten der Ärzte verwendet werden. *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim* folgend sind – neben zB Name, Kontonummer oder Adresse – auch Werturteile<sup>212</sup> personenbezogene Daten iSd § 4 Z 1 DSG 2000.

Es sind somit alle Voraussetzungen erfüllt und dadurch sind Ärzte auch Betroffene hinsichtlich der über sie abgegebenen Kommentare und Bewertungen.

## **J) Die Benutzer als Auftraggeber ...**

Für den Benutzer als Auftraggeber gilt grundsätzlich dasselbe wie für die Ärzte in Kapitel VI. G) *Die Ärzte als Auftraggeber*, allerdings mit einigen Unterschieden: Zum einen besteht zwischen der Betreiberin und dem Benutzer kein entgeltlicher Vertrag,<sup>213</sup> zum anderen ist der Benutzer bereits aufgrund seiner Stellung im Verhältnis Patient zu Arzt durch die Verschwiegenheitspflicht des Arztes geschützt.<sup>214</sup>

Der Arzt ist als, zumindest teilweise, unternehmerisch handelnde Person idR auf die Verbreitung der ihn betreffenden Daten – vor allem Fachrichtung, Erreichbarkeit oder Ordinationszeiten – bedacht, um neue Patienten zu akquirieren. Auch der OGH sieht in einer Aufnahme der Ärzte in das Verzeichnis von DocFinder »grundsätzlich nur Vorteile«.<sup>215</sup> Diese Daten sind zwar klar personenbezogen iSd § 4 Z 1 DSG 2000, doch nicht weiter zu problematisieren, weil diese Daten auf gesetzliche Anordnung<sup>216</sup> durch die Österreichische Ärztekammer zu veröffentlichen sind. Deshalb besteht an diesen Daten kein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse.<sup>217</sup>

Eine gänzlich andere Situation ist jene des Patienten, der in aller Regel eben nicht möchte, dass Informationen über seinen Gesundheitszustand einem größeren Personenkreis bekannt werden. Deshalb hat der Gesetzgeber dies auch mehrfach normiert und Daten natürlicher Personen über ihre Gesundheit als sensible Daten in § 4 Z 2 DSG 2000 qualifiziert sowie die Verschwiegenheitspflicht der Ärzte und der Ärztekammern in den §§ 54 und 89 ÄrzteG geregelt.

---

<sup>211</sup> § 4 Z 3 DSG 2000 iVm § 49 Abs 2 S 1 ÄrzteG.

<sup>212</sup> *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG 2000 ad § 4 Z 1 RZ 2.

<sup>213</sup> Zumindest besteht kein entgeltlicher Vertrag im herkömmlichen Sinn. Inwiefern der »Tausch« von personenbezogenen Daten gegen eine Dienstleistung entgeltliche Elemente enthält, ist derzeit Gegenstand der Literatur; zB *Staudegger*, ÖJZ 2014, 107 (110 f).

<sup>214</sup> Vgl § 54 ÄrzteG.

<sup>215</sup> OGH, [www.docfinder.at](http://www.docfinder.at) II, Pkt 4.2.2.2.

<sup>216</sup> S § 27 Abs 1 ÄrzteG.

<sup>217</sup> Vgl § 1 Z 1, § 8 Abs 2 DSG 2000; OGH, [www.docfinder.at](http://www.docfinder.at) II, Pkt 3.2.2; VfGH, [www.docfinder.at](http://www.docfinder.at) I, Pkt 3.4.

## 1. ... hinsichtlich der Registrierung

Da die Benutzer ihre Daten selbst auf der Website der Betreiberin eingeben, um sich zu registrieren, ist zusätzlich zur Auftraggebereigenschaft der Betreiberin<sup>218</sup> auch zu prüfen, ob die Benutzer hierbei Auftraggeber iSd § 4 Z 4 DSG 2000 sind. Diese Prüfung ist notwendig, weil der Auftraggeber aus mehr als einer natürlichen oder juristischen Person oder Personengemeinschaft bestehen kann.<sup>219</sup> Die zukünftigen Benutzer der Website registrieren sich mit Benutzernamen, E-Mail-Adresse und einigen weiteren Daten, die es der Betreiberin ermöglichen, die Identität zu bestimmen; es handelt sich somit um personenbezogene Daten.

Inwieweit der Benutzer im Zuge der Registrierung die Entscheidung getroffen hat, die Daten zu verwenden, ist hingegen differenzierter zu betrachten: Zwar übermittelt der Benutzer freiwillig seine Daten an die Betreiberin, doch eine Entscheidung zu einer Verwendung iSd § 4 DSG 2000 ist darin nicht zu sehen, zumindest dann nicht, wenn man den Text der Richtlinie zur Interpretation heranzieht: Art 2 lit d der Richtlinie bestimmt, dass derjenige, der *»über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet«*, als für die Verarbeitung Verantwortlicher anzusehen ist. Diese Eigenschaft trifft jedoch nicht auf den Benutzer zu. Da der Benutzer bloß seine Daten für die Registrierung bekannt gibt, entscheidet er nicht darüber, wie diese Daten verwendet werden; es fehlt den Benutzern die *»Verantwortung aufgrund eines tatsächlichen Einflusses«*.<sup>220</sup> Sowohl die Entscheidung über Zweck als auch Mittel der Verarbeitung liegen bei der Betreiberin. Der Benutzer hat somit nicht das Tatbestandsmerkmal der Entscheidung erfüllt. Es kann eine weitere Prüfung der Tatbestandsmerkmale unterbleiben.

Der Benutzer ist im Rahmen der Registrierung nicht Auftraggeber iSd § 4 Z 4 DSG 2000.

## 2. ... bei Kommentaren und Bewertungen

Inwieweit der Benutzer Auftraggeber iSd § 4 Z 4 DSG 2000 sein kann, wenn dieser einen Kommentar oder eine Bewertung zu einem Arztbesuch abgibt, ist nun zu prüfen.

Bei den Benutzern handelt es sich zwangsweise um natürliche Personen, nur diese können Patienten der Ärzte sein und über dieses Ereignis einen Beitrag verfassen. Personenbezogene Daten werden hier ebenso verwendet. Zum einen tritt der Benutzer unter einem Namen – allenfalls unter einem Pseudonym, das zumindest für DocFinder

<sup>218</sup> S das Kapitel VI. A) 3. die Betreiberin als Auftraggeber hinsichtlich der Registrierung der Benutzer.

<sup>219</sup> Vgl § 4 Z 4 DSG 2000: *»allein oder gemeinsam mit anderen«*.

<sup>220</sup> St Datenschutzgruppe 1/2010, 13.

personenbezogen ist – auf, und zum anderen wird idR ein Besuch bei einem Arzt geschildert, inklusive positiver wie negativer Erfahrungen. Darüber hinaus beinhaltet das Verwenden von Daten iSd § 4 Z 8 auch das Übermitteln von Daten iSd Z 12 DSG 2000, wobei dieses Übermitteln wiederum eine Weitergabe der Daten an Dritte und insb ein Veröffentlichen sein kann. Durch die Veröffentlichung des Beitrags erfolgt sohin eine Datenverwendung. Ob der Benutzer allein oder gemeinsam mit anderen gehandelt hat, ist nicht erheblich, wesentlich ist jedoch, dass er die Entscheidung zur Datenverarbeitung (hier Veröffentlichung) getroffen hat. Er kann darüber entscheiden, wie viel preisgegeben wird, ob etwa die Krankheit genannt wird, Details zur Behandlung erwähnt oder zB Namen oder Verhalten der Praxismitarbeiter beschrieben werden. Hier ist erneut darauf hinzuweisen, dass auch Werturteile als personenbezogene Daten angesehen werden.<sup>221</sup>

Die Fragen »*Warum wird diese Verarbeitung durchgeführt? Wer hat sie veranlasst?*«<sup>222</sup> lassen sich somit klar beantworten: Der Benutzer hat die Verarbeitung veranlasst. Die Konsequenz dieser Prüfung ist sohin, dass der Benutzer Auftraggeber jedenfalls hinsichtlich der durch ihn veröffentlichten Daten ist.<sup>223</sup>

## **K) Die Benutzer als Dienstleister**

Aus dem oben erwähnten Kapitel *IV. Sachverhalte* ist keine Konstellation ersichtlich, in der die Benutzer als Dienstleister iSd § 4 Z 5 DSG 2000 in Erscheinung treten könnten; eine eingehendere Prüfung kann deshalb unterbleiben.

