



## Datenschutzkommission

Hofburg

1014 Wien  
01 531 15 2525  
01 531 15 26 90  
[www.dsk.gv.at](http://www.dsk.gv.at)

GZ: K054.016/0002-DSK/2008  
DSG-Novelle 2008, Stellungnahme

Die Datenschutzkommission hat unter dem Vorsitz von Dr. SPENLING und in Anwesenheit der Mitglieder Dr. STAUDIGL, Dr. KOTSCHY, Mag. MAITZ-STRASSNIG, Mag. ZIMMER und Dr. BLAHA sowie des Schriftführers Dr. KÖNIG in ihrer Sitzung vom 16. Mai 2008 folgenden Beschluss gefasst:

Zu dem mit GZ: BKA 810.026-V/3/2008 versendeten Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten geändert wird (DSG-Novelle 2008), wird die folgende

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

abgegeben:

#### Allgemeines:

##### 1. Vorbemerkungen zur Form der Stellungnahme:

Da die Datenschutzkommission vielfach auch Änderungsanregungen vorbringen möchte, die zu keiner der Novellenziffern zuordenbar sind, ist die Stellungnahme nach den Abschnitten des DSG 2000 gegliedert und bringt beim jeweiligen Abschnitt alle Änderungswünsche zur Sprache, sei es zum Novellentext oder auch zum geltenden Text des DSG 2000.

##### 2. Inhaltliche Vorbemerkungen zum Novellentext:

Der vorliegende Entwurf einer Novelle zum DSG 2000 enthält **mehrfach Änderungen**, die **mit der sprachlichen Verbesserung** geltender Regelungen **begründet** werden. Bei der Änderung des geltenden Rechts aus bloß sprachästhetischen Gründen – die im Übrigen notwendigerweise subjektiv sind – sollte größte Zurückhaltung an den Tag gelegt werden, da bei Änderungen von Gesetzestexten unweigerlich der Eindruck entsteht, dass der Gesetzgeber damit inhaltliche Änderungen bewirken wollte. Dass darüber hinaus bei

textlichen Änderungen immer die Gefahr besteht, auch ungewollt wesentliche inhaltliche Veränderungen herbeizuführen, zeigt sich etwa bei den vorgeschlagenen Änderungen zu § 1 Abs. 2 oder § 4 Z 4 und 5 oder § 34 Abs. 3 u.v.a.m.

### Zum Grundrecht auf Datenschutz

#### Zu Z 10 des Novellenentwurfs (§ 1 DSG 2000):

*betreffend § 1 Abs. 1:*

Zur Abschaffung des **Datenschutzes für juristische Personen** ist anzumerken, dass dieser bisher in den Verfahren vor der Datenschutzkommission keine speziellen Probleme aufgeworfen hat, sodass sich aus der Sicht der DSK keine Notwendigkeit für eine diesbezügliche Änderung der Rechtslage ergibt. Bei einer allfälligen Abschaffung wäre auch zu bedenken, dass Informationsschutzbestimmungen für juristische Personen auf anderer rechtlicher Basis weiterbestehen, wie insbesondere die Amtsverschwiegenheit, was zu einer gewissen Ungleichgewichtigkeit führen könnte. Auch die Straßburger Judikatur lässt im Übrigen eine Tendenz zum Einschluss juristischer Personen in den Grundrechtsschutz des Art. 8 EMRK erkennen.

Im Novellentext wird im Zusammenhang mit der **Streichung der Bezugnahme auf das Bestehen eines schutzwürdigen Geheimhaltungsinteresses** vorgeschlagen, auch die Erwähnung der mangelnden Rückführbarkeit von Daten auf den Betroffenen in § 1 Abs. 1 zu streichen. Diese letztere Bestimmung war jedoch bisher die Grundlage für die privilegierenden einfachgesetzlichen Sonderregelungen über die Verwendung von „**indirekt personenbezogenen Daten**“ (§ 4 Z 1), die sich in vielfachen Zusammenhängen als unverzichtbar erwiesen haben. Die Ausnahme vom Grundrechtsschutz für die Verwendung indirekt personenbezogener Daten sollte daher erhalten bleiben.

#### *Zusätzliche Anmerkungen der DSK:*

Ein Bereich, in dem die Angemessenheit eines Geheimhaltungsgebots wohl nicht ohne Weiteres postuliert werden kann, ist der Bereich **privater Kommunikation über personenbezogene Daten** (vgl. hierzu auch die RL 95/46, die diesen Bereich wohl nicht ausschließlich aus dem Grunde mangelnde Regelungskompetenz von der Anwendbarkeit der RL ausnimmt). Die Frage, inwieweit dieser Bereich vom Grundrecht auszunehmen wäre, sollte ebenfalls einer Diskussion und allfälligen Regelung zugeführt werden.

Überhaupt muss bei einer Neuregelung des Grundrechts auf Geheimhaltung die Frage gestellt werden, ob nicht eine sichtbarere **Abstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht** und dem darin vorhandenen Grundrecht auf Datenschutz geboten wäre. Dies gilt insbesondere auch für die beabsichtigte deutlichere Erstreckung des Datenschutzes auf die **Verwendung von personenbezogenen Daten in „händischer“, nicht-strukturierter Form**, die nach der RL 95/46 nicht Schutzgegenstand des Datenschutzes ist.

*betreffend § 1 Abs. 2:*

Hier sollen nach Aussage der Erläuterungen sprachliche Änderungen zur leichteren Lesbarkeit vorgenommen werden. Dies hätte geringere juristische Präzision und gravierende inhaltliche Änderungen zur Folge:

Bisher war klar sichtbar, welche **Eingriffsgründe** sich aus der Interessensphäre des Betroffenen ergeben können (nämlich nur seine „Zustimmung“ oder sein „lebenswichtiges Interesse“) und welche Eingriffsgründe sich aus der Interessenssphäre anderer ergeben können („überwiegende berechnete Interessen eines anderen“; dies schließt lebenswichtige

Interessen eines anderen selbstverständlich mit ein). Diese klare Unterscheidung wird nunmehr verwischt.

Weiters könnten durch die nunmehr vorgeschlagenen sprachlichen Änderungen Eingriffe auch im Namen eines „überwiegenden berechtigten Interesses des Betroffenen“ vorgenommen werden. Eine „Bevormundung“ des Betroffenen durch Entscheidung eines Auftraggebers darüber, was im Interesse des Betroffenen liegt (- und daher die Verwendung seiner Daten rechtfertigt -), war bisher nur dann zulässig, wenn ein lebenswichtiges Interesse des Betroffenen auf dem Spiel stand; in allen anderen Fällen konnte der Betroffene selbst durch Erteilung oder Nicht-Erteilung seiner Zustimmung darüber entscheiden, welche Datenverwendungen in seinem Interesse liegen. **Die durch die sprachliche Neufassung bewirkte Änderung ist nicht nur nicht wünschenswert, sondern widerspricht auch der RL 95/46 (vgl. insbesondere Art. 7 lit. f).**

*betreffend Abs. 4:*

Hier soll nach dem Novellierungsvorschlag die **Absatzbezeichnung gestrichen** werden, wodurch der bisherige Abs. 4 zum (Teil des) Abs. 3 und des Abs. 5 zum Abs. 4 würde. Das scheint **nicht sinnvoll**, da dadurch das Auffinden bereits vorhandener Judikatur und Literatur zu den zulässigen Eingriffen in die Begleitgrundrechte und zur Zuständigkeitsverteilung zwischen DSK und den ordentlichen Gerichten unnötig erschwert wird, umso mehr als der Text des bisherigen Absatz 4 in Form eines eigenen Satzes ohnehin beibehalten wird.

*Zusätzliche Anmerkungen der DSK zu § 1 Abs. 5:*

Im Hinblick auf die insbesondere im Bereich des Strafrechts hervorgekommenen Schwierigkeiten bei der **Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Gerichten und der DSK sollte unbedingt eine deutlichere Abgrenzung im Text vorgenommen werden**. Dieses Problem stellt sich vor allem im Zusammenhang mit der Reform des Strafprozesses und der nunmehrigen Stellung der Staatsanwälte und der unter ihrer Leitung tätigen Sicherheitsbehörden. Die Abgrenzungsproblematik betrifft jedoch auch etwa die Frage, inwieweit Gerichte gehalten sind, ihre Datenanwendungen bei der Datenschutzkommission zur Registrierung zu melden.

### **Zum 1. Abschnitt des DSG 2000 (Allgemeines):**

Zu Z 16 und 17 des Novellenentwurfs ( Definition der Begriffe „Auftraggeber“ und „Dienstleister“):

Generell ist eine **Präferenz für die Beibehaltung des geltenden Textes** zu äußern, da Umformulierungen, die nicht durch unüberwindbare Interpretationsprobleme in der Entscheidungspraxis begründet sind, insofern kontraproduktiv sind, als sie nur zu neuen Interpretationsproblemen führen.

