

Bundeskanzleramt - Verfassungsdienst
Ballhausplatz 2
1010 Wien

per E-Mail: v@bka.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Zl. 13/1 17/85

BJA-810.026/0019-V/3/2017

BG, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert, das Datenschutzgesetz erlassen und das Datenschutzgesetz 2000 aufgehoben wird (Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018)

Referent: Dr. Günther Leissler, Rechtsanwalt in Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

1. Allgemeines

Eine gesetzliche Neuregelung im Umfang des vorgeschlagenen DSG 2018 weist regelmäßig eine Vielzahl diskussionswürdiger Aspekte auf. Insofern fokussiert sich der ÖRAK in seiner Stellungnahme auf jene Punkte, in denen das vorgeschlagene Gesetz aus der Sicht des ÖRAK zur Wahrung der Interessen des Rechtsanwaltsstandes, aber auch im allgemeinen Interesse der Rechtssicherheit, jedenfalls zu überarbeiten wäre. Hierzu wie folgt:

2. Zu § 1

Es fällt auf, dass § 1 des vorgeschlagenen DSG 2018, gleichlautend zur bisherigen Rechtslage, die Einschränkung des Grundrechts auf Datenschutz (unter anderem) aufgrund des "überwiegenden berechtigten Interesses" eines anderen, sohin des Verantwortlichen, erlaubt. Demgegenüber spricht die DSGVO von dieser Einschränkung aufgrund der "berechtigten Interessen" des Verantwortlichen. Dieses Absehen von einem "Überwiegen" der berechtigten Interessen des Verantwortlichen durch die DSGVO war von umfassenden Diskussionen begleitet, da befürchtet wurde,

dass hierdurch der allgemeine Schutzstandard gegenüber der bisherigen Rechtslage gesenkt wird.

Sofern nun der Entwurf des DSG 2018 demgegenüber auch weiterhin auf ein "Überwiegen" der berechtigten Interessen des Verantwortlichen abstellt, besteht in diesem Punkt eine potentielle Inkohärenz zur DSGVO. Um Diskussionen zum Anwendungsvorrang der DSGVO in diesem Punkt hintanzustellen, sollte das DSG 2018 diesbezüglich an die DSGVO angeglichen, oder in den Erläuterungen des Gesetzgebers eine konzise Begründung eingepflegt werden, welche darlegt, aus welchen Gründen der Gesetzgeber diese Regelung dennoch im Einklang mit der DSGVO sieht.

Ebenso aus Gründen der Kohärenz sollten im nicht hoheitlichen Anwendungsbereich dieser Bestimmung, sohin im Bereich ihrer Drittwirkung, die vier Einschränkungstatbestände des vorgeschlagenen § 1 Abs 2 DSG 2018 [Einwilligung, lebenswichtiges Interesse, gesetzliche Grundlage und (überwiegende) berechnete Interessen eines anderen] an die nunmehr sechs definierten Verarbeitungstatbestände des Art 6 DSGVO angeglichen werden. Alternativ könnte die Bestimmung des § 1 Abs 2 DSG 2018 in ihrer vorgeschlagenen Form beibehalten werden, diesfalls jedoch wäre sie in ihrem Anwendungsbereich nur auf das dritte Hauptstück des Gesetzesentwurfs einzuschränken.

3. Zu § 5

Der DSGVO nicht entnehmbar ist die gesetzliche Vorgabe des Entwurfs, wonach Datenschutzbeauftragte des öffentlichen Bereichs der jeweiligen öffentlichen Stelle anzugehören haben, sohin die Bestellung externer Datenschutzbeauftragter unzulässig ist. Dies findet nicht nur keine Deckung in der DSGVO, ein solcher Zwang zur internen Bestellung des Datenschutzbeauftragten widerspricht auch dem Bestreben zur Wahrung größtmöglicher Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten. In bestimmten Strukturen kann es durchaus sachgerecht sein, einen externen Datenschutzbeauftragten zu bestellen, etwa um den Anschein jeglichen Interessenskonflikts zu vermeiden. Das verbietet der vorliegende Gesetzesentwurf für öffentliche Stellen ausnahmslos. Ein solcher Zwang zur internen Datenschutzbeauftragtenbestellung ist der DSGVO nicht entnehmbar und erscheint auch nicht mit dem von der DSGVO verfolgten Ziel des unabhängigen Wirkens der Datenschutzbeauftragten kohärent. Der ÖRAK regt daher an, den letzten Satz in § 5 Abs 2 zu streichen.