## **L) Die Benutzer als Betroffener ...**

### **1. ... bei der einmaligen Registrierung**

Der Benutzer gibt im Rahmen der einmaligen Registrierung Daten von sich preis. Wie in Kapitel *VI. J) 1. Die Benutzer als Auftraggeber hinsichtlich der Registrierung* bereits festgestellt wurde, sind die Benutzer bei diesem Vorgang nicht als Auftraggeber zu qualifizieren und erfüllen daher das erste Element der Prüfung. Bei den Benutzern handelt es sich in aller Regel um natürliche Personen. Damit ist auch das zweite Element der Prüfung erfüllt. Da im Rahmen der Registrierung einige personenbezogene Daten, allen voran die E-

---

<sup>221</sup> Vgl Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG 2000 ad § 4 Z 1 Rz 2.

<sup>222</sup> St Datenschutzgruppe 1/2010, 11.

<sup>223</sup> Vgl OLG Linz, kritische Äußerung in Online-Forum = jusIT 2010/13, 26 (27); St Datenschutzgruppe 5/2009, 6; zur Konsequenz dieses Ergebnisses s Kapitel *VI. M) Exkurs: Informationsverbundsystem oder gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche?* und *VII. Schlussbemerkungen*.



Mail-Adresse, bekanntgegeben werden, wird auch das dritte Element der Definition – die Verwendung von Daten – erfüllt.

Der Benutzer ist somit Betroffener iSd § 4 Z 3 DSG 2000.

## 2. ... beim Veröffentlichen eines Kommentars

Beim Veröffentlichen eines Kommentars, also wenn der Benutzer diesen selbst verfasst, kann der Benutzer nicht Betroffener sein, denn er ist in dieser Konstellation Auftraggeber.<sup>224</sup> Es scheitert hier somit am ersten Element der Definition des Betroffenen, nämlich daran, dass der Betroffene eine vom Auftraggeber verschiedene Person sein muss.<sup>225</sup>

## M) Exkurs: Informationsverbundsystem oder gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche?

In den Kapiteln *VI. A) 4. Die Betreiberin als Auftraggeber hinsichtlich der Kommentare und Bewertungen* und *VI. J) 2. Die Benutzer als Auftraggeber bei Kommentaren und Bewertungen* wurde für denselben Sachverhalt – dem Verfassen eines Kommentars durch einen Benutzer – festgestellt, dass sowohl die Betreiberin als auch der Benutzer Auftraggeber sind. Nun ist es nicht ausgeschlossen, dass es mehrere Auftraggeber zu einer Verarbeitung von Daten gibt. Zum einen besagt § 4 Z 4 DSG 2000, also bereits die Definition des Auftraggebers, dass dieser »*allein oder gemeinsam mit anderen die Entscheidung getroffen haben*« kann. Darüber hinaus regelt das DSG 2000 (obwohl nicht in der Datenschutz-Richtlinie vorgesehen) das Informationsverbundsystem, kurz IVS.<sup>226</sup> Ein IVS liegt vor, wenn mehrere Auftraggeber gemeinsam Daten verarbeiten. Unterhalten also die Betreiberin und die Benutzer gemeinsam ein Informationsverbundsystem? Zusätzliche Aktualität erhält diese Frage, weil die Datenschutz-Grundverordnung nun unionsweit *gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche* vorsieht.<sup>227</sup>

## 1. Informationsverbundsystem gem DSG 2000

Ein Informationsverbundsystem liegt vor, wenn alle Voraussetzungen des § 4 Z 13 DSG 2000 erfüllt sind. Die erste Voraussetzung ist das gemeinsame Verarbeiten von Daten in einer Datenanwendung. Einerseits können die Benutzer Daten der Ärzte, die durch die Betreiberin erfasst wurden, sehen, durchsuchen, ordnen, vergleichen etc. Andererseits

<sup>224</sup> S Kapitel *VI. J) 2. Die Benutzer als Auftraggeber bei Kommentaren und Bewertungen*.

<sup>225</sup> Vgl § 4 Z 3 DSG 2000; *V. B) 3. Prüfschema* des Betroffenen.

<sup>226</sup> S § 4 Z 13, § 50 DSG 2000.

<sup>227</sup> Art 26 Datenschutz-Grundverordnung.

speichert die Betreiberin die Kommentare. Beide Handlungen sind in § 4 Z 9 DSG 2000 als Verarbeitung beschrieben und ereignen sich im selben Rahmen – auf der Website der Betreiberin – und somit in der derselben Datenanwendung. Diese Voraussetzung ist somit erfüllt.

Das Vorhandensein mehrerer Auftraggeber wurde bereits in den vorangehenden Kapiteln besprochen, somit liegt das zweite Element des IVS ebenso zweifellos vor.

Das dritte Element ist die Zugriffsmöglichkeit aller Auftraggeber auf die Daten, die »von den anderen Auftraggebern dem System zur Verfügung gestellt wurden«. Wird dieses Erfordernis einer Zugriffsmöglichkeit dahingehend ausgelegt, dass alle Auftraggeber auf alle Daten aller anderen Auftraggeber zugreifen können müssen, ist das Vorliegen für <docfinder.at> zu verneinen: Die Betreiberin hat zwar zweifellos Zugriff auf sämtliche Daten aller Benutzer, doch die Benutzer untereinander sehen nur einen Bruchteil der von ihnen eingestellten Daten. So stehen beispielsweise E-Mail-Adressen oder Benutzernamen, automatisch generierte Daten wie Zeitpunkt und Dauer des Zugriffs oder technische Daten ausschließlich der Betreiberin zur Verfügung. Alle anderen Benutzer haben darauf keinen Zugriff.

Das Vorhandensein eines Informationsverbundsystems ist deshalb zu verneinen. Das Ergebnis ist – zumindest aus Sicht der Auftraggeber – zu begrüßen. Das Betreiben eines IVS ist mit einer Vielzahl an Voraussetzungen und Pflichten verbunden, die die Benutzer als Privatperson sicherlich nicht erfüllen könnten. Alleine das Melden aller Auftraggeber an das Datenverarbeitungsregister<sup>228</sup> wäre angesichts der Vielzahl der Benutzer eine kaum administrierbare Aufgabe.

