



Marco Schreuder



Hermann Wasserbacher

Liebes Mitglied,

die im Mai 2018 in Kraft getretene Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) und das daraus resultierende Datenschutzgesetz 2018 (DSG 2018) haben umfassende Änderungen für die Verarbeitung personenbezogener Daten gebracht. Im Zuge dessen wurden im Forschungsorganisationsgesetz (FOG) spezielle Datenschutzbestimmungen für den Bereich Wissenschaft und Forschung niedergeschrieben.

Durch diese Gesetzesänderungen ergeben sich neue Herausforderungen für Markt- und Meinungsforschungsinstitute, deren täglich Brot es ist, personenbezogene Daten zu verarbeiten. Dementsprechend groß war die Verunsicherung aufseiten unserer Mitglieder.

Die am häufigsten gestellten Fragen haben wir bereits im Jänner 2018 in unserer Broschüre „DATENSCHUTZ-GRUNDVERORDNUNG. Fragen und Antworten mit dem Focus auf die Markt- und Meinungsforschung“ beantwortet.

Jetzt können wir unseren Mitgliedern zusätzlich das von Herrn Mag. Dietmar Huemer erstellte Gutachten präsentieren, das wir im Vorjahr als Kooperationsprojekt der Fachgruppe Werbung und Marktkommunikation Wien und dem Verband der Markt- und Meinungsforschungsinstitute Österreichs initiiert haben.

Wir hoffen, mit diesem Gutachten Unklarheiten beseitigen und Ihnen die tägliche Arbeit etwas erleichtern zu können.

Mit den besten Grüßen

Marco Schreuder
Obmann
Fachgruppe Werbung und
Marktkommunikation Wien

Hermann Wasserbacher
Vorstandsvorsitzender
Verband der Markt- und Meinungsforschungsinstitute Österreichs

INHALTSVERZEICHNIS

	EXECUTIVE SUMMARY	9
1.	EINLEITUNG	13
2.	RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN DER DATENVERARBEITUNG IN DER MARKT- UND MEINUNGSFORSCHUNG	13
	2.1. Datenschutz-Grundverordnung	13
	2.2. Datenschutzgesetz 2018	14
	2.3. Forschungsorganisationsgesetz	14
	2.4. Telekommunikationsgesetz	14
3.	ÜBERSICHT MARKT- UND MEINUNGSFORSCHUNG	15
	3.1. Grundprinzipien	15
	3.1.1. Studieninhalte und Erkenntnisziele	15
	3.1.2. Wissenschaftliche Methode	15
	3.1.3. Wohlverhaltensregeln	15
	3.2. Repräsentative, quantitative Untersuchungen in der Markt- und Meinungsforschung	16
	3.2.1. Vorgehen	16
	3.2.1.1. Festlegung des Untersuchungsziels	16
	3.2.1.2. Festlegung der Untersuchungsmethode	16
	3.2.2. Datenverarbeitung	17
	3.2.2.1. Datenquellen (Probandenauswahl)	17
	3.2.2.1.1. Öffentlich zugängliche Daten	17
	3.2.2.1.2. Zugekaufte Echtdaten	17
	3.2.2.1.3. Künstlich bzw zufällig generierte Daten	17
	3.2.2.1.4. Deklariert Auskunftswillige	18
	3.2.2.1.5. Passanten	18
	3.2.2.2. Erhebung und Auswertung von Befragungsdaten	18
	3.2.2.2.1. Befragungsarten (bzw -kanäle)	18
	3.2.2.2.2. Befragung (Interviewführung) und Auswertung der Befragungsdaten	18
	3.2.2.2.3. (Nach-)Kontrolle der Interviewführung	20
	3.2.2.2.4. Weiterverwendung und Aufbewahrung von Studienergebnissen, Befragungs- und Kontaktdaten	20
	3.3. Sonderfälle	21

3.3.1.	Qualitative Untersuchungen	21
3.3.1.1.	Erkenntnisinteresse	21
3.3.1.2.	Untersuchungsmethoden und -ergebnisse	21
3.3.2.	Kundenzufriedenheitsumfragen, Mitarbeiterbefragungen	22
3.3.2.1.	Erkenntnisinteresse	22
3.3.2.2.	Gang der Untersuchung	22
3.3.2.2.1.	Datenquellen	22
3.3.2.2.2.	Methode, Durchführung und Ergebnis der Untersuchung	23
3.3.2.3.	Anlassbezogenes Feedbackmanagement	23
3.3.3.	Panelerhebungen bzw wiederholte Befragungen	23
4.	GRUNDFRAGEN DER DATENVERARBEITUNG	23
4.1.	Personenbezogene Daten, besondere Datenkategorien, Pseudonymisierung, Anonymisierung	23
4.1.1.	Was sind personenbezogene Daten?	23
4.1.2.	Besondere Datenkategorien	25
4.1.2.1.	Begriff der besondere Datenkategorien	25
4.1.2.2.	Abschließende Aufzählung	26
4.1.2.3.	Qualifikation als besondere Datenkategorie	26
4.1.3.	Pseudonymisierung	26
4.1.3.1.	Begriff der Pseudonymisierung	27
4.1.3.2.	Erforderlichkeit und Wirkung einer Pseudonymisierung	27
4.1.4.	Anonymisierung	27
4.1.4.1.	Anonymisierung (allgemein)	27
4.1.4.2.	Wirkung der Anonymisierung	20
4.2.	Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter	28
4.2.1.	Verantwortlicher einer Datenverarbeitung	28
4.2.2.	Auftragsverarbeiter	28
4.3.	Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten	29
4.3.1.	Datenverarbeitung	29
4.3.2.	Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten	29
4.4.	Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung	30
4.4.1.	Rechtsgrundlagen	30
4.4.2.	Einwilligung des Betroffenen	31
4.4.2.1.	Erforderlichkeit einer Einwilligung	31
4.4.2.2.	Anforderungen an eine wirksame Einwilligung	32
4.4.3.	Überwiegendes berechtigtes Interesse	33
4.5.	Rechtmäßigkeit der Verarbeitung von besonderen Datenkategorien	33
4.6.	Rechtmäßigkeit von Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten	34
4.7.	„Weitergabe“ personenbezogener Daten	35

5.	DATENVERARBEITUNG IN DER MARKT- UND MEINUNGSFORSCHUNG	35
5.1.	Datenverarbeitung in der Markt- und Meinungsforschung auf Grundlage des Forschungsorganisationsgesetzes (FOG)	35
5.1.1.	Umfang der Zulässigkeit einer Datenverarbeitung gemäß FOG	35
5.1.2.	Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des FOG	36
5.1.2.1.	Wissenschaftliche Einrichtungen	29
5.1.2.2.	Wissenschaftliche Forschungstätigkeit	36
5.1.2.2.1.	Zwecke gemäß Art 89 Abs 1 DSGVO	36
5.1.2.2.2.	Forschung im Sinne des Forschungsorganisationsgesetzes (FOG)	37
5.1.2.3.	Ergebnis für Markt- und Meinungsforschung (Qualifikation als wissenschaftliche Einrichtung)	38
5.1.3.	Datenverarbeitung auf Grundlage des FOG	39
5.1.4.	Auflagen für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten auf Grundlage des FOG	39
5.2.	Datenverarbeitung in der Markt- und Meinungsforschung auf Grundlage des überwiegenden berechtigten Interesses (gemäß Art 6 Abs 1 lit f DSGVO)	41
5.2.1.	Repräsentative, quantitative Untersuchungen	41
5.2.2.	Qualitative Untersuchungen (Sonderfall)	44
5.3.	Einwilligung des Betroffenen	44
5.3.1.	Relevanz der Einwilligung in der Markt- und Meinungsforschung	44
5.3.2.	Einholung einer Einwilligung durch Markt- und Meinungsforschungsinstitute	45
5.4.	Datenverarbeitung auf Grundlage des § 7 DSG 2018	46
5.5.	Datenverarbeitung auf Grundlage des § 8 DSG 2018	47
5.6.	Kontakt- und Auswahldaten	47
5.6.1.	Öffentliche Daten	48
5.6.2.	Zugekaufte Echtdaten	48
5.6.3.	Künstlich generierte Daten	49
5.6.4.	Passantendaten	50
5.6.5.	Vom Auftraggeber einer Studie zur Verfügung Kontaktdaten	50
5.6.5.1.	Zulässigkeit der Übermittlung von Kontaktdaten durch den Auftraggeber	50
5.6.5.2.	Zulässigkeit der Verarbeitung der übermittelten Kontaktdaten durch das Markt- und Meinungsforschungsinstitut	51
5.6.6.	Registerforschung	51
5.6.6.1.	Begriff Registerforschung	51
5.6.6.2.	Register, die für die Forschung gesetzlich zugelassen sind	51
5.6.6.3.	Umfang und Form der Auskunft aus den Registern	52

5.6.6.4.	Voraussetzungen für die Registerforschung	52
5.7.	Ergebnisse der Befragung	53
5.7.1.	Ab wann muss pseudonymisiert oder anonymisiert werden?	53
5.7.2.	Aufbewahrungsdauer	54
5.7.3.	Weiterverwendung	55
5.7.4.	Weitergabe an Kunden	56
5.8.	Prüf- und Kontrolldaten Mitarbeiter	56
5.8.1.	Zulässigkeit	56
5.8.2.	Aufnehmen von ganzen Interviews oder Teilen davon via Tablet oder Telefon	57
5.8.3.	Zuhören durch einen Supervisor bei Telefoninterviews zu Kontrollzwecken	58
6.	KUNDENZUFRIEDENHEITSUMFRAGE	58
6.1.	Markt- und Meinungsforschungsinstitute als Auftragsverarbeiter	58
6.2.	Weitergabe der Befragungsergebnisse in identifizierter Form (mit Namen und/oder Adresse)	59
6.3.	Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung für Kunden- zufriedenheitsumfrage	60
6.4.	Unerbetene Nachrichten	60
6.4.1.	Allgemein	61
6.4.2.	Kundenzufriedenheitsumfrage als Form der Werbung	62
6.4.3.	Rechtsfolgen bei der Qualifikation als Werbung	62
6.4.4.	Ausnahmen von der Notwendigkeit einer Einwilligung („Opt-Out“)	62
6.4.5.	Einwilligung gemäß § 107 TKG	63
6.4.6.	Zusammenfassung und Ergebnis	63
7.	PFLICHTEN DES VERANTWORTLICHEN	64
7.1.	Das Verarbeitungsverzeichnis	64
7.1.1.	Inhalt des Verarbeitungsverzeichnisses	64
7.1.2.	Formvorschriften	65
7.1.3.	Ausnahmen von der Pflicht zur Verzeichnisführung	65
7.1.4.	Exkurs: Das Verarbeitungsverzeichnis des Auftragsverarbeiters	65
7.2.	Informationspflichten des Verantwortlichen	65
7.2.1.	Ausnahmen	67
7.2.2.	Umsetzung durch Markt- und Meinungsforschungsinstitute	67
7.2.2.1.	Telefonische Befragung	68
7.2.2.2.	Persönliche Befragung	68
7.2.2.3.	Online-Befragung	68
7.2.2.4.	„Deklariert auskunftswillige“ Personen	69
7.3.	Die Datenschutz-Folgenabschätzung	69

7.3.1.	Wann ist eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen?	69
7.3.2.	Datenschutz-Folgenabschätzung für Verarbeitungen zu wissenschaftlichen Forschungszwecken	71
7.3.3.	Mindestinhalt einer Datenschutz-Folgenabschätzung	71
7.4.	Benennung eines Datenschutzbeauftragten	72
7.4.1.	Grundlage in der DSGVO	72
7.4.2.	Müssen Markt- und Meinungsforschungsinstitute einen Datenschutzbeauftragten benennen?	72
7.4.3.	Freiwillige Benennung eines Datenschutzbeauftragten	73
7.4.4.	Meldung an die Datenschutzbehörde	73
7.4.5.	Aufgaben des Datenschutzbeauftragten	73
7.4.6.	Haftung des Datenschutzbeauftragten	74
8.	BETROFFENENRECHTE	74
8.1.	Die einzelnen Rechte im Überblick	74
8.1.1.	Recht auf Auskunft (Art 15 DSGVO)	74
8.1.2.	Recht auf Berichtigung (Art 16 DSGVO)	75
8.1.2.1.	Unrichtigkeit	75
8.1.2.2.	Unvollständigkeit	75
8.1.3.	Recht auf Löschung (Art 17 DSGVO)	75
8.1.3.1.	Was bedeutet „Löschung“?	75
8.1.3.2.	Unterschied zwischen Mitteilungspflicht und Recht auf Vergessenwerden	76
8.1.3.2.1.	Mitteilungspflicht	76
8.1.3.2.2.	Recht auf Vergessenwerden	76
8.1.4.	Recht auf Einschränkung der Verarbeitung (Art 18 DSGVO)	77
8.1.5.	Recht auf Datenübertragbarkeit (Art 20 DSGVO)	78
8.1.6.	Widerspruchsrecht (Art 21 DSGVO)	79
8.1.7.	Sonderfall bei Direktwerbung	79
8.2.	Pflichten des Verantwortlichen im Zusammenhang mit den Betroffenenrechten	79
8.2.1.	Identitätsfeststellung	79
8.2.2.	Formvorschriften	80
8.2.3.	Fristen	80
8.2.4.	Entgeltregelungen	81
8.2.5.	Gründe für die Ablehnung eines Antrags des Betroffenen	81
8.2.6.	Ausnahme von der Ausübung der Betroffenenrechte	82

EXECUTIVE SUMMARY

Mit 25.05.2018 sind in Österreich die Datenschutzgrundverordnung (**DSGVO**), sowie umfangreiche Änderungen des Datenschutzgesetzes (**DSG 2018**) und des Forschungsorganisationsgesetzes (**FOG**) in Kraft getreten.

Das Thema Datenschutz betrifft Markt- und Meinungsforschungsinstitute in besonderem Maß, weil Markt- und Meinungsforschungsinstitute eine große Anzahl an personenbezogenen Daten verarbeiten und für die Markt- und Meinungsforschung das Vertrauen der Bevölkerung bzw. der Respondenten, dass deren personenbezogene Daten einschließlich ihrer Antworten bestmöglich geschützt werden, besonders wichtig ist. Zudem drohen bei Nichteinhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften empfindliche Strafen.

Anlässlich dieser Änderungen hat der Verband der Markt- und Meinungsforschungsinstitute Österreichs (VdMI) ein Gutachten über die rechtlichen Auswirkungen für Markt- und Meinungsforschungsinstitute in Österreich in Auftrag gegeben. Im Folgenden eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse:

- 1) Der Begriff personenbezogene Daten ist weit zu verstehen. Personenbezug liegt schon dann vor, wenn die verarbeiteten Informationen zwar für sich genommen noch nicht ausreichen, um die Person, auf die sich die Informationen beziehen, identifizieren zu können, der Verantwortliche aber zur Identifizierung durch ihm zugängliche Zusatzinformationen in der Lage ist. Daher kann eine Telefonnummer ohne weitere Zusatzinformationen bereits ein personenbezogenes Datum darstellen.
- 2) Markt- und Meinungsforschungsinstitute, die regelmäßig Studien auf Grundlage anerkannter Methoden der Sozialwissenschaften durchführen, sind als wissenschaftliche Einrichtungen im Sinne des FOG zu qualifizieren. Deshalb können die datenschutzrechtlichen Bestimmungen des FOG für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken auf die Verarbeitung von Daten durch Markt- und Meinungsforschungsinstitute für die Durchführung von Studien grundsätzlich angewendet werden.

Auf Grundlage des FOG können Markt- und Meinungsforschungsinstitute personenbezogene Daten, einschließlich besonderer Datenkategorien, für die Durchführung von Studien verarbeiten, sofern eine solche Verarbeitung in einer der folgenden Formen erfolgt: (i) der Name der Betroffenen wird durch ein bestimmtes bereichsspezifisches Personenkennzeichen ersetzt, (ii) die Verarbeitung erfolgt in pseudonymisierter Form oder (iii) Veröffentlichungen erfolgen nicht, oder nur in anonymisierter oder pseudonymisierter Form oder zumindest ohne Namen, Adressen und Foto.

Für eine Verarbeitung gemäß FOG sind grundlegende Bestimmungen zum Schutz von personenbezogenen Daten einzuhalten, wie etwa die Pflicht zur Regelung der Zugriffsberechtigungen zu den Daten und Zutrittsberechtigungen zu Räumlichkeiten, in denen die Verarbeitung tatsächlich erfolgt oder die Pflicht zur Unterweisung der Mitarbeiter in innerorganisatorische Datenschutzvorschriften einschließlich der Datensicherheitsvorschriften.

Für die Verarbeitung auf Grundlage des FOG ist eine behördliche Anerkennung oder Registrierung als wissenschaftliche Einrichtung nicht erforderlich. Die Verarbeitung von personenbezogenen Daten, einschließlich besonderer Datenkategorien, ist schon dann zulässig, wenn die Voraussetzungen gemäß FOG vorliegen und die oben angesprochenen grundlegenden Bestimmungen erfüllt werden.

- 3) Das FOG schafft die Möglichkeit, Zugang zu personenbezogenen Daten, die in bundesgesetzlich eingerichteten Registern gespeichert sind, zu erhalten und diese Daten für wissenschaftliche Forschungszwecke zu verarbeiten (Registerforschung). Voraussetzung hierfür ist jedoch unter anderem eine behördliche Bestätigung durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie, dass der Antragsteller Tätigkeiten der Forschung vornimmt, eine Erklärung über die „datenschutzrechtliche Unbescholtenheit“ des Antragstellers sowie die Ernennung eines Datenschutzbeauftragten. Welche Register konkret freigegeben werden, wird durch Verordnung festgelegt. Eine solche Verordnung wurde durch den zuständigen Minister noch nicht erlassen.

- 4) Unabhängig von den Bestimmungen des FOG ist die Durchführung von wissenschaftlichen Umfragen durch Markt- und Meinungsforschungsinstitute auch auf Grundlage der DSGVO möglich, wobei die Datenverarbeitung in der Regel auf das überwiegende berechtigte Interesse gestützt werden kann. Die Einholung einer Einwilligung ist nur in bestimmten Fällen notwendig, wie zum Beispiel im Fall der Videoaufzeichnung bei qualitativen Umfragen oder Übermittlung dieser Aufzeichnungen an den Auftraggeber.

Eine Einwilligung ist allerdings aus telekommunikationsrechtlichen Gründen jedenfalls erforderlich, wenn Interviews oder Teile von Interviews für die Sicherung der Qualität der Umfrage aufgezeichnet werden.

- 5) Bestimmte Kategorien personenbezogener Daten unterliegen einem erhöhten Schutz. Die DSGVO bezeichnet solche Daten als besondere Datenkategorien; dabei handelt es sich zB um Daten über politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen, aber auch Informationen über die Gesundheit oder der Gewerkschaftszugehörigkeit. Besondere Datenkategorien können nicht auf Grundlage des überwiegenden berechtigten Interesses verarbeitet werden. Eine Verarbeitung solcher Daten kann – sofern die Anforderungen gemäß FOG erfüllt sind – auf Grundlage des FOG, sonst auf Grundlage einer Einwilligung des Betroffenen erfolgen.
- 6) Kundenzufriedenheitsumfragen unterscheiden sich von anderen Studien dadurch, dass das Markt- und Meinungsforschungsinstitut hinsichtlich der vom Auftraggeber der Studie zur Verfügung gestellten Kundendaten als Auftragsverarbeiter tätig ist. Verantwortlicher der Datenverarbeitung bleibt der Auftraggeber. In solchen Fällen ist eine Auftragsverarbeiter-Vereinbarung zwischen Auftraggeber der Studie und Markt- und Meinungsforschungsinstitut zu schließen.

Das FOG ist in solchen Fällen regelmäßig nicht anwendbar, da der Auftraggeber in der Regel dessen Anforderungen nicht erfüllt und deshalb nicht als wissenschaftliche Einrichtung anzusehen ist. Wenn ein Befragungsergebnis in identifizierter Form an den Auftraggeber weitergegeben werden soll, ist dies nur mit Einwilligung des Betroffenen zulässig.

Kundenzufriedenheitsumfragen sind als Werbung im Sinne des Telekommunikationsgesetzes zu qualifizieren, weshalb für die Kontaktaufnahme im Regelfall eine Einwilligung notwendig ist, die gegebenenfalls vom Auftraggeber der Studie einzuholen ist.

- 7) Auch bei Marktstudien übermittelt der Auftraggeber einer Studie die Kontaktdaten seiner Kunden an das Markt- und Meinungsforschungsinstitut. Das Markt- und Meinungsforschungsinstitut verarbeitet diese Kontaktdaten jedoch als Verantwortlicher. Rechtsgrundlage für die Übermittlung der Kontaktdaten durch den Auftraggeber ist regelmäßig § 8 DSGVO 2018. Fordert der Auftraggeber einer Studie verbindliche Zusagen betreffend Nutzung der Kontaktdaten, sind diese in einem eigenen Vertrag, dem Data Sharing Agreement, zu regeln.
- 8) Antworten einer Umfrage sind aufgrund des Art 89 Abs 1 DSGVO und des Grundsatzes der Datenminimierung unverzüglich nach der Erhebung zu pseudonymisieren. Ist der Personenbezug für die weitere Verarbeitung überhaupt nicht mehr erforderlich, so sind die Daten zu anonymisieren.
- 9) Verantwortliche müssen ein Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten führen. Der gesetzliche Ausnahmetatbestand für Kleinunternehmer kommt nicht zum Tragen, weil Markt- und Meinungsforschungsinstitute erhebliche Datenmengen verarbeiten und sie dadurch Daten nicht nur gelegentlich verarbeiten bzw ein Risiko für die Betroffenen durch die Datenverarbeitung nicht gänzlich auszuschließen ist.
- 10) Markt- und Meinungsforschungsinstitute erfüllen die Voraussetzung für die verpflichtende Benennung eines Datenschutzbeauftragten in vielen Fällen nicht und sind daher regelmäßig nicht verpflichtet, einen Datenschutzbeauftragten zu benennen. Eine solche Verpflichtung kann aber für einzelne Markt- und Meinungsforschungsinstitute entstehen, etwa wenn in erheblichen Umfang besondere Datenkategorien verarbeitet werden. Ein Datenschutzbeauftragter kann auch freiwillig benannt werden. Die Benennung eines Datenschutzbeauftragten ist Voraussetzung für die Registerforschung.

-
- 11) Die Erforderlichkeit der Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß DSGVO ist im Einzelfall zu beurteilen. Insbesondere wenn bestimmte Faktoren zusammentreffen, die zu einem hohen Risiko für die Betroffenen führen, wie etwa die Verarbeitung von besonderen Datenkategorien und die besondere Schutzbedürftigkeit der Betroffenen (zB Minderjährige), ist eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen. Soweit keine besonderen Datenkategorien verarbeitet werden und die Verarbeitung auf Grundlage des FOG erfolgt, ist die Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung jedenfalls nicht erforderlich.
 - 12) Verantwortliche einer Datenverarbeitung müssen betroffene Personen über die Datenverarbeitung in transparenter und verständlicher Weise mittels Datenschutz-Erklärung informieren. Dies trifft auch zu, wenn Daten im Rahmen eines persönlichen Gesprächs oder Telefonats erhoben werden. In solchen Fällen kann die Information in einem abgestuften Verfahren – dh Angabe der wichtigsten Informationen unmittelbar am Telefon und Verweis auf die Datenschutzerklärung hinsichtlich der übrigen Informationen – erteilt werden.
 - 13) Die bisher in Österreich geltenden Betroffenenrechte wurden von der DSGVO übernommen und durch weitere Rechte – „right to be forgotten“ sowie Recht auf Datenübertragbarkeit – ergänzt. Für die fristgerechte Erfüllung dieser Rechte ist es für Verantwortliche und Markt- und Meinungsforschungsinstitute zielführend, vorab entsprechende technische und organisatorische Vorkehrungen zu treffen und interne Prozesse zu implementieren. Das FOG sieht Einschränkungen der Betroffenenrechte in den Fällen vor, in denen die Pflicht zur Erfüllung von Betroffenenrechten die Datenverarbeitung voraussichtlich unmöglich macht oder ernsthaft beeinträchtigt. Das kann zum Beispiel das Recht auf Löschung oder Berichtigung betreffen, soweit durch die Löschung oder nachträgliche Berichtigung das Ergebnis einer Studie verzerrt wird.

**Das neue Datenschutzrecht
und seine Anwendung in
der Markt- und Meinungsforschung**

Gutachten

Mag. Dietmar Huemer, LL.M. (Chicago)
Mag. Stefan Winroither

Wien, Februar 2019

1. EINLEITUNG

Mit dem Inkrafttreten der Verordnung (EU) 2016/679 (Datenschutzgrundverordnung, kurz DSGVO) im Mai 2018 wurde die Verarbeitung personenbezogener Daten in Europa auf eine neue, EU-weit im Wesentlichen einheitliche rechtliche Grundlage gestellt. Gleichzeitig wurde in Österreich das Datenschutzgesetz novelliert und an die DSGVO angepasst. Für den Bereich der wissenschaftlichen Forschung wurden in einer Novelle zum Forschungsorganisationsgesetz spezifische Datenschutzbestimmungen geschaffen, die den Besonderheiten der Verarbeitung von Daten für Forschungszwecke Rechnung tragen und den Forschungsstandort Österreich stärken sollen.

Damit hat sich das datenschutzrechtliche Umfeld für die Markt- und Meinungsforschung in Österreich erheblich verändert. Der Datenschutz ist für die Markt- und Meinungsforschungsinstitute aber von besonderer Relevanz, weil die Befragung von Personen und damit die Verarbeitung persönlicher Daten die Kernfähigkeit der Markt- und Meinungsforschungsinstitute bilden.

Der Verband der Markt- und Meinungsforschungsinstitute Österreichs (VdMI) hat uns daher beauftragt, ein Gutachten über die Auswirkungen des neuen Datenschutzrechtes auf die Markt- und Meinungsforschung in Österreich zu erstellen. Das vorliegende Gutachten setzt sich daher mit den für die Markt- und Meinungsforschung spezifischen Fragestellungen des österreichischen Datenschutzrechtes auseinander.

Die Verfasser bedanken sich bei Frau Mag. Sarah Winter und Herrn Mag. Matija Pfefferkorn für die Mitarbeit an der Erstellung dieses Gutachtens.

Das Projekt wurde von der Fachgruppe Wien für Werbung und Marktkommunikation großzügig unterstützt.

2. RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN DER DATENVERARBEITUNG IN DER MARKT- UND MEINUNGSFORSCHUNG

2.1. Datenschutz-Grundverordnung

Kern des Datenschutzrechtes ist die Datenschutzgrundverordnung (**DSGVO**).¹ Als Verordnung der Europäischen Union gilt sie in sämtlichen Mitgliedstaaten der EU und damit auch in Österreich unmittelbar, weshalb es keiner Umsetzung der DSGVO in das nationale Recht bedarf.² Den Mitgliedstaaten ist es grundsätzlich untersagt, Sachverhalte durch nationale Gesetze zu regeln, die in den Anwendungsbereich der DSGVO fallen. Anderes gilt nur, wenn die DSGVO ausdrücklich die Möglichkeit einer nationalen gesetzlichen Regelung vorsieht (sog „Öffnungsklausel“). Das DSG 2018 und das FOG, soweit es datenschutzrechtliche Bestimmungen enthält, basieren als nationale Gesetze auf solchen Öffnungsklauseln.

Die DSGVO regelt insbesondere die Frage, wann, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang eine Datenverarbeitung überhaupt zulässig ist. Die DSGVO legt hierfür sogenannte Grundsätze der Datenverarbeitung fest, die bei jeder Datenverarbeitung eingehalten werden müssen.

Darüber hinaus enthält die DSGVO Bestimmungen über die Rechte von betroffenen Personen, die Bedingungen für die Heranziehung von Auftragsverarbeitern³ durch den für die Verarbeitung Verantwortlichen, die Pflichten des Verantwortlichen, wie etwa die Erstellung eines Verzeichnisses von Verarbeitungstätigkeiten, Transparenz der Datenverarbeitung, die Gewährleistung der Sicherheit der Verarbeitung, die Ernennung eines Datenschutz-Beauftragten und die Pflicht zur Vornahme einer Datenschutz-Folgenabschätzung. Außerdem bestimmt die DSGVO, wann eine Übermittlung ins EU-Ausland zulässig ist.

Durch die DSGVO wird festgelegt, unter welchen Voraussetzungen eine Strafe durch die nationalen Datenschutzbehörden verhängt werden kann, wobei die Strafrahmen für Verstöße bis zu EUR 20.000.000,00

¹ VERORDNUNG (EU) 2016/679 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung)

² Eine solche „Umsetzung“ wäre darüber aufgrund des unionsrechtlichen Transformationsverbotes unzulässig.

³ Ein Auftragsverarbeiter ist gem Art 4 Nr 8 DSGVO eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet.

oder im Fall eines Unternehmens von bis zu 4 % seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs reichen können.⁴

Hinsichtlich der Sicherheit der Verarbeitung geht die DSGVO von einem risikobasierten Ansatz aus. Abhängig vom Risiko einer Datenverarbeitung muss ein Verantwortlicher entsprechende technische und organisatorische Maßnahmen zum Schutz von personenbezogenen Daten treffen.

2.2. Datenschutzgesetz 2018

Das Datenschutzgesetz 2018 (**DSG 2018**) enthält basierend auf den Öffnungsklauseln der DSGVO unter anderem einzelne Ausführungsbestimmungen zu den Betroffenenrechten (Löschung und Berichtigung), zum Datengeheimnis und insbesondere Bestimmungen zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke, wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder statistische Zwecke sowie zur Zurverfügungstellung von Adressen zur Benachrichtigung und Befragung von betroffenen Personen.⁵

2.3. Forschungsorganisationsgesetz

Im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens für das DSG 2018 wurde in einigen Stellungnahmen die Meinung vertreten, dass die im DSG 2018 und der DSGVO vorgesehenen Bestimmungen zum Datenschutz dazu führen, dass die Wissenschaft und Forschung in Österreich inadäquat eingeschränkt werden. Der österreichische Gesetzgeber hat sich dieser Kritik angenommen und das Forschungsorganisationsgesetz novelliert, um einen angemessenen Ausgleich zwischen Wissenschaft und Forschung und Datenschutz zu schaffen.

Das Forschungsorganisationsgesetz (**FOG**) regelt – neben Materien, die in keinem Zusammenhang mit dem Datenschutz stehen – unter welchen Voraussetzungen eine Datenverarbeitung zu wissenschaftlichen Forschungszwecken zulässig ist, wann Forscher Zugang zu öffentlichen Registern erhalten („Registerforschung“) und unter welchen Voraussetzungen betroffene Personen ihre Rechte gemäß DSGVO geltend machen können. Darüber hinaus sieht das FOG auch Erleichterungen hinsichtlich der Pflicht zur Datenschutzfolgenabschätzung vor.

2.4. Telekommunikationsgesetz

Neben den oben angeführten allgemeinen datenschutzrechtlichen Bestimmungen können bei der Datenverarbeitung in der Markt- und Meinungsforschung im Einzelfall noch weitere Rechtsvorschriften zu beachten sein. Insbesondere gelten für die Durchführung (oder auch nur Anbahnung) von Befragungen mithilfe von Telekommunikationstechnologien die Bestimmungen des 12. Abschnitts (§§ 92-107) des TKG. Diese Bestimmungen sind eine Umsetzung der sogenannten „ePrivacy-Richtlinie“⁶ der europäischen Union.

Die Europäische Union plant derzeit eine ePrivacy-Verordnung (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation)⁷ zu erlassen. Diese Verordnung soll die ePrivacy-Richtlinie ersetzen. Wie jede Verordnung der EU würde sie in Österreich unmittelbar zur Anwendung gelangen und die entsprechenden Bestimmungen im TKG ersetzen bzw verdrängen. Ein entsprechendes Gesetzgebungsverfahren auf europäischer Ebene ist derzeit im Gange und liegt bereits ein Entwurf dieser Verordnung vor.⁸

⁴ Vgl Art 83 Abs 6 DSGVO.

⁵ Vgl §§ 4 bis 8 DSG 2018.

⁶ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

⁷ Der vollständige Namen der Verordnung wird voraussichtlich „VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation)“ lauten.

⁸ Entwurf der VERORDNUNG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES über die Achtung des Privatlebens und den Schutz personenbezogener Daten in der elektronischen Kommunikation und zur Aufhebung der Richtlinie 2002/58/EG (Verordnung über Privatsphäre und elektronische Kommunikation), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017PC0010&from=EN> (abgerufen am 21.11.2018).

Neben den vorgenannten Normen⁹ können in bestimmten Fällen auch datenschutzrechtliche Spezialgesetze zur Anwendung gelangen, wie etwa das Arzneimittelgesetz oder das Bundesstatistikgesetz 2000.¹⁰ Da solche Gesetze Sonderfälle behandeln, wird im nachstehenden Gutachten nicht näher auf diese eingegangen.

3. ÜBERSICHT MARKT- UND MEINUNGSFORSCHUNG

3.1. Grundprinzipien

3.1.1. *Studieninhalte und Erkenntnisziele*

Ziel der Markt- und Meinungsforschung ist es, Einsichten darüber zu gewinnen, welche Verhaltensmuster, Bedürfnisse, Vorlieben, Meinungen und Ähnliches in einer bestimmten Gruppe von Personen vorhanden und wie stark diese im Verhältnis zueinander ausgeprägt sind. Die in der Markt- und Meinungsforschung gewonnenen Erkenntnisse dienen den Verantwortungsträgern in öffentlichen Institutionen, privaten Unternehmen, gemeinnützigen Organisationen, sonstigen zivilgesellschaftlichen Einrichtungen sowie der allgemeinen Öffentlichkeit häufig als Entscheidungsgrundlage.

3.1.2. *Wissenschaftliche Methode*

Dabei bedient man sich in der klassischen Markt- und Meinungsforschung in der Regel der quantitativen Methode der empirischen Sozialforschung. Das bedeutet, es werden Merkmale festgelegt, welche die zu untersuchende Gruppe von Personen (die sog. „Grundgesamtheit“) kennzeichnen – beispielsweise die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Altersgruppe, der Wohnsitz in einem bestimmten geographischen Gebiet, die unternehmerische Tätigkeit in einem bestimmten Wirtschaftszweig usw. Anschließend werden über die Angehörigen dieser Grundgesamtheit jene Informationen gesammelt, deren statistische (oder sonstige analytische) Auswertung zu den interessierenden Einsichten führen soll.

Da die gesammelten Informationen zumeist nur einen Teil (sog. „Stichprobe“) aller Angehörigen der Grundgesamtheit betreffen, muss die Größe und Zusammensetzung einer solchen Stichprobe „repräsentativ“ sein. Dann können aus den gesammelten Informationen verallgemeinerungsfähige Erkenntnisse gewonnen werden, welche für die „ganze“ Grundgesamtheit gültige Schlussfolgerungen zulassen. Die Auswertung der beim Ziehen einer repräsentativen Stichprobe gesammelten Informationen (sog. „Datenanalytik“) erfolgt nach wissenschaftlich-statistischen Methoden und unter Zuhilfenahme der dafür zur Verfügung stehenden technischen Hilfsmittel, insbesondere Computersystemen.

Abhängig von den angestrebten Erkenntniszielen können in der Markt- und Meinungsforschung aber auch qualitative Methoden zur Anwendung kommen. In solchen Fällen stehen nicht die Verallgemeinerungsfähigkeit von Aussagen (dh deren Allgemeingültigkeit für die Grundgesamtheit) und damit die statistische Datenanalytik im Fokus der Untersuchung. Vielmehr treten in der qualitativ-empirischen Sozialforschung die Einzelmeinungen und damit die den „Untersuchungsgegenstand“ bildenden Einzelpersonen (die einzelnen „Probanden“) in den Vordergrund des Interesses. Bei der Durchführung qualitativer Untersuchungen im Rahmen der Markt- und Meinungsforschung ist daher ganz besonders darauf zu achten, dass nicht durch die gezielte oder versuchte Beeinflussung von Probanden die Grenze zu forschungsfremder Tätigkeit überschritten wird. Die Auswertung von qualitativen Untersuchungen erfolgt – wie bei der quantitativen Untersuchung – ohne Personenbezug (vgl Kapitel 4.1.1).

Dieser wissenschaftsbasierte Ansatz ist kennzeichnend für die Markt- und Meinungsforschung so wie sie in diesem Gutachten verstanden wird.

3.1.3. *Wohlverhaltensregeln*

Die Wissenschaftlichkeit der angewendeten Untersuchungsmethoden ist eine wesentliche Voraussetzung für eine hohe Qualität der im Rahmen der Markt- und Meinungsforschung erzielten Untersuchungsergebnisse –

⁹ DSGVO, DSG 2018, FOG und TKG.

¹⁰ Vgl § 2a FOG; *Liebenwein/Bittermann*, Datenschutz in Wissenschaft und Forschung und seine österreichische Umsetzung, RdM-ÖG 2018/4.

und wird von den Markt- und Meinungsforschungsinstituten deshalb als Gütesiegel ihrer Tätigkeit begriffen.

Aus diesem Grund verpflichten sich zahlreiche Markt- und Meinungsforschungsinstitute zur Einhaltung bestimmter Wohlverhaltensregeln, die nicht zuletzt den Zweck verfolgen, die Qualifikation der Markt- und Meinungsforschung als wissenschaftliche Tätigkeit zu gewährleisten. Die dem VdMI angehörenden Unternehmen verpflichten sich etwa zur Einhaltung eigener verbandsinterner Richtlinien sowie des „Internationalen Kodex zur Markt-, Meinungs- und Sozialforschung sowie zur Datenanalytik“, der von der Internationalen Handelskammer (*International Chamber of Commerce*, kurz ICC) gemeinsam mit ESOMAR, einer internationalen Gesellschaft zur Förderung der Markt- und Meinungsforschung, herausgegeben wird.

Solche Wohlverhaltensregeln enthalten beispielsweise Vorschriften zur Erteilung von Informationen an die an einer Untersuchung beteiligten bzw. von deren Ergebnissen betroffenen Dritten (Probanden, Auftraggeber, Öffentlichkeit usw.) oder zur Veröffentlichung von Untersuchungsergebnissen. Wegen der großen praktischen Bedeutung für die Markt- und Meinungsforschung enthalten diese Regelwerke zumeist auch sehr detaillierte Vorschriften zum Umgang mit personenbezogenen Daten im Verlauf einer Untersuchung.

3.2. Repräsentative, quantitative Untersuchungen in der Markt- und Meinungsforschung

In diesem Abschnitt soll der reguläre Gang einer repräsentativen, quantitativen Untersuchung im Rahmen der Markt- und Meinungsforschung sowie die damit verbundene Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten näher dargestellt werden.

3.2.1. Vorgehen

3.2.1.1. Festlegung des Untersuchungsziels

Grundlage jeder Untersuchung ist die Festlegung des konkreten Erkenntnisinteresses und die damit einhergehende Abgrenzung der Grundgesamtheit. Ein derartiges Erkenntnisinteresse könnte in der für die Markt- und Meinungsforschung sehr bedeutsamen Wahlforschung, beispielsweise in der möglichst verlässlichen Wiedergabe des Stimmungsbildes der wahlberechtigten Personen vor einer bevorstehenden Landtagswahl, liegen; in der Marktforschung beispielsweise in der Erhebung der potentiellen Nachfrage nach einem bestimmten Dienstleistungsangebot, wie etwa der Errichtung eines Einkaufszentrums, einer Seilbahn oder einer innerstädtischen Surfwelle.

Liegt das Erkenntnisinteresse in der Wiedergabe des Stimmungsbildes vor einer bevorstehenden Landtagswahl, ist damit auch die gesamte, bei diesen Wahlen aktiv wahlberechtigte Bevölkerung als Grundgesamtheit festgelegt. Als Entscheidungsgrundlage (etwa für die organisatorisch verantwortlichen Personen in einer wahlwerbenden Partei) könnten freilich konkretere Einsichten von Interesse sein – zB das Wahlverhalten einer bestimmten Altersgruppe, in einem bestimmten geographischen Gebiet, in einem bestimmten Einkommenssegment oder in einer nach anderen (zB psychographischen) Merkmalen abgegrenzten Bevölkerungsgruppe. Damit würde sich auch die einer der Untersuchung zugrunde liegende Grundgesamtheit entsprechend ändern.

Dasselbe gilt auch für alle anderen Arten von Untersuchungen. Bei vielen Untersuchungen ist auch der Vergleich unterschiedlicher Segmente der Grundgesamtheit, also sozusagen unterschiedlicher Grundgesamtheiten (zB unterschiedliche Ergebnisse bei derselben Umfrage je nach Segment), ein wesentliches Erkenntnisziel.

3.2.1.2. Festlegung der Untersuchungsmethode

Stehen das Erkenntnisinteresse und die Grundgesamtheit(en) fest, entscheidet man sich für die Art der Stichprobenziehung, also für die konkrete Art der Durchführung der Untersuchung. In der Markt- und Meinungsforschung ist der Regelfall der Stichprobenziehung die Befragung der Probanden, also von der Grundgesamtheit angehörenden Personen. Daher werden in der Markt- und Meinungsforschung die unterschiedlichen Untersuchungsarten in aller Regel nach den unterschiedlichen, für die Probandenbefragung zur Verfügung stehenden Möglichkeiten unterschieden (und nicht die *Befragung* von Probanden von anderen Formen der Datenerhebung).

