ii. Grundsätzliche Problematik

Ein solches »**Recht** auf Überwachung« stellt sich freilich nur aus der **einen Perspektive**, nämlich der des zunächst betrachteten, möglicherweise in seinem Recht auf Datenschutz im Sinne des Art 8 Abs 1 und 2 der Charta Verletzten als bloße Implementierung des *ihm gebührenden Schutzes* dar.

Aus der **anderen Perspektive** desjenigen, **gegen** den sich die betreffende »Überwachung« richtet, ist dagegen jede damit verbundene Maßnahme nichts anderes als ein gegen **ihn** gerichteter behördlicher **Eingriff**[69], und zwar unmittelbar in eben **dasselbe** Grundrecht, dem (freilich zugunsten eines anderen Grundrechtsträgers) der Eingriff dienen soll, dh in Art 8 Abs 1, ergänzend allerdings wohl regelmäßig auch in die mit **Art 7 der Charta** geschützten Bereiche »des Privat- und Familienlebens«, der »Wohnung« und der »Kommunikation«.

Geht man nun aber davon aus, dass auch für einen von der Charta selbst angeordneten Eingriff die sonst für Eingriffe dieser Art vorgesehenen grundrechtlichen Verbürgungen gelten[70], dann liegt in der unterschiedslosen und ausschließlichen Zuweisung der Überwachungsaufgabe an eine »unabhängige Stelle«[71] eine ganz erhebliche Problematik verborgen:

Das grundrechtliche Paradoxon

Denn unabhängig von weitergehenden Eingriffen[72] muß die Kernaufgabe solcher »Überwachung« ja, wie auch in Art 28 Abs 3 der RL an erster Stelle genannt, in der Möglichkeit bestehen, sich – beim, aus der ersten Perspektive, »Anderen« –»**Zugang zu Daten**, die Gegenstand von Verarbeitungen« sind, zu verschaffen, einschließlich des »Rechts auf **Einholung aller** für die Erfüllung ihres Kontrollauftrages erforderlichen **Informationen**.« Dies heißt aber:

- Zunächst einmal wird der mit der »Überwachung« der »Verarbeitung« Anderer eigentlich angestrebte »Schutz personenbezogener Daten«

69 Vgl die in Art 28 Abs 3, zweitem Anstrich, demonstrativ angeführten »wirksamen Einwirkungsbefugnisse« der Anordnung der »Sperrung, Löschung oder Vernichtung … oder das vorläufige oder endgültige Verbot der Verarbeitung von Daten«.

70 Auch Art 54 diskriminiert »nur« der Charta gegenüber intentional feindliche Akte, *ohne* zugleich das »Gegenteil«, dh »chartafreundliche« Akte, also solche, die zur Durchsetzung einzelner ihrer Bestimmungen ergriffen werden, zu *privilegieren*.

71 Sichtlich nach dem Vorbild des Art 28 Abs 1, zweitem Satz, der RL (»Diese Stellen nehmen die ihnen zugewiesenen Aufgaben in völliger Unabhängigkeit wahr«).

72 Siehe gerade oben FN 69.

schon des *Einen* hinsichtlich der im Zuge der Überprüfung der überprüfenden Stelle zugänglich gewordenen, sich auf seine Person beziehenden Daten jedenfalls unmittelbar nicht erhöht, sondern, eben wegen der »Verarbeitung« dieser Daten *nunmehr auch* durch die überprüfende Stelle, gemindert.

- Dazu kommt aber, dass – unvermeidlicherweise – im Zuge dieser »Überwachung« auch zusätzliche Daten, des *Anderen oder Dritter*, zumindest der überwachenden »Stelle« bekannt werden.

Damit ergibt sich das grundrechtliche **Paradoxon** eines **Datenschutzes durch Informationsgewinnung**, das umso schärfer ausfällt, je intensiver die überprüfende Stelle ihrer Überwachungsaufgabe nachkommt.[73]

Die im Dienste des Datenschutzes überprüfende »unabhängige Stelle« wird daher – geradewegs im vollen Umfange ihrer Informationsgewinnung – **selbst zu einem der datenschutzrechtlichen Kontrolle bedürftigen Organ**, wofür eine weitere, ihrerseits (noch) unabhängige(re) Stelle eingerichtet werden muß, und so weiter, in einem infiniten Regress?

Die besondere Relevanz des Paradoxons im privaten Bereich

Nun mag dieses Paradoxon für die Kontrolle *staatlicher* Datenverarbeitung unvermeidbar – und sogar lösbar[74] – sein.

Hinsichtlich *privater* Datenverarbeitung stellen sich aber zwei spezifische Fragen:

- Ist die »Unabhängigkeit« *bereits der ersten* Überwachungsebene zwingend geboten?
- Wie verhält sich die datenschutzrechtliche Kontrolle zum grundrechtlichem Erfordernis »*richterlicher Befehle*«?

