

Anmerkungen zum Entwurf des DSG2018

von Ing. Dr. iur. Eike WOLF
Bechardgasse 15/8, 1030 Wien
Konsulent und
EuroPriSe zertifizierter Datenschutzexperte
Email: eike.wolf@wolf-telecom.at

Die Sprache:

Ich empfehle den Legisten im BKA dringend entweder Schönherr „Sprache und Recht“ 1964, zu lesen oder die ersten paar Seiten des Kodex „Bürgerliches Recht“ 2015 zu beherzigen, in denen Werner Doralt und Reinhard Hinger einen Gedanken von Friedrich Nietzsche propagieren:

„Den Stil verbessern – das heißt den Gedanken verbessern.“

In diesem Sinne möge der Nationalrat in seinen Lesungen mehrere Schriftsteller oder Leute mit gutem Deutsch engagieren, die diesen Gesetzestext stilistisch verbessern. Das geht, weil ich habe schon bei Univ. Prof. Schönherr (1982) in seinen Seminaren gelernt, das gutes Deutsch die Verständlichkeit von Gesetzen und damit deren Akzeptanz wesentlich fördert.

Zu §1 (Verfassungsbestimmung)

Abs 2 Der erste Satz kann **übersichtlicher und verständlicher** ausgedrückt werden:

„Beschränkungen sind nur zulässig, wenn

- **die betroffene Person einwilligt oder**
- **es in ihrem lebenswichtigen Interesse ist oder**
- **im öffentlichen Interesse auf Grund einer gesetzlichen Grundlage oder**
- **im überwiegenden berechtigten Interesse eines anderen ist .**

Diese Beschränkungen müssen

- **notwendig und verhältnismäßig sein und insbesondere**
- **im Hinblick auf den Zweck,**
- **die verarbeiteten Daten und**
- **die Verarbeitung für die betroffene Person vorhersehbar sein.**

Im Rahmen hoheitlicher Tätigkeiten dürfen Beschränkungen nur aufgrund von Gesetzen **vorgesehen werden**, die aus den in Art. 8 Abs. 2 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), BGBl. Nr. 210/1958, genannten Gründen notwendig sind“

Zu § 2. Wörter umstellen

„Die Bestimmungen der Verordnung (EU) 2016/679 **gelten** zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. Nr. L 119 vom 4.5.2016 S. 1, (im Folgenden: DSGVO) und für dieses Bundesgesetzes. **Sie gelten auch** für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen, soweit nicht die spezifischeren Bestimmungen des 3. Hauptstücks dieses Bundesgesetzes vorgehen.“

Zu §3:BesseresDeutsch (kein Hauptwortstil):

„**Können** automationsunterstützt verarbeitete personenbezogenen Daten **nicht unverzüglich berichtigt oder gelöscht werden**, weil sie aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nur zu bestimmten Zeitpunkten vorgenommen werden können, so ist die Verarbeitung dieser Daten mit der Wirkung gemäß Art. 18 Abs. 2 DSGVO bis zu diesem Zeitpunkt einzuschränken.“

Zu §4 Abs 1 2. Satz:

„die Rückschlüsse auf diese Person zulassen. **Es sei denn die betroffene Person entbindet ausdrücklich von der Verschwiegenheit.** “

Zu §5 Abs1 :

Die Wiederholung der Überschrift „im öffentlichen Bereich“ sollte unterbleiben, weil schon die Auslegungsregeln §§ 6 – 9 ABGB den Zusammenhang verlangen.

„ ... **Wenn dies seiner Unabhängigkeit im Sinne des Art 38 Abs 3 DSGVO widerspricht, muss er dem nicht nachkommen.**“

Abs3:

„(3) **Die Datenschutzbeauftragten gemäß Abs. 2 tauschen ihre Erfahrungen regelmäßig zur Gewährleistung eines einheitlichen Datenschutzstandards aus.**“

Und so weiter und so fort

Die Regierung hat über ein Jahr Zeit gehabt, das DSG2018 vorzubereiten, aber sie hat es offensichtlich nicht der Mühe wert gefunden, ein verständliches und gutes Deutsch zu verwenden.

Verfassungsproblem:**Zu §1 Abs1:**

Die Einschränkung des Schutzes und der Rechte auf **nur noch natürliche Personen** wirft ein verfassungsrechtliches Problem auf, weil der **Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt** wird. Das DSG 2000 behandelt natürliche Personen und juristische Personen und Personengemeinschaften gemäß §4 Z 3 gleich. Schon in dem Entwurf zur Novellierung 2010 wurde der Einschränkung auf natürliche Personen von fast allen abgegebenen Begutachtungen massiv widersprochen und daher wieder aufgegeben.