Mit der Auswahl und Ansprache potentieller Probanden, also der zu befragenden Personen, beginnt in der Markt- und Meinungsforschung auch die Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen einer Untersuchung.

3.2.2. Datenverarbeitung

3.2.2.1. Datenquellen (Probandenauswahl)

Zur Befragung von Personen ist es zuerst erforderlich, mit den potentiellen Probanden Kontakt aufzunehmen. Die Erhebung von Kontaktdaten und deren Verarbeitung zur Kontaktaufnahme mit der betroffenen Person ist somit der erste Schritt einer typischen Stichprobenziehung in der Markt- und Meinungsforschung.

Da die Erhebung der Kontaktdaten in aller Regel vor der ersten Kontaktaufnahme stattfindet, werden diese Daten üblicherweise nicht bei der betroffenen Person selbst sondern durch Heranziehung anderer Datenquellen erhoben. In solchen Fällen ist es praktisch kaum möglich, eine Zustimmung der betroffenen Personen zur Kontaktaufnahme vorab einzuholen.

Bei der Erhebung der Kontaktdaten wird versucht, die zu kontaktierenden potentiellen Probanden, soweit als möglich, auf einen der Grundgesamtheit angehörenden Personenkreis einzugrenzen, damit über die Befragung der kontaktierten Personen tatsächlich eine repräsentative Stichprobe gezogen werden kann.

3.2.2.1.1. Öffentlich zugängliche Daten

Zur Kontaktaufnahme können unter anderem öffentlich zugängliche Daten, zB aus öffentlichen Telefon- und Adressverzeichnissen, erhoben werden.

3.2.2.1.2. Zugekaufte Echtdaten

Eine weitere Möglichkeit zur Erhebung von Kontaktdaten ist deren Zukauf von Adressverlagen bzw Adresshändlern oder anderen Unternehmungen, die sich gewerbsmäßig mit der Zusammenstellung und dem Handel von Kontaktdatenverzeichnissen befassen. Dabei ist besonders zu beachten, dass zugekaufte Kontaktdaten vom zukaufenden Markt- und Meinungsforschungsinstitut nur dann verwendet werden dürfen, wenn sowohl deren Erhebung als auch deren Weitergabe durch den Verkäufer rechtmäßig war.

3.2.2.1.3. Künstlich bzw zufällig generierte Daten

Für bestimmte Befragungsmethoden (mehr zu diesen unten unter 3.2.2.2.1) können die Kontaktdaten auch künstlich generiert werden. Dies ist etwa bei Telefonnummern der Fall, die per Zufallsgenerator generiert werden. Die zufällig generierten Telefonnummern können fallweise vor Kontaktaufnahme darauf überprüft werden, ob sie überhaupt vergeben sind.

Hierbei gelangt häufig das Randomized-Last-Digit – Verfahren („**RLD-Verfahren**“) zur Anwendung. Bei diesem Verfahren wird ausgehend von bestehenden Telefonnummern (die aus dem Telefonbuch bzw –CD oder von einem Telekommunikationsunternehmen stammen können) zur letzten Ziffer dieser Telefonnummer eine Zufallszahl addiert oder subtrahiert und diese neu geschaffene Telefonnummer in der Folge für die Umfrage kontaktiert.

Aufgrund von Vorwahlen und sonstigen Codierungen von Nummernblöcken können so beispielsweise auch auf ein bestimmtes geographisches Gebiet beschränkte Telefonkontaktdaten generiert werden.

Auch die willkürliche Auswahl von Haushalten auf einer (mehr oder weniger) zufällig ausgewählten Route („random route“) zur persönlichen Befragung der dort anwesenden Personen ist eine Art der zufälligen „Generierung“ von Kontaktdaten.

Bei künstlich generierten Telefonnummern oder zufällig ausgewählten Haushalten ist dem untersuchenden Markt- und Meinungsforschungsinstitut die Identität des Anschlussinhabers bzw der kontaktierten Person vor der Kontaktaufnahme üblicherweise nicht bekannt.

3.2.2.1.4. *Deklariert Auskunftswillige*

Mitunter wurden von Personen bei einem früheren Anlass (zB anlässlich einer früheren Befragung) deren Einverständnis dazu eingeholt, sie bei zukünftigen Untersuchungen (neuerlich) kontaktieren und befragen zu dürfen. Die Kontaktdaten von derart „deklariert auskunftswilligen“ Personen werden von den Markt- und Meinungsforschungsinstituten aus früheren Umfragen aufbewahrt oder an andere Markt- und Meinungsforschungsinstitute weitergegeben.

Bei der Kontaktierung deklariert Auskunftswilliger liegt die Besonderheit darin, dass es mit diesen im Voraus bereits einen Kontakt gegeben hat, bei dem sie ihre Zustimmung erklärt haben, für Zwecke der Markt- und Meinungsforschung neuerlich kontaktiert zu werden.

3.2.2.1.5. *Passanten*

Schließlich besteht die Möglichkeit, potentielle Probanden auch ohne vorhergehende Datenerhebung zu kontaktieren. Dazu werden beispielsweise an öffentlichen Orten Passanten unmittelbar angesprochen und zur Teilnahme an einer Befragung eingeladen.

3.2.2.2. Erhebung und Auswertung von Befragungsdaten

Die Art der erhobenen Kontaktdaten hängt von der Befragungsmethode (bzw dem Befragungskanal) ab, die für eine bestimmte Untersuchung gewählt wird.

3.2.2.2.1. *Befragungsarten (bzw -kanäle)*

i. Telefonische Befragung:

Eine der in der Markt- und Meinungsforschung am häufigsten verwendete Befragungsmethode ist die telefonische Befragung von Personen. Dabei werden potentielle Probanden telefonisch kontaktiert und befragt. Die erteilten Antworten werden dabei von der befragenden Person (sog. „Interviewerin“ bzw „Interviewer“) dokumentiert. Eine Aufzeichnung des Gesprächs findet im Normalfall nicht statt. Gelegentlich wird die Interviewführung von Supervisoren durch vorübergehendes Mithören eines Interviews kontrolliert (näher zur Kontrolle der Interviewführung siehe unten unter 3.2.2.2.3).

ii. Persönliche Befragung:

Eine andere Befragungsmethode, bei der Interviewerin und Proband unmittelbar miteinander kommunizieren, ist die persönliche Befragung, bei der die Befragung unter Anwesenden ohne zwischengeschaltetes Kommunikationsmedium stattfindet. Auch in diesem Fall werden die von der befragten Person erteilten Antworten von der Interviewerin dokumentiert.

iii. Online-Befragung:

Eine in jüngerer Zeit zunehmend an Bedeutung gewinnende Befragungsmethode, ist die Online-Befragung, in der die Probanden ein elektronisch zur Verfügung gestelltes Fragebogenformular selbst ausfüllen (Näheres zu Fragebögen siehe unten unter 3.2.2.2.2). Die Einladung zu solchen Umfragen erfolgt ebenfalls in elektronischer Form (zB per E-Mail) und wird für gewöhnlich an einen Pool von Personen gerichtet, die sich bereits im Voraus mit der Teilnahme an Befragungen einverstanden erklärt und dafür auch ihre entsprechenden Kontaktdaten zur Verfügung gestellt haben.

3.2.2.2.2. *Befragung (Interviewführung) und Auswertung der Befragungsdaten*

Wurde ein potentieller Proband erfolgreich kontaktiert, wird dieser zur Teilnahme an der Befragung eingeladen und bei Annahme dieser Einladung schließlich befragt.

i. Vorauswahl bzw Segmentierung der zu befragenden Personen

Abhängig vom konkreten Erkenntnisinteresse kann bereits vor der Kontaktaufnahme feststehen, dass die kontaktierte Person der Grundgesamtheit angehört und sich ihre Befragung deshalb für die

Stichprobenziehung eignet. Andernfalls muss nach der Kontaktaufnahme erst eruiert werden, ob die kontaktierte Person überhaupt der Grundgesamtheit (bzw welchem Segment davon sie) angehört.

Dabei werden personenbezogene Daten der Probanden erhoben, bei denen es sich, abhängig von den die Grundgesamtheit definierenden Merkmalen, bereits um jene besonderen Kategorien personenbezogener Daten handeln kann, für die bisher noch der Begriff „sensible“ Daten geläufig ist (also etwa die ethnische Herkunft, sexuelle Orientierung, politische Einstellung, der Gesundheitszustand, usw).

Insbesondere dann, wenn im Rahmen einer Untersuchung eine Segmentierung der Grundgesamtheit erfolgt (siehe oben unter 3.2.1), ist die Erhebung dieser für die Zuordnung zu einer bestimmten Probandengruppe erforderliche Datenerhebung bereits Teil der eigentlichen Befragung.

ii. Befragung (Fragebogen) – Erhebung der Befragungsdaten

Die Befragung selbst erfolgt in der Markt- und Meinungsforschung grundsätzlich auf Grundlage im Voraus erarbeiteter Fragebögen, die zumeist auch der Dokumentation der von den Befragten erteilten Antworten dienen. Bei quantitativen Untersuchungen werden diese Fragebögen einheitlich und mit dem Ziel gestaltet, durch die Auswertung der erteilten Antworten möglichst effizient und verlässlich zum angestrebten Erkenntnisziel zu gelangen. Häufig sind die Antwortmöglichkeiten vorgegeben und besteht die Beantwortung lediglich in der Auswahl einer oder mehrerer Antwortalternativen, um die statistische Auswertung der erteilten Antworten zu erleichtern.

Mit der Antworterteilung und -dokumentation kann je nach Inhalt der Befragung ebenfalls die Erhebung von besonderen Kategorien personenbezogener Daten der Befragten einhergehen. Dies ist in manchen Fällen offensichtlich – zB bei Fragen nach Gewerkschaftszugehörigkeit, parteipolitischen Präferenzen oder der Religionszugehörigkeit. In anderen Fällen können diesbezügliche Abgrenzungsfragen schwierig zu beantworten sein – etwa ob Informationen zum Rauchverhalten den Gesundheitszustand einer Person betreffende Daten sind.

Bei der Befragung wird in der Regel auch die Identität der befragten Person erhoben damit Markt- und Meinungsforschungsinstitute in der Lage sind, die Antworten einzelner Umfrageteilnehmer (stichprobenartig) nachprüfen zu können. Dies erfolgt zum Zweck der Qualitätssicherung, insbesondere zur Sicherstellung, dass die Umfrage den wissenschaftlichen Standards entspricht.

iii. Auswertung

Nach Abschluss der Befragung werden die dokumentierten Antworten statistisch ausgewertet, um zu den angestrebten Einsichten zu gelangen. Für die statistische Auswertung ist die Zuordnung einzelner erteilter Antworten zu den Personen, die sie erteilt haben, nicht mehr erforderlich. Die erhobenen Befragungsdaten (dh die erteilten Antworten) werden deshalb im Regelfall vor ihrer Auswertung pseudonymisiert (also verschlüsselt), sodass sie den einzelnen Probanden nicht mehr ohne weiteres persönlich zugeordnet werden können. Dadurch wird eine vorhergehende „Entschlüsselung“ der Befragungsdaten erforderlich, um die erteilten Antworten wieder den einzelnen Probanden zuordnen zu können.

Die Arten der Pseudonymisierung mögen unterschiedlich sein. In vielen Fällen erfolgt bereits die Erhebung der Befragungsdaten (also die Dokumentation der erteilten Antworten) getrennt von den Identifikationsdaten der befragten Person. Eine Anonymisierung (die eine Wiederherstellung des Personenbezugs nicht zulässt) ist vor oder anlässlich der Auswertung noch nicht üblich. Gängig ist vielmehr eine Art der Verschlüsselung, die es dem Markt- und Meinungsforschungsinstitut (als Inhaber des Schlüssels) für einen gewissen Zeitraum ermöglicht, durch Wiederherstellung des Personenbezugs die Interviewführung im Nachhinein zu kontrollieren – nicht zuletzt auch zum Nachweis der ordnungsgemäßen Leistungserbringung gegenüber Auftraggebern (Markt- und Meinungsforschungsinstitute führen ihre Untersuchung überwiegend aufgrund privatrechtlich erteilter Aufträge durch).

Unabhängig davon ist es jedoch in der Markt- und Meinungsforschung einer der Basisgrundsätze, die Anonymität des Befragten zu wahren und die Analyse lediglich anhand von aggregierten und damit anonymen Daten durchzuführen. Das gilt sowohl für die repräsentative, quantitative als auch für die qualitative Untersuchung.

3.2.2.2.3. (Nach-)Kontrolle der Interviewführung

i. Nachkontrolle

Die Möglichkeit der Nachkontrolle bezweckt die Qualitätssicherung und die Kontrolle der Leistungserbringung der für das jeweilige Markt- und Meinungsforschungsinstitut tätigen Interviewer. Damit wird sichergestellt, dass die Umfrage wissenschaftlichen Standards entspricht und die ordnungsgemäße Leistungserbringung durch das untersuchende Markt- und Meinungsforschungsinstitut gegenüber dem Auftraggeber (zB während der Dauer der Gewährleistungsfrist) nachgewiesen werden kann.

Zur Kontrolle, ob beispielsweise eine dokumentierte Befragung von einer Interviewerin durchgeführt wurde und ob die Durchführung den wissenschaftlichen Standards entsprochen hat, kann es notwendig sein, den Personenbezug der Befragungsdaten wiederherzustellen, um die befragte Person erneut kontaktieren und die Richtigkeit der Dokumentation des mit ihr geführten Interviews nachprüfen zu können. Eine derartige Kontrolle ist nicht mehr möglich, wenn die Befragungsdaten bereits anonymisiert wurden (also deren Personenbezug unwiederbringlich beseitigt wurde).

ii. Weitere Kontrollmöglichkeiten

Neben dem bereits angesprochenen teilweisen Mithören von Supervisoren bei telefonischen Befragungen (siehe dazu oben unter 3.2.2.2.1), kann die Interviewführung auch auf andere Arten bereits während der Befragung kontrolliert werden. So kommen beispielsweise bei persönlichen Befragungen (etwa zur Dokumentation) vermehrt mobile Computergeräte (zB Tablets) zum Einsatz, bei denen die (mit dem Hineinhören in telefonische Befragungen vergleichbare) Möglichkeit besteht, dass eine Befragung zu einem zufälligen Zeitpunkt und von den Beteiligten unbemerkt für kurze Zeit aufgezeichnet wird. Auch dies ermöglicht eine stichprobenartige Nachkontrolle einer ordnungsgemäßen Interviewführung und -dokumentation.

3.2.2.2.4. Weiterverwendung und Aufbewahrung von Studienergebnissen, Befragungs- und Kontaktdaten

i. Weitergabe und Aufbewahrung der Studienergebnisse

Von einer allfälligen Nachkontrolle der Interviewführung abgesehen, besteht in der Markt- und Meinungsforschung nach Abschluss der Befragungen kein Bedarf an einem Personenbezug der erhobenen Befragungsdaten. Wie bereits erwähnt (oben unter 3.2.2.2.2.iii), erfolgen sowohl die Auswertung dieser Daten, als auch die sich daraus ergebenden Schlussfolgerungen – und damit die Ermittlung und Darstellung der Studienergebnisse – nicht in personenbezogener, sondern in aggregierter Form.

Die Untersuchungsergebnisse werden für gewöhnlich in Berichten zusammengefasst, die ausschließlich aggregierte Daten enthalten und an den jeweiligen Auftraggeber der Untersuchung übermittelt werden. Zu einer Weitergabe personenbezogener Daten durch das mit der Untersuchung beauftragte Markt- und Meinungsforschungsinstitut kommt es dabei nicht (zu den Ausnahmen siehe unten unter 3.3.2).

Mangels Personenbezug der Studienergebnisse sind die befragten Personen somit auch von einer dauerhaften Aufbewahrung, Weitergabe oder gar Veröffentlichung der diesbezüglichen Berichte (die möglicherweise bei zukünftigen Untersuchungen von historischem Interesse sein könnten) nicht persönlich betroffen.

ii. Aufbewahrung von personenbezogenen Befragungs- und Kontaktdaten

Die Aufrechterhaltung des indirekten Personenbezugs der Befragungsdaten (oder mit anderen Worten: die Aufbewahrung des Pseudonymisierungsschlüssels) erfolgt hingegen nur so lange wie notwendig – also zB so lange, wie die Nachkontrolle der Interviewführung nach Abschluss der Befragungen bzw der Untersuchung noch möglich sein muss.

Eine länger andauernde Aufbewahrung von im Zuge einer Untersuchung erhobenen personenbezogenen Daten findet somit nur dann statt, wenn sich die befragten Personen damit einverstanden erklärt haben, bei zukünftigen Untersuchungen neuerlich kontaktiert zu werden. In diesem Fall werden die Kontaktdaten dieser Personen und allenfalls (in unterschiedlichem Umfang) vereinzelte demographische Merkmale (zB Alter, Wohngebiet usw), welche ihre Zuordnung zu einer bestimmten Grundgesamtheit ermöglichen,

aufbewahrt, um sie im Zuge anderer Untersuchungen neuerlich kontaktieren und befragen zu können (siehe dazu auch oben unter 3.2.2.1.4).

3.3. Sonderfälle

Die in Kapitel 3.2 dargestellte Umsetzung eines konkreten Forschungsvorhabens stellt sozusagen das Standardmodell für die Durchführung einer Untersuchung und der damit einhergehenden Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der Markt- und Meinungsforschung dar. Markt- und Meinungsforschungsinstitute führen allerdings auch Untersuchungen durch, deren Gang in einzelnen Punkten von diesem Standardmodell abweicht. Die nachfolgende Darstellung dieser Sonderfälle beschränkt sich dementsprechend auf die Beschreibung der Abweichungen von bereits in Kapitel 3.2 dargestellten repräsentativen, quantitativen Untersuchungen.

3.3.1. *Qualitative Untersuchungen*

3.3.1.1. Erkenntnisinteresse

Qualitative Untersuchungen in der empirischen Sozialforschung unterscheiden sich von quantitativen Untersuchungen dadurch, dass im Mittelpunkt des Interesses nicht die Quantifizierung, also etwa die relative Verteilung bestimmter Merkmale in einer Grundgesamtheit steht, sondern die Untersuchung der Eigenschaften (eben der Qualität) der erhobenen Information.

Bei qualitativen Untersuchungen in der Markt- und Meinungsforschung werden zum Beispiel die einem bestimmten individuellen Entscheidungsverhalten zugrundeliegenden Gedankengänge untersucht. In der Markt- und Meinungsforschung spricht man daher auch davon, dass in den quantitativen Untersuchungen quantitative Repräsentativität angestrebt wird, in qualitativen Untersuchungen hingegen psychologische Repräsentativität. Aus diesem Grund kommt den befragten Einzelpersonen in der qualitativen Forschung größere Bedeutung zu als in der quantitativen.

3.3.1.2. Untersuchungsmethoden und -ergebnisse

Bei qualitativen Untersuchungen werden auch die Untersuchungsmethoden an die besonderen Erkenntnisziele qualitativer Forschung angepasst. Deshalb haben persönliche Befragungen und Gespräche in der qualitativen Forschung einen besonders hohen Stellenwert. Sie gehen in ihrer Tiefe auch deutlich über das bei quantitativen Untersuchungen übliche Maß hinaus.

Für die „persönliche Befragung“ wird deshalb in der qualitativen Forschung häufig der Begriff „Einzelexploration“ verwendet. Aber auch andere Gesprächsformen kommen bei qualitativen Untersuchungen vermehrt zum Einsatz. Auch Gruppendiskussionen oder Unterhaltungen in Online-Communities dienen der Datenerhebung, die in qualitativen Untersuchungen deutlich weniger formalisiert vor sich geht, als in der quantitativen Forschung.

Wegen des großen Gewichts, das den Äußerungen des Einzelnen dabei zukommt, spielen diese Äußerungen auch in der Aufbereitung der Ergebnisse qualitativer Untersuchungen eine größere Rolle. Die Ergebnisberichte enthalten – wie auch bei quantitativen Untersuchungen – im Regelfall keine personenbezogenen Daten.

Allerdings können solche Berichte beispielsweise Zitate von Probanden enthalten, die unter Umständen einen Rückschluss auf die Identität der zitierten Person zulassen (zB, wenn eine Probandin dem Auftraggeber einer Untersuchung persönlich bekannt ist).

Die Rekrutierung der Teilnehmer, die bestimmten Kriterien entsprechen müssen (wie etwa fährt ein Auto einer bestimmten Marke) erfolgt über die üblichen Befragungskanäle oder andere (spezialisierte) Institute, die über einen umfangreichen Teilnehmer-Pool verfügen. Ferner kann eine Rekrutierung über Interviewer in deren Bekanntenkreis erfolgen oder durch Aufruf in sozialen Medien (ohne direktes Anschreiben von potentiellen Interview-Teilnehmern).

Bei qualitativen Umfragen gibt es in der Regel einen Moderator, der sich auch Notizen anfertigt. Diese Notizen enthalten in der Regel nur den Vornamen oder zumindest eine andere Bezeichnung (etwa Teilnehmer A, B, etc).

Die Befragung wird mittels Kamera aufgezeichnet (Bild und Ton). Ferner kann der Fall eintreten, dass der Auftraggeber in einem Nebenraum sitzt und die Befragung optisch und akustisch mitverfolgt. Die Teilnehmer werden hierüber informiert, und es wird von jedem eine schriftliche Einwilligung eingeholt.

Von der Videoaufzeichnung wird ein (wortwörtliches) Transkript verfasst. Häufig wird das Video dem Auftraggeber für einen vertraglich festgelegten Zeitraum (bspw drei Monate) zur Verfügung gestellt. Danach wird es vom Auftraggeber gelöscht.

Das Ergebnis dieser Umfrage ist eine Zusammenfassung der Diskussions-Ergebnisse in aggregierter Form mit ausschließlich anonymen Daten.

3.3.2. Kundenzufriedenheitsumfragen, Mitarbeiterbefragungen

3.3.2.1. Erkenntnisinteresse

Kundenzufriedenheitsumfragen bzw Mitarbeiterbefragungen werden regelmäßig im Auftrag von Unternehmen oder sonstigen Organisationen durchgeführt, welche die Zufriedenheit ihrer Kunden bzw Mitarbeiter mit den vom Unternehmen oder von der Organisation erbrachten Leistungen (Produkte, Dienstleistungen) oder den Arbeitsbedingungen erheben möchten.

Bei derartigen Umfragen ist es deshalb – und zwar im Unterschied zu anderen Untersuchungen – in der Regel notwendig und auch üblich, den befragten Personen die Identität des Auftraggebers der Untersuchung mitzuteilen. Dadurch kann bei den Umfrageteilnehmern allerdings der Eindruck entstehen, dass sich der Auftraggeber besonders um die Zufriedenheit und das Wohlbefinden seiner Kunden bzw Mitarbeiter bemüht. Dies kann die erteilten Antworten und damit auch das Untersuchungsergebnis beeinflussen.

Davon zu unterscheiden sind Umfragen, in denen das Erkenntnisziel nicht wie bei der Kundenzufriedenheitsumfrage die Bewertung eines bestimmten Produkts, Leistung oder Unternehmens ist, sondern ein neutraler Aspekt, nämlich der komparative Vergleich eines Unternehmens, Produktes oder Marke zu seiner Konkurrenz („**Marktstudien**“). Bei Marktstudien fließt die Identität des Auftraggebers nicht in die Umfrage ein, um die Studienergebnisse nicht zu verzerren.

3.3.2.2. Gang der Untersuchung

3.3.2.2.1. Datenquellen

Bei Kundenzufriedenheitsumfragen steht der zu befragende Personenkreis (und damit die Grundgesamtheit) von vornherein fest. Die Kontaktdaten der Probanden sind beim Auftraggeber zumeist bereits vorhanden und werden von diesem dem die Untersuchung durchführenden Markt- und Meinungsforschungsinstitut zur Verfügung gestellt. Die zu befragenden Kunden bzw Mitarbeiter hatten also normalerweise vor der Untersuchung bereits Kontakt zum Auftraggeber des Markt- und Meinungsforschungsinstituts; eine Zustimmung zur Kontaktaufnahme für Zwecke der Markt- und Meinungsforschung wurde von den Probanden aber häufig nicht eingeholt.

In Fällen in denen der Auftraggeber Kontaktdaten einem Markt- und Meinungsforschungsinstitut zur Verfügung stellt, handelt es sich in vielen Fällen um seine Kundendaten. Auftraggeber haben daher ein Interesse, dass diese Daten nur im Rahmen der von ihnen erteilten Weisungen verarbeitet werden bzw verlangen sie von Markt- und Meinungsforschungsinstituten regelmäßig, dass diese Daten ausschließlich für die Erstellung einer Umfrage genutzt werden.

Bei Marktstudien werden ebenfalls Kunden des Auftraggebers der Studie befragt, deren Kontaktdaten das Markt- und Meinungsforschungsinstitut vom Auftraggeber der Studie erhält. In die Marktstudie fließen darüber hinaus Kontaktdaten von Personen ein, die nicht Kunden des Auftraggebers sind. Solche Kontaktdaten stammen vom Auftraggeber der Studie oder werden vom Markt- und Meinungsforschungsinstitut erhoben.

3.3.2.2.2. *Methode, Durchführung und Ergebnis der Untersuchung*

i. *Probandenkreis*

Aus den vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Kundendaten wird bei Kundenzufriedenheitsumfragen bzw. Mitarbeiterbefragungen regelmäßig eine Stichprobe gezogen. Nur im Ausnahmefall, wenn nur ein kleiner Kundenkreis für die Befragung zur Verfügung steht, werden anstatt Ziehung einer Stichprobe sämtliche Kunden befragt.

ii. *Übermittlung der Studienergebnisse an den Auftraggeber*

Eine weitere Besonderheit bei Kundenzufriedenheitsumfragen ist, dass sowohl seitens des Auftraggebers als auch seitens der befragten Person ein Interesse daran bestehen kann, dass die Befragungsdaten bzw. Untersuchungsergebnisse in personenbezogener Form an den jeweiligen Auftraggeber weitergegeben werden – etwa um die konkreten Umstände einer mangelhaften oder aus sonstigen Gründen nicht zufriedenstellenden Leistungserbringung zu eruieren. Kundenzufriedenheitsumfragen stellen daher jenen Ausnahmefall dar, in dem es fallweise zur Übermittlung von Befragungsdaten oder Untersuchungsergebnissen in personenbezogener Form kommt – sofern die befragte Person ihr Einverständnis dazu erklärt hat.

3.3.2.3. Anlassbezogenes Feedbackmanagement

Das anlassbezogene Feedbackmanagement ist eine Spezialform der Kundenzufriedenheitsumfrage. Es unterscheidet sich von dem unter 3.3.2.1 und 3.3.2.2 beschriebenen Regelfall der Kundenzufriedenheitsumfrage vor allem dadurch, dass es unmittelbar an den Kauf eines Produkts oder die Inanspruchnahme einer Dienstleistung anschließt und die Identität des Auftraggebers deshalb von Haus aus offenkundig ist. Davon abgesehen ändern sich aber beim anlassbezogenen Feedbackmanagement gegenüber sonstigen Kundenzufriedenheitsumfragen weder Art noch Umfang der Verarbeitung personenbezogener Daten.

3.3.3. *Panelerhebungen bzw. wiederholte Befragungen*

Panelerhebungen bzw. wiederholte Befragungen finden statt, wenn es zum Erreichen des Erkenntnisziels notwendig ist, dieselbe Person gezielt mehrfach zu befragen. Diese Notwendigkeit kann entweder von vornherein feststehen, sie kann sich aber auch erst im Verlauf einer Untersuchung herausstellen. Derartige Untersuchungen erlauben es, Schlüsse aus unterschiedlichen Antworten derselben Person zu unterschiedlichen Zeitpunkten zu ziehen. Bei Panelerhebungen bzw. wiederholten Befragungen bleibt der Identitätsbezug aufgrund der Notwendigkeit zur wiederholten Kontaktaufnahme länger bestehen, weshalb sich Panelerhebungen zwar in diesem Punkt, sonst aber in der Regel nicht von einer repräsentativen, quantitativen Untersuchung (vgl. Kapitel 3.2) unterscheiden.

4. **Grundfragen der Datenverarbeitung**

4.1. Personenbezogene Daten, besondere Datenkategorien, Pseudonymisierung, Anonymisierung

4.1.1. *Was sind personenbezogene Daten?*

Die DSGVO definiert personenbezogene Daten, als *„alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person („betroffene Person“ oder „Betroffene/r“) beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen [oder] zu einer Kennnummer [...] identifiziert werden kann.“*¹¹

Die Frage, ob personenbezogenen Daten vorliegen ist relevant, weil davon abhängt, ob auf solche Daten datenschutzrechtliche Bestimmungen, wie die der DSGVO oder des DSG 2018, anwendbar sind.¹² Daten, die keinen Personenbezug aufweisen, unterliegen nicht dem Datenschutz.¹³

¹¹ Art 4 Z 1 DSGVO.

¹² Art 2 Abs 1 iVm Art 4 Z 1 DSGVO für die DSGVO und § 4 Abs 1 DSG 2018 iVm Art 4 DSGVO für das DSG 2018; Buchholtz/Stentzel in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 1 Nr4 Rz 7.

Die Definition umfasst zunächst *alle* Informationen, die sich auf eine natürliche Person beziehen.¹⁴ Solche Informationen sind beispielsweise der Name, das Geburtsdatum, die Adresse des Wohn- oder Arbeitsortes, eine Telefonnummer oder eine E-Mail-Adresse. Aufgrund des weiten Begriffs der personenbezogenen Daten (Information, die sich auf eine Person beziehen) fallen darunter nicht nur Daten die Identifikationsmerkmale enthalten, sondern alle Arten von Informationen über eine Person, wie etwa Tonaufnahmen der Stimme einer Person, die Einkaufshistorie in einem Online-Shop oder persönliche Präferenzen. Aber auch subjektive Werturteile oder Vermutungen, wie etwa die Aussage, dass ein bestimmter Mitarbeiter über eine mangelhafte Motivationsfähigkeit verfüge, sind Informationen über eine natürliche Person.¹⁵ Auf den Wahrheitsgehalt dieser Informationen kommt es dabei nicht an.¹⁶

Aus der Definition ergibt sich als weitere Voraussetzung, dass die Informationen, die sich aus den Daten ergeben, einer einzelnen – wenn auch unbekannt – Person zugeordnet werden können.¹⁷ Für die Qualifikation als personenbezogenes Datum schadet es nicht, dass sich dieselbe Information auch auf mehrere Personen bezieht, solange diese Information jeweils (auch) einer einzelnen Person zugeordnet werden kann,¹⁸ beispielsweise „alle Schüler der Schule X“.

Kann die Information einer einzelnen Person zugeordnet werden, so ist eine weitere Voraussetzung, dass diese Person identifiziert ist oder identifizierbar ist. Eine Person ist identifiziert, wenn deren Identität durch bestimmte Merkmale unverwechselbar und eindeutig feststeht. Dies ist der Fall, wenn die Feststellung der Identität direkt aus der vorhandenen Information (dh ohne Beziehung von zusätzlichen Informationen) erfolgt (etwa, wenn der Name gegebenenfalls in Verbindung mit dem Geburtsdatum aus den Daten hervorgeht).

Lediglich identifizierbar ist die Person, wenn sie durch die vorhandene Information nicht identifiziert ist, sie aber durch Verknüpfung mit zusätzlichen Informationen, welche dem Verantwortlichen zugänglich sind, identifiziert werden kann.¹⁹

Bei der Identifizierbarkeit reicht die verarbeitete Information zwar für sich genommen (noch) nicht zur Identifikation aus, allerdings besteht die Möglichkeit zur Identifizierung, wenn die vorhandenen Informationen mit weiteren Informationen verknüpft werden.²⁰

Dabei reicht grundsätzlich die mittelbare Identifizierbarkeit. Das heißt, identifizierbar ist eine Person nicht nur dann, wenn der Verantwortliche selbst über die zur Identifikation notwendige zusätzliche Information verfügt, sondern auch dann, wenn sich die Information bei einem Dritten befindet.²¹

Fraglich ist nur, ob es schlechthin ausreicht, dass die betroffene Person überhaupt – wenn auch nur durch einen Dritten – identifiziert werden kann, unabhängig davon, ob auch der Verantwortliche dazu in der Lage wäre („abstrakter Ansatz“) oder ob es darauf ankommt dass der Verantwortliche aufgrund rechtlicher Möglichkeiten in der Lage ist, die zur Identifikation notwendige Information zu erlangen („relativer Ansatz“).

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat sich in der Rechtssache *Breyer*²² mit dieser Frage befasst. Der EuGH kommt ausgehend von der Prämisse, dass eine Person grundsätzlich schon dann identifizierbar sein kann, wenn ein Dritter und nicht der Verantwortliche die zur Identifikation notwendigen Daten hat, zu dem

¹³ *Klar/Kühling in Kühling/Buchner* (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 4 Nr1 Rz 31.

¹⁴ Art 4 Z 1 DSGVO; *Klabunde in Ehmann/Selmayr* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 4 Rz 6.

¹⁵ *Bergauer*, Personenbezogene Daten, in *Knyrim* (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2016) 51.

¹⁶ *Klabunde in Ehmann/Selmayr* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 4 Rz 7.

¹⁷ *Klar/Kühling in Kühling/Buchner* (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 4 Nr 1 Rz 11.

¹⁸ *Klar/Kühling in Kühling/Buchner* (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 4 Nr 1 Rz 15; Art-29-Datenschutzgruppe, WP 136, 16.

¹⁹ DSK 18.11.2009, K121.526/0028-DSK/2009; *Bergauer*, Personenbezogene Daten, in *Knyrim* (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2016) 52; *Klar/Kühling in Kühling/Buchner* (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 4 Nr 1 Rz 18.

²⁰ *Klar/Kühling in Kühling/Buchner* (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 4 Nr 1 Rz 19.

²¹ *Buchholtz/Stentzel in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 4 Nr 1 Rz 8.

²² EuGH 19.10.2016, C-582/14 (Breyer).

Schluss, dass aber Identifizierbarkeit und damit Personenbezug nur dann vorliegt, wenn der Verantwortliche über Mittel verfügt, die vernünftigerweise eingesetzt werden können, um die notwendige Information von Dritten zu erlangen.²³ Das entspricht dem relativen Ansatz.

Daher können Daten, abhängig von den Möglichkeiten, die ein Verantwortlicher hat, die für die Identifikation der Betroffenen notwendigen Informationen zu erlangen, für die einen Verantwortlichen personenbezogene sein und für andere Verantwortliche nicht.

So ist beispielsweise für den Betreiber einer Website eine dynamische IP-Adresse regelmäßig kein personenbezogenes Datum, wenn dieser mit vernünftigen Mitteln keine Zuordnung der IP-Adresse zu einer Person vornehmen kann. Für den Anbieter des Internet-Dienstes (Service-Provider) sind dynamische IP-Adressen hingegen personenbezogene Daten, weil dieser über Informationen verfügt, um die dynamischen IP-Adressen einzelnen Rechnern und damit deren Inhabern zuzuordnen.

Es ist daher eine objektive Risikoanalyse hinsichtlich Identifizierungswahrscheinlichkeit vorzunehmen.²⁴ Keine Identifizierbarkeit liegt vor, wenn das Risiko der Identifizierung de facto vernachlässigbar wäre. Dies ist der Fall, wenn die Identifizierung praktisch nicht durchführbar wäre, weil sie einen unverhältnismäßigen Aufwand an Zeit, Kosten oder Arbeitskräften erfordern würde.²⁵ Ob eine Identifikation tatsächlich erfolgt ist, ist nicht ausschlaggebend. Es kommt bloß auf die entsprechende Möglichkeit an.²⁶

Ausschlaggebend für die Beurteilung, ob die betroffene Person identifizierbar ist und damit Daten in personenbezogener Form vorliegen, ist sohin, ob der betreffende Verantwortliche, der die Daten verarbeitet, die für die Identifikation notwendigen Informationen entweder selbst hat oder mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln, die vernünftigerweise eingesetzt werden, erlangen könnte.

4.1.2. Besondere Datenkategorien

4.1.2.1. Begriff der besondere Datenkategorien

Bestimmte Kategorien personenbezogener Daten unterliegen einem erhöhten Schutz. An die Verarbeitung solcher besonderer Datenkategorien stellt die DSGVO spezielle Anforderungen.²⁷ Dies betrifft insbesondere die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Verarbeitung und die Anforderungen an die für den Schutz der Daten zu ergreifenden technischen und organisatorischen Maßnahmen.

Folgende Datenkategorien sind „besondere Datenkategorien“ im Sinne der DSGVO: Daten, aus denen *die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder Informationen über die Gewerkschaftszugehörigkeit, die Gesundheit, das Sexualleben oder die sexuellen Orientierung* einer natürlichen Person hervorgehen. Ferner stellen *biometrische Daten*, die zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person verarbeitet werden, eine besondere Datenkategorie dar.²⁸

4.1.2.2. Abschließende Aufzählung

Die Aufzählung von besonderen Datenkategorien in der DSGVO ist abschließend.²⁹ Daten die gemeinhin als sensibel oder heikel gelten, wie etwa Einkünfte einer Person, oder deren Verarbeitung mit besonderen Risiken verbunden ist, wie etwa Zugangsdaten zum Online-Banking, sind keine besonderen Datenkategorien im Sinne der DSGVO.

²³ EuGH 19.10.2016, C-582/14 (Breyer).

²⁴ Klar/Kühling in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 4 Nr 1 Rz 22 und 23.

²⁵ EuGH 19.10.2016, C-582/14 (Breyer) Rz 46.

²⁶ In diesem Sinne DSK 21.06.2005, K507.515-021/0004-DVR/2005.

²⁷ Art 9 Abs 1 und Abs 2 DSGVO.

²⁸ Art 9 DSGVO.

²⁹ Weichert in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 9 Rz 20.

Allerdings müssen Verantwortliche, wenn die Verarbeitung von personenbezogenen Daten mit einem erhöhten Risiko verbunden ist, - auch wenn es sich nicht um besondere Datenkategorien handelt - adäquate technische und organisatorische Maßnahmen zum Schutz dieser Daten vorsehen.³⁰

4.1.2.3. Qualifikation als besondere Datenkategorie

Die gesetzliche Formulierung „[...] Daten, aus denen [...] hervorgehen [...]“³¹ führt dazu, dass sich die Eigenschaft nicht direkt aus dem Datum selbst ergeben muss, wie dies etwa bei „Anton Müller, akute Infektion der oberen Atemwege“ der Fall ist. Es ist vielmehr ausreichend, dass aus dem Inhalt des Datums eine der oben genannten Eigenschaften hervorgeht, das heißt sich daraus eruieren lässt.³²

Zum Beispiel sind Informationen wie Alter, Größe, Geschlecht, Ausmaß der sportlichen Aktivität und Körpergewicht für sich genommen noch keine besonderen Datenkategorien. Das ändert sich, wenn pro Person alle vorgenannten Daten vorliegen, weil sich daraus erschließt, ob die Person unter-, normal- oder übergewichtig ist und sohin eine Information über die Gesundheit der Person vorliegt.

Ausschlaggebend für die Einstufung als besondere Datenkategorie ist aber nicht bereits jede theoretische Möglichkeit, dass aus dem Inhalt einer Datenkategorie Informationen im Sinne einer besonderen Datenkategorie hervorgehen bzw eruierbar sind. Vielmehr muss die Möglichkeit mit hinlänglicher Sicherheit bestehen.³³

So hat das Bundesverwaltungsgericht ein Foto im Innenbereich eines Wohnhauses, auf dem auch Medikamente klar ersichtlich sind, nicht als besondere Datenkategorie qualifiziert, weil die Medikamente nicht eindeutig einer im Haus wohnenden Person zugeordnet werden können. Das Foto mit den darauf ersichtlichen Medikamenten stellte daher kein Datum über eine betroffene Person dar, aus welchem mit hinlänglicher Sicherheit Informationen über deren Gesundheitszustand hervorgehen.³⁴

4.1.3. *Pseudonymisierung*

4.1.3.1. Begriff der Pseudonymisierung

Pseudonymisierung ist eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten in der Weise, dass durch Daten, die sich auf eine bestimmte Person beziehen, ohne Hinzuziehung von Zusatzinformationen die Identität dieser Person nicht festgestellt werden kann.³⁵

Die Pseudonymisierung ist daher ein Vorgang, bei dem die Information, die zur Identifikation der betroffenen Personen dient, von den übrigen Informationen abgetrennt wird und durch eine andere Information (in der Regel ein Code oder eine andere Kennzahl) ersetzt wird. Dadurch sind die betroffenen Personen nicht mehr identifiziert, sondern nur noch identifizierbar, weil die Feststellung der Identität nicht mehr aus den pseudonymisierten Daten selbst erfolgt, sondern eine (nunmehr abgetrennte) Zusatzinformation erforderlich ist (vgl Kapitel 4.1.1).

