
Dr. Markus Knasmüller

Allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für Informations- und Kommunikationstechnologie sowie für Glücksspiel; Geschäftsführer, BMD Systemhaus GesmbH, Steyr

DSGVO-Update für Sachverständige

1. Einleitung

Die mit 25. 5. 2018 in Kraft getretene DSGVO¹ hat die Arbeitsweise (bzw zumindest die Vorschriften dafür) in allen Unternehmen und natürlich auch jene der Sachverständigen betroffen. Sie brachte eine Vielzahl von Vorschriften, deren Einhaltung häufig einen hohen Aufwand bedeuten, mit sich. Leider sind diese Vorschriften oft auch etwas schwammig formuliert, was dazu führt, dass wesentliche Fragen (etwa jene, ob der Sachverständige Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter im Sinne der DSGVO ist) immer noch nicht endgültig beantwortet sind. Der Autor hat daher schon in seinem in dieser Zeitschrift 2019 erschienenen Artikel² über die ersten Klarheiten betreffend einzelne Fragen geschrieben. Ziel des vorliegenden Beitrags ist ein Update mit genauerem Blick auf aktuelle Entscheidungen von diversen Behörden, insbesondere natürlich der österreichischen Datenschutzbehörde, die weitere Klarheit bringen.

2. Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter?

Ein wesentlicher Punkt bei den Vorschriften der DSGVO ist, dass einige davon (etwa die gesamten Transparenzrechte, also das Recht auf Information oder das Recht auf Auskunft) nur durch den Verantwortlichen, nicht aber durch den Auftragsverarbeiter zu erfüllen sind. Insbesondere treffen die Rechte auf Information und Auskunft nicht den Auftragsverarbeiter.

Die Definitionen der beiden Gruppen in der DSGVO lassen großen Spielraum. Der Hauptverband der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen vertritt dabei (gestützt auf ein Rechtsgutachten von Univ.-Prof. Mag. Dr. *Nikolaus Forgó* und Univ.-Ass. Mag. *Žiga Škorjanc*³ und auch auf die Erläuterungen zu § 83 GOG in der Fassung der Novelle BGBl I 2018/32)⁴ die Ansicht, dass Gerichtssachverständige bei Erstattung von Gutachten im Auftrag eines Gerichts oder einer Staatsanwaltschaft, aber wohl auch im privaten Auftrag bis zur Erfüllung des Auftrags im Regelfall nur Auftragsverarbeiter sind. Dies, da Gerichtssachverständige hinsichtlich des Zwecks und des sich daraus ergebenden Umfangs der Datenverarbeitung an den Gutachtensauftrag gebunden sind und daher tatsächlich nur in diesem Rahmen über die Frage, welche Daten konkret verarbeitet werden und mit welchen technischen Mittel dies geschieht, entscheiden.⁵

Hingegen hat das BVwG in seiner Entscheidung vom 27. 9. 2018, W214 2127449-1, einen anderen Standpunkt vertreten. Demnach wäre der Sachverständige zumindest gemeinsam mit dem Gericht datenschutzrechtlicher Verantwortlicher, da selbständig und eigenverantwortlich

über die Mittel entschieden wird. Eine außerordentliche Amtsrevision der Datenschutzbehörde wurde vom VwGH in seiner Entscheidung vom 22. 3. 2019, Ra 2018/04/0194, zurückgewiesen, wengleich dabei nicht auf die Thematik „Auftragsverarbeiter oder Verantwortlicher?“ eingegangen wurde. Auch in der Literatur finden sich vereinzelt Quellen, die die Auffassung, dass der Sachverständige selbst (alleiniger) Verantwortlicher wäre, vertreten.⁶ Das bereits erwähnte Rechtsgutachten von *Forgó/Škorjanc* kommt hingegen zum eindeutigen Schluss, dass es sich beim gerichtlich bestellten Sachverständigen um einen Auftragsverarbeiter handelt.

