

Kommentar zum Entwurf der Novelle 2008 zum DSG 2000

verfasst von Ing. Dr. Eike WOLF
Bechardgasse 15/8
1030 Wien

Grundsätzliches

Der Entwurf enthält zu viele Fehler, ist in wichtigen Bereichen verfassungswidrig, höhlt den bisherigen Datenschutz aus und schafft neue Regelungen im Bereich der Videoüberwachung, die teils unsinnig und teils kontraproduktiv sind. Er sollte gründlich überarbeitet werden.

Zum Vorblatt:

Der Entwurf macht es sich zu einfach, wenn er behauptet, es gäbe keine Alternativen. Wenn man sich keine überlegt, dann gibt es natürlich keine.

Die finanziellen Auswirkungen nur aus der Sicht der staatlichen Finanzgebarung zu betrachten, ist schlicht unzulässig. Mit dieser Sichtweise sollte man auch die Gerichte abschaffen, sie kosten nur Geld und bringen der Regierung nur Ärger, vor allem der Verfassungsgerichtshof und der Verwaltungsgerichtshof. Die Datenschutzkommission (DSK) ist eine der gerichtsähnlichen Institutionen, die in den letzten Jahren geschaffen bzw deren Kompetenzen erweitert wurden, ohne ihr die materiellen Mittel in die Hand zu geben, ihre Aufgaben auch wirklich ordentlich erledigen zu können, obwohl die Datenschutz Richtlinie im Erwägungsgrund 63 von den Mitgliedsstaaten erwartet, dass die Kontrollstellen mit den notwendigen Mitteln für die Durchführung ihrer Aufgaben ausgestattet werden. Dies hat die Bundesregierung bisher nicht getan. Statt nun diese Mittel zu erweitern, wird das Gesetz und die verfassungsrelevanten Teile so geändert, dass die Datenschutzkommission weniger zu tun hat, indem man den Schutz einschränkt. Ganz generell muss festgehalten werden, dass durch diese Ansiedelung der DSK beim Bundeskanzleramt und dem Mangel eines eigenständigen Budgets die Unabhängigkeit der DSK zwar formell durch §37 und 38 DSG festgelegt aber materiell stark eingeschränkt ist.

Die Verwaltungslasten für die Unternehmen werden durch die Einschränkung des Datenschutzes auf natürliche Personen nur scheinbar oder verschwindend geringer, denn durch diese Einschränkung wird dem Sammeln von unkontrollierten Unternehmensdaten (heißt heute Customer Relations Management =CRM) Vorschub geleistet, die für die Unternehmen letztendlich teurer werden kann, weil ein erheblicher Prozentsatz ungenau und unkontrolliert bleibt.

Der neue Datenschutzbeauftragte ist ein Kunstfigur ohne Rückhalt, weil ihm die außerbetriebliche Organisation und Stärke, wie sie Betriebsräte haben, fehlen wird. Entsprechend den Unternehmensdaten der Statistik Austria aus dem Jahre 2001 werden rund 17.000 Unternehmen (> 20 Beschäftigte) einen Datenschutzbeauftragten haben, alle anderen haben keinen und werden ihn sich auch nicht leisten können. Ich war selbst in den Jahren 1980 bis 1982 Datenschutzbeauftragter in einem Großbetrieb und habe keine guten Erfahrungen mit diesem Auftrag gemacht. Man sollte sich überlegen, diese Kunstfigur wieder aus dem Entwurf zu entfernen, weil sie ihren Zweck höchstens bei den ca. 17.000 größeren Unternehmen erfüllen kann. Der Rest muss ohne Datenschutzrechtsexpertise auskommen.

Dieser Entwurf wurde offenbar in großer und unangemessener Hast verfasst, sonst wäre ein derartiger Fehler, wie er in den *“Besonderheiten des Normsetzungsverfahrens”* passiert ist, nicht möglich. Dort steht, dass der Entwurf *“nur in Abwesenheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder”* beschlossen werden darf. Ist dies vielleicht die neue Abstimmungsform im Parlament? Oder hat den Entwurf außer dem Verfasser niemand lektoriert?

A. Zu den Erläuterungen und den Änderungen im DSG2000.

Zu den Finanziellen Auswirkungen S2:

Der Schluss in den Erläuterungen hinsichtlich der Verkleinerung des Kreises der Auskunftsberechtigten auf natürliche Personen, dass nämlich nur 7,75% der Beschwerdefälle Auskunftswerber waren, die keine natürlichen Personen waren, und damit die Zahl der Auskunftsbegehren sich im gleichen Ausmaß verringern würde, ist per se schon falsch. Dabei geht der Text davon aus, dass die Zahl der Auskunftsbegehren gleich der Zahl der Beschwerdefälle wäre. Dies ist eine Annahme, die mit großer Wahrscheinlichkeit nicht stimmt, weil nicht jedes Auskunftsbegehren in einem Beschwerdefall bei der DSK mündet, dann nämlich nicht, wenn der Auftraggeber keine Daten über den Auskunftswerber (AW) verarbeitet oder eine korrekte Auskunft gibt und die Daten rechtmäßig verarbeitet werden. Es ist zu hoffen, dass dies die überwiegende Anzahl der Fälle ist. Der Prozentsatz der Auskunftsbegehren nicht natürlicher Personen wird daher wesentlich höher sein. Zu der Problematik der Einschränkung des Kreises der Auskunftswerber siehe unten.

Zu Z 10 der Erläuterungen und §1 Abs 1 DSG:

Die Verkürzung des ersten Satzes wirft eine Reihe von Problemen auf, die die Erläuterungen verschweigen.

Der Ersatz *“Jedermann hat”* durch *“Jede natürliche Person hat “* schließt nicht nur die juristischen Personen, sondern auch die Personengemeinschaften vom Grundrecht auf Datenschutz aus. Das hat entgegen der Meinung in den Erläuterungen erhebliche Folgen für die juristischen Personen und die Personengemeinschaften. Konnten diese bisher mit ihrem Recht auf Auskunft bei einem Auftraggeber die sie betreffenden Daten abfragen und damit überprüfen, ob diese Daten rechtmäßig verarbeitet wurden und ob sie auch korrekt sind, entfällt diese Korrektur- und Kontrollmöglichkeit nach dieser Novelle vollständig. Dies ist vor allem für Start-up-Unternehmen ein erheblicher Nachteil, weil damit in der überwiegenden Zahl der Fälle die Auftraggeber falsche Informationen über diese Unternehmen haben werden. Aber auch für alle anderen, auch größeren Unternehmen ja sogar für die gesamte Wirtschaft ist dies ein Nachteil, weil die Kontrolle und die Korrekturmöglichkeit entfällt, die das Auskunftsrecht gewährt hat. Nur um die Unternehmen von einem eher geringen Kostenbetrag von geschätzt 700.000 Euro pro Jahr, verteilt auf einige zehntausend Unternehmen (d.i. weniger als 70 Euro/Jahr und Unternehmen) zu entlasten, und damit die Wahrscheinlichkeit von falschen und unberechtigt verarbeiteten Daten zu erhöhen, kann doch nicht das Ziel dieser Novelle sein. Es wäre wesentlich sinnvoller zu überlegen, welche Korrekturen für juristische Personen und Personengemeinschaften am DSG2000 auf Grund der bisherigen Erfahrungen anzubringen wären, als sie gleich aus dem Datenschutz zu entlassen.

Das Unverständnis im europäischen Kontext ergibt sich wohl eher daraus, dass diese Kontrolle und der Schutz für die juristischen Personen und Personengemeinschaften schlecht oder gar nicht erklärt werden. Zudem ergibt sich aus den Bestimmungen des §14 für alle Auftraggeber

eine sehr umfassende Verpflichtung für die Sicherheit der Daten der Betroffenen und damit auch für sie selbst. Dies scheint den Verfassern der Novelle ganz offensichtlich entgangen zu sein.

Weiters ist damit auch nicht klargestellt, ob durch den Ausschluss der juristischen Personen und der Personengemeinschaften ein Einzelkaufmann von dem Datenschutz ausgenommen ist. Nach dem Wortlaut ist er dies nicht, weil er nach wie vor eine natürliche Person ist. Dann aber liegt evidentermaßen eine Gleichheitswidrigkeit vor.

Welche Folgen der Wegfall der juristischen Personen und Personengemeinschaften aus dem Datenschutz haben kann, sei an einem Beispiel gezeigt. Gemäß der Standardverordnung BGBl II Nr. 201/2000 sind in der SA001 (Rechnungswesen und Logistik) unter der Nummer 32 bis 38 (Betroffene Personengruppen: Sachbearbeiter oder Kontaktpersonen beim Auftraggeber) die zulässigen Datenarten angegeben, die verarbeitet werden dürfen. Da im Wirtschaftsleben viele Unternehmen in Form von juristischen Personen oder Personengemeinschaften betrieben werden, würden Datenverarbeitungen der Art SA001 nach dem Entwurf nicht mehr dieser Verordnung unterliegen und es könnten daher wesentlich mehr Daten erlaubterweise zu diesen Kontaktpersonen erfasst und verarbeitet werden, die bisher nicht zulässig waren. Dazu könnten auch Daten gehören, die nach Ansicht des Unternehmens für ihr Geschäft notwendig sind, aber nach dem geltenden DSG2000 zB wegen mangelnder Rechtmäßigkeit untersagt sind. Der Firma (zu der die Kontaktperson gehört) müsste nicht mehr über diese Daten Auskunft gegeben werden, weil dies nun unter das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis fällt. Fraglich ist, ob über eine Beschwerde bei der Datenschutzkommission eine Aufklärung über diese Verarbeitung und eine Untersagung gemäß §30 erfolgreich wäre, weil das Unternehmen sich dann darauf berufen könnte, nicht mehr dem DSG zu unterliegen und daher keine Verletzung von Datenschutzrechten vorliege und es könnte damit eine Untersuchung durch die Datenschutzkommission abwehren.

Der behauptete Schutz der betroffenen Unternehmen nach dem gewerblichen Rechtsschutz oder Urheberrecht (wieso Urheberrecht?) stimmt nur zum Teil, weil den betroffenen Unternehmen ganz einfach die Kontroll- und Korrekturmöglichkeit fehlen würde. Im gewerblichen Rechtsschutz (UWG) ist kein Auskunftsrecht normiert.

Darüber hinaus würde durch diesen Wegfall die juristische Person insbesondere die GmbH benachteiligt, weil dadurch nicht nur die vielen mittlerweile aus gutem Grund vom Gesetzgeber zugelassenen Einpersonen-GmbHs durch den Ausschluss vom Auskunftsrecht benachteiligt würden, sondern in der Folge auch die natürlichen Personen als Träger dieser GmbHs. Aus diesen guten Gründen wurde schon im ABGB in §26 die juristische Person mit der natürlichen Person gleichgestellt. Ähnlich ist es auch in der BRD, weil auch das BGB in §14 in Verbindung mit §§21 bis 89 die juristische Person mit der natürlichen Person gleichstellt.

Zudem hat diese Streichung für einige Anwendungen so gravierende Folgen, dass damit Ersatzlösungen in Spezialgesetzen geschaffen werden müssten.

ZB werden im neuen **“River Information Service”** (RIS) für die **Binnenschifffahrt auf der Donau** Transponder auf den registrierungspflichtigen Schiffen vorgeschrieben, die die Navigation der Schiffe untereinander und in Bezug zu den Schleusen und Häfen wesentlich verbessern und vereinfachen. Diese Transponder senden ständig Daten aus, die die Bewegung und den Standort und die Identität des Schiffes beschreiben und für andere Schiffe bestimmt sind, die ebenfalls einen Transponder tragen. Nach dem bisherigen DSG2000 war es gemäß §6

unrechtmäßig, Empfänger für diese Daten entlang der Donau aufzustellen, um die Navigationsdaten der vorbeifahrenden Schiffe aufzunehmen und aufzuzeichnen, mit weiteren sonst bekannten Daten zu verknüpfen, um dadurch ein sehr aktuelles und genaues Bild über die Konkurrenten im Schiffsverkehr zu erhalten. Diese Art der Erfassung und Verarbeitung der Navigationsdaten ist nach der bestehenden Gesetzeslage weder rechtmäßig noch zweckentsprechend und daher untersagt. Da die kommerzielle Schifffahrt in der Regel als juristische Person oder als Personengemeinschaft organisiert ist, würden diese nun aus dem Datenschutz ausgenommen und die Erfassung und Verarbeitung dieser Daten wäre nun legalisiert. Die Folgen dieser Legalisierung kann man sich leicht ausmalen. Der gewerbliche Rechtsschutz könnte diese Datenerfassung und -verarbeitung ohne spezielle Erweiterung nicht verhindern.

Ein **weiteres Beispiel**: Der schwunghafte Handel mit unkontrollierten Unternehmensdaten, der durch das derzeitige DSG2000 unterbunden wird, würde dadurch wieder möglich und würde der gesamten Wirtschaft mehr schaden als nützen. Auch dies wäre eine unbedachte Folge dieser Einschränkung des Datenschutzes.

Zu guter letzt halte ich die Reduktion auf natürliche Personen für gleichheitswidrig, weil bisher in praktisch allen sachlichen Bereichen die juristischen Personen und Personengemeinschaften mit den natürlichen Personen gleichgestellt waren. Insbesondere für Einzelkaufleute wäre dies eine erhebliche Benachteiligung, weil sie noch alle Verpflichtungen aus dem Datenschutz treffen, ihnen aber keine entsprechenden Rechte gegenüber den ausgenommen Unternehmen zustünden. Nur weil es manchen Auftraggebern nicht gefällt, dass sie ihre verarbeiteten Daten den Betroffenen offenlegen müssen und dadurch einer Kontrolle und Korrekturverpflichtung ausgesetzt sind, gleich den gesamten Schutz über Bord zu werfen, geht jedenfalls zu weit. Immerhin hatte die bisherige Regelung eine gewisse potentielle Hygiene in der Verarbeitung von Unternehmensdaten herbeigeführt. Diese würde dadurch ersatzlos aufgegeben, ohne einen erkennbaren Nutzen daraus volkswirtschaftlich zu gewinnen. Diese Einschränkung des Datenschutzes ist daher entschieden abzulehnen.

Der zweite Satz des Entwurfs *“Der Anspruch besteht nicht, wenn Daten allgemein verfügbar sind.”* ist zwar eine sprachlich vereinfachte Fortführung des geltenden Abs1 Satz 2, er entspricht aber nicht der Richtlinie, sondern bewirkt eine nicht zulässige Einschränkung des Rechtsschutzes, den der Artikel 1 im Zusammenhang mit Art 2 lit a der EU-RL 95/46/EG für personenbezogene Daten gewährt. Die Richtlinie schützt nämlich alle personenbezogenen Daten und verweigert nicht den Schutz, wenn die Daten *“allgemein verfügbar sind”*. Durch diese Einschränkung wird auch der Art. 8 der EMRK berührt, der in Erwägungsgrund 10 als Grundlage für die Richtlinie ausdrücklich erwähnt wird. Aus der Tatsache, dass personenbezogene Daten an irgend einer Stelle öffentlich zugänglich geworden sind, kann man nicht automatisch schließen, dass sie der Betroffene für alle und für jeden Zweck öffentlich machen wollte. Oft wissen die Betroffenen gar nicht, dass sie mit der Weitergabe ihrer personenbezogenen Daten diese öffentlich zugänglich gemacht haben.

In den Artikeln 6 und 7 der Richtlinie werden die Grundsätze einer rechtmäßigen Verwendung von personenbezogenen Daten festgelegt, die in dem DSG2000 in den §6 und 7 sich widerspiegeln. Durch die Einschränkung in §1 Abs 1 DSG2000 wurde schon die Richtlinie nicht ordentlich umgesetzt. Die Erfahrungen seit dem Jahr 2000 in Hinblick auf die intensive und sich weiter intensivierende Nutzung des Internet sollten aber schon dazu führen, dass die strikte Umsetzung der Richtlinie gerade in dieser Hinsicht für die Betroffenen geboten ist. Der Satz 2 in §1 Abs 1 sollte daher entfallen, um die Konformität zur Richtlinie herzustellen.

Zu Abs 2 der Erläuterungen:

Der Absatz 2 der Erläuterungen beschreibt eine sinnvolle sprachliche Vereinfachung des §1 Abs 1. Zur sprachlichen Vereinfachung des zweiten Satzes des Abs 1 siehe oben.

Zu Abs 3 der Erläuterungen:

Die Erläuterung der Änderungen des §1 Abs 2 verharmlosen und verschleiern diese in einer unzulässiger Weise. Die *“weitere geringfügige Änderung des Eingriffsvorbehalts nicht nur im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen sondern allgemein im lebenswichtigen Interesse jeder Person”* ist keineswegs geringfügig und schon gar nicht im Interesse jeder Person, weil der Text in der geltenden Fassung lautet: *“sind Beschränkungen des Anspruchs auf Geheimhaltung nur zur Wahrung überwiegender berechtigter Interessen **eines anderen** zulässig, ”* und die Wortfolge *“eines anderen”* würde gestrichen. Die Erläuterung ist insoweit irreführend. Sie ist aber nicht nur irreführend, sie unterschlägt auch ein wichtiges Detail. Durch die Streichung der Wortfolge *“eines anderen”* wird es möglich, nicht nur die Interessen einer anderen Person, sondern auch und damit wesentlich erweiternd die Interessen der Allgemeinheit - in welcher Form auch immer - hier einfließen zu lassen, ohne dass man gleich einen Gesetzbeschluss oder eine richterliche Anordnung benötigt. Damit kann die Regierung unter dem Deckmantel *“überwiegender Interessen”* in den Datenschutz von Betroffenen ohne besondere Rechtfertigung eingreifen. Erst über den Umweg einer Verfassungsklage könnte vielleicht eine darauf begründete Maßnahme zurecht gestutzt werden. In jedem Fall ein Risiko, das dem Betroffenen aufgebürdet wird. Die schleichende Tendenz, den Datenschutz so zu recht zu biegen, dass er für alle möglichen Zwecke missbraucht werden kann, könnte daraus herausgelesen werden. Man kann nur hoffen, dass dies nicht die Absicht der Vorlage ist und daher in der Novelle nicht mehr enthalten ist.

Zu Abs 4:

Die Erläuterungen verwenden den Begriff *„staatliche Eingriffe“*, der aber im Gesetzesvorschlag gar nicht verwendet wird. Dort steht nämlich *“Staatliche Beschränkungen“*. Diese Bezeichnungsverwirrung ist entweder Schlamperei oder absichtliche Verwirr- und Verschleierungstaktik, denn der Begriffsinhalt von *“Eingriff”* und *“Beschränkung”* ist durchaus verschieden und müsste von den Gerichten auch entsprechend ausgelegt werden. *“Beschränkung”* ist wesentlich enger und eben dem Worte nach beschränkend, während *“Eingriff”* in beiden Richtungen ausgelegt werden kann, also sowohl erweiternd als auch beschränkend. Diese unterschiedliche Verwendung der Begriffe verschleiert offenbar mit Absicht die Wirkung.

Zu Abs 5:

Wie bereits zu Abs 1 klargestellt, führt die Beschränkung des Datenschutzes und der Auskunftsrechte auf natürliche Personen zu einer Reihe von Mängeln und Verfassungswidrigkeiten, die allein dadurch entstehen, dass die juristischen Personen und Personengemeinschaften nun nicht mehr dem DSG unterstehen würden, der Einzelkaufmann aber schon. Gemäß den Daten der Statistik Austria über die Unternehmensformen waren im Jahre 2001 rund 200.000 Einzelfirmen (=Einzelkaufleute) von rund 300.000 Unternehmen insgesamt tätig, dh diese 200.000 Einzelfirmen unterliegen weiterhin dem Datenschutzgesetz auch nach dem Entwurf, während die anderen 100.000 diesem nicht mehr unterliegen würden. Dadurch kann ihnen auch nicht mehr die Verletzung des DSG vorgeworfen werden, wenn sie

entgegen den Regeln des DSG in ihren Kunden- und/oder Lieferantendaten auch personenbezogene Daten von Kontaktpersonen haben, die bisher nicht erlaubt waren. Zumindest können sie sich gegenüber den betroffenen juristischen Personen und Personengemeinschaften auf das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis berufen und die Auskunft verweigern oder überhaupt keine oder eine falsche Auskunft geben. Die betroffene Kontaktperson muss sich dann an die Datenschutzkommission wenden und in ihrem Antrag glaubhaft machen, dass eine Rechtsverletzung beim Auftraggeber stattfindet oder stattgefunden hat. Dieses Glaubhaftmachen ohne konkrete Beweismittel und ohne irgendeine brauchbare Erklärung des Auftraggebers ergibt für den Betroffenen bei der Datenschutzkommission erhebliche Risiken der Abweisung seines Antrags.

Zu Z11 der Erläuterungen und §2 DSG:

Die Bereinigung und Konzentration der Kompetenzen auf den Bund ist sinnvoll und sachgemäß. Die föderalen Strukturbestrebungen der Länder entsprechen einer Schrebergartenmentalität und sollten beendet werden.

Zu Z12 und 13 der Erläuterungen und §3 Abs 1 und 2 DSG

Dies ist sachlich sinnvoll und zu begrüßen.

Zu Z 14 und 24 der Erläuterungen und § 4 Abs 1 Z 3 und Z10 DSG sowie zu Z 82 (Aufhebung von § 58 DSG):

Die Bereinigung in den Ziffern 1 bis 15 ist sinnvoll bis auf die Einschränkung in Ziffer 3 auf natürliche Personen (siehe dazu oben).

Zu §6 DSG:

Der Entwurf sieht keinerlei Regelung hinsichtlich der Verwertung biologischer Spuren (Fingerabdrücke, DNA-Spuren, Iris-Scans usw, Sprachaufzeichnung und Auswertung usw) vor. In einigen Ländern ist die private Verwertung biologischer Spuren bereits gesetzlich geregelt, um den Missbrauch einzuschränken. Dies wäre in dieser Novelle eine nützliche Ergänzung in §6 als neuer Absatz 5.

Zu Z 25 der Erläuterungen und § 8 Abs. 1 DSG:

Die Angleichung scheint harmlos zu sein, enthält aber doch eine Reduktion von der höherwertigen Verfassungsbestimmung auf die niederwertige einfachgesetzliche Bestimmung. Dies ist für die Auslegung in der Rechtspraxis nicht unerheblich und sollte besser unterbleiben. Die bisherige Regelung enthält eine stärkere Bindung an die Verfassung. Die Abschwächung entspricht dem Trend den Datenschutz aufzuweichen. Dagegen muss entschieden protestiert werden.

Zu Z 26 der Erläuterungen und § 8 Abs. 2 DSG:

Die Bereinigung scheint sinnvoll zu sein, weil der Text übersichtlicher wird. Er könnte aber sprachlich noch klarer gestaltet werden, wenn man in wie folgt umstellt, wobei keine Sinnänderung entsteht:

“Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen werden bei der Verwendung von zulässigerweise veröffentlichten Daten oder nur indirekt personenbezogenen Daten nicht verletzt.”

Da aber die Zweckbeschränkungen durch den Betroffenen von veröffentlichten Daten - wie bereits oben zu §1 Abs 1 zweiter Satz dargelegt - mit dieser Regelung nicht eingehalten wird, sollte der Satz erweitert werden auf:

“Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen werden bei der Verwendung von zulässigerweise veröffentlichten Daten oder nur indirekt personenbezogenen Daten nicht verletzt, wenn die erkennbaren Beschränkungen des Zwecks durch den Betroffenen bei der Verwendung eingehalten werden.”

Zu Z 27 und 30 der Erläuterungen und § 8 Abs. 3 Z 2, § 9 Z 4 DSG:

Dies ist eine sinnvolle und begrüßenswerte Klarstellung der Rechte des Parlaments. Der kleinliche Streit der Ministerien um die Herausgabe personenbezogener Daten in Akten ist ja nur zu verstehen, wenn man sich vergegenwärtigt, dass in diesen Akten Daten enthalten sind, die dort gar nicht stehen durften und daher das Ministerium verhindern will, das offenkundig wird, das es rechtswidrig Daten verarbeitet.

Zu Z 28 und 31 der Erläuterungen und § 8 Abs. 3 Z 5, § 9 Z 9 DSG:

Die Erläuterungen zu dieser Änderung des Entwurfs sind irreführend, weil der Artikel 8 bezieht sich auf das Verbot der Verarbeitung sensibler Daten und Abs 2 lit e bezieht sich auf die zugelassene Ausnahme von diesem Verbot, wenn diese Daten zur Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen vor Gerichten notwendig sind. Das ist aber in §8 gerade nicht der Fall. Damit ist die Begründung für den Entfall der Worte *“und die Daten rechtmäßig ermittelt wurden”* aber falsch, denn für die nicht-sensiblen Daten sieht die Richtlinie direkt keine Ausnahme für die Verwendung bei Gericht vor. Man darf aber aus einem Größenschluss aus der Richtlinie schließen, dass wenn die Verarbeitung sensibler Daten für die Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen vor Gerichten zulässig ist, sie auch für die Verarbeitung nicht-sensibler Daten im gleichen Bereich zulässig sein muss. Dies ist in der bisherigen Fassung des DSG mit einer sinnvollen Einschränkung der rechtmäßigen Ermittlung der Daten enthalten. Warum nun der Entwurf diese Einschränkungen in §8 Abs 3 Z 5 und in §9 Z9 beseitigen will, wird mit dem Verweis auf Art 8 der Richtlinie nicht klargemacht. Die Behauptung, dass nach dem bisherigen Wortlaut eine Ermittlung von Daten für Zwecke der Anspruchsdurchsetzung nicht erfasst war, ist schon nach dem Wortlaut des DSG falsch. Wenn behauptet würde, dass die beliebige Ermittlung von Daten nicht erfasst ist, dann könnte man den Erläuterungen zustimmen. Das aber wird nicht behauptet. Diese verschwommene Art der Begründung lässt den Verdacht aufkommen, dass es um die Verschleierung des Entfalls der rechtmäßigen Ermittlung hauptsächlich geht. Cui bono?

Ist hingegen dieser Entfall der Einschränkung *“und die Daten rechtmäßig ermittelt wurden”* geplant, um auch nicht rechtmäßig ermittelte Daten vor Gerichten und Verwaltungsbehörden verwenden zu können, dann sind die Erläuterungen bewusst irreführend.

Jedenfalls ist die Streichung der Worte *“und die Daten rechtmäßig ermittelt wurden”* strikt abzulehnen, denn sie stellt eine Aufweichung der Rechtsstaatlichkeit dar, die eine Regierung nicht noch fördern sollte.

Zu Z 29 der Erläuterungen und § 8 Abs. 4 DSG:

Diese Klarstellung ist sinnvoll und begrüßenswert.

Zu Z 32 der Erläuterungen und § 12 Abs. 1 DSG:

Die Ausweitung auf den EWR ist sinnvoll.

Zu Z 33 der Erläuterungen und der Aufhebung von § 13 Abs. 3 DSG:

Die Generalisierung in §40 Abs 2 scheint sinnvoll zu sein.

Zu Z 34 der Erläuterungen und § 15a DSG, Z 40 der Erläuterungen und § 19 Abs. 1 Z 8 DSG und Z 49 der Erläuterungen und § 30 Abs. 1a DSG:

Wie schon oben im Kommentar zum Vorblatt zum Datenschutzbeauftragten (DSB) dargestellt, wird der DSB nur in Unternehmen mit mindestens 20 Mitarbeitern installiert und damit deren Zahl auf ca. 17.000 von ca. 300.000 Unternehmen beschränkt. Die Ausgestaltung ähnlich den Sicherheitsbeauftragten ist nur scheinbar ähnlich. Denn wie ein Blick ins Arbeitnehmer-Schutz-Gesetz zeigt, ist deren Funktion wesentlich sorgfältiger ausgestaltet und definiert. Der in §15a Abs 5 behauptete Kündigungs- und Entlassungsschutz gemäß §73 ff ASchG ist nicht im ASchG zu finden, sondern in §9 des Arbeitsvertragsrecht Änderungsgesetz (AVRAG). Dieser Kündigungsschutz ist nicht vergleichbar mit dem eines Betriebsrates. Daher wird der DSB entsprechend vorsichtig agieren und damit bei weitem nicht die Wirkung erzielen, die man sich von seiten der Arbeitnehmervertretungen erhofft. Denn bevor man heutzutage seinen Arbeitsplatz riskiert, duldet man die Verletzungen des Datenschutzes nach dem unsinnigen auch von Politikern und Juristen vorgeschobenen Motto: *“Wer anständig ist, hat nichts zu verbergen!”*. Als ob die Interpretation der Daten beim Betroffenen läge! Damit wird suggeriert, dass die Daten immer im Sinne des Betroffenen interpretiert würden, was schon deshalb nicht stimmen kann, weil man den Betroffenen in der Regel zu wenig kennt, um seine Interpretation der Daten überhaupt zu kennen und durchführen zu können.

Zu Z 35 bis 38 der Erläuterungen und § 16 Abs. 1 und Abs. 3 und §17 DSG:

Diese Bereinigung ist sinnvoll, wenn auch mit einem Fragezeichen zu versehen, weil die Verpflichtung der elektronischen Meldung gemäß dem §17 des Entwurfs mit digitaler Signatur mittels der Bürgerkarte eine zusätzliche Belastung der Unternehmer darstellt. Wer die praktischen Probleme der digitalen Signatur kennt, wird diese Verpflichtung um ein bis zwei Jahre aufschieben, bis diese Probleme einigermaßen zufriedenstellend gelöst sind. Über diese Bestimmung die Bürgerkarte “mit Gewalt” einzuführen, ist sicher verfehlt.

Zu Z 39 bis 43 der Erläuterungen und § 18 samt Überschrift bis §22a DSG):

Ob diese Neuregelung die erhoffte Vereinfachung und Verbesserung des Meldeverfahrens bringt, muss die Praxis zeigen. Jedenfalls ist die bloße formelle Prüfung allein durch Software ein untaugliches Verfahren und eines Rechtsstaates nicht angemessen. Siehe auch die Regeln zu §49 DSG, durch die in einem vergleichbaren Prozess dem Betroffenen besondere Rechte eingeräumt werden. Warum nicht auch hier bei einer bloßen formellen Prüfung der elektronischen Eingabe?

Zu Z 44 und 45 der Erläuterungen und § 26 Abs1 bis 7 DSG:

Schon das geltende DSG hat Mängel hinsichtlich des Auskunftsrechts besonders in Hinblick der Herkunft der Daten. Wenn also der Auftraggeber es vorzieht, die Herkunft der Daten geheim zu halten und daher zu Herkunft nur noch angeben muss, dass er diese Herkunft nicht mehr feststellen kann, dann wird der Betroffene bis heute über die Herkunft im unklaren gelassen und wird es auch in Zukunft. Rechtshygienischer wäre es, wenn für solche Daten der Betroffene das Recht hätte, solche Daten löschen zu lassen. Das würde die Auftraggeber zwingen, ihre Datenbestände hinsichtlich der Herkunft genauer und transparenter zu gestalten. Bisher konnte er die Herkunft der Daten einfach unterdrücken, weil dann muss er keine Auskunft darüber geben. Es wäre daher rechtspolitisch sehr zu begrüßen, wenn die Wendung in der bisherigen Fassung "**die verfügbaren Informationen über ihre Herkunft**" durch die Wendung "die Herkunft" ersetzt würde und der Mangel dieser Auskunft durch das Löschungsrecht dieser Daten durch den Betroffenen oder die DSK sanktioniert würde. Darüber hinaus sollte die Übermittlung solcher Daten ohne Herkunftsangabe untersagt werden.

Diese Erweiterung des Auskunftsrechts geht zwar über die EU-Richtlinie hinaus, aber diese Erweiterungen sind durch die Richtlinie nicht beschränkt worden.

Zu §30 Abs1 DSG

Die im Entwurf zu §1 vorgesehene Einschränkung des DSG auf natürliche Personen würde eine erhebliche Inkonsistenz mit dem §30 Abs 1 hervorrufen. Der Ausschussbericht zum DSG 2000 merkte schon zu §30 Abs 1 an, dass der "Jedermann" nur der Betroffene gemäß §4 Z3 sein kann. Auch die Kommentatoren sind dieser Meinung. Durch die Einschränkung auf natürliche Personen erhält nun jedoch der Begriff "Jedermann" eine neue Bedeutung im ursprünglichen Sinn, dh, es entfällt die Einschränkung auf den Betroffenen oder den Auskunftswerber in der Gestalt einer natürlichen Person. Es könnte daher auch formal eine juristische Person ein Beschwerderecht bei der DSK geltend machen. Wie soll diese aber mit diesem Beschwerderecht umgehen, wenn nach dem Willen dieser Novelle juristische Personen vom DSG ausgenommen werden sollen? Falls also nur noch natürliche Personen dem DSG unterliegen sollen, was keinesfalls aus den oben genannten Gründen sinnvoll und wünschenswert ist, müsste der §30 Abs 1 wohl angepasst werden.

Zu §30 Abs1a DSG

Der Datenschutzbeauftragte (DSB) darf nach dieser Bestimmung warten, bis der Betriebsinhaber in angemessener Frist geeignete Maßnahmen getroffen hat, bevor er die DSK anrufen kann. Da wird es wohl in der überwiegenden Zahl der Fälle zu einem "Ruhen der Maßnahmen" kommen, weil der Betriebsinhaber immer gute Gründe vorbringen wird, warum er eine zu treffende Maßnahme gerade jetzt nicht durchführen kann und diese verschoben werden muss. Die "angemessene Frist" ist eine Einladung zur Flucht aus der Maßnahme. Wenn die Novelle den DSB wirklich stärken will, muss sie die angemessene Frist durch eine Frist von zB 8 Wochen oder auch 12 Wochen ersetzen. Diese kann eventuell im Verfahren vor der DSK von ihr verlängert werden.

Zu §30 Abs4 DSG

Der Entwurf versieht die DSK nach wie vor mit einem "Beißkorb", weil ihr zwar ein Betretungsrecht zu gewähren, aber bei Verweigerung ihr keine Zwangsmaßnahmen wie einem ordentlichen Gericht einzuräumen, macht sie von vorn herein ineffektiv. Ebenso fehlen ihr die

Mitwirkungsverpflichtungen des Auftraggebers oder Dienstleisters oder des Dritten (Vermieter der Räume) und der entsprechenden Zwangsmaßnahmen zur Durchsetzung.

Insoweit bleibt die DSK weit hinter den Aufträgen aus der EU-RL nach Art 28 zurück. Dies ist offenbar Absicht, weil ihr auch die ausreichenden finanziellen und anderen materiellen Ressourcen vorenthalten werden. Statt dessen wird lieber das DSG eingeschränkt.

Zu 53 der Erläuterungen und § 30 Abs 6 DSG:

Die Maßnahmen in Abs 6 gegenüber einer Verwaltungsbehörde oder öffentlichem Auftraggeber sind zahnlos, weil die DSK die letzte Instanz ist und dagegen wird dem Betroffenen kein weiteres Rechtsmittel gewährt. Das heißt im Klartext, dass der öffentliche Auftraggeber, wenn er einen guten Draht zur Oberbehörde hat oder gar auf Weisung der Oberbehörde gehandelt hat, den Empfehlungen der DSK zur Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes oder dessen Aufklärung nicht folgen muss. Wo bleibt da die Rechtsstaatlichkeit und der Schutz und die verfassungsrechtlich gewährleisteten Interessen des Betroffenen?

Weiters sollte der DSK auch die Verpflichtung auferlegt werden, bei der Prüfung der Datenverarbeitung die in §1 Abs 2 vorgesehene Verpflichtung zur Verwendung der gelindesten Mittel anzuordnen und zu überprüfen, sonst ist dieses verfassungsrechtlich gewährleistete Recht ohne jede Verpflichtung und Durchsetzungsmöglichkeit.

Zu 55 der Erläuterungen und § 31 DSG:

Das ist ein österreichisches Phänomen, dass sich die Regierung nie aufraffen kann, ordentliche rechtsstaatliche Regelungen in Gesetzen vorzuschlagen, sondern möglichst schwammige Formulierungen macht, die dann die öffentlichen Gerichte reparieren müssen. So auch hier bezüglich des Charakters der Bescheide der DSK. Als ob das nicht vorhersehbar gewesen wäre.

Zu 82 der Erläuterungen und dem Abschnitt 9a DSG:

Der Entwurf zur Videoüberwachung (VÜ) muss als vollständig misslungen bezeichnet werden. Die Verfasser haben erstens wenig technische Ahnung, noch haben sie sich die Folgen dieses Gesetzentwurfes ausreichend überlegt. Wenn man eine so weitreichende und unkontrollierte Überwachung zulässt, dann hat man den gesamten Datenschutz zu Grabe getragen. Diese Zulassungsbestimmungen sind jedenfalls zur Gänze abzulehnen.

Dazu im Einzelnen:

Die VÜ verletzt gemäß §50a den schutzwürdigen Geheimhaltungsanspruch des Betroffenen dann nicht, wenn entsprechend §7 Abs2 Z3 gehandelt wird. Nun regelt aber §7 Abs 2 Z3 die zulässige Übermittlung von Daten an einen Empfänger unter bestimmten Voraussetzungen. Die Novelle bezieht sich aber auf die Datenverwendung im gesamten und nicht nur auf die Übermittlung an irgend wen. Der Klammerausdruck in §50a Abs 3 ist daher völlig falsch.

Die Zusammenstellung des Abs 3 ist eigentlich ein Sammelsurium aus §8, angereichert durch weitere Tatbestände, die noch dazu grundlegende Regeln des DSG unterlaufen, weil bestimmte Verweise im DSG und Zusammenhänge nicht beachtet werden. Es ist außerdem nicht bestimmt, wer die VÜ durchführen soll und darf. Da dies offen bleibt, darf die VÜ offenbar jeder

durchführen also auch die Polizei, wenn es ihr gefällt oder sie einen Grund findet, wie zB in Z5. Dabei muss sie zB die überwachte Person gar nicht um ihre Zustimmung zu dieser Überwachung fragen.

ZB enthält die Bestimmung Z1 zunächst die plausiblen lebenswichtigen Interessen einer Person. Aber welche Person ist hier gemeint? In §8 Abs 3 Z3 werden die lebenswichtigen Interessen eines Dritten berücksichtigt, aber im Zusammenhang mit §8 Abs 1 Z4 "*überwiegende berechnigte Interessen des Auftraggebers oder eines Dritten die Verwendung erfordern.*" Die Z1 der Novelle unterlässt diese Einschränkung.

Die Z2 bestimmt, dass keine Verletzung vorliegt, wenn der Betroffene sich in der Öffentlichkeit inszeniert hat, wobei dies auf eine schlüssige Willenserklärung gestützt wird, dabei aber der §863 ABGB nur unvollständig wiedergegeben wird und außerdem die in §8 Abs 1 Z2 festgelegte, jederzeitige Widerrufbarkeit offenbar absichtlich unterschlagen wird. Die Z2 müsste also korrekterweise wie folgt lauten: "*Daten über ein Verhalten verarbeitet werden, das mit Überlegung aller Umstände und kein vernünftiger Grund daran zu zweifeln, den Schluss zulässt, dass es darauf gerichtet war, öffentlich wahrgenommen zu werden, oder*".

Z3 sollte die ausdrückliche Zustimmung festlegen, sieht aber nicht die jederzeitige Widerrufbarkeit des §8 Abs1 Z2 vor. Diese müsste daher ergänzt werden und daher sollte Z3 lauten: "*er der Verwendung seiner Daten im Rahmen der Überwachung ausdrücklich zugestimmt hat aber diese Zustimmung jederzeit widerrufen werden kann, oder*"

Z5 lit b enthält keine Zustimmungs- oder Ablehnungsmöglichkeit der überwachten Person. Abgesehen davon ist die sprachliche Fassung verräterisch, weil das Objekt eine Person ist. Ich habe im Jusstudium noch eingebleut bekommen, dass eine Person niemals ein Rechtsobjekt sein kann, sondern immer Rechtssubjekt ist. Besser wäre es also wenn man sagt "*die überwachte Person ...*" Gleiches gilt für lit c.

Die in lit d festgeschriebenen 100.000 Euro sind eine sehr willkürliche Grenze, weil sie zB für Unternehmensdaten schon bei jedem kleinen Gewerbebetrieb zutreffen, aber für die beruflich wichtigen Gegenstände oder Daten eine Privatperson schon bei wesentlich kleineren Werten eine existenzbedrohende Größe erreichen können.

Die Z7 ist ein Tor zur beliebigen Sammlung von Daten auf Vorrat für ein Gerichts- oder Behördenverfahren. §8 Abs 3 Z5 jedoch schränkt ein, dass die Daten zumindest rechtmäßig ermittelt wurden.

Zu §50a Abs 4:

Der höchstpersönliche Lebensbereich eines Betroffenen ist so unklar, dass auch die Rechtsprechung der ordentlichen Gerichte (siehe letzte Entscheidung des OLG Wien hinsichtlich Kampusch) sie beliebig definieren kann. Dann erst die Polizei, die von einem ganz anderen Standpunkt ausgeht. Dieser ist erfahrungsgemäß - wie die letzten Jahre zeigten - nichts heilig. Es ist daher unbedingt notwendig, diesen Bereich sorgfältiger zu definieren.

Zu §50a Abs 5:

Der Auftraggeber wird sehr schnell einen "begründeten" Verdacht hegen, wenn ihm die VÜ so leicht gemacht wird. Er kann dabei von seiner subjektiven Haltung zu bestimmten Problemen

ausgehen. Das führt zu einer überschießenden VÜ und damit zum Überwachungsstaat. Das müsste wesentlich eingeschränkter und konkreter begründet werden und damit dieser ganze Absatz neu gefasst werden. Die solcher Art zugelassene VÜ kann bei den Betroffenen auch durchaus beabsichtigte Symptome ähnlich wie beim Stalking hervorrufen und damit eine reale psychische Bedrohung werden.

Zu §50a Abs 7:

Wenn keine Vorabkontrolle durchgeführt wird, wie sollen die §§6 und 7 in der VÜ überwacht werden? Ohne eine notwendige strikte Zulassungsprüfung ist diese Regelung sanktionslos. Überhaupt fehlen für die VÜ entsprechende Sanktionen für die Nichteinhaltung der Bestimmungen.

Zu §50b:

Wie wird überprüft oder sanktioniert, wenn die Protokollierungspflicht nicht eingehalten wird?

Wie wird die Lösungsverpflichtung nach 48 Stunden überprüft oder sanktioniert? Eine herkömmliche im Internet angebotene oder selbst zusammengestellte VÜ kann jederzeit mittels Datumsänderung der Löschung beliebig manipuliert werden. Zum Missbrauch und zur Manipulation wird dadurch förmlich eingeladen.

Zu §50c

Die in Abs 1 Z2 vorgenommenen Ausnahme von der Meldpflicht einer VÜ mittels analogem Speichermedium ist völlig unverständlich. Glauben die Verfasser der Novelle, dass man die Personen gespeichert auf einem Videoband nachträglich nicht erkennen kann? Was soll dieser Unsinn? Zudem kann man die analoge Aufzeichnung nachträglich digitalisieren und aufbereiten. Man frage den ORF, wie man das macht und was da möglich ist.

Die Z2 muss gestrichen werden, sonst weichen viele auf analoge Aufzeichnung aus, vor allem jene, die dunkle Absichten haben.

Zu §50d :

Wie wird der Entfall der Kennzeichnung überprüft? Wer bestimmt die Unwahrscheinlichkeit der Beeinträchtigung welcher Betroffenen und wann? Wie wird die Übertretung sanktioniert?

Lauter offene Fragen, die für eine ordentliche Novelle beantwortet werden müssten.

Schlussbemerkung:

Man muss leider Bydlinski (Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1. Aufl, S 626 ff) recht geben, wenn er beklagt, dass die Gesetzgebung oft banale Einsichten nicht befolgt und unnötigen Zeitdruck zulässt. So ist es offenbar auch hier wieder geschehen. Darauf weisen die oft sinnstörenden Fehler im Novellentext hin. Aber auch Lobbyismus ist erkennbar. Die Herausnahme der juristischen Person und der Personengemeinschaften aus dem Datenschutz kann nur der Industrielobby zugute kommen, schadet aber damit den vielen Einzelkaufleuten. Wo bleibt die Ausgewogenheit?

Die Begutachtungsfrist ist für so eine sensible Materie bei weitem zu kurz, sechs Monate wären angemessen, weil dann auch eine vernünftige und vertiefende Diskussion möglich wäre. Wozu die Hast gut ist, ist objektiv betrachtet nicht einsichtig.

Als mit dem Datenschutz mittlerweile seit 1980 befasster Jurist und Lehrer in drei Fachhochschulen sowie als Vorsitzender des Normenausschusses der ÖNORM K220 (Intelligente Transport Systeme), der sich gerade in der ISO und in der CEN um mehr Datenschutz bemüht, kann ich nur ersuchen, die nicht nur von mir vorgebrachten Bedenken, sondern auch alle anderen Einwände wie jene der OCG oder der ARGE Daten zu berücksichtigen und den Entwurf zurück zu ziehen und im Sinne der vorgebrachten Argumente zu überarbeiten.

