Amt der Wiener Landesregierung

Magistratsdirektion der Stadt Wien
Geschäftsbereich Recht
Rathaus, Stiege 8, 2. Stock, Tür 428
1082 Wien
Tel.: +43 1 4000 82342
Fax: +43 1 4000 99 82310
E-Mail: post@md-r.wien.gv.at
www.wien.at

Parlamentsdirektion Wien

MDR - 407179-2017-17
Bundesgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert, das Datenschutzgesetz erlassen und das Datenschutzgesetz 2000 aufgehoben wird (Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018); Regierungsvorlage; Stellungnahme

Wien, 21. Juni 2017

Gegen die mit Schreiben des Bundeskanzleramtes vom 8. Juni 2017, Zl. 633 769/1-V/2/a/17, übermittelte, im Betreff genannte Regierungsvorlage bestehen gewichtige Bedenken. Es wird daher ersucht, die nachstehende Stellungnahme den Klubs der im Parlament vertretenen Parteien zur Verfügung zu stellen.

Vorweg ist kritisch anzumerken, dass die gegenständliche Regierungsvorlage bereits vor dem Ende der Begutachtungsfrist des Ministerialentwurfes, die erst am 23. Juni 2017 endet, beschlossen und ausgesandt wurde. Mit diesem Vorgehen wurde der Stadt Wien die Möglichkeit genommen, im Rahmen des Begutachtungsverfahrens eine ausführliche Stellungnahme zu dem Gesetzesentwurf abzugeben. Die Stadt Wien nimmt daher zur vorliegenden Regierungsvorlage eingehend Stellung wie folgt:

1. Gewichtige Bedenken:

Zu Art. I, Änderung des B-VG:

Durch die Kompetenzbestimmung, wonach der Bund für die Gesetzgebung in „allgemeinen Angelegenheiten des Schutzes personenbezogener Daten“ zuständig sein soll, wird

die bisherige Kompetenz des Bundes für die automationsunterstützte Verarbeitung und die der Länder für die manuelle Verarbeitung personenbezogener Daten zusammengeführt. Wie aus der Formulierung „allgemeine Angelegenheiten“ ersichtlich ist und auch in den Erläuterungen ausgeführt wird, soll dabei das Verständnis des materienspezifischen Datenschutzes als Annexmaterie erhalten bleiben.

Im Hinblick darauf sind die Ausführungen in den erläuternden Bemerkungen zu Art. 1 des gegenständlichen Entwurfes insofern nicht eindeutig, als spezifische bundesgesetzliche Datenverarbeitungen als „datenschutzrechtliche Annexmaterie“ zukünftig erlassen werden könnten.

Gerade in Bezug auf das Transparenzdatenbankgesetz bleibt auch nach dem vorliegenden Entwurf die Regelungskompetenz des Bundes für spezifische datenschutzrechtliche Regelungen auf jene Bereiche beschränkt, in denen sie auch sonst dem Bund zukommt. Dies umfasst insbesondere nicht die Schaffung von Bestimmungen zur Datenverwendung ohne primär datenschutzrechtliche Zielsetzung, wenn die Gesetzgebungskompetenz für die zu Grunde liegende Materie in die Zuständigkeit der Länder fällt. Eine diesbezügliche Klarstellung in den Erläuterungen ist daher unbedingt erforderlich.

Das Zusammenführen der Regelungskompetenz für allgemeine Angelegenheiten des Schutzes personenbezogener Daten beim Bund sollte keinesfalls dazu führen, dass Bestimmungen über eine Datenverwendung in Materien mit Regelungskompetenz der Länder vom Bundesgesetzgeber an sich gezogen werden. Dies würde zu einem Verschwimmen der Zuständigkeitsbestimmungen und einer kompetenzrechtlich bedenklichen Ausweitung der Regelungskompetenzen des Bundes führen. Zudem würde dadurch dem Wesen und Verständnis des Datenschutzrechts als Annexmaterie und dem Wortlaut des Entwurfes widersprochen, wonach sich die Regelungskompetenz des Bundes auf allgemeine Angelegenheiten des Schutzes personenbezogener Daten beschränkt.

2. Sonstige Anmerkungen:

Zu Art. 2, Entwurf eines Bundesgesetzes:

Zu § 1:

Der Begriff „Einwilligung“ in Abs. 2 ist im strengen Sinne der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) auszulegen und hat den Voraussetzungen des Art. 7 der Datenschutz-Grundverordnung zu entsprechen. Eine Referenz auf die Bestimmungen der Datenschutz-Grundverordnung nach dem Wort „Einwilligung“ wäre angebracht, um missverständliche Interpretationen hintan zu halten.

