

An das Bundeskanzleramt

Per Mail:

medienrecht@bka.gv.at

**Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über Sorgfalt und Verantwortung im Netz erlassen und das KommAustria-Gesetz geändert wird**

Der Datenschutzrat hat in seiner **246. Sitzung am 17. Mai 2019** einstimmig beschlossen, zu der im Betreff genannten Thematik folgende Stellungnahme abzugeben:

**I. Allgemeines**

Hauptgesichtspunkte des Gesetzesentwurfs laut den Erläuterungen:

In der digitalen Welt müssen die gleichen Prinzipien gelten, wie in der real gelebten Welt. Das Internet kann und darf kein rechtsfreier Raum sein und den leider vermehrt vorkommenden klaren Grenzüberschreitungen, Herabwürdigungen, Demütigungen und Übergriffen sollen mit diesem Gesetz wirksame rechtliche Maßnahmen gegenübergestellt werden. Grundprinzipien, Regeln und Gesetze müssen auch im digitalen Raum gelten. Was in der analogen Welt geahndet wird, muss auch in der digitalen Welt Folgen haben.

Sich in der Anonymität des Internets verstecken zu können, darf in Fällen, in denen Straftaten begangen werden, nicht mehr möglich sein. Denn nur wenn durch eine Authentifizierung auch die Identifizierung der Täter bei Rechtsverletzungen möglich ist, werden die gleichen Maßstäbe wie auch in der analogen Welt gelten können. Eine wirksame Authentifizierung zur Bestätigung der Nutzerdaten ist dabei unumgänglich.

Der vorliegende Entwurf geht davon aus, dass der Dienstanbieter sicherstellen muss, dass Personen im Anlassfall identifizierbar sind. Daran anknüpfend überlässt es der Entwurf aber dem Diensteanbieter sich eines Systems zu bedienen, das in einem stufenweisen Ansatz – neben der Möglichkeit der Verfolgung von Officialdelikten – auch dann eine Identifikation ermöglicht, wenn es um die Fälle der §§ 111 und 115 StGB und des § 1330 ABGB geht und dritte Personen die Identität eines Posters für die Verfolgung ihrer Privatanklage oder ihrer zivilrechtlichen Ansprüche herausfinden müssen.

Zur Förderung des respektvollen Umgangs der Poster in online-Foren miteinander und zur Erleichterung der Verfolgung von Rechtsansprüchen im Falle tatsächlich rechtswidriger Postings sind daher insbesondere folgende Maßnahmen im gegenständlichen Gesetzesentwurf vorgesehen:

Verpflichtung der Diensteanbieter, die Foren betreiben bzw. die Einrichtung eines Forums ermöglichen, dafür Sorge zu tragen, dass die Identität des Posters festgestellt und überprüft wird. Erst nach erfolgreichem Abschluss des Registrierungsprofils kann der Nutzer Postings in diesem Forum veröffentlichen.

Nutzer haben ein Registrierungsprofil zu erstellen und sich zu identifizieren.

Verpflichtung der Diensteanbieter zur Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten, insbesondere als Zustellbevollmächtigtem.

Sicherstellung einer der DSGVO entsprechenden Datenverarbeitung und Übermittlungsverpflichtung an Gerichte, Staatsanwaltschaft, insbesondere aber auch an Dritte in spezifisch im Gesetz aufgezählten Fällen.

KommAustria als Aufsichtsbehörde kann Geldbußen gegen Diensteanbieter und Geldstrafen über von diesen zu bestellende verantwortliche Beauftragte verhängen.

Der im Entwurf gewählte Ansatz beruht auf der Tatsache, dass es bereits verschiedene Beispiele von verschiedenen Anbietern von Foren gibt, bei denen sich der User „verifizieren“ lassen kann, etwa indem er einen geeigneten Identitätsnachweis vorlegt.