Interessant sind in diesem Zusammenhang einige wohl richtungsweisende Entscheidungen bzw Stellungnahmen anderer Verbände. Steuerberater werden in Österreich von der Datenschutzbehörde jedenfalls als Verantwortliche angesehen.⁷ In Deutschland war dies aber nicht so eindeutig. Hier gab es unterschiedliche Rechtsansichten der verschiedenen Aufsichtsbehörden.⁸ Aus diesem Grund wurde die Situation durch die Gesetzgebung (§ 11 deutsches Steuerberatungsgesetz) mit 18. 12. 2019 geregelt. Demnach sind in Deutschland Steuerberater bei der Verarbeitung sämtlicher personenbezogener Daten ihrer Mandanten Verantwortliche gemäß DSGVO.

Auch für Bilanzbuchhalter gilt wohl die Eigenschaft als Verantwortlicher. Zumindest hat der zuständige Fachverband Unternehmensberatung, Buchhaltung und IT (UBIT) in einem *code of conduct* festgehalten, dass Berufsberechtigte insbesondere bei Tätigkeiten im Rahmen ihres Berechtigungsumfangs gemäß BiBuG 2014 bei der Verarbeitung von personenberechtigten Daten datenschutzrechtlich als Verantwortliche zu qualifizieren sind. Selbst der Betriebsrat wird von der Datenschutzbehörde, soweit er für Zwecke der kollektiven Vertretung der Arbeitnehmerschaft personenbezogene Daten verarbeitet, als ein eigenständiger (vom Betriebsinhaber verschiedener) Verantwortlicher angesehen.⁹

Es zeigt sich also, dass die Behörden hier bislang den Begriff „Verantwortlicher“ relativ großzügig auslegen. Daher wird bezüglich einer etwaigen Verantwortlicheigenschaft von gerichtlich bestellten Sachverständigen die höchstgerichtliche Rechtsprechung abzuwarten sein, um diese Frage endgültig zu klären. Die verschiedenartigen Konsequenzen wurden dabei schon im bereits erwähnten Artikel des Autors aus 2019 näher erläutert. Zusätzlich erwähnt werden sollte aber – angesichts der aktuellen COVID-19-bedingten Entwicklung – noch, dass auch Auftragsverarbeiter Daten im Homeoffice verarbeiten dürfen, sofern nicht mit dem Verantwortlichen entsprechende anderslautende Bestimmungen vereinbart sind.

3. Strafen

Zwar werden im Zusammenhang mit der DSGVO immer wieder die drohenden Strafen als wesentlicher Punkt genannt, warum der Datenschutz ernst genommen werden sollte. Abgesehen davon, dass dies ohnehin nicht der Hauptauslöser sein sollte, sind bislang zumindest in Österreich noch sehr wenige Strafen ausgesprochen worden. Die – sogar europaweit – allererste ausgesprochene DSGVO-Strafe, nämlich wegen einer Videoüberwachung eines Wettbüros, wurde mittlerweile sogar aufgehoben. Denn im Erkenntnis des BVwG vom 19. 8. 2019, W211 2208885-1, wurde die ursprüngliche Entscheidung ersatzlos aufgehoben und das Verfahren eingestellt,¹⁰ allerdings mehr aus formalen Gründen. Dies, da es eine Geldstrafe gegen eine GmbH war und von der Datenschutzbehörde keine ausreichenden Verfolgungshandlungen gegen eine natürliche Person (Führungsperson im Sinne des § 30 DSG) gesetzt wurden.

Auch zwei weitere Strafen, nämlich gegen die Österreichische Post AG (immerhin € 18 Mio) und gegen eine Allergieklinik (€ 50.000,-) sind aufgehoben oder reduziert worden. Auf die ohnehin durch die Medien bekannte – mittlerweile aufgehobene – Strafe gegen die Österreichische Post AG wegen Speicherung von Parteiaffinitäten muss an dieser Stelle wohl nicht näher eingegangen werden. Interessant ist aber sicherlich das Strafverfahren gegen eine Allergieklinik. Die dieser Strafe zugrunde liegende Entscheidung der Datenschutzbehörde vom 16. 11. 2018, DSB-D213.692/0001-DSB/2018, wurde schon im bereits erwähnten Artikel des Autors aus 2019 näher beschrieben. Hier wurden aufgrund einer Meldung einer Datenschutzverletzung behördenseitig Untersuchungen eingeleitet und in weiterer Folge einige Vergehen (wie ein fehlender Datenschutzbeauftragter) festgestellt. Auch wurden *de facto* erzwungene Einwilligungen, ohne die der Vertrag nicht abgeschlossen werden konnte, als rechtswidrig angesehen. Aufgrund einer Beschwerde wurde die Strafe allerdings vom BVwG mit Entscheidung vom 12. 3. 2020, W256 2223922-1, halbiert.