Bedauerlicher Weise definiert weder die Datenschutz-Grundverordnung noch die vorliegende Regierungsvorlage den Begriff des „lebenswichtigen Interesses“ näher. Da der Begriff eng auszulegen ist, wird eine Klarstellung - zumindest in den Erläuterungen - angeregt.

Zu § 3:

Die Datenschutz-Grundverordnung definiert nicht die Art und Weise, wie Daten zu „löschen“ sind und innerhalb welchen Zeitraums. Da hier in der Umsetzung ein Interpretati-

onsspielraum bleibt, wäre zu unterscheiden zwischen einem Anspruch des Betroffenen auf Löschung und jenem Zeitraum, innerhalb dessen Daten zulässiger Weise verarbeitet werden dürfen (Lebensdauer, Lebenszyklus der Daten im System). Der Anspruch des Betroffenen auf Löschung unrechtmäßig verarbeiteter Daten wird unverzüglich zu erfüllen sein. Das laut § 3 vorgesehene Ausweichen auf Art. 18 DSGVO aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen wird wohl nicht zulässig sein, da Art. 18 DSGVO die Fälle seiner Anwendbarkeit taxativ aufzählt. Auch wäre dieses Ausweichen kaum praktikabel, da die Einschränkung der Verarbeitung einen ebenso hohen Aufwand erfordern wird wie das Löschen selbst. Eine andere Fallkonstellation liegt vor, wenn Daten, die für den Zweck der Verarbeitung nicht mehr benötigt werden, periodisch aus dem System entfernt werden. Hier soll dem Auftragsverarbeiter ein angemessener Zeitraum für die periodischen Bereinigungen zugestanden werden. Für diesen Fall bietet § 3 allerdings auch keine praktikable Lösung.

Es wird daher angeregt, auf die Bestimmung zur Gänze zu verzichten, um Konflikte mit dem EU-Recht zu vermeiden. Aus Sicht der Auftragsverarbeiter ist der angesprochene Interpretationsspielraum bezüglich des Löschens von Daten (physisches Löschen, logisches Löschen, ...) durchaus erwünscht. Den datenschutzrechtlichen Anforderungen des Löschens wird wohl entsprochen werden, wenn die Verwendung der Daten durch die AnwenderInnen des technischen Systems unmöglich gemacht wird und ein allenfalls technisch möglicher Missbrauch durch AdministratorInnen durch entsprechende Kontroll- und Sicherheitsmaßnahmen hintan gehalten wird.

Zu § 7 Abs. 3:

Eine Klarstellung, ob nur die in diesem Bundesgesetz genannten Befugnisse gemeint sind, wäre wünschenswert.

Zu § 10:

Die Aufgaben der Aufsichtsbehörde sind in Art. 57 DSGVO wesentlich umfassender und vollständig geregelt. § 10 vermittelt somit den Eindruck, als hätte die Aufsichtsbehörde keine weiteren Aufgaben. Andererseits geht der in § 10 geregelte Inhalt ohnedies bereits weitgehend aus der Datenschutz-Grundverordnung hervor. Im nationalen Gesetz sollte - auch unter der Gefahr der „Wiederholung“ der Datenschutz-Grundverordnung - auf die Aufgaben umfassend Bezug genommen und sollten allenfalls erforderliche Konkretisierungen vorgenommen werden.

Zu § 11:

Es gilt das bereits zu § 10 Gesagte. Zu Abs. 3 ist anzumerken, dass die Datenschutz-Grundverordnung eine Befugnis zur Anzeigeerstattung vorsieht, der Gesetzesentwurf aber eine Pflicht zur Anzeige normiert. Daher bedürfte es dazu in den Erläuterungen nähere Ausführungen. Im Absatz 6 ist unklar, auf welche „diesbezügliche Kriterien“ sich Zweifel beziehen sollen. Zum Wort „Person“ ist anzumerken, dass diese grammatikalisch weiblichen Geschlechts ist, sodass der folgende Relativsatz mit „die“ beginnen müsste.

Zu § 12:

In § 12 wird die Vorlage eines jährlichen Tätigkeitsberichts bei den Bundesorganen geregelt. Es fehlt die Übermittlung an die Bundesländer bzw. die Möglichkeit einer Stellungnahme vor Veröffentlichung des Berichtes. Hier ist die Normierung einer gesetzlichen Frist vorzusehen. Weiters fehlt die Einbeziehung von Ländern und Gemeinden, die hier ebenso um die Möglichkeit einer Stellungnahme vor Zugänglichmachung der Öffentlichkeit gebracht werden.