4. Zu § 11

Zu der, der Datenschutzbehörde eingeräumten, Strafbefugnis wird an dieser Stelle auf das vor dem Verfassungsgerichtshof zu den Strafbefugnissen der FMA anhängige Gesetzesprüfungsverfahren zu § 99d BWG hingewiesen (BVwG 24.11.2016, W210 2138108-1); auch die Datenschutzbehörde qualifiziert als eine Verwaltungsbehörde im Sinne der angesprochenen verfassungsgerichtlichen Überprüfung. Insofern könnte sich im Fall eines positiven Gerichtsentscheids ein unmittelbarer Bedarf zur Novellierung der in § 11 des vorgeschlagenen DSG 2018 an die Datenschutzbehörde eingeräumten Strafbefugnis ergeben, zumal die Strafraumen der DSGVO jene des BWG sogar übersteigen.

5. Zu § 17

Die DSGVO ist maßgeblich von dem Gedanken bestimmt, dass die personenbezogenen Daten des Einzelnen beständig an Wert gewinnen, insofern ein wertvolles und schützenswertes Gut der betroffenen Person darstellen. Vor dem Hintergrund des in Österreich in den Verfahren vor den höheren Gerichten bestehenden absoluten Anwaltszwangs erscheint es nicht nachvollziehbar, gerade Rechtssachen zu Datenschutzverletzungen, sohin zu Verletzungen dieses sensiblen Guts, vom absoluten Anwaltszwang auszunehmen. Genau dies tut jedoch der vorgeschlagene § 17 des Entwurfs, indem er Vereinigungen, Einrichtungen oder Organisationen das Vertretungsrecht einräumt und insofern vom Anwaltsprivileg abrückt, ohne dass dieser Systembruch in den Erläuterungen begründet wird oder ihm eine sachliche Rechtfertigung wiederfährt. Vielmehr verzichtet der Gesetzesentwurf auch darauf, Qualitäts- und Ausbildungskriterien solcher Vereinigungen, Einrichtungen oder Organisationen zu definieren. Dieser Systembruch erscheint nicht zuletzt auch aus verfassungsrechtlicher Sicht bedenklich. Hinsichtlich des ebenso den Vereinigungen, Einrichtungen und Organisationen eingeräumten Vertretungsrechts vor dem Bundesverwaltungsgericht bestehen ähnliche Bedenken, sodass der ÖRAK anregt, in Wahrung des Anwaltsprivilegs in den genannten Verfahren nur eine Vertretungsmöglichkeit durch zugelassene Rechtsanwälte gesetzlich zu statuieren.

6. Zu § 19

Gemäß dem vorgeschlagenen Gesetzesentwurf können neben juristischen Personen auch natürliche Personen mit Schlüsselfunktionen bestraft werden, sohin Personen mit Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnis. Der Datenschutzbeauftragte soll in seinen Entscheidungen und in seiner Dispositionen jedoch völlig frei wirken können. Aufgrund der seiner Berufsposition inhärenten Entscheidungs- und Kontrollbefugnisse könnte der Datenschutzbeauftragte jedoch als eine Person mit Schlüsselfunktion im Sinne des gesetzlichen Konzepts qualifiziert werden und somit zum persönlichen Strafadressat werden. Das Risiko, Strafräger zu sein, konfligiert jedoch mit der für den Datenschutzbeauftragten zu fordernden Freiheit in dessen Entscheidungs- und Dispositionskompetenz. Insofern wäre im Gesetzesentwurf klarzustellen, dass der Datenschutzbeauftragte in Ausübung seiner beruflichen Kompetenz nicht Adressat aufgrund von Datenschutzverletzungen des datenverarbeitenden Unternehmens sein kann.

7. Zu § 21

Aufgrund der rechtlichen Komplexität des Datenschutzrechts und angesichts dessen Auswirkungen auf sämtliche Teile der Bevölkerung, und, damit einhergehend, angesichts des hohen Involvierungsgrads der österreichischen Rechtsanwälte in Datenschutzagenden (sei es als Parteienvertreter, sei es als selbst Betroffene und / oder Verantwortliche) sieht es der ÖRAK als unabdingbar an, dass auch dem ÖRAK ein Entsenderecht in den Datenschutzrat eingeräumt wird.