Zwar ist es richtig, dass die DSGVO nur noch die natürliche Person schützt und keine Erweiterung wie in der Richtlinie 95/46/EU vorgesehen hat. Diese Einschränkung hat aber erhebliche Folgen, weil zB ein Einzelkaufmann (wie es Familienbetriebe manchmal sind) auch als Unternehmer gegenüber allen anderen (zB Banken) Unternehmen und Personen aller Art alle Datenschutzrechte gemäß Art 12 bis 23 ausüben kann. Nicht so wäre es **für eine GmbH im gleichen Unternehmensbereich. Sie würde alle Rechte verlieren, aber alle Pflichten behalten.**

Das ist sachlich nicht zu rechtfertigen. Der VfGH hat in VfSlg 6240 und 7380 entschieden, dass der **Gleichheitsgrundsatz Vollziehung und Gesetzgebung bindet** und dass er inländischen österreichischen Staatsbürgern und inländischen juristischen Personen ein subjektives Recht gewährt. Eine Differenzierung ist nur sachlich begründet, wenn sie nach objektiven Unterscheidungsmerkmalen erfolgt. Der Verfassungsgerichtshof hat dabei auf die objektive Wirkung einer Regelung abgestellt. **Der Gesetzgeber ist demnach durch den Gleichheitsgrundsatz verpflichtet, an gleiche Tatbestände gleiche Rechtsfolgen zu knüpfen.** Wesentliche Unterschiede im Tatsachenbereich müssen zu entsprechenden unterschiedlichen Regelungen führen.

Unterschiedliche Regelungen, die nicht entsprechende Unterschiede im Tatsächlichen ihre Grundlage haben, sind gleichheitswidrig. Unter der Sachlichkeit einer Regelung ist nicht ihre Zweckmäßigkeit oder Gerechtigkeit zu verstehen. Nach der neueren Judikatur hängt die Sachlichkeit einer Norm von ihrem objektiven Gehalt und nicht von den subjektiven Bemühungen des Gesetzgebers ab. Ob eine Regelung sachlich gerechtfertigt ist, ist nicht nur eine Sach- oder Rechtsfrage, sondern erfordert eine zusätzliche Wertung. Die Entscheidung nach einer bestimmten Wertvorstellung schließt nicht aus, dass diese dargelegt und die getroffene Entscheidung aus ihr rational abgeleitet werden kann.

In Lehre und Rechtsprechung wird ein allgemeines Gebot der Sachlichkeit von Gesetzen vertreten. Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes **bindet der Gleichheitssatz auch den Bundesgrundsatzgesetzgeber.**

Die in den Erläuterungen vorgeschlagene Methode, die in der DSGVO vorgesehenen Befugnisse der Mitgliedstaaten zur Gestaltung weiterer angemessener Maßnahmen, **in die Materiengesetze zu verschieben**, halte ich für **nicht effizient und der Rechtssicherheit abträglich**. Der Grund dafür ist, dass der einfache Bürger – und an diesen soll sich der Entwurf richten – Regelungen über den Datenschutz nicht in einem beliebigen Gesetz sucht, sondern eben im DSG2018 und dort findet er dann keinen Hinweis auf die vielen möglichen Materiengesetze. Das fördert nicht den Gedanken des Datenschutzes und ist daher abzulehnen.

Davon abgesehen führt diese Regelung mit den Materiengesetzen zu vermehrter Unübersichtlichkeit und bläst die Rechtsordnung mit Wiederholungen auf. Zudem kommt noch die erhebliche Gefahr, dass die Gerichte oder Verwaltungsbehörden dann zulässigerweise die dort vorgefundenen Datenschutzbestimmungen nach den dort im Zusammenhang bestehenden Interpretationen auslegen, was zu einer Zersplitterung der Entscheidungen führen wird, obwohl die vorzufindenden Tatsachen im wesentlichen immer die gleichen sind und daher auch eine einheitliche und dem Gleichheitsgrundsatz entsprechende Entscheidung vorsehen würden.

Es ist daher die Flucht in die Materiengesetzgebung entschieden abzulehnen.