Der zweite Satz der Neufassung des § 4 Z 4 hat seinen Sinn nunmehr gänzlich verändert, da der Begriff des „Verwendens von Daten“ (samt seinen Unterbegriffen) nicht mehr nur die elektronische Verwendung betrifft, sondern die Verwendung schlechthin – unabhängig von jeder technisch/organisatorischen Form.

Während bisher die Entscheidung des **Dienstleisters** sich nur auf die Frage bezog, ob er Daten - die ihm der Auftraggeber zur Herstellung des aufgetragenen Werkes - überlassen hat - **elektronisch verarbeiten** (-es wurde ganz bewusst nur der Begriff „verarbeiten“ verwendet!!) wird, bezieht sich nach dem nunmehrigen Text die Entscheidung auf die Frage, ob er **überhaupt** personenbezogene Daten zur Herstellung des aufgetragenen Werkes verwenden wird – das schließt z.B. auch die eigenständige Entscheidung ein, Daten zu

übermitteln. Dies aber sind Entscheidungen, die den Entscheidenden zum Auftraggeber (!) machen. Der zweite Satz widerspricht nunmehr im Zusammenhang mit der neuen Definition des Begriffs „Verwenden“ in der Z 8 eindeutig der Richtliniendefinition des „Auftraggebers“. Die vorgeschlagene Neuformulierung bewirkt daher nicht eine Vereinfachung, wie dies die Erläuterungen postulieren, sondern eine wesentliche Änderung des Begriffsinhalts, die noch dazu gemeinschaftsrechtlich unzulässig erscheint.

Die im letzten Satz der Neufassung der Z 4 getroffene Feststellung, dass sich die **Auftraggebereigenschaft** auch aus „Verordnungen oder Verhaltensregeln“ ergeben könne, ist äußerst problematisch: Würde durch diese gesetzliche Vorschrift eine in einer Verordnung oder Verhaltensregel enthaltene gesetzwidrige Qualifikation als Auftraggeber zur „rechtsrichtigen“ Qualifikation, weil Z 4 diese Rechtssatzformen ausdrücklich benennt?

Die zur Definition des „Auftraggebers“ geäußerten Bedenken gelten vollinhaltlich zu der neuen „**Dienstleister**“-Definition. Die Erläuterungen begründen die Streichung der Worte „(Daten), die ihnen zur Herstellung eines aufgetragenen Werkes überlassen wurden“ damit, dass die Dienstleistungsermittlung ermöglicht werden soll. Dies war aber - von der Judikatur anerkannt – auch schon aufgrund der geltenden Regelung zulässig. Die Judikatur der DSK hat keinen Zweifel daran gelassen, dass „Überlassung“ im logischen Sinn zu verstehen ist und keine physische Aushändigung von Daten erfordert: Unter „Überlassung“ sind auch alle jene Vorgänge zu verstehen, mit welchen der Auftraggeber dem Dienstleister die tatsächlichen Voraussetzungen dafür schafft und die Berechtigung einräumt, sich in den Besitz der für die Erbringung der Dienstleistung notwendigen Daten zu setzen. Das kann letztlich auch dazu führen, dass der Auftraggeber den Dienstleister damit beauftragt, die Daten z.B. beim Betroffenen zu ermitteln oder sie sich von Dritten übermitteln zu lassen. Jede dieser Datenbeschaffungshandlungen muss aber vom Wissen und zumindest der Billigung des Auftraggebers getragen sein. Und genau diese letztere Voraussetzung fehlt in der vorgeschlagenen neuen Definition, weshalb diese Definition in Widerspruch zur Auftraggeber-Defintion der RL gerät.

#### Zusätzliche Anmerkungen der DSK:

Die **Verteilung der Verantwortlichkeiten** zwischen mehreren an einer Datenanwendung beteiligten Entitäten bedarf aus heutiger Sicht überhaupt einer ergänzenden Klarstellung, da immer öfter eine Situation gegeben ist, in der der eine Rechtsträger ein System anbietet, auf dessen Ausgestaltung und Funktionieren nur er selbst Einfluss nehmen kann, während ein anderer Rechtsträger – immer öfter auch der Betroffene selbst - mit Hilfe dieses Systems „seine“ Daten verarbeitet, ohne auf das System Einfluss nehmen zu können. Ein praktisches Beispiel zu diesen Schwierigkeiten aus jüngster Zeit ist etwa der Fall S.W.I.F.T.; künftig bedeutsam wird eine solche Konstellation auch beim Aufbau eines ELGA-Systems (Elektronische Gesundheitsakte) in Österreich sein.

#### Zu den in Z 19 – 24 des Novellenentwurfs (geänderter Begriff der „Verwendung von Daten“):

Das Bestreben, zur Ersetzung des bisher geltenden § 58 **technik-neutrale** Begriffe im Bereich der **Definitionen für die Handhabung von Daten** (§ 4 Z 8 bis 12) zu bilden, **scheint nicht geglückt**: Zunächst wirft dies das Problem der Übereinstimmung der verwendeten Begriffe mit jenen der RL in noch deutlicherem Maß auf als bisher. Ohne zu verkennen, dass dem nationalen Gesetzgeber hier ein gewisser Spielraum zukommt, muss auch die Sinnhaftigkeit einer derart grundlegenden Änderung der gewohnten Terminologie im Datenschutzbereich bezweifelt werden. Immerhin ist auch „Umlernen“ - und die damit einhergehende Unsicherheit - ein Kostenfaktor, wenn er weite Bereiche der Rechtsunterworfenen betrifft. Warum kann nicht

entweder eine – adaptierte – Bestimmung von der Art des § 58 auch weiterhin das Problem händischer Dateien lösen, umso mehr als dies bisher zu keinerlei Problemen

geführt hat und überdies ein Phänomen ist, das immer mehr an Anwendungsbereich verliert, oder

allenfalls der Begriff der Datenanwendung ausdrücklich ausgedehnt werden?

Die erstere Lösung wäre vorzuziehen, weil erprobt und daher unproblematisch.

Freilich müssten dann allenfalls an einzelnen Stellen des DSG - wie z.B. in § 17, wenn die zweite Lösung gewählt wird - entsprechende Sonderbestimmungen für Dateien vorgesehen werden. **Eine Bestimmung wie der neue § 4 Abs. 2 sollte nicht eingefügt werden, da er jedenfalls das dem Rechtsunterworfenen zumutbare Ausmaß an Verständnisschwierigkeit übersteigt.**

### **Zum 2. Abschnitt des DGS 2000 (Verwendung von Daten)**

#### Zu Z 26 des Novellenentwurfs (Streichung des 2. Satzes im § 8 Abs. 2):

Die RL 95/46/EG enthält keinerlei ausdrückliche Beschränkungen des Datenschutzes für **veröffentlichte Daten**. Umso wichtiger ist es, bei den diesbezüglichen Ausnahmebestimmungen des öDSG jeweils **Korrektive** in die Regelungen aufzunehmen, die in Sonder(Extrem-)fällen die Geltendmachung von Datenschutz auch bei veröffentlichten Daten wieder ermöglichen.

Vor diesem Hintergrund ist die Streichung des zweiten Satzes im § 8 Abs. 2 die falsche Lösung – falls der Text missverständlich erscheint, sollte vielmehr eine Umformulierung ins Auge gefasst werden.

#### Zu Z 27 und 30 des Novellenentwurfs (Schaffung eines Parallelfalles zur Amtshilfe gegenüber den gesetzgebenden Körperschaften):

Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der neugeschaffenen Übermittlungsermächtigung wird wesentlich davon abhängen, **welche geeigneten Garantien** im Sinne des § 1 Abs. 2 zum Schutz der Betroffenenrechte **als Rahmenbedingungen der Übermittlung** existieren, insbesondere etwa, ob es eine der Amtsverschwiegenheit vergleichbare Verschwiegenheitspflicht beim Datenempfänger samt einer der Ahndung von Amtsmissbrauch vergleichbaren Sanktionierung gibt.

#### Zu Z 28 und 31 des Novellenentwurfs (Streichung eines Teiles von § 8 Abs. 3 Z 5 bzw. § 9 Z 9):

Diese Streichung muss unterbleiben, da sonst der **Eindruck erweckt wird, dass eine schrankenlose Ermächtigung zur Datenermittlung bestünde**, sofern sie nur für die Durchsetzung eines (behaupteten!) Rechtsanspruches notwendig ist. Der Hinweis darauf, dass diese Änderung im Hinblick auf den Wortlaut der RL notwendig wäre, kann nicht anerkannt werden: Die österr. Umsetzung dient nur der Verdeutlichung des Inhalts der relevanten Richtlinienbestimmung und stellt zweifelsfrei keinen Verstoß gegen die RL dar: Wenn man den österr. Zusatz als unzulässig ansähe, hätten die RL und das DSG weitgehend überhaupt keinen Anwendungsbereich, da die Datenaufzeichnung in einer Unzahl von Fällen (z.B. im gesamten Wirtschaftsbereich) vorgenommen wird, um Rechtspositionen künftig verteidigen zu können. Dann dürfte z.B. auch ein Arbeitgeber einen Arbeitnehmer schrankenlos überwachen, wenn er diese Informationen für einen künftigen Arbeitsprozess braucht.