Zu § 13:

Es wird zu Bedenken gegeben, dass eine Verlängerung bzw. Unterbrechung der Entscheidungsfrist von sechs Monaten (§ 73 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes) aus den Gründen des § 13 Abs. 10 Z 2 - Zusammenarbeit und Kohärenz zwischen Datenschutzbehörden - für die betroffene Person unzumutbar sein kann.

Zu § 15:

Thematisch wäre diese Bestimmung besser im 1. Abschnitt aufgehoben. Inhaltlich wäre eine Klarstellung wünschenswert, dass der öffentliche Bereich mit der öffentlichen Stelle der Datenschutz-Grundverordnung gleichzusetzen ist bzw. könnte es als Klammerausdruck aufgenommen werden.

Zu § 17:

Die Möglichkeit, dass sich eine Person einer Non Governmental Organisation zur Einreichung einer Datenschutzbeschwerde bzw. sogar auf Geltendmachung von Schadenersatz bedienen kann, ist neuartig im österreichischen Recht. Dies lässt die Senkung der Hemmschwelle auch zur möglichen missbräuchlichen Inanspruchnahme dieser Stellen befürchten und einen unverhältnismäßigen Anstieg an Datenschutzbeschwerden und dem damit verbundenen Aufwand und die entsprechende Ressourcenbindung aller beteiligten Stellen einschließlich der Gerichte erwarten. Da auch die Datenschutz-Grundverordnung eine derartige Regelung nur für den Fall vorsieht, wenn eine derartige Möglichkeit im Mitgliedstaat vorgesehen ist und dies (bislang) in dieser Form im österreichischen Rechtsbestand nicht der Fall war, wird diese Regelung aus den oben angeführten Gründen kritisch gesehen.

Zu § 19:

Es ist offen, wie mit Sozietäten, die keine juristischen Personen sind (insbesondere die beiden Personengesellschaften Offene Gesellschaft und Kommanditgesellschaft) umzugehen ist.

Zu § 21:

Es stellt sich die Frage, weshalb in einem wesentlichen beratenden Gremium wie dem Datenschutzrat nicht alle Länder vertreten sind bzw. die Länder verhältnismäßig unterrepräsentiert sind.

Zu § 24:

Da der Datenschutzrat ein beratendes Organ ist, das unter anderem Empfehlungen für die weitere Rechtsentwicklung gibt und sich in seiner Expertise auch auf die bisherige Datenschutzpraxis stützt, ist die hier pauschal normierte Verschwiegenheitspflicht als zu weitgehend zu beurteilen. Sie stellt auch eine Verschärfung gegenüber dem bisherigen Datenschutzgesetz 2000 (DSG 2000) dar, welches die Geheimhaltung darauf einschränkte, ob sie im öffentlichen Interesse oder im Interesse einer Partei geboten war. Es wird daher angeregt, die Verschwiegenheit weiterhin auf ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse einzuschränken und § 24 mit folgendem Nebensatz zu beenden:

„..., soweit sie im öffentlichen Interesse oder im schutzwürdigen Geheimhaltungsinteresse einer Person geboten ist."

Zu § 25:

Eine Verschlüsselung der Daten gemäß Absatz 5 erscheint nicht notwendig, wenn sie bereits in pseudonymisierter Form vorliegen. Offensichtlich bezieht sich das Gebot der Verschlüsselung darauf, dass ein direkter Personenbezug besteht bzw. hergestellt werden kann und eben nicht in allen Phasen der Verarbeitung die Daten im Sinne des § 25 Abs. 1 Z 3 für den Verantwortlichen vorliegen. Wenn nämlich Daten gemäß § 25 Abs. 1 Z 3 für den Verantwortlichen vorliegen, existiert für den Verantwortlichen gar kein Personenbezug und eine Verschlüsselung wäre völlig überflüssig.