Im Detail werden zu folgenden Bestimmungen Anmerkungen gemacht:

Zu Art1:

Es ist außerordentlich begrüßenswert, dass die Zersplitterung in 9 Landesgesetze und 1 Bundesgesetz aufgegeben wird und der Bundesgesetzgeber die Materie an sich zieht. Denn es ist dem Gedanken des Bundesstaates Österreich nicht förderlich, für 8,4 Mio Einwohner 10 verschiedene Datenschutzbestimmungen zuzulassen. Das muss man schlicht als „Schrebergartenmentalität“ bezeichnen.

Zu §1 Abs1 :

Die Einschränkung auf nur natürliche Personen sollte zu Gunsten der früheren Regelung aufgegeben werden. Damit wird keine Verschlechterung des Datenschutzes gegenüber der DSGVO herbeigeführt, sondern es werden auch die in der Rechtsordnung seit 200 Jahren anerkannten Körperschaften mit geschützt. Warum man diesen Schutz ohne nähere Begründung aufgeben will, ist nicht einsichtig. Nur weil die DSGVO ihn auf natürliche Personen einschränkt, hat mit den unterschiedlichen Verfassungen der Mitgliedstaaten zu tun. Diese Einschränkung trifft aber für Österreich nicht zu. Aber auch die DSGVO schreibt in Erwägungsgründen nur vor, dass die VO nur für natürliche Personen gilt. Sie sieht aber in keinem Erwägungsgrund vor, dass nicht ein Mitgliedstaat die Rechte und Pflichten aus der DSGVO auch für die in Österreich seit 200 Jahren gewachsenen juristischen Personen und Personengemeinschaften erstrecken darf. Diese Erstreckung behindert auch nicht den rechtmäßigen Datenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten, den sie erweitert nur den Anwendungsbereich der DSGVO durch dieses DSG2018 auf die genannten Personen und nur in Österreich.

Der Absatz ist aber auch zu eng, weil er nur den Anspruch

- auf Geheimhaltung,
- auf Auskunft.,
- auf Richtigstellung und
- auf Löschung unzulässigerweise verarbeitete Daten

schützt. Warum nicht auch den Anspruch auf

- Widerspruch (mit angemessener Begründung) der Verarbeitung,
- auf Einschränkung der Verarbeitung,
- auf Datenportabilität und
- auf Schutz vor Profiling und automatische Verarbeitung?

Die Gefahr besteht sonst, dass irgendeine Regierung einmal entsprechende ausufernde Gesetze in dieser Richtung durchbringt, die den Schutz entsprechend aushöhlen könnten!

Zu §1 Abs 3:

Die Klarstellung bringt nicht neues, mag aber nützlich sein. Wenn aber schon Klarstellung dann wenigstens ordentlich:

„(3) Das Grundrecht auf Datenschutz **berechtigt und** verpflichtet auch Private.“

Zu §6 Abs 1:

Der Absatz umfasst in dem einen Satz 61 Wörter. Das kann man auch mit mehreren Sätzen ausdrücken, die weit weniger Wörter enthalten. Das ist dann verständlicher zB:

„Arbeitnehmer (Dienstnehmer) und Personen in einem arbeitnehmerähnlichen (dienstnehmerähnlichen) Verhältnis haben personenbezogene Daten geheim zu halten. Dabei ist es unerheblich, ob ihnen die Daten anvertraut oder zugänglich geworden sind. Dies gilt auch für Verantwortliche und Auftragsverarbeiter. Sie haben sie auch geheim zu halten, soweit kein rechtlich zulässiger Grund für eine Übermittlung an Dritte besteht. Dies gilt auch nach Beendigung des Arbeits- oder Dienstvertrags mit dem Verantwortlichen oder Auftragsverarbeiter.“

Das sind 68 Wörter und sagt dasselbe aus, ist leichter verständlich und umfasst auch einen Teil des Absatz2.

Zu §7 Abs 1:

Dieser Satz geht einfacher und außerdem ist die DSB mit Inkrafttreten dieses Gesetzes als entsprechende Behörde bereits in derselben Sekunde eingerichtet, dann kann man einfacher bestimmen:

„Die Datenschutzbehörde ist nationale Aufsichtsbehörde gemäß Art. 51 DSGVO.“

Auch der Abs 2 kann leicht vereinfacht werden:

„Der Datenschutzbehörde steht ein Leiter vor. In seiner Abwesenheit leitet sein Stellvertreter unter den gleichen Regeln wie der Leiter die Datenschutzbehörde.“

In diesem Sinne könnte man viele Bestimmungen vereinfachen und eine klarere Sprache statt des „Amtsdeutsch“ verwenden. Es ist der Gesetzgeber aufgerufen, dies zu verwirklichen.