---

73 Schöpft die Überwachungsstelle allerdings ihre Befugnisse faktisch nicht aus, so mindert sie, jedenfalls im Laufe der Zeit, das Unrechtsbewusstsein und fügt damit dem Grundrechteschutz auf diese Weise Schaden zu (kaum anderes gälte für den Fall lediglich selektiver Überprüfung und, gegebenenfalls, Sanktionierung, könnte die Überwachungsstelle doch diesfalls den Vorwurf der Willkür [bei der Auswahl des geprüften Rechtsträgers] nicht vermeiden).

74 Eingeführt ist das Beispiel der Gebarungskontrolle durch von der Vollziehung unabhängige, jedoch ihrerseits wiederum parlamentarischer Kontrolle unterliegende Organe (obwohl mittels deren »Einschau« eben gerade nicht, wie für Datenschutzkontrolle wesensgemäß, den *kontrollierten Akten gleichartige Akte* gesetzt werden *müssen*). Gerade in Bundesstaaten oder bundesstaatsähnlichen Verbünden wie der EU bietet es sich auch sowohl an, die Existenz mehrerer hierarchischer Ebenen für eine Aufgabenteilung zu nützen wie, eine Kontrolle der letzten Glieder der Kontrollkette durch wechselseitige Kontrolle einander hierarchisch gleichgestellter Organe zu gewährleisten.

Ad erste Frage:
Zunächst erscheint schon ganz allgemein, jedenfalls heutzutage[75], wo der Umgang mit – auch automatisch verarbeiteten[76] – Daten bereits eine horizontale Basis-Kulturtechnik geworden ist, begründungsbedürftig[77], **warum schon die erste verwaltungspolizeiliche[78] Ebene** – anders als in den meisten anderen, durchaus auch oft sensiblen Rechtsmaterien – zwingend einer »**unabhängigen** Stelle« zu übertragen sein soll, zumal dadurch auch etwa eine verwaltungsökonomische Mitberücksichtigung des Datenschutzes bei der Vollziehung anderer Materien zumindest erheblich erschwert[79] wird.[80]

Oder schließt Art 8 Abs 3 der Charta eine derartige Besorgung des Datenschutzes innerhalb der administrativen Regelstruktur gar nicht aus[81],

75 Anderes mochte für die Frühzeit zumal »automatischer Datenverarbeitung« mittles weniger Großrechner gegolten haben, die nur von Spezialisten betrieben – und demgemäß auch kontrolliert – werden konnten, vgl sinngemäß VfSlg 15.427, wo (hinsichtlich der »noch« gegebenen Zulässigkeit der Einrichtung der Telekom-Control-Kommission) tragend auf die »Eigenart des ihr zugewiesenen Sachbereiches« abgestellt wurde, handle es sich doch bei diesem »um einen weitgehend neuen Verwaltungsbereich, dessen Bewältigung … nicht nur juristischen und wirtschaftlichen, sondern in hohem Maß auch technischen Sachverstand« erfordere. (Hvm).

76 Sichtbar allein an den Begriffen »PC« und »Internet«.

77 Bei *Bernsdorff*, Art 8, Rz 11 bzw 24, findet sich dazu nichts, und auch die von *R. Winkler*, Grundrechte, 408 ff, gegebene Begründung – »kompensierende Funktion« angesichts mangelnder Wahrnehmbarkeit der Eingriffe – passt auf private Eingriffe kaum, ist es ja ganz generell Aufgabe staatlicher – in aller Regel weisungsgebundener – Polizei, gerade auch heimliche Übergriffe Privater aufzudecken.

78 Vgl oben im Text bei FN 51.

79 Die entsprechenden Daten müssen von der materiefremden Überwachungsstelle jedenfalls erhoben werden, obwohl sie vielleicht bereits bei der materiespezifischen Überprüfung mitangefallen sind. Gerade diese Möglichkeit zeigt, dass durch die hier favorisierte Mitbesorgung des Datenschutzes (siehe gleich nächste FN) sich das oben [im Text bei FN 73]) herausgestellte »grundrechtliche Paradoxon« wesentlich vermindern kann.

80 Die »Verarbeitung« von Daten erfolgt in aller Regel nicht als (die Rechte Anderer intentional schädigender) Selbstzweck, sondern zu bestimmten anderen Zwecken; hinsichtlich dieser Zwecke unterliegen aber zumal quantitativ oder qualitativ bedeutsame »Verarbeiter« in aller Regel bereits anderweitiger, dh materienspezifischer verwaltungspolizeilicher Kontrolle. Nachdem bei diesen Behörden, eben aufgrund ihrer materienspezifischen Kenntnis, auch die entsprechende Datenverarbeitung am besten beurteilt werden kann, wären diese Behörden wohl auch am ehesten zu einer effizienten Mitbesorgung der datenschutzrechtlichen »Überwachung« im Stande.