Der Satz kann daher nur wie folgt verstanden werden:

„Auch in jenen Fällen, in welchen die Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung oder Statistik in personenbezogener Form zulässig ist, ist der Personenbezug unverzüglich zu verschlüsseln, ***wenn nicht in allen*** *Phasen der wissenschaftlichen oder statistischen Arbeit mit personenbezogenen Daten gemäß Abs. 1 Z 3 das Auslangen gefunden werden kann."*

Zu § 26:

Der Inhalt von § 47 Abs. 2 Z 2 lit. b DSG 2000 wurde sinnwidrig übernommen. Wenn § 26 Abs. 2 Z 2 lit. b fordert, dass „keine" der betroffenen Personen ... Widerspruch erhoben hat, würde der Widerspruch einer einzigen Person die Verarbeitung vereiteln. Es wird daher empfohlen, die alte Formulierung des § 47 Abs. 2 Z 2 lit. b DSG 2000 zu übernehmen.

Zu § 27:

Das Recht auf Datenschutz steht in einem Spannungsverhältnis zum Recht auf freie Meinungsäußerung und der Freiheit der Kunst und Wissenschaft. Aus diesem Grund fordert Art. 85 DSGVO die Mitgliedstaaten auf, den Schutz personenbezogener Daten in Einklang mit der Ausübung dieser Grundrechte zu bringen und sieht in Abs. 2 vor, dass die Mitgliedstaaten zum Schutz dieser Grundrechte Ausnahmen von der Anwendung der Bestimmungen einiger taxativ aufgezählter Kapitel der Datenschutz-Grundverordnung vornehmen können. § 27 des vorliegenden Entwurfs wiederholt inhaltlich die Möglichkeit dieser Öffnungsklausel ohne näher zu konkretisieren und zu begründen. Mit der einleitenden Dik-

tion des § 27 „Soweit dies erforderlich ist ...“ wird keine konkrete gesetzliche Maßnahme getroffen, die einen Mehrwert gegenüber Art. 85 DSGVO bringt und die Erfordernisse der widerstreitenden Grundrechte abwägt.

Zu § 29:

Die ausschließliche Bezugnahme auf das Arbeitsverfassungsgesetz reicht nicht aus und ist eine Diskriminierung der im öffentlichen Dienst Beschäftigten.

Zu §§ 30ff:

Eine Abgrenzung zum Medienrecht wird angeregt. Ebenso wird angeregt, den Einsatz von Drohnen, welche mit Kameras ausgerüstet sind, rechtlich zu regeln. Angeregt wird weiters - zur Verbesserung der geltenden Rechtslage - die Dokumentations- und Protokollierungspflichten konkreter auszugestalten.

Zu § 30:

Es bestehen Bedenken, dass der Tatbestand des § 30 Abs. 2 Z 4 einen zu weiten Interpretationsspielraum für zulässige Videoüberwachungen eröffnet. Dies trifft auch auf Abs. 3 Z 3 zu: Hier sollten weitere Einschränkungen vorgesehen werden, etwa, dass öffentliche Verkehrsflächen von diesem Tatbestand ausgenommen sind, oder in Hinblick auf die Kennzeichnungspflicht, die den der Bildaufzeichnung unterliegenden Raum deutlich abgrenzt, also nicht pauschal ein ganzes Gebiet, sondern jeweils die konkret überwachte Fläche.

Zu § 33:

Es wird wohl so sein, dass der Verantwortliche die technische Einrichtung (vgl. § 30 Abs. 1) zur Bildaufnahme zu kennzeichnen hat. Der Entfall der Kennzeichnungspflicht in den Fällen des § 30 Abs. 3 Z 3 wird kritisch gesehen.

Zu § 38:

Die Überschrift wurde nicht formatiert.

Zu 3. Hauptstück, 2. Abschnitt:

Für eine bessere Wahrnehmung der Betroffenenrechte und im Sinne der Verwaltungsökonomie wird vorgeschlagen, Bestimmungen analog der §§ 42 Abs. 7, 43 Abs. 3 und 44 Abs. 1 und 5 auch in das 2. Hauptstück aufzunehmen.

Zu § 70:

In den Erläuterungen zu § 70 des Entwurfes des Datenschutz-Anpassungsgesetzes 2018 ist dargelegt, dass der, derzeit in § 51 DSG 2000 geregelte, gerichtlich strafbare, Tatbestand der Datenverarbeitungen in Gewinn- oder Schädigungsabsicht weitgehend unverändert in das neue Datenschutzgesetz übernommen werden soll. Dieses Ziel wurde augenscheinlich nicht erreicht:

§ 51 DSG 2000 sieht nämlich eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr vor, während § 70 des gegenständlichen Entwurfes entweder diese Freiheitsstrafe oder eine Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen als Sanktionen regelt. Mit der Möglichkeit der Verhängung einer Geldstrafe wird das im Allgemeinen Teil der Erläuterungen Seite 1, letzter Absatz (wie auch im Besonderen Teil Seite 16, 2. Abs.), formulierte Ziel, das Datenschutzniveau nicht abzusenken, zumindest indirekt unterwandert, da diese Bestimmung dadurch eine weitaus geringere Eignung aufweist, generalpräventiven Zwecken zu dienen. Der Zweck der bisherigen Regelung bestand genau darin, eine möglichst hohe abschreckende Wirkung zu haben, damit derart schädigendes Verhalten hintan gehalten werden kann.