## **II. Datenschutzrechtliche Bemerkungen**

Der vorgeschlagene § 3 Abs. 1 verpflichtet Diensteanbieter eines Online-Informationsangebotes, die ein Forum einrichten und betreiben, das auf Nutzer in Österreich ausgerichtet ist, oder die Einrichtung eines derartigen Forums durch die Nutzer ihres Dienstes ermöglichen, von jedem Poster vorab die Erstellung eines Registrierungsprofils zur Authentisierung zu verlangen. Diese Verpflichtung wird durch den vorgeschlagenen § 3 Abs. 4 konkretisiert: Demnach hat sich jeder Nutzer unter Angabe von Vorname, Nachname und Adresse in dem der Authentisierung dienenden Registrierungsprofil als Poster zu registrieren. Der Diensteanbieter hat im Wege der Ausgestaltung des Vorgangs der Registrierung für die Überprüfung der Identität des Nutzers auf der Grundlage von Dokumenten, Daten oder Informationen, die von einer glaubwürdigen und unabhängigen Stelle stammen, zu sorgen. Nach dem vorgeschlagenen § 3 Abs. 5 hat der Diensteanbieter Poster bei begründetem Verdacht auf unrichtige oder unrichtig gewordene Registrierungsangaben zum Nachweis der Richtigkeit der Angaben binnen angemessener Frist bei sonstiger Löschung des Registrierungsprofils aufzufordern und Nutzer mit offenkundig unrichtigen Angaben von vornherein von der Registrierung auszuschließen.

Die weitere Verarbeitung der im Registrierungsprofil gespeicherten Daten wird im vorgeschlagenen § 4 geregelt. So hat der Diensteanbieter Vorname, Nachname sowie die Adresse des Posters einer dritten Person auf deren begründetes schriftliches Verlangen bekannt zu geben (§ 4 Abs. 1). Er hat diese Daten ferner auf Ersuchen von kriminalpolizeilichen Behörden, Staatsanwaltschaften und Gerichten, die sich auf die Aufklärung des konkreten Verdachts einer durch den Inhalt eines Postings begangenen Straftat des Posters beziehen, bekannt zu geben (§ 4 Abs. 3).

Der vorgeschlagene § 4 Abs. 4 verpflichtet den Diensteanbieter „[b]ei begründeten Hinweisen, dass durch den Inhalt eines Postings der objektive Tatbestand der üblen Nachrede oder der Beleidigung hergestellt worden sein könnte oder dass der Inhalt sonst den konkreten Verdacht einer Straftat begründen könnte“, von dem betreffenden Posting eine Aufzeichnung herzustellen, die eine vollständige und originalgetreue Wiedergabe ermöglicht. Diese Aufzeichnung hat er bei einem entsprechenden Verlangen nach § 4 Abs. 2 oder Ersuchen nach § 4 Abs. 3 zur Verfügung zu stellen.

Die den Diensteanbietern auferlegte Pflicht zur Ermittlung und Speicherung von personenbezogenen Daten greift insbesondere in das Grundrecht auf Datenschutz nach § 1 DSGVO sowie in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gem. Art. 8 EMRK der Nutzer ein (vgl. VfSlg. 19.892/2014 mwN). Aber auch die Pflichten zur Übermittlung („Bekanntgabe“) der Daten an Dritte (dritte Personen, kriminalpolizeiliche Behörden, Staatsanwaltschaften und Gerichte) stellen ihrerseits einen Eingriff in § 1 DSGVO und Art. 8 EMRK dar. Der Umstand, dass die Ermittlung, Speicherung und Übermittlung durch Private erfolgen, ändert nichts am Vorliegen eines Eingriffs in § 1 DSGVO und Art. 8 EMRK durch den Gesetzgeber (vgl. VfSlg. 19.892/2014 mwN).

Derartige Eingriffe müssen den von § 1 Abs. 2 DSGVO und Art. 8 Abs. 2 EMRK aufgestellten Anforderungen genügen, also insbesondere hinreichend determiniert und verhältnismäßig sein. Die gesetzliche Grundlage muss demgemäß sowohl hinreichend genau bestimmen, welche Stellen welche Daten zu welchen Zwecken zu verarbeiten haben, als auch sicherstellen, dass sich die angeordneten Grundrechtseingriffe auf die gelindeste, zum Ziel führenden Art beschränken. An die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in das Grundrecht auf Datenschutz nach §1 DSGVO muss hierbei ein strengerer Maßstab angelegt werden, als er sich bereits aus Art. 8 EMRK ergibt (s. zB. VfSlg. 16.369/2001, 18.643/2008 und 19.892/2014).

