

Bundeskanzleramt
Verfassungsdienst
Ballhausplatz 2
1014 Wien

per E-Mail: v@bka.gv.at

ZI. 13/1 12/117

**BKA - Verfassungsdienst
BG, mit dem das Datenschutzgesetz 2000 geändert wird (DSG-Novelle 2012)
BKA-810.026/0001-V/3/2012**

**Referenten: Dr. Rainer Knyrim, Rechtsanwalt in Wien
Dr. Günther Leissler, Rechtsanwalt in Wien**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

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

Allgemein:

Der Entwurf einer Datenschutzgesetz-Novelle 2012 sieht massive Änderungen des Datenschutzgesetzes (DSG) vor. Zum Teil werden Bestimmungen, die erst vor zwei Jahren in das DSG eingeführt wurden, geändert oder gar abgeschafft, was im Hinblick auf die Rechtssicherheit bedenklich ist. Zudem ist zu erwarten, dass das derzeit gegen die Republik Österreich anhängige Vertragsverletzungsverfahren betreffend die Unabhängigkeit der österreichischen Datenschutzkommission massiven gesetzgeberischen Handlungsbedarf ergeben wird. Ebenso besteht angesichts der bereits beschlossenen Einrichtung der Landesverwaltungsgerichte (auch) im Datenschutzrecht Änderungsbedarf. Auf all diese Änderungen geht der vorliegende Entwurf nicht ein. Dies ist erstaunlich. Nur zwei Jahre nach der letzten maßgeblichen Reform des DSG soll dieses nun wieder umfassend novelliert werden, wobei jedoch der aufgezeigte Handlungsbedarf völlig außer Acht gelassen wird.

Erstaunlich ist auch, dass der Entwurf erst mit der Novelle 2010 eingeführte Bestimmungen wieder abschafft oder entschärft und dies teils mit zur Novelle 2010 genau gegengleichen Argumenten begründet. Es entsteht der Eindruck, dass der



vorliegende Entwurf weniger von einem stringenten Gesamtkonzept, sondern mehr von dem Gedanken der Behördenentlastung geprägt ist. Die prekäre Personal- und Budgetsituation der österreichischen Datenschutzkommission ist schon seit vielen Jahren bekannt. Diesem Umstand sollte man mit strukturellen Maßnahmen begegnen, nicht aber durch legistische Eingriffe, die zu Lasten der Rechtsposition der Betroffenen gehen. Die diesbezüglichen Bedenken des ÖRAK werden im Einzelnen wie folgt dargelegt:

- Zur Ziffer 4 – Entfall des § 8 Abs 4 Z 4

Der Gesetzesentwurf sieht vor, § 8 Abs 4 Z 4 DSG ersatzlos zu streichen. Diese Bestimmung bildet die Rechtsgrundlage für Datenweitergaben im Zuge von Anzeigen an Behörden zur Verfolgung strafbarer Handlungen. In den begleitenden Erläuterungen des Gesetzgebers wurde im Jahr 2010, als diese Bestimmung eingeführt wurde, erklärend ausgeführt, „*dass die bisherige Regelung über die Verwendung von strafrechtlich relevanten Daten insofern ergänzungsbedürftig erscheint, als der genannte Fall der Anzeigenerstattung (insbesondere im Verwaltungsstrafverfahren) unter keinen der dort genannten Tatbestände eindeutig subsumierbar erscheint*“. In den Materialien zur nun vorgeschlagenen DSG-Novelle 2012 wird ausgeführt, dass die in Rede stehende Bestimmung die Datenverwendung durch die zur zuständige Behörde selbst dann erlauben würde, wenn „*die Anzeige selbst nicht in die Zuständigkeit der anzeigenden Behörde fällt*.“ Die Bestimmung sei daher zu streichen.