Neben diesen beiden – von weiteren Strafen wegen Videoüberwachung abgesehen – ist dem Autor aus Österreich nur eine einzige weitere DSGVO-Strafe bekannt, nämlich eine Strafverfügung in Höhe von € 600,-¹¹ für einen Arzt, der über einen Zeitraum von zirka vier bis fünf Monaten auf seiner persönlichen Facebook-Seite Ausschnitte aus Patientenbriefen, Befunden etc veröffentlicht hat. Enthalten waren unter anderem Patientennamen und medizinische Diagnosen und dies ohne ausdrückliche Einwilligung.¹²

Da die DSGVO ja im gesamten EWR gilt, sind natürlich auch die Strafen aus anderen Ländern von großem Interesse, insbesondere da mittelfristig zu erwarten ist, dass zumindest informell ein europaweit gültiger Strafkatalog erarbeitet werden wird. Deutschland hat hierbei bereits Vorarbeiten geleistet und ein Konzept der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder zur Bußgeldzumessung in Verfahren gegen Unternehmen entworfen. Dieses sieht eine Bußgeldzumessung abhängig vom Umsatz (umsatzbasierte Ermittlung eines Tagesatzes), der Schwere des konkreten Verstoßes (Dauer,

Art, Umfang und Zweck der betreffenden rechtswidrigen Verarbeitung, Anzahl der betroffenen Personen, Ausmaß des Schadens) und weiterer relevanter Bußgeldzumessungskriterien (Verschulden, Grad der Verantwortung etc) vor. Basierend auf diesem Strafkatalog wurden sehr hohe Strafen verhängt, etwa € 35 Mio gegen einen Textilhändler, weil das Privatleben von mehreren hundert Mitarbeitern ausgeforscht wurde, und € 9,5 Mio gegen einen Telekommunikationsdienstleister aufgrund der unerlaubten Herausgabe von Daten. Letztere Strafe wurde allerdings vom zuständigen Landgericht auf € 900.000,- reduziert.

Auch in anderen Ländern wurden durchaus hohe Strafen vergeben, etwa € 645.000,- in Polen gegen eine Firma, die von einem Hackerangriff aufgrund eines Datenlecks betroffen war (unzureichende Schutzmaßnahmen), oder € 500.000,- in Frankreich, weil in einem *Customer-relationship-Management*-System auch unnötigerweise Daten über den Gesundheitszustand von angerufenen Personen gespeichert waren.

Abgesehen davon drohen bei entsprechenden Verletzungen auch Schadenersatzklagen von Betroffenen, die – insbesondere bei vielen Betroffenen in Summe – vielfach sogar noch finanziell höher als etwaige Strafen ausfallen könnten. Wichtig ist dabei, dass den bisherigen Urteilen in derartigen Verfahren eine eher zurückhaltende, enge Auslegung des immateriellen Schadensbegriffs zugrunde liegt. Diese Rechtsprechung, aber auch die potenziellen Auswirkungen von derartigen Schadenersatzverfahren zeigen sich insbesondere an einer Klage beim LG Feldkirch, die wegen der oben erwähnten Speicherung der Parteiaffinität einer Person durch die Österreichische Post AG eingebracht wurde. In erster Instanz wurde dabei ein Schadensersatz von € 800,- zugesprochen. Aufgrund der – wie in Datenschutzverfahren häufig – hohen Anzahl von betroffenen Personen wäre dies hochgerechnet ein Schaden von bis zu € 2 Mrd (wenn jede betroffene Person geklagt hätte und jeweils der gleiche Betrag zugesprochen worden wäre) gewesen. Allerdings hat das OLG Innsbruck dieses Urteil aufgehoben, weil die geforderte Erheblichkeitsschwelle nicht überschritten wurde.