Zu Art. 3, Anpassungsbestimmungen:

In den Anpassungsbestimmungen wird normiert, dass, soweit in Bundesgesetzen auf die Begriffe „Auftraggeber“ und „Dienstleister“ Bezug genommen wird, diese Ausdrücke durch die Begriffe „Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“ in der jeweils grammatikalisch richtigen Form ersetzt werden sollen und dass allgemeine Verweise auf das aufgehobene Datenschutzgesetz 2000 als Verweise auf die Datenschutz-Grundverordnung und das Datenschutzgesetz, BGBl. I Nr. xxx/2017 gelten. Im Hinblick auf den Grundsatz der hinreichenden Bestimmtheit wird angeregt, die für die terminologischen Änderungen in Betracht kommenden Rechtsvorschriften einzeln anzuführen.

Außerdem wurde der Begriff „Einwilligung“ außer Acht gelassen.

Zu den Erläuternden Bemerkungen:

Ad Erläuterungen, Besonderer Teil, zu den §§ 30 bis 33, Seite 15 von 29, Ende erster Absatz: Gemeint ist hier anstelle des § 31 Abs. 4 Z 1 wohl der § **30** Abs. 4 Z 1.

Sonstige Anmerkungen:

Es ist generell kritisch anzumerken, dass der Entwurf keine Ausführungsbestimmungen zur Dokumentation der Verarbeitungstätigkeiten sowie zur Datenschutz-Folgenabschätzung - damit ist auch keine Ausnahme möglich, selbst wenn eine Norm die Verarbeitung von personenbezogenen Daten schon vorschreibt - enthält. Darüber hinaus sollte klargestellt werden, ob bestehende Einwilligungserklärungen weitergelten oder diese zu erneuern wären.

Darüber hinaus wird aus Sicht der Praxis angeregt, das Betrachtungsfeld der digitalen Prozesse über den Bereich des Datenschutzes hinaus zu erweitern: Aus den Erfahrungen der letzten Cyberangriffe ist erkennbar, dass eine singuläre Betrachtung aus Datenschutzsicht (und daher nicht auch aus der Sicht der anderen in Betracht kommenden Materiengesetze, die den Schutz der Funktionalitäten berücksichtigen), eine erhöhte Gefahr für digitale Prozesse darstellt. Es ist daher zu fordern, dass die unterschiedlichen Meldestellen in den jeweiligen betreffenden gesetzlichen Normen über eine zu etablierende „Meldedrehscheibe“ (= Sicht der Betreiber und auch des Bundesministeriums für Gesundheit und Frauen) verbunden werden. Das Einmelden einer Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten sollte dann gesetzlich verpflichtend über diese „Meldedrehscheibe“ erfolgen.

Bedauerlich ist das kommentarlose Außerkrafttreten der Standard- und Musterverordnung. Auch wenn die Meldepflicht künftig entfällt, müssen doch die Auftraggeber selber ihre Verarbeitungen im Wesentlichen mit den gleichen Inhalten wie eine Datenschutzmeldung dokumentieren. Die Vorlagen aus der Standard- und Musterverordnung wären eine geeignete Hilfe dafür. Es wird vorgeschlagen, für gleichartige Datenverarbeitungen, die von einer Vielzahl von Auftraggebern besorgt werden, z. B. auf Verordnungswege, Vorlagen zur Verfügung zu stellen und Erweiterungen - eventuell auch auf Anregung des Datenschutzrates - vorzunehmen.

Für den Landesamtsdirektor:

Mag. Karl Pauer
Bereichsdirektor

Ergeht an:
1. Präsidium des Nationalrates

2. Bundeskanzleramt
   (zu 633 769/1-V/2/a/17)

3. alle Ämter der Landesregierungen

4. Verbindungsstelle der Bundesländer

5. MA 63
   (MA 63 - 439493/2017)
   mit dem Ersuchen um Weiterleitung an die einbezogenen Dienststellen