8. Zu § 24

Den gesetzlichen Verschwiegenheitspflichten (beispielsweise der Ärzte, aber auch der Rechtsanwälte) wird in dieser Bestimmung nicht Rechnung getragen. Der ÖRAK regt

daher an, den ersten Satz dieser Bestimmung dahingehend abzuändern, dass, so die Beratungen Themen zum Inhalt haben, welche Verarbeiter bzw Daten betreffen, welche gesetzlich geregelten Verschwiegenheitspflichten unterliegen, die Sitzungen des Datenschutzrates niemals öffentlich sind und auch nicht per Beschluss öffentlich gemacht werden können.

9. Zu § 29

Der bloß pauschale Verweis des Gesetzesentwurfs auf das Arbeitsverfassungsgesetz erscheint vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Determinierungsgebots bedenklich. Dieses gesetzgeberische Konzept erlaubt es, Strafen unter der DSGVO zu verhängen, sofern ein Unternehmen in seinen Datenverarbeitungen gegen die Bestimmungen des Arbeitsverfassungsgesetzes verstößt. Die Bestimmungen des Arbeitsverfassungsgesetzes wurden jedoch nicht mit Blick auf das Datenschutzrecht verfasst und enthalten insofern keine bzw oftmals nur vage (interpretative) Vorgaben zu Datenverarbeitungen. Derartiges konfligiert mit dem Determinierungsgebot. In diesem Zusammenhang wird etwa auf § 26 des deutschen Datenschutz-Anpassungsgesetzes verwiesen, welcher in konziser Form Vorschriften zur Datenverarbeitung im Anstellungsverhältnis enthält. Der bloß pauschale Verweis hingegen auf ein gesamtes Gesetz, welches zudem zu einer Zeit verfasst wurde, zu welcher das Thema der Datenverarbeitung bei Weitem nicht den heutigen Stellenwert hatte und welches Datenverarbeitungsthemen nicht intentional regeln will, erscheint inkohärent und der Rechtssicherheit abträglich. Zu begrüßen ist zwar die Intention des Gesetzgebers, den Beschäftigtendatenschutz gesondert zu regeln, jedoch wäre hierzu ein konzises, auf Datenverarbeitungen in sachgerechter Form abzielendes Regelwerk zu schaffen.

10. Zu §§ 34 und 35

Hier werden, allerdings ohne sie zu definieren, die Begriffe „öffentliche Sicherheit“ und „nationale Sicherheit“ gebraucht. Im Hinblick darauf, dass beide Begriffe ganz wesentlich den Anwendungsbereich des 3. Hauptstückes abgrenzen, ist eine klarstellende Definition jedenfalls auch im Sinne des Bestimmtheitsgebotes vorzunehmen.

11. Zu § 64

Hier werden der Datenschutzbehörde gemäß § 11 Abs 2 weitgehende Einsichtsbefugnisse bezüglich Daten eingeräumt, die (unter anderem auch) der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen. Dennoch sieht der vorliegende Entwurf keine Regelungen vor, welche diesem Umstand und der Tatsache, dass es sich hierbei um besonders geschützte Informationen der gesamten Bevölkerung handelt, vor. Der ÖRAK regt daher an, hier ein ähnliches Regelungsregime wie im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren einzufügen. Dies bedeutet, dass überhaupt nur in jene Daten Einsicht genommen werden darf, deren Kenntnis zwingend zur Feststellung jener Umstände nötig ist, welche die Vollziehung der Aufgaben der Datenschutzbehörde betreffen. Bei abweichenden diesbezüglichen Standpunkten der Datenschutzbehörde und des Verarbeiters wolle eine Regelung vorgesehen werden, nach welcher die betreffenden Daten von der Datenschutzbehörde an einem vom

ursprünglichen Speicherort verschiedenen Ort gesichert werden und sodann durch ein unabhängiges Organ eine entsprechende Entscheidung getroffen werden soll. Gleichfalls wird zur Wahrung der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht angeregt, dass bei Einsichten in Daten, welche der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen, zwingend ein oder mehrerer Kommissäre, welche von der örtlich zuständigen Rechtsanwaltskammer gestellt werden, beizuziehen sind.

