



Bundeskanzleramt
Verfassungsdienst

v@bka.gv.at

Wien, 20. Juni 2017
ZVR-Zahl: 975476156

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert,
das Datenschutzgesetz erlassen und das Datenschutzgesetz 2000 aufgehoben wird
(Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018);
GZ: BKA-810.026/0019-V/3/2017

Zum Entwurf des Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018 gibt der Österreichische
Landarbeiterkammertag folgende Stellungnahme ab:

Zu § 1 Grundrecht auf Datenschutz (Verfassungsbestimmung)

§ 1 (1) DSG:

In der **Grundrechtecharta** der EU wird unter **Art. 8** das Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten verankert, wobei dieses Recht sich auf die Art und Grundlage der Verarbeitung (Treu & Glauben, Zweckbindung, Einwilligung oder sonstige Rechtsgrundlage) sowie insbes. auf Auskunft und Berichtigung bezieht. Auch **Art. 8 EMRK** (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) sowie **Art. 12 der Menschenrechteerklärung** bezieht sich ausschließlich auf „Eingriffe“ in das Privat- und Familienleben.

Das **Recht auf Löschung**, welches in § 1 (1) DSG (ebenfalls) in Verfassungsrang gehoben wird, ist in Art. 8 der Grundrechtecharta oder auch der EMRK oder der Menschenrechteerklärung **nicht** explizit genannt.

Wenn man bedenkt, dass in Österreich durch § 3 des Entwurfes eine Modifikation des Rechtes der betroffenen Person auf (sofortige) Löschung (siehe Art 17 DSGVO) normiert werden soll, und darin unbestimmte, auslegungsbedürftige Gesetzesbegriffe enthalten sind, und weithin die Diskussion bei den Anwendern geführt wird, dass ein Löschen aus einem aktiven System schwer und aus einem Back-up (z.B. einem Image) gar nicht möglich sei, wäre es wünschenswert, das Recht auf Löschung nicht in Verfassungsrang zu heben, da dann alle Varianten der „Löschung“ von Daten an der Angemessenheit des Eingriffs in eine verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht auf Löschung zu messen sind, und daher dem Recht auf Löschung ein sehr, sehr hoher Stellenwert eingeräumt wird.

- 2 -

Das „einfach gesetzlich“ gewährleistete Recht auf Löschung in Art. 17 DSGVO scheint ausreichend, um die Rechtsposition der natürlichen Personen zu schützen. Etwaige Abwägungen zwischen dem Recht auf Löschung und etwaigen berechtigten Interessen des Verantwortlichen, die Daten nach wie vor aufzubewahren, und z.B. den Zugang zu diesen einzuschränken, sind dann in einer Abwägung zu beurteilen.

§ 1 (2) DSG:

Nach unserer Ansicht wird in dieser Bestimmung die „**Rechtmäßigkeit**“ der Datenverarbeitung bzw. des Eingriffes in das in § 1 (1) DSG normierte „Grundrecht“ determiniert, und stellt es die Durchführungsbestimmung zu Art. 6 DSGVO dar.

In § 1 (2) DSG findet sich uE ein grammatikalischer Fehler: Beschränkungen sind nur mit Einwilligung der betroffenen Person, in dessen lebenswichtigem Interesse ...: es sollte uE „in deren ...“ heißen..

§ 1 (2) DSG normiert die Möglichkeiten, unter denen das Recht auf Geheimhaltung der personenbezogenen Daten natürlicher Personen durchbrochen werden kann, und beschränkt sich auf folgende Tatbestände:

1. **Einwilligung** der betroffenen Person (entspricht Art. 6 (1) lit a DSGVO)
2. in „deren“ **lebenswichtigem Interesse** (entspricht Art. 6 (1) lit d DSGVO)
3. im **öffentlichen Interesse**, und zwar nur aufgrund einer gesetzlichen Grundlage (Art. 6 (1) lit e DSGVO)
4. oder im **überwiegenden berechtigten Interesse** eines anderen zulässig (Art. 6 (1) lit f DSGVO)

In dieser Bestimmung wird **nicht** auf

- Art 6 (1) lit b (**Vertragserfüllung, vorvertragliches Schuldverhältnis**)
- Art. 6 (1) lit c DSGVO (**rechtliche Verpflichtung**)

Bezug genommen, und stellt sich daher die Frage, ob Verarbeitungen, die sich auf diese Rechtmäßigkeitsgründe stützen, nach Ansicht des österreichischen Gesetzgebers rechtmäßig sind oder nicht. Aufgrund des Vorranges der DSGVO ist dies unserer Ansicht nach der Fall.