Es erscheint zweifelhaft, ob die Regelungen in einer Weise bestimmt sind, die dem Erfordernis einer gesetzlichen Regelung im Sinne von § 1 Abs 2 DSGVO und Art. 8 Abs. 2 EMRK entspricht:

Schon die Abgrenzung des Anwendungsbereichs in § 3 Abs. 1 bis 3 und damit die Frage, wer letztlich zur Speicherung der Nutzerdaten zum Zweck der Registrierung gemäß § 3 Abs. 4 und zur Speicherung der Postings gemäß § 4 Abs. 4 verpflichtet ist, erscheint nicht ausreichend klar geregelt. Insbesondere gibt die Ausnahmeregelung des § 3 Abs. 3 Anlass zu Bedenken hinsichtlich der Sachlichkeit.

Auch wird der Vorgang der Registrierung, vor allem die Art und Weise der Überprüfung der Identität des Nutzers, nicht näher geregelt, sondern weitestgehend dem Diensteanbieter überantwortet. Nicht nur erscheint die in § 3 Abs. 4 verwendete Wortfolge „Dokumente [...], Daten oder Informationen“ kaum konturiert, zudem ist unklar, was unter einer „glaubwürdigen und unabhängigen Quelle“ zu verstehen ist. Auch die Erläuterungen unterstreichen den weiten Spielraum der Diensteanbieter und halten zur Verpflichtung des Diensteanbieters, für „die Feststellung und Überprüfung der Identität des Posters Sorge zu tragen“, bündig fest: „Wie dies bewerkstelligt wird, bleibt dem Diensteanbieter überlassen.“

Unklar erscheint weiters die in § 3 Abs. 5 verankerte Verpflichtung des Diensteanbieters, Poster bei begründetem Verdacht auf unrichtige oder unrichtig gewordene Registrierungsangaben zum Nachweis der Richtigkeit der Angaben bei sonstiger Löschung des Registrierungsprofils aufzufordern. Die Erläuterungen führen dazu aus, dass der Diensteanbieter ua. durch „routinemäßig periodisch vorgenommene Überprüfungsvorgänge [...] die Richtigkeit der Daten zu hinterfragen [hat]“. Es stellt sich die Frage, was unter solchen „Überprüfungsvorgänge[n]“ zu verstehen ist, und ob § 3 Abs. 5 auf eine Form der fortlaufenden Überwachung der Poster durch den Diensteanbieter abzielt. Indizien für eine Änderung des Namens oder der Adresse des Nutzers – und damit wohl ein Verdacht auf

unrichtig gewordene Registrierungsangaben – ließen sich etwa durch eine (wohl unverhältnismäßige) Analyse des Nutzungsverhaltens der Poster und des Inhalts der Postings gewinnen.

Nach § 4 Abs. 1 und 2 hat der Diensteanbieter Vorname, Nachname sowie die Adresse des Posters einer dritten Person bekannt zu geben, wenn diese glaubhaft macht, dass die Feststellung der Identität des Posters eine unabdingbare Voraussetzung bildet, um wegen des Inhalts eines Postings gegen diesen Poster mittels Privatanklage wegen übler Nachrede (§ 111 Abs. 2 StGB) oder wegen Beleidigung (§ 115 StGB) strafgerichtlich oder wegen Verletzungen an der Ehre (§ 1330 ABGB) zivilgerichtlich vorzugehen. Es stellt sich die Frage, inwieweit der Diensteanbieter die Erfolgsaussichten der angestrebten Rechtsverfolgung zu beurteilen hat und von welchen juristischen Kenntnissen bzw. Fähigkeiten hierbei ausgegangen wird. Die Voraussetzungen für die Übermittlung der Daten, insbesondere der hierbei vom Diensteanbieter anzulegende Prüfungsmaßstab, sollten zumindest in den Erläuterungen konkretisiert werden. Es wird angeregt zu prüfen, ob vor Bekanntgabe der Daten eine staatliche Clearingstelle vorgeschaltet werden soll.