12. Zu § 76

Die DSGVO sieht unter anderem die Pflicht zur Vorab-Konsultation bestimmter Datenanwendungen vor. Der diesbezügliche Wortlaut des Art 36 DSGVO verlangt, dass diese Vorab-Konsultation vor Aufnahme der Datenverarbeitung zu erfolgen hat. Jedoch schweigt der Verordnungstext zu der Frage, wie Datenanwendungen zu qualifizieren sind, die zum 25. Mai 2018 bereits in Betrieb stehen. Aus naheliegenden Gründen können die geforderten Vorab-Konsultationen zum 25. Mai 2018 nicht zeitgerecht vorgenommen werden und wird dies angesichts der zu erwartenden Menge an Vorab-Konsultationen auch über einen mehrmonatigen Zeitraum nicht möglich sein. Um hier Rechtssicherheit zu schaffen wäre in den vorgeschlagenen Übergangsbestimmungen klarzustellen, dass die Pflicht zur Vorab-Konsultation nicht für Datenanwendungen gilt, die zum 25. Mai 2018 bereits in Betrieb stehen.

13. Zum dritten Hauptstück

In einer gesamthaften Zusammenschau des dritten Hauptstücks des vorgeschlagenen DSG 2018 fällt auf, dass der vorgeschlagene Gesetzesentwurf die gem § 9 RAO gesetzlich verankerte und rechtspolitisch unabdingbare anwaltliche Verschwiegenheitspflicht weder reflektiert noch eine indirekte Bezugnahme hierauf erkennbar ist. So wird:

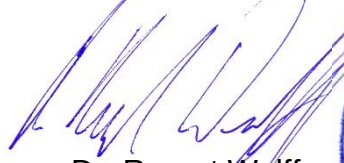
- Bei den allgemeinen Grundsätzen der Datenverarbeitung (§ 36) zwar die "Rechtmäßigkeit" der Verarbeitung der Daten verlangt, nicht jedoch wird festgeschrieben, dass – und in welcher Form – der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht und den gesetzlich verankerten Umgehungsverboten hierbei Rechnung zu tragen und von der Verarbeitung solcher, der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht unterliegenden Daten abzusehen ist.
- Bei der Datenkategorisierung (§ 37) wurde auf eine Kategorisierung der durch die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht geschützten Daten verzichtet.
- Bei den Betroffenen- und Informationsrechten (§§ 42, 43) wurde auf Verständigungspflichten gegenüber den Rechtsvertretern kein Bezug genommen und nicht geregelt, wann und unter welchen Kautelen diese von der Verarbeitung ihrer Daten oder der Daten ihrer Mandanten verständigt werden müssen.
- In den Regelungen zur Auftragsverarbeitung (§ 48) wird nur auf allgemeine Verschwiegenheitsvorgaben referenziert und darauf verzichtet zu normieren, dass allfällige Auftragsverarbeiter die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht im gleichen Ausmaß zu beachten haben wie es die datenverarbeitende Behörde zu tun hat.

- Zur Datenschutz-Folgenabschätzung (§§ 52 ff) wird angeregt, dem ÖRAK ein Einsichtsrecht in die Vorab-Konsultation mit der Datenschutzbehörde einzuräumen. Denn wenn die datenverarbeitende öffentliche Stelle in ihrer Datenverarbeitung ein solches Risiko ortet, welches die Pflicht zur Vorab-Konsultation auslöst, so wäre der ÖRAK hinsichtlich der Implikation dieses Risikos auf die anwaltliche Verschwiegenheitspflicht im Rahmen der Vorab-Konsultation anzuhören.

In Summe ist daher festzuhalten, dass eine Regelung der Datenverarbeitung durch öffentliche Stellen zu polizeilichen Ermittlungs- und Gefahrenabwehrzwecken, ohne dass hierbei eine direkte oder indirekte Berücksichtigung der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht erfolgt, als grob unvollständig zu bezeichnen ist und in diesem Punkt daher das dritte Hauptstück des Gesetzesentwurfs einer gesamthaften Überarbeitung bedarf.

Wien, am 14. Juni 2017

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG


Dr. Rupert Wolff
Präsident