81 Vgl, dass sogar die, nach Art 20 Abs 2 der RL, für die Vornahme einer »Vorabkontrolle« zuständige »Kontrollstelle« diese nicht jedenfalls selbst durchführen muß, sondern vielmehr auch eine »Konsultierung« lediglich »im Zweifelsfall« oder überhaupt die Durchführung einer solchen »Prüfung auch im Zuge der Ausarbeitung einer

sondern fordert nur *in weiterer Folge* – also erst am *Ende der Kontrollkette* oder *in Ergänzung zu* materiespezifischer verwaltungsbehördlicher Überwachung?[82] – eine »Überwachung« durch eine (dann auch entsprechend kleiner dimensionierbare[83]) »unabhängige Stelle«?[84]

Ad zweite Frage:
Zu dem vorher Gesagten kommt aber noch, dass jedenfalls in Österreich das »Hausrecht« (iSd Art 9 StGG iVm G RGBl 1862/88), das »Briefgeheimnis« (iSd Art 10 StGG) und das »Fernmeldegeheimnis« (iSd Art 10a StGG) – also sämtlich gegenüber einer »Überwachungs«-Maßnahme nach Art 8 Abs 3 der Charta zumindest prima facie einschlägige, und sämtlich auch von Art 7 der Charta erfasste Grundrechte – nicht nur material verfassungsrechtlichen Schutz genießen, sondern jeweils das **verfahrensrechtliche Spezifikum** aufweisen, dass Eingriffe in diese Rechte »in der

---

Maßnahme« des »Parlaments oder einer auf eine solche gesetzgeberische Maßnahme gestützten Maßnahme« – also in materiespezifischen Zusammenhängen, sei es des formellen Gesetzgebers, sei es der an diesen gebundenen Verwaltung – genügt.

82 Etwa in Gestalt der Führung eines zentralen *Registers* (vgl Art 21 Abs 2 der RL) oder der Mitwirkung bei der Beurteilung der Zulässigkeit der »Übermittlung personenbezogener Daten … in ein *Drittland*« sub titulo dortigen Vorliegens eines generellen »angemessenen Schutzniveaus« (Art 25 der RL) oder »ausreichender Garantien« auf konkreterer Ebene (Art 26 der RL).

83 Der Vorteil einer solchen Kleinheit liegt gerade aus grundrechtlicher Sicht natürlich nicht etwa in einer Sabotage effizienter Kontrolle, sondern, gegenteilig, darin, dass **nicht** eine mit dem Grundrechteschutz beauftragte Stelle selbst solche bürokratischen Dimensionen annehmen soll, dass sie nunmehr ihrerseits vorrangig **als »Täter« wahrgenommen** wird (wie, nicht zufälligerweise, gerade auch die staatlichen Sicherheitsbehörden, deren eigentliche Berufung zum Schutze wesentlichster Grundrechte, wie Leib und Leben sowie Eigentum, mittlerweile eigens in Erinnerung gerufen werden muß, vgl *Matscher*, Sicherheitspolizei, 18).
Außerdem verschärft sich mit der organisatorischen Größe und der damit verbundenen Mehrzahl denkbarer Grundrechtseingriffe naturgemäß auch das **Problem demokratischer Legitimation**, die bei einer »unabhängigen Stelle« eben wesensmäßig geringer ist als bei einer (demokratisch gewähltem) Staatsoberhaupt und Parlament verantwortlichen Regierung (vgl, für Österreich, näher *Balthasar*, Grundordnung, 422 ff; auch die Charta beruft sich, im zweiten Absatz ihrer Präambel, jedenfalls auch auf den »Grundsatz der Demokratie«, was bei der Auslegung der einzelnen Artikel mit zu beachten ist [vgl *Meyer*, Präambel, Rz 6]).
Demgemäß besteht durchaus eine gewisse »herzeigbare« Begründung dafür, **unabhängige** Überwachungsstellen gerade **nicht** ihrem Auftrag **entsprechend auszustatten** (vgl für dieses Manko einmal [für die DSK] den Datenschutzbericht 2005-2007 [siehe unten im Teil 2, Punkt IV/B, ersten Markierungspfeil], andererseits [für die FMA] Die Presse 23.9.2008, 35 [»Der Finanzpolizei fehlt der Biss«]).

84 Zum gegenwärtigen Personalstand ua der »Kontrollstellen« nach Art 28 der RL vgl etwa den von der DSK herausgegebenen Datenschutzbericht 2005–2007, 13.