Außerdem sprechen die Erläuterungen in diesem Zusammenhang davon, dass der „Diensteanbieter nur in sachlich begründeten Fällen die betreffenden Daten herausgibt, die es ermöglichen, vom Betreiber des Telefondienstes die von ihm verarbeiteten Stammdaten des betreffenden Posters zu verlangen“. Der Gesetzesentwurf enthält jedoch keine Bestimmungen, die einen Zugang zu den von Betreibern eines Telefondienstes gespeicherten Stammdaten einräumen. Diese Divergenz sollte überprüft werden.

Es sollte zumindest in den Erläuterungen näher dargelegt werden, unter welchen Voraussetzungen von „begründeten Hinweisen“ iSd. § 4 Abs. 4 auszugehen ist und der Diensteanbieter verpflichtet ist, eine Aufzeichnung eines Postings herzustellen. Außerdem erscheint die weitere Verarbeitung solcher Aufzeichnungen präzisierungsbedürftig, insbesondere sollte auch ihre Löschung geregelt werden.

Der Datenschutzrat hegt Bedenken hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit:

Durch § 3 werden Diensteanbieter verpflichtet, im Zuge der Registrierung Vorname, Nachname sowie die Adresse aller Posters zu ermitteln. Insoweit wäre zu prüfen, ob diese Regelung Parallelen zu jenen Formen der Vorratsdatenspeicherung aufweist, die in der Vergangenheit von EuGH (vgl. EuGH 8.4.2014, verb. Rs C-293/12 und C-594/12, Digital Rights Ireland; 21.12.2016, verb. Rs C-203/15 und C-698/15, Tele2 Sverige AB) und VfGH (vgl. VfSlg. 19.892/2014) für rechtswidrig erklärt wurden.

Die in § 3 vorgesehene Datenspeicherung erfasst Personen, die im Rahmen von Foren, die von Medien zur Verfügung gestellt werden, Kommentare zu bestimmten Artikeln posten, was unter das Recht der freien Meinungsäußerung, der Informations- und Kommunikationsfreiheit gemäß Art. 10 EMRK fällt. Für gewöhnlich setzen diese keinen Anlass, der ein staatliches Einschreiten erfordern würde. Lediglich für den Fall des strafbaren Verhaltens oder wegen Verletzungen an der Ehre (§ 1330 ABGB) im Zuge eines Postings soll die Möglichkeit bestehen, die Identität des Posters festzustellen.

Dabei ist allerdings zu bedenken, dass angesichts der Vielzahl der Speicherungsverpflichteten auch ein nicht überblickbarer Kreis von Personen potentiell Zugriff auf die gespeicherten Daten hat. Das diesbezüglich bestehende Missbrauchspotential ist bei der Beurteilung der Schwere des Eingriffs zu berücksichtigen. Überdies verlangen § 1 DSGVO und Art. 8 EMRK ausreichende Garantien, dass die auf Vorrat gespeicherten Daten wirksam vor Missbrauchsrisiken sowie vor jedem unberechtigten Zugang zu ihnen und jeder unberechtigten Nutzung geschützt sind (vgl. VfSlg. 19.892/2014 mwN).

Nicht nur aufgrund der Anforderungen des § 1 DSGVO und des Art. 8 EMRK, sondern auch mit Blick auf die Vorgaben des Art. 10 EMRK sollte sichergestellt werden, dass § 3 Abs. 5 dem Diensteanbieter keine Pflicht auferlegt, das Verhalten der Poster lückenlos zu überwachen und den Inhalt der Postings zu analysieren.

Es sollte geprüft werden, ob ausreichend gewährleistet ist, dass die Interessen des Posters an der Geheimhaltung seiner personenbezogenen Daten ausreichend geschützt werden. Die Übermittlungspflicht hat sich auf jene Fälle zu beschränken, in denen die rechtlichen Interessen der (betroffenen) dritten Person jene des Posters überwiegen.

Im Falle, dass eine Datenschutz-Folgenabschätzung nach den Vorgaben des Art. 35 DSGVO erforderlich ist, wird angeregt zu prüfen, ob im Rahmen der allgemeinen Folgenabschätzung die Datenschutz-Folgenabschätzung bereits vorweggenommen werden kann.

21. Mai 2019  
Für den Datenschutzrat  
Der Vorsitzende:  
OFENAUER

*Elektronisch gefertigt*