#### Zu Z 29 des Novellenentwurfs (Hinzufügung eines weiteren Falles zu § 8 Abs. 4):

Diesbezüglich erhebt sich die **Frage, ob dieser Zusatz wirklich notwendig** ist oder nicht ohnehin bereits durch die Z 1 des § 8 Abs. 4 abgedeckt ist.



Zu Z 33 des Novellierungsentwurfs (Aufhebung des § 13 Abs. 3)

Hiermit soll die Bestimmung aufgehoben werden, dass Auftraggeber des öff. Bereichs im Genehmigungsverfahren im Internationalen Datenverkehr Parteistellung haben. Die Tunlichkeit dieser Aufhebung ist Teil der sehr grundsätzlichen Frage, ob Behörden vor der Datenschutzkommission aus rechtssystematischen Erwägungen die Stellung einer Partei oder die Stellung einer belangten Behörde zukommt. Zu dieser Frage wird im **Zusammenhang mit § 40 Abs. 4** Stellung genommen werden.

Weitere Novellierungsanregungen der DSK:

Zu § 10 Abs. 2:

**Die Befassung der DSK mit Dienstleistungsmeldungen sollte überdacht werden.** Die diesbezüglichen praktischen Erfahrungen lassen Zweifel an der Sinnhaftigkeit dieser Kompetenz aufkommen. (So werden z.B. dutzende Dienstleisterverträge vorgelegt, die die Stadt Wien namens des AKH mit privaten Dienstleistern aus dem Medizinproduktbereich abschließt; wenn die DSK hier einwenden wollte, dass dadurch hochsensible Daten an eine große Zahl von privaten Dritten gelangen können, müssten solche Einwendungen angesichts der Sachzwänge wohl ins Leere gehen.)

Zu § 12 Abs. 5:

In diese Bestimmung sollte neben dem Hinweis auf die Notwendigkeit der Zulässigkeit der Datenanwendung gemäß § 7 DSGVO auch die Notwendigkeit der **Erfüllung der Meldepflicht** nach dem 4. Abschnitt aufgenommen werden.

Zu § 13:

Unter den Mitteln der Glaubhaftmachung angemessenen Datenschutzes sollten infolge neuerer Entwicklungen auch Phänomene wie **konzerninterne Datenschutz-Richtlinien** fungieren können. Da diese durch einseitige Erklärung des inländischen Auftraggebers rechtlich verbindlich gemacht werden, könnte diese Form des Nachweises neben den vertraglichen Verpflichtungen des Datenempfängers als weitere Möglichkeit in § 13 Abs. 2 - z.B. als neue Z 3 - ausdrücklich angeführt werden (vgl. hierzu die nähere Ausführung zu § 21 Abs. 2 betr. „Auflagen und Zusagen“).

Auch müsste die Z 1 des Abs. 2 dahingehend korrigiert werden, dass nicht mehr der Eindruck entsteht, dass die DSK von Amts wegen das Vorliegen der in dieser Ziffer genannten Voraussetzungen festzustellen hätte.

Weiters sollten die Auswirkungen von Entscheidungen der EU-Kommission im Bereich des Internationalen Datenverkehrs deutlicher geregelt werden (allenfalls Pflicht zur deklarativen Kundmachung?).

Hinsichtlich des Abs. 4 bestünde der Wunsch der DSK, das Registrierungsverfahren vom Genehmigungsverfahren nach § 13 zu trennen und damit die Registrierung hinsichtlich der Verarbeitungen und Übermittlungen im Inland auch bereits abschließen zu können, obwohl die Genehmigung zum Datenexport ins Ausland noch nicht erteilt wurde. Die Notwendigkeit zu einer solchen Neuregelung ergibt sich vor allem auch im Hinblick auf das neue automationsunterstützte Meldeverfahren nach § 17 Abs. 1a.

**Zum 4. Abschnitt des DSGVO 2000 (Publizität der Datenanwendungen):**

Zu Z 36 bis 43 des Novellenentwurfs (Registrierungsverfahren):

Die Neuregelungen erhöhen die Chancen der Datenschutzkommission (Datenverarbeitungsregister), den ständig steigenden Arbeitsanfall zu bewältigen.

Die Einführung eines **automationsunterstützten Prüfverfahrens** für nicht-vorabkontrollpflichtige Verarbeitungen entspricht der Notwendigkeit, die Kapazitäten des Datenverarbeitungsregisters auf „wesentliche“ Fälle zu konzentrieren. Die vorgeschlagene Lösung wird daher von der DSK ausdrücklich begrüßt.

Das automationsunterstützte Prüfverfahren wird auch für die meldenden Auftraggeber eine erhebliche Erleichterung bringen, da bei richtiger Ausfüllung der Meldung und Beibringung aller notwendigen Unterlagen die **Registrierung im Online-Verfahren sofort bewirkt** werden kann. Dies rechtfertigt auch die Neuregelung, dass auch bei nicht-vorabkontrollpflichtigen Datenanwendungen ohne Registrierung nicht mehr begonnen werden darf.

Freilich wird es allein mit den vorliegenden Änderungen des DSG 2000 nicht sein Bewenden haben können. Vom Mittel der Schaffung von Standardverarbeitungen wird in Zukunft in erhöhtem Ausmaß Gebrauch zu machen sein. Weiters sollte das Mittel der Zusage des Auftraggebers an das DVR zu Schaffung von Verpflichtungen für den Auftraggeber bei der Führung einer Datenanwendung ausdrücklich anerkannt werden (siehe unten).

#### Zusätzliche Novellierungsanregungen der DSK:

1. Die **Meldepflicht für manuell geführte Dateien** sollten anders als jetzt durch § 4 Abs. 2 geregelt werden (siehe hiezu die Ausführungen zu § 4 Abs. 2).

2. In § 21 Abs. 2 wird – so wie schon bisher – die Möglichkeit der Festlegung von „**Auflagen**, Bedingungen oder Befristungen“ durch Bescheid der DSK im Registrierungsverfahren angesprochen.

Es sollte überlegt werden, ob die verbindliche Schaffung von Rahmenbedingungen für eine Datenanwendung, die sich als wertvolles Instrument zur Gewährleistung der speziellen Verhältnismäßigkeit erwiesen hat, nicht auch auf einem anderen, zusätzlichen Weg zulassen sollte, und zwar durch **Zusagen in Form einseitiger Erklärungen** zugunsten der Betroffenen, die durch Veröffentlichung im Datenverarbeitungsregister auch die notwendige Publizität erfahren könnten. Es würde sich hierbei um eine Weiterentwicklung des Rechtsinstituts der „Auslobung“ handeln. Der Vorteil läge darin, dass nicht immer ein Bescheid der Datenschutzkommission erlassen werden müsste, um solche Rahmenbedingungen festzulegen. Es könnten z.B. Auftraggeber gleichartiger Datenanwendungen durch einseitige Erklärung Verpflichtungen übernehmen, die in einem „Leit-Verfahren“ von der DSK durch Bescheid einem Auftraggeber auferlegt wurden.

Derartige Regelungen bedürften freilich auch korrespondierender Regelungen über die Folgen der Verbindlichkeit solcher Zusagen, z.B. im Rahmen der Strafbestimmungen des § 52.

#### Zum 5. Abschnitt des DSG 2000 (Rechte der Betroffenen)

##### Zu Z 44 des Novellenentwurfs (§ 26 Abs. 1):

Die **Notwendigkeit der vorgeschlagenen Änderungen in § 26 Abs. 1 kann dahingestellt bleiben**, da schon bisher nicht der geringste Zweifel daran bestand, dass jedermann aufgrund des Abs. 4 ein Recht auf Antwort innerhalb von 8 Wochen hat, und sei es auch allenfalls nur in Form einer bloßen „Negativauskunft“.

##### Zusätzliche Novellierungsanregungen der DSK zu § 26::

1. Was allerdings unbedingt geschaffen werden sollte, ist eine gesetzliche Anleitung, wann die Auskunft nur „**Empfängerkreise**“ beinhalten muss, und wann die Identität einzelner **Empfänger** offen zu legen ist.
2. Weiters bedürfte nach den Erfahrungen der DSK das Problem der **Auskunft aus elektronischen Fliess-Texten** einer Regelung. Eine solche Regelung könnte z.B. im Abs. 3 im Anschluss an die Erwähnung der Vermeidung von ungerechtfertigtem und unverhältnismäßigem Aufwand beim Auftraggeber erfolgen.
3. Abs. 5 bedürfte nach den neueren Erfahrungen der DSK einer Adjustierung: Seit Wegfall des § 62 SPG gehen die mit Fragen der Sicherheit betrauten Behörden keineswegs mehr einheitlich vor bei der Verwendung des Auskunftszusatzes, dass „(im Übrigen) keine der Auskunftspflicht unterliegenden Daten verwendet werden“. Das müsste im Text des § 26 Abs. 5 nachgezogen werden.
4. Im Abs. 6 sollte der **Begriff des „aktuellen Datenbestandes“** präziser geregelt werden. Desgleichen könnte der Kostenersatz nunmehr mit einem runden Eurobetrag festgesetzt werden.