Die für die Identifikation erforderliche Zusatzinformation ist gesondert aufzubewahren und muss technischen und organisatorischen Maßnahmen unterliegen, die sicherstellen, dass die betroffenen Personen nicht bzw nur in den dafür vorgesehen Fällen identifiziert werden können³⁶ (beispielsweise Zugriff ausschließlich durch den Leiter einer Studie, Verschlüsselung der Zusatzinformation, Protokollierung allfälliger Zugriffe, etc).

³⁰ Sogenannter Risikobasierter Ansatz. Darüber hinaus kann die Pflicht bestehen eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen.

³¹ Vgl Art 9 Abs 1 DSGVO.

³² Schiff in *Ehmann/Selmayr* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 9 Rz 10.

³³ *Bergauer*, Personenbezogene Daten, in *Knyrim (Hrsg)*, Datenschutz-Grundverordnung (2016) 60; . *Jahnel*, Datenschutzrecht (2010) Rz 3/90.

³⁴ BVerfG 11.07.2018, W214 2183935-1.

³⁵ Vgl § 4 Z 5 DSGVO.

³⁶ Vgl § 4 Z 5 DSGVO.

Pseudonymisierte Daten sind personenbezogene Daten,³⁷ weil die betroffenen Personen aufgrund der vorhandenen Zusatzinformation weiterhin identifizierbar sind. Da pseudonymisierte Daten personenbezogene Daten sind, unterliegen sie sämtlichen Bestimmungen des Datenschutzes.³⁸

4.1.3.2. Erforderlichkeit und Wirkung einer Pseudonymisierung

Die Pseudonymisierung ist eine Form der Umsetzung des Grundsatzes der Datenminimierung, der grundsätzlich für jede Form der Verarbeitung gilt. Dieser Grundsatz besagt, dass nur jene Daten verarbeitet werden dürfen, die für die Zweckerreichung auch tatsächlich erforderlich sind.

Aus diesem Grund hat ein Verantwortlicher, für eine wirksame Umsetzung dieses Grundsatzes dafür zu sorgen, dass eine Pseudonymisierung von personenbezogenen Daten erfolgt, sobald eine Verarbeitung von Daten, die der Identifikation von betroffenen Personen dienen, nicht mehr für die angestrebten Zwecke erforderlich ist.³⁹

Darüber hinaus kann eine Pseudonymisierung als Maßnahme zur Erhöhung des Schutzes vor einer potentiellen Datenverletzung geboten sein. Durch die Pseudonymisierung wird das Risiko für betroffene Personen, das mit einer Verarbeitung einhergehen kann (wie etwa eine unbeabsichtigte Offenlegung durch Mitarbeiter oder ein unbefugter Zugriff durch Dritte, etc) erheblich reduziert. Die Pseudonymisierung spielt auch bei der Interessensabwägung (vgl Kapitel 4.4) eine Rolle, weil sie mögliche negative Folgen für die Betroffenen verringert.

Unter Umständen – wobei immer eine Einzelfallprüfung erforderlich ist – kann darüber hinaus im Fall einer Datenschutzverletzung die Meldung an die Datenschutzbehörde entfallen, wenn kein Risiko für die betroffenen Personen gegeben ist.⁴⁰

4.1.4. Anonymisierung

4.1.4.1. Anonymisierung (allgemein)

Die Anonymisierung ist ein Vorgang, bei dem der Personenbezug von Daten zur Gänze aufgehoben wird.⁴¹ Eine Anonymisierung erfolgt, indem eine der Voraussetzungen für personenbezogene Daten – die Zuordnung zu einer einzelnen Person oder die Identifizierbarkeit (vgl Kapitel 4.1.1) – endgültig aufgehoben wird. Nach Abschluss der Anonymisierung sind die Daten anonym. Das bedeutet, dass anhand der (nunmehr) anonymen Daten es weder dem Verantwortlichen noch einem Dritten möglich ist, die Identität der betroffenen Personen zu eruieren, unabhängig davon über welche zusätzlichen Informationen der Verantwortliche oder der Dritte verfügt.

Neben der Anonymisierung durch Aufhebung des Personenbezuges besteht auch die Möglichkeit Daten von vornherein in anonymer Form zu erheben. Bei solchen Daten besteht zu keinem Zeitpunkt ein Personenbezug.

Über die konkrete Vorgehensweise bei der Anonymisierung gibt die DSGVO keine Auskunft. Ob eine Anonymisierung wirksam ist (dh die betroffenen Personen tatsächlich nicht mehr eruierbar sind), ist vielmehr ergebnisorientiert zu beurteilen. Es ist daher immer im Einzelfall zu prüfen, ob es dem Verantwortlichen selbst oder einem Dritten unter Berücksichtigung sämtlicher Mittel, die von diesen vernünftigerweise eingesetzt werden können, möglich ist, einen Personenbezug wiederherzustellen. Daraus folgt, dass rein hypothetische Überlegungen außer Acht gelassen werden können.⁴²

Eine Anonymisierung kann durch endgültiges Löschen jener Daten erfolgen, die eine Identifizierung oder Identifizierbarkeit ermöglichen (etwa durch das Löschen des Namens und des Geburtsdatums aus einer

³⁷ Klabunde in Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 4 Rz 23.

³⁸ Kühling/Raab in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 4 Nr 6 Rz 11.

³⁹ Nolte in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 89 Rz 26.

⁴⁰ Vgl Hödl, Definition und Anwendung der Pseudonymisierung, in Knyrim (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2016) 73.

⁴¹ Vgl Erwägungsgrund 26 sowie Bergauer, Personenbezogene Daten, in Knyrim (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2016) 48.

⁴² Art-29-Datenschutzgruppe WP 136, 17; Klabunde in Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 4 Rz 20.

Datenbank) und Löschen jener personenbezogenen Daten, aus denen die Information abgeleitet wurde. Sie kann ferner auch dadurch erfolgen, dass die für die Pseudonymisierung erforderliche Zusatzinformation endgültig vernichtet wird.

Anonyme Daten liegen auch vor, wenn aus vorhandenen personenbezogenen Daten durch Aggregieren eine Information abgeleitet wird, die keine Zuordnung zu einer einzelnen Person mehr zulässt (wie etwa „Das Medianeinkommen in Österreich beträgt EUR xy“).

4.1.4.2. Wirkung der Anonymisierung

Anonymisierte Daten sind keine personenbezogenen Daten. Sie sind daher das Gegenstück zu personenbezogenen Daten. Das heißt Daten sind entweder personenbezogen oder anonym.⁴³ Daher sind die DSGVO sowie das DSG 2018 auf anonymisierte Daten nicht anwendbar.⁴⁴

4.2. Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter

Die DSGVO unterscheidet bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zwischen der Rolle des Verantwortlichen und gegebenenfalls der Rolle des Auftragsverarbeiters.

4.2.1. *Verantwortlicher einer Datenverarbeitung*

Jede Datenverarbeitung hat einen Verantwortlichen. Der Verantwortliche ist eine natürliche oder juristische Person, eine Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen⁴⁵ darüber entscheidet, ob eine Datenverarbeitung durchgeführt wird, zu welchem Zweck dies erfolgt und welche Mittel dafür eingesetzt werden. Die Entscheidungsbefugnis über eine Datenverarbeitung ist daher ein wesentliches Merkmal für einen Verantwortlichen.⁴⁶ So entscheidet zB der Verantwortliche, welche Daten verarbeitet werden, oder wie lange personenbezogene Daten aufbewahrt werden.

Der Verantwortliche ist gegenüber den Betroffenen und der Datenschutzbehörde für seine Datenverarbeitung verantwortlich.⁴⁷ Er hat insbesondere dafür zu sorgen, dass eine Datenverarbeitung im Einklang mit den Bestimmungen der DSGVO und den jeweils einschlägigen nationalen Gesetzen erfolgt.⁴⁸

4.2.2. *Auftragsverarbeiter*

Der Auftragsverarbeiter ist eine natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die personenbezogene Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet.⁴⁹ Der Auftragsverarbeiter ist hierbei an die Weisungen des Verantwortlichen gebunden.⁵⁰ Durch das Weisungsrecht wird sichergestellt, dass die Entscheidungsbefugnis über die Datenverarbeitung beim Verantwortlichen verbleibt. Dem Auftragsverarbeiter kommt im Wesentlichen⁵¹ keine Entscheidungsbefugnis über die Datenverarbeitung zu.

⁴³ Klar/Kühling in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 4 Rz 31.

⁴⁴ Vgl Art 2 DSGVO sowie Erwägungsgrund 26; Zerdick in Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 4 Nr 2 Rz 17.

⁴⁵ Die DSGVO regelt auch Fälle der sogenannten gemeinsamen Verantwortlichkeit. Unter bestimmten Voraussetzungen können auch zwei oder mehrere Verantwortliche eine Datenverarbeitung gemeinsam vornehmen.

⁴⁶ Hartung in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 4 Nr 7 Rz 13; Klabunde in Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 4 Rz 25; Art-29-Datenschutzgruppe WP 169, 12.

⁴⁷ Hartung in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 4 Nr 7 Rz 5.

⁴⁸ Vgl Art 24 Abs 1 DSGVO; Veil in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 24 Rz 1.

⁴⁹ Art 4 Nr 8 DSGVO.

⁵⁰ Art 28 Abs 3 lit a DSGVO.

⁵¹ Entscheidet ein Auftragsverarbeiter über die Zwecke der Datenverarbeitung wird er selbst zum Verantwortlichen. Hinsichtlich technischer und organisatorischer Mittel kann ihm eine gewisse Entscheidungsbefugnis vom Verantwortlichen überlassen werden (vgl Art-29-Datenschutzgruppe WP 169, 17).

Grundlage für eine Auftragsverarbeitung ist in der Regel ein Vertrag zwischen Auftragsverarbeiter und Verantwortlichem, der die Rechte und Pflichten zwischen den Parteien regelt sowie einen von der DSGVO vorgegebenen Mindestinhalt aufweisen muss.⁵²

Die wichtigsten Pflichten des Auftragsverarbeiters bestehen darin, die vom Verantwortlichen übermittelten Daten nur im Rahmen dokumentierter Weisung des Verantwortlichen zu verarbeiten, Unter-Auftragsverarbeiter nur mit Genehmigung des Verantwortlichen heranzuziehen und den Verantwortlichen bei seinen Pflichten gegenüber der Datenschutzbehörde und den Betroffenen zu unterstützen, wenn diese im Zusammenhang mit der Auftragsverarbeitung stehen, und die Daten nach Beendigung der Auftragsverarbeitung zu löschen oder dem Verantwortlichen zurückzugeben.⁵³

4.3. Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten

4.3.1. Datenverarbeitung

Die DSGVO enthält ein weites Verständnis vom Begriff Datenverarbeitung.⁵⁴ Unter den Begriff der Datenverarbeitung fällt jeder Vorgang im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten, wie etwa, das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, die Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, der Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung.⁵⁵

Eine Datenverarbeitung liegt vor, gleichgültig ob die vorgenannten Verarbeitungsschritte mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren (das heißt zum Beispiel auch in „Papierform“) durchgeführt werden.⁵⁶ Die DSGVO und das DSG 2018 regeln auch die nichtautomatisierte Verarbeitung von personenbezogenen Daten. Auf solche Daten sind die DSGVO und das DSG 2018 allerdings nur dann anwendbar, wenn die Daten in einem Dateisystem⁵⁷ gespeichert sind.⁵⁸

4.3.2. Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten

Die DSGVO ordnet an, dass bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten folgende Grundsätze einzuhalten sind:

- **Rechtmäßigkeit, Verarbeitung nach Treu und Glauben, Transparenz**
Die Verarbeitung ist rechtmäßig, wenn sie aufgrund einer in der DSGVO aufgezählten Rechtsgrundlage (vgl auch Punkt 4.4.1) oder, soweit dies gemäß DSGVO zulässig ist, aufgrund einer im Recht eines Mitgliedstaates verankerten Rechtsgrundlage erfolgt.⁵⁹ Transparenz bedeutet, dass der Verantwortliche die Datenverarbeitung offen deklarieren und die betroffenen Personen über die Datenverarbeitung umfassend informieren muss.⁶⁰ Die DSGVO sieht in diesem Zusammenhang Informationspflichten des Verantwortlichen einer Datenverarbeitung vor (vgl Kapitel 7.2).⁶¹ Treu und Glauben ist im Sinne von „Fairness“ zu interpretieren und stellt eine Art

⁵² Art 28 Abs 3 DSGVO; Kramer in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 28 Rz 41 und 44 ff.

⁵³ Art 28 Abs 3 DSGVO.

⁵⁴ Buchholtz/Stentzel in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 4 Nr 2 Rz 9.

⁵⁵ Vgl Art 4 Nr 2 DSGVO.

⁵⁶ Art 4 Nr 2 DSGVO.

⁵⁷ Ein Dateisystem ist gemäß Art 4 Nr 6 DSGVO „jede strukturierte Sammlung personenbezogener Daten, die nach bestimmten Kriterien zugänglich sind, unabhängig davon, ob diese Sammlung zentral, dezentral oder nach funktionalen oder geografischen Gesichtspunkten geordnet geführt wird.“

⁵⁸ Art 2 Abs 1 DSGVO; Gemäß Erwägungsgrund 15 sollen beispielsweise Akten oder Aktensammlungen sowie ihre Deckblätter, die nicht nach bestimmten Kriterien geordnet sind, sollten nicht in den Anwendungsbereich der DSGVO fallen.

⁵⁹ Herbst in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 5 Rz 8.

⁶⁰ Herbst in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 5 Rz 18.

⁶¹ Vgl Art 12 bis 14 DSGVO.

Auffangklausel für Datenverarbeitungen dar, die zwar insgesamt fragwürdig erscheinen, denen aber keine andere datenschutzrechtliche Norm eindeutig entgegensteht.⁶²

- **Zweckbindung**
Die Daten dürfen nur für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke verarbeitet werden. Der Zweck ist bereits zum Zeitpunkt der Datenerhebung festzulegen, und die nachweisbare Form zu dokumentieren.⁶³ Der Zweck hat auch maßgeblichen Einfluss auf die Frage, welche Datenkategorien erhoben und wie lange Daten gespeichert werden dürfen. Eine Verarbeitung der Daten für einen anderen Zweck, als für denjenigen für den die Daten erhoben wurden („**Weiterverarbeitung**“), ist nicht ohne weiteres zulässig.⁶⁴ Eine Weiterverarbeitung liegt etwa vor, wenn personenbezogene Daten, die für eine Umfrage erhoben wurden, in der Folge für Marketingzwecke verarbeitet werden sollen.
- **Datenminimierung**
Die Verarbeitung (einschließlich der Erhebung) von personenbezogenen Daten muss auf das für die Verarbeitungszwecke notwendige Maß beschränkt werden.⁶⁵
- **Richtigkeit**
Daten müssen sachlich richtig und erforderlichenfalls auf dem neuesten Stand sein.
- **Speicherbegrenzung**
Die Speicherung von personenbezogenen Daten darf nur solange erfolgen, wie dies für die Erreichung der festgelegten Zwecke erforderlich ist.
- **Integrität und Vertraulichkeit**
Gemäß diesem Grundsatz ist eine angemessene Sicherheit der personenbezogenen Daten zu gewährleisten.⁶⁶ Darunter versteht man den Schutz vor unbefugter oder unrechtmäßiger Verarbeitung (durch Dritte) oder den unbeabsichtigten Verlust, die Zerstörung oder Beschädigung.⁶⁷

Eine Datenverarbeitung ist nur zulässig, wenn sämtliche Grundsätze einer Datenverarbeitung eingehalten werden. Jede Datenverarbeitung ist außerdem in regelmäßigen Abständen auf die (weiterhin gegebene) Einhaltung dieser Grundsätze zu prüfen.

4.4. Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung

4.4.1. *Rechtsgrundlagen*

Gemäß Art 6 DSGVO ist die Verarbeitung von personenbezogenen Daten rechtmäßig, wenn

- eine rechtswirksame Einwilligung der betroffenen Person vorliegt (vgl. Kapitel 4.4.2);
- die Datenverarbeitung zur Erfüllung eines Vertrages, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder einer vorvertraglichen Maßnahme aufgrund einer Anfrage der betroffenen Person erforderlich ist;
- eine rechtliche Verpflichtung des Auftraggebers besteht, das heißt dem Verantwortlichen die Verarbeitung von personenbezogenen Daten gesetzlich aufgetragen wird (wie dies etwa bei der Aufbewahrungspflicht von steuerrechtlich relevanten Unterlagen oder bei der Mitteilungspflicht des Arbeitgebers an die Sozialversicherungsträger der Fall ist);⁶⁸
- die Verarbeitung erforderlich ist, um lebenswichtige Interessen der betroffenen Person oder anderen natürlichen Personen zu schützen;

⁶² *Hötzendorfer/Tschohl/Kastelitz in Knyrim, DatKomm, 2. Lfg, Art 5 Rz 16 und 17 (Stand Oktober 2018).*

⁶³ Vgl. *Herbst in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 5 Rz 30 und 32.*

⁶⁴ Art 6 Abs 4 DSGVO.

⁶⁵ *Buchholtz/Stentzel in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 5 Rz 38.*

⁶⁶ *Buchholtz/Stentzel in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 5 Rz 41; Heberlein in Ehmman/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 5 Rz 28.*

⁶⁷ *Herbst in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 5 Rz 74 und 75.*

⁶⁸ *Heberlein in Ehmman/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 6 Rz 16.*

- die Verarbeitung für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen gesetzlich übertragen wurde;⁶⁹
- die Verarbeitung im Interesse des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist und die Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Personen nicht überwiegen.⁷⁰

Darüber hinaus besteht für Mitgliedstaaten in bestimmten Fällen das Recht, für bestimmte Verarbeitungen zusätzliche Rechtsgrundlagen im nationalen Recht zu schaffen.⁷¹ Österreich hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und zusätzliche Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken geschaffen (vgl 2. Abschnitt des FOG sowie § 7 und 8 DSGVO 2018).

4.4.2. Einwilligung des Betroffenen

4.4.2.1. Erforderlichkeit einer Einwilligung

Die Einwilligung ist eine der Rechtsgrundlagen gemäß DSGVO für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten. Ob eine Einwilligung notwendig ist, hängt von der konkreten Datenverarbeitung ab. Nicht jede Datenverarbeitung erfordert eine Einwilligung. Eine Einwilligung ist nicht erforderlich, wenn eine andere rechtliche Grundlage, wie etwa die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder ein (überwiegendes) berechtigtes Interesse des Betroffenen gegeben ist.

Die Einwilligungserklärung kann Rechtsicherheit bei jenen Datenanwendungen schaffen, bei denen nicht eindeutig feststeht, inwiefern ein anderer gesetzlicher Rechtfertigungsgrund, wie beispielsweise das überwiegende Interesse des Auftraggebers (im Falle des möglichen Überwiegens des Interesses des Betroffenen), gegeben ist.⁷²

Allerdings kann die Einwilligung jederzeit durch den Betroffenen ohne Angabe von Gründen, widerrufen werden. Nach Ansicht der Artikel-29-Datenschutzgruppe⁷³ ist ein „nachträgliches Wechseln“ auf eine andere Rechtsgrundlage unzulässig.⁷⁴ Die Rechtsauffassung der Artikel-29-Datenschutzgruppe ist zwar nicht verbindlich, allerdings hat sie in vielen Fällen Einfluss auf die Praxis.⁷⁵ Diese Rechtsauffassung wird auch zum Teil in der Literatur vertreten.⁷⁶

Der vorgenannten Rechtsauffassung ist entgegenzuhalten, dass es Fälle gibt, bei denen ein Verantwortlicher personenbezogene Daten aufgrund gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten verarbeiten muss. Eine solche Verarbeitung kann dem Verantwortlichen nicht deswegen verwehrt werden, wenn er sich auf eine (nunmehr widerrufene) Einwilligung als Rechtsgrundlage gestützt hat, weil er in diesem Fall mit den entsprechenden Folgen durch die Verletzung des Vertrages oder gesetzlichen Vorschrift konfrontiert wäre.

Anders ist die Rechtslage, wenn die Verarbeitung nach Wegfall einer Einwilligung auf das überwiegende berechnete Interesse gestützt werden soll, weil bei der für diese Rechtsgrundlage erforderlichen Interessensabwägung ein wesentliches Abwägungskriterium, die begründeten Erwartungen der betroffenen Person, sind. Darunter fallen auch Zusagen, die der Verantwortliche zum Zeitpunkt der Erhebung macht.⁷⁷

Ein Verantwortlicher, der eine Verarbeitung zuerst auf die Einwilligung stützt, muss die betroffenen Personen belehren, dass der Betroffene seine Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen

⁶⁹ Vgl Art 6 Abs 1 lit e iVm Abs 3 DSGVO.

⁷⁰ Vgl Art 6 DSGVO.

⁷¹ *Herbst in Kühling/Buchner* (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 5 Rz 8.

⁷² *Knyrim*, Datenschutzrecht³ (2015) 166.

⁷³ Die Nachfolgeorganisation der Artikel-29-Datenschutzgruppe ist der Europäische Datenschutzausschuss.

⁷⁴ Art-29-Datenschutzgruppe WP 259_rev01, 27.

⁷⁵ *Berdenich*, Datenschutz online: Analytics & Tracking-Cookies, Dako 2016/51.

⁷⁶ *Buchner/Petri in Kühling/Buchner* (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 6 Rz 23.

⁷⁷ Vgl Art-29-Datenschutzgruppe WP 217, 51.

kann. Der Verantwortliche gibt damit die Zusage ab, dass es in der Hand des Betroffenen liegt, die Datenverarbeitung durch Widerruf der Einwilligung jederzeit zu unterbinden.

Ein nachträgliches Wechseln auf das überwiegende berechtigte Interesse führt allerdings dazu, dass der Verantwortliche mit der Verarbeitung fortfährt und damit gegen seine eigene ausdrückliche Zusage verstößt. Dies widerspricht in hohem Maße den begründeten Erwartungen der betroffenen Personen.

In solchen Fällen wird regelmäßig nicht mehr von einem überwiegenden berechtigten Interesse des Verantwortlichen gesprochen werden können. Daher ist eine Verarbeitung auf Grundlage des überwiegenden berechtigten Interesses nach Widerruf einer Einwilligung regelmäßig nicht zulässig.

Unserer Ansicht nach ist daher ein „nachträglicher Wechsel“ der Rechtsgrundlage nicht generell ausgeschlossen. Es ist aber jedenfalls dann nicht zulässig, wenn sich der Verantwortliche nachträglich auf das überwiegende berechtigte Interesse stützen will.

4.4.2.2. Anforderungen an eine wirksame Einwilligung

Eine wirksame Einwilligung erfordert, dass sie aktiv (also durch ausdrückliche Erklärung oder bestätigende Handlung) und in Kenntnis der Sachlage (wer der Verantwortliche für die Datenverarbeitung ist und für welche Zwecke welche personenbezogenen Daten verarbeitet werden) abgegeben wird. Ferner muss die Erteilung einer Einwilligung freiwillig, unter Kenntnis der jederzeitigen Widerrufbarkeit der Einwilligung, erfolgen.⁷⁸ Bei Fehlen eines dieser Elemente ist die Einwilligung unwirksam.⁷⁹

An die Einwilligung zur Verarbeitung besonderer Datenkategorien werden höhere Anforderungen gestellt (vgl Kapitel 4.5).⁸⁰

Die Einwilligung für die Verarbeitung von Daten, die zu keiner besonderen Kategorie gehören, kann ausdrücklich – in Form einer mündlichen oder schriftlichen Erklärung (auch elektronisch) – aber auch durch eine eindeutige bestätigende Handlung erfolgen. Stillschweigen oder Untätigkeit der betroffenen Person stellen keine Einwilligung im Sinne der DSGVO dar.⁸¹

Daher führen vorausgefüllte Formulare oder bereits angekreuzte „Checkboxen“, bei der die betroffene Person aktiv werden muss, wenn sie die Datenverarbeitung nicht wünscht, zu keiner wirksamen Einwilligung.

Freiwillig ist die Einwilligung nur dann, wenn der Betroffene tatsächlich eine Wahlmöglichkeit hat, das heißt ohne Nachteile auf die Erteilung der Einwilligung verzichten kann. Keine Freiwilligkeit ist etwa gegeben, wenn ein Verantwortlicher als Voraussetzung für die Erbringung seiner Leistungen eine Einwilligung zu einer Datenverarbeitung verlangt, die allerdings für die Erbringung dieser Leistung nicht erforderlich ist (Koppelungsverbot).⁸²

Wird die Einwilligung durch schriftliche Erklärung eingeholt, die gleichzeitig auch andere Sachverhalte betrifft, so muss die Einwilligungserklärung optisch hervorgehoben (durch Fettdruck oder entsprechende Formatierung) und darüber hinaus in einer einfachen klaren und verständlichen Sprache formuliert werden.⁸³ Die Einwilligungserklärung muss daher so platziert werden, dass sie der Betroffene nicht übersehen kann.⁸⁴

⁷⁸ Praxiswissen Datenschutz, Kap 4.3.1.

⁷⁹ Art 7 Abs 2 DSGVO.

⁸⁰ Vgl Art 6 Abs 1 lit a DSGVO und Art 9 Abs 2 lit a DSGVO.

⁸¹ Vgl Erwägungsgrund 32 DSGVO.

⁸² *Klabunde* in *Ehmann/Selmayr* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 4 Rz 49 und 50; *Heckmann/Plaschke* in *Ehmann/Selmayr* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 7 Rz 45.

⁸³ *Ehmann/Selmayr* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 7 Rz 27.

⁸⁴ *Ehmann/Selmayr* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 7 Rz 225.

4.4.3. Überwiegendes berechtigtes Interesse

Gemäß Art 6 Abs 1 lit f DSGVO ist die Verarbeitung von personenbezogenen Daten, die keine besonderen Datenkategorien sind, zulässig, wenn dies zur Wahrung der Interessen eines Verantwortlichen oder Dritten erforderlich ist, und die Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Personen nicht überwiegen.⁸⁵

Bei der Rechtsgrundlage des überwiegenden berechtigten Interesses findet daher eine Interessensabwägung statt, bei der die Interessen des Verantwortlichen gegen die Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen abgewogen werden.

Abwägungskriterien sind dabei unter anderem, ob der Verantwortliche sich auf die Wahrnehmung eines Grundrechts stützen kann (wie etwa Freiheit der Wissenschaft oder Meinungsfreiheit), ob ein öffentliches Interesse an der Datenverarbeitung besteht, sonstige Interessen des Verantwortlichen (etwa laufende Geschäftstätigkeit) sowie die kulturelle oder rechtliche Anerkennung eines Verarbeitungszwecks.⁸⁶

Kriterien die für das Geheimhaltungsinteresse des Betroffenen und damit gegen eine geplante Verarbeitung sprechen, sind potentielle negative Folgen für die Betroffenen, die Art der Verarbeitung der personenbezogenen Daten, begründete Erwartungen der betroffenen Personen sowie das Verhältnis zwischen Betroffenen und Verantwortlichem.⁸⁷

Eine Datenverarbeitung ist zulässig, wenn nicht die Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Personen die berechtigten Interessen des Verantwortlichen überwiegen.⁸⁸

Die Verarbeitung besonderer Datenkategorien kann nicht auf das überwiegende berechtigte Interesse gestützt werden.

4.5. Rechtmäßigkeit der Verarbeitung von besonderen Datenkategorien

Für besondere Datenkategorien gibt es einen eigenen Katalog an Rechtsgrundlagen.⁸⁹ Die in der DSGVO genannte Aufzählung der Rechtsgrundlagen ist abschließend.⁹⁰ Zulässige Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung von besonderen Datenkategorien sind:⁹¹

- die vom Betroffenen erteilte ausdrückliche Einwilligung;
- Verarbeitung im Zusammenhang mit Arbeits- und Sozialrecht;
- die Verarbeitung zum Schutz lebenswichtiger Interessen des Betroffenen;
- Verarbeitung durch eine politisch, weltanschaulich, religiös oder gewerkschaftlich ausgerichtete Stiftung, Vereinigung oder sonstige Organisation ohne Gewinnerzielungsabsicht im Rahmen ihrer rechtmäßigen Tätigkeiten;
- die Verarbeitung von besonderen Datenkategorien, die die betroffene Person offensichtlich öffentlich gemacht hat;
- die Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen;
- die Verarbeitung erfolgt auf der Grundlage des Unionsrechts oder des Rechts eines Mitgliedstaats aus Gründen eines erheblichen öffentlichen Interesses;
- die Verarbeitung erfolgt für Zwecke der Gesundheitsvorsorge oder Arbeitsmedizin;
- die Verarbeitung erfolgt aus Gründen des öffentlichen Interesses im Bereich der öffentlichen Gesundheit; oder
- die Verarbeitung erfolgt auf Grundlage des Unionsrechts oder des Rechts eines Mitgliedsstaates für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke, für wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder für statistische Zwecke gemäß Artikel 89 Abs 1 DSGVO;

⁸⁵ Vgl Art 6 Abs 1 DSGVO.

⁸⁶ Art-29-Datenschutzgruppe WP 217, 30ff.

⁸⁷ Art-29-Datenschutzgruppe WP 217, 38ff.

⁸⁸ Art 6 Abs 2 lit f DSGVO; *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl* in *Knyrim*, *DatKomm*, 2. Lfg, Art 6 Rz 49 (Stand Oktober 2018).

⁸⁹ Art 9 Abs 2 DSGVO.

⁹⁰ *Schiff* in *Ehmann/Selmayr* (Hrsg), *Datenschutz-Grundverordnung* (2017) Art 9 Rz 27.

⁹¹ Art 9 Abs 2 DSGVO.

Für die Verarbeitung von besonderen Datenkategorien ist es nicht möglich, sich auf das überwiegende berechnete Interesse oder auf die Erfüllung von vertraglichen Pflichten gegenüber dem Betroffenen zu berufen, weil eine solche Rechtsgrundlage im Katalog der Rechtsgrundlagen für besondere Datenkategorien nicht enthalten ist.⁹²

Vor diesem Hintergrund erlangt die Einwilligung besondere praktische Relevanz. Für eine Einwilligung zur Verarbeitung von besonderen Datenkategorien gelten sämtliche Anforderungen wie für eine Verarbeitung von Daten, die zu keiner besonderen Datenkategorie gehören (vgl Kapitel 4.4.2.2). Darüber hinaus sieht die DSGVO als zusätzliche Anforderung vor, dass die Einwilligung zur Verarbeitung von besonderen Datenkategorien ausdrücklich erfolgen muss. Das bedeutet, dass der Betroffene eine ausdrückliche Erklärung für die Erteilung einer Einwilligung abgeben muss.⁹³

Aus diesem Grund wäre bspw das bloße Fortsetzen eines Telefonats durch einen Respondenten nach der Belehrung, dass besondere Datenkategorien, die sich aus dem Telefonat ergeben, zu einem bestimmten Zweck verarbeitet werden, nicht ausreichend. Vielmehr müsste der Betroffene ausdrücklich, etwa durch Drücken einer Taste am Telefon oder durch ein ausdrückliches „Ja“, zustimmen.

Der OGH vertritt die Ansicht, dass eine ausdrückliche Einwilligungserklärung nicht gesondert unterschrieben werden muss, sondern sich auch in einem (zu unterfertigenden) Dokument befinden kann, das andere Sachverhalte behandelt. Die Einwilligung ist jedoch optisch vom übrigen Text abzugrenzen und darüber hinaus muss sichergestellt sein, dass kein Verstoß gegen das Kopplungsverbot (vgl Kapitel 4.4.2.2) vorliegt.⁹⁴

4.6. Rechtmäßigkeit von Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten

Artikel 10 DSGVO stellt die Verarbeitung von personenbezogenen Daten über strafrechtliche Verurteilungen, Straftaten oder damit zusammenhängende Sicherungsmaßnahmen („**strafrechtsrelevante Daten**“) unter ein besonderes Schutzregime. Personenbezogene Daten, die unter Art 10 DSGVO fallen, sind jedoch keine besonderen Datenkategorien gemäß Art 9 DSGVO.⁹⁵

Gemäß DSG 2018 sind auch verwaltungsbehördlich strafbare Handlungen oder Unterlassungen und auch Daten, aus denen sich bloß der Verdacht einer Begehung von Straftaten ergibt, wie strafrechtsrelevante Daten zu behandeln.⁹⁶

Die Verarbeitung von strafrechtsrelevanten Daten darf gemäß DSGVO nur unter behördlicher Aufsicht vorgenommen werden, oder wenn die Verarbeitung gemäß dem Recht der Mitgliedstaaten, das gleichzeitig geeignete Garantien für die betroffenen Personen vorzusehen hat, zulässig ist.⁹⁷ Für ein umfassendes Register der strafrechtlichen Verurteilungen ist jedenfalls eine behördliche Aufsicht zwingend.⁹⁸

Gemäß § 4 Abs 3 DSG 2018 ist eine Verarbeitung von strafrechtsrelevanten Daten zulässig, wenn diese aufgrund einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung oder Verpflichtung erfolgt, sich die Zulässigkeit der Verarbeitung aus gesetzlichen Sorgfaltspflichten ergibt oder die Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen eines Verantwortlichen erforderlich ist.⁹⁹ Die von der DSGVO geforderten geeigneten Garantien führt das DSG 2018 nicht näher aus, sondern verlangt nur abstrakt die Wahrung der Interessen der betroffenen Person nach der DSGVO und dem DSG 2018.

Die Verarbeitung von strafrechtsrelevanten Daten ist daher in Österreich auch aufgrund eines überwiegenden berechtigten Interesses zulässig. Die Wahrung der Interessen der betroffenen Personen wird

⁹² Art 9 Abs 2 DSGVO.

⁹³ Korge in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 9 Rz 20; Erwägungsgrund 32.

⁹⁴ Knyrim, Datenschutzrecht³ (2015) 111.

⁹⁵ Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl in Knyrim, DatKomm, 3. Lfg, Art 10 Rz 1 (Stand Oktober 2018).

⁹⁶ Vgl § 4 Abs 3 DSGVO.

⁹⁷ Art 10 DSGVO.

⁹⁸ Art 10 letzter Satz DSGVO; Weichert in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 10 Rz 16.

⁹⁹ Art 4 Abs 3 DSG 2018

so zu verstehen sein, dass den Interessen der betroffenen Person besonderes Gewicht zukommt und darüber hinaus erhöhte Anforderungen an die Vertraulichkeit und Integrität der strafrechtsrelevanten Daten zu stellen ist.

4.7. „Weitergabe“ personenbezogener Daten

Die „Weitergabe“ von personenbezogenen Daten wird von der DSGVO als „Übermittlung“ bezeichnet und ist grundsätzlich eine Form der Verarbeitung (siehe auch Punkt 4.3.1). Die „Weitergabe“ bzw. Übermittlung wird darüber hinaus in der DSGVO nur als Unterfall der Offenlegung (disclosure) von personenbezogenen Daten qualifiziert. Die beiden anderen Fälle der Offenlegung sind die Verbreitung oder (jede) andere Form der Bereitstellung.¹⁰⁰ Unter Verbreitung wird regelmäßig das Veröffentlichen bzw. die Weitergabe an einen unbestimmten Personenkreis verstanden.¹⁰¹

Aufgrund der Definition liegt eine Offenlegung bereits dann vor, wenn der Verantwortliche Daten in (irgendeiner) Form zugänglich macht, sodass eine andere Stelle, Kenntnis von den darin enthaltenen Informationen erlangen kann.¹⁰² Unter Offenlegung fällt daher bereits das Bereithalten von personenbezogenen Daten zum Abruf, unabhängig davon, ob die Daten tatsächlich abgerufen werden.¹⁰³

Ob bzw. welche Form der Offenlegung zulässig ist, ist grundsätzlich wie jede Form der Verarbeitung auch am Prüfungsmaßstab des konkreten Verarbeitungszweckes zu prüfen. Ist die Weitergabe von personenbezogenen Daten für die Zweckerreichung erforderlich, ist diese zulässig, sofern die Grundsätze einer Datenverarbeitung (insb. Rechtmäßigkeit und Datenminimierung) eingehalten werden.

Neben dem Grundsatz der Datenminimierung spielt insbesondere der Grundsatz der Rechtmäßigkeit eine Rolle. Die Weitergabe von Daten bedarf – wie jeder Verarbeitungsvorgang – einer geeigneten Rechtsgrundlage, die nicht ohne weiteres gegeben sein muss, wie etwa im Fall der Einwilligung, die eine Weitergabe von Daten nicht oder nicht an den bestimmten Verantwortlichen vorsieht.

5. Datenverarbeitung in der Markt- und Meinungsforschung

5.1. Datenverarbeitung in der Markt- und Meinungsforschung auf Grundlage des Forschungsorganisationsgesetzes (FOG)

Die Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Studien der Markt- und Meinungsforschung wirft neben den allgemeinen Fragen der Anwendung der DSGVO zunächst einmal die Frage auf, ob sich Markt- und Meinungsforschungsinstitute auf die besonderen Vorschriften für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten des FOG stützen können. Das FOG enthält in seinem zweiten Abschnitt nunmehr ergänzende Bestimmungen zur DSGVO, welche die Datenverarbeitung durch wissenschaftliche Einrichtungen regeln.¹⁰⁴

5.1.1. Umfang der Zulässigkeit einer Datenverarbeitung gemäß FOG

Das FOG schafft eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten für wissenschaftliche Forschungseinrichtungen unter bestimmten Voraussetzungen (vgl. Kapitel 5.1.3 und 5.1.4).

Gemäß FOG dürfen wissenschaftliche Forschungseinrichtungen „sämtliche personenbezogene Daten jedenfalls verarbeiten, insbesondere im Rahmen von Big Data, personalisierter Medizin, biomedizinischer Forschung, Biobanken“ sowie an andere wissenschaftliche Einrichtungen und Auftragsverarbeiter

¹⁰⁰ Art 4 Nr 2 DSGVO; Herbst in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 4 Nr 2 Rz 29.

¹⁰¹ Herbst in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 4 Nr 2 Rz 32.

¹⁰² Herbst in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 4 Nr 2 Rz 29.

¹⁰³ Herbst in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 4 Nr 2 Rz 30.

¹⁰⁴ Vgl § 2a ff FOG.

übermitteln.¹⁰⁵ Unter den Begriff „sämtliche personenbezogene Daten“ fallen auch besondere Datenkategorien (vgl Kapitel 4.1.2).¹⁰⁶

Mit dem Verweis auf Big Data bringt der österreichische Gesetzgeber zum Ausdruck, dass eine Verknüpfung mit anderen Daten – etwa von Daten die öffentlich zugänglich sind oder für andere Zwecke in zulässiger Weise erhoben wurden) ebenfalls zulässig ist.¹⁰⁷

5.1.2. Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des FOG

5.1.2.1. Wissenschaftliche Einrichtungen

Auf das FOG als Grundlage für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten können sich nur wissenschaftliche Einrichtungen stützen.¹⁰⁸

Wissenschaftliche Einrichtungen sind gemäß gesetzlicher Definition natürliche Personen, Personengemeinschaften, sowie juristische Personen, die Zwecke gemäß Art 89 Abs 1 DSGVO verfolgen.¹⁰⁹ Zwecke gemäß Art 89 Abs 1 DSGVO sind im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke, wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder statistische Zwecke.¹¹⁰ Der österreichische Gesetzgeber versteht darunter insbesondere Tätigkeiten der Forschung und der experimentellen Entwicklung, wobei es nicht darauf ankommt, ob eine solche Tätigkeit zu gemeinnützigen Zwecken oder im universitären, betrieblichen oder außerbetrieblichen Rahmen erfolgt.¹¹¹

Einer formalen Anerkennung als wissenschaftliche Einrichtung durch eine Behörde im Zusammenhang mit der Verarbeitung von personenbezogenen Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken bedarf es grundsätzlich nicht.¹¹² Eine solche formale behördliche Bestätigung ist gemäß FOG nur im Zusammenhang mit anderen Verarbeitungen notwendig, wie etwa bei der Ausstattung von Daten mit bereichsspezifischen Personenkennzeichen (**bPK**) oder bei der Registerforschung.¹¹³¹¹⁴

Aufgrund der obenstehenden gesetzlichen Definition kommt es für die Qualifikation als wissenschaftliche Einrichtung daher maßgeblich auf die Tätigkeit der Einrichtung an. Auf die Struktur oder Organisation der wissenschaftlichen Einrichtung kommt es in diesem Zusammenhang nicht an.

5.1.2.2. Wissenschaftliche Forschungstätigkeit

Eine wissenschaftliche Einrichtung gemäß FOG liegt vor, wenn Einrichtungen Zwecke gemäß Art 89 Abs 1 DSGVO verfolgen, insbesondere Tätigkeiten der Forschung und experimentellen Entwicklung.¹¹⁵

5.1.2.2.1. *Zwecke gemäß Art 89 Abs 1 DSGVO*

¹⁰⁵ Vgl § 2d Abs 2 Z 1 FOG.

¹⁰⁶ Vgl ErlRV 68 BlgNr 26. GP 3 und 32 sowie § 2d Abs 2 Z FOG, welcher ausdrücklich auf Art 9 Abs 2 lit j DSGVO verweist.

