



KARL-FRANZENS-UNIVERSITÄT GRAZ

Assoz. Prof. Mag. Dr. Christian Bergauer

Institut für Rechtswissenschaftliche Grundlagen

Fachbereich Recht und IT

Universitätsstraße 15/BE, 8010 Graz

Tel.:++43 316 380 3407, Fax :++43 316 380 69 3407

An das
Bundeskanzleramt
Verfassungsdienst
per E-Mail: v@bka.gv.at

gleichlautend

an das Präsidium des Nationalrates
per E-Mail: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Graz, am 16. Juni 2017

GZ: BKA-810.026/0019-V/3/2017

Stellungnahme

zum

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert, das
Datenschutzgesetz erlassen und das Datenschutzgesetz 2000 aufgehoben wird (Datenschutz-
Anpassungsgesetz 2018)

Im Folgenden nehme ich zu einigen Punkten des Entwurfs Stellung:

1. Grundrecht auf Datenschutz (§ 1 DSG)

§ 1 Abs 2 DSG sieht als eine der Beschränkungen des Grundrechts – wie bereits § 1 Abs 2 DSG
2000 – ein überwiegendes berechtigtes Interesse eines anderen vor.

Die Diktion des Art 6 Abs 1 lit f DS-GVO stellt – wie bereits Art 7 lit f DS-RL – auf die
Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten ab, sofern nicht die
Interessen [...] der betroffenen Person überwiegen.

Dass Mitgliedstaaten neben dem obligatorischen Mindestschutzniveau aber auch keinen
höheren Schutz als es die DS-RL bzw DS-GVO gewährleisten dürfen, hat der EuGH bereits
zu C-468/10 in Bezug auf die DS-RL (unter Verweis auf C-101/01, Lindqvist) ausdrücklich
beantwortet. Art 7 DS-RL sieht – wie auch Art 6 DS-GVO – im Lichte einer

Vollharmonisierung eine erschöpfende und abschließende Liste der Fälle vor, in denen eine Verarbeitung personenbezogener Daten als rechtmäßig angesehen werden kann. Im Ergebnis bedeutet dies wohl, dass selbst das im Verfassungsrang stehende Grundrecht nach § 1 DSG – das sich im Stufenbau der Rechtsordnung unter dem Unionsrecht einfindet – diesbezüglich an die DS-GVO gebunden ist und keinen strengeren Schutz vorsehen darf, als es das europäische Datenschutzrecht vorgibt.

2. Räumlicher Anwendungsbereich

Eine Regelung über den räumlichen Anwendungsbereich des DSG fehlt. Es wäre mE allerdings notwendig, die Anwendbarkeit der nationalen Durchführungsgesetze zu determinieren, sofern Datenverarbeitungen innerhalb des EWR-Raums grenzüberschreitend erfolgen.

So wäre es wichtig festzulegen, für welche Verantwortlichen bzw Auftragsverarbeiter mit Niederlassung im EWR-Raum das österreichische DSG neben dem Anpassungs- und Umsetzungsgesetz des Niederlassungsstaats Anwendung findet und welches der nationalen DS-GVO Anpassungs- und Umsetzungsgesetze im Fall eines Normenkonflikts vorgeht.

3. Datenschutzbeauftragter im öffentlichen Bereich (§ 5)

Lediglich aus den Erläuterungen zu § 5 ergibt sich, dass sog „Beliehene“ (vgl Verantwortliche gem § 15 Abs 1 Z 2) nicht von § 5 erfasst sein sollen. Eine solche Einschränkung – sofern eine solche überhaupt europarechtskonform ist – sollte jedenfalls ausdrücklich im Gesetz verankert werden.

4. Bildverarbeitung (6. Abschnitt)

Eingangs stellt sich iZm dem 6. Abschnitt des DSG (Bildverarbeitung) bereits die Frage, auf Basis welcher Regelung der DS-GVO die Bildverarbeitung im privaten Bereich einer mitgliedstaatlichen Regelung überhaupt zugänglich ist. Eine „Öffnungsklausel“ wäre im Bereich der Verarbeitung von gewissen sensiblen Daten (genetischen und biometrischen Daten sowie Gesundheitsdaten) möglich (vgl Art 9 Abs 4 DS-GVO), sofern man personenbezogene Bilddaten per se als eine dieser Datenarten (hier: Gesundheitsdaten) erachtet. In diesem Fall müssten sich allerdings die Zulässigkeitskriterien (§ 30 Abs 2) zumindest am strengeren Maßstab des Art 9 DS-GVO orientieren. Bezüglich der in den Erläuterungen angesprochenen

„Flexibilisierungsklausel“ des Art 6 Abs 2 DS-GVO bezüglich „andere besondere Verarbeitungssituationen gemäß Kapitel IX“ könnte mE lediglich eine zB Videoüberwachung im Zusammenhang mit Beschäftigungsverhältnissen aufgrund von Art 88 DS-GVO einer solchen mitgliedstaatlichen Regelung zugänglich sein, da wohl diese anderen besonderen Verarbeitungssituationen gemäß Kapitel IX in Art 85 bis 91 abschließend geregelt sind.

Bezüglich der überwiegenden berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten des § 30 Abs 2 Z 4 ist auf diesbezüglichen Ausführungen zur korrespondierenden Grundrechtsbeschränkung zu verweisen (siehe oben zu § 1).

Die Formulierung des § 30 Abs 3 Z 1 bezüglich „privaten Liegenschaften, die ausschließlich vom Verantwortlichen genutzt werden“ sollte dahingehend erweitert werden, dass auch zB Mitbewohner erfasst sind.

Es wäre allerdings zu überlegen, ob gerade für solche Datenverarbeitungen, die zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten erfolgen (Datenverarbeitungen bezüglich „privaten Liegenschaften, die ausschließlich vom Verantwortlichen genutzt werden“), im Lichte des Art 2 Abs 2 lit c DS-GVO überhaupt ein (sachlicher) Anwendungsbereich verbleibt.

§ 30 Abs 4 Z 1 enthält den Ausdruck „höchstpersönlicher Lebensbereich“. Da die DS-GVO diesen Begriff nicht kennt und dieser offenbar enger als jener der sensible Daten (iSd Art 9 Abs 1 DS-GVO) zu verstehen ist, wäre eine Definition in Anlehnung bzw Abgrenzung zu den besonders schutzwürdigen Datenkategorien der DS-GVO sinnvoll und wünschenswert.

5. Datenverarbeitung in Gewinn- oder Schädigungsabsicht (§ 70)

Die einzige gerichtliche Strafbestimmung des DSG sollte überarbeitet (siehe dazu *Bergauer*, Das materielle Computerstrafrecht [2016]) und ins StGB überstellt werden. Insbesondere ergibt sich durch die Vereinfachung der Grundrechtsdiktion des § 1 Abs 1 DSG der Begriff des „schutzwürdigen Geheimhaltungsinteresses“ nicht mehr *expressis verbis* aus dem Grundrecht.

Mit vorzüglicher Hochachtung,

Assoz. Prof. Dr. Christian Bergauer