Zu Z 46 des Novellenentwurfes (§ 26 Abs. 8):

Diese Neuregelung wird ausdrücklich begrüßt.

Zu Z 47 des Novellenentwurfes (§ 26 Abs. 10):

Die Regelungen des Abs. 10 scheinen von der Entwicklung überholt – ein derartiger Auskunftsfall ist jedenfalls in den letzten 15 Jahren bei der DSK nicht vorgekommen, sodass man diese Bestimmung voraussichtlich streichen könnte.

Sehr wohl aber bedürfte eine andere Konstellation einer Regelung: Wenn zwischen zwei Unternehmen hinsichtlich einer bestimmten Datenanwendung (Beispiel: Kredit-Rating) Meinungsverschiedenheiten bestehen, wem von beiden die Rolle des Auftraggebers zukommt und wer Dienstleister ist, sollte eine Verpflichtung eingeführt werden, dass dann beide gemeinsam dafür sorgen müssen, dass der Auskunftswerber eine richtige und vollständige Auskunft erhält. Dies hätte auch zur Folge, dass der Auskunftswerber beide Unternehmen gemeinsam als Beschwerdegegner im Auskunftsbeschwerdeverfahren vor der DSK benennen kann, ohne bezeichnen zu müssen, wer von beiden Auftraggeber ist – dies könnte ihm das Risiko einer Abweisung seiner Beschwerde ersparen.

Zu Z 48 des Novellenentwurfes (§ 27 Abs. 9):

Diese Neuregelung wird begrüßt.

Zusätzliche Novellierungsanregungen der DSK zu § 27:

Abs. 2 sollte gestrichen werden. Eine **starre Beweislastregel** ist angesichts des Umstandes, dass elektronische Datenverarbeitung die faktisch alleinige Form der Datenaufzeichnung geworden ist, nicht mehr gerechtfertigt. Sie wird auch faktisch kaum angewendet, da sie vielfach einen unerträglich verzerrenden Effekt hätte.

In Abs. 4 könnte vielleicht - ebenso wie beim Auskunftsrecht – ein eigenes Recht auf Beantwortung eines Richtigstellungs- oder Lösungsbegehrens innerhalb von 8 Wochen (- oder noch besser: innerhalb von „zwei Monaten“, was Berechnungsaufwand einsparen könnte!!) ausdrücklicher als bisher festgelegt werden.



### Zusätzliche Novellierungsanregungen der DSK zu § 28:

Im Abs. 2 sollte nicht allein auf den Begriff „Datei“ abgestellt werden – **Veröffentlichungen im Internet** sollten unter diese Bestimmung fallen, auch wenn sie nicht in Dateiform erfolgen. Die Bestimmung könnte daher z.B. lauten:

(2) Gegen eine nicht gesetzlich angeordnete Veröffentlichung seiner Daten, insbesondere durch Aufnahme in eine öffentlich zugängliche Datei, kann der Betroffene jederzeit auch ohne Begründung seines Begehrens Widerspruch erheben. Die Daten sind binnen zwei Monaten zu löschen.

### Zum 6. Abschnitt des DSG 2000 (Rechtsschutz)

#### Allgemeines

Die DSK regt an, die Bestimmungen über die Befugnisse der DSK von den Bestimmungen über das Ombudsmann-Verfahren, die bisher sämtlich in § 30 enthalten waren, zu trennen, da die Befugnisse der DSK in allen ihren Verfahren Geltung haben sollten.

Dementsprechend könnte ein § 30 (Befugnisse) die bisherigen Abs. 2 – 6 und den neuen Abs. 6a des § 30 enthalten, während in einem neuen § 30a das Ombudsmann-Verfahren und sonstige Formen der Hilfestellung gegenüber Betroffenen geregelt werden sollte.

#### Zu Z 52 des Novellenentwurfs (§ 30 Abs. 5):

Die Klarstellung hinsichtlich der **Informationsweiterverwendung in gerichtlichen Verfahren** wird begrüßt. Die Erstreckung der Möglichkeit der Informationsweiterverwendung auf die Nebenintervention scheint gerechtfertigt, da die DSK eine Nebenintervention nur im Falle des Vorliegens eines öffentlichen Interesses an der Fallentscheidung vornehmen kann.

#### Zu Z 53 und 54 des Novellenentwurfs (§ 30 Abs. 6 und 6a):

Zunächst sollte die Ergreifung von Maßnahmen nach § 30 Abs. 6 nicht an die vorherige Erlassung einer Empfehlung geknüpft werden – das ist angesichts der Unterschiedlichkeit möglicher Verfahrenssituationen nicht tunlich.

Die **Untersagungsbefugnis nach § 30 Abs. 6a bedarf noch eingehender Überlegung** hinsichtlich ihrer rechtssystematischen Stellung und Ausgestaltung, da sie eine selbständige, quasi aufsichtsbehördliche Handlungspflicht erzeugt, wie sie bisher im DSG nicht vorgesehen war. Wenn eine solche Regelung getroffen werden sollte, sollte sie jedoch jedenfalls ähnlich wie in der Z 1 des im Folgenden dargestellten Textvorschlags erfolgen.

Eine **zusammenfassende Aufzählung aller Befugnisse der DSK** – also jener nach den Abs. 2 bis 6 und 6a des § 30 - könnte anschließend an die geltenden Abs. 2 und 3 des § 30 z.B. in etwa wie folgt lauten:

- „(4) Zur Herstellung des rechtmäßigen Zustandes hat die Datenschutzkommission, je nach der Art des festgestellten Verstoßes, eines oder mehrere der ihr zur Verfügung stehenden Mittel zu ergreifen. Sie kann insbesondere
1. die Weiterführung einer Datenanwendung bzw. die Vornahme einzelner Datenverwendungshandlungen wegen Rechtswidrigkeit und auch wegen fortdauernder oder wiederkehrender erheblicher Verletzung der

- Auftraggeberpflichten untersagen; bei Gefahr im Verzug kann dies durch Mandatsbescheid des geschäftsführenden Mitglieds (§ 38) gemäß § 57 Abs. 1 AVG geschehen;
2. ein Verfahren zur Überprüfung der Erfüllung der Meldepflicht gemäß § 22a durchführen;
  3. Strafanzeige nach den §§ 51 oder 52 erstatten;
  4. eine Empfehlung über Maßnahmen zur Herstellung des rechtmäßigen Zustands an den Auftraggeber erteilen;
  5. bei Verdacht einer schwerwiegenden Verletzung von Rechten von Betroffenen nach diesem Gesetz durch Auftraggeber des privaten Bereichs Klage vor dem zuständigen Gericht gemäß § 32 Abs. 5 erheben;
  6. bei Verstößen von Auftraggebern des öffentlichen Bereichs gegen ihre Pflichten nach diesem Gesetz das zuständige oberste Organ befassen. Geschieht dies, weil der diesem Organ unterstellte Auftraggeber eine Empfehlung der Datenschutzkommission nicht befolgt hat, so hat das befassende oberste Organ innerhalb einer angemessenen, jedoch acht Wochen nicht überschreitenden Frist entweder dafür Sorge zu tragen, dass der Empfehlung der Datenschutzkommission entsprochen wird, oder der Datenschutzkommission mitzuteilen, warum der Empfehlung nicht entsprochen wurde. Die Begründung darf von der Datenschutzkommission der Öffentlichkeit in geeigneter Weise zur Kenntnis gebracht werden, soweit dem nicht die Amtsverschwiegenheit entgegensteht;
  7. die obersten Organe sowie auch den Datenschutzrat zwecks Anregung allfälliger rechtssetzende Maßnahmen zur Abhilfe gegen festgestellte Mängel befassen“.

#### Zusätzliche Novellierungsanregungen

In der Bestimmung über die Regelung der **Hilfestellung bei der DSK für Betroffene** sollte auch die Erteilung von Rechtsauskünften an Bürger als Tätigkeit der DSK Erwähnung finden – einschränkend freilich durch Hinweis auf die vorhandenen Ressourcen. Dies bindet tatsächlich einen nicht geringen Teil der Arbeitskapazität des Geschäftsapparats der DSK, und wird von der Bevölkerung – wie aus den Reaktionen erschießbar ist – als Service von einer Institution wie der Datenschutzkommission unbedingt erwartet – vielfach wird dies als wesentlicher Teil der Existenzberechtigung dieser Institution gesehen.