Es stellt sich diesbezüglich die Frage, weshalb in § 1 (2) DSG nicht alle zulässigen Gründe für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung des Art. 6 (1) lit a bis f DSGVO (explizit) genannt sind, und ob diese Gründe (ergänzend) für die Begründung der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung und damit des Eingriffes in ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht herangezogen werden können. Aus Gründen der Transparenz für die Normunterworfenen wäre es wünschenswert, alle sechs (alternativen) Gründe für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung im Anwendungsbereich der DSGVO aufzuzählen, um keine Missverständnisse aufkommen zu lassen, ob durch die Aufzählung von nur einiger dieser Tatbestände in Österreich eine andere (eingeschränktere) Grundlage für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung normiert wird.

Es wäre jedoch für den **Normunterworfenen wünschenswert**, wenn er aus der **Bestimmung des § 1 (2) DSG die Beschränkungen des Grundrechts auf Datenschutz umfassend erkennen könnte**, und nicht ein weiteres Dokument bzw. einen weiteren Rechtsakt zu Raten ziehen muss, um sich sicher zu sein, dass die Verarbeitung von personenbezogenen Daten, die er durchführt, rechtmäßig ist oder nicht.

Die Möglichkeit des Art. 6 (1) lit b DSGVO (Vertragserfüllung, vorvertragliches Schuldverhältnis) sollte uE jedenfalls in § 1 (2) DSG aufgenommen werden.

- 3 -

Ebenso sollte § 1 (2) DSG auch die Bezugnahme auf die rechtliche Verpflichtung (Art. 6 (1) lit c DSGVO) beinhalten, da ansonsten uU argumentiert werden könnte, dass das im Verfassungsrang stehende Grundrecht auf Datenschutz etwaigen einfachgesetzlichen Regelungen vorgehen könnte.

Um diese Diskussion zu vermeiden, wäre es sinnvoll, auch diese Bezugnahme direkt im DSG herzustellen, ohne den Normunterworfenen auf den ansonsten notwendigen Umweg über die DSGVO zu schicken.

Sonderfall der Datenverarbeitung(en) im öffentlichen Interesse:

Der österreichische Gesetzgeber beabsichtigt offensichtlich die Öffnungsklausel des Art. 6 (2) DSGVO auszunutzen, da in § 1 (2) DSG bei der Verarbeitung von personenbezogenen Daten im öffentlichen Interesse die **Rechtmäßigkeit in einem Gesetz definiert werden muss**, oder dieses die Datenverarbeitung näher zu determinieren hat.

Insbes. aus **sozial- und familienpolitischer Sicht** ist diese Situation uE unbefriedigend.

Es sollte in diesem Zusammenhang bedacht werden, dass es uU Verarbeitung von personenbezogenen Daten gibt, die im öffentlichen Interesse erfolgen, jedoch nicht unmittelbar auf das Gesetz gestützt werden (können). So zB im Bereich der NGO's im sozialen Bereich insbes. bei der Kinder- und Jugendhilfe. Die landesgesetzlichen Regelungen sehen u.a. Bestimmungen zur Datenverwendung vor, die detailliert regeln, welche konkreten Daten verwendet werden können (siehe z.B. § 15 OÖ.KHJG).

Als „Verantwortliche“ iSd § 15 OÖ.KHJG werden die Landesregierung und die Bezirksverwaltungsbehörden genannt, und die NGO's, die Erbringer von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe („Kinder- und Jugendhilfeträger) sind, werden „nur“ in § 16 „Dokumentation“ genannt. Die privaten Kinder- und Jugendhilfeeinrichtungen können auf Basis des § 6 (6) OÖ.KHJG „mit der Erbringung von Leistungen, die nicht dem Kinder- und Jugendhilfeträger vorbehalten sind, nach Maßgabe des § 9“ betraut werden.