## **2. Gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche gem DSGVO**

Die Datenschutz-Grundverordnung folgt mit Art 26 einer Forderung der Art 29 Datenschutzgruppe<sup>229</sup> nach einer konkreteren Regelung bei Vorhandensein mehrerer Verantwortlicher. Es handelt sich bei dieser Regelung um keine neue Variante des Verantwortlichen, vielmehr um eine Spezifizierung der Konstellation,<sup>230</sup> dass zwei oder mehrere Verantwortliche »gemeinsam die Zwecke der und die Mittel zur Verarbeitung« festlegen.<sup>231</sup> »Unter diesem Aspekt muss der Begriff »gemeinsam« im Sinne von »zusammen

---

<sup>228</sup> Vgl § 50 Abs 1 iVm § 17 DSG 2000.

<sup>229</sup> Vgl St Datenschutzgruppe 1/2010, 21 ff.

<sup>230</sup> S ErwGr 79 Datenschutz-Grundverordnung.

<sup>231</sup> Vgl Art 26 Abs 1 Satz 1 Datenschutz-Grundverordnung.

*mit« oder »nicht alleine« in unterschiedlichen Spielarten und Konstellationen ausgelegt werden.»<sup>232</sup> Beispielsweise ist die österreichische Konsumentenkreditevidenz nicht nur ein Informationsverbundsystem iSd § 50 DSG 2000, sondern dessen Teilnehmer sind auch gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche iSd Art 26 Datenschutz-Grundverordnung, weil dies Teilnehmer »gemeinsam die Zwecke der und die Mittel zur Verarbeitung fest[legen]«.<sup>233</sup> Anders verhält sich dies beispielsweise bei Arbeitgebern, die Daten an die Finanzbehörden oder Sozialversicherungsträger übermitteln müssen; hier erfolgt ohne Zweifel keine gemeinsame Festlegung.*

Nun bleibt also zu prüfen, ob die Betreiberin und die Benutzer nicht nur Auftraggeber beim Verfassen eines Kommentars durch einen Benutzer sind,<sup>234</sup> sondern ob sie auch gemeinsam für die Verarbeitung Verantwortliche sind. Während das DSG 2000 auf die gemeinsame Verarbeitung und Benützung der Daten abzielt, verlangt die Datenschutz-Grundverordnung die gemeinsame Festlegung der Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung. Genauso wenig wie bei dem oben erwähnten Arbeitgeberbeispiel, treffen die Betreiberin und die Benutzer in diesem Fall irgendeine gemeinsame Festlegung. Es liegt somit keine Sonderkonstellation iSd Art 26 Datenschutz-Grundverordnung vor.

---

<sup>232</sup> St Datenschutzgruppe 1/2010, 22.

<sup>233</sup> S Art 26 Abs 1 Satz 1 Datenschutz-Grundverordnung.

<sup>234</sup> Vgl Kapitel VI. A) 4. Die Betreiberin als Auftraggeber hinsichtlich der Kommentare und Bewertungen und VI. J) 2. Die Benutzer als Auftraggeber bei Kommentaren und Bewertungen.

## VII. Schlussbemerkung

Die vorangehenden Kapitel haben gezeigt, dass es für einen Akteur möglich ist, mehr als einer datenschutzrechtlichen Rolle anzugehören. Von den vier Akteuren konnten in den verschiedenen untersuchten Sachverhalten drei mehr als einer Rolle zugeordnet werden. Derlei Konstellationen können zwar bei unterschiedlichen Sachverhalten, aber doch auf derselben Website auftreten. Nur der Hosting-Provider tritt in einer einzigen Rolle auf: Er ist ausschließlich Dienstleister.<sup>235</sup>

DocFinder als Betreiberin der Website <docfinder.at> ist in erster Linie Auftraggeber, denn die Betreiberin hat die Initiative ergriffen, diese Website angelegt und betreut diese auch – zumindest teilweise – inhaltlich. Sie hat somit die Entscheidung zur Datenverarbeitung getroffen, doch ist sie nicht bloß Auftraggeber, sondern auch Dienstleister, je nach Situation, etwa für Ärzte, die ihr Profil erweitern oder für Benutzer, die Kommentare auf der Website der Betreiberin verfassen und veröffentlichen. Als Betroffener tritt sie hingegen nicht in Erscheinung.

Die Ärzte können auch mehrere Rollen auf <docfinder.at> innehaben. Sie sind klarerweise Betroffene in Bezug auf ihre Daten, die durch die Betreiberin veröffentlicht werden, wobei hinzuzufügen ist, dass die Ärzte gem § 1 Abs 1 iVm § 8 Abs 2 DSG 2000 kein schützenswertes Geheimhaltungsinteresse an diesen Daten mehr haben, weil diese zulässigerweise aufgrund des gesetzlichen Auftrags an die Ärztekammer, welcher in § 27 Abs 1 ÄrzteG normiert ist, veröffentlicht wurden.<sup>236</sup> Etwas überraschender ist womöglich das Ergebnis der Prüfung hins der Ärzte, die ihren Eintrag erweitern und ein Premium-Paket wählen: Sie werden vor allem dadurch Auftraggeber, weil es ihnen obliegt zu entscheiden, welche Daten (zB ihrer Mitarbeiter) sie auf ihrem Profil veröffentlichen.

Der Benutzer ist in erster Linie Betroffener,<sup>237</sup> insb als Patient, doch auch wenn er sich zur Nutzung der Website <docfinder.at> anmeldet und im Rahmen der Registrierung personenbezogene Daten, zB seine E-Mail-Adresse, angibt. Darüber hinaus kann der Benutzer ebenfalls Auftraggeber sein, allerdings in einer anderen Konstellation als bei der Registrierung, denn ein Betroffener muss eine »vom Auftraggeber verschiedene« Person sein.<sup>238</sup> Wenn ein Benutzer beispielsweise einen Kommentar verfasst, in welchem Name und

---

<sup>235</sup> ISd § 4 Z 5 DSG 2000.

<sup>236</sup> Vgl OGH, [www.docfinder.at](http://www.docfinder.at) II, Pkt 2.1.

<sup>237</sup> St Datenschutzgruppe 5/2009, 6.

<sup>238</sup> Vgl § 4 Z 3 DSG 2000; V. B) 3. Prüfschema des Betroffenen.

Krankheit einer anderen Person genannt werden, wird er dadurch zum Auftraggeber, denn er hat die Entscheidung zur Veröffentlichung eben dieser Daten getroffen.<sup>239</sup>

Die Gegenüberstellung von Akteuren zu datenschutzrechtlichen Rollen lässt sich in der folgenden Tabelle veranschaulichen:

Akteur // Rolle	Auftraggeber (Z 4)	Dienstleister (Z 5)	Betroffener (Z 3)
<b>Betreiberin</b>	möglich <sup>240</sup>	möglich <sup>241</sup>	niemals <sup>242</sup>
<b>Hosting-Provider</b>	niemals <sup>243</sup>	möglich <sup>244</sup>	niemals <sup>245</sup>
<b>Ärzte</b>	möglich <sup>246</sup>	niemals <sup>247</sup>	möglich <sup>248</sup>
<b>Benutzer</b>	möglich <sup>249</sup>	niemals <sup>250</sup>	möglich <sup>251</sup>

Tabelle 3: Akteure/Rollen

Insb bei Ärzten und ebenso bei den Benutzern können durch die Kombinationen der Rollen Auftraggeber<sup>252</sup> und Betroffener<sup>253</sup> spannende Konstellation zB in Bezug auf die Rechtsdurchsetzung oder die Betroffenenrechte<sup>254</sup> auftreten.<sup>255</sup> Fraglich ist, inwieweit gerade die Benutzer auf Anfragen von anderen Betroffenen in Ausübung ihrer Betroffenenrechte reagieren; zB Anfragen oder Begehren von Ärzten oder anderen Personen, die in Kommentaren erwähnt sind. Da es sich bei den Benutzern idR um Konsumenten handelt, werden diese wohl weder über das rechtliche noch über faktisches

<sup>239</sup> S Kapitel VI. J) 1. Die Benutzer als Auftraggeber bei Kommentaren und Bewertungen.