Spätestens mit dieser Streichung wird tatsächlich **Rechtsunsicherheit** erzeugt. So sah sich der Gesetzgeber vor gerade einmal 2 Jahren zur Einführung des § 8 Abs 4 Z 4 DSG veranlasst, weil der bestehende Rechtsrahmen **unzureichend** sei. Nun wird sinngemäß argumentiert, dass die Rechtslage vor 2010 **ausreiche**. Pointiert gefragt: Was hat sich in den vergangenen zwei Jahren geändert, wodurch § 8 Abs 4 Z 4 DSG nun entbehrlich wurde? Gerade die anwaltliche Tätigkeit bedingt oft auch die Erstattung von Anzeigen an Verwaltungsbehörden. Die Streichung des § 8 Abs 4 Z 4 DSG in Verbindung mit einander **widersprechenden** Erläuterungen des Gesetzgebers führt gerade für Rechtsanwälte zu einer **erheblichen Rechtsunsicherheit**. Eine nachhaltige **Klarstellung** der Art, des Ausmaßes und des Umfangs der Weitergabe personenbezogener Daten zur Erstattung von Anzeigen scheint angesichts der dargelegten legistischen Entwicklungen **mehr denn je geboten**.

- Zur Ziffer 7 – neu vorgeschlagener § 17 Abs 2 Z 6

§ 17 Abs 2 Z 6 DSG enthält eine Verordnungsermächtigung, wonach die meldebefreiend wirkenden Standardanwendungen durch eine Verordnung zu definieren sind. Der Entwurf der DSG-Novelle 2012 sieht in diesem Zusammenhang vor, die in der geltenden Verordnungsermächtigung enthaltene Vorgabe, wonach in der Verordnung die Datenarten, die Empfänger- und Betroffenenkreise sowie die Höchstdauer der Datenaufbewahrung zu bestimmen sind, **ersatzlos gestrichen werden soll**. Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass der Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Datenschutz-Grundverordnung einen Entfall der allgemeinen Meldepflicht von Datenanwendungen vorsieht und jene Datenanwendungen, die derzeit in Standardanwendungen ausdrücklich meldefrei

gestellt werden, nach der EU Datenschutz-Grundverordnung ohnedies meldefrei seien.

Ob die EU Datenschutz-Grundverordnung überhaupt beschlossen wird, steht nicht fest. Es gilt daher weiterhin die aus dem Jahr 1995 stammende Datenschutzrichtlinie Nr 95/46 EG innerstaatlich umzusetzen. Die vorgeschlagene Neuregelung des § 17 Abs 2 Z 6 DSG **widerspricht** dieser Richtlinie und damit dem geltenden Unionsrecht. Art 18 Abs 2 erster Spiegelstrich der Datenschutzrichtlinie gestattet den Mitgliedstaaten nämlich nur dann eine vereinfachte Meldung oder eine Ausnahme von der Meldepflicht, wenn die Mitgliedstaaten für Verarbeitungskategorien „*die Zweckbestimmung der Verarbeitung, die Daten oder Kategorien der verarbeiteten Daten, die Kategorien der betroffenen Personen, die Empfänger oder Kategorieempfänger, denen die Daten weitergegeben werden und die Dauer der Aufbewahrung*“ festlegen. § 17 Abs 2 Z 6 DSG dient in seiner bestehenden Form der Umsetzung dieser Bestimmung. Die vorgesehene Neuregelung könnte somit zu einem **weiteren Vertragsverletzungsverfahren** gegen Österreich in Datenschutzangelegenheit führen, was dem internationalen Ansehen Österreichs weiter schaden könnte.

Inhaltlich ist die Begründung des Gesetzgebers schwer nachvollziehbar. Richtig ist, dass die Datenschutz-Grundverordnung die Instrumente der behördlichen Vorabgenehmigung und des behördlichen Zurateziehens vorschreibt, nicht aber ein umfassendes Meldungs- oder Registrierungsregime vorsieht. Sofern dieses Konzept durch die DSG-Novelle 2012 wiedergegeben werden soll, wäre die Registrierungs- und Genehmigungsform in ihrer bisherigen Form **insgesamt** zu beseitigen. Mit der bloßen Meldefreistellung bestimmter Standardanwendungen ist dem Konzept der Datenschutz-Grundverordnung **nicht** entsprochen. Entweder wird die Registrierungs- und Genehmigungspflicht zur Gänze beseitigt, oder das bisherige Melde- und Registrierungssystem bleibt bestehen. Letzterenfalls muss der Umfang der Standardanwendungen **präzise** definiert sein, ansonsten droht nicht nur die dargelegte Unionsrechtswidrigkeit, sondern auch erhebliche Rechtsunsicherheit.