#### Zu Z 55 und 56 des Novellenentwurfs (§§ 31 und 31a):

Die ausführlichere - als bisher vorhandene - Regelung des förmlichen Beschwerdeverfahrens nach § 31 DSG wird begrüßt. Die vorgeschlagenen Regelungen bedürfen im Einzelnen jedoch noch eingehender Diskussion mit der DSK, um der Gesamtheit der bisher gesammelten Erfahrungen auf diesem Gebiet gerecht zu werden.

Schon an dieser Stelle ist jedoch **zusätzlicher Regelungsbedarf hinsichtlich der Folgen festgestellter Datenschutzverletzungen** anzumelden. Dies könnte etwa Neuregelungen im Bereich der Strafbestimmungen betreffen.

#### Zu Z 57 des Novellenentwurfs (§ 32 Abs. 1):

Die vorgeschlagenen komplizierten Umschreibungen des Bezeichnung des Beschwerdeführers und des Beschwerdegegners scheint durch einen Irrtum veranlasst: Auch wenn es richtig ist, dass sich u. U. erst im Laufe des Verfahrens herausstellt, ob der Beschwerdegegner tatsächlich ein Auftraggeber des privaten Bereichs und damit passiv beschwerdelegitimiert ist, werden auch in sonstigen Verfahrensbestimmungen die Verfahrensparteien mit jener notwendigen Eigenschaft beschrieben, die ihre Aktiv- oder Passiv-Legitimation begründet. Stellt sich im Verfahren heraus, dass diese Eigenschaft nicht gegeben ist, wird der Antrag bei mangelnder Aktivlegitimation zurückgewiesen, bei mangelnder Passivlegitimation abgewiesen. **Die vorgeschlagenen Umschreibungen der**

**„Auftraggeber des privaten Bereichs“ und des „Betroffenen“ sollte daher wieder aufgegeben werden.**

Dies gilt sinngemäß zu den gleich begründeten Umformulierungen im § 31 Abs. 1 und 2

Zu Z 60 des Novellenentwurfs (Beurteilung der Erfüllung der Meldepflicht durch das angerufene Gericht)

Dies ist eine **Bestimmung, die den rechtssystematischen Rahmen sprengt**. Warum kann es nicht dem Betroffenen überlassen bleiben, sich neben einem Gerichtsverfahren auch nach § 30(a) an die DSK zu wenden, wenn er meint, dass die Meldepflicht nicht erfüllt ist?

Zu Z 62 des Novellenentwurfs (Amtshilfe zwischen Unabhängigen Datenschutzbehörden)

Die Umformulierung des § 34 Abs. 3 lässt ein wesentliches Element außer Acht, dass nämlich die behauptete Datenschutzverletzung **im Inland** stattgefunden haben muss. In allen anderen Fällen des § 3, in welchen die Anwendung nicht-österreichischen Datenschutzrechtes vorgeschrieben ist, hat die DSK nämlich nicht tätig zu werden, sondern die Behandlung an die ausländische Datenschutzbehörde abzutreten.

„Ein von der Datenschutzkommission zu prüfender Sachverhalt“ liegt nämlich immer schon dann vor, wenn jemand eine Beschwerde an die Datenschutzkommission erhebt. Die Zulässigkeit oder die Berechtigung der Beschwerde ist nicht Voraussetzung dafür, dass die DSK einen Sachverhalt prüfen muss. Daher kann sich sehr wohl erst nach Prüfung des Sachverhalts herausstellen, ob die Verletzung im Inland oder im Ausland begangen wurde.

### **Zum 7. Abschnitt des DSG 2000 (Kontrollorgane):**

#### Allgemeines:

1. Der Novellenentwurf enthält zum 7. Abschnitt kaum Änderungsvorschläge, obwohl sich gerade im Hinblick auf die §§ 36 bis 40 in letzter Zeit einige Probleme ergeben haben. Man muss daher angesichts des Projekts einer umfangreichen Novelle zum DSG 2000 die Frage stellen, ob nicht im Zuge dieser Novelle auch die grundsätzlichen strukturellen Probleme der Datenschutzkommission bereinigt werden sollten. Gewisse gesetzliche Neuregelungen scheinen jedenfalls aber im Gefolge des bereits in Kraft getretenen Teils der Bundesstaatsreform (BGBl. I Nr. 2/2008) notwendig:

Durch § 5 Z 14 des 1. BVRBG (Art. 2 des BVG BGBl. I 2/2008) wurde der Verfassungsrang des § 37 DSG 2000 beseitigt. Durch § 37 DSG 2000 war ursprünglich die Unabhängigkeit der DSK eigens durch Verfassungsbestimmung abgesichert: Art. 133 Z 4 B-VG wurde bei Schaffung des DSG (1978) angesichts der umfangreichen Kompetenzen der DSK nicht als ausreichende Grundlage angesehen, da sich Art. 133 Z 4 B-VG nur auf die unabhängige Ausübung der Kompetenz zur „Entscheidung in oberster Instanz“ bezieht. Als Folge der Aufhebung des Verfassungsranges des § 37 DSG 2000 muss seit dem 1. Jänner 2008 Art. 20 Abs. 2 B-VG, idF BGBl. I Nr. 2/2008, als Grundlage für die unabhängige Rechtsstellung der DSK im staatlichen Gesamtgefüge dienen. Der relevante Teil dieser Bestimmung lautet wie folgt:

#### **Art. 20 .....**

(2) Durch Gesetz können Organe

[1. .... ]

8. soweit dies nach Maßgabe des Rechts der Europäischen Union geboten ist, von der Bindung an Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe freigestellt werden.....Durch Gesetz ist ein der Aufgabe des weisungsfreien Organs angemessenes Aufsichtsrecht der obersten Organe vorzusehen, mindestens das

Recht, sich über alle Gegenstände der Geschäftsführung der weisungsfreien Organe zu unterrichten...“

Gemäß dem am 1. Jänner 2008 in Kraft getretenen Art. 151 Abs. 38 B-VG sind „die zur Anpassung an die Art. 20 Abs. 2 letzter Satz erforderlichen Bundes- und Landesgesetze spätestens bis zum Ablauf des 31. Dezember 2009 zu erlassen“. Das wirft die Frage auf, welche gesetzlichen Anpassungsbestimmungen hinsichtlich der Datenschutzkommission erlassen werden müssen. Der vorgelegte Entwurf einer umfangreichen Novelle zum DSG 2000 wäre an sich ein geeigneter Anlass, auf diese Frage Antworten zu geben, wenn nicht davon ausgegangen wird, dass das geltende DSG 2000 bereits diese Ausführungsgesetzgebung darstellt.

Jedenfalls kann Z 8 des Art. 20 Abs. 2 richtlinienkonform nur so verstanden werden, dass diese Bestimmung gegenüber einer Datenschutz-Kontrollstelle im Sinne des Art. 28 der RL 95/46, die ihre Tätigkeit in „vollständiger Unabhängigkeit“ auszuüben hat, nur so umgesetzt werden kann, dass KEIN Aufsichtsrecht festgelegt wird, auch nicht ein Recht des Bundeskanzlers, sich über alle Gegenstände der Geschäftsführung der DSK zu unterrichten.

Vor diesem Hintergrund wird die folgende Stellungnahme zu den Novellierungsvorhaben betr. den 7. Abschnitt des DSG 2000 abgegeben:

Zu Z 65 des Novellierungsentwurfs ( § 36 Abs. 3a: Mitgliedschaft zur DSK ist Nebentätigkeit):

Die Tätigkeit der **Mitglieder der DSK** wurde 1980 anlässlich der Schaffung der DSK als **nebenberufliche Tätigkeit** konzipiert. Dies wird nun durch Z 65 des Novellenentwurfs für alle Mitglieder ausdrücklich festgeschrieben.

Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die Datenschutzkommission in ihrem Datenschutzbericht 2007 - ebenso wie im Datenschutzbericht 2005 - die Einrichtung einer **hauptamtlichen Führung der laufenden Geschäfte** als **wesentliches Anliegen** bezeichnet hat: „Die tägliche Arbeit der DSK ist seit 1980 so angewachsen und so vielfältig geworden, dass der Einsatz eines „Nebenerwerbs-Geschäftsführers“ den Anforderungen einer effizienten Geschäftsführung nicht mehr genügen kann“.

Die für die Schaffung einer hauptamtlichen Führung der laufenden Geschäfte notwendigen Voraussetzungen könnten unschwer durch folgende Änderungen des DSG 2000 geschaffen werden:

1) In § 36 Abs. 3 wäre zu bestimmen, dass das vom Bund vorgeschlagene Mitglied die Funktion des geschäftsführenden Mitglieds ausübt. (Nur dann kann überhaupt sinnvoll eine nähere bundesgesetzliche Regelung über die Rechtsstellung des geschäftsführenden Mitglieds erfolgen ohne mit dem Dienst/Arbeitsrecht der übrigen Mitglieder - die ihre Tätigkeit ja als Nebentätigkeit ausüben sollen - in Konflikt zu geraten).