<sup>240</sup> S Kapitel VI. A) 1. Die Betreiberin als Auftraggeber hinsichtlich der Ärzte beim Erstellen des Basis-Eintrags, VI. A) 3. ... Registrierung der Benutzer sowie VI. A) 4. ... Kommentare und Bewertungen.

<sup>241</sup> S Kapitel VI. B) 1. Die Betreiberin als Dienstleister hinsichtlich der Ärzte bei erweiterten Einträgen und VI. B) 2. ... der Benutzer.

<sup>242</sup> S Kapitel VI. C) Die Betreiberin als Betroffene.

<sup>243</sup> S Kapitel VI. D) Der Hosting-Provider als Auftraggeber.

<sup>244</sup> S Kapitel VI. E) Der Hosting-Provider als Dienstleister.

<sup>245</sup> S Kapitel VI. F) Der Hosting-Provider als Betroffener.

<sup>246</sup> S Kapitel VI. G) 1. Die Ärzte als Auftraggeber bei Premium-Einträgen.

<sup>247</sup> S Kapitel VI. H) Die Ärzte als Dienstleister.

<sup>248</sup> S Kapitel VI. I) 1. Die Ärzte als Betroffene hinsichtlich des Basis-Eintrags und VI. I) 2. ... bei Kommentaren und Bewertungen.

<sup>249</sup> S Kapitel VI. J) 1. Die Benutzer als Auftraggeber bei Kommentaren und Bewertungen.

<sup>250</sup> S Kapitel VI. K) Die Benutzer als Dienstleister.

<sup>251</sup> S Kapitel VI. L) 1. Der Benutzer als Betroffener bei der einmaligen Registrierung.

<sup>252</sup> ISd § 4 Z 4 DSG 2000.

<sup>253</sup> ISd Z 3 leg cit.

<sup>254</sup> S §§ 26 ff leg cit.

<sup>255</sup> Vgl Müller, SPRW 2014, 471 (481).

Know-how verfügen, um zB ein Auskunftsbegehren gem § 26 DSG 2000 fristgerecht<sup>256</sup> und vollständig zu beantworten. Dieses Ergebnis mag frustrierend und vor allem wenig praktikabel sein.<sup>257</sup> Jedoch ist Praktikabilität kein Maßstab des Datenschutzes, was freilich wenig an der Frustration ändern kann. Die Art 29 Datenschutzgruppe versucht diese Situation zu lösen, indem sie die »*Ausnahmeklausel für Privathaushalte*«<sup>258</sup> ins Spiel bringt.<sup>259</sup> Deren Anwendung hätte allerdings zur Konsequenz, dass dadurch die gesamte Richtlinie (und gem Datenschutz-Grundverordnung, die gesamte Verordnung) keine Anwendung finden würde. Die Art 29 Datenschutzgruppe versucht also das Problem einer unklaren Rechtsgrundlage dahingehend zu lösen, indem sie die gesamte Rechtsgrundlage nicht anwendet. Auch dieses Ergebnis erscheint frustrierend und wenig praktikabel.<sup>260</sup>

Es kann folglich weder bei sozialen Netzwerken noch bei Bewertungsplattformen zu einer pauschalen Unterteilung in Auftraggeber und Betroffenen kommen. Es bedarf einer detaillierten Analyse im Einzelfall. Die Betreiberinnen – seien dies nun Facebook oder DocFinder – sind zweifelsfrei Auftraggeber hins jener Daten, die Benutzer implizit zur Verfügung stellen. Diese Daten sind zB Zeitpunkt des Zugriffs auf die Services der Website, Positionsdaten bei Anwendungen auf mobilen Endgeräten, Verbindungen zwischen einzelnen Anwendern oder Benutzer- und Identifikationsdaten. Die als Freitext erfasste Meinung eines Benutzers, die Daten Dritter enthält, wird man den Betreiberinnen hingegen nicht zurechnen können. In § 16 E-Commerce-Gesetz hat der Gesetzgeber einen Ausschluss der Verantwortlichkeit bei Speicherung fremder Inhalte normiert. Es ist deshalb anzudenken, ob eine analoge Anwendung im Datenschutz sinnvoll wäre, denn wenn sie als Diensteanbieter unter gewissen Umständen »*für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen*« nicht verantwortlich ist, weshalb sollte die Betreiberin datenschutzrechtlich Verantwortung für den Inhalt der Benutzer übernehmen?

Alleine aus der faktischen Analyse der Gegebenheiten lässt sich klar erkennen, dass ein Akteur – in verschiedenen Situationen – unterschiedliche Rollen iSd § 4 DSG 2000 innehaben kann. Die vorgenommene Auseinandersetzung mit dem Gesetz, den Materialien und der Literatur hat auch keine Hinweise ergeben, dass dies in irgendeiner Weise unmöglich oder gar verboten sein könnte. Eher im Gegenteil: So regelt etwa § 4 Z 4

---

<sup>256</sup> Gem § 26 Abs 4 DSG 2000 beträgt die Frist acht Wochen ab Einlagen des Begehrens.

<sup>257</sup> Vgl *Müllder*, SPRW 2014, 471 (481); *Leissler*, Soziale Netzwerke und Datenschutz 109 f.

<sup>258</sup> Art 3 Abs 2 GS 2 Datenschutz-Richtlinie; Art 2 Abs 2 lit c Datenschutz-Grundverordnung.

<sup>259</sup> Vgl St Datenschutzgruppe 5/2009, 6 ff.

<sup>260</sup> Vgl *Leissler*, Soziale Netzwerke und Datenschutz 112.

DSG 2000 einen Sonderfall, in dem der Dienstleister zum Auftraggeber wird.<sup>261</sup> Auch in der Literatur sind Hinweise darauf zu finden.<sup>262</sup> Letztendlich ist es eine Frage der Granularität, in der eine Datenanwendung unterteilt werden soll, um weitere Akteure zu identifizieren und mehrere Rollenkombinationen zu analysieren. Dies lässt sich am Beispiel von <docfinder.at> sehr gut demonstrieren: Die Website in ihrer Gesamtbetrachtung wurde durch die Betreiberin veranlasst, sie hat die Entscheidung getroffen, dass hier Daten verwendet werden. Doch gleichzeitig besteht dieselbe Website aus einer Fülle von Diensten sowie Datenanwendungen iSd DSG 2000 und bietet dadurch viele Möglichkeiten für unterschiedliche Personen und -gruppen sich einzubinden. So können diese Akteure in unterschiedlichen Konstellationen unterschiedliche Rollen innehaben.