- Zu den Ziffern 8 ff – Einführung eines fakultativen Datenschutzbeauftragten

Das Kernstück der DSG-Novelle 2012 bildet die den Unternehmen geschaffene Möglichkeit, auf freiwilliger Basis einen **betrieblichen Datenschutzbeauftragten** einzusetzen. Grundsätzlich ist diese Neuerung **zu begrüßen**. Fraglich ist aber, ob der Umstand dass der Datenschutzbeauftragte bloß fakultativ eingeführt wird, Unternehmen tatsächlich in höherem Ausmaß als bisher zur Bestellung von Datenschutzbeauftragten bewegen wird. Auf fakultativer Basis konnten Datenschutzbeauftragte nämlich schon bisher bestellt werden und die vorgeschlagene Regelung bringt wohl kaum einen gesteigerten Anreiz zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten, weil die (auf der Hand liegende) einhergehende Bestellung des Datenschutzbeauftragten zum Bereichsverantwortlichen nach § 9 Verwaltungsstrafgesetz durch § 17a Abs 10 DSG offensichtlich **ausgeschlossen** ist. Anders gesagt, trägt derjenige die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortung, der gerade nicht der Datenschutzbeauftragte, und damit der befaste Spezialist, ist. Dies scheint in der Sache wenig dienlich.

- Zur Ziffer 8 – neu vorgeschlagener § 17 Abs 2 Z 7

Der neu vorgeschlagene § 17 Abs 2 Z 7 DSGVO sieht den Entfall der Meldepflicht von Datenanwendungen vor, wenn diese Datenanwendungen der „**Kontrolle**“ des vom Unternehmen bestellten Datenschutzbeauftragten unterliegen. Dieses Meldeprivileg soll nur für Datenschutzbeauftragte greifen, die der Datenschutzkommission gemeldet wurden und nur für die Dauer deren Bestellung. Wie das Verzeichnis der gemeldeten Datenschutzbeauftragten ausgestaltet sein soll, bleibt vollends **ungeregelt**. Ein Vergleich zur deutschen Rechtslage zeigt, dass das deutsche Verfahrensverzeichnis des betrieblichen Datenschutzes denselben Inhalt aufweist wie die alternativ vorzunehmende Meldung (vgl den Verweis des § 4g BDSG auf § 4e BDSG). Auch im österreichischen DSGVO müsste der Inhalt des Verzeichnisses gesetzlich determiniert werden, oder – wie es in Deutschland der Fall ist – ein Verweis auf den Inhalt des bisherigen Meldeverfahrens gesetzt werden. Der vorliegende Entwurf stellt jedenfalls aufgrund der fehlerhaften inhaltlichen Determinierung des Verzeichnisses eine fehlerhafte, sohin **unionsrechtswidrige** Umsetzung des Art 18 Abs 2, 2. Spiegelstrich der EU-Datenschutzrichtlinie dar.

Weiters gilt die Meldepflichtbefreiung nur für Datenanwendungen, die der „Kontrolle“ des Datenschutzbeauftragten unterliegen. Eine Definition dieses Kontrollbegriffes bietet das Gesetz nicht. Das Erfordernis der „Kontrolle“ durch den Datenschutzbeauftragten kann alleine schon gesetzessystematisch **nie erfüllt** sein. Der Datenschutzbeauftragte hat die Datenanwendungen seines Unternehmens nämlich niemals unter Kontrolle. Er ist **nicht** der datenschutzrechtliche Auftraggeber. Auftraggeber der Datenanwendungen ist vielmehr das (den Datenschutzbeauftragten beschäftigende) Unternehmen. Dessen Auftraggeberrolle definiert sich dadurch, dass (nur!) das Unternehmen die volle Dispositionsbefugnis über seine Datenverwendungen innehat. Dem Datenschutzbeauftragten kommt eine derartige Befugnis nicht zu. Nichts zeigt dies deutlicher als der Gesetzesentwurf selbst: § 17 Abs 5 DSGVO räumt dem Datenschutzbeauftragten die bloße Möglichkeit ein, auf die Herstellung des rechtmäßigen Zustands „hinzuwirken“. Echte Dispositionsbefugnis hat er nicht, über diese verfügt nur der Auftraggeber. Versteht man den Begriff der Kontrolle hingegen als bloßes „Überwachen“, so ist jeglicher Intransparenz Tür und Tor geöffnet. Jedes Unternehmen könnte relativ zwanglos behaupten, dass verschiedene Datenanwendungen der „Kontrolle“ des Datenschutzbeauftragten unterliegen, obwohl der Datenschutzbeauftragte von diesen Datenverwendungen nicht einmal Kenntnis hat. Dies könnte nur in einem aufwändigen (und in der Praxis undenkbar) Ermittlungsverfahren aufgedeckt werden.

Kurzum: Bei Umsetzung des vorliegenden Gesetzesentwurfs bestünde für die Betroffenen **Rechtsunsicherheit**, ob eine Datenanwendung tatsächlich der „Kontrolle“ des Datenschutzbeauftragten unterliegt. Bis zu einem gewissen Grad ist es dem Rechtsinstitut des Datenschutzbeauftragten zwar inhärent, dass nicht immer transparent ist, ob dieser tatsächlich über alle Datenverwendungen in seinem Unternehmen informiert ist. Allerdings hat das Unternehmen dann bei Datenschutzverfehlungen auch entsprechend für diese Säumnis einzustehen. Das behördliche Genehmigungsverfahren aber von diesen vagen und nicht näher bestimmten Voraussetzungen abhängig zu machen (Arg: Meldepflichtbefreiung für Datenanwendungen, die der „Kontrolle“ des Datenschutzbeauftragten unterliegen), entkleidet das Verfahren jeglichen Sinns. Es stellt sich die Frage, ob es tatsächlich

sinnvoll ist, eine – aufeinander nicht stringent abgestimmte – „Koexistenz“ eines abgeschwächten Meldewesens mit einem bloß fakultativen Datenschutzbeauftragten zum gesetzlichen Gesamtkonzept zu erheben.

- Zur Ziffer 9 – neu vorgeschlagener § 17a Abs 1

Gemäß dem vorliegenden Entwurf dürfen offenbar nur Angestellte des betroffenen Unternehmens zum Datenschutzbeauftragten bestellt werden (zB Arg: Dienstzeitfreistellungsregelungen in § 17a Abs 8 DSG). Damit wird das Unternehmen zu kostenintensiven Personalmaßnahmen gezwungen. Hält man sich vor Augen, dass der Datenschutzbeauftragte gemäß der gesetzlichen Intention ohnedies nicht zum verantwortlichen Beauftragten iSd § 9 VStG bestellt werden darf, so stellt sich die Frage, wieso nicht auch Externe zum Datenschutzbeauftragten bestellt werden können. Unionsrechtliche Vorgaben, welche den Datenschutzbeauftragten auf den Kreis der Unternehmensmitarbeiter eingrenzen, bestehen **nicht**. Ebenso wenig ist dies sachlich gerechtfertigt, im Gegenteil: Externe, auf Datenschutzfragen spezialisierte Berater, wie etwa Rechtsanwälte, sind in der Lage, umfassendes und auch unternehmens- bzw bereichsübergreifendes Know How einfließen zu lassen. Es sollte daher nicht zuletzt auch aus verfassungsrechtlichen Überlegungen klargestellt werden, dass **auch externe Berater** zum Datenschutzbeauftragten bestellt werden dürfen.

Abschließend ist zum vorgeschlagenen Datenschutzbeauftragten festzuhalten, dass dieser, wie aus den Erläuterungen zum Entwurf hervorgeht, offensichtlich vornehmlich zur Entlastung des Datenverarbeitungsregisters eingeführt werden soll. Zielrichtung sollte es aber sein, dass der Datenschutzbeauftragte zur **Entlastung der Unternehmen**, und nicht als Ausgleich für verfehlte Stellenbesetzungspolitik bei der Datenschutzbehörde verstanden wird. Im Übrigen wird auf die Stellungnahme des ÖRAK zum Entwurf der DSG-Novelle 2008 (182/Me 23.GP) verwiesen.

- Zu den Ziffern 10 und 11 – Neuformulierung des § 18

Gemäß der vorgeschlagenen Neuformulierung des § 18 DSG soll künftig die Verarbeitung von strafrechtlich relevanten Daten **nicht** mehr der Vorabkontrolle unterliegen. Gerade strafrechtlich relevante Daten haben evidente Bedeutung für die Reputation und den gesellschaftlichen Status des Betroffenen. Das unkontrollierte bzw rechtswidrige Verwenden seiner strafrechtlich relevanten Daten kann das Leben der Betroffenen buchstäblich binnen Sekunden zerstören. Auch hier gilt wieder das zuvor schon Gesagte: Will man am bisherigen Melde- und Genehmigungsregime festhalten, dann darf dieses nicht seiner Sinnhaftigkeit beraubt werden. Es gibt keinen sachgerechten Grund, strafrechtlich relevante Daten von der Vorabkontrolle auszunehmen. Personelle Engpässe der Datenschutzbehörde dürfen nicht zu Lasten der Rechtsposition der Betroffenen gehen.

Demgegenüber ist die Formulierung des vorgeschlagenen § 18 Abs 2 Z 2 DSG, wonach hinkünftig personenbezogene Daten der Vorabkontrolle unterwerfen, die die Persönlichkeit, Fähigkeiten, Leistung, wirtschaftliche Lage oder das Verhalten der Betroffenen betreffen, **zu weit gefasst**. Diese Formulierung erfasst nahezu alle Informationen über natürliche Personen, vom Lebenslauf über Bewerbungen, Marketingdaten oder Schulnoten bis hin zu Arbeitszeiterfassungen, um nur einige zu

nennen. In den Erläuterungen wird davon gesprochen, dass mit dieser Bestimmung das „Scoring“ von Personen gemeint sei. In keiner Weise lässt sich dies aber aus dem Gesetzestext, selbst bei wohlwollendster Interpretation, ableiten.

Somit wurden **strafrechtsrelevante Daten** der Vorabkontrolle **entzogen**, ein – vom Gesetzgeber in diesem Ausmaß offenbar **nicht gewolltes** – Sammelsurium an Daten der Vorabkontrolle **unterstellt** und diejenigen Daten, die der Gesetzgeber offenbar tatsächlich der Vorabkontrolle unterstellen wollte, im Gesetz **nicht** festgeschrieben. Im Lichte dessen regt der ÖRAK eine **grundlegende Überarbeitung** dieser Bestimmung an.

In aller Deutlichkeit wird auf die Unzulässigkeit der vorgeschlagenen § 18 Abs 3 und 4 DSGVO hingewiesen:

Im Wesentlichen wird in § 18 Abs 3 und 4 DSGVO vorgeschlagen, dass die Vorabkontrolle dann nicht zur Anwendung gelangen soll, wenn die zugrunde liegende Datenverwendung in besonderen Gesetzen oder Verordnungen mit entsprechenden Garantien geregelt ist, wobei diese gesetzliche Wirkung **nur dann greift**, wenn der Datenschutzkommission der entsprechende Gesetzesentwurf übermittelt, ihr Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt und dieser Stellungnahme „entsprochen“ wird. Dieses Konzept stellt einen **fundamentalen Bruch** mit dem in der österreichischen Bundesverfassung verankerten **Prinzip der Gewaltentrennung** dar. Eine bestimmte Rechtswirkung einer Norm soll davon abhängig gemacht werden, ob eine der (im Lichte der Gewaltentrennung) der Exekutive, allenfalls der Judikative zurechenbare Behörde derart in den Gesetzwerdungsprozess eingebunden wird, dass ihr de facto legislative Kompetenz zukommt. Nur dann, wenn der Stellungnahme einer einzelnen Behörde (!) entsprochen wird, soll nach dem vorgeschlagenen Konzept das in Rede stehende Gesetz vorabkontrollbefreiende Wirkung entfalten. Die Verfassungswidrigkeit dieses Vorschlags ist evident, sodass weitere Erörterungen hierzu hintangestellt bleiben können. Auch der Gesetzestext selbst ist im Lichte des verfassungsrechtlichen Determinierungsgebots kritisch zu hinterfragen: Was heißt es, wenn der Stellungnahme „entsprochen“ wird. Wäre „entsprochen“, wenn die Stellungnahme 1:1 in den Gesetzestext einfließt oder genügt ein sinngemäßes Umsetzen der Stellungnahme? Muss der Stellungnahme vollinhaltlich entsprochen werden? Was, wenn der Gesetzgeber die Stellungnahme abwägt und dann aus inhaltlichen Gründen verwirft? All das zeigt nicht nur, dass das Gesetz alleine schon aufgrund dessen Unbestimmtheit nicht anwendbar wäre, sondern dass die Gewaltentrennung mit gutem Grund in der österreichischen Bundesverfassung verankert wurde.

Der guten Ordnung halber wird darauf hingewiesen, dass der Vorschlag auch das Konzept der Vorabkontrolle verkennt. Bei der Vorabkontrolle wird eine **konkret gemeldete** Datenanwendung **vorab genehmigt**, weil dies aufgrund der Eingriffsschwere der verwendeten Daten (vgl etwa sensible Daten!) angezeigt scheint. Eine **generelle Regelung**, wie ein Gesetz oder eine Verordnung, kann diese Einzelfallprüfung **nicht ersetzen**. Es wäre daher abseits der aufgezeigten Verfassungswidrigkeit auch gesetzessystematisch verfehlt, die Vorabkontrolle im dargestellten Sinn ersetzen zu wollen.

Der zusätzlich vorgeschlagene Entfall der Vorabkontrolle bei Zustimmung des Betroffenen ist zwar nicht verfassungswidrig, aber bedenklich und in der Praxis **undurchführbar**: Zum einen ist fraglich, ob die Zustimmung des Betroffenen tatsächlich in allen Fällen ohne Zwang erteilt wird (man denke etwa an Arbeitgeber-Arbeitnehmerverhältnisse), sodass mit speziellem Blick auf die Eingriffsintensität der betroffenen Daten (Gesundheitsdaten, Daten zum Religionsbekenntnis, usw) kritisch zu hinterfragen ist, ob die Einwilligung des Einzelnen tatsächlich die Vorabkontrolle der Datenanwendung zu beseitigen geeignet ist. Zum anderen birgt das vorgeschlagene Konzept des Entfalls der Vorabkontrolle bei Zustimmung der Betroffenen für die datenverarbeitenden Unternehmen das Risiko, dass bei **Widerruf** der Zustimmung durch auch nur einen (!) der von der Datenanwendung Betroffenen die **gesamte Datenanwendung zur Vorabkontrolle zu melden** ist. Der Vorabkontrollcharakter bedingt es, dass das Unternehmen dann die Datenanwendung bis zur Genehmigung (dh zumindest mehrere Monate, je nach Verfahrensdauer uU sogar länger als ein Jahr) **aussetzen** müsste und auch die Daten der anderen Personen, gleichwohl diese zugestimmt haben, nicht weiter verarbeiten dürfte. Dieses Konzept macht keinen Sinn, kein Unternehmen würde vernünftiger Weise von dieser Rechtsgrundlage Gebrauch machen.

Auch die Vorabkontrolle einer **Videoüberwachung** soll nunmehr **entfallen**, gleichwohl die Erläuterungen zu § 50 c der DSGVO-Novelle 2010 ausführen: *„Da das Gefährdungspotenzial bei Videoüberwachungen insbesondere im Hinblick auf den oft großen Betroffenenkreis und die Verwendung potenziell sensibler Daten gegenüber „herkömmlichen“ Datenanwendungen doch deutlich hinaufgesetzt ist, unterliegen diese prinzipiell – wie schon bisher – der Vorabkontrolle.“* Dies ist keine zwei Jahre her. Nun führen die Erläuterungen zur vorliegenden Novelle genau das Gegenteil aus, nämlich dass *„die Einrichtung und der Betrieb einer Videoüberwachung kein spezifisches Risiko für die Rechte und Freiheiten der Personen iSd Artikel 20 der Datenschutzrichtlinie darstellen, solange dabei nicht gezielt sensible Daten verwendet werden werden [...] Eine allgemeine Vorabkontrollpflicht für Videoüberwachung erscheint sohin nicht zwingend erforderlich [...]“*. Es drängt sich die Frage auf, wieso der Gesetzgeber die Eingriffsintensität einer Videoüberwachung in nur zwei Jahren derart diametral beurteilt. Der wahre Grund dürfte wohl aus der ersten Seite der Erläuterungen zum vorliegenden Entwurf zu entnehmen sein, wonach der Entfall der Vorabkontrolle als einer der wesentlichen Möglichkeiten zur **Entlastung** des Datenverarbeitungsregisters angeführt wird.

In Summe gewinnt man den Eindruck, dass mit der vorliegenden Novelle ein behördliches „**Entlastungspaket**“ geschnürt werden soll, durch welches der Aufwand etwa bei der Vorabkontrollprüfung minimiert werden soll. Dies zu Lasten der Rechtsposition der Betroffenen, aber auch der datenverarbeitenden Unternehmen. Dies wird vom ÖRAK entschieden **abgelehnt**. Zudem lässt der Gesetzesentwurf keinen stringenten Zweck erkennen. So ist unverständlich, wieso (in verfassungswidriger Weise) versucht wird, eine Behörde im Gesetzwerdungsprozess zu „institutionalisieren“, wenn doch diese Behörde durch die Verwaltungsgerichtsreform 2014 abgeschafft werden soll. Ab diesem Zeitpunkt wäre die vorgeschlagene Bestimmung nicht mehr anwendbar. Dieselbe Überlegung stellt sich auch angesichts der in § 38 Abs 3 DSGVO neu vorgeschlagenen Anhörungsrecht der Datenschutzkommission.

Der ÖRAK regt an, die angesprochenen Neuregelungen **grundlegend zu überarbeiten**. Entschieden **abgelehnt** wird das Konzept der Einbindung einer Verwaltungsbehörde in die Legislative, sodass die **ersatzlose Streichung** des § 18 Abs 3 und 4 DSGVO angeregt wird.

- Zur Ziffer 27 – Neuregelung des § 61 DSGVO

Im neu vorgeschlagenen § 61 DSGVO soll eine „**Generalamnestie**“ verankert werden, wonach alle anhängigen Registrierungsverfahren mit Inkrafttreten des Gesetzes **als registriert gelten**. Dies scheint mit Blick auf das aus dem Gleichheitssatz erfließende allgemeine Sachlichkeitsgebot **verfassungsrechtlich bedenklich**. So darf nicht übersehen werden, dass eine Datenanwendung nach geltendem Recht erst dann registriert werden darf, nachdem diese von der Behörde auf ihre Datenschutzkonformität geprüft wurde. Eine registrierte Datenanwendung begründet daher (ähnlich einer öffentlichen Urkunde) die Vermutung ihrer „Richtigkeit“ iS ihrer Datenschutzkonformität. Nach dem vorgeschlagenen Entwurf würde dies nun auch für anhängige Registrierungsverfahren gelten, sodass Datenanwendungen als registriert gelten, die von der Behörde **nicht einmal überprüft** wurden. Nach Inkrafttreten des Gesetzes gemeldete Datenanwendungen werden hingegen wieder auf deren Gesetzeskonformität geprüft. Die **Unsachlichkeit** dieses Konzepts liegt auf der Hand. Die in den Erläuterungen hierzu angeführten Überlegungen, wonach künftig eine automatische Registrierung erfolgt und daher die bestehenden Meldungen einfach alle als erledigt gelten können, ist nicht zutreffend: Tatsächlich ist nämlich im neuen DVR-Online Verfahren, wie sich aus § 13 der DVRV 2012 (BGBl II/257 vom 25.7.2012) ergibt, vorgesehen, dass elektronisch eingereichte Meldungen auf Vollständigkeit und Plausibilität zu prüfen sind. Die „Generalamnestie“ ermöglicht es aber, auch eine **unvollständige und nicht plausible Meldung zu registrieren**, was im neuen DVR – Online Verfahren nicht möglich wäre. Sowohl Rechtsunsicherheit auf Seite der Betroffenen wie auch Missbrauchspotential auf Seiten der Datenverarbeiter sind durch dieses Konzept geradezu vorgegeben. Die bloße Entlastungswirkung für die Behörde kann dies **nicht** rechtfertigen.

Zudem ist zum vorgeschlagenen § 61 Abs 10 festzuhalten, dass die **Fiktion**, wonach Meldungen nach drei Jahren als **zurückgezogen** gelten, wenn dem Verbesserungsauftrag der Behörde nicht Folge geleistet wurde, einen **unverhältnismäßigen Eingriff** in die Rechtsposition datenverarbeitender Unternehmen mit sich bringen könnte: Da nach bisheriger Rechtslage bei nicht vorab kontrollpflichtigen Datenanwendungen deren Vollbetrieb nach § 18 Abs 1 DSGVO unmittelbar nach der Meldung aufgenommen werden darf, würde die Fiktion der Zurückziehung der Meldung bewirken, dass diese als nie eingereicht gilt und daher § 18 Abs 1 DSGVO **keine valide Rechtsgrundlage bildet**. Plastisch dargestellt kann dies wie folgt werden: Ein Unternehmen möchte eine temporäre, aber offensichtlich rechtswidrige Datenverwendung vornehmen. Um dennoch compliant zu sein, erstattet es Meldung und erhält einen Verbesserungsauftrag, in welchem die Rechtswidrigkeit aufgezeigt wird. Das Unternehmen lässt diesen Verbesserungsauftrag unbearbeitet und nach vollendeter Datenanwendung (etwa nach Beendigung eines unverhältnismäßigen Arbeitnehmersaudits) zieht das Unternehmen die Meldung zurück. Es ist klar, dass auf diese Weise das Meldewesen nicht umgangen werden darf und die Zurückziehung würde – zurecht – einer nie

eingebrachten Meldung gleichkommen. Nichts anderes würde aber die vorgeschlagene Neuregelung bewirken: Ein datenverarbeitendes Unternehmen würde kraft gesetzlicher Wirkung die Rechtsgrundlage für eine laufende Datenverarbeitung verlieren. Es muss in diesem Zusammenhang besonders betont werden, dass die Rechtsfolge dann eintritt, wenn seit mehr als drei Jahren dem behördlichen Verbesserungsauftrag „nicht Folge geleistet“ wurde. Von der dargestellten Rechtsfolge wären daher auch Unternehmen betroffen, die etwa in einem laufenden Verfahren stehen, ihren Rechtsstandpunkt darlegen und für die gar nicht die Notwendigkeit besteht, dem Verbesserungsauftrag „Folge zu leisten“, etwa weil im Zuge des Verfahrens hervorkommt, dass die Behörde ihrem Verbesserungsauftrag unrichtige Sachverhaltsannahmen zugrunde legte.

Die vorgeschlagene Neuregelung **entzieht** diesen Unternehmen die **Rechtsgrundlage** für deren bestehende Datenverwendungen. Dies kommt einem Eingriff in das Eigentumsrecht dieser Unternehmen gleich. Eine sachliche Rechtfertigung dessen fehlt. Die vorgeschlagene Neuregelung ist daher **verfassungsrechtlich bedenklich**. Zudem drohen den Unternehmen infolge des Wegfalls der Rechtsgrundlage ihrer Datenverarbeitungen gemäß § 52 Abs 2 Z 1 DSG 2000 Geldstrafen von bis zu EUR 10.000,-.

Aus all diesen Überlegungen regt der ÖRAK die **ersatzlose Streichung** der vorgeschlagenen § 61 Abs 9 und 10 DSG an.

Abschließend erlaubt sich der ÖRAK nochmals den Hinweis, dass die Intention der Entlastung einer Behörde (mag dies aus personalpolitischer Sicht auch noch so verständlich sein) nicht zu Lasten der Rechtsunterworfenen gehen darf. Bei der vom ÖRAK angeregten Überarbeitung der vorgeschlagenen Bestimmungen sollte in jedem Fall höchstes Augenmerk auf die Verfassungskonformität des Gesetzesentwurfs wie auch auf dessen Einklang mit den unionsrechtlichen Vorgaben und der Gesetzessystematik des DSG gelegt werden.

Wien, am 28. August 2012

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. Rupert Wolff
Präsident