Die der Familien- und Jugendhilfe arbeitenden NGOs (auftrags der zuständigen Behörden - meist auf landesgesetzlicher Basis-) benötigen eine ausreichende Grundlage für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung. Diese Einrichtungen verarbeiten insbes. auch gesundheitsbezogene (Art. 9 Daten) oder auch strafrechtlich relevante Daten (Art. 10 Daten). Es ist zwar die Verarbeitung der personenbezogenen Daten für die Behörden (z.B. § 16 OÖ.KHJG, Bezirksverwaltungsbehörden und Landesregierung) determiniert, aber die tatsächliche Tätigkeit und damit auch die Datenverarbeitung, die zur Leistungserbringung notwendig ist, erfolgt durch die Einrichtungen (NGOs) selbst, und dies ist oftmals in der gesetzlichen Grundlage nicht in dieser Deutlichkeit determiniert.

Eine Einwilligung als Grund für die Rechtmäßigkeit wird uU z.B. bei minderjährigen Personen oder besachwalterten Personen ausscheiden, oder uU ist die zu betreuende Person gar nicht gewillt, eine (datenschutzrechtliche) Einwilligung zu geben.

Dies bedeutet, dass die **NGOs** (die nicht als öffentliche Stellen gelten, sondern z.T. Vereine oder auch gemeinnützige GmbHs sind) mit einer **erheblichen Strafdrohung konfrontiert** sein könnten, und die Rechtsgrundlage für die Verarbeitung, derer es nach § 1 (2) DSG bedarf, nicht in dieser Detailliertheit als Grundlage für die Datenverarbeitung zur Verfügung haben. Das ist eine für diese Einrichtungen, die zum Großteil über Projektförderungen und zum Teil durch Spenden finanziert werden, und damit von der öffentlichen Hand im Rahmen von Projektverträgen beauftragt werden, eine Leistung im öffentlichen Interesse zu erbringen, äußerst unbefriedigend. Wenn die Verarbeitung im öffentlichen Interesse durch die NGOs iSd Art. 6 (1) lit e DSGVO erfolgt, dann sollte dies nicht dadurch eingeschränkt werden, dass es einer expliziten gesetzlichen Grundlage bedarf, um diese konkreten Datenverarbeitungen, die

- 4 -

sich auch rascher als die Gesetzeslage entwickeln werden, als rechtmäßig einzustufen. Lt. ErwG 41 zur DSGVO ist es auch möglich, durch andere „Rechtsakte“ die Grundlage zu schaffen, wobei sich dies daraus ergibt, dass es dort heißt, dass es nicht notwendigerweise eines parlamentarischen Aktes bedarf, um diese Rechtsgrundlage zu schaffen. Es sollte daher uU berücksichtigt werden, dass auch durch abgeleitete Verwaltungsakte z.B. Verordnungen die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung hergestellt werden könnte.

Hier sollte uE eine weitergehende Anwendungsmöglichkeit des Art. 6 (1) lit. e DSGVO iSd Art. 6 (2) DSGVO in § 1 (2) DSG geschaffen werden, da die Einschränkung ausschließlich auf die „gesetzliche Grundlage“ zu weitgehend erscheint, um (ausgelagerte) Verwaltungsaufgaben des Bundes oder der Länder, die im öffentlichen Interesse uU durch private Leistungsträger (insbes. im sozialen sowie Bereich der Jugend- und Familienhilfe) wahrgenommen werden, in der bisherigen Form abwickeln zu können, und diese privaten Organisationen nicht den potentiellen Sanktionen des § 19 DSG bzw. Art 83 DSGVO auszusetzen.

Bemerkenswert ist weiters, dass in ErwG 41 zur DSGVO nicht nur „die gesetzliche Grundlage im Sinne eines von einem Parlament angenommenen Gesetzgebungsaktes“ genannt ist, sondern auch andere Rechtsakte ausreichend sein können, solange diese klar und präzise sind und ihre Anwendung für die Rechtsunterworfenen gemäß der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (im Folgenden „Gerichtshof“) und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vorhersehbar sind.

Zu § 3. Durchführungsbestimmung

Es erscheint fraglich, ob diese Bestimmung **gegen Art. 17 DSGVO verstößt**, da diese Bestimmung die „unbedingte Löschung“ der Daten erforderlich macht, und keine Öffnungsklausel in der DSGVO vorgesehen ist. Einschränkungen des Rechts auf Löschung, das durch das österreichische DSG (siehe § 1 (2) DSG) in Verfassungsrang gehoben wird, sind nur unter den Voraussetzungen des Art. 17 (3) lit. a bis e DSGVO zulässig. Eine Beeinträchtigung des Rechts auf Löschung der natürlichen Person durch **Gründe der Wirtschaftlichkeit** ist nicht vorgesehen.