Wie ist nun damit umzugehen, wenn der Patient aus seiner eher passiven Rolle des Betroffenen in eine aktive Rolle – in jene des Auftraggebers – wechselt? Der Patient/Benutzer macht seinen Beitrag auf <docfinder.at> selbst einem großen Empfängerkreis,<sup>263</sup> nämlich potentiell allen Nutzern des Internets, zugänglich. Das ist insofern problematisch, als der Beitrag auf der Website sensible Daten über die Gesundheit einer von der Person des Benutzers unterschiedlichen natürlichen Person enthalten könnte; *Jahnel* würde hier von potentiell sensiblen Daten<sup>264</sup> sprechen, weil der vom Benutzer verfasste Beitrag sensible Daten enthalten kann, aber nicht zwangsweise muss. Die Konsequenz dieser Veröffentlichung ist in § 1 Abs 1 Satz 2 DSG 2000 und somit in einer Verfassungsbestimmung geregelt: Bei – wie in § 8 Abs 2 bzw § 9 Z 1 DSG 2000 genauer spezifiziert<sup>265</sup> – zulässigerweise veröffentlichten Daten oder wenn der Betroffene die Daten offenkundig selbst öffentlich gemacht hat, ist der Anspruch auf Geheimhaltung mangels schutzwürdigen Interesses ausgeschlossen. Dabei erscheint hier möglicherweise eine differenzierte Betrachtung nach der EuGH-Entscheidung zu Google und Google Spain<sup>266</sup> angemessen, weil der EuGH entschieden hat, dass Google Daten löschen muss, obwohl diese an anderer Stelle zulässigerweise veröffentlicht wurden. Dies ist insofern beachtlich, als Bewertungen von zB Kinderärzten auf <docfinder.at> in aller Regel wohl kaum durch die betroffenen Kinder selbst, als vielmehr durch deren Erziehungsberechtigte erfolgen werden. Die sensiblen Daten werden somit nicht durch den Betroffenen selbst veröffentlicht, sondern

<sup>261</sup> Vgl *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG 2000 ad § 4 Z 4 Rz 5.

<sup>262</sup> Vgl St Datenschutzgruppe 1/2010, 20.

<sup>263</sup> *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG 2000 ad § 1 Rz 8.

<sup>264</sup> *ZB Jahnel*, Datenschutzrecht 35.

<sup>265</sup> Vgl *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG 2000 ad § 1 Rz 8.

<sup>266</sup> EuGH 13.05.2014, C-131/12.

durch einen Dritten, denn das DSG 2000 sieht für verwandtschaftliche Naheverhältnis keine Sonderregeln vor.

Alternativ wäre hier noch die Verwendung der Daten zum Zweck der Gesundheitsvorsorge iSd § 9 Z 12 DSG 2000 zu prüfen. Diese Verwendungsart ist nur für *»ärztliches Personal oder sonstige Personen [...], die einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterliegen«*, vorgesehen, wobei bei <docfinder.at> davon auszugehen ist, dass solchen Personen<sup>267</sup> dort nicht in dieser Eigenschaft tätig werden, denn DocFinder ist als Werbeagentur und nicht etwa in der Gesundheits- und Krankenpflege tätig. Zudem ist sie Mitglied in der Fachgruppe Werbung und Marktkommunikation der Wirtschaftskammer Österreich.

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, dass diese vermeintlich triviale Materie überraschend komplex und vielschichtig ist. Wünschenswert wäre daher eine tiefgründigere Auseinandersetzung seitens der Lehre, der Gerichte oder gar des Gesetzgebers. Möglicherweise bietet die Datenschutz-Grundverordnung dafür einen geeigneten Rahmen.

---

<sup>267</sup> Vgl. Jahnel, Datenschutzrecht 19: zB *»Gesundheits- und Krankenpflegeberufe, gehobene medizinisch-technischen Dienste, Hebammen und für alle bei Trägern von Krankenanstalten und in Krankenanstalten beschäftigten Personen.«*



## **VIII. Anhang**

### **A) Verzeichnisse**

#### **1. Rechtsquellen**

##### **a) Völkerrecht**

[AEMR]: Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948

[Datenschutzkonvention]: Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten vom 28.01.1981

[EMRK]: Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl 210/1958 (seit BGBl 59/1964 mit Verfassungsrang ausgestattet) idF BGBl III 47/2010

##### **b) Unionsrecht**

[AEUV]: Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl C 2007/306, 1 idF C 2012/326, 1

[Datenschutz-Grundverordnung, DSGVO]: Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl L 2016/119, 1

[Datenschutz-Richtlinie, DS-RL]: Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl L 1995/281, 31 idF L 2003/284, 1

[Datenschutz-Richtlinie für den Bereich Justiz und Inneres]: Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, ABl L 2016/119, 89

[Datenschutzverordnung für die EU-Organen]: Verordnung (EG) 45/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18.12.2000 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr, ABl L 2001/8, 1

[eCommerce-Richtlinie]: Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 08.06.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl L 2000/178, 1

[ePrivacy-Richtlinie]: Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.07.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl L 2002/201, 37

[EUV]: Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13.12.2007, ABl C 2007/306, 1 idF C 2009/290, 1

[Geheimnisschutz-Richtlinie]: Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 08.06.2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, ABl L 2016/157, 1

[Grundrechtecharta]: Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl C 2007/303, 1 idF C 2010/83, 389

[PNR-Richtlinie]: Richtlinie (EU) 2016/681 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.04.2016 über die Verwendung von Fluggastdatensätzen (PNR-Daten) zur Verhütung, Aufdeckung, Ermittlung und Verfolgung von terroristischen Straftaten und schwerer Kriminalität, ABl L 2016/119, 132

### **c) Österreichische Bundesnormen**

[ABGB]: Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, JGS 946/1811 idF BGBl I 43/2016

[Abschlussprüfer-Aufsichtsgesetz]: Bundesgesetz über die Aufsicht über Abschlussprüfer und Prüfungsgesellschaften, BGBl I 83/2016

[Allgemeines Sozialversicherungsgesetz]: Bundesgesetz vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung, BGBl 189/1955 idF I 32/107

[ArbeitnehmerInnenschutzgesetz]: Bundesgesetz über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit, BGBl 450/1994 idF I 72/2016

[Arbeitsinspektionsgesetz 1993]: Bundesgesetz über die Arbeitsinspektion, BGBl 27/1993 idF I 72/2016

[Arbeitskräfteüberlassungsgesetz]: Bundesgesetz vom 23. März 1988, mit dem die Überlassung von Arbeitskräften geregelt, BGBl 196/1988 idF I 120/2016

[Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977]: BGBl 609/1977 idF I 31/2017

[Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz]: AVRAG, BGBl 459/1993 idF I 20/2017

[ArbVG]: Bundesgesetz vom 14. Dezember 1973 betreffend die Arbeitsverfassung, BGBl 22/1974 idF I 71/2013

[Arzneimittelbetriebsordnung 2009]: Verordnung des Bundesministers für Gesundheit über Betriebe, die Arzneimittel oder Wirkstoffe herstellen, kontrollieren oder in Verkehr bringen und über die Vermittlung von Arzneimitteln, BGBl II 324/2008 idF II 179/2013

[Arzneimittelgesetz]: Bundesgesetz vom 2. März 1983 über die Herstellung und das Inverkehrbringen von Arzneimitteln, BGBl 185/1983 idF I 162/2013

[ÄrzteG]: Bundesgesetz über die Ausübung des ärztlichen Berufes und die Standesvertretung der Ärzte, BGBl I 169/1998 idF I 9/2016

[Ausländerbeschäftigungsgesetz]: Bundesgesetz vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird, BGBl 218/1975 idF I 113/2015

[AVRAG]: Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, BGBl 459/1993 idF I 44/2016

[B-VG]: Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl 1/1930 idF I 106/2016

[Bankwesengesetz]: Bundesgesetz über das Bankwesen, BGBl 532/1993 idF I 118/2016

[BAO]: Bundesgesetz über allgemeine Bestimmungen und das Verfahren für die von den Abgabenbehörden des Bundes, der Länder und Gemeinden verwalteten Abgaben, BGBl 194/1961 idF I 28/1999

[Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz]: Bundesgesetz betreffend den Urlaub und die Abfertigung für Arbeitnehmer in der Bauwirtschaft, BGBl 414/1972 idF I 32/2017

[Bauern-Sozialversicherungsgesetz]: Bundesgesetz vom 11. Oktober 1978 über die Sozialversicherung der in der Land- und Forstwirtschaft selbständig Erwerbstätigen, BGBl 559/1978 idF I 33/2017

[Behandlung von Lebensmitteln und Verzehrsprodukten mit ionisierenden Strahlen]: Verordnung der Bundesministerin für soziale Sicherheit und Generationen über die Behandlung von Lebensmitteln und Verzehrsprodukten mit ionisierenden Strahlen, BGBl II 327/2000

[Bildungsdokumentationsgesetz]: Bundesgesetz über die Dokumentation im Bildungswesen, BGBl I 12/2002 idF I 120 2016

[BRZ GmbH]: Bundesgesetz über die Bundesrechenzentrum GmbH, BGBl 757/1996 idF I 71/2003

[Bundesvergabegesetz 2006]: Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen, BGBl I 17/2006

[Chemikalien-GLP-Inspektionsverordnung]: Verordnung des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft über die Anwendung der Grundsätze der Guten Laborpraxis (GLP) und die Kontrolle ihrer Einhaltung, BGBl II 211/2000

[Datenschutzangemessenheits-Verordnung]: Verordnung des Bundeskanzlers über den angemessenen Datenschutz in Drittstaaten, BGBl II 150/2013 idF II 449/2015

[Datenverarbeitungsregister-Verordnung 2012]: Verordnung des Bundeskanzlers über das bei der Datenschutzbehörde eingerichtete Datenverarbeitungsregister, BGBl II 257/2012 idF II 213/2013

[DSG 1978]: Bundesgesetz vom 18. Oktober 1978 über den Schutz personenbezogener Daten, BGBl 565/1978 idF I 165/1999

[DSG 2000]: Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten, BGBl I 165/1999 idF I 132/2015

[DSG 2018]: Bundesgesetz zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, BGBl I 120/2017

[E-Commerce-Gesetz]: Bundesgesetz, mit dem bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden, BGBl I 152/2001 idF I 34/2015

[Elektrizitätswirtschafts- und –organisationsgesetz 2010]: Bundesgesetz, mit dem die Organisation auf dem Gebiet der Elektrizitätswirtschaft neu geregelt wird, BGBl I 110/2010 idF I 174/2013

[EU–Polizeikooperationsgesetz]: Bundesgesetz über die polizeiliche Kooperation mit den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und dem Europäischen Polizeiamt (Europol), BGBl I 132/2009 idF I 120/2016

[FTEG]: Bundesgesetz über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen, BGBl I 134/2001 idF I 134/2015

[Gaswirtschaftsgesetz 2011]: Bundesgesetz, mit dem Neuregelungen auf dem Gebiet der Erdgaswirtschaft erlassen werden, BGBl I 107/2011 idF I 19/2017

[Gesundheitstelematikgesetz 2012]: Bundesgesetz betreffend Datensicherheitsmaßnahmen bei der Verwendung elektronischer Gesundheitsdaten, BGBl 111/2012 idF I 120/2016

[GewO]: Gewerbeordnung 1994, BGBl 194/1994 idF I 42/2008

[GOG]: Gesetz vom 27. November 1896, womit Vorschriften über die Besetzung, innere Einrichtung und Geschäftsordnung der Gerichte erlassen werden, RGBl 217/1896 idF BGBl I 128/2004

[Heimarbeitsgesetz 1960]: BGBl 105/1961 idF I 44/2016

[KommAustria-Gesetz]: Bundesgesetz über die Einrichtung einer Kommunikationsbehörde Austria (»KommAustria«), BGBl I 32/2001 idF I 134/2015

[MedienG]: Bundesgesetz vom 12. Juni 1981 über die Presse und andere publizistische Medien, BGBl 314/1981 idF I 101/2014

[Meldegesetz 1991]: Bundesgesetz über das polizeiliche Meldewesen, BGBl 9/1992 idF I 120/2016

[Militärbefugnisgesetz]: Bundesgesetz über Aufgaben und Befugnisse im Rahmen der militärischen Landesverteidigung, BGBl I 86/2000 idF I 181/2013

[Pensionskassengesetz]: Bundesgesetz vom 17. Mai 1990 über die Errichtung, Verwaltung und Beaufsichtigung von Pensionskassen, BGBl 281/1990 idF I 68/2015

[Pflegefondsgesetz]: Bundesgesetz, mit dem ein Pflegefonds eingerichtet und ein Zweckzuschuss an die Länder zur Sicherung und zum bedarfsgerechten Aus- und Aufbau des Betreuungs- und Pflegedienstleistungsangebotes in der Langzeitpflege für die Jahre 2011 bis 2021 gewährt wird, BGBl I 57/2011 idF I 22/2017

[Registerzählungsgesetz]: Bundesgesetz über die Durchführung von Volks-, Arbeitsstätten-, Gebäude- und Wohnungszählungen, BGBl I 33/2006 idF I 125/2009

[SPG]: Bundesgesetz über die Organisation der Sicherheitsverwaltung und die Ausübung der Sicherheitspolizei, BGBl 566/1991 idF I 5/2016

[Staatsanwaltschaftsgesetz]: Bundesgesetz vom 5. März 1986 über die staatsanwaltschaftlichen Behörden, BGBl 164/1986 idF I 28/2016

[Standard- und Muster-Verordnung 2004]: Verordnung des Bundeskanzlers über Standard- und Musteranwendungen nach dem Datenschutzgesetz 2000, BGBl II 312/2004 idF II 278/2015

[StGG]: Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBI 142/1867 idF BGBl 684/1988

[Strahlenschutzgesetz]: Bundesgesetz über Maßnahmen zum Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Menschen einschließlich ihrer Nachkommenschaft vor Schäden durch ionisierende Strahlen, BGBl 227/1969 idF I 133/2015

[TKG 2003]: Telekommunikationsgesetz 2003, BGBl I 70/2003 idF I 6/2016

[Verbraucherkreditgesetz]: Bundesgesetz über Verbraucherkreditverträge und andere Formen der Kreditierung zu Gunsten von Verbrauchern, BGBl I 28/2010 idF I 135/2015

[Zollrechts-Durchführungsgesetz]: Bundesgesetz betreffend ergänzende Regelungen zur Durchführung des Zollrechts der Europäischen Gemeinschaften, BGBl 659/1994 idF I 120/2016

#### **d) Österreichisches Landesrecht**

[ADD SG-Gesetz (Salzburg)]: Gesetz über Auskunftspflicht, Dokumentenweiterverwendung, Datenschutz, Landesstatistik und Geodateninfrastruktur, LGBl 73/1988 idF 59/2015

[Burgenländisches Datenschutzgesetz]: Gesetz vom 30. Juni 2005 über den Schutz personenbezogener Daten bei nicht automationsunterstützt geführten Dateien, LGBl 87/2005 idF 79/2013

[Kärntner Informations- und Statistikgesetz]: Gesetz vom 7. Juli 2005 über Auskunftspflicht, Datenschutz und Statistik des Landes, LGBl 70/2005 idF 22/2016

[Landes-Datenschutzgesetz (Vorarlberg)]: Landes-Datenschutzgesetz, LGBl 19/2000 idF 44/2013