2) Im neuen § 36 Abs. 3a wäre das geschäftsführende Mitglied von der Regelung auszunehmen.

3) Im § 36 Abs. 8 wäre eine Sonderregelung für das Ausscheiden des geschäftsführenden Mitglieds zu treffen, falls das zugehörige Ersatzmitglied nicht ebenfalls hauptberuflich für die DSK zur Verfügung stehen muss.

Als **zweitbeste Lösung** könnte die Tätigkeit des geschäftsführenden Mitglieds zwar Nebentätigkeit bleiben, **im § 36 jedoch ausdrücklich festgehalten werden, dass dem geschäftsführenden Mitglied die für die Ausübung seiner Tätigkeit notwendige Zeit innerhalb seiner Dienstzeit als Bundesbediensteter zur Verfügung steht**. Diese Lösung bietet allerdings keine Gewähr dafür, dass nicht Meinungsdivergenzen über den „notwendigen“ Zeitaufwand entstehen, die im Umweg über die Erteilung von Weisungen an den Funktionsträger in seiner Eigenschaft als weisungsgebundener Bediensteter des BKA ausgetragen werden.

Das geschäftsführendes Mitglied sollte daher besser ausschließlich diese Funktion ausüben und nicht, so wie derzeit, im Hauptberuf Bediensteter des Bundeskanzleramtes sein. **Die Befreiung (Karenzierung, freiwilliges Ausscheiden etc.) von jeder anderen beruflichen Tätigkeit sollte zur Voraussetzung für die Bekleidung der Funktion des geschäftsführenden Mitglieds gemacht werden.**

Zusätzliche Novellierungsanregungen der DSK:

In der jüngsten Vergangenheit haben sich wiederholt Auffassungsunterschiede über den **Umfang der Aufgaben der Datenschutzkommission** ergeben, z.B. im Zusammenhang mit der Möglichkeit der DSK, sich in Gesetzesbegutachtungs-Verfahren zu äußern. Es wäre daher hilfreich, die Aufgaben der DSK - so wie dies auch für den Datenschutzrat im DSG 2000 geschehen ist – in einer eigenen Gesetzesbestimmung ausdrücklich aufzuzählen. Diese könnte in etwa lauten wie folgt:

**„Aufgaben der Datenschutzkommission**

**§ 35a.** Die Datenschutzkommission hat

1. nach den näheren Bestimmungen der §§ 30 und 31 den Betroffenen Hilfestellung und Rechtsschutz zu gewähren,
2. auch außerhalb von Beschwerdeverfahren die Rechtmäßigkeit von Datenanwendungen nach § 30 zu prüfen,
3. nach den näheren Bestimmungen des 4. Abschnitts ein Datenverarbeitungsregister zu führen,
4. Stellungnahmen im Begutachtungsverfahren über Rechtsvorschriften mit erheblichen Auswirkungen auf den Datenschutz in Österreich abzugeben,
5. nach Tunlichkeit und Maßgabe der vorhandenen Mittel in der Öffentlichkeit den Gedanken des Datenschutzes zu fördern,
6. mit anderen Unabhängigen Datenschutzkontrollstellen, insbesondere im Rahmen der Verpflichtungen nach der RL 95/46/EG, zusammen zu arbeiten sowie
7. sonstige ihr durch Gesetz übertragene Aufgaben, wie insbesondere jene der Stammzahlenregisterbehörde, wahrzunehmen.“

Zu Z 70 des Novellierungsentwurfs (Wirkung der Bescheide der DSK):

Nach dem neuen Formulierungsvorschlag für § 40 Abs. 2 sollen Auftraggeber des öffentlichen Bereichs als Beschwerdegegner in Verfahren nach § 31 DSG 2000 nicht „belangte Behörde“ , sondern „Partei“ sein, wenn auch ohne Recht der Beschwerde an den VwGH. Als Grund für diese Neuregelung wird das Erk des VwGH ZI 2006/06/0068 angegeben.

Der VwGH hat in diesem Erk. ZI 2006/06/0068 ausgeführt, dass die – eindeutig erkennbare - Absicht der Regierungsvorlage, Auftraggeber des öffentlichen Bereichs nur im Genehmigungsverfahren nach § 13 und im Registrierungsverfahren mit Parteienrechten auszustatten, im Gesetzestext nicht verwirklicht sei, da im § 40 Abs. 2 von „den Parteien des Verfahrens“ gesprochen werde, woraus er schließe, dass auch der Beschwerdegegner in Verfahren nach § 31 „Partei“ sei. Als Begründung für diesen Schluss hat der VwGH ausschließlich den Wortsinn der Wendung „die Parteien des Verfahrens“ genannt und nicht etwa auch andere sachliche Erfordernisse.

Vor diesem Hintergrund scheint es zielführender, eine Umformulierung des § 40 Abs. 2 so vorzunehmen, dass sprachliche Zweifel daran ausgeschlossen werden, dass Auftraggeber



des öffentlichen Bereichs nur im Verfahren nach § 13 und im Registrierungsverfahren Parteistellung haben. Diese Lösung wäre dem Novellenvorschlag, mit dem von den herrschenden Rechtsansichten über die Parteistellung ohne Notwendigkeit abgegangen wird, vorzuziehen.

### **Zu den Abschnitten 8 und 9 des DSG 2000 (Besondere Verwendungszwecke und besondere Verwendungsarten von Daten)**

#### Zu den Z 73 bis 76 ( Wissenschaftliche Forschung und Statistik)

Eine vereinfachende Fassung des § 46 unter Berücksichtigung der mit dieser Bestimmung gewonnenen Erfahrungen scheint tatsächlich wünschenswert. Hierbei sollte auf das Problem der Benutzung von Quellen in nicht-strukturierter Papierform eingegangen werden und allenfalls sowohl dem Forscher als auch dem Quellenbesitzer ein Antragsrecht für Genehmigungen nach § 46 Abs. 3 eingeräumt werden.

Die neu vorgesehene zwingende Vorlage einer Erklärung des Quellenbesitzers würde voraussichtlich manches Forschungsvorhaben zum Scheitern verurteilen. Der letzte Satz des Abs. 3a scheint angesichts der bisher vor der Datenschutzkommission abgehandelten Fälle auch etwas weit hergeholt.

#### Zu Z 81 (Informationsverbundsysteme)

Die zu begrüßende Grundidee dieser neuen Bestimmung sollte noch allgemeiner nutzbar gemacht werden. Die DSK schlägt vor, sowohl bei den Registrierungsbestimmungen (§ 21) als auch bei den Bestimmungen über die Genehmigung von internationalem Datenverkehr (§13) jeweils vorzusehen, dass durch einseitige Erklärungen der Antragsteller (Melder) samt Veröffentlichung im DVR rechtliche Verpflichtungen begründet werden, die von den Betroffenen eingefordert/eingeklagt werden können.

Eine ausdrückliche Bestimmung von der Art des Abs. 2a innerhalb des § 50 könnte dann unterbleiben.

### **Zum Abschnitt 9a (Videoüberwachung)**

#### Generelle Bemerkungen:

1. Der Entwurf enthält in § 50a Abs. 3 Z 7 die Bestimmung, dass ein überwiegendes berechtigtes Interesse an einer Videoüberwachung besteht, wenn sie zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche des Auftraggebers vor einem Gericht erforderlich ist. Mit dieser Bestimmung würde der Anwendungsbereich der restlichen Bestimmungen des § 50a Abs. 3 weitestgehend beseitigt, da die Beweismaterialsammlung zur Rechtsdurchsetzung der übliche Zweck von Videoüberwachung ist. Auch wird durch diese Bestimmung der - fälschliche - Eindruck erweckt, dass die Beweismaterialsammlung zur Rechtsdurchsetzung unbeschränkt zulässig sein könnte. Ursache dieses Problems ist die vorgeschlagene Streichung des Satzteils „ und die Daten rechtmäßig ermittelt wurden“ in § 8 Abs. 3 Z 5 DSG 2000

2. Dazu, dass diese Streichung nicht tunlich (- und auch durch die Richtlinie nicht geboten-) ist, wurde in der Stellungnahme zu Z 28 des Novellierungsentwurfs bereits Näheres ausgeführt. Der Abschnitt 9a hätte die Funktion, die Gründe zulässiger Videoüberwachung, insbesondere die wichtigsten Fälle des Vorliegens überwiegender berechtigter Interessen, näher zu definieren und für den durch § 8 Abs. 3 Z 5 bereits als zulässig bezeichneten Zweck „Verfolgung von Rechtsansprüchen durch den Auftraggeber“ näher auszuführen, wann die Ermittlung von Daten durch Videoüberwachung „rechtmäßig“ erfolgt. Abschnitt 9a

müsste daher die Gründe und die Rahmenbedingungen für die rechtmäßige Vornahme von Videoüberwachung festlegen.