4. Weitere wesentliche Entscheidungen

In diesem Abschnitt soll auf weitere für Sachverständige relevante Entscheidungen, die von der österreichischen Datenschutzbehörde veröffentlicht worden sind, eingegangen werden.

Interessant ist dabei etwa die Entscheidung vom 22. 11. 2018, DSB-D213.705/0003-DSB/2018, wonach die Datenschutzbehörde bei einer österreichischen Staatsanwaltschaft aufgrund der Weisungskette bis zu einem obersten Organ keine „*unabhängige Justizbehörde*“ sah und daher sich in Datenschutzfragen zuständig erklärte. Der Bescheid wurde seitens der Staatsanwaltschaft bekämpft, aber bezüglich der Zuständigkeit der Datenschutzbehörde vom BVwG im bereits rechtskräftigen Erkenntnis vom 3. 7. 2019, W256 2210459-1, bestätigt.¹³ Dies ist durchaus relevant, da die Datenschutzbehörde grundsätzlich nicht für die

Verarbeitung personenbezogener Daten durch Gerichte im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit zuständig ist. Dies wurde bislang auch für Befundaufnahme und Gutachten gerichtlich bestellter Sachverständige so gesehen. Es bleibt abzuwarten, wie sich diese Entscheidung darauf auswirkt, insbesondere dann, wenn nicht das Gericht, sondern die Staatsanwaltschaft den Sachverständigen bestellt.

Bemerkenswert ist auch die Entscheidung vom 18. 4. 2019, DSB-D122.913.0001-DSB/2019, bezüglich der Auskunftspflicht betreffend Akten. Im konkreten Fall wollte der Inhaber eines Gewerbebetriebs von der Magistratsabteilung 36 der Gemeinde Wien die Kopie einer Anzeige gegen ihn, die eigentlich von der Akteneinsicht ausgenommen gewesen wäre, mit Verweis auf Art 15 Abs 3 DSGVO erhalten. Die Datenschutzbehörde hat dabei prinzipiell bejaht, dass auf elektronische Behördenakten jedenfalls das DSG anwendbar ist und somit die Pflicht des Verantwortlichen nach Art 15 DSGVO (Auskunftsrecht des Betroffenen), eine Kopie der personenbezogenen Daten zur Verfügung zu stellen, prinzipiell besteht. Jedoch musste die Anzeige dennoch nicht herausgegeben werden, da die Auskunft einerseits auf eigene Daten des Betroffenen beschränkt ist und andererseits nach Art 15 Abs 4 DSGVO der Erhalt einer Kopie die Rechte und Freiheiten anderer Personen nicht beeinträchtigen darf. Diese wäre aber hier gegeben gewesen. Interessanterweise ging die Datenschutzbehörde auf die Möglichkeit der Herausgabe der Anzeige in teilanonymisierter Form nicht ein.

Da Sachverständige häufig auch Fotografien anfertigen und in verschiedenen Diskussionen auch immer wieder erörtert wurde, ob es sich bei Bilddaten von Personen nicht *per se* um sogenannte sensible Daten, die höheren Schutzanforderungen unterliegen, weil etwa die rassische und die ethnische Herkunft im Regelfall erkennbar sind, ist auch die Entscheidung der Datenschutzbehörde vom 7. 6. 2018, DSB-D202.207/0001-DSB/2018, von Interesse. Demnach sieht die Datenschutzbehörde in der Verarbeitung von Bilddaten keine Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten im Sinne des Art 9 DSGVO.