[NÖ Datenschutzgesetz]: NÖ Datenschutzgesetz, LGBl 0901-0 idF 0901-2

[OÖ Auskunftspflicht-, Datenschutz- und Informationsweiterverwendungsgesetz]: Landesgesetz über die Auskunftspflicht, den Datenschutz und die Weiterverwendung von Informationen öffentlicher Stellen, LGBl 46/1988 idF 68/2015

[Steiermärkisches Datenschutzgesetz]: Gesetz vom 20. März 2001 über den Schutz personenbezogener Daten in nicht automationsunterstützt geführten Dateien, LGBl 39/2001 idF 146/2013

[Tiroler Datenschutzgesetz 2014]: Gesetz vom 6. November 2013 über den Schutz personenbezogener Daten im nichtautomationsunterstützten Datenverkehr, LGBl 158/2013

[Wiener Datenschutzgesetz]: Gesetz über den Schutz personenbezogener Daten, LGBl 125/2001

## **e) Deutsches Recht**

[deTMG]: Telemediengesetz, BGBl vom 26.02.2007 I 179 idF Art 1 BGBl vom 28.09.2017 I 3530

[deUWG]: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, BGBl vom 03.03.2010 I 254 idF Art 4 G vom 17.02.2016 I 233

## **2. Materialien**

AB 1761 BlgNR XXV. GP [Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018]

ErläutRV 472 BlgNR XXIV. GP [DSG-Novelle 2010]

ErläutRV 1613 BlgNR XX. GP [DSG 2000 Stammfassung]

[PK 829/2017] 29.06.2017 Nationalrat verabschiedet umfangreiche Novelle zum Datenschutzgesetz

[PK 803/2017] 26.06.2017 Komplette Neufassung des Datenschutzgesetzes ist vorerst abgesagt

St (Art 29 Datenschutzgruppe) 16.02.2010 Stellungnahme 1/2010 zu den Begriffen »für die Verarbeitung Verantwortlicher« und »Auftragsverarbeiter« [St Datenschutzgruppe 1/2010]

St (Art 29 Datenschutzgruppe) 12.09.2009 Stellungnahme 5/2009 zur Nutzung sozialer Online-Netzwerke [St Datenschutzgruppe 5/2009]

St (COM) Stellungnahme der Kommission vom 18.07.1995 zu den Abänderungen des Europäischen Parlaments des gemeinsamen Standpunkts des Rates betreffend den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr zur Änderung des Vorschlags der Kommission [(95) 375 final]

## **3. Rechtsprechung**

BGH 23.09.2014, VI ZR 358/13 [Ärztbewertung II]

BGH 01.07.2014, VI ZR 345/13 [Ärztbewertung I]

DSK 13.07.2012 K121.810/0013-DSK/2012

EuGH 13.05.2014, C-131/12 [Google Spain]

OGH 27.06.2016, 6 Ob 48/16a = jusIT 2016/94, 213 (*Thiele*) = EvBl-LS 2016/149 = DaKo 2016/77, 115 = Newsletter Menschenrechte NL 2016,479 = ZIIR 2016,428 (*Thiele*) = RdW 2016/613, 831 = ZfG 2016,85 = ecolex 2017/13, 29 = RdM 2017/68, 94 (*Gabauer*) = RdM-LS 2017/62 [www.docfinder.at II]

OGH 04.05.2004, 4 Ob 50/04p = ecolex 2004,873 (krit *Knyrim*) = RdW 2005/244, 200 (krit *Jahnel*) [Kein Schutz von Unternehmensdaten]

OLG Linz 16.07.2009, 3 R 101/09g = jusIT 2010/13, 26 = MR 2009, 306 [kritische Äußerung in Online-Forum]

VfGH 08.10.2015, G 264/2015 [www.docfinder.at I]

VfGH 14.03.2012, U 466/11 = iFamZ 2012/120, 164 (*Cede/Pesendorfer*) = ZFR 2012/62, 122 (*Granner/Raschauer*) = JBl 2012, 503 (*Potacs*) = JAP 2013/2014/4, 29 (*Eisenberger*) = ZfV 2012/638, 401 (*Mayr*) = FABL 2/2012-II, 14 (*Winkler*) = ecolex 2012, 827 (*Funk*) = ZÖR 2012, 587 (*Pöschl*) = JBl 2012, 675 (*Heller*) = JBl 2012, 763 (*Gamper*) = ÖJZ 2012/121, 1062 (*Brenn*) = ZUV 2012, 103 (*Weh*) = JRP 2012, 298 (*Grabenwarter*) = JRP 2012, 355 (*Merli*) = migraLex 2012, 74 (*Schmaus*) = migraLex 2013, 14 (*Danda*) = VfSlg 19.632/2012 [Grundrechtecharta als Prüfungsmaßstab in Verfahren der generellen Normenkontrolle]

Vwgh 27.04.2012, 2010/17/0003 = VwSlg 18396 A/2012 [Waschküche]

#### 4. Literatur

*Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim* in *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim* (Hrsg), Datenschutzgesetz 2000<sup>2</sup> (2015) [DSG 2000]

*Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, Erläuterungen zum »Datenschutzdreieck«, in *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim* (Hrsg), DSG<sup>2</sup> (2014) [Datenschutzdreieck]

*Jahnel*, Datenschutzrecht, in *Bachmann/Baumgartner/Feik/Fuchs/Giese/Jahnel/Lienbacher* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht<sup>10</sup> (2014) 1 [Datenschutzrecht]

*Jahnel*, OGH: Kein Schutz von Unternehmensdaten nach dem DSG? RdW 2005/4, 200

*Kotschy*, Das Grundrecht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten (Teil II) in *Jahnel* (Hrsg) Jahrbuch Datenschutzrecht und E-Government 2013, 23 [Grundrecht auf Geheimhaltung 2]



*Kotschy*, Das Grundrecht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten (Teil I) in Jahnel (Hrsg) Jahrbuch Datenschutzrecht und E-Government 2012, 27 [Grundrecht auf Geheimhaltung 1]

*Kotschy*, Anmerkungen anhand der DSG-Novelle 2010 zu einem zeitgemäßen datenschutzrechtlichen Auftraggeberbegriff, in Lienbacher/Wielinger, Jahrbuch Öffentliches Recht 2011, 127 [Anmerkungen zu einem zeitgemäßen Auftraggeberbegriff]

*Leissler*, Soziale Netzwerke und Datenschutz, in Jahnel, Jahrbuch Datenschutzrecht 2011, 103

*Müllder*, Datenschutz und Privatsphäre in Social Networks am Beispiel Facebook, SPRW 2014, 471

*Olechowski*, Kelsens Rechtslehre im Überblick, in Ehs (Hrsg), Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung (2011) 47 [Kelsens Rechtslehre im Überblick]

*Staudegger*, Haftungsprivilegierung des Hostproviders oder Medieninhaberschaft – tertium non datur, ALJ 2015/1, 42

*Staudegger*, Zur Zulässigkeit des Handels mit Daten aus Anlass der Weitergabe von »Gesundheitsdaten«, ÖJZ 2014/3, 107

*Thiele*, OGH: Widerspruch und Schutz des Namens- und Persönlichkeitsrechts bei Ärzte-Suchportal, jusIT 2016/94, 213

## **5. Online-Quellen**

DocFinder, Allgemeine Geschäftsbedingungen für die Benutzung von DocFinder.at <docfinder.at/ueberuns/agb>

DocFinder, Impressum <docfinder.at/ueberuns/impressum>

DocFinder, Praxismarketing <docfinder.at/praxismarketing>

DocFinder, Premium-Einträge im Vergleich <docfinder.at/praxismarketing/premium-eintrag>

DocFinder, Über DocFinder <docfinder.at/ueberuns>

nic.at, Domain Suche <<https://www.nic.at/de/meine-at-domain/domain-suche/whois>>

Österreichische Datenschutzbehörde, Gesetze zum Datenschutzrecht – Auszüge aus Gesetzen und Verordnungen <<https://www.dsb.gv.at/gesetze-in-osterreich>>

RIPE NCC, Database Query <<https://apps.db.ripe.net/search>>

Wirtschaftskammer Österreich, WKO Firmen A-Z ad DocFinder GmbH <<https://firmen.wko.at/Web/DetailsKontakt.aspx?FirmaID=b982decd-697c-481f-9efe-a04df03784e2>>.

## **B) Zusammenfassung**

In letzter Zeit haben sich für viele Branchen und Märkte im Internet Bewertungsplattformen herausgebildet. Dadurch können beispielsweise Versandhändler und deren Produkte oder Hotels bei Reiseanbietern bewertet werden. Somit besteht die Möglichkeit für die Kunden intransparente Märkte durchsichtiger zu machen. Diesen Trend folgend bietet das Wiener Unternehmen DocFinder unter der Domain <docfinder.at> ein Bewertungsportal an, auf dem Patienten Ärzte bewerten können. Dabei handelt es sich – zumindest nach eigenen Angaben – um »Österreichs führendes Arztsuch- und Gesundheitsportal«. DocFinder legt für alle Ärzte eine Profilseite auf Basis der Ärzteliste an, die von der Österreichischen Ärztekammer veröffentlicht wird.

Patienten bzw Benutzer des Portals können ihren Arztbesuch kommentieren und zusätzlich eine Bewertung abgeben. Kommentare bieten registrierten Benutzern eine Möglichkeit, über ein Freitextfeld Anmerkungen zu einem Arzt zu machen und Erfahrungen, die sie im Rahmen der Behandlung gemacht haben, zu teilen. Bewertungen werden in zehn unterschiedlichen Kategorien, in einem an Schulnoten angelehnten System, vergeben, wobei 5 für Ausgezeichnet und 0 für Nicht Genügend steht.

Unter Akteuren werden in dieser Arbeit die real auftretenden Personen verstanden. Bei der Bezeichnung des Akteurs handelt es sich bewusst nicht um einen rechtlichen, sondern um einen analytischen Begriff. Damit wird unterschieden zwischen den Rollen iSd § 4 Z 3–5 DSG 2000 und den tatsächlich handelnden Personen. Akteure sind insb die Betreiberin der Webseite, Ärzte, sowie Patienten, die Berichte über Ärzte auf dem Portal verfassen.

Die Gegenüberstellung von Akteuren zu datenschutzrechtlichen Rollen nach der in der Subsumtion ausgewählter Sachverhalte lässt sich in der folgenden Tabelle veranschaulichen:

<b>Akteur // Rolle</b>	<b>Auftraggeber (Z 4)</b>	<b>Dienstleister (Z 5)</b>	<b>Betroffener (Z 3)</b>
<b>Betreiberin</b>	möglich	möglich	niemals
<b>Hosting-Provider</b>	niemals	möglich	niemals
<b>Ärzte</b>	möglich	niemals	möglich
<b>Benutzer</b>	möglich	niemals	möglich

Alleine aus der faktischen Analyse der Gegebenheiten lässt sich klar erkennen, dass ein Akteur – in verschiedenen Situationen – unterschiedliche Rollen iSd § 4 DSG 2000 innehaben kann. Letztendlich ist es eine Frage der Granularität, in der eine Datenanwendung unterteilt werden soll, um weitere Akteure zu identifizieren und mehrere Rollenkombinationen zu analysieren. Dies lässt sich am Beispiel von <docfinder.at> sehr gut demonstrieren: Die Website in ihrer Gesamtbetrachtung wurde durch die Betreiberin veranlasst, sie hat die Entscheidung getroffen, dass hier Daten verwendet werden. Doch gleichzeitig besteht dieselbe Website aus einer Fülle von Diensten sowie Datenanwendungen iSd DSG 2000 und bietet dadurch viele Möglichkeiten für unterschiedliche Personen und -gruppen sich einzubinden. So können diese Akteure in unterschiedlichen Konstellationen unterschiedliche Rollen innehaben. Die vorgenommene Auseinandersetzung mit dem Gesetz, den Materialien und der Literatur hat auch keine Hinweise ergeben, dass dies in irgendeiner Weise unmöglich oder gar verboten sein könnte. Insb bei Ärzten und ebenso bei den Benutzern können durch die Kombinationen der Rollen Auftraggeber und Betroffener spannende Konstellation zB in Bezug auf die Rechtsdurchsetzung oder die Betroffenenrechte auftreten.

Auf Basis der oben genannten Ausführungen kann es weder bei sozialen Netzwerken noch bei Bewertungsplattformen zu einer pauschalen Unterteilung in Auftraggeber und Betroffenen kommen. Es bedarf immer einer detaillierten Analyse im Einzelfall.

Gerade in der derzeitigen Umstellung auf das Regime der Datenschutz-Grundverordnung sollte besonders Bedacht genommen werden, ob ein Akteur nun Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter ist, weil den Verantwortlichen die Mehrheit der Pflichten aus der DSGVO treffen und diesen idR auch die verhängten Geldbußen treffen. Abschließend bleibt zu sagen, dass diese Arbeit ihre Gültigkeit trotz der Analyse gem DSG 2000 auch in Anbetracht der neuen Rechtslage durch die DSGVO behält, weil die österreichischen Begriffe stets im Sinne des Unionsrecht ausgelegt werden mussten.

Insofern stimmen beide Ausprägungen, trotz der sprachlichen Unterschiede, inhaltlich überein.

## C) Abstract

Rating platforms play an increasingly important role in everyday life. They offer consumers, employees, or business people an easy and convenient way of publicly rating businesses in various industries. This can lead to better transparency in a market. The Austrian-based platform DocFinder allows patients to rate their doctors. The platform pulls a doctor's name, his specialty, and contact data from the public register maintained by the official Austrian medical association. Patients can rate their physicians in ten categories, using a system of school grades. A free text comment can be added.

A comparison of the Key Players and the Personas is shown in the following table: This thesis uses the two notions of a "Player" (Akteur) and a "Role" in order to differentiate between the individuals who take factual action, and the legal persona they assume under data protection law while doing so. Medical doctors, patients, or DocFinder as the entity operating the website <docfinder.at> would be Players, for example. Possible Roles are those of data subject, controller, and processor, as defined in the Austrian Data Protection Act (§ 4 Z 3–5 DSG 2000). This concept makes it possible to clearly show that the same Player will assume different Roles in the ordinary course of things:

<b>Player // Role</b>	<b>controller</b>	<b>processor</b>	<b>data subject</b>
<b>operator</b>	possible	possible	never
<b>Hosting-Provider</b>	never	possible	never
<b>physician</b>	possible	never	possible
<b>user</b>	possible	never	possible

It can be seen that DocFinder, despite being the website's operator and therefore being the controller for most of the data, can just as easily be the processor, depending on the exact situation. Neither legislative materials nor academic literature lead to the conclusion that it might be impossible for one Player to assume multiple Personas in the identical overall social context. Determining who the controller is when legally assessing a rating platform or similar social media platform therefore requires an in-depth analysis of each individual case.

Not least the oncoming EU General Data Protection Regulation (GDPR) underlines the importance of carefully examining if a Player is a controller or processor. Since both are harmonized terms, the concept employed here should remain valid.