3. Diese Festlegung hat gegenüber der jetzigen Rechtslage, in der ja Rechtsnormen für die Zulässigkeit von Videoüberwachung - wenn auch auf sehr abstraktem Niveau - durchaus bestehen, nur dann einen Mehrwert, wenn so konkrete Regelungen in Auslegung der allgemeinen Regeln der §§ 6 – 9 DSG 2000 geschaffen werden, dass die Rechtsunterworfenen deutlich erkennen können, **wer wo für welchen Zweck unter welchen Voraussetzungen Videoüberwachung zulässigerweise betreiben darf.**

Diesem Anliegen, durch klare Regelungen Rechtssicherheit zu schaffen, entspricht der vorliegende Entwurf nach Ansicht der Datenschutzkommission nicht im genügenden Maße.

4. Selbst wenn es gelingen sollte, künftig solche klaren Regelungen zu schaffen, muss jedoch Folgendes generell ins Bewusstsein gerufen werden:

Derzeit sind tausende von Videoüberwachungskameras in Österreich im Einsatz – gelegentlich wird von etwa 200.000 Stück gesprochen. Im Datenverarbeitungsregister gemeldet sind etwa 700 Fälle von Videoüberwachung. Registriert sind bisher etwa 150 Fälle. Vor diesem Hintergrund scheint eine gesetzliche Regelung, die weiter von der allgemeinen Registrierungspflicht mit Einzelfallprüfung ausgeht, im Widerspruch zu den realen Gegebenheiten und Möglichkeiten zu stehen.

Es müsste daher auch darüber nachgedacht werden, ob nicht bei einer längerfristigen Betrachtung ein Paradigmenwechsel in Betracht gezogen werden müsste, wonach Schutz vor den Auswüchsen der Videoüberwachung eher in technischen Vorkehrungen als in der Meldepflicht zu suchen wäre. Durch gesetzlich zwingend vorgeschriebene Voraussetzungen für die technisch-organisatorische Art und Weise der Aufnahme und Auswertbarkeit von Videoaufzeichnungen könnte Einfluss auf die Entstehung und Verwendung von Videobildern genommen werden: So wird z.B. an der Perfektionierung von Systemen gearbeitet, die Bilder nur aufnehmen, wenn bestimmte außergewöhnliche Verhaltensmuster im Blickfeld der Kamera ablaufen; die Einsetzbarkeit dieser Technologie zu leistbaren Preisen wird zwar noch einige Zeit in Anspruch nehmen, doch sollten rechtzeitig Weichen gestellt werden, damit längerfristige technische Entwicklungen in die richtige Richtung gehen. Auch hinsichtlich der Auswertbarkeit von Videoaufnahmen können technische Vorkehrungen im System – insbesondere etwa Einsatz von Kryptographie – Schutz gegen unkontrollierbaren Zugriff auf Daten bewirken. Im Augenblick sind solche Systeme – auch aus Kostengründen – noch selten im Einsatz. Durch entsprechende Gesetzgebung, wie etwa „sunset-Klauseln“ für die Zulässigkeit der Verwendung bestimmter weniger geeigneter technischer Produkte, könnte die Entwicklung datenschutzfreundlicherer Videoüberwachungssysteme entscheidend gefördert werden. Es sollte jedenfalls nicht verabsäumt werden, die künftige technologische Entwicklung durch entsprechende Gesetzgebung steuernd zu beeinflussen.

Unabhängig davon, welche gesetzlichen Regelungen letztlich getroffen werden, sollte jedenfalls erreicht werden

1. dass Personen, die sich rechtskonform verhalten, nicht länger viele Monate auf die Registrierung warten müssen, weil angesichts der Kompliziertheit der Rechtslage keine ausreichende Kapazität bei der Datenschutzkommission für die rasche Erledigung von Videoüberwachungsmeldungen besteht, und

2. dass die mit dem Einsatz von Videoüberwachung verbundenen Datenschutzprobleme durch rechtlichen Anreiz zum verstärkten Einsatz von privacy enhancing technology zumindest längerfristig besser gelöst werden können als bisher.

#### Zu den einzelnen Bestimmungen in Z 82 des Novellenentwurfs:

*Generell:*

Der vorliegende Entwurf versucht Videoüberwachung für alle Arten von Auftraggebern unter einem zu regeln. Dies scheint nach den bisherigen Erfahrungen der DSK nicht zielführend, da Auftraggebergruppen zu unterscheiden wären, für die völlig unterschiedliche rechtliche Voraussetzungen gelten müssen. Es sollte daher unterschieden werden:

1. Videoüberwachung durch Behörden (d.h. durch Auftraggeber des öffentlichen Bereichs für behördliche Zwecke): Diesbezüglich würde es genügen, ausdrücklich zu wiederholen (vgl. § 1 Abs. 2), dass behördliche Videoüberwachung an das Vorliegen einer konkreten gesetzlichen Ermächtigung gebunden ist. Fälle wie Abs. 3 Z 5 lit.c würden z.B. in diese Gruppe fallen.

2. Videoüberwachung durch Private

a) zum Eigenschutz und Verantwortungsschutz:

Dies müsste der eigentliche Regelungsgegenstand des Abschnitts 9a sein. Aus den Regelungen müsste klar hervorgehen, **wer wo für diese Zwecke unter welchen Voraussetzungen Videoüberwachung zulässigerweise betreiben darf.**

Hier fehlt nach Auffassung der DSK die entscheidende Bezugnahme darauf, dass nur Hausrechtsberechtigte überhaupt denkmöglicherweise zur Videoüberwachung berechtigt sind (- der bloße Verweis in § 50a Abs. 7 auf die Geltung des § 7 DSGVO 2000 auch im Zusammenhang mit Videoüberwachung ist hier keine echte Hilfe). Daraus ergibt sich auch der grundsätzliche **Ausschluss von privater Videoüberwachung im öffentlichen Raum**, was nach Meinung der DSK ein ganz wesentlicher Faktor ist, der aus dem Abschnitt 9a klar hervorgehen sollte. (Vgl. hierzu auch die Graphik auf S. 67 des Datenschutzberichtes 2007).

b) zum Fremdschutz:

Dies ist an sich grundsätzlich unzulässig. Die Sonderstellung von Privatdetektiven – die im Gesamtbild der Videoüberwachung völlig unbedeutend ist aber offensichtlich vom Entwurf miteingeschlossen werden soll - sollte als gewerbliche Videoüberwachung im Interesse Dritter im DSGVO überhaupt nicht besonders geregelt werden – das würde nur zur Verwirrung beitragen. Die notwendigen speziellen Regelungen für diese gewerbliche Tätigkeit sollten - so wie etwa im Fall des Direktmarketing – im Zusammenhang mit der Rechtsgrundlage der Detekteien in der Gewerbeordnung erlassen werden.

c) für andere Zwecke (z.B. event-Marketing, oder auch Überwachung von Patienten in der Intensivstation etc.):

Diese Fälle sind zahlenmäßig unbedeutend. Allgemeine Regeln hierfür könnten teils unschwer direkt aus den §§ 6 – 9 DSGVO abgeleitet werden, teils anhand der von der DSK bereits behandelten Fälle entwickelt werden, wenn dies für tatsächlich notwendig empfunden wird.

*Zu § 50a Abs. 1:*

Die vorgeschlagene Definition von Videoüberwachung weicht von der von der DSK im Anhang zu ihrem Datenschutzbericht 2007 vorgeschlagenen Definition erheblich ab<sup>1</sup>. Und zwar stellt § 50a auf „Objekte“ ab und nicht auf „Räume“ (Blickfeld der Kamera). Das hat den Nachteil, dass die Rechtsbeziehung des Überwachenden zum überwachten Objekt unklar bleibt – beim Abstellen auf den überwachten „Raum“ kann hingegen unschwer bestimmt werden, wem das hausrechtsähnliche Verfügungsrecht zukommt, das nach der Judikatur der DSK Voraussetzung für die denkmögliche Zulässigkeit von Videoüberwachung (durch Private) ist.

- 
- <sup>1</sup> Unter „Videoüberwachung“ wird die **Beobachtung, d.h. die systematische und längerdauernde visuelle und allenfalls auch akustische Kontrolle einer Örtlichkeit mit Hilfe von Videokameras** verstanden. Sie liefert jedenfalls Bilddaten, allenfalls zusätzlich auch akustische Daten.

Auch scheint eine bloße „Feststellungsabsicht“ dem Begriff der „Überwachung“ weniger genau zu entsprechen als ein „Kontrollzweck“, der eben in dem grundsätzlichen Recht des Hausrechtsberechtigten, Bedingungen für das Betreten des von ihm „beherrschten“ Raumes aufzustellen, seine Deckung findet.

