



Österreichischer  
Städtebund

Rathaus, 1082 Wien

Telefon +43 (0)1 4000 89980

Fax +43 (0)1 4000 7135

post@staedtebund.gv.at

www.staedtebund.gv.at

DVR 0656097 | ZVR 776697963

Unser Zeichen:

00-01-(2017-0879)

bearbeitet von:

Dr. Schmid DW 89982 | Hanna Zeiner

elektronisch erreichbar:

johannes.schmid@staedtebund.gv.at

Bundeskanzleramt, Verfassungsdienst  
Ballhausplatz 2  
A-1010 Wien

per E-Mail: v@bka.gv.at,  
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, 14. Juni 2017

**BKA-810.026/0019-V/3/2017;  
Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem  
das Bundes-Verfassungsgesetz geändert,  
das Datenschutzgesetz erlassen und das  
Datenschutzgesetz 2000 aufgehoben  
wird (Datenschutz-Anpassungsgesetz  
2018) - Stellungnahme**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Städtebund bedankt sich für die Übersendung des gegenständlichen Gesetzesantrages und darf hierzu innerhalb der gesetzten Frist wie folgt Stellung nehmen:

Grundsätzlich ist auffällig, dass sehr viele Inhalte der DSGVO im vorliegenden Gesetzesentwurf wiederholt werden und der Eindruck entsteht das DSG existiere neben der DSGVO. Zudem besteht für den Großteil der Wiederholungen keine Notwendigkeit, als sie für den inneren Zusammenhang und der Normverständlichkeit zugunsten des Adressaten nicht erforderlich sind (vgl. EuGH Rs 272/83).

Auch wird angemerkt, dass von den Öffnungsklauseln nicht ausreichend Gebrauch gemacht wurde, um die Arbeit in den Behörden zu erleichtern. So würde Art. 23 DSGVO Beschränkungen von Rechten und Pflichten gemäß den Artikeln 12 bis 22 und Artikel 34 sowie den in Artikel 5 geregelten Grundsätzen vorsehen.

So könnte die Pflicht zur Information der betroffenen Person gemäß Artikel 13 und 14 beispielsweise im Falle eines unverhältnismäßigen Aufwands, der Gefährdung der ordnungsgemäßen Erfüllung, der öffentlichen Ordnung und Sicherheit oder zugunsten von überwiegenden Interessen oder sonstigen Geheimnispflichten entfallen.

Auch könnte das Recht auf Auskunft der betroffenen Person gemäß Artikel 15 beschränkt werden im Falle von Art. § 33 Absatz 1 und 3 oder die Daten nur deshalb gespeichert sind, weil sie aufgrund gesetzlicher Aufbewahrungsvorschriften nicht gelöscht werden dürfen oder ausschließlich Zwecken der Datensicherung oder der Datenschutzkontrolle dienen. Auch sollte das Recht auf Löschung beschränkt werden, wenn diese wegen der besonderen Art der Speicherung nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand möglich wäre. Das Recht auf Widerspruch sollte, wenn an der Verarbeitung ein zwingendes öffentliches Interesse besteht, für Behörden ausgeschlossen werden.

Scoring, Verbraucherkredite und Bonitätsauskünfte werden unzureichend bis gar nicht geregelt.

### **Ad § 1**

Die Beibehaltung der nationalen Regelung des Grundrechts auf Datenschutz wird als obsolet erachtet. Zum einen ist der Datenschutz in der GRC (Art. 8 und 52) – es handelt sich auch um eine innerstaatliche Durchführung von Unionsrecht - und der EMRK geregelt und zum anderen ist der Datenschutz selbst in der DSGVO umfassend und soweit keine Öffnungsklauseln bestehen abschließend geregelt. Das innerstaatlich vorgesehene Grundrecht auf Datenschutz wird im Anwendungsbereich des Unionsrechts durch Art. 8 GRC und die DSGVO überlagert und ist im Ergebnis unanwendbar. Auch ist die explizite Einschränkung der Anwendbarkeit auf natürliche Personen vor dem Hintergrund der DSGVO nicht eindeutig geklärt. Es stellt sich nämlich die Frage, ob Firmen, in deren Namensbezeichnung natürliche Personen genannt sind, nicht doch unter die DSGVO fallen. ErwG 14 ist diesbezüglich nicht eindeutig bzw. die Klarstellung in ErwG 12 des Kommissionsentwurfes nicht aufgenommen worden. Zudem können sich auch juristische Personen auf den gemäß Art. 7 und 8 GRC verliehenen Schutz berufen, was auch durch EuGH C-92/09 und C-93/09 bestätigt wird.

## Ad 2. Hauptstück

Vermisst wird eine generelle Klarstellung, welche die Verarbeitung personenbezogener Daten durch eine öffentliche Stelle zulässig erklärt, wenn sie zur Erfüllung der in der Zuständigkeit des Verantwortlichen liegenden Aufgabe oder in Ausübung öffentlicher Gewalt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde, erforderlich ist.

### Ad §§ 4 f

Der Datenschutzbeauftragte soll gleich dem Art. 20 B-VG der Unterrichtspflicht gegenüber dem obersten Organ unterworfen werden, mit der Einschränkung, soweit dies mit der der Unabhängigkeit gemäß Art. 38 DSGVO vereinbar ist. Gemäß den legislativen Richtlinien des Bundes von 1990 Pkt. 5 ist die Salvatorische Klausel obsolet, weil die DSGVO im Anwendungsvorrang steht. Bedenklicher ist aber, dass der Datenschutzbeauftragte einer Unterrichtspflicht gemäß Art. 20 B-VG unterworfen wird, welche der DSGVO in diesem Ausmaß fremd ist. Die DSGVO sieht eine Weisungsfreiheit *sui generis* vor. Dies geht auch eindeutig aus der für die Auslegung verbindlichen englischen Fassung hervor, welche vom Verbot von „*any instructions*“ spricht. Ein Spielraum für eine mögliche Präzisierung ist aufgrund des Telos (in europarechtskonformer Auslegung ist der Telos sogar der Wortinterpretation vorzuziehen) der Norm, der Präzisierung der Unabhängigkeit/Weisungsfreiheit in den Erwägungsgründen und der potentiellen Vereitelungsgefahr ausgeschlossen.

Der Datenschutzbeauftragte spiegelt die Intention der Verantwortungsverlagerung von der DSB/DVR auf die Institution wieder. Er übernimmt anstatt der DSB die Gewährleistung des Grundrechtsschutzes gemäß Art. 8 Abs. 1 GRC und Art. 16 Abs. 1 AEUV. Die behördliche Kontrolle wird durch die betriebliche Selbstkontrolle ersetzt. Ein Gestaltungsspielraum des nationalen Gesetzgebers besteht nur hinsichtlich der Regelung der Voraussetzungen der Bestellpflicht, nicht aber hinsichtlich der Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten. Es sollte daher in diesem Fall die Unterrichtsmöglichkeit auf die unabhängige Einrichtung der Datenschutzbehörde beschränkt bleiben bzw. werden, da die vorgesehene Lösung nicht optimal geeignet ist, eine Unabhängigkeit i.S.d. DSGVO zu garantieren. Der Datenschutzbeauftragte ist nämlich auch verpflichtet, die obersten Organe auf DSGVO-

konformes Handeln zu überwachen. Er soll eine interne Kontrollinstanz sein, den ordnungsgemäßen Umgang mit personenbezogenen Daten anstelle der DSB überprüfen muss. Eine permanente Rechtfertigung im Rahmen der Unterrichtsverpflichtung könnte dieses Ziel gefährden. Eine solche Gefährdung liegt aber nicht im Sinn der DSGVO. Damit weicht die beabsichtigte Regelung des Bundes von der Verordnung ab, insbesondere da Art. 38 auch keine Öffnungsklausel enthält und der Datenschutzbeauftragte Teil der in der DSGVO vorgesehenen Transparenzverwirklichung ist. Auch lässt es der Entwurf mangels ausreichender Determinierung offen, worin noch eine Gefährdung der Unabhängigkeit liegen könnte, die von der DSGVO nicht schon erfasst wäre. In europarechtskonformer Auslegung könnte man versuchen – bevor man zum Entschluss kommt, dass die Bestimmung unangewendet bleiben muss - die vorgesehene Unterrichtung dahingehend auszulegen, dass nur die Unterrichtung des Verantwortlichen i.S.d. Art. 39 Abs. 1 gemeint ist – was aber dem derzeitigen Wortlaut klar widerspricht. Auch könnte die vorgesehene Bestimmung im Kontext der Salvatorischen Klausel so gelesen werden, dass sich die Unterrichtungspflicht nur auf die dienstliche Kontrolle bezieht. Im Ergebnis sollte daher auf die Bezugnahme auf Art. 20 verzichtet werden und klargestellt werden, dass es sich allenfalls um dienstliche Unterrichts- oder Kontrollpflichten handelt. Auch stellt sich die Frage, ob ein möglicher externer Datenschutzbeauftragter für den öffentlichen Bereich dem Regime des Art. 20 unterworfen werden kann.

Zur Schwächung der Position des Datenschutzbeauftragten führt auch, dass der vorliegende Entwurf keinen besonderen Kündigungsschutz für den Datenschutzbeauftragten vorsieht. Eine Regelung die die Unabhängigkeit des Datenschutzbeauftragten nach Vorbild der Bundesrepublik Deutschland durch einen besonderen Kündigungsschutz – wie z.B. auch in den Vorentwürfen zur DSGVO vorgesehen – fehlt. Dies führt zu einer Schwächung der Position des Datenschutzbeauftragten und im Ergebnis zur Vereitelung der Ziele der DSGVO. Es ist evident, dass ein/e Dienstnehmer/in in einem regulären Arbeitsverhältnis kaum bereit sein wird, die datenschutzrelevanten Tätigkeiten seines Dienstgebers kritisch zu hinterfragen und nachhaltig für Verbesserungen im betrieblichen Datenschutz einzutreten, wenn er innerstaatlich nicht ausreichend abgesichert ist. Es wird daher vorgeschlagen, eine Abberufung des Datenschutzbeauftragten nur bei Erfüllung von Entlassungsgründen und die frühestmögliche Kündigung erst nach einem Jahr der Beendigung der Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter vorzusehen. Dies zu regeln dürfte aufgrund der

Gesetzgebungskompetenz für die Regelung des Arbeitsrechts dem nationalen Gesetzgeber auch offen stehen.

### **Ad 2. Hauptstück – 5. Abschnitt**

Im Hinblick auf die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten wäre es für den öffentlichen Bereich sehr hilfreich, wenn der Gesetzgeber von der Möglichkeit des Art. 9 Absatz 1 und 2 DSGVO Gebrauch machen würde und Ausnahmen vom Verbot der Datenverarbeitung ausgestaltend festlegen würde. So sollten beispielsweise Verarbeitungen im öffentlichen Bereich ex lege als zulässig erklärt werden, wenn sie erforderlich sind, um die aus dem Recht der sozialen Sicherheit erwachsenden Rechte auszuüben, zum Zweck der Gesundheitsvorsorge oder -verwaltung, für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit, aus Gründen eines erheblichen öffentlichen Interesses zwingend erforderlich ist, zur Abwehr einer erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit, zur Abwehr erheblicher Nachteile für das Gemeinwohl oder zur Wahrung erheblicher Belange des Gemeinwohls.

Auch sollte die Weiterverarbeitung zu anderen Zwecken durch öffentliche Stellen grundlegend mittels einer nationalen Rechtsgrundlage taxativ geregelt werden. Aufgrund der Bedürfnisse von Big-Data, Transparenzbestrebungen usw. und der damit verbundenen allfälligen hohen Haftungen, sollte der Gesetzgeber klarstellen, unter welchen Voraussetzungen er die Weiterverarbeitung personenbezogener Daten zu einem anderen Zweck als zu demjenigen, zu dem die Daten erhoben wurden als zulässig erachtet, weil insbesondere die Daten, welche im öffentlichen Bereich vorrätig sind, gleichzeitig meist dem Vollzugsbereich angehören und aufgrund des Legalitätsprinzips hier eine entsprechende Determinierung der Weiterverwendung vorgesehen werden sollte. So sollte eine Weiterverwendung erlaubt sein, wenn dies im Interesse der betroffenen Person liegt, Angaben der betroffenen Person überprüft werden müssen, sie zur Abwehr erheblicher Nachteile für das Gemeinwohl oder einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit dienen, sie zur Sicherung des Steuer- und Zollaufkommens erforderlich sind, sie zur Erfüllung des Strafauftrages notwendig sind, sie zur Abwehr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der Rechte einer anderen Person erforderlich sind, sie zur Wahrnehmung von Aufsichts- und Kontrollbefugnissen oder zur Rechnungsprüfung dienen, sie allgemein zugänglich sind oder der Verantwortliche sie veröffentlichen dürfte, es sei denn, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Weiterverarbeitung offensichtlich überwiegt.

Dasselbe gilt für die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung für Datenübermittlungen durch öffentliche Stellen. Der Gesetzgeber sollte die Übermittlung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen an andere öffentliche Stellen für zulässig erklären, wenn ein Amtshilfeersuchen (wie bisher schon im DSG vorgesehen) vorliegt, wenn sie zur Erfüllung der in der Zuständigkeit der übermittelnden Stelle oder des Dritten, an den die Daten übermittelt werden, liegenden Aufgaben erforderlich ist und die Voraussetzungen vorliegen. Bei der Übermittlung personenbezogener Daten durch öffentliche Stellen an nichtöffentliche Stellen sollte in diesem Zusammenhang die Glaubhaftmachung des berechtigten Interesses des Dritten an der Kenntnis der zu übermittelnden Daten und das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person Berücksichtigung finden.

#### **Ad §§ 25 und 26**

Für die Verarbeitungen zum Zweck wissenschaftlicher Forschung und Statistik sollte von der Möglichkeit der Öffnungsklausel des Art. 89 Absatz 2 DSGVO Gebrauch gemacht werden und die Rechte nach den Art. 15, 16, 18 und 21 *leg cit* zugunsten der Verwirklichung der Forschungszwecke oder dringender Informationszwecke im Allgemeininteresse eingeschränkt werden.

#### **Ad § 29**

Der pauschale Verweis auf das ArbVG lässt zum einen die Möglichkeit einer generellen und zentralen Normierung von Fragen der Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext vor dem Hintergrund der Öffnungsklausel des Artikels 88 DSGVO ungenutzt und zum anderen vernachlässigt er die die Verarbeitung im öffentlichen Dienst. Es sollte daher seitens des Gesetzgebers schon grundlegend normiert werden, dass personenbezogene Daten von Dienstnehmern für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses oder im Nahebereich der Anstellung verarbeitet werden dürfen.

#### **Ad § 30 bis 33**

Die nationale Regelung der Videoüberwachung im vorgeschlagenen Ausmaß wird mangels ausreichender Rechtsgrundlage in der DSGVO als bedenklich empfunden. Art. 6 Abs. 2 DSGVO ist nur für Sachverhalte anwendbar, die solche des Abs. 1 lit c und e *leg cit* sind – also rechtliche Verpflichtung und öffentliches Interesse/Sicherheit, wobei letzteres eines hoheitlichen Übertragungsaktes bedarf. Nicht jede Videoüberwachung – man denke beispielsweise an Webcams, die eine bloße Identifizierung erlauben oder solche zugunsten der Kontrolle des

Hausrechtes – wird eine solche gemäß Abs. 1 lit c und e leg cit sein. Eine im so weiten Ausmaß undifferenzierte Regelung, wie die vorgeschlagene, dürfte daher bedenklich sein.

#### **Ad § 69**

Zum Teil ist nicht nachvollziehbar wozu es noch gesonderter Strafbestimmungen bedarf, weil die vorgesehenen Bestimmungen (vgl. zu Art. 6 und Art. 58 Abs. 1 lit e und f) oft korrelieren mit jenen gemäß Art. 83 DSGVO.

#### **Ad 71 ff**

Es wäre auch wünschenswert, wenn der Gesetzgeber klarstellen würde, dass eine Datenschutzfolgeabschätzung bei bis zum Mai 2018 schon gemeldeten oder auf einer Standardanwendung beruhenden Datenanwendungen, die unverändert weiterbetrieben werden, nicht erforderlich ist.

Es darf daher nochmals um Berücksichtigung der angeführten, kommunalrechtlich relevanten Novellierung ersucht werden. Wir bedanken uns bereits jetzt für das von Ihnen gezeigte Engagement zum Wohle unserer Städte und Gemeinden.

Mit freundlichen Grüßen



OSR Mag. Dr. Thomas Weninger, MLS  
Generalsekretär