¹⁰⁷ ErlRV 68 BlgNr 26. GP 32.

¹⁰⁸ Wesentliche Bestimmungen, wie etwa § 2c, 2d, 2f FOG, referenzieren auf den Begriff der wissenschaftlichen Einrichtung gemäß §2b Z 12 FOG. Darüber hinaus müssen Verarbeitungen nach dem 2.Abschnitt des FOG den Anforderungen gem § 2d Abs 1 Z FOG entsprechen, der ausdrücklich auf wissenschaftliche Einrichtungen abstellt.

¹⁰⁹ Vgl §2b Z 12 FOG.

¹¹⁰ Art 89 Abs 1 DSGVO.

¹¹¹ § 2b Z 12 FOG.

¹¹² Der Antrag gem § 2c Abs 2 FOG bezieht sich ausschließlich auf die Berechtigung zur Verwendung von bPKs. Eine Verarbeitung auf Basis von bPKs ist aber nicht für eine gesetzeskonforme Verarbeitung gemäß des 2. Abschnitts des FOG erforderlich, weil für eine zulässige Verarbeitung gem § 2d Abs 2 FOG anstatt der Verwendung von bPKs alternativ die Pseudonymisierung gem Art 4 Nr 5 DSGVO zulässig ist (vgl auch ErlRV 68 BlgNr 26. GP 32 aE).

¹¹³ Unter Registerforschung versteht man die Zurverfügungstellung von personenbezogenen Daten an wissenschaftliche Einrichtungen aus öffentlichen Registern (etwa dem Melderegister), die ursprünglich für andere Zwecke erhoben wurden.

¹¹⁴ § 2c Abs 3 FOG; e contrario zu ErlRV 68 BlgNr 26; behördlich anerkannte wissenschaftliche Einrichtungen haben zusätzliche Befugnisse im Vergleich zu nicht anerkannten wissenschaftlichen Einrichtungen.

¹¹⁵ Art 2b Z 12 FOG.

Von den Zwecken gemäß Art 89 Abs 1 DSGVO ist die Verarbeitung zu wissenschaftlichen Forschungszwecken erfasst.¹¹⁶

Die DSGVO enthält keine Legaldefinition des Begriffs Forschung oder wissenschaftlicher Forschungszwecke. Aus den Erwägungen zur DSGVO ergibt sich bereits ausdrücklich, dass der Forschungsbegriff weit auszulegen ist. Unter Forschung ist unter anderem die angewandte Forschung, privat finanzierte Forschung, Grundlagenforschung, aber auch technologische Entwicklung zu verstehen.¹¹⁷ Auch Studien, die im öffentlichen Interesse im Bereich der Gesundheit durchgeführt werden, fallen unter den Begriff der Forschung gemäß DSGVO.¹¹⁸

Ferner findet sich in den Erwägungen ein Verweis auf Art 179 Abs 1 AEUV, der das Ziel verfolgt, einen europäischen Raum der Forschung zu schaffen und wissenschaftliche Erkenntnisse und Technologien frei auszutauschen. Aus diesem Verweis ist ebenfalls darauf zu schließen, dass der Begriff der Forschung im Sinne der DSGVO weit auszulegen ist.

Dieses weite Begriffsverständnis entspricht auch der bisher in Österreich vorherrschenden Auffassung von Forschung. Der dem DSG 2000 zugrunde liegende Begriff von Forschung ist ebenfalls umfassend zu verstehen. Forschung liegt vor, wenn eine wissenschaftliche Methode angewendet wird.¹¹⁹

Aufgrund der Tatsache, dass auch privat finanzierte Forschung unter den Forschungsbegriff der DSGVO zu subsumieren ist,¹²⁰ ergibt sich, dass der Begriff auch nicht auf bestimmte Institutionen beschränkt werden kann.

5.1.2.2.2. *Forschung im Sinne des Forschungsorganisationsgesetzes (FOG)*

Das FOG legt ausdrücklich den Forschungsbegriff des Art 89 Abs 1 DSGVO zugrunde und versteht darunter insbesondere Tätigkeiten der „Forschung und experimentellen Entwicklung“.¹²¹ Forschung und experimentelle Entwicklung sind Aktivitäten, die neuartig, schöpferisch, ungewiss in Bezug auf das Endergebnis, systematisch und übertrag- oder reproduzierbar sind. Diese Eigenschaften müssen kumulativ vorliegen.¹²²

Die Erläuterungen zum FOG verweisen im Zusammenhang mit dem Begriff Forschung (und experimentelle Entwicklung) auf das Frascati-Handbuch 2015.¹²³ Beim Frascati-Handbuch handelt es sich um ein Standardwerk, für die Erhebung und Meldung von international vergleichbaren Statistiken zu den finanziellen und personellen Ressourcen für die Durchführung von Forschung und experimenteller Entwicklung.¹²⁴ Diesem Handbuch kommt gemäß Rechtsprechung aufgrund der Erwähnung in den Erläuterungen die Funktion einer ergänzenden Auslegungshilfe zu.¹²⁵

Das Frascati-Handbuch versteht unter Forschung und experimenteller Entwicklung die Grundlagenforschung, die angewandte Forschung und die experimentelle Entwicklung. Durch dieses weite Verständnis entspricht die Definition des Frascati-Handbuches wiederum der Definition der wissenschaftlichen Forschungszwecke der DSGVO.¹²⁶

¹¹⁶ Art 89 Abs 1 DSGVO; auf die im öffentlichen Interesse liegenden Archivzwecken, historischen Forschungszwecken oder auf die statistischen Zwecken wird mangels Relevanz nachfolgend nicht näher eingegangen.

¹¹⁷ Vgl Erwägungsgrund 159 DSGVO.

¹¹⁸ Löffler in *Knyrim*, DatKomm, 20. Lfg, Art 89 Rz 21 (Stand Oktober 2018).

¹¹⁹ *Jahnel*, Datenschutzrecht (2010) 439.

¹²⁰ Vgl Erwägungsgrund 159 DSGVO.

¹²¹ § 2b Z 12 FOG.

¹²² § 2b Z 10 FOG.

¹²³ ErlRV 68 BlgNr 26. GP 26.

¹²⁴ Löffler in *Knyrim*, DatKomm, 20. Lfg, Art 89 Rz 23 (Stand Oktober 2018).

¹²⁵ VwGH 29.03.2017 Ra 2015/15/0060.

¹²⁶ Löffler in *Knyrim*, DatKomm, 20. Lfg, Art 89 Rz 24 (Stand Oktober 2018), der in diesem Zusammenhang auf den Erwägungsgrund 159 DSGVO verweist, welche Grundlagenforschung, angewandte Forschung und technologische Entwicklung erwähnt.

„Neuartig“ im Sinne des FOG bedeutet, dass auf die Gewinnung neuer Erkenntnisse abgezielt wird.¹²⁷ Der Begriff der Neuartigkeit ist abhängig vom Kontext. Während bei Hochschulen bzw. Forschungseinrichtungen die Erwartung verbunden ist, dass neue Erkenntnisse erzielt werden, soll es bei Unternehmen ausreichen, dass die Erkenntnisse für das Unternehmen neu sind.¹²⁸

Ferner muss das Endergebnis (oder zumindest der notwendige Zeit- und Ressourcenaufwand für die Erreichung des Endergebnisses) ungewiss sein.¹²⁹ „Schöpferisch“ ist eine Forschung, wenn sie auf originären, nicht offensichtlichen Konzepten und Hypothesen beruht,¹³⁰ dh. ihr innovative Konzepte zugrunde liegen.¹³¹ Systematisch ist eine Vorgehensweise im Sinne des FOG, wenn ihr ein fester Plan zugrunde liegt und die einzelnen Verfahrensschritte und Endergebnisse dokumentiert werden. Ferner müssen die Ergebnisse übertragbar oder reproduzierbar sein.¹³² Dieses Kriterium ist schon dann erfüllt, wenn andere Forscher (im gleichen Unternehmen), die Forschungsergebnisse nachvollziehen können.¹³³

5.1.2.3. Ergebnis für Markt- und Meinungsforschung (Qualifikation als wissenschaftliche Einrichtung)

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Verarbeitung von personenbezogenen Daten auf der Rechtsgrundlage des FOG nur für wissenschaftliche Einrichtungen zulässig ist. Eine wissenschaftliche Einrichtung liegt vor, wenn sie wissenschaftliche Zwecke gemäß Art 89 DSGVO (vgl. Kapitel 5.1.2.2.1) oder Tätigkeiten der der Forschung und experimentellen Entwicklung (neuartig, schöpferisch, ungewiss in Bezug auf das Endergebnis, systematisch und übertrag- oder reproduzierbar) vornimmt.

Für die Tätigkeit von Markt- und Meinungsforschungsinstituten (vgl. Kapitel 3.2) lässt sich daraus ableiten:

Markt- und Meinungsforschungsinstitute legen bei der Durchführung von Studien regelmäßig anerkannte wissenschaftliche Methoden der empirischen Sozialforschung zugrunde. Die Tätigkeit entspricht dem Forschungsbegriff der DSGVO und des FOG. Sie ist insbesondere neuartig, schöpferisch, ungewiss in Bezug auf das Endergebnis, systematisch und übertrag- oder reproduzierbar.

Jede Studie ist schon definitionsgemäß auf die Erlangung neuer Erkenntnisse ausgelegt. Die angewendete wissenschaftliche Methode ist systematisch und führt zu nachprüfbareren Ergebnissen. Die Festlegung der Informationsquellen und Festlegung der Datenerhebungsmethode oder der Art der Untersuchung (quantitative oder qualitative Untersuchung) sind nicht notwendig vorbestimmt, sondern das Ergebnis einer schöpferischen Tätigkeit.

Bei der Durchführung von wissenschaftlichen Untersuchungen einschließlich qualitativen Umfragen verfolgen Markt- und Meinungsforschungsinstitute daher wissenschaftliche Forschungszwecke im Sinne der DSGVO (vgl. Kapitel 5.1.2.2.1) und des FOG (vgl. Kapitel 5.1.2.2.2). Sie sind somit wissenschaftliche Forschungseinrichtungen, die unter bestimmten Voraussetzungen (vgl. Kapitel 5.1.3 und 5.1.4) sämtliche personenbezogene Daten, einschließlich besonderer Datenkategorien verarbeiten dürfen (vgl. Kapitel 5.1.1).¹³⁴ Das schließt auch die Verarbeitung von Kontaktdaten der Respondenten mit ein, weil diese Daten für die Erreichung des Verarbeitungszwecks erforderlich sind.

¹²⁷ OECD, Frascati-Handbuch 2015, 49, https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/frascati-handbuch-2015/konzepte-und-definitionen-zur-identifizierung-von-fue_9789264291638-4-de#page9 (11.09.2018).

¹²⁸ Löffler in *Knyrim*, *DatKomm*, 20. Lfg, Art 89 Rz 25 (Stand Oktober 2018).

¹²⁹ OECD, Frascati-Handbuch 2015, 49, https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/frascati-handbuch-2015/konzepte-und-definitionen-zur-identifizierung-von-fue_9789264291638-4-de#page9 (abgefragt am 11.09.2018).

¹³⁰ OECD, Frascati-Handbuch 2015, 49, https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/frascati-handbuch-2015/konzepte-und-definitionen-zur-identifizierung-von-fue_9789264291638-4-de#page9 (abgefragt am 11.09.2018).

¹³¹ ErlRV 68 BlgNr 26. GP 26.

¹³² OECD, Frascati-Handbuch 2015, 51, https://read.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/frascati-handbuch-2015/konzepte-und-definitionen-zur-identifizierung-von-fue_9789264291638-4-de#page9 (abgefragt am 11.09.2018).

¹³³ Löffler in *Knyrim*, *DatKomm*, 20. Lfg, Art 89 Rz 26 (Stand Oktober 2018).

¹³⁴ In diesem Sinne auch *Nolte* in *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil* (Hrsg.), *Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 89 Rz 19 aE* der die Tätigkeit von Markt- und Meinungsforschungsinstituten als wissenschaftliche Forschung im Sinne der DSGVO ansieht.

Ebenso vertreten auch die Artikel-29-Datenschutzgruppe und Teile der Literatur die Auffassung, dass die Tätigkeit von Markt- und Meinungsforschungsinstituten wissenschaftliche Forschungszwecke verfolgt.¹³⁵

Für die Durchführung von Kundenzufriedenheitsumfragen durch ein Markt- und Meinungsforschungsinstitut kann anderes gelten (vgl Kapitel 6). Auch Datenverarbeitungen für andere Zwecke, zB für interne Administration oder Mitarbeiterverwaltung, können nicht auf Grundlage des FOG durchgeführt werden und sind daher ausschließlich nach den Bestimmungen der DSGVO bzw des DSG 2018 durchzuführen.

5.1.3. Datenverarbeitung auf Grundlage des FOG

Das FOG schafft eine eigenständige Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken.

Voraussetzung dafür, dass die Verarbeitung auf Grundlage der Bestimmungen des FOG erfolgen kann, ist die Verarbeitung in einer der nachstehenden Formen: ¹³⁶

- der Name der betroffenen Personen wird durch bereichsspezifische Personenkennzeichen für den Tätigkeitsbereich „Forschung“ (bPK-BF-FO) oder andere eindeutige Identifikatoren ersetzt;¹³⁷
- die Verarbeitung erfolgt in einer anderen pseudonymisierten Form,¹³⁸ wobei jegliche Form der Pseudonymisierung zulässig ist.¹³⁹
- die Verarbeitung erfolgt ohne Anonymisierung oder Pseudonymisierung, wobei Veröffentlichungen nicht, oder nur in anonymisierter oder pseudonymisierter Form, oder ohne „Name, Adresse oder Foto“ erfolgen.¹⁴⁰
- eine Verarbeitung in personenbezogener Form ausschließlich zum Zweck der Anonymisierung oder Pseudonymisierung ist zulässig, sofern in diesem Zusammenhang keine Übermittlung direkt personenbezogener Daten an Dritte erfolgt.¹⁴¹

Das heißt, Datenverarbeitungen auf Grundlage des FOG haben in der Regel pseudonymisiert zu erfolgen oder zumindest in der Form, dass Veröffentlichungen nicht oder anonymisiert bzw pseudonymisiert oder ohne Namen, Adressen oder Fotos zu erfolgen haben.

5.1.4. Auflagen für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten auf Grundlage des FOG

Weiters schafft das FOG für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten eine Reihe von Auflagen, die die Sicherheit der Verarbeitung und den Schutz der Interessen der betroffenen Personen gewährleisten sollen. Markt- und Meinungsforschungsinstitute, die Daten auf Grundlage des FOG verarbeiten wollen, sind verpflichtet, diese Auflagen einzuhalten. ¹⁴²

¹³⁵ Art-29-Datenschutzgruppe WP 217, 32; Nolte in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 89 Rz 19; Hornung/Hofmann, Die Auswirkungen der europäischen Datenschutzreform auf die Markt- und Meinungsforschung, ZD-Beilage 4/2017.

¹³⁶ § 2d Abs 1 Z 8 FOG.

¹³⁷ § 2d Abs 2 Z lit a FOG.

¹³⁸ § 2d Abs 2 Z lit b FOG.

¹³⁹ ErlRV 68 BlgNr 26. GP 33.

¹⁴⁰ § 2d Abs 2 Z lit c FOG.

¹⁴¹ § 2d Abs 2 Z lit d FOG; ErlRV 68 BlgNr 26. GP 34.

¹⁴² ErlRV 68 BlgNr 26. GP 31.

Folgende Auflagen müssen eingehalten werden:

- **Zugriffe auf personenbezogene Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken, die automationsunterstützt verarbeitet werden, sind lückenlos zu protokollieren;¹⁴³**
Der Verantwortliche muss daher wissen, wer, wann, in welchem Umfang auf die personenbezogenen Daten zugegriffen hat. Da auch pseudonymisierte Daten personenbezogene Daten sind, gilt dieser Grundsatz auch, wenn etwa auf einen pseudonymisierten Datenbestand zugegriffen wird.
- **Das Datengeheimnis ist auf solche Verarbeitungen anzuwenden;¹⁴⁴**
Diese gesetzliche Anordnung dient offensichtlich einer bloßen Klarstellung, weil das in § 6 DSGVO 2018 angeordnete Datengeheimnis auch ohne ausdrückliche Wiederholung im FOG gilt. Zwar ist § 2d FOG die speziellere Bestimmung im Vergleich zu den Bestimmungen des DSGVO 2018¹⁴⁵, allerdings wird dadurch die Anwendbarkeit der Bestimmungen des DSGVO 2018 nur soweit verdrängt, als das FOG anderslautende Bestimmungen enthält. Daher wäre auch ohne Klarstellung – mangels speziellerer Bestimmungen im FOG – das Datengeheimnis (selbstverständlich) einzuhalten.
Aufgrund des Datengeheimnisses haben Verantwortliche und Auftragsverarbeiter, sowie jeweils deren Mitarbeiter, personenbezogene Daten, die ihnen anvertraut oder zugänglich gemacht wurden, unbeschadet sonstiger gesetzlicher Verschwiegenheitspflichten, geheim zu halten, außer es besteht ein rechtlich zulässiger Grund für die Übermittlung solcher Daten.¹⁴⁶
- **Verbot der Verarbeitung zu anderen Zwecken als im FOG vorgesehen;¹⁴⁷**
Damit sind insbesondere die Ziele gemäß § 1 FOG angesprochen,¹⁴⁸ nämlich die Verarbeitung zu wissenschaftlichen Forschungszwecken gemäß Art 89 Abs 1 DSGVO.¹⁴⁹ Daher ist eine Weiterverarbeitung zu anderen Zwecken als jenen gemäß Art 89 Abs 1 DSGVO unzulässig. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn solche Daten für Direkt-Marketingzwecke weiterverwendet werden.
- **Verbot der Diskriminierung von betroffenen Personen, deren Daten auf Grundlage des FOG verarbeitet werden;**
Diese betroffenen Personen dürfen daher keine Nachteile aufgrund der Verarbeitung ihrer Daten gemäß FOG erleiden, wobei die bloße Verarbeitung gemäß FOG selbst keinen Nachteil darstellt. Unter Nachteile sind insbesondere materielle Nachteile zu verstehen, etwa Schäden am Vermögen, oder die Verweigerung von Leistungen der Gesundheitsversorgung;¹⁵⁰
- wenn die Rechtsgrundlage des FOG in Anspruch genommen wird, ist darauf im Internet hinzuweisen;¹⁵¹
- die Verarbeitung der Daten zwischen den Organisationseinheiten bzw zwischen den Mitarbeitern, ist ausdrücklich festzulegen;¹⁵²

¹⁴³ ErlRV 68 BlgNr 26. GP 31 iVm Rundschreiben des Bundeskanzleramt-Verfassungsdienstes vom 14.05.2018 zu BKA-810.016/0001-V/3/2007.

¹⁴⁴ § 2d Abs 1 Z 2 DSGVO 2018.

¹⁴⁵ ErlRV 68 BlgNr 26. GP 31.

¹⁴⁶ Vgl § 2d Abs 1 Z 2 FOG.

¹⁴⁷ § 2d Abs 1 Z 3 FOG.

¹⁴⁸ ErlRV 68 BlgNr 26. GP 31; Die Erläuterungen verweisen in diesem Zusammenhang auf § 1 und 3 FOG, wobei das FOG keinen § 3 enthält.

¹⁴⁹ Vgl § 1 Abs 3 DSGVO.

¹⁵⁰ ErlRV 68 BlgNr 26. GP 31. Gemäß Erläuterungen sind unter „Nachteile“ nur materielle Nachteile zu verstehen. Allerdings wird man auch immaterielle Nachteile unter diese Bestimmung subsumieren müssen, weil auch diese gravierend für betroffene Personen sein können.

¹⁵¹ § 2 Abs 1 Z 5 lit a FOG.

¹⁵² § 2 Abs 1 Z 5 lit d FOG.

- die Verarbeitung von Daten ist an das Vorliegen gültiger Aufträge der anordnungsbefugten Organisationseinheiten und Mitarbeiter zu binden;¹⁵³
- jeder Mitarbeiter und jede Mitarbeiterin ist über ihre oder seine Pflichten gemäß FOG, gemäß innerorganisatorischen Datenschutzvorschriften einschließlich Datensicherheitsvorschriften zu belehren;¹⁵⁴
- Einführung von Zutrittsberechtigung zu den Räumlichkeiten, in denen die Verarbeitung der Daten tatsächlich erfolgt;¹⁵⁵
- Pflicht zur Regelung der Zugriffsberechtigung zu den Daten;¹⁵⁶
- die Berechtigung zum Betrieb der Datenverarbeitungsgeräte ist festzulegen;
- jedes Gerät ist durch Vorkehrungen bei den eingesetzten Maschinen oder Programmen gegen die unbefugte Inbetriebnahme abzusichern;¹⁵⁷
- alle getroffenen Maßnahmen sind zu dokumentieren.¹⁵⁸

Betreiben Markt- und Meinungsforschungsinstitute darüber hinaus Registerforschung oder verarbeiten bereichsspezifische Personenkenneichen, sind zusätzliche Pflichten einzuhalten.¹⁵⁹

Bei dem vorgenannten Katalog handelt es sich um keine abschließende Aufzählung, sondern um einen Katalog von Mindestanforderungen.¹⁶⁰ Allerdings ergibt sich weder aus dem FOG noch aus den Erläuterungen zum FOG, unter welchen Voraussetzungen zusätzliche Maßnahmen für die Zulässigkeit der Verarbeitung gemäß FOG erforderlich sein sollen.

Zusammengefasst können sich Markt- und Meinungsforschungsinstitute regelmäßig auf die im FOG verankerte Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken stützen, sofern sie die dort genannten Voraussetzungen und Auflagen einhalten.

5.2. Datenverarbeitung in der Markt- und Meinungsforschung auf Grundlage des überwiegenden berechtigten Interesses (gemäß Art 6 Abs 1 lit f DSGVO)

Unabhängig von den Bestimmungen des FOG kann die Verarbeitung von personenbezogenen Daten auf die Rechtsgrundlagen gemäß DSGVO gestützt werden. Als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung kommt dabei insbesondere das überwiegende berechtigte Interesse in Betracht.

5.2.1. *Repräsentative, quantitative Untersuchungen*

Repräsentative, quantitative Untersuchungen unterteilen sich im Wesentlichen in die Phasen (1) Datenerhebung zur Kontaktaufnahme, (2) Verarbeitung der Befragungsergebnisse (3) Nachkontrolle und Aufbewahrung der Studienergebnisse (vgl Kapitel 3.2).

Besonders relevant für die Beurteilung des berechtigten Interesses ist, ob der Verantwortliche ein Grundrecht, wie etwa das Grundrecht der Freiheit der Kunst und der Wissenschaft,¹⁶¹ wahrnimmt. Wie

¹⁵³ § 2 Abs 1 Z 5 lit e FOG.

¹⁵⁴ § 2d Abs 1 Z 5 lit f FOG.

¹⁵⁵ § 2d Abs 1 Z 5 lit g FOG.

¹⁵⁶ § 2d Abs 1 Z 5 lit h FOG.

¹⁵⁷ § 2d Abs 1 Z 5 lit i FOG.

¹⁵⁸ § 2d Abs 1 Z 5 lit j FOG.

¹⁵⁹ Vgl Art 2 Abs 2 Z 5 FOG, insb lit c sowie lit k bis m.

¹⁶⁰ § 2d Abs 1 FOG lautet: „Für Verarbeitungen nach diesem Abschnitt sind insbesondere folgende Maßnahmen [...] einzuhalten: [...]“

¹⁶¹ Art 13 Charta der Grundrechte der Europäischen Union.

bereits ausgeführt (vgl Kapitel 5.1.2.3), verfolgen Markt- und Meinungsforschungsinstitute regelmäßig wissenschaftliche Zwecke. Auch die Artikel-29-Datenschutzgruppe stuft Verarbeitungen im Zuge der Marktforschung¹⁶² als wissenschaftlichen Zweck im Sinne der DSGVO ein.¹⁶³ Damit können sich Markt- und Meinungsforschungsinstitute auf ein berechtigtes Interesse von hohem Gewicht, nämlich die Wahrnehmung des Grundrechtes der Freiheit von Kunst und Wissenschaft¹⁶⁴, stützen. Dies gilt für alle Phasen einer repräsentativen, quantitativen Untersuchung.

Ebenfalls zu berücksichtigten ist, inwiefern ein öffentliches Interesse oder ein Interesse der breiten Öffentlichkeit an der Datenverarbeitung gegeben ist. Markt- und Meinungsforschung wird in vielen Fällen auch im Interesse einer breiten Öffentlichkeit durchgeführt, wie dies etwa regelmäßig bei politischen Umfragen, aber auch bei Umfragen für die Privatwirtschaft der Fall sein kann. Ferner dienen Umfrageergebnisse von Markt- und Meinungsforschung in vielen Fällen als Grundlage für politische Entscheidungen.

Aber auch sonstige berechnigte Interessen des Verantwortlichen sind zu berücksichtigen. Als wirtschaftlich tätige Unternehmen haben Markt- und Meinungsforschungsinstitute (notwendigerweise) ein Interesse an ihrer laufenden Geschäftstätigkeit. Kern ihrer laufenden Geschäftstätigkeit ist die Durchführung von Studien. Eine solche laufende Geschäftstätigkeit ist ebenfalls ein berechtigtes Interesse eines Verantwortlichen im Sinne der DSGVO.

Die rechtliche bzw kulturelle Anerkennung der verfolgten Interessen spielt ebenfalls eine Rolle. Die von der Markt- und Meinungsforschung verfolgten Interessen genießen eine hohe gesellschaftliche und rechtliche Anerkennung. Der Gesetzgeber hat der Wissenschaft im Allgemeinen und der Markt- und Meinungsforschung im Speziellen einen besonders hohen Stellenwert einräumt. Dies ergibt sich aus der Privilegierung von Datenverarbeitungen zu wissenschaftlichen Forschungszwecken, die die „*legitime[n] gesellschaftliche[n] Erwartungen in Bezug auf einen Wissenszuwachs*“ erfüllen sollen¹⁶⁵ sowie aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit der Übermittlung von Namensangaben bei der Registerforschung vorgesehen hat, wobei er insb die Sozialwissenschaften, worunter auch Markt- und Meinungsforschung zu subsumieren ist, vor Augen hatte.¹⁶⁶

Außerdem ist für jede Markt- und Meinungsforschung eine ausreichend große Grundmenge erforderlich, um eine repräsentative Stichprobe ziehen zu können.¹⁶⁷ Eine Beschränkung auf Teilnehmer, die vorab ihre Zustimmung zur Teilnahme an einer Studie abgeben haben, würde die für das Meinungsforschungsinstitut zur Verfügung stehende Grundgesamtheit erheblich reduzieren, wodurch eine Markt- und Meinungsforschung nach anerkannten Methoden der Wissenschaft in vielen Fällen mangels der Möglichkeit der Ziehung einer repräsentativen Stichprobe nicht mehr möglich wäre. Deshalb ist das Interesse von Markt- und Meinungsforschungsinstituten personenbezogene Daten von Studienteilnehmern zu verarbeiten essentiell.¹⁶⁸

Demgegenüber sind die Interessen der betroffenen Umfrageteilnehmer abzuwägen. Dazu gehören mögliche negative Folgen für die Umfrageteilnehmer als betroffene Personen, die sich unter anderem aus der Art der Daten oder der Verarbeitung ergeben können. Dabei gilt ganz generell: je umfangreicher personenbezogene Daten über eine betroffene Person verarbeitet werden, desto höher das Risiko und damit die möglichen negativen Folgen für die Umfrageteilnehmer. Bei der Berücksichtigung der negativen Folgen sind auch allfällige unvorhergesehene Situationen, wie etwa eine mögliche Datenschutzverletzung zu berücksichtigen. Je nach Art der Umfrage könnte eine solche Datenschutzverletzung zu unterschiedlich schweren Folgen für die betroffene Person führen.

¹⁶² Die Meinungsforschung wird von der Artikel-29-Datenschutzgruppe in diesem Zusammenhang nicht genannt. Für eine Differenzierung zwischen Markt- und Meinungsforschung bleibt allerdings aufgrund der Tatsache, dass in beiden Disziplinen dieselben Methoden zur Anwendung gelangen, mE kein Platz.

¹⁶³ Art-29-Datenschutzgruppe WP 217, 32 mit der Einschränkung auf Marktforschung.

¹⁶⁴ Art 13 Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC).

¹⁶⁵ ErlRV 68 BlgNr 26. GP 1.

¹⁶⁶ ErlRV 68 BlgNr 26. GP 35.

¹⁶⁷ Vgl Punkt 3.1.2.

¹⁶⁸ *Hornung/Hofmann*, Die Auswirkungen der europäischen Datenschutzreform auf die Markt- und Meinungsforschung, ZD-Beilage 4/2017.

Mögliche negative Folgen wären bspw die Unannehmlichkeit, die durch eine telefonische Kontaktaufnahme erfolgt (weil der Betroffene eventuell ein Gespräch führen muss, das er gar nicht führen will) oder eine Datenschutzverletzung, etwa durch eine – wenn auch unbeabsichtigte – Offenlegung der Umfrageergebnisse in personenbezogener Form (Rohdaten).

Bei der Interessensabwägung ist ebenfalls zu berücksichtigen, ob die tatsächliche Datenverarbeitung den begründeten Erwartungen der betroffenen Personen entspricht. Die erhobenen personenbezogenen Daten (Umfrageergebnisse) werden ausschließlich für die Auswertung der Umfrageergebnisse herangezogen und keinem weiteren Zweck zugeführt. Damit erfolgt eine Verarbeitung in der Form, wie es betroffene Personen als Umfrageteilnehmer vernünftigerweise erwarten dürfen. Daher sprechen die begründeten Erwartungen der betroffenen Personen nicht gegen die berechtigten Interessen eines Markt- und Meinungsforschungsinstitutes.

Die Stellung der betroffenen Person zum Verantwortlichen bzw ein allfälliges Ungleichgewicht zwischen Verantwortlichen und betroffener Person muss ebenfalls in die Interessensabwägung einfließen. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass personenbezogenen Daten von schutzwürdigen Personen, wie etwa von Kindern¹⁶⁹ aber auch Asylwerbern oder älteren Menschen verarbeitet werden können. In solchen Fällen ist ein erhöhtes Geheimhaltungsinteresse der betroffenen Personen gegeben.¹⁷⁰

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass bereits aus den oben angeführten Gründen, den berechtigten Interessen eines Markt- und Meinungsforschungsinstitutes, für die Durchführung einer quantitativen Untersuchung, ein erhebliches Gewicht zukommt, während die Interessen der betroffenen Personen im Vergleich dazu, regelmäßig nur in geringem Umfang von der beabsichtigten Verarbeitung berührt werden.

Ausgehend vom Zwischenergebnis können zusätzliche Schutzmaßnahmen die Interessensabwägung zugunsten des Verantwortlichen verschieben, wie etwa eine möglichst kurze Aufbewahrungsdauer der Umfrageergebnisse in personenbezogener Form oder die Auswertung der Daten nur in pseudonymisierter Form.

Neben den Schutzmaßnahmen für die personenbezogenen Daten von betroffenen Personen, bestehen weitere Maßnahmen, die für einen Ausgleich der Interessen sorgen, wie etwa, dass die Teilnahme an einer telefonischen Umfrage gemäß Berufsgrundsätzen und Standesregeln für Markt und Meinungsforschung freiwillig erfolgt und jederzeit abgebrochen werden kann.¹⁷¹ Auch die Online-Befragung beruht auf Freiwilligkeit.¹⁷²

Damit besteht die Möglichkeit für den Betroffenen, eine Verarbeitung bzw Umfrage einfach und ohne Begründung abzulehnen. Darüber hinaus haben Markt- und Meinungsforschungsinstitute – wie *Hornung/Hoffmann* aufzeigen – im Gegensatz zu Werbeunternehmen, kein Interesse daran, einen potentiellen Umfrageteilnehmer gegen seinen Willen in einem Telefonat zu halten, weil es zielführender ist, eine andere und auskunftswilligere Person in die Stichprobe miteinzubeziehen.¹⁷³ Dies zeigt sich auch darin, dass viele Markt- und Meinungsforschungsinstitute Listen zur Vermeidung ungewollter Kontaktaufnahmen (sog „Sperrlisten“) führen.¹⁷⁴

Nach Erhebung der Antworten von den Umfrageteilnehmern werden diese unverzüglich pseudonymisiert (vgl Kapitel 3.2.2.2.2). Damit wird ein wirksamer Schutzmechanismus ergriffen, um – auch nicht

¹⁶⁹ Art 6 Abs 1 lit f DSGVO;

¹⁷⁰ Art-29-Datenschutzgruppe WP 217, 52; Die in Art 6 Abs 1 lit f DSGVO genannte Schutzwürdigkeit bezieht sich insbesondere, aber nicht ausschließlich auf Kinder und kann daher andere Segmente der Bevölkerung ebenfalls umfassen.

¹⁷¹ Vgl Richtlinie des VdMI auf http://vdmi.at/wp-content/uploads/2017/02/Richtlinie_Telefonische_Befragungen_01-2017.pdf (abgerufen am 09.01.2018).

¹⁷² Vgl Richtlinie des VdMI auf http://vdmi.at/wp-content/uploads/2017/02/Richtlinie-Online-Befragungen_01-2017.pdf (abgerufen am 09.01.2018).

¹⁷³ *Hornung/Hofmann*, Die Auswirkungen der europäischen Datenschutzreform auf die Markt- und Meinungsforschung, ZD-Beilage 4/2017; Darüber hinaus könnte das Risiko besteht, dass der Umfrageteilnehmer bewusst unrichtige Antworten gibt.

¹⁷⁴ <https://www.integral.co.at/de/faq/> (abgerufen am 23.10.2018); <http://www.tns-austria.com/Befragungen> (abgerufen am 23.10.2018); <https://www.spectra.at/datenschutzerklaerung.html> (abgerufen am 23.10.2018); <https://www.ifes.at/datenschutz> (abgerufen am 23.10.2018); <https://www.ifes.at/datenschutz> (abgerufen am 23.10.2018) uvam.

vorhersehbare Folgen insb im Zusammenhang mit möglichen Datenschutzverletzungen – durch die geplante Datenverarbeitung für die Betroffenen gering zu halten.

Als Ergebnis der Interessensabwägung kann daher festgehalten werden, dass Markt- und Meinungsforschungsinstitute eine Datenverarbeitung für alle Phasen der Durchführung einer Umfrage¹⁷⁵ regelmäßig auf die Rechtsgrundlage des berechtigten Interesses im Sinne des Art 6 Abs 1 lit f DSGVO stützen können, wenn personenbezogene Daten im Zuge einer repräsentativen, quantitativen Untersuchung für Forschungszwecke verarbeitet werden.

Dies gilt mit der Einschränkung, dass keine besonderen Datenkategorien verarbeitet werden, weil das überwiegende berechnete Interesse gemäß § 6 Abs 1 lit f DSGVO keine geeignete Rechtsgrundlage für die Verarbeitung solcher Daten ist.¹⁷⁶

5.2.2. Qualitative Untersuchungen (Sonderfall)

Für qualitative Untersuchungen gelten grundsätzlich dieselben Erwägungen, wie für eine repräsentative, quantitative Untersuchung (vgl Kapitel 5.2.1), weshalb Markt- und Meinungsforschungsinstitute personenbezogene Daten im Zusammenhang mit einer qualitativen Untersuchung auf der Grundlage des überwiegenden berechtigten Interesses verarbeiten können.

Anders kann allerdings zu entscheiden sein, wenn die qualitative Untersuchung dazu führt, dass (höchst-)persönliche Lebensbereiche bzw die Privatsphäre der betroffenen Personen offengelegt werden, weil in solchen Fällen dem Geheimhaltungsinteresse der betroffenen Personen besonderes Gewicht zukommt.

Neben dem Fall der Offenlegung von persönlichen Lebensbereichen kann die Datenverarbeitung für eine qualitative Untersuchung nicht auf das überwiegende berechnete Interesse gestützt werden, wenn besondere Datenkategorien verarbeitet werden sollen, weil das überwiegende berechnete Interesse für die Verarbeitung von besonderen Datenkategorien keine zulässige Rechtsgrundlage ist.

In jenen Fällen, in denen die Verarbeitung nicht auf das überwiegende berechnete Interesse gestützt werden kann (und auch eine Verarbeitung gemäß FOG nicht in Frage kommt) ist eine Einwilligung des Betroffenen einzuholen.

Ebenfalls einer Einwilligung bedarf die bei qualitativen Untersuchungen übliche Vorgehensweise, die Untersuchung mittels Videokamera aufzuzeichnen und gegebenenfalls dem Auftraggeber einer Studie zu übermitteln, weil sehr intensiv in die Persönlichkeitsrechte eingegriffen wird (andauernde Beobachtung des persönlichen Verhaltens). Bei solchen Verarbeitungsvorgängen überwiegt das Geheimhaltungsinteresse der betroffenen Personen regelmäßig das Interesse des Verantwortlichen (vgl Kapitel 5.3).

5.3. Einwilligung des Betroffenen

5.3.1. Relevanz der Einwilligung in der Markt- und Meinungsforschung

Die Einwilligung als Rechtsgrundlage ist für Markt- und Meinungsforschungsinstitute in bestimmten Fällen oder für bestimmte Verarbeitungsschritte praktisch relevant.

Die Einwilligung als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von Kontaktdaten ist in vielen Fällen nicht geeignet, weil die Einwilligung vor Beginn der Verarbeitung der Kontaktdaten vorliegen muss¹⁷⁷ und deshalb nicht rechtzeitig eingeholt werden kann, weil die Erhebung von Kontaktdaten in der Regel vor der ersten Kontaktaufnahme stattfindet (vgl Kapitel 3.2.2.1).

Es gibt allerdings durchaus Fälle, in denen eine Einwilligung sinnvoll oder notwendig ist. Ein solcher Fall ist etwa die Aufzeichnung der Umfrageteilnehmer mittels Videokamera im Zuge einer qualitativen Umfrage

¹⁷⁵ Das sind Datenerhebung zur Kontaktaufnahme, Verarbeitung der Befragungsergebnisse, Nachkontrolle und Aufbewahrung der Studienergebnisse samt Rohdaten (vgl Kapitel 3.2.)

¹⁷⁶ Vgl Art 9 DSGVO sowie Kapitel 4.5.

¹⁷⁷ Buchner/Kühling in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 7 Rz 30.

sowie die Übermittlung der Aufzeichnung an den Auftraggeber für einen bestimmten Zeitraum (vgl Kapitel 3.3.1.2).

Ferner ist eine Einwilligung jener Personen sinnvoll, die sich damit einverstanden erklärt haben, für zukünftige Untersuchungen neuerlich kontaktiert zu werden (deklariert Auskunftswillige).

Darüber hinaus bedarf es einer Einwilligung durch die betroffene Person, wenn Markt- und Meinungsforschungsinstitute zu Qualitätssicherungszwecke im Zuge einer telefonischen Umfrage Teile des Telefonats aufzeichnen oder ein Supervisor Teile des Gesprächs mithört (für nähere Informationen siehe Kapitel 5.8.2 und 5.8.3).

Für einzelne Untersuchungen kann ferner eine Einwilligung erforderlich sein, wenn andere Rechtsgrundlagen nicht in Frage kommen, etwa weil die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des FOG nicht erfüllt sind oder besondere Datenkategorien verarbeitet werden und daher das überwiegende berechnete Interesse keine geeignete Rechtsgrundlage ist.

5.3.2. Einholung einer Einwilligung durch Markt- und Meinungsforschungsinstitute

Damit die Einwilligung für das Aufzeichnen von Telefongesprächen oder das Mithören des Telefonats durch einen Supervisor rechtzeitig vorliegt, muss sie am Telefon eingeholt werden und zwar bevor die Aufzeichnung beginnt oder der Supervisor mit dem Mithören beginnt.

Die Einholung einer mündlichen Einwilligung im Zuge eines Telefonats ist grundsätzlich wirksam. In diesem Zusammenhang stellt sich jedoch für den Verantwortlichen und damit für Markt- und Meinungsforschungsinstitute das Problem, dass sie die Erteilung der Einwilligung durch den Betroffenen dokumentieren müssen.¹⁷⁸ Eine Möglichkeit kann darin bestehen, die Erteilung der Einwilligung durch den Betroffenen aufzuzeichnen. Hierüber ist der Betroffene allerdings vorab aufzuklären und ihm ist die Möglichkeit zu geben, der Aufzeichnung dieses Gesprächsabschnittes zu widersprechen. Besteht keine geeignete technische Möglichkeit der Dokumentation durch eine Handlung des Befragten selbst, so ist die Dokumentation vom Interviewer durch einen internen Vermerk vorzunehmen – etwa durch Ankreuzen einer entsprechenden Option („Checkbox“) oder durch einen entsprechenden schriftlichen Vermerk im auszufüllenden Fragebogen.

Die Art der Einholung einer Einwilligung von deklariert Auskunftswilligen für zukünftige Befragungen wird in der Regel im Zuge der erstmaligen Befragung eingeholt. Abhängig von der Befragungsart (vgl Kapitel 3.2.2.2.1) erfolgt die Einholung der Einwilligung auf andere Weise. Ist die erstmalige Befragung eine telefonische Befragung, kann auf die obenstehenden Ausführungen verwiesen werden. Bei einer persönlichen Befragung kann die Einwilligung ohne weiteres schriftlich durch eine entsprechende Erklärung des Betroffenen eingeholt werden.

Auch die Einholung einer Einwilligung im elektronischen Weg ist zulässig. Es ist nicht erforderlich, dass der Betroffene die Einwilligung unterfertigt.¹⁷⁹ Ausreichend für eine wirksame Einwilligung wäre etwa das Anklicken einer entsprechenden Checkbox, die sich unter einer Einwilligungserklärung auf einer Website befindet, mit der die betroffene Person seine Zustimmung zu einer Datenverarbeitung zum Ausdruck bringen kann. Da die DSGVO allerdings eine eindeutige bestätigende Handlung verlangt, wäre eine vorab markierte bzw angekreuzte Checkbox, bei der der Betroffene – wenn er seine Einwilligung nicht erteilen will – die Markierung (dh das „Hakerl“) erst entfernen müsste, nicht ausreichend für eine wirksame Einwilligung.¹⁸⁰

Im Fall der Aufzeichnung der Umfrageteilnehmer mittels Videokamera im Zuge einer qualitativen Umfrage kann die Einwilligung ebenfalls vorab mittels schriftlicher Erklärung durch sämtliche betroffene Personen eingeholt werden.

¹⁷⁸ § 7 Abs 1 DSGVO, Erwägungsgrund 42 DSGVO, *Veil* in *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 24 Rz 50.

¹⁷⁹ *Kastelitz* in *Knyrim*, *DatKomm* Art 7 Rz 18 (Stand Oktober 2018).

¹⁸⁰ Erwägungsgrund 32 der DSGVO.

In allen vorgenannten Fällen ist es erforderlich, dass die Einwilligung den Erfordernissen gemäß DSGVO entspricht (vgl Kapitel 4.4.2.2).

5.4. Datenverarbeitung auf Grundlage des § 7 DSG 2018

Neben den Rechtsgrundlagen gemäß DSGVO und FOG sieht auch § 7 DSG 2018 eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke, wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder statistische Zwecke vor.¹⁸¹

Die Rechtsgrundlage gemäß § 7 DSG 2018 besteht unabhängig von der Rechtsgrundlage gemäß FOG und basiert ebenfalls auf der Öffnungsklausel für Datenverarbeitung zum Zweck gemäß Art 89 DSGVO.¹⁸²

§ 7 DSG 2018 ist nur dann anwendbar, wenn die Verarbeitung zu im öffentlichen Interesse liegenden Archivzwecken, wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken oder statistischen Zwecken erfolgt (vgl Kapitel 5.1.2.2.1) und das Ergebnis einer solchen Datenverarbeitung nicht personenbezogen ist.¹⁸³ Das bedeutet, dass die Studienergebnisse (wie etwa repräsentative, quantitative Untersuchungen oder qualitative Untersuchungen) im Ergebnis keinen Personenbezug (mehr) aufweisen dürfen.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, differenziert § 7 DSG 2018 drei verschiedene Fälle, nämlich Verarbeitungen, die ohne Einwilligung zulässig sind, Verarbeitungen für die die Einwilligung der betroffenen Personen erforderlich ist und Verarbeitungen, die aufgrund einer Genehmigung der Datenschutzbehörde zulässig sind.

Ohne Einwilligung der Betroffenen (sowie ohne Genehmigung durch die Datenschutzbehörde) darf einer Verantwortlicher personenbezogenen Daten, die öffentlich zugänglich sind (vgl Kapitel 5.6.1), oder die sie für andere Untersuchungen oder auch andere Zwecke zulässigerweise ermittelt haben oder die für sie pseudonymisierte personenbezogenen Daten sind und der Verantwortliche die Identität der betroffenen Personen mit rechtlich zulässigen Mitteln nicht bestimmen kann, für wissenschaftliche Forschungszwecke verarbeiten.¹⁸⁴

Andernfalls ist die Einwilligung der betroffenen Personen erforderlich.¹⁸⁵ Die Einholung der Einwilligungen kann durch eine Genehmigung der Datenschutzbehörde ersetzt werden, wenn die Einholung der Einwilligung der betroffenen Person mangels ihrer Erreichbarkeit unmöglich ist oder sonst einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeutet, ein öffentliches Interesse an der beantragten Verarbeitung besteht und die fachliche Eignung des Verantwortlichen glaubhaft gemacht wird.¹⁸⁶

Aufgrund dieser Einschränkung ist § 7 DSG 2018 für Markt- und Meinungsforschungsinstitute von geringer praktischer Bedeutung, zumal in vielen Fällen die Verarbeitung voraussichtlich auf das FOG gestützt werden könnte.

Die Weiterverarbeitung von personenbezogenen Daten, die zulässigerweise ermittelt wurden, erfolgt in der Markt- und Meinungsforschung regelmäßig nicht. So werden für eine Untersuchung nicht allfällig vorhandene Untersuchungsergebnisse verwendet.

Auch für Daten, die ein Markt- und Meinungsforschungsinstitut von einem Dritten erhalten hat, welche aber für ein Markt- und Meinungsforschungsinstitut pseudonymisiert sind, besteht kein praktischer Anwendungsbereich.

¹⁸¹ § 7 DSG 2018.

¹⁸² ErlRV 68 BlgNr 26. GP 31 und 32.

¹⁸³ § 7 Abs 1 DSG 2018; *Löffler in Knyrim, DatKomm*, 20. Lfg, Art 89 Rz 60 (Stand Oktober 2018); *Bresich/Dopplinger/Dörnhöfer/Kunnert/Riedl, DSG (2018) § 7 Rz 11; Janel, Handbuch Datenschutzrecht (2010) 8/14.*

¹⁸⁴ § 7 Abs 1 DSG 2018.

¹⁸⁵ § 7 Abs 2 DSG 2018. Eine weitere Möglichkeit wäre eine Verarbeitung gemäß besonderer gesetzlicher Vorschriften gemäß § 7 Abs 2 Z 1 DSG 2018.

¹⁸⁶ § 7 Abs 2 Z 1 bis 3 DSG 2018.

Soweit ersichtlich, wäre nur im Bereich der Verarbeitung von öffentlich zugänglichen Daten ein Anwendungsbereich eröffnet, weil die Verarbeitung von öffentlichen Kontaktdaten auf Grundlage des § 7 DSG 2018 erfolgen kann.

Aber auch die Verarbeitung öffentlicher Kontaktdaten kann in der Regel auf andere Rechtsgrundlagen gestützt werden. Deshalb und aufgrund der Tatsache, dass der Umfang der zulässigen Verarbeitung gemäß FOG den Anwendungsbereich des § 7 DSG 2018 überlagert, ist § 7 DSG 2018 weitgehend obsolet.

5.5. Datenverarbeitung auf Grundlage des § 8 DSG 2018

§ 8 Abs DSG 2018 regelt die Zurverfügungstellung von Adressen zur Benachrichtigung und Befragung von betroffenen Personen. Diese Regelung zielt auf die Durchbrechung des Zweckbindungsgrundsatzes ab.¹⁸⁷

Grundsätzlich bedarf eine solche Zurverfügungstellung (Übermittlung) durch einen die Daten verarbeitenden Verantwortlichen einer Einwilligung der betroffenen Personen.

Keine Einwilligung der Betroffenen ist erforderlich, wenn für den Personenkreis, der benachrichtigt oder befragt werden soll, eine Beeinträchtigung von deren Geheimhaltungsinteressen angesichts der Auswahlkriterien oder des Gegenstands der Befragung unwahrscheinlich ist, die Daten von demselben Verantwortlichen stammen (Weiterverarbeitung), oder bei einer beabsichtigten Übermittlung von Adressdaten an Dritte, wenn an der Benachrichtigung oder Befragung auch ein öffentliches Interesse besteht oder keine der betroffenen Personen nach entsprechender Information über Anlass und Inhalt der Übermittlung innerhalb angemessener Frist Widerspruch gegen die (geplante) Übermittlung erhoben hat.¹⁸⁸

Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben und wäre die Einholung einer Einwilligung mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden, kann die Übermittlung der Kontaktdaten mit Genehmigung der Datenschutzbehörde erfolgen.

Voraussetzung für eine solche Genehmigung ist die Übermittlung der Kontaktdaten zum Zweck der Benachrichtigung oder Befragung aus einem wichtigen Interesse des Betroffenen selbst, aus einem wichtigen öffentlichen Benachrichtigungs- oder Befragungsinteresse oder zur Befragung der betroffenen Personen für wissenschaftliche oder statistische Zwecke.¹⁸⁹

Die Möglichkeit der Weiterverwendung von Kontaktdaten durch denselben Verantwortlichen ist für Markt- und Meinungsforschungsinstitute in der Praxis kaum relevant, weil diese Kontaktdaten ohnehin zum Zwecke der Befragung gesondert erheben.

Eine Übermittlung an einen anderen Verantwortlichen bedarf entweder eines öffentlichen Interesses an der Befragung, eines aufwändigen Prozederes (Information an die Betroffenen, sowie Möglichkeit, innerhalb angemessener Frist Widerspruch zu erheben) oder der (kostenpflichtigen) Genehmigung der Datenschutzbehörde.

§ 8 DSG 2018 gelangt für Markt- und Meinungsforschungsinstitute insbesondere im Fall von Marktstudien zur Anwendung (vgl Kapitel 5.6.5)..

5.6. Kontakt- und Auswahldaten

Die Erhebung von Daten zur Kontaktaufnahme mit potentiellen Umfrageteilnehmern ist der erste Schritt einer typischen Stichprobenziehung in der Markt- und Meinungsforschung (vgl Kapitel 3.2.2.1). Hierfür ist die Erhebung der personenbezogenen Daten der Umfrageteilnehmer erforderlich, welche in der Regel vor der ersten Kontaktaufnahme erfolgt. Für Markt- und Meinungsforschungsinstitute stellt sich daher die Frage, unter welchen Voraussetzungen sie personenbezogene Daten erheben bzw verarbeiten dürfen.

¹⁸⁷ *Bresich/Dopplinger/Dörnhöfer/Kunnert/Riedl, DSG (2018) § 8 Rz 1.*

¹⁸⁸ § 8 Abs 1 und 2 DSG 2018.

¹⁸⁹ § 8 Abs 3 DSG 2018.

5.6.1. Öffentliche Daten

Öffentliche Daten, sind Daten, die für jedermann allgemein verfügbar sind. Öffentlich sind etwa Daten aus dem Grundbuch, Firmenbuch oder dem Telefonbuch.¹⁹⁰ Aber auch personenbezogene Daten die zulässigerweise im Internet oder in Printmedien veröffentlicht wurden, sind als öffentliche Daten anzusehen.¹⁹¹ Personenbezogene Daten, die nur einem eingeschränkten Personenkreis zugänglich sind (etwa ein nicht öffentliches Facebook-Profil) stellen keine öffentlichen Daten dar.¹⁹²

Ein Verantwortlicher darf öffentliche Daten nicht willkürlich verarbeiten.¹⁹³ Daher sind sämtliche Bestimmungen der DSGVO für die Verarbeitung personenbezogener Daten auch auf öffentliche Daten anwendbar.¹⁹⁴ Das bedeutet, dass auch für die Verarbeitung von öffentlichen Daten eine geeignete Rechtsgrundlage gegeben sein muss (vgl Kapitel 4.3).

Als geeignete Rechtsgrundlage für die Erhebung oder Verarbeitung von öffentlichen personenbezogenen Daten kommt das FOG in Betracht, sofern die dort angeordneten Voraussetzungen erfüllt sind (vgl Kapitel 5.1).

Unabhängig davon, könnte die Erhebung von Kontaktdaten gegebenenfalls auch auf das überwiegende berechnete Interesse eines Verantwortlichen gestützt werden¹⁹⁵ (hinsichtlich des überwiegenden berechtigten Interesses siehe die Kapitel 4.4.3 sowie 5.2).

Bei der Interessensabwägung spielt es eine Rolle, ob die Daten öffentlich zugänglich bzw verfügbar sind. In diesem Fall kommt dem Interesse der betroffenen Person wesentlich weniger Gewicht zu. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Veröffentlichung in realistischer Erwartung der weiteren Verwendung dieser Daten für bestimmte Zwecke erfolgte,¹⁹⁶ wie dies etwa beim Telefonbuch der Fall ist. Eine Verarbeitung von öffentlichen Kontaktdaten zu den oben angeführten Zwecken auf Grundlage des überwiegenden berechtigten Interesses ist daher regelmäßig zulässig.

Handelt es sich bei den öffentlichen Daten um besondere Datenkategorien ist das überwiegende berechnete Interesse keine geeignete Rechtsgrundlage. Allerdings ist gemäß DSGVO für die Verarbeitung von besonderen Datenkategorien zulässig, wenn diese offensichtlich mit Wissen und Wollen des Betroffenen veröffentlicht wurden (Art 9 Abs 2 lit e DSGVO).¹⁹⁷

Darüber hinaus erlaubt § 7 Abs 1 Z 1 DSG 2018 ausdrücklich die Verarbeitung von sämtlichen personenbezogenen Daten, für wissenschaftliche Forschungszwecke, wenn diese öffentlich zugänglich sind.¹⁹⁸

Die Verarbeitung von öffentlichen (Kontakt-)Daten ist daher regelmäßig aufgrund der oben genannten Rechtsgrundlagen zulässig, weshalb öffentlich verfügbare personenbezogene (Kontakt-)Daten für den Zweck der Durchführung einer Umfrage (Umfrageteilnehmerauswahl) erhoben und gespeichert werden können.

5.6.2. Zugekaufte Echtdaten

Grundsätzlich ist es zulässig, Daten von einem hierzu befugten Unternehmer (zB Adressverlag) zuzukaufen und für Zwecke der Markt- und Meinungsforschung zu verwenden.

¹⁹⁰ *Knyrim*, Datenschutzrecht³ (2010) 114.

¹⁹¹ *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht (2010) 4/23.

¹⁹² *Bresich/Dopplinger/Dörnhöfer/Kunnert/Riedl*, DSG (2018) § 1 Rz 5.

¹⁹³ Öffentliche Daten unterlagen schon vor Geltung der DSGVO, dh unter dem DSG 2000, dem Anwendungsbereich des Datenschutzes.

¹⁹⁴ Art 2 DSGVO; *Bresich/Dopplinger/Dörnhöfer/Kunnert/Riedl*, DSG (2018) § 1 Rz 5; vgl auch Art-29-Datenschutzgruppe WP 217, 19 und 50; Dasselbe Prinzip galt bereits vor Geltung der DSGVO gemäß DSG 2000 (vgl *Jahnel*, Handbuch Datenschutzrecht (2010) 4/22).

¹⁹⁵ Nach *Löffler* handelt es sich bei Art 7 DSGVO um eine gesetzlich vorgenommene Interessensabwägung [vgl *Löffler* in *Knyrim*, DatKomm, 20. Lfg, Art 89 Rz 4 (Stand Oktober 2018)].

¹⁹⁶ Art-29-Datenschutzgruppe WP 217, 50.

¹⁹⁷ *Weichert* in *Kühling/Buchner* (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 9 Rz 79.

¹⁹⁸ *Bresich/Dopplinger/Dörnhöfer/Kunnert/Riedl*, DSG (2018) § 7 Rz 12; § 7 Abs 1 Z 1 DSG 2018.

Wesentlich ist, dass die Daten aus einer rechtmäßigen Datenverarbeitung stammen. Das bedeutet, dass das die Daten verkaufende Unternehmen hinsichtlich der Kontaktdaten sämtliche Grundsätze einer Datenverarbeitung (vgl Kapitel 4.3) eingehalten hat, was bei hierzu gewerbsmäßig befugten Unternehmen regelmäßig der Fall sein sollte. Stammen die Kontaktdaten nicht aus einer rechtmäßigen Datenverarbeitung ist die Übermittlung der Daten und in weiterer Folge die Verarbeitung dieser Daten durch das Markt- und Meinungsforschungsinstitut nicht zulässig.

Aus diesem Grund sollten Markt- und Meinungsforschungsinstitute vertraglich die Zusicherung des Adressverlages einholen, dass die übermittelten Kontaktdaten für die Zwecke der Durchführung einer wissenschaftlichen Studie (unter Angabe des jeweiligen Kanals der geplanten Kontaktaufnahme) verwendet werden können.

Für eine zulässige Verarbeitung der zugekauften Echtdaten für Zwecke der Markt- und Meinungsforschung müssen Markt- und Meinungsforschungsinstitute über eine geeignete Rechtsgrundlage verfügen. Als geeignete Rechtsgrundlagen kommen dabei insbesondere das überwiegende berechnete Interesse sowie das FOG in Betracht.

5.6.3. Künstlich generierte Daten

Für Telefoninterviews werden Kontaktdaten zum Teil künstlich generiert. Markt- und Meinungsforschungsinstitute (oder darauf spezialisierte Dienstleister) bedienen sich hierbei verschiedener, aber ähnlich ablaufender Verfahren, wie etwa das Randomized-Last-Digit-Verfahren (RLD-Verfahren), mit welchem die letzten Stellen einer Telefonnummer zufällig erstellt werden. Diese künstlich generierte Telefonnummer wird in der Folge für eine Umfrage angewählt und der Inhaber dieser Nummer – sofern die Nummer vergeben ist – kontaktiert. Weitere Informationen zu einem Anschlussinhaber, dessen Telefonnummer künstlich generiert wurde, bestehen in der Regel nicht (vgl Kapitel 3.2.2.1.3).

Die Frage, die sich im Zusammenhang mit künstlich generierten Telefonnummern stellt ist, ob diese künstlich generierten Telefonnummern für Markt- und Meinungsforschungsinstitute überhaupt personenbezogene Daten darstellen, weil diese in der Regel nicht in Verknüpfung mit einem Namen vorliegen. Handelte es sich nicht um personenbezogene Daten, unterlägen solche Daten nicht dem Datenschutz und damit der DSGVO oder dem DSG 2018 (vgl Kapitel 4.1.1).

Ob Daten personenbezogen sind, hängt davon ab, ob die Telefonnummer einer einzelnen – wenn auch unbekannt – Person zugeordnet werden kann und wenn dies der Fall ist, ob für den Verantwortlichen technische, finanzielle oder organisatorische Möglichkeiten bestehen, die Identität dieser Personen festzustellen (vgl Kapitel 4.1.1).¹⁹⁹

Im Regelfall ist allerdings eine Telefonnummer einer einzelnen (wenn auch unbekannt) Person zugeordnet.

An der Zuordenbarkeit von Telefonnummern kann es aber in Ausnahmefällen fehlen, wie etwa bei „Firmennummern“ (ohne Klappe), die von einer Vielzahl an Personen benutzt wird, oder aber wenn die künstlich generierten Telefonnummern nicht vergeben ist. In solchen Fällen kann die Telefonnummer keiner natürlichen Person zugeordnet werden und sind keine personenbezogenen Daten.

Neben der im Regelfall gegebenen Zuordenbarkeit ist es für einen Personenbezug erforderlich, dass das die Telefonnummer verwendende Markt- und Meinungsforschungsinstitut in der Lage ist,²⁰⁰ die Identität des Anschlussinhabers festzustellen. Das ist häufig der Fall, weil, viele Telefonnummern bereits online abgerufen werden können²⁰¹ und daher im Einzelfall einfache Mittel bestehen, um die Identität eines Telefonanschlussinhabers festzustellen. Es wäre daher immer im Einzelfall, dh für jede Telefonnummer gesondert, zu prüfen, ob ein Personenbezug vorliegt oder nicht.

Weil eine solche Überprüfung im Einzelfall nicht tunlich ist, sollten künstlich generierte Telefonnummern daher ganz allgemein als personenbezogene Daten behandelt werden.

¹⁹⁹ Buchholtz/Stentzel in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 4 Nr 1 Rz 8.

²⁰⁰ Das heißt über entsprechende technische, finanzielle oder organisatorische Möglichkeiten verfügt.

²⁰¹ <https://auskunft.at/> (abgerufen am 18.11.2018); <https://www.herold.at/> (abgerufen am 18.11.2018).

Daher sind auch hinsichtlich der Verarbeitung von künstlich generierten Telefonnummern die Grundsätze der Datenverarbeitung gemäß DSGVO einzuhalten. Als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung kommen insbesondere das überwiegende berechtigte Interesse sowie das FOG in Betracht.

5.6.4. Passantendaten

Bei Passantendaten handelt es sich um Informationen, die direkt, durch unmittelbare Ansprache von potentiellen Umfrageteilnehmern erhoben werden. Kontaktdaten werden vor Ansprache der Passanten nicht erhoben oder verarbeitet.

Das Ansprechen von Passanten anhand von bestimmten Kriterien (wie etwa Alter und/oder Geschlecht) ist noch keine Verarbeitung von Daten im Sinne der DSGVO. Werden Passanten direkt vor Ort befragt, ohne dass Daten erhoben werden, die sich zur Feststellung der Identität eignen (etwa weil nur das Alter und der Bildungsgrad erhoben wurden), besteht für das erhebende Markt- und Meinungsforschungsinstitut (oder für Dritte) nachträglich regelmäßig keine Möglichkeit mehr, die Identität des befragte Umfrageteilnehmers festzustellen. Unter dieser Voraussetzung sind die Ergebnisse der Befragung in solchen Fällen anonym und unterliegen nicht den datenschutzrechtlichen Bestimmungen.

Werden Daten nicht in anonymer Form erhoben, etwa durch Erhebung von Namen und/oder Adresse, sind die Daten personenbezogen und unterliegen den Bestimmungen der DSGVO und dem DSGVO 2018. Eine Verarbeitung ist regelmäßig aufgrund der Rechtsgrundlage des überwiegenden berechtigten Interesses, des FOG oder auch der Einwilligung des Betroffenen zulässig, sofern die jeweiligen Voraussetzungen gegeben sind.

5.6.5. Vom Auftraggeber einer Studie zur Verfügung Kontaktdaten

Es gibt Fälle, in denen der Auftraggeber Kontaktdaten seiner Kunden an das Markt- und Meinungsforschungsinstitut übermittelt, damit diese Kunden befragt werden können.

Im Fall der Kundenzufriedenheitsumfrage (vgl Kapitel 6) ist das Markt- und Meinungsforschungsinstitut Auftragsverarbeiter, weshalb die Übermittlung der Kundendaten zwischen Auftraggeber der Studie und Markt- und Meinungsforschungsinstitute auf Grundlage einer Auftragsverarbeiter-Vereinbarung erfolgt (vgl Kapitel 6.1).

Im Fall der Marktstudien (vgl Kapitel 3.3.2.1) fließt die Identität des Auftraggebers nicht in die Umfrage ein, um die Studienergebnisse nicht zu verzerren. Dadurch entsteht der Eindruck bei den Umfrageteilnehmern, dass das Markt- und Meinungsforschungsinstitut gegenüber dem Betroffenen als Verantwortlicher auftritt. Schon aufgrund dieses Umstands ist das Markt- und Meinungsforschungsinstitut als Verantwortlicher zu qualifizieren.²⁰² Daher liegt in diesem Fall eine Übermittlung zwischen zwei Verantwortlichen vor. Eine solche Übermittlung bedarf einer Rechtsgrundlage.

5.6.5.1. Zulässigkeit der Übermittlung von Kontaktdaten durch den Auftraggeber

Als Rechtsgrundlage kommt § 8 DSGVO 2018 in Betracht (vgl Kapitel 5.5), wenn anhand der Auswahlkriterien des Betroffenenkreises (aus einer bestehenden Datenbank) sowie anhand des Befragungsgegenstandes eine Beeinträchtigung von Geheimhaltungsinteressen unwahrscheinlich ist und ein öffentliches Interesse an der Übermittlung der Kontaktdaten gegeben ist.

Ein öffentliches Interesse ist bei Marktstudien regelmäßig gegeben, weil die Übermittlung zu wissenschaftlichen Forschungszwecken erfolgt (vgl Kapitel 5.1.2.2).²⁰³

²⁰² *Gabauer/Knyrim*, Checkliste Prüfschema zur datenschutzrechtlichen Rollenverteilung, *Dako* 2019/8, Art-29-Datenschutzgruppe, WP 169, 34.

²⁰³ Aus den Erläuterungen zu § 8 DSGVO 2018 ergibt sich, dass die Bestimmung insbesondere für Fälle geschaffen wurde, in welchen für Zwecke wissenschaftlicher Forschung die Adressdaten von bestimmten Betroffenenkreisen benötigt werden, um mit ihnen in Kontakt treten zu können (ErlRV 1613 BlgNR XX. GP, 52). Daraus lässt sich der Schluss ziehen, dass eine Datenverarbeitung für wissenschaftliche Forschungszwecke ein öffentliches Interesse darstellt. Ferner ist die Datenschutzbehörde in Fällen in denen eine Verletzung des Geheimhaltungsinteresses nicht unwahrscheinlich ist, verpflichtet, ihre Genehmigung zu erteilen, wenn die Übermittlung zu wissenschaftlichen Forschungszwecken erfolgen soll. Auf ein öffentliches Interesse kommt es hierbei nicht an. *Minori ad maius* muss dies erst recht für unbedenkliche Fälle gelten.

Ferner ist eine Beeinträchtigung von Geheimhaltungsinteressen bei Marktstudien in vielen Fällen regelmäßig nicht zu konstatieren, weshalb eine Übermittlung von Kontaktdaten aufgrund der Rechtsgrundlage des § 8 DSGVO 2018 ohne Genehmigung der Datenschutzbehörde erfolgen kann.²⁰⁴

In Einzelfällen kann eine solche Beeinträchtigung allerdings nicht unwahrscheinlich bzw. gegeben sein, etwa wenn aufgrund der Auswahlkriterien (Personen, die ein bestimmtes Medikament eingenommen haben) Rückschlüsse auf besondere Datenkategorien (Gesundheitsdaten) der Umfrageteilnehmer geschlossen werden kann, weshalb in solchen Fällen eine Einwilligung der Betroffenen Personen oder eine Genehmigung der Datenschutzbehörde für die Übermittlung notwendig wäre.

Verlangt der Auftraggeber einer Studie verbindliche Zusagen hinsichtlich der Nutzung der übermittelten Kontaktdaten, sind diese in einem eigenen Vertrag, dem sogenannten Data Sharing Agreement zwischen Markt- und Meinungsforschungsinstituten und Auftraggeber zu regeln. Markt- und Meinungsforschungsinstitute die Daten auf Grundlage des § 8 DSGVO 2018 vom Auftraggeber einer Studie erhalten, verarbeiten diese als Verantwortliche, weshalb sie sämtliche Pflichten eines Verantwortlichen einzuhalten haben.

5.6.5.2. Zulässigkeit der Verarbeitung der übermittelten Kontaktdaten durch das Markt- und Meinungsforschungsinstitut

Da Markt- und Meinungsforschungsinstitute die Kontaktdaten als Verantwortliche verarbeiten benötigen sie für die Zulässigkeit der Verarbeitung dieser Daten eine Rechtsgrundlage. Die Verarbeitung kann einerseits auf Grundlage des FOG erfolgen (vgl. Kapitel 5.1.3) oder aufgrund des überwiegenden berechtigten Interesses (vgl. Kapitel 5.2.1).

5.6.6. Registerforschung

5.6.6.1. Begriff Registerforschung

Das FOG sieht für wissenschaftliche Einrichtungen unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit vor, Zugang zu staatlichen (auch nicht öffentlichen) Registern zu erlangen, um Daten für wissenschaftliche Forschungszwecke zu erheben. In solchen Registern können auch Kontaktdaten enthalten sein.

5.6.6.2. Register, die für die Forschung gesetzlich zugelassen sind

Unter Register sind sämtliche Datenbanken, Verzeichnisse oder Verarbeitungsplattformen, die bundesgesetzlich vorgesehen sind (wobei es ausreichend ist, dass eine bundesgesetzliche Rechtsgrundlage besteht, auch wenn das Register tatsächlich durch eine (auf Bundesgesetz basierenden) Verordnung geschaffen wurde.²⁰⁵ Ausgenommen sind Register in den Bereichen der Gerichtsbarkeit, der Rechtsanwälte und Notare sowie das Strafregister.

Vom gesetzlichen Rahmen sind daher unter anderem folgende Register umfasst: Zentrales Melderegister, Personenstandsregister, Datenbanken der Sozialversicherung und des Arbeitsmarktservices, Grundbuch und Firmenbuch aber auch das Register der anzeigepflichtigen Krankheiten und Register über Träger von Implantaten sowie Daten aus der elektronischen Gesundheitsakte (ELGA).

Im FOG wird allerdings nur der rechtliche Rahmen für die Registerforschung festgelegt. Welches Register konkret für die Registerforschung freigegeben wird, muss mit gesonderter Verordnung festgelegt werden.²⁰⁶ Eine solche gibt es derzeit²⁰⁷ nicht, sodass vorläufig keine Registerforschung möglich ist und nicht abschließend feststeht, welche Register für die Forschung letztendlich zur Verfügung stehen werden. Diskutiert wird zum Beispiel, dass die ELGA Datenbank nicht freigegeben wird.

²⁰⁵ ErlRV 68 BlgNr 26. GP 34.

²⁰⁶ § 2d Abs 4 Z 3 lit b FOG.

²⁰⁷ Stand 04.12.2018

5.6.6.3. Umfang und Form der Auskunft aus den Registern

Das FOG gibt keine Auskunft, in welchem Umfang personenbezogene Daten zur Verfügung zu stellen sind. Allerdings verlangt der Grundsatz der Datenminimierung, dass aus öffentlichen Registern nicht mehr Daten abgefragt werden, als für die Zweckerreichung tatsächlich erforderlich sind. Die DSGVO hebt die Wichtigkeit des Grundsatzes der Datenminimierung im Zusammenhang mit wissenschaftlicher Forschung ausdrücklich hervor.²⁰⁸

Grundsätzlich werden personenbezogene Daten aus bundesgesetzlich vorgesehenen Registern nur in pseudonymisierter Form übermittelt. Namensangaben werden durch bereichsspezifische Personenkennzeichen ersetzt. Das FOG sieht eine Ausnahme in jenen Fällen vor, in denen die Namensangabe zur Erreichung des wissenschaftlichen Forschungszwecks erforderlich ist.²⁰⁹ Der Gesetzgeber wollte mit dieser Ausnahme insbesondere die Sozialwissenschaften berücksichtigen, welche ihre Methoden häufig nur mit Namensnennung anwenden können.²¹⁰ Daher können Markt- und Meinungsforschungsinstitute in jenen Fällen, in denen für den Zweck einer Umfrage die Bekanntgabe des Namens erforderlich ist, die Datensätze in vollem Umfang erlangen.

5.6.6.4. Voraussetzungen für die Registerforschung

Registerforschung ist nicht für jede wissenschaftliche Einrichtung (vgl Kapitel 5.1.2.1) zulässig, sondern nur für behördlich anerkannte wissenschaftliche Einrichtungen.²¹¹ Das kann auch ein Markt- und Meinungsforschungsinstitut sein. Hierfür muss das Markt- und Meinungsforschungsinstitut einen Antrag beim Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie auf bescheidmäßige Bestätigung stellen, dass die wissenschaftliche Einrichtung Tätigkeiten der Forschung und experimentellen Entwicklung durchführt.²¹² Die Bestätigung gilt maximal für fünf Jahre.²¹³ Der Mindestinhalt eines solchen Antrages ist gesetzlich festgelegt.²¹⁴

Ferner verlangt der Gesetzgeber ausdrücklich, dass wissenschaftliche Einrichtungen vor Heranziehung von Registern einen Datenschutzbeauftragten ernennen müssen. Markt- und Meinungsforschungsinstitute benötigen daher einen Datenschutzbeauftragten für die Registerforschung.

Dem Antrag an den Bundesminister ist eine schriftliche Erklärung beizulegen, dass die Datenschutzbehörde in den letzten drei Jahren nicht bestimmte Rechtsbehelfe²¹⁵ gegen das Antrag stellende Markt- und Meinungsforschungsinstitut ausgeübt hat.²¹⁶ Darunter fällt auch die Anordnung der Berichtigung oder Löschung von personenbezogenen Daten.²¹⁷

Fraglich ist, ob ein Markt- und Meinungsforschungsinstitut Zugang zu Registern erhält, wenn es eine solche Erklärung nicht abgeben kann, weil die Datenschutzbehörde eine Maßnahme gegen das Markt- und

²⁰⁸ Vgl Art 89 Abs 1 DSGVO.

²⁰⁹ § 2d Abs 2 Z 3 FOG.

²¹⁰ ErlRV 68 BlgNr 26. GP 35.

²¹¹ § 2d Abs 2 Z 3 lit c FOG.

²¹² § 2c Abs 2 FOG.

²¹³ § 2c Abs 2 FOG.

²¹⁴ § 2c Abs 2 FOG; Folgende Angaben sind jedenfalls erforderlich: Angaben zur wissenschaftlichen Einrichtung, Beschreibung der wissenschaftlichen Tätigkeit, Begründung, samt allfälliger Unterlagen, warum die Tätigkeiten neuartig, schöpferisch, ungewiss in Bezug und auf das Endergebnis systematisch und übertrag- oder reproduzierbar sind, Angaben zur natürlichen Person, die für die Tätigkeit verantwortlich ist sowie Angabe zur gewünschten Dauer der Bestätigung, die fünf Jahre nicht übersteigen darf. In Sonderfällen (wenn das Antragstellende Institut Art 89 Fördergelder erhält, oder Partner der Österreichischen Forschungsförderungsgesellschaft mbH oder der Forschungsinfrastrukturdatenbank ist) sind gemäß Art 2c Abs 3 Z 6 FOG zusätzliche Angaben erforderlich.

²¹⁵ Darunter sind die (wenn auch nur vorübergehende) Untersagung der Verarbeitung oder Teilen derselben zu verstehen oder aber die Anordnung der Berichtigung oder Löschung von personenbezogenen Daten oder die Einschränkung der Verarbeitung von personenbezogenen Daten, die Anordnung zum Widerruf einer Zertifizierung, die Verhängung einer Geldstrafe oder die Aussetzung der Übermittlung von Daten in ein Drittland.

²¹⁶ § 2c Abs 3 Z 5 lit a und b FOG.

²¹⁷ § 2c Abs 3 Z 5 lit b FOG iVm Art 58 Abs 2 lit g DSGVO.

Meinungsforschungsinstitut in den letzten drei Jahren ausgeübt hat. Da die schriftliche Erklärung ein Mindestanforderung für den Antrag darstellt, würde ihr Fehlen aus formalen Gründen zur Verweigerung der Bestätigung des Bundesministers führen und daher dem Zugang zu öffentlichen Registern entgegenstehen.

Allerdings besteht im Falle der Verlängerung der Bestätigung oder wenn während aufrechter Bestätigung eine Maßnahme durch die Datenschutzbehörde ergriffen wird für die Behörde ein Ermessensspielraum, ob die Bestätigung entzogen bzw verlängert wird.²¹⁸ Es besteht kein Grund die erstmalige Ausstellung der Bestätigung und die Verlängerung der Bestätigung unterschiedlich zu behandeln, denn entweder hat die Behörde Zweifel hinsichtlich der Zuverlässigkeit des Markt- und Meinungsforschungsinstitutes im Zusammenhang mit Datenschutz oder sie hat sie nicht.

Auch aus teleologischer Sicht erscheint es sinnvoll, die Bestätigung nicht als Mindestanforderung anzusehen. Eine Anordnung zur Löschung von Daten durch die Datenschutzbehörde kann auch dann erfolgen, wenn ein Markt- und Meinungsforschungsinstitut aufgrund fundierter Rechtsansicht zum Ergebnis gelangt, dass die Voraussetzung für eine von einem Betroffenen beantragte Löschung nicht vorliegen, aber in einem Verfahren vor der Datenschutzbehörde, die Datenschutzbehörde letztlich der Rechtsauffassung des Betroffenen folgt. Daher besteht für Markt- und Meinungsforschungsinstitute, die datenschutzrechtliche Bestimmungen gewissenhaft befolgen, das Risiko, die Voraussetzungen nicht mehr zu erfüllen. Es erscheint zweifelhaft, ob der Gesetzgeber solche Markt- und Meinungsforschungsinstitute von der Registerforschung ausschließen wollte.

Weitere Voraussetzungen für die Registerforschung sind, dass die Verarbeitung ausschließlich für Zwecke der Lebens- und Sozialwissenschaften erfolgt und die Kosten für die Bereitstellung der Daten durch die Forschungseinrichtung ersetzt werden. Die Höhe der Kosten wird mittels Verordnung festgelegt. Eine solche wurde noch nicht erlassen.²¹⁹

Damit steht Markt- und Meinungsforschungsinstituten grundsätzlich die Möglichkeit der Registerforschung zur Verfügung. Diese müssen einen Datenschutzbeauftragten vor Heranziehung von Registern bestellen und mittels Antrags an den Bundesminister eine Bestätigung über die Durchführung von Tätigkeiten der Forschung und experimentellen Entwicklung einholen.

5.7. Ergebnisse der Befragung

5.7.1. Ab wann muss pseudonymisiert oder anonymisiert werden?

Der Grundsatz der Datenminimierung besagt, dass nicht mehr als jene Daten verarbeitet werden dürfen, die für die Zweckerreichung erforderlich sind.²²⁰ Darüber hinaus verlangt Art 89 DSGVO für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten angemessene Garantien, wozu die Pseudonymisierung und die Anonymisierung gehören, wobei die DSGVO der Anonymisierung – sofern gemäß Zweck der Verarbeitung möglich – den Vorrang einräumt.²²¹

Daher gilt im österreichischen Recht der Grundsatz, dass personenbezogene Daten unter Berücksichtigung der konkreten Verarbeitungszwecke – ehestmöglich zu pseudonymisieren und – wenn ein Personenbezug überhaupt nicht mehr für die Verarbeitung erforderlich ist – zu anonymisieren sind.

Dieser Grundsatz der DSGVO wird im deutschen Recht für Markt- und Meinungsforschungsinstitute ausdrücklich festgehalten. Das deutsche Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) enthält eine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung für Markt und Meinungsforschungsinstitute, dass eine Anonymisierung der personenbezogenen Daten, sobald dies nach dem Zweck des Forschungsvorhabens möglich ist, vorzunehmen ist. Vor diesem Zeitpunkt sind die Daten zu pseudonymisieren.²²² Ähnliches gilt schon aufgrund der Grundsätze der DSGVO in Österreich, auch wenn das österreichische DSG 2018 keine konkretisierenden Regelungen enthält.

²¹⁸ § 2c Abs 6 FOG.

²¹⁹ Stand 04.12.2018

²²⁰ Vgl Art 5 Abs 1 lit c DSGVO.

²²¹ Vgl Art 89 Abs 1 letzter Satz enthält vereinfacht gesagt das Gebot, dass in allen Fällen, in denen die Identifizierung nicht mehr möglich ist (dh es liegen anonyme Daten vor) der Zweck auf diese Weise zu erreichen ist.

²²² Vgl § 30a Abs 3 BDSG.

Markt- und Meinungsforschungsinstitute haben ausgehend von dem oben dargestellten Grundsatz die Ergebnisse einer Befragung ehestmöglich zu pseudonymisieren. Sofern ein Personenbezug überhaupt nicht mehr für die Zwecke des Markt- und Meinungsforschungsinstitutes erforderlich ist, etwa weil eine Nachkontrolle der Interviewführung (vgl Kapitel 3.2.2.2.3) nicht oder nicht mehr erforderlich ist, sind die Daten zu anonymisieren.

Soweit die Anonymisierung den vom Markt- und Meinungsforschungsinstitut zulässigerweise verfolgten Zwecken entgegensteht, etwa bei qualitativen Studien, die über einen langen Zeitraum erhoben werden und dem einzelnen Umfrageteilnehmer zugeordnet werden müssen, können Daten unter Beibehaltung der identifizierenden Merkmale (wie etwa Vor- und Nachname) verarbeitet werden und sind erst dann zu anonymisieren, wenn die Anonymisierung den zulässigerweise verfolgten Zwecken nicht entgegensteht. Sofern dies mit der Durchführung der Studie vereinbar ist, sind die Daten jedoch in pseudonymisierter Form (etwa durch Zuordnung einer Kennung zu dem Probanden oder der Probandin) zu verarbeiten.

5.7.2. Aufbewahrungsdauer

Gemäß DSGVO gilt der Grundsatz der Speicherbegrenzung für personenbezogene Daten.²²³ Personenbezogene Daten dürfen nicht länger gespeichert werden, als dies für die Zweckerreichung erforderlich ist.²²⁴ In manchen Fällen bestehen ausdrückliche gesetzliche Aufbewahrungspflichten.²²⁵

In Fällen, in denen solche nicht existieren ist die Aufbewahrungsdauer vom Zweck der Datenverarbeitung abhängig. Es gilt der Grundsatz der Speicherbegrenzung.²²⁶

Für die Ergebnisse einer Umfrage gibt es keine gesetzlichen Aufbewahrungspflichten. Gemäß dem Grundsatz der Datenminimierung müsste die Aufbewahrungsdauer der Ergebnisse einer Umfrage (Rohdaten) anhand der zulässigerweise von einem Markt- und Meinungsforschungsinstitut verfolgten Zwecke geprüft werden, wie etwa die Nachweispflicht gegenüber dem Auftraggeber, Nachkontrolle der Interviewführung oder aber auch die Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen.

Für Forschungsprojekte, die dem FOG unterliegen, dürfen personenbezogene Daten länger aufbewahrt werden.²²⁷ Gemäß § 2d Abs 5 FOG dürfen personenbezogenen Daten für wissenschaftliche Forschungszwecke für eine unbeschränkte Dauer gespeichert werden, soweit gesetzlich keine zeitlichen Begrenzungen vorgeschrieben sind.²²⁸ Aus der gesetzlichen Formulierung ergibt sich, dass eine allfällige gesetzlich geregelte Mindestspeicherdauer (dh eine gesetzliche Aufbewahrungspflicht), der Regelung des § 2d Abs 5 FOG nicht entgegensteht, weil es sich bei einer Mindestspeicherdauer nicht um eine zeitliche Begrenzung handelt.²²⁹

Eine solche gesetzlich angeordnete Begrenzung der Aufbewahrungsdauer kann sich allenfalls aus einschlägigen Materiengesetzen ergeben.

§ 2f Abs 3 FOG bestimmt, dass Daten, die als Grundlage für Tätigkeiten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken verarbeitet werden („Rohdaten“) zur Geltendmachung, Ausübung und Verteidigung von Rechtsansprüchen bis zu 30 Jahre ab Veröffentlichung des Forschungsergebnisses gespeichert werden dürfen.²³⁰ Ferner ist die Speicherung von solchen Rohdaten zum Zweck des Nachweises der Einhaltung guter wissenschaftlicher Praxis für einen Zeitraum von mindestens 10 Jahren zulässig.²³¹

²²³ Art 5 Abs 1 lit e DSGVO.

²²⁴ *Buchholtz/Stentzel in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 5 Rz 40.

²²⁵ So schreibt das beispielsweise § 132 Abs 1 BA0 eine steuerrechtliche Aufbewahrungspflicht von bestimmten personenbezogenen Daten für die Dauer von sieben Jahren vor.

²²⁶ Art 5 Abs 1 lit e DSGVO.

²²⁷ Eine solche Ausnahme ist bereits in Art 5 Abs 1 lit e DSGVO enthalten. Mangels Relevanz wird auf diese Bestimmung allerdings nicht näher eingegangen.

²²⁸ § 2d Abs 5 FOG; Löffler in *Knyrim, DatKomm*, 20. Lfg, Art 89 Rz 107 (Stand Oktober 2018).

²²⁹ Löffler in *Knyrim, DatKomm*, 20. Lfg, Art 89 Rz 107 (Stand Oktober 2018).

²³⁰ Löffler in *Knyrim, DatKomm*, 20. Lfg, Art 89 Rz 107 (Stand Oktober 2018).

²³¹ § 2f Abs 3 Z 2 FOG.

Ergebnisse einer Umfrage sind als solche Rohdaten zu qualifizieren, weil sie die Grundlage für jede Studie bilden. Ergebnisse einer Umfrage können daher – sofern die Datenverarbeitung den Bestimmungen des FOG unterliegt – durch Markt- und Meinungsforschungsinstitute daher mindestens 10 Jahre für den Nachweis der Einhaltung guter wissenschaftlicher Praxis gespeichert werden und darüber hinaus bis zu einem Zeitraum von 30 Jahren, soweit dies zur Geltendmachung, Ausübung und Verteidigung von Rechtsansprüchen erforderlich ist.

Bei den vorgenannten Bestimmungen handelt es sich um eine Ermächtigung durch den Gesetzgeber. Es besteht keine Pflicht für ein Markt- und Meinungsforschungsinstitut, die Daten tatsächlich für die oben genannten Zeiträume aufzubewahren. Aus praktischen Erwägungen ist zu überlegen, die Daten – sofern sie nicht für die oben genannten Zwecke benötigt werden – früher zu löschen. Dadurch reduziert sich der Aufwand für Markt- und Meinungsforschungsinstitute etwa im Fall der Ausübung eines Betroffenenrechts, wenn das Markt- und Meinungsforschungsinstitut über den Antragsteller keine personenbezogenen Daten verarbeitet.

Die Bestimmungen des FOG zur Aufbewahrungsdauer gelten nur für personenbezogene Daten die für wissenschaftliche Forschungszwecke verarbeitet werden, gleichgültig ob es sich hierbei um eine repräsentative, quantitative Untersuchung oder eine qualitative Untersuchung handelt. Daher sind etwa personenbezogene Daten über Mitarbeiter oder Kunden eines Markt- und Meinungsforschungsinstitutes nicht von dieser Bestimmung des FOG erfasst,²³² weshalb sich die Aufbewahrungsdauer für solche personenbezogenen Daten, nach den allgemeinen datenschutzrechtlichen Bestimmungen richtet (Zweckerreichung, allfällige gesetzliche Aufbewahrungspflichten).

5.7.3. Weiterverwendung

Gemäß dem Grundsatz der Zweckbindung dürfen personenbezogenen Daten nur für festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke erhoben und verarbeitet werden.²³³ Der Zweck muss dabei vor Erhebung feststehen und darf grundsätzlich nicht nachträglich festgelegt werden.²³⁴ Werden personenbezogene Daten für andere Zwecke verarbeitet, als für jene, für die sie ursprünglich erhoben wurden, liegt eine Weiterverarbeitung (bzw Weiterverwendung) vor.²³⁵

Eine Weiterverwendung von Umfrageergebnissen liegt dann vor, wenn diese nicht nur für die ursprüngliche Studie ausgewertet werden, sondern darüber hinaus ganz oder teilweise auch die Grundlage für eine weitere Studie bilden sollen.²³⁶

Eine Weiterverwendung von personenbezogenen Daten für wissenschaftliche Forschungszwecke ist gemäß DSGVO und FOG praktisch immer zulässig. Eine Weiterverwendung für andere Zwecke nur dann, wenn eine solche Weiterverarbeitung nicht in unvereinbarer Weise mit dem ursprünglichen Zweck erfolgt.²³⁷ Bereits aus der DSGVO ergibt sich, dass eine Weiterverarbeitung für wissenschaftliche Forschungszwecke nicht als unvereinbar mit den ursprünglichen Zwecken gilt.²³⁸ Bei einer solchen Weiterverarbeitung handelt es sich um eine Verarbeitung im Sinne des Art 89 DSGVO, weshalb entsprechende technische und organisatorische Maßnahmen zum Schutz von personenbezogenen Daten erforderlich sind.²³⁹

Daher ergibt sich bereits unmittelbar aus der DSGVO die Zulässigkeit der Weiterverarbeitung zu wissenschaftlichen Forschungszwecken, sofern ausreichende Garantien für den Schutz von personenbezogenen Daten getroffen wurden.

²³² Auf solche Daten ist der Grundsatz der Datenminimierung anzuwenden, soweit keine gesetzliche Aufbewahrungspflicht besteht.

²³³ Art 5 Abs 1 lit b DSGVO.

²³⁴ Heberlein in *Ehmann/Selmayr* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 5 Rz 13.

²³⁵ Heberlein in *Ehmann/Selmayr* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 5 Rz 16.

²³⁶ Löffler in *Knyrim*, DatKomm, 20. Lfg, Art 89 Rz 66 (Stand Oktober 2018).

²³⁷ Vgl Art 5 Abs 1 lit b iVm 6 Abs 4 DSGVO.

²³⁸ Art 5 Abs 1 lit b DSGVO; Erwägungsgrund 50 DSGVO; *Hornung/Hofmann*, Die Auswirkungen der europäischen Datenschutzreform auf die Markt- und Meinungsforschung, ZD-Beilage 4/2017.

²³⁹ Löffler in *Knyrim*, DatKomm, 20. Lfg, Art 89 Rz 41 (Stand Oktober 2018); Nolte in *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 89 Rz 30.

Davon geht auch der österreichische Gesetzgeber aus, da § 2d Abs 4 FOG klarstellt, dass eine Weiterverarbeitung zu wissenschaftlichen Forschungszwecken kein unzulässiger Zweck ist.²⁴⁰

Die Weiterverarbeitung zu anderen, nicht-wissenschaftlichen Zwecken (etwa zur Marketingzwecken) ist nur unter Einhaltung von durch die DSGVO vorgegebenen Prüfschritte („Kompatibilitätsprüfung“) zulässig. Ist die Weiterverarbeitung gemäß Kompatibilitätsprüfung nicht zulässig, bedarf es dafür der Einwilligung der betroffenen Person.

5.7.4. Weitergabe an Kunden

In der Markt- und Meinungsforschung werden Umfrageergebnisse in der Regel nur in aggregierter (anonymer) Form an den Auftraggeber weitergegeben. Personenbezogene Daten werden typischerweise nicht an den Auftraggeber weitergegeben. Eine Weitergabe an den Auftraggeber in personenbezogener Form steht regelmäßig den berechtigten Erwartungen der betroffenen Person (des Befragten) entgegen.

Das Markt- und Meinungsforschungsinstitut kann sich daher regelmäßig nicht auf das berechnete Interesse stützen. Auch das FOG sieht für so einen Fall eine Weitergabe an Dritte in personenbezogener Form nicht vor.

Für eine solche Weitergabe bedarf es daher einer anderen Rechtsgrundlage, wobei in der Regel nur eine Einwilligung der betroffenen Person in Betracht kommen wird.

5.8. Prüf- und Kontrolldaten Mitarbeiter

5.8.1. Zulässigkeit

Für Markt- und Meinungsforschungsinstitute ist zur Qualitätssicherung die Kontrolle der Interviewführung wichtig. Diese erfolgt zur Kontrolle, ob ein Interview tatsächlich durchgeführt wurde und zum Nachweis der ordnungsgemäßen Leistungserbringung gegenüber dem Kunden (vgl Kapitel 3.2.2.2.3). Ferner dient die Kontrolle der Interviewführung zur Sicherung der Einhaltung wissenschaftlicher Standards.

Die Kontrolle der Interviews erfolgt regelmäßig in folgenden Formen: Entweder der Supervisor hört direkt bei einem Interview zu, oder es werden Teile oder das gesamte Interview aufgezeichnet.

Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist die Aufnahme von Interviews (oder von Teilen derselben) eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten des Interviewers als auch des Befragten, weil jeweils deren Stimme als auch die jeweiligen Gesprächsinhalte aufgezeichnet werden. Eine solche Verarbeitung von personenbezogenen Daten unterliegt – wie das Abhören eines Telefonats²⁴¹ – dem Datenschutz.

Das Aufnehmen von Interviews oder Teilen desselben bedarf neben einem eindeutigen Zweck (wie oben dargestellt) einer Rechtsgrundlage. Als Rechtsgrundlage kämen ganz allgemein das FOG als gesetzliche Grundlage, das überwiegende berechnete Interesse, sowie die Einwilligung in Betracht.

Das überwiegende berechnete Interesse scheidet in der Regel als Rechtsgrundlage aus, weil je nach Inhalt des Interviews die Interessen der befragten Person in sehr intensiver Weise beeinträchtigt sein können, sodass die Interessensabwägung in vielen Fällen nicht zugunsten des Verantwortlichen (dh des Markt- und Meinungsforschungsinstituts) ausschlägt, insbesondere dann, wenn die Aufzeichnung ohne Wissen der betroffenen Person erfolgt.

Für eine Verarbeitung solcher Daten auf Grundlage des FOG spricht, dass die (Nach-)Kontrolle der Interviewführung zur Kontrolle der Einhaltung von wissenschaftlichen Standards dient und damit ebenfalls von den wissenschaftlichen Forschungszwecken gemäß Art 89 DSGVO erfasst ist. Andererseits verfolgt ein Markt- und Meinungsforschungsinstitut mit dieser Verarbeitung auch den Zweck der ordnungsgemäßen Leistungserbringung gegenüber seinem Auftraggeber und damit Zwecke, die in

²⁴⁰ § 2d Abs 4 FOG; Löffler in *Knyrim*, *DatKomm*, 20. Lfg, Art 89 Rz 42 (Stand Oktober 2018).

²⁴¹ Die Anwendung der DSGVO ergibt sich gemäß § 92 Abs 1 TKG. § 92 Abs 1 TKG verweist noch auf das DSG 2000. Allerdings dürfte der Gesetzgeber übersehen haben, den Verweis an die DSGVO anzupassen.

keinem Zusammenhang mit dem FOG stehen.²⁴² Daher ist es zweifelhaft, ob das Aufzeichnen von Gesprächen auf das FOG gestützt werden kann.

Geht man nicht davon aus, dass die Aufnahme von Interviews (oder Teilen derselben) auf das FOG gestützt werden kann, wäre im Zweifelsfall eine Einwilligung im Sinne der DSGVO, das heißt eine datenschutzrechtliche Einwilligung, für die Verarbeitung erforderlich.

Die Überlegung ob das FOG eine taugliche Rechtsgrundlage ist oder nicht sind aber zudem theoretischer Natur, weil telekommunikationsrechtlich gem § 93 Abs 3 TKG das Mithören, Abhören, Aufzeichnen, Abfangen oder sonstige Überwachen von Telefonaten ohne Einwilligung aller beteiligten Benutzer unzulässig ist.²⁴³

Daher ist unabhängig von der datenschutzrechtlichen Rechtsgrundlage für das Aufzeichnen oder Mithören von Telefonaten eine Einwilligung gemäß TKG notwendig, sodass jedenfalls eine Einwilligung vom Betroffenen einzuholen ist.

Der Umfrageteilnehmer muss daher freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich seine Einwilligung für das (mögliche) Zuhören durch den Supervisor oder für das Aufzeichnen (von Teilen) des Interviews erteilen.

Das heimliche Aufzeichnen eines Telefongesprächs oder eines persönlichen Gesprächs mittels eines Tonaufnahmegerätes (Diktiergerät, Tablet, etc) zwischen Interviewer und Respondent kann darüber hinaus Persönlichkeitsrechte des Umfrageteilnehmers verletzen sowie den Straftatbestand des Missbrauchs von Tonaufnahme- oder Abhörgeräten erfüllen.²⁴⁴

5.8.2. Aufnahmen von ganzen Interviews oder Teilen davon via Tablet oder Telefon

Die elektronische Aufnahme und Speicherung eines Gesprächs ist eine Datenverarbeitung, für die eine Rechtsgrundlage erforderlich ist. Eine mögliche Rechtsgrundlage ist entweder die Einwilligung oder möglicherweise auch das FOG. Es gelten die oben genannten Erwägungen (vgl Kapitel 5.8.1). Ferner ist eine Einwilligung für das Aufzeichnen des Gesprächs gemäß TKG jedenfalls erforderlich.

Das Markt- und Meinungsforschungsinstitut muss sicherstellen, dass der Umfrageteilnehmer seine Einwilligung zur Aufzeichnung/ zum Mithören des Gesprächs erteilt hat.²⁴⁵ Einwilligungserklärungen können auch mündlich über das Telefon eingeholt werden.

Allerdings ist es regelmäßig aus Beweisgründen notwendig, die Einwilligung zu dokumentieren, weshalb durch technische Maßnahmen (wie etwa das Drücken einer bestimmten Taste) dafür zu sorgen ist, dass die erteilte Einwilligung protokolliert wird. Falls nicht anders möglich, wäre eine weitere Möglichkeit ein Vermerk durch den Interviewer, wenn der Betroffene am Telefon seine Einwilligung mündlich erklärt hat.

Für die Einholung der Einwilligung ist der Umfrageteilnehmer zu informieren, dass das Gespräch zum Zweck der Qualitätssicherung des Interviews, Sicherstellung der Einhaltung wissenschaftlicher Standards und der ordnungsgemäßen Leistungserbringungen gegenüber dem Auftraggeber aufgezeichnet wird, in welchem Umfang die Aufzeichnung erfolgt (ganz oder teilweise) und an wen die Aufzeichnung offengelegt werden kann. Ferner ist der Umfrageteilnehmer zu informieren, dass er seine erteilte Einwilligung jederzeit widerrufen kann oder erst gar nicht erteilen muss.²⁴⁶

²⁴² Gemäß 2d Abs 1 Z 3 FOG dürfen personenbezogene Daten die auf Grundlage des FOG verarbeitet werden ausschließlich für Zwecke dieses Bundesgesetzes verarbeitet werden. Diese Bestimmung wird allerdings nicht wortwörtlich auszulegen sein, weil in der Regel mit jedem wissenschaftlichen Forschungszweck gleichzeitig noch weitere Zwecke verfolgt werden (wie etwa wirtschaftliche Verwertung der wissenschaftlichen Erkenntnis).

²⁴³ § 93 Abs 3 TKG; *Wessely in Riesz/Schilchegger* (Hrsg), TKG (2016) § 93 Rz 10ff.

²⁴⁴ *Brandl*, Tonbandaufnahmen von Telefongesprächen mit einem Finanzdienstleister und Ihre Folgen, ÖBA 2004, 289.

²⁴⁵ Die DSGVO hält diese Nachweispflicht gleich an mehreren Stellen fest: Art 7 Abs 1 DSGVO, Art 5 Abs 2 DSGVO sowie Artikel 24 Abs 1 DSGVO.

²⁴⁶ Wird der Eindruck erweckt, dass der Umfrageteilnehmer vorläufig seine Einwilligung erteilen muss und erst später widerrufen kann, liegt keine wirksame Einwilligung vor (vgl Newsletter der DSB 2018/4, 3, https://www.dsb.gv.at/documents/22758/115212/Newsletter_DSB_4-18.pdf/8d475c88-615c-4a1f-a014-464e0018a9c0 (abgefragt am 12.11.2018)).

Liegt eine Einwilligung vor, kann die Aufzeichnung des Interviews grundsätzlich im Umfang der erteilten Einwilligung verwendet werden. Neben der Rechtsgrundlage ist allerdings der Grundsatz der Datenminimierung zu beachten.²⁴⁷ Gemäß diesem Grundsatz dürfen Daten nur soweit erhoben werden, wie es für die Zweckerreichung erforderlich ist.²⁴⁸ Soweit die Aufnahme des gesamten Interviews nicht für den Zweck der Qualitätssicherung erforderlich, sondern auch das Aufzeichnen von Teilen des Interviews ausreichend ist, ist aufgrund des Grundsatzes der Datenminimierung von einem vollständigen Aufzeichnen des Interviews Abstand zu nehmen.

5.8.3. Zuhören durch einen Supervisor bei Telefoninterviews zu Kontrollzwecken

Für das Zuhören durch einen Supervisor bei einem Interview gelten dieselben Grundsätze wie für die Aufzeichnung von Interviews (vgl Kapitel 5.8.2). Auch für das Abhören bzw Mithören ist aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung eine Einwilligung des Betroffenen erforderlich,²⁴⁹ wobei das Mithören auf das notwendige Mindestmaß zur Zweckerreichung beschränkt werden sollte (Grundsatz der Datenminimierung).²⁵⁰

6. Kundenzufriedenheitsumfrage

Die Kundenzufriedenheitsumfrage unterscheidet sich von anderen Untersuchungen in mehrfacher Hinsicht, was auch datenschutzrechtliche Konsequenzen hat.

6.1. Markt- und Meinungsforschungsinstitute als Auftragsverarbeiter

Ein wesentlicher Unterschied zu anderen Untersuchungen besteht darin, dass bei der Kundenzufriedenheitsumfrage die Kontaktdaten vom Auftraggeber des Markt- und Meinungsforschungsinstitutes zur Verfügung gestellt werden, und zwar für den ausschließlichen Zweck der Durchführung einer Kundenzufriedenheitsumfrage.

Die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten Kundendaten dürfen in der Regel nicht für eigene Zwecke des Markt- und Meinungsforschungsinstitutes verwendet und nicht an Dritte weitergegeben werden. Der Auftraggeber legt die Dauer der Verwendung der Daten fest. Die Entscheidungsgewalt über die Verwendung der Kundendaten verbleibt daher regelmäßig beim Auftraggeber.

Deshalb fungiert das Markt- und Meinungsforschungsinstitut bei der Durchführung einer Kundenzufriedenheitsumfrage regelmäßig als Auftragsverarbeiter (vgl Kapitel 4.2) für seinen Auftraggeber. Verantwortlicher der Datenverarbeitung zur Durchführung einer Kundenzufriedenheitsumfrage bleibt der Auftraggeber. Bei Marktstudien (vgl Kapitel 3.3.1.2) verarbeitet das Markt- und Meinungsforschungsinstitut die Daten hingegen als Verantwortlicher (vgl Kapitel 5.6.5).

Der Auftraggeber (als Verantwortlicher) und das Markt- und Meinungsforschungsinstitut (als Auftragsverarbeiter) haben eine Auftragsverarbeiter-Vereinbarung zu schließen. Dieser Vertrag regelt die Rechte und Pflichten zwischen den Parteien und muss einen von der DSGVO bestimmten Mindestinhalt aufweisen.²⁵¹

Unter anderem²⁵² muss ein solcher Vertrag vorsehen, dass das Markt- und Meinungsforschungsinstitut personenbezogene Daten nur auf dokumentierte Weisung des Auftraggebers verarbeitet²⁵³ und dass das

²⁴⁷ Art 5 Abs 1 lit c DSGVO.

²⁴⁸ *Herbst* in *Kühling/Buchner* (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung (2017)² Art 5 Rz 57; *Buchholtz/Stentzel* in *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 5 Rz 38.

²⁴⁹ § 93 Abs 3 TKG; *Wessely* in *Riesz/Schilchegger* (Hrsg), TKG (2016) § 93 Rz 10ff.

²⁵⁰ Durch das Mithören werden personenbezogenen Daten – der Gesprächsinhalt, Klang der Stimme usw – dem Supervisor offengelegt. Es liegt daher eine Datenverarbeitung iSd Art 4 Nr 1 DSGVO vor.

²⁵¹ Art 28 Abs 3 DSGVO; *Kramer* in *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 28 Rz 41 und 44 ff.

²⁵² Die DSGVO sieht einen umfangreichen Mindestinhalt insbesondere hinsichtlich der Pflichten des Auftragsverarbeiters vor.

²⁵³ Art 28 Abs 3 lit a DSGVO.

Markt- und Meinungsforschungsinstitut ohne vorherige gesonderte oder allgemeine schriftliche Genehmigung des Auftraggebers keine Sub-Auftragsverarbeiter in Anspruch nimmt.²⁵⁴

Wenn Markt- und Meinungsforschungsinstitute daher andere Dienstleister oder „externe Interviewer“ (das sind Interviewer, die keine Dienstnehmer des Markt- und Meinungsforschungsinstitutes sind oder freie Dienstnehmer, die keinem Weisungsrecht unterliegen) für die Durchführung einer Kundenzufriedenheitsumfrage heranziehen möchte, ist darauf zu achten, dass die Auftragsverarbeiter-Vereinbarung die Möglichkeit der Beiziehung von Sub-Auftragsverarbeitern zulässt.²⁵⁵

Auf Grundlage einer Auftragsverarbeiter-Vereinbarung können Markt- und Meinungsforschungsinstitute eine Kundenzufriedenheitsumfrage durchführen, indem sie die Kontaktdaten vom Auftraggeber erhalten, anhand dieser die Umfrageteilnehmer kontaktieren und befragen und das Ergebnis der Umfrage an den Auftraggeber übermitteln.

6.2. Weitergabe der Befragungsergebnisse in identifizierter Form (mit Namen und/oder Adresse)

Auch bei Kundenzufriedenheitsumfragen werden Studienergebnisse regelmäßig in aggregierter Form, also anonym, an den Auftraggeber weitergegeben. Das ist aus datenschutzrechtlich eine gewisse „Anomalie“, weil der Verantwortliche sonst regelmäßig Zugang zu den in seinen von einer Auftragsverarbeitung umfassten Daten hat.

Es entspricht allerdings der Praxis und den berechtigten Erwartungen der betroffenen Personen (befragter Kunde), dass Daten nicht in personenbezogener Form an den Auftraggeber weitergegeben werden.

Es gibt allerdings auch den Fall, dass auf Wunsch des Auftraggebers oder auf Wunsch des Befragten das Befragungsergebnis in identifizierter Form – daher unter Bekanntgabe von Informationen, anhand derer der Auftraggeber die Identität des Befragten feststellen kann (etwa Name und Adresse oder Kundennummer) – an den Auftraggeber erfolgen soll, zum Beispiel Weitergabe von persönlichem Feedback oder Beschwerden.

Für die Weitergabe der Umfrageergebnisse vom Markt- und Meinungsforschungsinstitut an den Auftraggeber ist keine der in Art 6 DSGVO genannten Rechtsgrundlagen erforderlich, weil es sich um Daten des Auftraggebers handelt und das Markt- und Meinungsforschungsinstitut die Daten *im Auftrag* des Auftraggebers erhebt und verarbeitet.

Allerdings ist bei der Weitergabe von Umfrageergebnissen in identifizierter Form (etwa mit Namen und/oder Kundennummer) zu berücksichtigen, dass der Auftragsverarbeiter den Grundsatz der Transparenz und den Grundsatz von Treu und Glauben einzuhalten hat (vgl Kapitel 4.3.2), weshalb er verpflichtet ist, umfassend über die Datenverarbeitung zu informieren und diese fair durchzuführen. Dies gilt insbesondere dann, wenn personenbezogene Daten entgegen den berechtigten Erwartungen der betroffenen Personen verarbeitet werden. Für Umfrageteilnehmer besteht nämlich die begründete Erwartungshaltung, dass Meinungsumfragen in jedem Fall anonymisiert (oder zumindest) pseudonymisiert werden und keine Offenlegung ihrer Identität erfolgt.²⁵⁶

Die Datenverarbeitung entspricht daher nur dann dem Grundsatz der Transparenz und dem Grundsatz von Treu und Glauben, wenn der Auftraggeber (durch das Markt- und Meinungsforschungsinstitut) die Umfrageteilnehmer ausdrücklich und in dokumentierter Weise darauf hinweist, dass die einzelnen Ergebnisse in identifizierter Form an den Auftraggeber übermittelt werden und diese in Kenntnis dieses Umstandes bereit sind, an der Umfrage teilzunehmen oder die Umfrageteilnehmer nach einer entsprechenden Information der Weitergabe zustimmen.

²⁵⁴ Art 28 Abs 2 DSGVO.

²⁵⁵ Kramer in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 28 Rz 15; Vgl Bogendorfer in Kryrim, DatKomm Art 28 Rz 8 (Stand Oktober 2018); Art-29-Datenschutzgruppe WP 169, 30.

²⁵⁶ ICC/ESOMAR internationaler Kodex, https://www.esomar.org/uploads/public/knowledge-and-standards/codes-and-guidelines/ICCESOMAR_Code_German_.pdf (abgerufen am 06.12.018); Grundlegendes Prinzip ist das Verbot der Offenlegung von personenbezogenen Daten ohne Einwilligung des Betroffenen (vgl Seite 6). Der Kodex ist international gültig (Annahme in über 50 Ländern) und zählt setzt Standards in der Markt- und Meinungsforschung von deren Einhaltung Umfrageteilnehmer zu Recht ausgehen dürfen. Darüber hinaus liegt es in der allgemeinen Lebenserfahrung, dass Umfrageergebnisse nur anonymisiert erfolgen.

Bei der Marktstudie stellt sich die Frage der Weitergabe von Umfrageergebnissen in personenbezogener Form nicht, weil solche Informationen in keinem Fall an den Auftraggeber weitergeben werden.

6.3. Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung für Kundenzufriedenheitsumfrage

Aufgrund der Tatsache, dass der Auftraggeber Verantwortlicher der Datenverarbeitung ist, verbleibt die gesamte Datenverarbeitung in seiner Verantwortung. Sofern das Markt- und Meinungsforschungsinstitut die Auftragsverarbeiter-Vereinbarung nicht überschreitet, ist deren Verarbeitung dem Auftraggeber zuzurechnen. Ausschließlich der Auftraggeber als Verantwortlicher hat dafür Sorge zu tragen, dass für die gesamte Verarbeitung eine geeignete Rechtsgrundlage gegeben ist.

In der Regel wird eine Kundenzufriedenheitsumfrage auf der Rechtsgrundlage des überwiegenden berechtigten Interesses des Auftraggebers möglich sein. Berechtigte Interessen des Auftraggebers sind etwa die Verbesserung der Kundenbeziehung oder -zufriedenheit, Kundenbindung, die Erhöhung des Firmenwerts („good-wills“) oder auch die Verbesserung eines Produkts.

In Fällen in denen besondere Datenkategorien verarbeitet werden – wie dies etwa im Fall einer „Kundenzufriedenheitsumfrage“ – durch ein Pharmaunternehmen der Fall sein könnte – ist das überwiegende berechnete Interesse hingegen keine geeignete Rechtsgrundlage (vgl Kapitel 4.5).

Der Auftraggeber kann sich auch nicht auf das FOG für die Durchführung seiner Kundenzufriedenheitsumfrage durch das Markt- und Meinungsforschung stützen, weil regelmäßig nicht wissenschaftliche Erkenntnisse im Vordergrund stehen. Das FOG verbietet es allerdings, dass Daten zu anderen Zwecken als im FOG vorgesehen, verarbeitet werden.²⁵⁷

Darüber hinaus wird ein Auftraggeber wohl in vielen Fällen nicht die Anforderungen für die Verarbeitung gemäß FOG erfüllen, wie etwa die Aufgabenverteilung bei der Verarbeitung der Daten zwischen den Organisationseinheiten, Zutrittsberechtigungen zu den Räumlichkeiten in denen die Verarbeitung der Daten tatsächlich erfolgt, Dokumentation über sämtliche Maßnahmen, Hinweis auf der Website auf Inanspruchnahme der Rechtsgrundlage gemäß FOG, etc (vgl Kapitel 5.1.4).

Die Kundenzufriedenheitsumfrage kann auch auf Grundlage einer durch den Auftraggeber eingeholten Einwilligung der betroffenen Personen durchgeführt werden. Dies gilt insbesondere, wenn besondere Datenkategorien verarbeitet werden.

6.4. Unerbetene Nachrichten

6.4.1. Allgemein

Ausgehend von der ePrivacy-Richtlinie der EU²⁵⁸ wurde in Österreich das Verbot von unerbetenen Nachrichten per Telefon, Telefax, SMS, E-Mail oder anderen elektronischen Kommunikationsmitteln, insbesondere zu Werbezwecken, gesetzlich verankert.²⁵⁹ Grundsätzlich ist daher die Kontaktaufnahme ohne vorab erteilte Einwilligung zu Werbezwecke verboten.²⁶⁰ Der Begriff Werbung ist sehr weit gefasst, sodass insbesondere der Sonderfall der Kundenumfrage als Werbung und damit als unerbetene Nachricht qualifiziert werden könnte.

²⁵⁷ § 2d Abs 1 Z 3 FOG.

²⁵⁸ Art 13 der Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation

²⁵⁹ § 107 TKG

²⁶⁰ Für die Kontaktaufnahme per SMS oder elektronischer Post (wie etwa E-Mails) gibt es Ausnahmen.

6.4.2. Kundenzufriedenheitsumfrage als Form der Werbung

Unter Kundenzufriedenheit versteht man ein Nachkaufphänomen, bei dem der Kunde erworbene Produkte oder Dienstleistungen beurteilt. Kundenzufriedenheit stellt einen wesentlichen Einflussfaktor auf die Kundenloyalität bzw Kundenbindung dar.²⁶¹

Die deutsche Rechtsprechung stuft Kundenzufriedenheitsumfragen als Werbung ein. Sie begründet dies im Wesentlichen damit, dass Kundenzufriedenheitsumfragen trotz Einhaltung von Berufsgrundsätzen und Wissenschaftlichkeit dazu führen, dass durch die Feststellung der Kundenzufriedenheit beim Kunden der Eindruck erweckt wird, dass das Unternehmen bzw der Unternehmer besonders auf deren Zufriedenheit bedacht ist, wodurch ein positives Bild des Unternehmens beim Umfrageteilnehmer erzielt wird.²⁶²

Diese Auffassung orientiert sich an der Definition einer Richtlinie der europäischen Union²⁶³ gemäß welcher unter Werbung grundsätzlich jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder Dienstleistungen zu fördern, fällt.²⁶⁴

In Österreich herrscht ebenfalls das vorgenannte weite Verständnis des Begriffes Werbung vor und wurde vom Obersten Gerichtshof (OGH) in seine Rechtsprechung übernommen.²⁶⁵ Der OGH versteht unter Werbung jede Maßnahme, die dazu dient, auf ein eigenes Bedürfnis und die Möglichkeit seiner Befriedigung hinzuweisen, wobei auch schon die Anregung zur Inanspruchnahme bestimmter Leistungen diesem Begriff unterstellt werden kann.²⁶⁶

Unter Werbung fällt auch jede Form der Kommunikation, die das Erscheinungsbild eines Unternehmens fördert.²⁶⁷

Das Bundesverwaltungsgericht hat in einer richtungsweisenden Entscheidung festgehalten, dass schon die „Beschreibung der konkreten Dienstleistung in Verbindung mit der ausdrücklichen Nennung und Betonung des konkreten Services“ als Werbung zu qualifizieren ist. Dabei ist es unerheblich, ob ein solcher Service tatsächlich am Markt angeboten wird oder erst die potentielle Nachfrage für einen solchen Service eruiert werden soll.²⁶⁸

Auf die Darstellung der Nachricht, etwa in Form eines Newsletters oder Informations-E-Mails, kommt es für die Qualifikation als Werbung nicht an.²⁶⁹

Deshalb sind Kundenzufriedenheitsumfragen regelmäßig als Werbung im Sinne des TKG zu qualifizieren, weil Kundenzufriedenheit ein Faktor für Kundenbindung ist und Kundenzufriedenheitsumfragen ein Schritt sind, um die Kundenzufriedenheit zu verbessern. Daher dienen Kundenzufriedenheitsumfragen direkt oder indirekt dazu, den Absatz eines Unternehmens zu fördern. Außerdem sind Kundenzufriedenheitsumfragen geeignet, das Erscheinungsbild eines Unternehmens zu fördern, weil der Eindruck entsteht, dass sich der Unternehmer besonderes um seinen Kunden kümmere.

Die Rechtsprechung qualifiziert eine Umfrage unter Kunden eines Unternehmens schon dann als Direktwerbung, wenn als Teil der Umfrage das auftraggebende Unternehmen in Verbindung mit der Leistung oder dem Produkt genannt wird.²⁷⁰

²⁶¹ Gabler Wirtschaftslexikon, <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/kundenzufriedenheit-39738> (abgerufen am 05.11.2018).

²⁶² Hornung/Hofmann, Die Auswirkungen der europäischen Datenschutzreform auf die Markt- und Meinungsforschung, ZD-Beilage 4/2017; OLG Köln 19.04.2013, 6 U 222/12; 30.03.2012, 6 U 191/11; 12.12.2008, 6 U 41/08.

²⁶³ Richtlinie vom 12.12.2006 2006/114/EG.

²⁶⁴ OLG Köln 30.03.2012, 6 U 191/11; Vgl Art 2 lit a Richtlinie 2006/114/EG

²⁶⁵ Riesz in Riesz/Schilchegger (Hrsg), TKG (2016) § 107 Rz 20; OGH 18.05.1999, 4 Ob 113/99; Die Definition ist bereits in Art 2 lit a Richtlinie 2006/114/EG verankert.

²⁶⁶ OGH 30.09.2009, 7 Ob 168/09w; RIS-Justiz RS00125490.

²⁶⁷ Riesz in Riesz/Schilchegger (Hrsg), TKG (2016) § 107 Rz 20; BVwG 02.12.2015, W194 2014076-1.

²⁶⁸ BVwG 26.11.2014, W194 2005989-1.

²⁶⁹ RIS-Justiz RS00125490 aE.

6.4.3. Rechtsfolgen bei der Qualifikation als Werbung

Aufgrund der Tatsache, dass Kundenzufriedenheitsumfragen regelmäßig als Werbung zu qualifizieren sind, ist für die Kontaktaufnahme per Telefon, Fax, SMS oder elektronische Post, wie etwa Chat-Nachrichten über Apps oder über Social-Media eine Einwilligung notwendig. Anderes gilt nur, wenn ein gesetzlicher Ausnahmetatbestand zur Anwendung gelangt.²⁷¹

6.4.4. Ausnahmen von der Notwendigkeit einer Einwilligung („Opt-Out“)

Das TKG sieht eine Ausnahme von der Notwendigkeit einer Einwilligung vor. Eine Einwilligung für die Zusendung von Direktwerbung ist dann nicht notwendig, wenn alle der nachfolgenden Punkte erfüllt sind:²⁷²

- die Kontaktaufnahme per SMS oder elektronischer Post²⁷³ erfolgt (aber nicht per Telefon);
- es sich bei den Adressaten um eigene Kunden handelt;
- die Erhebung der Kontaktdaten erfolgte im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Produktes oder einer Dienstleistung („eigene Kunden“);
- die Werbung erfolgt für eigene und ähnliche Produkte;
- der Empfänger hat klar und deutlich bei der Erhebung sowie in der Folge im Zuge jeder weiteren Kontaktaufnahme die Möglichkeit erhalten, eine solche Nutzung kostenfrei und problemlos abzulehnen, und
- der Empfänger darf nicht in der sogenannten, von der Rundfunk- und Telekom Regulierungs-GmbH (RTR-GmbH) geführten „Robinson-Liste“ eingetragen sein.

Darüber hinaus müssen folgende Voraussetzungen gegeben sein:²⁷⁴

- die Identität des Absenders, in dessen Auftrag die Nachricht übermittelt wird, darf nicht verschleiert oder verheimlicht werden;
- es ist eine tatsächliche Postadresse vorhanden, an die der Empfänger eine Aufforderung zur Einstellung solcher Nachrichten richten kann;
- die kommerzielle Kommunikation als solche und der Absender dieser Kommunikation, dh das beauftragende Unternehmen einer Kundenzufriedenheitsumfrage, müssen klar und eindeutig erkennbar sein;²⁷⁵ und
- der Empfänger darf nicht aufgefordert werden, Websites zu besuchen, die gegen die vorgenannte Bestimmung verstoßen;.

In allen anderen Fällen, insbesondere bei der Kontaktaufnahme per Telefon, ist die vorab erteilte Einwilligung der betroffenen Person zur Kontaktaufnahme notwendig.

Ausgehend davon, dass die Kundenzufriedenheitsumfrage regelmäßig über ein vom Umfrageteilnehmer erworbenes Produkt oder über eine ihm gegenüber erbrachte Dienstleistung erfolgt, kann sich ein Unternehmen, das eine Kundenzufriedenheitsumfrage durchführen will, auf diesen Ausnahmetatbestand stützen, sofern auch die übrigen Voraussetzungen²⁷⁶ gegeben sind. Für die Kontaktaufnahme per Telefon ist jedoch immer eine Einwilligung erforderlich.

²⁷⁰ BVwG 26.11.2014, W194 2005989-1.

²⁷¹ Vgl § 107 TKG.

²⁷² § 107 Abs 3 Z 1 bis 3 TKG.

²⁷³ Elektronische Post ist jede über ein öffentliches Kommunikationsnetz verschickte Text-, Sprach-, Ton- oder Bildnachricht, die im Netz oder im Endgerät des Empfängers gespeichert werden kann, bis sie von diesem abgerufen wird,²⁷³ wie etwa Chat-Nachrichten oder E-Mails.

²⁷⁴ § 107 Abs 3 Z 4 TKG; § 107 Abs 5 TKG.

²⁷⁵ Vgl § 6 Abs 1 ECG. Eine Verletzung von § 6 Abs 1 ECG liegt ferner vor, wenn Angebote zur Absatzförderung wie etwa Zugaben und Geschenke als solche erkennen lässt und einen einfachen Zugang zu den Bedingungen für ihre Inanspruchnahme enthält sowie Preisausschreiben und Gewinnspiele als solche erkennen lässt und einen einfachen Zugang zu den Teilnahmebedingungen enthält.

²⁷⁶ Dh bei der Erhebung der Kontaktinformationen und bei jeder weiteren Kontaktaufnahme muss die Möglichkeit für Umfrageteilnehmer bestehen, die Nutzung seiner Kontaktinformationen abzulehnen. Ferner müssen die Kontaktinformationen im Zusammenhang mit dem Verkauf oder einer Dienstleistung an seine Kunden erhoben worden sein.

Die Voraussetzungen für den Ausnahmetatbestand müssen beim beauftragenden Unternehmen gegeben sein. Ist dies der Fall, kann dieses ohne weitere Voraussetzungen ein Markt- und Meinungsforschungsinstitut mit der Durchführung der Kundenzufriedenheitsumfrage beauftragen.²⁷⁷

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die Kontaktdaten im Zusammenhang mit dem Kauf/Verkauf eines Produktes oder der Erbringung einer Dienstleistung erhoben worden sein müssen.²⁷⁸ Daher wäre die Verwendung von zugekauften Adressen oder die Einbeziehung von Personen mit denen keine Kundenbeziehung besteht, von der Ausnahme nicht mehr gedeckt.

Wenn eine Kontaktaufnahme nicht von der oben dargestellten Ausnahmebestimmung erfasst ist, ist eine Einwilligung erforderlich, welche vom Auftraggeber der Kundenzufriedenheitsumfrage einzuholen ist.

6.4.5. Einwilligung gemäß § 107 TKG

Die Einwilligung gemäß TKG ist nicht mit der Einwilligung gemäß DSGVO gleichzusetzen. Bei der Einwilligung gemäß TKG willigt der Betroffene zur Kontaktaufnahme für Werbezwecke ein, bei der Einwilligung gemäß DSGVO zu einer bestimmten Form der Datenverarbeitung.

Für die Einwilligung gemäß TKG gelten aber dieselben Anforderungen wie gemäß DSGVO (vgl Kapitel 4.4.2). Der Umfrageteilnehmer muss im Zeitpunkt der Abgabe seiner Einwilligung über sein Widerrufsrecht belehrt werden und wissen, von wem er über welche Kommunikationskanäle über welche Produkte Werbung zu erhalten hat.²⁷⁹

Im Fall von Kundenzufriedenheitsumfragen muss der Umfrageteilnehmer wissen, wer das beauftragende Unternehmen ist, das die Kundenzufriedenheitsumfrage durchführen lässt, welche Produkte in die Umfrage einbezogen werden und ob die Umfrage telefonisch, persönlich oder via Internet (vgl Kapitel 3.2.2.2.1) durchgeführt wird.

Die Einholung einer Einwilligung ist die Aufgabe des Auftraggebers. Das Markt- und Meinungsforschungsinstitut ist hierzu regelmäßig nicht in der Lage, weil die Kontaktaufnahme zur Einholung einer Einwilligung im Sinne des TKG bereits unzulässig ist.²⁸⁰ Markt- und Meinungsforschungsinstitute benötigen als Auftragsverarbeiter daher keine gesonderte Einwilligung für die von ihnen vorgenommene Kontaktaufnahme, sondern stützen sich auf die Einwilligung die der Betroffene dem Auftraggeber erteilt hat.

Aus praktischen Gründen empfiehlt es sich, die Frage der Zulässigkeit der Kontaktaufnahme zu Werbezwecken bereits in der Auftragsverarbeiter-Vereinbarung zwischen Markt- und Meinungsforschungsinstitut und beauftragendem Unternehmen zu regeln und Bestimmungen über eine Schad- und Klagloshaltung vorzusehen, falls dem Markt- und Meinungsforschungsinstitut Nachteile durch eine unzulässige Kontaktaufnahme entstehen.

6.4.6. Zusammenfassung und Ergebnis

Kundenzufriedenheitsumfragen sind regelmäßig als Werbung im Sinne des § 107 TKG zu qualifizieren, weshalb entweder eine Einwilligung des Umfrageteilnehmers oder sämtliche Voraussetzungen für die Ausnahme der Notwendigkeit einer Einwilligung gegeben sein müssen.

Der Ausnahmetatbestand gilt nur für eigene Kunden und für bestimmte Medien, nämlich für SMS und elektronische Post, wie etwa E-Mails oder Chat-Nachrichten, nicht aber für Telefax-Nachrichten oder Telefonanrufe. Für Telefax-Nachrichten oder Telefonanrufe ist daher immer eine Einwilligung erforderlich.

Deshalb ist für CATI-Interviews im Zuge von Kundenzufriedenheitsumfragen eine Einwilligung erforderlich. Die Ausnahmebestimmung hingegen kommt insbesondere für Online-Befragungen in Betracht.

²⁷⁷ Riesz in Riesz/Schilchegger (Hrsg), TKG (2016) § 107 Rz 107.

²⁷⁸ Riesz in Riesz/Schilchegger (Hrsg), TKG (2016) § 107 Rz 107.

²⁷⁹ Riesz in Riesz/Schilchegger (Hrsg), TKG (2016) § 107 Rz 43.

²⁸⁰ RIS-Justiz RS0111973.

Kundenzufriedenheitsumfragen die persönlich durchgeführt werden (ohne dass zuvor eine Kontaktaufnahme via Telefon, Telefax, SMS oder elektronische Post stattfindet), wie etwa im Falle eines persönlichen Interviews direkt am Ausgang einer Filiale eines Unternehmens, sind von § 107 TKG nicht erfasst, weshalb das Verbot der unerbetenen Nachrichten nicht zum Tragen kommt. Solche Interviews sind daher zulässig.

7. Pflichten des Verantwortlichen

Die DSGVO legt eine Reihe von Verpflichtungen des Verantwortlichen fest, die für die Verarbeitung personenbezogener Daten in der Markt- und Meinungsforschung relevant sind.

7.1. Das Verarbeitungsverzeichnis

Der Verantwortliche einer Datenverarbeitung hat ein Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten (Verarbeitungsverzeichnis) zu führen.

Das Verarbeitungsverzeichnis enthält sämtliche Datenverarbeitungen, die von einem Verantwortlichen durchgeführt werden und ersetzt die Registrierung von Datenverarbeitungen personenbezogener Daten bei der Datenschutzbehörde. Dieses Verzeichnis dient als Überblick über alle Verarbeitungstätigkeiten und ermöglicht den Nachweis der Einhaltung datenschutzrechtlicher Bestimmungen insbesondere der DSGVO und des DSG 2018.²⁸¹

Der Verantwortliche ist verpflichtet, der Datenschutzbehörde das Verarbeitungsverzeichnis, auf deren Antrag, zur Verfügung zu stellen.²⁸² Diese kann sich dadurch einen Überblick über die durchgeführten Verarbeitungstätigkeiten verschaffen und auf ihre Konformität mit der DSGVO prüfen.²⁸³

7.1.1. Inhalt des Verarbeitungsverzeichnisses

Das Verarbeitungsverzeichnis des Verantwortlichen hat zumindest folgende Angaben zu enthalten:²⁸⁴

- den Namen und die Kontaktdaten des Verantwortlichen, des Vertreters des Verantwortlichen und eines etwaigen Datenschutzbeauftragten;
- die Zwecke der Verarbeitung;
- eine Beschreibung der Kategorien betroffener Personen und der Kategorien personenbezogener Daten;
- die Kategorien (Beschreibung nach typologischen Merkmalen (zB Banken Muttergesellschaft), nicht nach konkreten Namen²⁸⁵) von Empfängern gegenüber denen die personenbezogenen Daten offengelegt worden sind oder nicht offengelegt werden, einschließlich Empfänger in Drittländern (Empfänger außerhalb des EWR-Raumes) oder internationalen Organisationen;
- gegebenenfalls Übermittlungen von personenbezogenen Daten an ein Drittland oder an eine internationale Organisation;
- wenn möglich die vorgesehenen Fristen für die Löschung der verschiedenen Datenkategorien;
- wenn möglich, eine Beschreibung der technischen und organisatorischen Maßnahmen, die ergriffen werden um ein angemessenes Schutzniveau bei der Verarbeitung der Daten zu gewährleisten.

7.1.2. Formvorschriften

Ein Verarbeitungsverzeichnis muss keiner besonderen Form entsprechen, es muss lediglich schriftlich, manuell oder in elektronischem Format geführt werden.²⁸⁶

²⁸¹ Art 30 DSGVO.

²⁸² Art 30 Abs 4 DSGVO.

²⁸³ Bogendorfer in *Knyrim* (Hrsg), *DatKomm*, 9. Lfg, Art 30, Rz 47.

²⁸⁴ Art 30 Abs 1 DSGVO.

²⁸⁵ Bogendorfer in *Knyrim* (Hrsg), *DatKomm*, 9. Lfg, Art 30, Rz 26.

²⁸⁶ Bogendorfer in *Knyrim* (Hrsg), *DatKomm*, 9. Lfg, Art 30, Rz 45.

7.1.3. Ausnahmen von der Pflicht zur Verzeichnisführung

Unternehmen die weniger als 250 Mitarbeiter beschäftigen, sind nicht verpflichtet ein Verarbeitungsverzeichnis zu führen, wenn die Datenverarbeitung kein Risiko für die betroffenen Personen darstellt, wenn die Datenverarbeitung nur gelegentlich erfolgt oder wenn keine Verarbeitung besonderer Datenkategorien erfolgt.²⁸⁷

Da nicht abschließend geklärt ist, wann eine Datenverarbeitung kein Risiko darstellt und daher grundsätzlich jede Datenverarbeitung zumindest ein gewisses Risiko für die betroffenen Personen birgt,²⁸⁸ ist davon auszugehen, dass beinahe jeder Verantwortliche ein Verarbeitungsverzeichnis zu führen hat.

Markt- und Meinungsforschungsinstitute verarbeiten regelmäßig eine große Menge an personenbezogenen Daten, in vereinzelten Fällen auch Daten, die zu den besonderen Datenkategorien gehören. Markt- und Meinungsforschungsinstitute haben daher - unabhängig von der Größe - regelmäßig ein Verarbeitungsverzeichnis zu führen.

7.1.4. Exkurs: Das Verarbeitungsverzeichnis des Auftragsverarbeiters

Neben dem Verantwortlichen hat auch ein Auftragsverarbeiter ein Verarbeitungsverzeichnis zu führen. Dieses weist einen anderen Inhalt auf, als das Verarbeitungsverzeichnis des Verantwortlichen.

Das Verarbeitungsverzeichnis des Auftragsverarbeiters muss folgende Angaben enthalten:²⁸⁹

- den Namen und die Kontaktdaten des Auftragsverarbeiters und des Verantwortlichen, in dessen Auftrag der Auftragsverarbeiter tätig ist, gegebenenfalls des Vertreters des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters und eines etwaigen Datenschutzbeauftragten;
- die Kategorien von Verarbeitungen, die im Auftrag jedes Verantwortlichen durchgeführt werden;
- gegebenenfalls Übermittlungen von personenbezogenen Daten an ein Drittland oder an eine internationale Organisation;
- wenn möglich eine Beschreibung der technischen und organisatorischen Maßnahmen, die ergriffen wurden um ein angemessenes Schutzniveau bei der Verarbeitung der Daten zu gewährleisten.

Auch der Auftragsverarbeiter ist verpflichtet, der Datenschutzbehörde das Verarbeitungsverzeichnis, auf deren Antrag, zur Verfügung zu stellen.²⁹⁰ Diese kann sich dadurch einen Überblick über die durchgeführten Verarbeitungstätigkeiten verschaffen und auf ihre Konformität mit der DSGVO prüfen.²⁹¹

7.2. Informationspflichten des Verantwortlichen

Der Verantwortliche hat den betroffenen Personen Informationen über die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten zu Verfügung zu stellen. Dadurch soll die vorgenommene Verarbeitung für die betroffenen Personen nachvollziehbar und transparent werden (Grundsatz der Transparenz, vgl Kapitel 4.3.2) und diese in die Lage versetzen, gegebenenfalls entsprechende Maßnahmen zu ergreifen, wenn sie der Meinung sind, dass die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten rechtswidrig erfolgt.

Die DSGVO regelt hinsichtlich der Informationspflichten zwei Fälle:

- die Daten werden unmittelbar beim Betroffenen erhoben oder
- die Daten des Betroffenen werden bei einem Dritten erhoben.

Werden die personenbezogenen Daten beim Betroffenen erhoben dann müssen die Informationen diesem spätestens²⁹² zum Zeitpunkt der Erhebung der Daten erteilt werden.²⁹³

²⁸⁷ Art 30 Abs 5 DSGVO.

²⁸⁸ Hartung in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)² Art 30, Rz 36.

²⁸⁹ Art 30 Abs 2 DSGVO.

²⁹⁰ Art 30 Abs 4 DSGVO.

²⁹¹ Bogendorfer in Knyrim (Hrsg), DatKomm, 9. Lfg, Art 30, Rz 47.

Der Verantwortliche muss der betroffenen Person jedenfalls folgende Informationen zur Verfügung stellen:

- den Namen und die Kontaktdaten des Verantwortlichen, sowie gegebenenfalls seines Vertreters; darunter fallen der Vor- und Zuname einer natürlichen Person oder der Name des Unternehmens und zumindest die postalische Anschrift, eine Telefonnummer und eine E-Mail-Adresse.²⁹⁴
- die Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten; es reicht dessen Anschrift zur Verfügung zu stellen, ohne Nennung des Namens.²⁹⁵
- die Zwecke für die die personenbezogenen Daten verarbeitet werden sollen, sowie die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung;
- die berechtigten Interessen des Verantwortlichen (vgl Kapitel 4.4.3), sollte eine Verarbeitung auf dieser Rechtsgrundlage beruhen;
- gegebenenfalls die Empfänger oder Kategorien von Empfängern der personenbezogenen Daten;
- gegebenenfalls die Absicht des Verantwortlichen, die personenbezogenen Daten an ein Drittland oder eine internationale Organisation zu übermitteln, sowie die Grundlage für die Zulässigkeit der Übermittlung an ein Drittland (Standardvertragsklauseln, Kommissionsbeschluss, etc);

Folgende weitere Informationen sind situationsabhängig zu erteilen, um eine faire und transparente Verarbeitung zu gewährleisten:²⁹⁶

- die Dauer, für die die personenbezogenen Daten gespeichert werden oder, falls dies nicht möglich ist, die Kriterien für die Festlegung der Dauer;
- die Betroffenenrechte (Recht auf Auskunft, Berichtigung oder Löschung, Einschränkung der Verarbeitung, Datenübertragbarkeit und Widerspruchsrecht);
- wenn die Verarbeitung auf einer Einwilligung des Betroffenen beruht, das Bestehen eines Rechts, die Einwilligung jederzeit zu widerrufen;
- das Bestehen eines Beschwerderechts bei einer Aufsichtsbehörde;
- das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling und aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik (damit sind die Methoden und Kriterien der Datenverarbeitung gemeint, zB Funktionsweise eines Algorithmus, der bei der Bildung eines Scorewerts genutzt wird²⁹⁷) sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person.

Bei Daten, die bei einem Dritten erhoben wurden, sind die Informationen innerhalb einer angemessene Frist nach Erhebung der Daten, längstens aber innerhalb eines Monats, zu erteilen.²⁹⁸ Werden diese personenbezogenen Daten allerdings zur Kommunikation mit der betroffenen Person verwendet, erfolgt die Information spätestens zum Zeitpunkt der ersten Mitteilung an sie und falls die Offenlegung an einen anderen Empfänger beabsichtigt ist, spätestens zum Zeitpunkt der ersten Offenlegung.²⁹⁹

Der betroffenen Person sind folgende Informationen zusätzlich, zu den Informationen, die erteilt werden müssen, wenn die Daten beim Betroffenen erhoben wurden, zu erteilen:

- die Kategorien personenbezogener Daten, die verarbeitet werden;

²⁹² *Knyrim in Ehmann/Selmayr* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 13, Rz 7; *Bäcker in Kühling/Buchner* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)² Art 13, Rz 56.

²⁹³ Art 13 Abs 1 DSGVO.

²⁹⁴ *Knyrim in Ehmann/Selmayr* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 13, Rz 22, 23; *Veil in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 13 und 14, Rz 56.

²⁹⁵ *Knyrim in Ehmann/Selmayr* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 13, Rz 25.

²⁹⁶ *Knyrim in Ehmann/Selmayr* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 13, Rz 40.

²⁹⁷ *Bäcker in Kühling/Buchner* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)² Art 13, Rz 54.

²⁹⁸ Art 14 Abs 3 lit a DSGVO.

²⁹⁹ Art 14 Abs 3 lit b und c DSGVO; *Knyrim in Ehmann/Selmayr* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 14, Rz 6-8.

- die Quelle, aus der die personenbezogenen Daten stammen; Stammen die Daten aus verschiedenen Quellen, so ist die Unterrichtung allgemein zu halten und der betroffenen Person sind die Mittel der Datenerhebung, die genutzten Datenbestände oder Systeme zu nennen.³⁰⁰

Werden die erhobenen personenbezogenen Daten für einen anderen Zweck weiterverarbeitet, als für den, für den sie erhoben wurden, muss die betroffene Person vor dieser Weiterverarbeitung darüber informiert werden. Des Weiteren muss der andere Zweck genannt werden und alle anderen, oben genannten, Informationen zur Verfügung gestellt werden.³⁰¹

7.2.1. Ausnahmen

Die Verpflichtung zur Informationserteilung entfällt, wenn die betroffene Person bereits über die Informationen verfügt, unabhängig davon vom wem der Verantwortliche die personenbezogenen Daten erhalten hat.³⁰²

Werden die Daten bei einem Dritten erhoben, kann die Informationserteilung zusätzlich entfallen, wenn

- die Erteilung der Informationen sich als unmöglich (zB wenn der Betroffene nicht identifiziert werden kann³⁰³) erweist, oder einen unverhältnismäßigen Aufwand (Anhaltspunkt sind dabei zB die Zahl der betroffenen Personen oder das Alter der Daten³⁰⁴) erfordern würde, insbesondere wenn die Verarbeitung zu wissenschaftlichen Forschungszwecken erfolgt (vgl Kapitel 5.1.2.2), oder wenn die Erteilung die Verwirklichung der Ziele der Verarbeitung unmöglich macht oder ernsthaft beeinträchtigt;
- die Erlangung oder Offenlegung durch Rechtsvorschriften ausdrücklich geregelt ist;
- die personenbezogenen Daten dem Berufsgeheimnis einschließlich einer satzungsmäßigen Geheimhaltungspflicht, unterliegen und daher vertraulich behandelt werden müssen.³⁰⁵

7.2.2. Umsetzung durch Markt- und Meinungsforschungsinstitute

Grundsätzlich treffen auf Markt- und Meinungsforschungsinstitute – sofern sie Daten als Verantwortliche verarbeiten – die genannten Informationspflichten. Dabei ist zu unterscheiden.

Die Kontaktdaten der zu Befragenden werden in der Regel nicht bei den betroffenen Personen erhoben, sondern von dritter Quelle erworben (vgl Kapitel 3.2.2.1). Grundsätzlich sind die Informationen, wenn personenbezogene Daten nicht beim Betroffenen erhoben wurden, innerhalb einer angemessenen Frist nach Erhebung der Daten, längstens aber innerhalb eines Monats, oder zum Zeitpunkt der ersten Mitteilung an die betroffene Person, zu erteilen.

Im Fall der Kontaktdaten würde die Verständigung der betroffenen Personen unmittelbar nach Erhalt der Daten (zB ein ganzes Adressregister oder Telefonverzeichnis) aber zu einem erheblichen Aufwand bei Markt- und Meinungsforschungsinstituten führen (es müssten alle eingetragenen Personen kontaktiert werden) und würde eine solche Information nicht den Erwartungen betroffener Personen entsprechen (so erwartet zB niemand, der in einem Telefonbucheintrag genannt ist, dass er von jedem Nutzer des Telefonbuchs verständigt wird, dass jener jetzt die Daten im Telefonbuch erhalten hat). Der Aufwand des Verständigen der betroffenen Person steht daher in keinem Verhältnis zum Nutzen für die betroffene Person.

Ferner geht die DSGVO davon aus, dass eine Unverhältnismäßigkeit insbesondere dann gegeben ist, wenn die Verarbeitung für wissenschaftliche Forschungszwecke erfolgt (vgl Kapitel 5.1.2.2) und die Erfüllung der Pflicht die Verarbeitung unmöglich macht oder ernsthaft beeinträchtigt. Die Erfüllung einer solchen Pflicht (Kontaktierung aller eingetragenen Personen) würde maßgebliche Ressourcen eines Markt- und

³⁰⁰ Illibauer in *Knyrim* (Hrsg), *DatKomm*, 4. Lfg, Art 14, Rz 29.

³⁰¹ *Knyrim* in *Ehmann/Selmayr* (Hrsg), *Datenschutzgrundverordnung* (2017) Art 13, Rz 55.

³⁰² *Knyrim* in *Ehmann/Selmayr* (Hrsg), *Datenschutzgrundverordnung* (2017) Art 13, Rz 57.

³⁰³ *Veil* in *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil* (Hrsg), *Datenschutzgrundverordnung* (2017) Art 13 & 14, Rz 145.

³⁰⁴ Vgl EG 62.

³⁰⁵ Art 14 Abs 5 DSGVO.

Meinungsforschungsinstitutes ausschließlich für die Erfüllung der Informationspflichten binden, weshalb von einer ernsthaften Beeinträchtigung gesprochen werden kann.

Es handelt sich daher unseres Erachtens um einen Fall, in der der Informationsaufwand unverhältnismäßig wäre und daher von einer Information der betroffenen Person über die Verarbeitung der Kontaktdaten abgesehen werden kann.³⁰⁶

Die Antworten im Rahmen der Befragung werden naturgemäß bei der betroffenen Person erhoben. Das heißt die notwendigen Informationen sind bei Beginn der Befragung zur Verfügung zu stellen, wobei die praktische Umsetzung abhängig vom Kommunikationsmedium ist.

7.2.2.1. Telefonische Befragung

Die Informationserteilung hat in diesem Fall, zum Zeitpunkt der Erhebung der Daten, direkt am Telefon zu erfolgen.

Da die vollständige Erteilung der Informationen in der Regel viel Zeit in Anspruch nimmt, ist eine vollständige Informationserteilung am Telefon unzulässig. Es genügt demnach der betroffenen Person folgende wesentliche Punkte der Datenverarbeitung, unmittelbar im Gespräch, offenzulegen: Die Identität des Verantwortlichen, die Verarbeitungszwecke und die Identität jener Verantwortlichen, an welche die Daten übermittelt werden sollen.³⁰⁷ Die Erteilung der übrigen Informationen kann durch Verweis auf eine online leicht zugängliche Datenschutzerklärung erfolgen (zB Datenschutzerklärung auf der Website) bzw durch postalische Zusendung der Datenschutzerklärung, sofern dies die betroffene Person wünscht.

Eine andere Möglichkeit wäre, ein Tonband abzuspielen, welches die wichtigsten Informationen enthält und auf eine online leicht zugängliche Datenschutzerklärung verweist. Dabei kann dem Betroffenen die Möglichkeit zusätzlich eingeräumt werden, mittels Wähltasten am Telefon die einzelnen Kapitel der Erklärung (wie etwa Namen, Kontaktdaten des Verantwortlichen sowie gegebenenfalls seines Vertreters, Zwecke, für die die personenbezogenen Daten verarbeitet werden sollen, sowie die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung, etc) ansteuern kann.

7.2.2.2. Persönliche Befragung

Bei der persönlichen Befragung ist zu differenzieren. Ist die Identität der Probanden nicht bekannt und wird diese auch nicht erhoben, sind die Daten anonym und es müssen keine Informationen erteilt werden.

In Fällen der Erhebung von personenbezogenen Daten müssen die Informationen den betroffenen Personen unmittelbar in diesem Zusammenhang zur Verfügung gestellt werden. Dies kann durch Übergabe eines Dokuments in Papierform oder, auf Wunsch, mündlich geschehen.³⁰⁸ Es ist aber auch an die Möglichkeit zu denken, die Informationen auf einem Tablet mitzuführen, damit sich die betroffene Person auf diese Weise Kenntnis verschaffen kann.

Zusätzlich sollten die Informationen auf der Website in Form einer Datenschutzerklärung, an einer gut sichtbaren Stelle, zur Verfügung stehen.

7.2.2.3. Online-Befragung

Bei Online-Umfragen, die gezielt an einzelne Personen gerichtet werden, die sich meist im Vorfeld mit der Teilnahme an der Befragung einverstanden erklärt haben, werden die Einladungen per E-Mail verschickt. Die Markt- und Meinungsforschungsinstitute verfügen demnach schon im Vorfeld der Umfrage über personenbezogene Daten (Kontaktdaten) und erheben im Zuge der Umfrage noch weitere.

In diesem Fall ist es sinnvoll, gleichzeitig mit der Einladung zur Umfrage, die notwendigen Informationen in einem Dokument als Anlage, oder durch einen Link, der die Betroffenen zB zur Datenschutzerklärung, in

³⁰⁶ Art 14 Abs 5 DSGVO.

³⁰⁷ Feiler/Horn, Umsetzung der DSGVO in der Praxis, Frage 32 (2018) 84.

³⁰⁸ Knyrim in Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 13, Rz 15.

der die Informationen enthalten sein müssen³⁰⁹, auf der Website des Verantwortlichen, führt, mitzuschicken.

7.2.2.4. „Deklariert auskunftswillige“ Personen

Die Kontaktdaten von „deklariert auskunftswilligen“ Personen (vgl Kapitel 3.2.2.1.4) sind bei den Markt- und Meinungsforschungsinstituten gespeichert, damit die Probanden immer wieder kontaktiert werden können. Soweit diese Personen über die oben genannten Informationen bereits verfügen, ist es aufgrund der Ausnahmebestimmung nicht mehr notwendig diese Informationen, bei jeder Befragung, erneut zu erteilen.

7.3. Die Datenschutz-Folgenabschätzung

Jede Verarbeitung von personenbezogenen Daten birgt für die betroffene Person ein gewisses Risiko, dass durch die Verarbeitung oder den Missbrauch der verarbeiteten Daten Persönlichkeitsrechte verletzt werden. Aus diesem Grund hat jeder Verantwortliche vor einer Datenverarbeitung zu analysieren, welche Risiken sich aus der jeweiligen Verarbeitung ergeben und wie diese minimiert werden können.

Die DSGVO sieht für Fälle, in denen von einem hohen Risiko auszugehen ist, ein spezielles Verfahren, die Datenschutz-Folgenabschätzung, vor.

Mit ihr muss zum frühestmöglichen Zeitpunkt, bereits in der Entwicklungsphase der Verarbeitungstätigkeiten, begonnen werden. Die Datenschutz-Folgenabschätzung erfüllt daher eine gewisse „Frühwarnfunktion“.³¹⁰ Darüber hinaus muss die Datenschutz-Folgenabschätzung regelmäßig aktualisiert werden und ist daher keine einmalige Aufgabe, sondern ein laufender Prozess, da sich die Risiken, die eine Verarbeitung mit sich bringt, im Laufe des Verarbeitungsprozesses ändern können.³¹¹

Bei der Datenschutz-Folgenabschätzung prüft der Verantwortliche seine geplante Datenverarbeitung hinsichtlich Konformität mit den einschlägigen datenschutzrechtlichen Bestimmungen, Sicherheit der Datenverarbeitung und auf potentielle Risiken für betroffene Personen. Soweit solche Risiken identifiziert werden, setzt er Maßnahmen um diese zu reduzieren.³¹²

7.3.1. Wann ist eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen?

Eine Datenschutz-Folgenabschätzung ist durchzuführen, wenn die Verarbeitung der personenbezogenen Daten voraussichtlich ein hohes Risiko für betroffene Personen birgt. Risikofaktoren sind insbesondere die Verwendung neuer Technologien, Art, Umfang, Umstände oder Zweck der Verarbeitung.³¹³

Wann ein hohes Risiko vorliegt ist im Einzelfall zu beurteilen, wobei es auch Zweifelsfälle geben kann, bei denen nicht eindeutig feststeht, ob ein hohes Risiko für die betroffenen Personen gegeben ist. Die DSGVO zählt demonstrativ Fälle auf, bei denen jedenfalls ein hohes Risiko gegeben ist und daher eine Datenschutz-Folgenabschätzung erforderlich ist.³¹⁴

Ferner haben die nationalen Datenschutzbehörden die Möglichkeit zu präzisieren, wann eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen ist und wann eine solche nicht notwendig ist.³¹⁵

In Österreich hat die Datenschutzbehörde eine Verordnung erlassen, welche regelt, wann eine Datenschutz-Folgenabschätzung nicht durchgeführt werden muss („white-list“)³¹⁶ und eine Verordnung, die regelt, wann eine Datenschutz-Folgenabschätzung jedenfalls durchzuführen ist („black-list“).³¹⁷

³⁰⁹ Knyrim in Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 13, Rz 13.

³¹⁰ Baumgartner in Ehmann/Selmayr, Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 35, Rz 2.

³¹¹ Art-29 Datenschutzgruppe [nunmehr: Europäischer Datenschutzausschuss] WP 248, 17.

³¹² Baumgartner in Ehmann/Selmayr, Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 35, Rz 2.

³¹³ Art 35 Abs 1 DSGVO.

³¹⁴ Art 35 Abs 3 DSGVO.

³¹⁵ Art 35 Abs 4 und 5 DSGVO.

Die white-list umfasst bestimmte Verarbeitungstätigkeiten (in etwa identisch mit den Standardanwendungen des alten Rechts), nicht aber ganze Branchen. Eine generelle Freistellung der Markt- und Meinungsforschung findet sich in der white-list demnach nicht.

Die black-list enthält Kriterien, wann jedenfalls eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen ist.³¹⁸

Eine Datenschutz-Folgenabschätzung ist gemäß § 2 Abs 2 der black-list durchzuführen, wenn zumindest eines der folgenden Kriterien erfüllt ist:

- eine Verarbeitung die Bewertung oder Einstufung natürlicher Personen umfasst;
- Daten verarbeitet werden, die zur Bewertung des Verhaltens von natürlichen Personen dienen und auf deren Grundlage für Betroffene Entscheidungen getroffen werden, die Rechtswirkungen gegenüber diesen entfalten oder diese in ähnlich erheblicher Weise beeinträchtigen;
- eine Verarbeitung, welche der Beobachtung, Überwachung oder Kontrolle der betroffenen Person dient, insbesondere mittels Bild- oder damit verbundenen Akustikdatenverarbeitungen;
- die Datenverarbeitung unter innovativer Nutzung und Anwendung neuer Technologien oder organisatorischer Lösungen erfolgt;
- bei der Verarbeitung Datensätze, die aus zwei oder mehreren Datenverarbeitungsvorgängen stammen und zu unterschiedlichen Zwecken erhoben wurden, abgeglichen oder zusammengeführt werden, sofern durch die Anwendung von Algorithmen Entscheidungen getroffen werden können, welche die betroffene Person in erheblicher Weise beeinträchtigen;
- eine Verarbeitung, die trotz Einwilligung, im höchstpersönlichen Bereich von Personen erfolgt.

Unter Verarbeitung, welche der Beobachtung, Überwachung oder Kontrolle der betroffenen Person dient, sind nicht Videoaufzeichnungen von Gruppendiskussionen im Zuge einer qualitativen Umfrage zu verstehen. Diese Datenverarbeitung kann ohne Datenschutz-Folgenabschätzung durchgeführt werden.³¹⁹

Unter Verarbeitung, die trotz Einwilligung, im höchstpersönlichen Lebensbereich von Personen erfolgt, sind nicht Datenverarbeitungen, die den höchstpersönlichen Lebensbereich lediglich berühren zu verstehen, sondern Datenverarbeitungen, die im höchstpersönlichen Wirkungsbereich erfolgen. Dazu zählen etwa Bildaufnahmen in Sanitäranlagen, Bildaufnahmen von Wohnungsgängen in Mehrparteienhäusern, Datenaufzeichnungen im Rahmen von Selbsthilfegruppen, etc.³²⁰ Eine ausführliche Befragung im höchstpersönlichen Lebensbereich kann daher die Pflicht zur Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung auslösen, sofern nicht die Ausnahmebestimmungen gemäß FOG anzuwenden sind (vgl Kapitel 7.3.2).

Des Weiteren ist eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen, wenn gemäß § 2 Abs 3 der black-list zwei oder mehrere der folgenden Kriterien erfüllt sind:

- eine umfangreiche Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten;
- eine umfangreiche Verarbeitung personenbezogener Daten über strafrechtliche Verurteilungen oder Straftaten;
- Erfassen von Standortdaten;
- Verarbeitung von Daten schutzbedürftiger Betroffener (zB Kinder, Arbeitnehmer, Patienten, etc);
- bei der Verarbeitung von Datensätzen, die aus zwei oder mehreren Datenverarbeitungsvorgängen stammen und zu unterschiedlichen Zwecken erhoben wurden, abgeglichen oder zusammengeführt

³¹⁶ Die Verordnung der Datenschutzbehörde über die Ausnahmen von der Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA-AV), BGBl. I Nr. 120/2017.

³¹⁷ Die Verordnung der Datenschutzbehörde über Verarbeitungsvorgänge, für die eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen ist (DSFA-V), BGBl. I Nr 24/2018.

³¹⁸ Die Kriterien entsprechen im Großen und Ganzen den Kriterien, die die Artikel 29-Datenschutzgruppe entwickelt hat, die einen Anhaltspunkt geben, wann eine konkrete Datenverarbeitung wahrscheinlich ein hohes Risiko mit sich bringt.

³¹⁹ § 2 Abs 2 Z 3 lit a bis h DSFA-V, welche jeweils zusätzliche Qualifikationen für die Notwendigkeit einer Datenschutz-Folgenabschätzung aufzählen, wie etwa öffentliche Orte, Örtlichkeiten, welche aufgrund eines Kontrahierungszwanges von jedermann betreten werden dürfen; Kirchen oder Gebetshäuser etc.

³²⁰ Erläuterungen zur DSFA-V, <https://www.dsb.gv.at/documents/22758/116802/Erl%c3%a4uterungen+zur+DSFA-V.pdf/f488e164-f4f7-47d8-b218-167e83be1a10> (abgerufen am 04.02.2019).

werden, sofern diese für Zwecke erfolgen, für welche nicht alle der zu verarbeitenden Daten direkt bei der betroffenen Person erhoben wurden.

Die white-list geht der black-list vor. Das bedeutet, dass für eine Datenverarbeitung, die in der white-list genannt ist, keine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen ist, selbst wenn die Voraussetzungen gemäß black-list erfüllt wären.³²¹ Darüber hinaus ist nicht auszuschließen, dass in Ausnahmefällen Verarbeitungen weder unter die white-list noch unter die black-list fallen, aber dennoch mit einem hohen Risiko für die betroffenen Personen verbunden sind. Auch für solche Fälle ist eine Datenschutz-Folgenabschätzung erforderlich.

7.3.2. Datenschutz-Folgenabschätzung für Verarbeitungen zu wissenschaftlichen Forschungszwecken

Datenverarbeitungen, die für wissenschaftliche Forschungszwecke gemäß FOG durchgeführt werden (vgl Kapitel 5.1.2.2.2), sind gesetzlich von der Pflicht zur Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung ausgenommen, weil hier bereits der Gesetzgeber für die geregelte Verarbeitungstätigkeit eine Datenschutz-Folgenabschätzung vorgenommen hat. Dies gilt allerdings nur, wenn keine besonderen Datenkategorien verarbeitet werden,³²² andernfalls die Ausnahmebestimmung nicht zur Anwendung gelangt. In diesem Fall ist die Notwendigkeit der Durchführung gemäß den oben dargestellten Schritten zu prüfen (vgl Kapitel 7.3.1).

Wenn Markt- und Meinungsforschungsinstitute daher Datenverarbeitungen zu wissenschaftlichen Forschungszwecken auf Grundlage des FOG durchführen, wie insbesondere die Durchführung von Umfragen und diese Verarbeitung keine besonderen Datenkategorien enthält, besteht keine Notwendigkeit der Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung.

Ferner wird, wenn die Verarbeitung auf Grundlage von der Datenschutzbehörde genehmigter Verhaltensregeln erfolgt, eine Datenschutz-Folgenabschätzung im Einzelfall ebenfalls nicht mehr notwendig sein.

In allen anderen Fällen ist einzelfallbezogen zu prüfen, ob eine Datenschutz-Folgenabschätzung notwendig ist. Im Regelfall von Untersuchungen, wenn keine besonderen Umstände vorliegen (zB Kumulation der Verarbeitung von besonderen Datenkategorien und betroffene Personen sind besonders schutzbedürftige Personen, wie zB Minderjährige), wird eine spezielle Datenschutz-Folgenabschätzung nicht notwendig sein.

7.3.3. Mindestinhalt einer Datenschutz-Folgenabschätzung

Sofern eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen ist, müssen folgende Punkte jedenfalls berücksichtigt werden:³²³

- die systematische Beschreibung der geplanten Verarbeitung;
- die Bewertung der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der geplanten Verarbeitungsvorgänge in Bezug auf ihren Zweck; (Zweck-Mittel-Relation);³²⁴
- eine Risikobewertung, wodurch die konkrete Bewertung der Risiken anhand Eintrittswahrscheinlichkeit und Schwere der Auswirkungen nachvollziehbar dargelegt werden;
- die Beschreibung der geplanten Abhilfemaßnahmen.

Des Weiteren ist die Datenschutzbehörde zu konsultieren, wenn eine Verarbeitung ein verbleibendes Risiko birgt.

³²¹ § 2 Abs 1 DSFA-V.

³²² § 2k Abs 4 FOG.

³²³ Art 35 Abs 7 DSGVO.

³²⁴ Baumgartner in Ehmman/Selmayr, Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 35, Rz 34; Jandt in Kühling/Buchner, Datenschutzgrundverordnung (2017)² Art 35, Rz 39.

7.4. Benennung eines Datenschutzbeauftragten

7.4.1. Grundlage in der DSGVO

Die DSGVO sieht in bestimmten Fällen vor, dass ein Verantwortlicher bzw ein Auftragsverarbeiter einen Datenschutzbeauftragten benennen muss.³²⁵

Der Datenschutzbeauftragte ist eine natürlich Person³²⁶ mit Fachwissen, auf dem Gebiet der Datenschutzvorschriften und Datenschutzverfahren, die den Verantwortlichen und den Auftragsverarbeiter bei der Überwachung der internen Einhaltung der Bestimmungen der DSGVO unterstützt und dabei ihre Pflichten und Aufgaben in vollständiger Unabhängigkeit und weisungsfrei ausübt.³²⁷

Ein Datenschutzbeauftragter ist verpflichtend zu benennen, wenn

- die Verarbeitung von einer Behörde oder öffentlichen Stelle, mit Ausnahme von Gerichten, im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit, durchgeführt wird;
- die Kerntätigkeit des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters in der Durchführung von Verarbeitungsvorgängen besteht, welche aufgrund ihrer Art, ihres Umfangs und/oder ihrer Zwecke eine umfangreiche regelmäßige und systematische Überwachung von betroffenen Personen erforderlich macht; Unter Überwachung ist eine Beobachtung zu verstehen, bei der die Internetaktivitäten von Personen nachvollzogen und zur Profilbildung benutzt werden. Dabei können die Grundlagen für gewisse Entscheidungen, persönliche Vorlieben oder Verhaltensweisen analysiert und vorausgesagt werden.³²⁸ Die Überwachung ist umfangreich, wenn sie regelmäßig und systematisch ist und „wenn sie eine große Zahl von Personen betrifft und/oder beträchtliche Datenmengen über einen längeren Zeitraum in dieser Weise gesammelt werden“.³²⁹
- die Kerntätigkeit des Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiters in der umfangreichen Verarbeitung besonderer Datenkategorien oder von Daten über strafrechtliche Verurteilungen und Straftaten besteht. Daten besonderer Kategorien liegen vor, wenn die Rasse oder ethnische Herkunft, politische Meinung, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Zugehörigkeit zu einer Gewerkschaft hervorgehen, sowie genetische Daten, biometrische Daten zur Identifizierung einer Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung.³³⁰

Bei der Kerntätigkeit handelt es sich um die Haupttätigkeit des Verantwortlichen. Maßgebend ist, ob der Verarbeitung solch eine Bedeutung zukommt, dass die Erfüllung des Geschäftszweckes ohne sie nicht möglich ist. Auch die Verarbeitung von personenbezogenen Daten, die untrennbar mit der Kerntätigkeit verbunden ist, ist als Kerntätigkeit anzusehen.³³¹

7.4.2. Müssen Markt- und Meinungsforschungsinstitute einen Datenschutzbeauftragten benennen?

Unter den genannten Bedingungen in der DSGVO sind Markt- und Meinungsforschungsinstitute in der Regel nicht verpflichtet einen Datenschutzbeauftragten zu benennen. Anders ist der Fall, wenn ein Markt- und Meinungsforschungsinstitut eine große Menge an Daten der besonderen Datenkategorien regelmäßig verarbeitet, jedoch nicht bei bloß einzelnen, solcher Verarbeitungen.

³²⁵ Art 37 Abs 1 DSGVO

³²⁶ Die englische Fassung der DSGVO spricht im Zusammenhang mit einem Datenschutzbeauftragten immer von „he/she, his/her“ und auch laut Erwägungsgrund 97, der ausdrücklich auf eine „weitere Person“ verweist, ist davon auszugehen, dass ein Datenschutzbeauftragter eine natürliche Person sein muss; *Heberlein in Ehmann/Selmayr*, Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 37, Rz 43.

³²⁷ *Heberlein in Ehmann/Selmayr*, Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 37, Rz 8.

³²⁸ *Heberlein in Ehmann/Selmayr* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 37, Rz 23.

³²⁹ *Heberlein in Ehmann/Selmayr* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 37, Rz 24.

³³⁰ *Heberlein in Ehmann/Selmayr* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 37, Rz 26.

³³¹ *Mayer in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 37, Rz 38-40; *Bergt in Kühling/Buchner* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)²Art 37, Rz 19; *Heberlein in Ehmann/Selmayr* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 37, Rz 25.

Bei der Beurteilung ob eine große Menge an Daten verarbeitet wird, sind die Anzahl der betroffenen Personen, das Datenvolumen und/oder der Bereich der verarbeiteten Daten, die Dauer der Datenverarbeitung und die geografische Ausdehnung der Verarbeitungstätigkeit zu berücksichtigen.³³² Es gibt bis dato noch keine Entscheidungen der Datenschutzbehörde oder des Gerichts, die Anhaltspunkte für eine nähere Abgrenzung geben.

Auch das FOG sieht grundsätzlich keine verpflichtende Benennung eines Datenschutzbeauftragten vor. Eine Ausnahme besteht gemäß § 2d Abs 1 Z 5 lit c FOG für wissenschaftliche Einrichtungen, die Zugang zu staatlichen Registern haben wollen (Registerforschung, vgl Kapitel 5.6.6). Diese wissenschaftlichen Einrichtungen haben verpflichtend einen Datenschutzbeauftragten zu benennen. Daher hat ein Markt- und Meinungsforschungsinstitut, das sich der Registerforschung bedient, bevor es Zugang zu den Registern erhält, einen Datenschutzbeauftragten zu benennen, auch wenn sonst keine Verpflichtung bestünde.

Ein weiterer Fall, in dem ein (österreichisches) Markt- und Meinungsforschungsinstitut einen Datenschutzbeauftragten zu benennen hat, kann sich ergeben, wenn das Markt- und Meinungsforschungsinstitut für einen ausländischen Auftraggeber als Auftragsverarbeiter tätig ist (zB im Rahmen einer Kundenzufriedenheitsumfrage). In diesem Fall hat das österreichische Markt- und Meinungsforschungsinstitut ausländisches Datenschutzrecht anzuwenden und einen Datenschutzbeauftragten zu benennen, wenn die ausländischen Regelungen dies erfordern.

Zum Beispiel enthält § 38 des deutschen Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) eine ausdrückliche Bestimmung, wonach Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter, einen Datenschutzbeauftragten benennen müssen, wenn sie Daten für Zwecke der Markt- und Meinungsforschung verarbeiten.³³³

Ein österreichisches Markt- und Meinungsforschungsinstitut, das für einen deutschen Auftraggeber als Auftragsverarbeiter tätig wird, hat daher unter diesem Gesichtspunkt einen Datenschutzbeauftragten zu benennen.

7.4.3. Freiwillige Benennung eines Datenschutzbeauftragten

Neben der verpflichtenden Benennung sieht die DSGVO die Möglichkeit einer freiwilligen Benennung eines Datenschutzbeauftragten vor.³³⁴ Dieser hat dieselben Rechte und Pflichten wie ein aufgrund einer Verpflichtung benannter Datenschutzbeauftragter.³³⁵

7.4.4. Meldung an die Datenschutzbehörde

Hat ein Markt- und Meinungsforschungsinstitut einen Datenschutzbeauftragten benannt, unabhängig davon ob dies aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung oder freiwillig erfolgt ist, sind der Datenschutzbehörde die Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten mitzuteilen.³³⁶

7.4.5. Aufgaben des Datenschutzbeauftragten

Der Datenschutzbeauftragte überwacht die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen und Strategien und berät und unterrichtet den Verantwortlichen und dessen Beschäftigte bei der Verarbeitung personenbezogener Daten über die Pflichten gemäß der anwendbaren Datenschutzvorschriften. Des Weiteren ist er die Ansprechperson für die Datenschutzbehörde, aber auch betroffene Personen können sich an ihn wenden, wenn sie Fragen über die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten haben oder ihre Betroffenenrechte wahrnehmen möchten.³³⁷

³³² Mayer in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 37, Rz 57.

³³³ Mayer in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 37, S 962.

³³⁴ Art 37 Abs 4 DSGVO.

³³⁵ Bergt in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)² Art 37, Rz 26.

³³⁶ Art 37 Abs 7 DSGVO.

³³⁷ Bergt in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)² Art 38, Rz 34; Heberlein in Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 38, Rz 18; Heberlein in Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 39, Rz 10, 17.

Bei der Ausübung seiner Tätigkeit ist der Datenschutzbeauftragte weisungsfrei und unabhängig, ohne Beeinflussung durch den Vorgesetzten.³³⁸

7.4.6. Haftung des Datenschutzbeauftragten

Den Datenschutzbeauftragten trifft keine eigene Haftung gegenüber betroffenen Personen. Es haften nur der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter.³³⁹

8. Betroffenenrechte

Die DSGVO regelt die Rechte der betroffenen Personen, im Zusammenhang mit der Verarbeitung von personenbezogenen Daten, die diese gegenüber dem Verantwortlichen geltend machen können. Konkret handelt es sich dabei um das Recht auf Auskunft, das Recht auf Berichtigung, das Recht auf Löschung, das Recht auf Einschränkung der Verarbeitung, das Recht auf Datenübertragbarkeit und das Widerspruchsrecht.

8.1. Die einzelnen Rechte im Überblick

8.1.1. Recht auf Auskunft (Art 15 DSGVO)

Das Recht auf Auskunft beinhaltet das Recht der betroffenen Person vom Verantwortlichen zu erfahren, ob dieser sie betreffende personenbezogene Daten verarbeitet. In diesem Fall, ist der Verantwortliche verpflichtet, dem Betroffenen folgende weitere Informationen und eine Kopie der personenbezogenen Daten, die Gegenstand der Verarbeitung sind, zur Verfügung zu stellen.³⁴⁰

- die Zwecke der Verarbeitung;
- die Kategorien von personenbezogenen Daten, die verarbeitet werden;
- die Empfänger oder Kategorien von Empfängern der Daten; der Verantwortliche muss den Betroffenen vollständig darüber informieren, an wen er die personenbezogenen Daten offengelegt hat oder noch offenlegen wird.³⁴¹ Davon sind Dritte genauso umfasst wie Personen, die unter der unmittelbaren Verantwortung des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters befugt sind, die personenbezogenen Daten zu verarbeiten.³⁴²
- die geplante Dauer der Datenspeicherung oder die Kriterien für die Festlegung der Dauer;
- Informationen, welche weiteren Betroffenenrechte zur Verfügung stehen;
- das Bestehen eines Beschwerderechts bei der Aufsichtsbehörde;
- Informationen über die Herkunft der personenbezogenen Daten, wenn die verarbeiteten Daten nicht direkt bei der betroffenen Person erhoben wurden;
- gegebenenfalls Informationen über automatisierte Entscheidungsfindung und Profilingmaßnahmen; Von dieser Pflicht sind im Fall einer automatisierten Entscheidungsfindung auch Informationen über die Methoden und Kriterien sowie über die Tragweite und Auswirkungen der Datenverarbeitung umfasst. Die Pflicht hat auch Auswertungsmaßnahmen der Vergangenheit zum Gegenstand. Der Verantwortliche muss also Informationen speichern, auch wenn er sie für eigene Zwecke nicht mehr benötigt.³⁴³

Hat das Markt- und Meinungsforschungsinstitut die Daten lediglich in anonymisierter Form, oder auch in ursprünglich pseudonymisierter Form, darunter fallen Daten zu denen kein Personenbezug mehr hergestellt werden kann, weil die für die Identifikation erforderliche Zusatzinformation (vgl Kapitel 4.1.1) vernichtet wurde, besteht generell kein Recht auf Auskunft, da keine personenbezogenen Daten vorliegen.

³³⁸ Mayer in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 38, Rz 34; Bergt in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)² Art 38, Rz 26; Heberlein in Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 38, Rz 13.

³³⁹ Bergt in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)² Art 37, Rz 51.

³⁴⁰ Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)² Art 15, Rz 7; Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 15, Rz 3, 12; Art 15 DSGVO.

³⁴¹ Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)² Art 15, Rz 15; Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 15, Rz 17.

³⁴² Veil in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 15, Rz 115f.

³⁴³ Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)² Art 15, Rz 27f.

8.1.2. *Recht auf Berichtigung (Art 16 DSGVO)*

Die betroffene Person hat das Recht, vom Verantwortlichen die Berichtigung und die Vervollständigung sie betreffender unrichtiger personenbezogener Daten, zu verlangen.³⁴⁴

8.1.2.1. Unrichtigkeit

Unrichtig sind personenbezogene Daten, wenn sie nicht mit der Realität übereinstimmen, wenn sie irreführend, unklar oder missverständlich sind und nach der Zweckbestimmung ihrer Verarbeitung die betroffene Person „in ein falsches Licht“ rücken und somit ihre Rechtsstellung beeinträchtigen können.³⁴⁵ Auch Werturteile, wie etwa „XY erledigt seine Aufgaben zufriedenstellend“ unterliegen grundsätzlich dem Recht auf Berichtigung. Allerdings sind sie nur soweit einer Berichtigung zugänglich als dadurch nicht ein Eingriff in die Meinungsfreiheit gegeben ist.³⁴⁶

Ferner besteht bei Verarbeitungen auf Grundlage des FOG kein Recht auf Berichtigung, sofern dadurch der Verarbeitungszweck voraussichtlich unmöglich gemacht oder ernsthaft beeinträchtigt wird, wie dies etwa bei der nachträglichen „Berichtigung“ der Antworten durch einen Umfrageteilnehmer der Fall sein kann.³⁴⁷

8.1.2.2. Unvollständigkeit

Unvollständig sind Daten, die für sich genommen richtig sind, in der Gesamtheit aber eine objektiv falsche Aussage treffen, oder lückenhaft und dadurch objektiv missverständlich sind.³⁴⁸

8.1.3. *Recht auf Löschung (Art 17 DSGVO)*

Die betroffene Person hat das Recht, vom Verantwortlichen die Löschung der sie betreffenden personenbezogenen Daten zu verlangen, wenn die Verarbeitung zur Zweckerreichung nicht mehr notwendig ist, die Einwilligung widerrufen wird, ein Widerspruch gegen die Verarbeitung erhoben wird, die Verarbeitung (aufgrund fehlender Rechtsgrundlage, Verstoß gegen den Zweckbindungsgrundsatz, Unrichtigkeit³⁴⁹) unrechtmäßig ist, dies der Erfüllung einer Rechtspflicht dient oder die personenbezogenen Daten in Bezug auf angebotene Dienste der Informationsgesellschaft noch im Kindesalter³⁵⁰ erhoben wurden.

8.1.3.1. Was bedeutet „Löschung“?

Unter Löschung versteht man die tatsächliche physische Löschung. Daten sind so zu löschen, dass eine Rekonstruktion nicht mehr möglich ist.³⁵¹ Die Daten müssen für den gewöhnlichen Gebrauch unbenutzbar, also vollständig unkenntlich gemacht werden und die betreffende Information darf nicht mehr wahrnehmbar sein.

³⁴⁴ Kamann/Braun in Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 16, Rz 1.

³⁴⁵ Kamann/Braun in Ehmann/Selmayr, (Hrsg) Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 16, Rz 14; Herbst in Kühling/Buchner, Datenschutzgrundverordnung (2017)²Art 16, Rz 8.

³⁴⁶ Veil in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 16, Rz 74.

³⁴⁷ § 2d Abs 6 FOG.

³⁴⁸ Kamann/Braun in Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 16, Rz 36; Herbst in Kühling/Buchner(Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)²Art 16, Rz 27.

³⁴⁹ Veil in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 17, Rz 113ff.

³⁵⁰ Das sind Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (vgl Veil in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 17, Rz 124). Diese Regelung ist an sich überflüssig, denn die Einwilligung ist unabhängig vom Alter des Betroffenen ohnehin jederzeit widerruflich. Die Regelung wurde (auf Initiative Frankreichs) wohl aufgrund ihrer Symbolwirkung in der Schlussphase der Ratsverhandlungen in den Text eingefügt. (Veil in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 17, Rz 123).

³⁵¹ OGH 13.09.2012 6 Ob 107/12x.

Als Richtschnur für eine Löschung gilt, dass der Verantwortliche sicherstellen muss, dass weder der Verantwortliche selbst, noch ein Dritter ohne unverhältnismäßigen Aufwand einen Personenbezug wiederherstellen kann. Eine völlige Irreversibilität des Löschvorgangs ist aber nicht notwendig.³⁵²

Logisches Löschen ist nicht ausreichend, weil die Daten ohne unverhältnismäßigen Aufwand wiederhergestellt werden können, da beim logischen Löschen die Datenorganisation nur so verändert wird, dass ein „gezielter Zugriff“ auf die betreffenden Daten ausgeschlossen ist.³⁵³ Von der Löschung sind auch Sicherheitskopien des Verantwortlichen umfasst.³⁵⁴

Die österreichische Datenschutzbehörde vertritt die Auffassung, dass für den Verantwortlichen hinsichtlich der Mittel – sohin die vorgenommene Art und Weise der Löschung – ein Auswahlmessen besteht. Anstatt die Daten vom Datenträger physisch zu entfernen, kann die Löschung auch durch Anonymisierung der Daten erfolgen, dh durch Löschen jener Daten, die einen Personenbezug ermöglichen.³⁵⁵

Der Verantwortliche kann die Berichtigung oder Löschung auch erst zu einem späteren Zeitpunkt vornehmen, wenn die personenbezogenen Daten automationsunterstützt verarbeitet werden und die Löschung oder Berichtigung aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nur zu bestimmten Zeitpunkten vorgenommen werden kann. Die Verarbeitung der betreffenden personenbezogenen Daten ist bis dahin einzuschränken (vgl Kapitel 8.1.4).³⁵⁶

8.1.3.2. Unterschied zwischen Mitteilungspflicht und Recht auf Vergessenwerden

8.1.3.2.1. Mitteilungspflicht

Hat der Verantwortliche eine Löschung oder Berichtigung vorgenommen, so teilt er dies allen Empfängern, denen er die personenbezogenen Daten direkt offengelegt³⁵⁷ hat, mit. Des Weiteren legt er der betroffenen Person alle Empfänger offen, sofern diese dies verlangt.³⁵⁸ Eine Ausnahme von dieser Pflicht besteht, wenn die Mitteilung unmöglich (aufgrund rechtlicher und tatsächlicher Umstände) oder mit unverhältnismäßigem Aufwand (hängt vom Zeit- und Kostenaufwand ab) verbunden ist.

8.1.3.2.2. Recht auf Vergessenwerden

Die Mitteilungspflicht ist vom Recht auf Vergessenwerden zu unterscheiden.

Der Verantwortliche ist verpflichtet durch technisch und kostenmäßig angemessene Maßnahmen, andere Verantwortliche über das Verlangen der betroffenen Person, alle Links zu den betroffenen personenbezogenen Daten oder von Kopien oder Replikationen dieser Daten zu löschen, zu informieren.³⁵⁹

Voraussetzung dafür ist, dass die betroffene Person die Verständigung verlangt hat und der Verantwortliche die personenbezogenen Daten öffentlich gemacht hat. Es sind alle Verantwortlichen zu informieren, die die personenbezogenen Daten verarbeiten, unabhängig davon, auf welchem Weg sie die Daten erlangt haben. Auch Adressaten außerhalb der EU sind zu informieren.³⁶⁰

³⁵² Entscheidung der Datenschutzbehörde 05.12.2018, DSB-D123.270/0009-DSB/2018.

³⁵³ OGH Rechtssatz RS0125838.

³⁵⁴ Veil in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 17, Rz 83, 85; Herbst in Kühling/Buchner, Datenschutzgrundverordnung (2017)²Art 17, Rz 37, 42; Kamann/Braun in Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 17, Rz 32ff.

³⁵⁵ Entscheidung der Datenschutzbehörde 05.12.2018, DSB-D123.270/0009-DSB/2018.

³⁵⁶ § 4 Abs 2 DSG 2018

³⁵⁷ Offenlegung ist das Zugänglichmachen personenbezogener Daten für einen bestimmten oder zumindest bestimmbar Personenkreis; vgl Art 4 Nr 9 DSGVO.

³⁵⁸ Herbst in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)²Art 17, Rz 48.

³⁵⁹ Kamann/Braun in Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)Art. 17, Rz 10, 38.

³⁶⁰ Herbst in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)²Art 17, Rz 54.

Im engeren Sinne handelt es sich hierbei um eine Informationspflicht des Verantwortlichen. Er schuldet nicht die Herbeiführung eines Löschungserfolges durch den Dritten.³⁶¹ Der Dritte hat selbstständig zu prüfen ob er dem Recht auf Löschung nachkommen muss.³⁶²

Das Recht auf Vergessenwerden besteht nur in dem Umfang, wie auch das Recht auf Löschung besteht. Ist daher kein Recht auf Löschung gegeben, ist auch die Ausübung des Rechtes auf Vergessenwerden nicht möglich.³⁶³

8.1.4. Recht auf Einschränkung der Verarbeitung (Art 18 DSGVO)

Mit dem Recht auf Einschränkung der Verarbeitung kann der Betroffene verlangen, dass die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten vollständig eingeschränkt wird. Ausschließlich die Speicherung der Daten ist noch erlaubt. Alle anderen Verarbeitungstätigkeiten sind ausgeschlossen.

Die betroffene Person kann die Einschränkung der Verarbeitung verlangen, wenn

- sie die Richtigkeit ihrer Daten bestritten hat,
- die Verarbeitung unrechtmäßig ist und sie eine Löschung der Daten ablehnt,
- wenn sie Widerspruch gegen die Verarbeitung eingelegt hat, solange noch nicht feststeht, ob die berechtigten Gründe des Verantwortlichen gegenüber denen des Betroffenen überwiegen,
- wenn der Verantwortliche die personenbezogenen Daten für die Zwecke der Verarbeitung nicht weiter benötigt, die betroffene Person sie jedoch zur Geltendmachung und Ausübung von, oder Verteidigung gegen Rechtsansprüche benötigt.³⁶⁴

Der Verantwortliche kann die Einschränkung der Verarbeitung allerdings verweigern, oder eine bereits erfolgte Einschränkung aufheben, wenn die betroffene Person hierzu ausdrücklich einwilligt, oder dies zur Rechtsverfolgung, wenn die Daten zur Geltendmachung und Ausübung von oder Verteidigung gegen Rechtsansprüche benötigt werden, gerechtfertigt ist. Aber auch die weitere Verarbeitung zum Schutz der Rechte (zB Kunst- und Wissenschaftsfreiheit) einer anderen natürlichen oder juristischen Person (davon sind auch die Rechte des Verantwortlichen umfasst) und aus Gründen eines wichtigen öffentlichen Interesses der Union oder eines Mitgliedstaates (zB wissenschaftliche Forschungszwecke, insbesondere unter Berücksichtigung der legitimen gesellschaftlichen Erwartungen in Bezug auf einen Wissenszuwachs³⁶⁵), ist zulässig.³⁶⁶

8.1.5. Recht auf Datenübertragbarkeit (Art 20 DSGVO)

Die betroffene Person hat das Recht, die sie betreffenden personenbezogenen Daten, die sie einem Verantwortlichen direkt oder indirekt³⁶⁷ bereitgestellt hat, in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format (XML, HTML, OpenDocument/ODF und Microsoft Excel oder Ordnerstrukturen³⁶⁸) zu erhalten und an einen anderen Verantwortlichen zu übermitteln.³⁶⁹

Voraussetzung für die Ausübung dieses Rechtes ist, dass die Verarbeitung auf einer Einwilligung oder einem Vertrag mit dem Betroffenen beruht und die Verarbeitung mithilfe automatisierter Verfahren erfolgt.³⁷⁰

³⁶¹ Veil in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 17, Rz 132; Kamann/Braun in Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 17, Rz 39, 43.

³⁶² Herbst in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)²Art 17, Rz 62.

³⁶³ Kamann/Braun in Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 17, Rz 40; Herbst in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)²Art 17, Rz 51.

³⁶⁴ Art 18 Abs 1 DSGVO.

³⁶⁵ Veil in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 18, Rz 99.

³⁶⁶ Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 18, Rz 88, 90, 94-96, 98; Kamann/Braun in Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 18, Rz 28.

³⁶⁷ Herbst in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)²Art 20, Rz 11.

³⁶⁸ Kamann/Braun in Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 20, Rz 23.

³⁶⁹ Herbst in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)²Art 20, Rz 20.

³⁷⁰ Kamann/Braun in Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 20, Rz 6, 12; Herbst in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)²Art 20, Rz 9, 12.

Die betroffene Person kann des Weiteren verlangen, dass die Daten direkt an einen von ihr namhaft gemachten Verantwortlichen übermittelt werden, soweit dies technisch machbar ist.³⁷¹ Dies ist der Fall, wenn der Verantwortliche dazu in der Lage ist und die Datenverarbeitungssysteme des bisherigen und des neuen Verantwortlichen kompatibel sind.³⁷²

Zu beachten ist, dass mit der Übertragung der Daten an den Betroffenen oder einen Verantwortlichen, nicht automatisch ein Antrag auf Löschung verbunden ist. Daher darf der Verantwortliche, der die Daten an die betroffene Person oder einen dritten Verantwortlichen übertragen hat, die übertragenen Daten nicht automatisch aus seiner Datenverarbeitung löschen.

8.1.6. Widerspruchsrecht (Art 21 DSGVO)

Die Verarbeitung personenbezogener Daten aufgrund überwiegender berechtigter Interessen ist zulässig (vgl Kapitel 4.4.3). Diese Prüfung wird ex ante und abstrakt, das heißt ohne Berücksichtigung von konkreten Fällen durchgeführt. In manchen Einzelfällen liegen allerdings besondere Situationen vor, deren Berücksichtigung dazu führen kann, dass das Geheimhaltungsinteresse des Betroffenen im Einzelfall überwiegt. Diese berücksichtigungswürdigen Umstände kann ein Betroffener mit dem Recht auf Widerspruch geltend machen.³⁷³

Der Widerspruch muss begründet sein. Er muss zumindest eine qualifizierte Darlegung des Widerspruchgegenstandes (betroffene Daten) und des Widerspruchinteresses (Sondersituation) enthalten.³⁷⁴

Eine besondere Situation ist gegeben, wenn sich die betroffene Person in außerordentlicher, spezifischer und individueller Weise von der Situation anderer Personen unterscheidet. *„Dies kann eine familiäre, gesellschaftliche, soziale, wirtschaftliche, rechtliche oder sonst wie faktische Sondersituation sein“*.³⁷⁵

Der Verantwortliche hat daraufhin eine neue umfassende Interessensabwägung vorzunehmen, wobei die besondere Situation zu berücksichtigen ist. Wenn die Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen trotz Sondersituation gegenüber zwingenden schutzwürdigen Gründen des Verantwortlichen nicht überwiegen, bleibt die Verarbeitung zulässig.³⁷⁶

Auch wenn die personenbezogenen Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken verarbeitet werden, kann die betroffene Person, sofern sie sich in einer Sondersituation befindet, der Verarbeitung widersprechen, es sei denn, die Verarbeitung ist zur Erfüllung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe (vgl Kapitel 4.4.1) erforderlich.³⁷⁷

Dies bedeutet, dass es keine andere Möglichkeit zur Erfüllung der Aufgabe geben darf, insbesondere darf nicht schon die Verarbeitung anonymisierter Daten zur Aufgabenerfüllung genügen.³⁷⁸

Soweit noch nicht feststeht ob die zwingenden schutzwürdigen Gründe des Verantwortlichen gegenüber der besonderen Situation des Betroffenen überwiegen, ist die Verarbeitung einzuschränken (vgl Kapitel 8.1.4). Ergibt sich in Folge, dass der Widerspruch berechtigt ist, hat die betroffene Person ein Recht auf Löschung (vgl Kapitel 8.1.3) da die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung wegfällt.³⁷⁹

³⁷¹ Kamann/Braun in Ehmman/Selmayr (Hrsg) Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 20, Rz 1, 6, 20; Veil in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 20, Rz 121.

³⁷² Kamann/Braun in Ehmman/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 20, Rz 27; Herbst in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)² Art 20, Rz 27.

³⁷³ Kamann/Braun in Ehmman/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 21, Rz 10.

³⁷⁴ Kamann/Braun in Ehmman/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 21, Rz 35; Veil in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 21, Rz 67.

³⁷⁵ Kamann/Braun in Ehmman/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 21, Rz 20.

³⁷⁶ Kamann/Braun in Ehmman/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 21, Rz 22, 24f.

³⁷⁷ Vgl Art 21 Abs 6 DSGVO.

³⁷⁸ Herbst in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)² Art 21, Rz 54; Haidinger in Knyrim (Hrsg), DatKomm, 6. Lfg, Art 21, Rz 45.

³⁷⁹ Kamann/Braun in Ehmman/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 21, Rz 39f.

8.1.7. Sonderfall bei Direktwerbung

Das Widerspruchsrecht für den Fall der Verarbeitung personenbezogener Daten zu Zwecken unerwünschter Direktwerbung ist bedingungslos und gilt uneingeschränkt. Es ist nicht an besondere tatsächliche Voraussetzungen geknüpft und bedarf keiner Interessensabwägung.³⁸⁰

Wie im TKG³⁸¹ ist der Begriff Werbung in der DSGVO unionsrechtlich auszulegen. Der Begriff der Werbung ist sehr weit gefasst (vgl Kapitel 6.4.2). Aus diesem Grund sind Kundenzufriedenheitsumfragen als Direktwerbung anzusehen.

Dem Widerspruch eines Betroffenen ist daher ohne Interessensabwägung stattzugeben, wenn dieser einen Widerspruch betreffend die Nutzung seiner Kontaktdaten zu Kundenzufriedenheitsumfragen erhebt.

Ein Fall der Direktwerbung wäre die Kontaktaufnahme für Zwecke einer Kundenzufriedenheitsumfrage. Ein Markt- und Meinungsforschungsinstitut ist in diesem Fall nur Auftragsverarbeiter. Ob und inwieweit einem Widerspruchsrecht nachzukommen ist, ist Sache des Auftraggebers, der Verantwortlicher ist (vgl Kapitel 6).

8.2. Pflichten des Verantwortlichen im Zusammenhang mit den Betroffenenrechten

8.2.1. Identitätsfeststellung

Der Verantwortliche darf dem Antrag eines Betroffenen nur nachkommen, wenn er keine begründeten Zweifel an der Identität des Antragstellers hat. Begründete Zweifel an der Identität liegen vor, wenn der Verantwortliche damit rechnen muss, dass ein Antrag nicht von der Person stammt, die im Antrag als Antragsteller genannt wurde.

Hat der Verantwortliche demnach begründete Zweifel an der Identität des Betroffenen hat er diesen aufzufordern, zusätzliche Informationen zur Bestätigung seiner Identität (zB eine Ausweiskopie oder eine ähnliche Art der Identifizierung³⁸²), zur Verfügung zu stellen. Der Betroffene hat dem Verlangen, aufgrund der Mitwirkungsobliegenheit, nachzukommen.³⁸³

Kann die Identität des Betroffenen in Folge zweifelsfrei festgestellt werden, hat der Verantwortliche den Antrag zu bearbeiten bzw zu prüfen.

Ist der Verantwortliche nicht in der Lage, den Betroffenen zu identifizieren, lehnt er den Antrag des Betroffenen ab. Er muss dies in der Ablehnungsbegründung glaubhaft machen.³⁸⁴

Sollte der Verantwortliche den Antrag ablehnen, oder sich weigern, die begehrte Maßnahme durchzuführen, ist der Betroffene darüber ohne jegliche Verzögerung, jedenfalls innerhalb eines Monats nach Eingang des Antrages, über die Gründe der Ablehnung oder Weigerung zu informieren. Zusätzlich ist er auf die Möglichkeit, Beschwerde bei der Datenschutzbehörde einzulegen, hinzuweisen.³⁸⁵

Von Fällen der Identitätsfeststellung sind jene Fälle zu unterscheiden, in denen die Identität des Betroffenen feststeht, aber der Verantwortliche diese seinen Datensätzen nicht zuordnen kann. In so einem Fall ist der Verantwortliche verpflichtet der betroffenen Person mitzuteilen, welche Informationen er benötigt um festzustellen, welche der von ihm verarbeiteten Daten sich auf den Antragsteller beziehen.

³⁸⁰ Kamann/Braun in Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 21, Rz 44; Herbst in Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)²Art 21, Rz 30.

³⁸¹ Riesz in Riesz/Schilchegger (Hrsg), TKG (2016) § 107 Rz 20.

³⁸² Illibauer in Knyrim (Hrsg), DatKomm, 4. Lfg, Art 12, Rz 76.

³⁸³ Veil in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017)Art 12, Rz 43; Heckmann/ Paschke in Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 12, Rz 25, 28, 50.

³⁸⁴ Veil in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 12, Rz 51; Heckmann/ Paschke in Ehmann/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 12, Rz 21.

³⁸⁵ Veil in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 12, Rz 33; Kühling/Buchner, Datenschutzgrundverordnung (2017)²Art 12, Rz 32 ff.

Wenn die betroffene Person die Informationen zur Verfügung stellt, muss der Verantwortliche den Antrag prüfen. Stellt der Betroffene die erforderlichen Informationen nicht zur Verfügung, hat der Verantwortliche den Antrag abzulehnen und die Gründe der Ablehnung darzulegen.

8.2.2. Formvorschriften

Die Übermittlung der Daten richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles³⁸⁶ und ist an keine bestimmte Form gebunden. Grundsätzlich hat sie allerdings schriftlich, oder in anderer Form, gegebenenfalls auch elektronisch, zu erfolgen.³⁸⁷

Wird ein Antrag elektronisch gestellt, gilt der Grundsatz, dass der Verantwortliche den Betroffenen auf demselben Kommunikationsweg zu kontaktieren hat. Eine Ausnahme besteht, wenn der Betroffene eine andere verhältnismäßige (zB schriftliche) Kommunikationsform wünscht.³⁸⁸

Auf Verlangen des Betroffenen, wenn dieser seine Identität zweifelsfrei nachweist, ist die Informationserteilung auch in mündlicher Form zulässig. Der Verantwortliche muss diesem Verlangen jedoch nicht nachkommen, sondern kann dem Betroffenen die Information auch schriftlich erteilen.³⁸⁹

Sämtliche Mitteilungen des Verantwortlichen, die sich auf die Datenverarbeitung beziehen, müssen dem Betroffenen in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form, in einer klaren und einfachen Sprache übermittelt werden.³⁹⁰ Die Mitteilung muss vollständig, aber dennoch auf den Kern reduziert sein, um von einem Dritten allein aufgrund der Ausführungen nachvollzogen werden zu können und physisch zugänglich sein.³⁹¹ Des Weiteren ist sie eindeutig und ohne interpretationsoffene Formulierungen zu gestalten, sodass die Mitteilung auch für Menschen mit einem deutlich niedrigeren Bildungsniveau verständlich ist.

8.2.3. Fristen

Der Verantwortliche muss dem Betroffenen alle Informationen, über die auf Antrag ergriffenen Maßnahmen ohne nötige Verzögerung, aber jedenfalls innerhalb eines Monats nach Eingang des Antrages, zu Verfügung stellen.³⁹² Die Frist wird mit Antragseingang ausgelöst.³⁹³

Daher ist es erforderlich, den Tag des Einganges eines Antrages zu dokumentieren und gleichzeitig das Ende der Frist festzulegen, da auch ein unabsichtliches Versäumen einer Frist einen Verstoß gegen die DSGVO darstellt.

Die Frist kann um zwei weitere Monate (auf insgesamt drei Monate) verlängert werden, wenn dies aufgrund besonderer Komplexität des zu bearbeitenden Antrags und wegen der Anzahl der erhaltenen Anträge notwendig ist, oder wenn die Zahl der Anträge, die beim Verantwortlichen vorliegen, das üblicherweise zu erwartende Maß deutlich übersteigt. Um von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen muss der Verantwortliche, ohne unnötige Verzögerung, aber längstens binnen eines Monats ab Antragstellung den Betroffenen über die Gründe der Fristverlängerung informieren.³⁹⁴

³⁸⁶ Heckmann/ Paschke in Ehmman/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 12, Rz 22.

³⁸⁷ Art 12 Abs 1 DSGVO.

³⁸⁸ Heckmann/ Paschke in Ehmman/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 12, Rz 35; Kühling/Buchner (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 12, Rz 17.

³⁸⁹ Heckmann/ Paschke in Ehmman/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 12, Rz 22.

³⁹⁰ Heckmann/ Paschke in Ehmman/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 12, Rz 8.

³⁹¹ Heckmann/ Paschke in Ehmman/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 12, Rz 12 ff.

³⁹² Veil in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 12, Rz 30; Heckmann/ Paschke in Ehmman/Selmayr (Hrsg) Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 12, Rz 32.

³⁹³ Heckmann/ Paschke in Ehmman/Selmayr (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 12, Rz 32.

³⁹⁴ Veil in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung (2017) Art 12, Rz 32; Heckmann/ Paschke in Ehmman/Selmayr (Hrsg),, Datenschutzgrundverordnung (2017) Art. 12, Rz 34; Illibauer in Knyrim (Hrsg), DatKomm, 4. Lfg, Art 12, Rz 34.

Einen weiteren Ausnahmetatbestand sieht die DSGVO nicht vor. Für den Fall, dass der Verantwortliche die betroffene Person erst authentifizieren, also deren Identität feststellen, muss, würde dies bedeuten, dass er dem Antrag trotzdem innerhalb eines Monats entsprechen müsste. Dies wäre nicht zweckmäßig, da es der Betroffene in der Hand hat, wann er die notwendigen Daten zur Verfügung stellt. Käme er dem Verlangen erst am letzten Tag der Monatsfrist nach, würde der Verantwortliche gegen die Bestimmungen der DSGVO verstoßen, da er dem Begehren nicht rechtzeitig nachkommt, obwohl das Verstreichen der Frist im Verhalten des Betroffenen begründet ist.

Wir vertreten daher die Ansicht, dass das fristauslösende Moment erst vorliegt, wenn der Betroffene seiner Mitwirkungsobliegenheit nachgekommen ist und der Antrag vollständig, die betroffene Person also identifiziert ist, einlangt.³⁹⁵ Zu dem gleichen Ergebnis gelangt man auch wenn man davon ausgeht, dass die Frist mit dem ursprünglichen Eingang des Antrages zu laufen beginnt. In diesem Fall müsste man zu dem Schluss kommen, dass ein Fall vorliegt, der zur Verlängerung der Frist berechtigt.

8.2.4. Entgeltregelungen

Alle Informationen, Mitteilungen und Maßnahmen sind den betroffenen Personen unentgeltlich zur Verfügung zu stellen.³⁹⁶

Ein angemessenes Entgelt, welches die Verwaltungskosten für die Unterrichtung, die Mitteilung oder die Durchführung der beantragten Maßnahme berücksichtigt, ist jedoch zulässig,³⁹⁷ wenn ein Antrag des Betroffenen offenkundig unbegründet ist oder der Betroffene exzessiv Anträge stellt (Missbrauchsfälle).³⁹⁸

Der Antrag ist unbegründet, wenn die Voraussetzungen für den Antrag nicht vorliegen (zB nicht der Betroffene die Betroffenenrechte geltend machen will).

Ein Antrag wird exzessiv gestellt, wenn ein Betroffener rechtsmissbräuchlich handelt. Dies ist zB bei einer häufigen Wiederholung eines Antrages der Fall.³⁹⁹ Ab wann ein Antrag häufig gestellt wird, darüber gibt die DSGVO keine Auskunft. Deshalb ist zu empfehlen, sich auf dieses Recht nur zu stützen, wenn die exzessive Ausübung der Rechte offenkundig ist, um nicht gegen die Bestimmungen der DSGVO zu verstoßen.

Grundsätzlich hat ein Betroffener Anspruch auf Erhalt einer kostenlosen Kopie seiner personenbezogenen Daten. Für jede weitere Kopie kann der Verantwortliche auf Grundlage der Verwaltungskosten, ein angemessenes Entgelt verlangen.⁴⁰⁰

8.2.5. Gründe für die Ablehnung eines Antrags des Betroffenen

Der Verantwortliche kann in zwei Fällen die Bearbeitung eines Antrages eines Betroffenen ablehnen.

Ist der Verantwortliche nicht in der Lage, die antragstellende betroffene Person zu identifizieren und ist er dazu auch nach Anforderung zusätzlicher Informationen nicht in der Lage, so darf er sich weigern aufgrund eines Antrages der betroffenen Person tätig zu werden. Dasselbe gilt, wenn ein Antrag offenkundig unbegründet ist, oder wegen exzessiver Anträge des Betroffenen (vgl Kapitel 8.2.4).⁴⁰¹

Der Betroffene ist vom Verantwortlichen ohne unnötige Verzögerung darüber zu informieren, dass dieser den Antrag als unzulässig erachtet und hat seine Rechtsauffassung zu begründen. Dabei hat er die entsprechenden Formvorschriften zu beachten.⁴⁰²

³⁹⁵ So auch *Illibauer* in *Knyrim* (Hrsg), *DatKomm*, 4. Lfg, Art 12, Rz 91.

³⁹⁶ *Hackmann/Paschke* in *Ehmann/Selmayr* (Hrsg), *Datenschutzgrundverordnung* (2017) Art. 12, Rz 42.

³⁹⁷ *Hackmann/Paschke* in *Ehmann/Selmayr* (Hrsg), *Datenschutzgrundverordnung* (2017) Art. 12, Rz 43f; *Veil* in *Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil* (Hrsg), *Datenschutzgrundverordnung* (2017) Art 12, Rz 35f.

³⁹⁸ Art 12 Abs 5 DSGVO

³⁹⁹ Art 12 Abs 5 Satz 2 Alt. 2 DSGVO.

⁴⁰⁰ Art 15 Abs 3 Satz 2 DSGVO.

⁴⁰¹ Art 12 Abs 2 und 5 lit b DSGVO.

⁴⁰² *Ehmann/Selmayr* (Hrsg), *Datenschutzgrundverordnung* (2017) Art. 12, Rz 37.

8.2.6. Ausnahme von der Ausübung der Betroffenenrechte

Gemäß den Bestimmungen des FOG⁴⁰³ haben Betroffene kein Recht auf Auskunft, auf Berichtigung, auf Löschung beziehungsweise auf Vergessenwerden, auf Einschränkung der Verarbeitung, auf Datenübertragbarkeit und auf Widerspruch, wenn dadurch die Erreichung von wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken voraussichtlich unmöglich gemacht, oder ernsthaft beeinträchtigt wird.⁴⁰⁴

Die Erreichung von wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken wird voraussichtlich unmöglich gemacht, wenn durch die Ausübung dieser Rechte Forschungsergebnisse nachträglich verändert würden. Eine ernsthafte Beeinträchtigung liegt vor, wenn die Erfüllung der Verpflichtung für den Verantwortlichen mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wäre.⁴⁰⁵

Ob eine Verarbeitung einen unverhältnismäßigen Aufwand für den Verantwortlichen darstellt, ist im Einzelfall zu beurteilen. Dabei ist insbesondere auf den Zeit- und Kostenaufwand, auf die Anzahl der Anfragen, die beim Verantwortlichen eingeht und wie umfangreich die Anfrage ist, abzustellen.

Bei der Ausübung des Rechts auf Berichtigung, auf Löschung oder auf Widerspruch, kann es zu einer nachträglichen Änderung der Forschungsergebnisse kommen. In solch einem Fall kann sich das Markt- und Meinungsforschungsinstitut daher regelmäßig auf den Ausnahmetatbestand berufen und den Antrag des Betroffenen ablehnen.

Die Gefahr der nachträglichen Veränderung der Forschungsergebnisse besteht bei einem Auskunftersuchen hingegen nicht, sodass sich Markt- und Meinungsforschungsinstitut diesbezüglich nicht auf den Ausnahmetatbestand gemäß FOG berufen können und daher dem Auskunftersuchen zu entsprechen ist.

⁴⁰³ § 2d Abs 6 FOG

⁴⁰⁴ § 2d Abs 6 FOG; *Löffler in Knyrim* (Hrsg), *DatKomm*, 20 Lfg, Art 89, Rz 44.

⁴⁰⁵ 68 der Beilagen XXVI. GP – Regierungsvorlage – Erläuterungen, S. 37.

IMPRESSUM

Fachgruppe Werbung und Marktkommunikation Wien
Straße der Wiener Wirtschaft 1 | 1020 Wien
T +43 1/514 50-3512
E werbungwien@wkw.at
W wko.at/wien/werbung | W werbungwien.at

Texterstellung: Mag. Dietmar Huemer, LL.M.; Mag. Stefan Winroither

Diese FAQ-Sammlung ist ein Kooperationsprojekt der Fachgruppe Werbung und Marktkommunikation Wien mit dem VdMI.

Grafik&Layout: Ref. Organisationsmanagement | Fotorechte: Shutterstock/Maksim Kabakou

Stand: 10/2018

Copyright: Das Werk einschließlich all seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne vorherige schriftliche Zustimmung der UrheberInnen unzulässig und strafbar. Insbesondere darf kein Teil dieses Werkes kopiert, reproduziert, vervielfältigt, in welcher Form oder zu welchem Zweck auch immer Dritten zugänglich gemacht, übersetzt, bearbeitet, abgeändert sowie elektronisch, analog oder digital aufgenommen, abgespeichert, rückgewonnen oder übertragen werden.

Alle Angaben erfolgen trotz sorgfältigster Bearbeitung ohne Gewähr. Eine Haftung der Fachgruppe Werbung und Marktkommunikation Wien ist ausgeschlossen. Bei allen personenbezogenen Bezeichnungen gilt die gewählte Form für beide Geschlechter!