Der zweite Satz des § 50a Abs. 1 bedürfte voraussichtlich genauerer Festlegungen, um zur Klarheit der Regelungen beizutragen, da sich sonst das übliche Problem stellt, ob im Verhältnis zu anderen Gesetzen der Grundsatz der *lex posterior* oder jener der *lex specialis* anzuwenden ist.

#### *Zu § 50a Abs. 2, 3 und 4:*

Wenn der Objektsschutz als Zweck statuiert wird, fällt die Zuordnung einiger Ziffern des Abs. 3 schwer: Was ist das geschützte Objekt bei der Überwachung eines Verhaltens, das auf seine öffentliche Wahrnehmung gerichtet war (Abs. 3 Z 2)?

Wie soll bei der Zulässigkeitsbeurteilung *ex ante* im Registrierungsverfahren abgeschätzt werden können, ob ein Betroffener im Blickfeld der Kamera ein Verhalten setzen wird, das auf seine öffentliche Wahrnehmung gerichtet sein wird? Oder sollte Z 2 so zu verstehen sein, dass deshalb, weil „das Objekt“ auf öffentliche Wahrnehmung ausgerichtet war, jedermann, der sich zufällig in seiner Umgebung befindet, die Erfassung durch Videoüberwachung dulden muss?

Wer sollte weiters wo berechtigt sein, „eine Person mit überdurchschnittlichem Bekanntheitsgrad in der Öffentlichkeit“, und alle Personen, die sich in ihrer Nähe befinden, einer Videoüberwachung zu unterwerfen? Müssen die Personen, die zufällig in der Nähe sind und daher zufällig Betroffene der Überwachung werden, dass Gefilmt-werden unter allen Umständen dulden? Das scheint nicht überzeugend.

Warum ist gerade 100.000 € eine angemessene Grenze für die Zulässigkeit der Überwachung? Die Fälle, in welchen die Registrierung von Videoüberwachung bei der DSK bisher beantragt wurden, betreffen durchgehend (Schadens)Fälle von weit geringerem Ausmaß. Darf ein Einfamilienhaus nur dann mit Hilfe von Videoüberwachung gegen Einbruch gesichert werden, wenn sich darin entfernbare („bewegliche“) Gegenstände mit einem Wert von insgesamt mindestens 100.000 € befinden? Soll Videoüberwachung nur besonders Wohlhabenden gestattet sein?

Was gehört zum höchstpersönlichen Lebensbereich eines Betroffenen? Würde sich aus dem 2. Satz des Abs. 4 nicht ergeben, dass in Hinkunft die Videoüberwachung – ohne Bildaufzeichnung – in Form des „Babyphon“ oder in der Intensivstation nicht mehr zulässig wäre?

#### *Zu § 50a Abs. 5:*

Gerade die Zulässigkeit der Weitergabe von Videoaufzeichnungen bedürfte leicht nachvollziehbarer klarer Regelungen. Diesem Erfordernis scheint der Inhalt des Abs. 5 nicht voll zu genügen:

Nach Auffassung der DSK ist die Übermittlungszulässigkeit völlig unterschiedlich zu beurteilen, je nachdem ob sie dem Eigen- oder Verantwortungsschutz seitens des Auftraggebers dient oder dem Fremdschutz. (Die Verwendung derartiger Begriffe zur Abgrenzung von zulässigen Übermittlungszwecken wäre im Übrigen wesentlich leichter zu verstehen als Wendungen wie „Übermittlung über eine Verwendung entsprechend den Abs. 2 und 3 hinaus“).

Hinsichtlich der Übermittlung für Zwecke des Fremdschutzes sollte klarer gesagt werden, wann ein Verlangen einer Behörde auf Herausgabe von Videomaterial zu befolgen ist (- fehlen solche Bestimmungen außerhalb des gerichtlichen Strafrechts nicht überhaupt? -) und wann der Auftraggeber von sich aus Daten für Fremdschutzzwecke – allenfalls über Aufforderung des zu schützenden Dritten – verwenden darf. Vor allem: Wann darf beim Auftraggeber für Fremdschutzzwecke eine Auswertung des aufgezeichneten Materials

erfolgen? Soll es Retentionsrechte (Sicherstellungsrechte) allfälliger betroffener Dritter geben aus Gründen des Fremdschutzes? Wie sollten diese durchgesetzt werden angesichts der üblicherweise sehr kurzen Löschrufen?

*Zu § 50c Abs. 2 und 3:*

Bei den Zitaten betr. § 50a im Abs. 2 müsste es offenbar „§ 50a Abs. 3 Z 5 und 7“ heißen. Erklärungsbedürftig erscheint in diesem Zusammenhang auch der Begriff „Anspruchsverfolgung“.

Im Übrigen muss betont werden, dass im Zuge der Vorabkontrolle nur geprüft werden kann, ob der antragstellende Auftraggeber **generell**, d.h. im Verhältnis zu allen Ereignissen, die sich im überwachten Raum denkmöglicherweise abspielen werden, ein überwiegendes berechtigtes Interesse an der Videoüberwachung nachweisen oder zumindest glaubhaft machen kann. Diese Prüfung lässt sich anhand der von der DSK aufgrund praktischer Erfahrung und Erprobung aufgestellten Kriterien vornehmen. Anhand der Kriterien des § 50a Abs. 3 scheint dies jedoch nicht ohne Weiteres möglich, da in dieser Bestimmung zum Teil auf die Situation einzelner Betroffener abgestellt wird – die Zulässigkeit kann sich aber nur im Vergleich zur Rechtsstellung aller von der Videoüberwachung denkmöglicherweise Betroffenen ergeben.

*Zu § 50d Abs. 2:*

Die Gründe, aus welchen eine Information über das Stattfinden von Videoüberwachung unterbleiben darf, scheinen hinsichtlich ihrer Angemessenheit nicht überzeugend.

*Zu § 50e:*

Auskunft aus Videoüberwachungsdaten zählt wohl zu jenen Fragen, für welche angemessene Regelungen besonders schwer zu formulieren sind. Ein Hauptproblem ist die (bildliche) Identifikation des Auskunftswerbers im Verhältnis zum Videodatenmaterial; ein weiteres Problem die Auskunftserteilung ohne Verletzung der Rechte Dritter, die auf den Bildern ebenfalls abgebildet sind.

Im Zusammenhang mit Auskunft aus Videoüberwachung muss auch auf den alten Grundsatz im österr. Auskunftsrecht verwiesen werden, wonach Auskunft nur über direkt auffindbare Daten des Auskunftswerbers (Daten im Direktzugriff) erteilt werden muss. Die Bedeutung dieses Grundsatzes sollte im Hinblick auf Videoüberwachung überdacht werden, da sich daraus möglicherweise die Einschränkung der Auskunftspflicht auf *Auswertungen* des Bildmaterials ergeben könnte.

**Zum Abschnitt 10 (Strafbestimmungen):**

Dieses Kapitel sollte neu überdacht werden. Der Einsatz des Verwaltungsstrafverfahrens als Mittel zur Durchsetzung von Datenschutz findet faktisch nicht statt.

Die Ursachen sind vielfältig:

Zunächst ist festzuhalten, dass erst das künftige Zuwiderhandeln gegen einen Bescheid oder ein Urteil strafbar, mit dem die Rechtswidrigkeit einer Datenverwendung festgestellt wurde – das sollte hinsichtlich rechtswidriger Datenverwendung aufgegeben werden, nachdem Datenschutz in Österreich nunmehr seit 30 Jahren besteht und in der Zwischenzeit wohl von jedermann verlangt werden kann, dass er Datenschutz so wie jedes andere Rechtsgebiet kennt und beachtet.



Die Strafraumen des § 52 DSG 2000 sind so niedrig, dass sich für viele Auftraggeber die Gesetzesbefolgung – insbesondere bei den formalen Pflichten wie Registrierung oder Genehmigungseinholung nach § 13 – „nicht rechnet“. Die Strafraumen sollten also angehoben werden.

Durch die Besonderheit mancher datenschutzrechtlicher Ansprüche (z.B. des Rechts auf richtige und vollständige Auskunft) ergeben sich spezielle Vollstreckungsprobleme, die grundsätzlich überdacht werden sollten.

Insgesamt sollte die Novelle zum Anlass genommen werden zu überlegen, ob nicht effizientere Durchgriffsmöglichkeiten geschaffen werden könnten als sie bisher bestehen. Dies betrifft z.B. auch die Beseitigung von unzulässigerweise installierten privaten Videoüberwachungskameras, was von Betroffenen gegenüber der Datenschutzkommission häufig verlangt, aber derzeit nicht leicht bewerkstelligt werden kann.

16. Mai 2008  
Für die Datenschutzkommission  
Der Vorsitzende:  
HR des OGH Dr. SPENLING

Für die Richtigkeit  
der Ausfertigung: