

BUNDESKANZLERAMT ■ VERFASSUNGSDIENST

GZ • BKA-651.059/0002-V/2/b/2017
ABTEILUNGSMAIL • V@BKA.GV.AT
BEARBEITER • MAG. DR. RONALD BRESICH
PERS. E-MAIL • RONALD.BRESICH@BKA.GV.AT
TELEFON • +43 1 53115-202543
IHR ZEICHEN • MA 63 – 789205/2017

An das Amt der
Wiener Landesregierung

Per E-Mail: post@ma63.wien.gv.at

Antwort bitte unter Anführung der GZ an die Abteilungsmail

Betreff: Entwurf eines Wiener Landesgesetzes, mit dem das Wiener Datenschutz-Anpassungsgesetz (WDSAG) erlassen und das Gesetz über den Schutz personenbezogener Daten (Wiener Datenschutzgesetz – Wr. DSG) aufgehoben wird;

Begutachtung; Stellungnahme

Zum mit der do. oz. Note übermittelten Gesetzesentwurf nimmt das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst wie folgt Stellung:

Datenschutzrechtliche Vorbemerkungen:

1. Die Verordnung (EU) 2016/679 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) auferlegt dem Verantwortlichen (Art. 4 Z 7 DSGVO) zahlreiche Pflichten (zB Führung des Verzeichnisses gemäß Art. 30 DSGVO oder Benennung eines Datenschutzbeauftragten gemäß Art. 37 DSGVO). Aus diesem Grund sollte in den Erläuterungen die datenschutzrechtliche Rollenverteilung – insbesondere wer Verantwortlicher gemäß Art. 4 Z 7 DSGVO ist – klargestellt werden.
2. Im Lichte des Transformationsverbots sollte die gesetzliche Anordnung der Geltung der DSGVO (oder bestimmter Teile davon) jedenfalls vermieden werden (zu den eingeschränkten Möglichkeiten der Übernahme einzelner Regelungen der DSGVO in nationales Recht siehe Erwägungsgrund 8 der DSGVO).
3. Im Übrigen wird auf das Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst betreffend die Überprüfung und Anpassung von Materiengesetzen aufgrund der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) und des Datenschutz-Anpassungs-

gesetzes 2018, GZ BKA-810.026/0035-V/3/2017, vom 2. August 2017 (abrufbar unter <http://archiv.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=66803>), hingewiesen.

Zu § 1:

Statt „Ergänzung“ der DSGVO (siehe § 1 Abs. 1 des vorliegenden Entwurfs) sollte es besser „Durchführung“ heißen (siehe auch § 64 Abs. 1 DSG in der Fassung des Datenschutz-Anpassungsgesetzes 2018, BGBl. I Nr. 120/2017).

Das DSG verwendet in § 1 Abs. 3 und § 4 Abs. 5 zwar den Begriff „Datei[en]“; der Begriffsinhalt entspricht aber jenem des „Dateisystems“ (Art. 4 Z 6 DSGVO). Eine eigene materiengesetzliche Definition der „Datei“ sollten im Sinn der erforderlichen Übereinstimmung mit den Begrifflichkeiten der DSGVO vermieden werden und statt „Datei“ sollte der Begriff „Dateisystem“ (Art. 4 Z 6 DSGVO) verwendet werden.

Zu § 2:

1. § 2 regelt die „Verwendung“ personenbezogener Daten „im Land“. Die in Art. 3 DSGVO getroffene – unmittelbar anwendbare – Regelung über den räumlichen Anwendungsbereich geht nicht ausschließlich vom Territorialitätsprinzip aus. § 4 Abs. 5 DSG in der Fassung des Datenschutz-Anpassungsgesetzes 2018 legt zudem fest, das manuell geführte „Dateien“ für Zwecke solcher Angelegenheiten, in denen die Zuständigkeit zur Gesetzgebung Bundessache ist, als Datenverarbeitungen im Sinn der DSGVO und des DSG gelten.

§ 2 Abs. 1 des Entwurfes widerspricht somit Art. 3 DSGVO bzw. deckt nicht den vollständigen Anwendungsbereich des Art. 3 DSGVO ab. Es sollte für den Anwendungsbereich des Gesetzes auf manuell geführte Dateisysteme für Zwecke solcher Angelegenheiten abgestellt werden, in denen die Zuständigkeit zur Gesetzgebung Landessache ist.

Fraglich ist zudem, welchen Zweck § 2 Abs. 2 verfolgt. Die „Haushaltsausnahme“ ergibt sich unmittelbar aufgrund des Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO und müsste nur dann gesondert geregelt werden, wenn vom Gesetz auch personenbezogene Daten umfasst sind, die über den Anwendungsbereich der DSGVO hinausgehen.

Die Durchfuhr personenbezogener Daten sollte nicht ausgenommen werden, da auch die DSGVO eine derartige Ausnahme nicht vorsieht.

Aus den genannten Gründen wird zur Erwägung gestellt, den § 2 ersatzlos entfallen zu lassen.

- 3 -

2. Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass der Begriff der „Verwendung“ von Daten der DSGVO fremd ist; im Sinn einer einheitlichen Terminologie sollte stattdessen der Begriff der „Verarbeitung“ (Art. 4 Z 2 DSGVO) verwendet werden.

Zu § 3:

1. Die in Art. 4 DSGVO festgelegten Begriffsbestimmungen gelten unmittelbar. Es wird daher eine Prüfung dahin angeregt, ob die in § 3 erster Satz vorgesehene Regelung, wonach die im Gesetz verwendeten Begriffe die in Art. 4 DSGVO festgelegte Bedeutung haben, entfallen kann.

2. Die DSGVO verwendet in mehreren Bestimmungen den Begriff der „öffentlichen Stelle“ (siehe etwa Art. 37 Abs. 1 lit. a oder Art. 83 Abs. 7 DSGVO). Dabei legt die DSGVO nicht fest, was unter diesem Begriff zu verstehen ist. Seitens der Europäischen Kommission wurde die Rechtsansicht vertreten, dass sich dies nach dem Recht des Mitgliedstaates bestimme (so grundsätzlich auch die Leitlinien der Art. 29-Datenschutz-Gruppe in Bezug auf Datenschutzbeauftragte, WP 243 rev.01, zuletzt überarbeitet und angenommen am 5. April 2017).

Es ist davon auszugehen, dass die „Behörde oder öffentliche Stelle“ gemäß Art. 37 Abs. 1 lit. a DSGVO mit dem „Verantwortlichen des öffentlichen Bereichs“ gemäß § 26 Abs. 1 DSG gleichzusetzen ist.

Das DSG verwendet den Begriff der „öffentlichen Stelle“ zudem selbst in § 30 Abs. 5. Dabei handelt es sich um Stellen, die im Rahmen der Hoheitsverwaltung oder „schlichten“ Hoheitsverwaltung tätig werden.

Da § 4 Abs. 3 des vorliegenden Gesetzes auf den 3. Abschnitt des 2. Hauptstückes des DSG (§§ 24 bis 30 DSG) verweist, läge die Annahme nahe, dass damit auch der dargestellte Begriffsinhalt der „öffentlichen Stelle“ im Sinn des § 30 Abs. 5 DSG übernommen werden soll. Mit diesem Begriffsinhalt steht jedoch die Definition der „öffentlichen Stelle“ in § 3 lit. a des Entwurfes im Widerspruch. Es wird daher empfohlen, die „öffentlichen Stelle“ nicht gesondert zu definieren.

3. Zur Durchfuhr von personenbezogenen Daten siehe die Anmerkungen zu § 2.

4. Eine gesonderte Begriffsdefinition der „Datei“ im nationalen Recht sollte vermieden werden. Auf die Anmerkungen zu § 1 wird hingewiesen.

Zu § 4:

1. Da § 4 Abs. 2 und 3 nur *sinngemäß* auf Teile des DSG verweisen, sollte zumindest in den Erläuterungen dargelegt werden, welche Regelungen des DSG übernommen werden und in welchen Teilen davon abgewichen wird.
2. Der Verweis in § 4 Abs. 2 umfasst auch die Bildverarbeitung (§§ 12 und 13 DSG). Es stellt sich die grundsätzliche Frage, welche manuellen Dateien im Zuge einer Bildverarbeitung verarbeitet werden. Der Verweis auf den 3. Abschnitt des 1. Hauptstücks des DSG sollte daher geprüft werden.
3. § 4 Abs. 3 verweist auf den 3. Abschnitt des 2. Hauptstücks des DSG (Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen). Die Erläuterungen führen diesbezüglich zwar aus, dass die Wahrnehmung der Aufgaben auch im Bereich des Landes durch die Datenschutzbehörde erfolgen soll. Es sollte jedoch auch im Gesetzestext – wie in § 18 Abs. 1 DSG in der Fassung des Datenschutz-Anpassungsgesetzes 2018 auf Bundesebene – klar zum Ausdruck gebracht werden, welche Behörde im Anwendungsbereich des Landesgesetzes als Aufsichtsbehörde gemäß Art. 51 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 54 Abs. 1 lit. a DSGVO festgelegt wird. Ein allgemeiner „*sinngemäßer*“ Verweis auf den 2. Abschnitt des 2. Hauptstücks erscheint nicht ausreichend, dies insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass der Datenschutzbehörde im Rahmen ihrer Zuständigkeit die Verhängung von Geldbußen gegenüber natürlichen und juristischen Personen obliegt (§ 22 Abs. 5 in Verbindung mit § 30 DSG).

In Hinblick auf Art. 131 Abs. 1 und 2 B-VG ist im vorliegenden Zusammenhang grundsätzlich von einer Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes auszugehen. Dementsprechend wird die Anordnung der *sinngemäßen* Anwendung des 3. Abschnitts des 2. Hauptstücks des DSG (somit auch jener Paragraphen, die von einer Zuständigkeit des *Bundesverwaltungsgerichtes* ausgehen) dahin zu verstehen sein, dass Beschwerden an das *Landesverwaltungsgericht* zu richten sind. Diese Annahme wird auch durch die Erläuterungen bestätigt, die zwar in Hinblick auf die Zuständigkeiten der Datenschutzbehörde das Erfordernis der Zustimmung der Bundesregierung gemäß Art. 97 Abs. 2 B-VG erwähnen, nicht jedoch eine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und eine damit einhergehende Zustimmungspflichtigkeit nach Art. 131 Abs. 5 in Verbindung mit Art. 97 Abs. 2 B-VG.

Zu § 5:

1. Im Hinblick auf den Datenschutzbeauftragten ist anzumerken, dass die Bestimmungen im 2. Hauptstück in Verbindung mit dem Geltungsbereich nach § 1 Abs. 1 nur die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten für nicht-automationsunterstützt geführte Dateien im Kompetenzbereich des Landes regelt. Nicht umfasst ist der Datenschutzbeauftragte für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten in Landesbehörden. Da dieser Regelungsbereich nicht in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fällt, findet § 5 DSG auch keine Anwendung auf die Datenschutzbeauftragten in Landesbehörden. Es sollte geprüft werden, ob die im Entwurf vorgesehenen Regelungen zum Datenschutzbeauftragten auch auf die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten in Landesbehörden erstreckt werden sollten.
2. Es sollte klarer geregelt werden, dass ein gemeinsamer Datenschutzbeauftragter von mehreren Verantwortlichen benannt wird. Hinsichtlich der Frage der konkreten datenschutzrechtlichen Rollenverteilung wird auf die Vorbemerkungen verwiesen.
3. § 5 Abs. 3 sieht vor, dass der Magistrat für die Bereitstellung der personellen und sachlichen Erfordernisse des Datenschutzbeauftragten zu sorgen hat. Art. 38 Abs. 2 DSGVO (der unmittelbar anwendbar ist) legt jedoch bereits fest, dass der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter den Datenschutzbeauftragten bei der Erfüllung seiner Aufgaben unterstützen, indem sie die für die Erfüllung dieser Aufgaben erforderlichen Ressourcen und den Zugang zu personenbezogenen Daten und Verarbeitungsvorgängen sowie die zur Erhaltung seines Fachwissens erforderlichen Ressourcen zur Verfügung stellen. Im Lichte des Transformationsverbotes sollte die Regelung in § 5 Abs. 3 daher entfallen.
4. Zu der in § 5 Abs. 4 vorgesehenen Bestimmung eines „Vertreters“ wird darauf hingewiesen, dass die DSGVO keinen Stellvertreter für den Datenschutzbeauftragten – und damit auch keine Rechte und Pflichten des Stellvertreters – regelt. Es sollte deshalb hinsichtlich des Stellvertreters nicht nur auf die sich aus dem Gesetz ergebenden Rechte und Pflichten des Datenschutzbeauftragten, sondern auch auf die Rechte und Pflichten des Datenschutzbeauftragten nach der DSGVO (Kapitel IV Abschnitt 4 der DSGVO) verwiesen werden.

Zu § 6:

§ 5 Abs. 3 DSG sieht keine allgemeine Aufsicht über den Datenschutzbeauftragten vor; das oberste Organ hat (nur) das Recht, sich über die Gegenstände der Geschäftsführung beim Datenschutzbeauftragten im öffentlichen Bereich zu unterrichten. Dem ist vom Datenschutzbeauftragten nur insoweit zu entsprechen, als dies nicht der Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten im Sinn des Art. 38 Abs. 3 DSGVO widerspricht.

§ 6 Abs. 2 des vorliegenden Entwurfes unterstellt den Datenschutzbeauftragten einer Aufsicht und verpflichtet den Datenschutzbeauftragten zur Auskunftserteilung. Es sollte geprüft werden, ob § 6 Abs. 2 den Vorgaben des Art. 38 Abs. 3 DSGVO entspricht und ob eine Einschränkung nach dem Vorbild des § 5 Abs. 3 DSG vorgesehen werden kann.

Zu den §§ 7 und 8:

Die Erläuterungen zu § 8 führen aus, dass ein eigenes Datenverarbeitungsmanagementsystem betrieben werden soll. Diesbezüglich wird darauf hingewiesen, dass sich die Pflicht zur Führung eines Verzeichnisses von Verarbeitungstätigkeiten bereits unmittelbar aufgrund des Art. 30 DSGVO ergibt. Auch die Pflicht zur Wahrnehmung der in Kapitel III der DSGVO geregelten Rechte der betroffenen Person erfolgt unmittelbar aufgrund der DSGVO und bedarf keiner Regelung im nationalen Recht. Die Rechte der betroffenen Person können nur unter den in Art. 23 DSGVO vorgesehenen Voraussetzungen beschränkt werden.

In diesem Zusammenhang erscheint auch unklar, wer Verantwortlicher der in § 8 Abs. 2 genannten Datenverarbeitungen ist bzw. ob der Magistrat in § 8 Abs. 2 und 3 allenfalls nur als Auftragsverarbeiter (Art. 4 Z 8 DSGVO) tätig wird und damit nur eine (technische) Abwicklung der Verarbeitung sowie eine „interne“ Zuständigkeit für die Rechte des Betroffenen wahrnehmen soll.

In diesem Sinne sollte geprüft werden, ob die in § 8 Abs. 2 und 3 vorgesehenen Regelungen im Lichte des Transformationsverbotes entfallen sollten.

Zu § 9:

Betroffene Personen können den Datenschutzbeauftragten schon aufgrund von Art. 38 Abs. 4 DSGVO (der unmittelbar anwendbar ist) zu allen mit der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten und mit der Wahrnehmung ihrer Rechte gemäß

- 7 -

dieser Verordnung im Zusammenhang stehenden Fragen zu Rate ziehen. Die Transformation dieser Regelung in § 9 Abs. 1 des Entwurfs sollte vermieden werden.

22. Dezember 2017
Für den Bundesminister
für Kunst und Kultur, Verfassung und öffentlichen Dienst:
ZAVADIL

Elektronisch gefertigt