Zu § 18. Haftung und Recht auf Schadenersatz

Die DSGVO nimmt ausdrücklich auf „immateriellen“ Schaden Bezug. Unter Berücksichtigung der zivilrechtlichen Bestimmungen zum immateriellen Schaden in Österreich und der Judikatur, die einen immateriellen Schaden nur unter sehr strengen Voraussetzungen (siehe insbes. § 1293 ff. ABGB) ermöglicht, ist es uU notwendig, klarzustellen, dass der „immaterielle Schaden“, den die DSGVO in Art 82 (1) DSGVO (*Jede Person, der wegen eines Verstoßes gegen diese Verordnung ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist, hat Anspruch auf Schadenersatz gegen den Verantwortlichen oder gegen den Auftragsverarbeiter.*) der natürlichen Person zugesteht, direkt auf Grundlage der DSGVO zustehen kann (siehe u.a. EuGH C-168-00 zum Reiserecht).

Da nach ErwG 85 die Definition des immateriellen Schadens nach Ansicht des Verfassers in der DSGVO viel weiter gefasst ist, als im österreichischen Recht, und insbes. auch Verlust der Kontrolle über personenbezogene Daten oder Einschränkung der Rechte der natürlichen Person, deren Diskriminierung, Identitätsdiebstahl oder -betrug, finanzielle Verluste, unbefugte Aufhebung der Pseudonymisierung, Rufschädigung, Verlust der Vertraulichkeit von dem Berufsgeheimnis unterliegenden Daten oder andere erhebliche wirtschaftliche oder gesellschaftliche Nachteile für die betroffene natürliche Person umfasst, erscheint dies jedenfalls regelungsbedürftig. Auch in ErwG 75 werden diese Sachverhalte, die einen immateriellen Schaden nach der DSGVO darstellen, explizit erwähnt, nämlich: Diskriminierung, Identitätsdiebstahl oder -betrug, finanzieller Verlust, Rufschädigung, Verlust der Vertraulichkeit von dem Berufsgeheimnis unterliegenden personenbezogener Daten, unbefugte Aufhebung der Pseudonymisierung oder andere erheblichwirtschaftliche oder gesellschaftliche Nachteile.

- 5 -

Zu § 19. Allgemeine Bedingungen für die Verhängung von Geldbußen

Bedenklich erscheint in diesem Zusammenhang, dass Art. 91 B-VG vorschreibt, dass strenge Strafen von Gerichten zu verhängen sind.

Wenn man bedenkt, dass die Strafhöhe bis zu 20 Mio Euro oder 4 % des Gesamtumsatzes betragen kann, ist von einer hohen Strafe iSd Art. 91 B-VG auszugehen.

Derzeit behängt ein Verfahren zu § 99d BWG beim VfGH (https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bvwg/BVWGT_20161121_W230_2138107_1_00/BVWGT_20161121_W230_2138107_1_00.pdf) und auch nach dieser Bestimmung ist fraglich, ob eine Verwaltungsbehörde im Verwaltungsstrafverfahren, welches nicht die gleichen grundrechtlichen Garantien wie die Strafprozessordnung und die mit einem gerichtlichen Strafverfahren verbunden sonstigen verfahrensrechtlichen Garantien, wie z.B. die Unmittelbarkeit des Verfahrens bzw. der Verhandlung und auch die Trennung von Ankläger (Staatsanwaltschaft) und Richter als Entscheidungsinstanz sowie auch die Beteiligung von Laien an der Entscheidungsfindung (Schöffenverfahren, Geschworenenverfahren), dem Anspruch der österreichischen Rechtsordnung, und insbes. der Verfassung gerecht wird.

Im Finanzstrafverfahren wird die Trennung zwischen Verwaltungsstrafverfahren beim Finanzamt (kleinere Vergehen) und gerichtliches Strafverfahren (größere Vergehen und Verbrechen) auch normiert und ist bereits seit langer Zeit die Norm. Es wäre wünschenswert, wenn diese Art der Verfahrenstrennung bzw. -führung auch bezüglich etwaiger datenschutzrechtlicher Verstöße normiert werden würde.