Zu §10 Abs 3:

Den Legisten ist offenbar unbekannt oder sie haben schlicht vergessen, dass es bereits eine europaweit akkreditierte und **anerkannte Zertifizierungsstelle für Produkte und Services der IT-Industrie gibt, die European Privacy Seal GmbH (EuroPriSe) in Bonn**. Sie vergibt bereits seit 2009 Zertifikate, die die Einhaltung der EU-RL 95/46/EU und der EU-RL 2002/58/EU prüft und rezertifiziert. Sie hat rund 110 Experten (legal and technical) in ganz Europa, die die Prüfungen durchführen, darunter 11 in Österreich. Es gibt bereits amerikansiche Großunternehmen (zB Microsoft), die bestimmte Eigenschaften ihrer Services und Produkte von EuroPriSe zertifizieren lassen. Dafür gibt es ein ausgefeiltes Verfahren mit entsprechenden strengen Kriterien die mittlerweile auf die DSGVO ausgeweitet wurden. Es erscheint unter diesen Gesichtspunkten nicht sehr sinnvoll, die DSB noch einmal entsprechende Kriterien ausarbeiten zu lassen und zugleich eine nationale Akkreditierungsstelle einzurichten. Warum kann diese, wenn man schon eine haben will, nicht im BMWfW verbleiben oder wie in der DSGVO vorgesehen dem Europäischen Ausschuss überlassen. Damit würde die DSB entlastet.

Zu §30:

Warum werden die Tonaufnahmen nicht mit auf genommen? Sie sind genauso sensibel wie Bildaufnahmen und die heutige Technik macht es möglich damit auch Personen zu identifizieren. Darüber hinaus sind die Inhalte manchmal sogar kritischer als die Bildaufnahme. Daher wäre diese Bestimmung um die Tonaufnahmen zu erweitern!

Zu § 39 Abs 1 Z2:

Wann ist ein Verdacht begründet? Da fehlen entsprechende Kriterien, die dieses Wort mit Wertvorstellungen auffüllen, sonst läuft man der Gefahr der Beliebigkeit.

Zu Z5:

Auch Z5 bedarf der Konkretisierung durch Beispiele, sonst ist praktisch jeder Beliebige als Person betroffen.

Zu Überschrift vor §38:

Es sollte wohl eine Überschrift sein!

Zu § 43 Abs 1 Z2:

„Gegebenenfalls die Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten,

Wieso nur *gegebenenfalls*, wenn doch die DSGVO für staatliche Stellen immer einen Datenschutzbeauftragten vorschreibt. D.H „gegebenenfalls“ ist zu streichen.

Abs 2 Z4:

Es liegt hier die falsche Zeit vor, denn die Daten „werden“ nicht mehr erhoben, sondern sie „wurden“ bereits erhoben.

Zu §44 Abs 1 Z2:

Wenn man zum Auskunftsrecht der betroffenen Person ihr nur die „**Kategorien**“ der personenbezogenen Daten mitteilt, dann verweigert man ihr das Recht auf Auskunft und das Recht auf Korrektur eventuell falscher Daten.

Zu Z6:

Es fehlen die Kontaktdaten des Datenschutzbeauftragten!

Zu §50:

Es fehlten schon im DSG2000 die Sicherheitsmaßnahmen für die Protokolldateien. Wenn keine Sicherheitsmaßnahmen gegen Veränderung oder Löschung in den Protokolldateien vorgesehen werden, dann

sind diese, obwohl schon heute Beweismittel, jederzeit fälschbar. Dagegen kann man jede Änderung dieser Dateien durch digitale Signaturen fälschungssicher machen. Das fehlt auch hier und sollte mit einem Absatz sichergestellt werden.

Zu §54:

Es fehlen Sicherheitsmaßnahmen gegen Veränderungen der Protokolldateien. Siehe vorhin.

Zu §62 Abs3:

Wozu wir hier die Verfassungsbestimmung des §7 Abs 3 wiederholt, obwohl sie bereits in §7 Abs 3 bereits statuiert wurde? Es handelt sich doch um die gleiche Aufsichtsbehörde eben die Datenschutzbehörde!

Zu §64 Abs 5:

Hier wird auf §11 Abs 5 2. Satz verwiesen. An dieser Stelle gibt es keinen 2. Satz. Diese Bestimmung besteht nur aus einem Satz. Gemeint ist vielleicht §11 Abs 4 2. Satz.

Dieser Kommentar ist aus Zeitmangel leider nicht vollständig, weil die doch überraschende Behandlung noch vor der Wahl diesen Mangel verursacht hat.