Abseits von der Thematik „Sachverständige“ seien einige weitere Erkenntnisse erwähnt, um zu zeigen, mit welchen Themen sich die Datenschutzbehörde beispielsweise auch beschäftigt, wenngleich dies natürlich nur eine kleine Auswahl darstellt:

- So ist etwa das Verwenden von Grundbuchdaten für einmalige Werbezwecke durchaus zulässig. Werden diese aber öfter genutzt (im konkreten Falle war es dreimal in einem Jahr, davon zweimal innerhalb eines Monat), so ist dies überschießend.
- Die Anführung der Sozialversicherungsnummer im E-Mail-Betreff ist nicht zulässig.
- Sensible Online-Portale (wie Online-Dating-Portale) benötigen jedenfalls ein *Double-opt*-Verfahren für die Anmeldung (also nur die Angabe einer E-Mail-Adresse reicht nicht).
- Ein offener Verteiler in einem E-Mail-Newsletter (wenn also die Empfänger alle angeführt sind) verletzt das Recht auf Geheimhaltung.

- Die automatisierte Kennzeichenerfassung bei einer Parkgarage ist zulässig, auch wenn es sich bei PKW-Kennzeichen tatsächlich um personenbezogene Daten handelt.
- Es ist nicht zulässig, im Laufe eines Auskunftsverfahrens einfach die Daten zu löschen, um dann zu sagen, dass keine Daten dieser Person gespeichert werden.
- Ein Verfahren wegen Nichterfüllung der Auskunftspflicht wird eingestellt, wenn während des Verfahrens die Auskunft erteilt wird.

5. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Hauptbefürchtung im Zusammenhang mit der DSGVO, nämlich hohe Strafen, bislang in Österreich im Großen und Ganzen weiterhin ausgeblieben ist. Wenngleich sie in Einzelfällen vor hohen Strafen durchaus nicht zurückschreckt, sieht die Datenschutzbehörde offensichtlich „beraten statt strafen“ als bevorzugte Methode an. Dementsprechend haben auch einige interessante Entscheidungen von ihr in Spezialfragen Klarheit gebracht. Eine ganz wesentliche Frage, nämlich jene, ob der Sachverständige Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter ist, wird aber von maßgeblichen Stellen unterschiedlich bewertet und vermutlich endgültig erst durch Höchstgerichte geklärt werden.

Anmerkungen:

- ¹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 4. 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABI L 119 vom 4. 5. 2016, S 1.
- ² Knasmüller, Erste Erfahrungen mit der Datenschutz-Grundverordnung für Sachverständige, SV 2019/4, 215.
- ³ Siehe dazu in diesem Heft Eilenberger-Haid, DSGVO: Beurteilungen zu ausgewählten datenschutzrechtlichen Fragen, SV 2021/2, 53
- ⁴ ErlRV 65 BlgNR 26. GP, 150.
- ⁵ Guggenbichler, Bundesverwaltungsgericht zur datenschutzrechtlichen Stellung von Gerichtssachverständigen, SV 2019/1, 3.
- ⁶ ZB Thiele, Die datenschutzrechtliche Rolle des Sachverständigen, jusIT 2019, 193.
- ⁷ Datenschutzbehörde 22. 1. 2018, DSB-D122.767/0001-DSB/2018.
- ⁸ In Deutschland gibt es keine zentrale Aufsichtsbehörde, sondern eine je Bundesland.
- ⁹ Datenschutzbehörde 4. 12. 2019, DSB-D084.1389/0001-DSB/2019, ZIIR 2020, 165.
- ¹⁰ Anzumerken ist dabei allerdings, dass gegen dieses Erkenntnis eine – zum Zeitpunkt des Redaktionsschlusses noch nicht behandelte – ordentliche Amtsrevision erhoben wurde.
- ¹¹ Dies ist der Maximalbetrag für Strafverfügungen.
- ¹² Datenschutzbehörde 19. 10. 2020, 2020-0.111.488.
- ¹³ Wenngleich die Staatsanwaltschaft wohl das BVwG-Erkenntnis nur deswegen nicht bekämpft hat, weil es zwar die Zuständigkeit der Datenschutzbehörde an sich bejahte, den eigentlichen Vorwurf einer Auskunftsverletzung aber als unbegründet abwies.

Korrespondenz:

Dr. Markus Knasmüller
Edelhof 45, 3350 Haag
E-Mail: markus@knasmueller.at