§ 29. Verarbeitung personenbezogener Daten im Beschäftigungskontext

Zur Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext ist einerseits anzumerken, dass das österreichische Recht in **§ 10 AVRAG** für **betriebsratslose Unternehmen** eine Möglichkeit bietet, Kontrollmaßnahmen und technische Systeme, die die Menschenwürde berühren, mit Einzelvereinbarung einzuführen. Diese Bestimmung wird als „zentrale datenschutzrechtliche Norm“ für Unternehmen angesehen, die keinen Betriebsrat haben oder nicht verpflichtet sind, einen Betriebsrat zu bestellen. (siehe u.a. Bescheid der Datenschutzbehörde: DSB-D600.328-001/0001-DSB/2014 vom 13. 5. 2014: *Die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen der Mitarbeiter sind gewahrt, weil die Antragstellerin als Arbeitgeber um einem Konsens mit den Arbeitnehmern bemüht ist, und statt einer Betriebsvereinbarung, die wegen der geringen Größe der Belegschaft nicht möglich ist, eine Zustimmung der Arbeitnehmer gemäß § 10 Abs. 1 und 2 AVRAG eingeholt hat. Diese Zustimmung ist nicht als datenschutzrechtlich gültige Zustimmung zur Übermittlung zu werten (siehe § 8 Abs. 1 Z 2 DSG 2000), aber ist geeignet, die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen zu wahren, und repräsentiert auch ohne Betriebsrat ein Element der betrieblichen Mitbestimmung.*)

Angesichts des Art. 88 DSGVO stellt sich die Frage, wie derartige Maßnahmen in der Folge zulässigerweise geregelt werden sollen, ohne dass die Normunterworfenen der Strafdrohung des Art. 83 DSGVO ausgesetzt sind, da nach Art 88 DSGVO „Kollektivvereinbarungen“ notwendig sind, um die Verarbeitung im Beschäftigungskontext zu ermöglichen, und für Verarbeitungen außerhalb des Arbeitsvertrages oder auf gesetzlicher Basis uU die Einwilligung mangels Freiwilligkeit im Beschäftigungskontext ausscheidet.

Art. 88 DSGVO (siehe ErwG 155) normiert, dass nicht nur eine gesetzliche Regelung (ArbVG) die Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext ermöglichen kann, sondern auch sonstige „Kollektivvereinbarungen“. Es sollten daher auch **Kollektivverträge** explizit als Rechtsgrundlage in dieser Bestimmung genannt werden.

Ebenso stellen **Betriebsvereinbarungen** (zumindest nach Ansicht des EU-Normengebers; siehe ErwG 155) eine taugliche Rechtsgrundlage dar, und sollten auch diese explizit in § 29 DSG genannt werden.

- 6 -

Weiters sollte auch bedacht werden, dass es Bereiche in der Arbeitswelt gibt, die nicht unter das ArbVG fallen, z.B. die Arbeitsverhältnisse der land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter, auf die Abschnitt 3 des Art. I des Landarbeitsgesetzes 1984, BGBl. Nr. 287, Anwendung findet (siehe insbes. auch § 1 (2) Z 1 ArbVG); dort finden sich ähnliche Bestimmungen zur Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext wie im ArbVG (z.B. § 38c Landarbeitsgesetz: ähnlich § 10 (1) AVRAG, Einzelzustimmung oder § 201 (1) Z 3 Landarbeitsgesetz: Betriebsvereinbarung). Auch auf diese Bestimmungen oder ähnliche Bestimmungen, die Datenverarbeitungen im Beschäftigungskontext zulassen, sollte in § 29 DSG Bezug genommen werden.

Auch gibt es Personen im Unternehmen, deren Daten verarbeitet werden, die nicht in den Anwendungsbereich des ArbVG fallen, wie insbes. die Organe eines Unternehmens oder auch leitende Angestellte. Auf diese Personen können Betriebsvereinbarungen normativ durch die Regelung im Einzelvertrag (z.B. im Rahmen einer dynamischen Verweisung) ausgeweitet werden, wenn die Betriebsvereinbarung diese Ausweitung auch zulässt. Es ist jedoch notwendig, dass auch hier in § 29 DSG klargestellt wird, dass durch diese einzelvertragliche Ausweitung der Geltung einer Betriebsvereinbarung eine taugliche Grundlage für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung geschaffen wird.

Dasselbe gilt für Personen, die als überlassene Arbeitnehmer (im Rahmen der Arbeitskräfteüberlassung) oder z.B. als freie Dienstnehmer in einem Betrieb tätig sind.

Der Vorsitzende:

Der Generalsekretär:

Präsident Ing. Andreas Freistetter e.h.

Mag. Walter Medosch e.h.