

Verein österreichischer betrieblicher und behördlicher  
Datenschutzbeauftragter - Privacyofficers.at



Obere Donaustr. 17/4/36  
1020 Wien  
[office@privacyofficers.at](mailto:office@privacyofficers.at)  
<https://www.privacyofficers.at/>  
ZVR 061847005

---

An das  
Bundeskanzleramt  
Verfassungsdienst  
per E-Mail: [v@bka.gv.at](mailto:v@bka.gv.at)

Ergeht gleichlautend an das Präsidium des Nationalrates  
per E-Mail: [begutachtungsverfahren@parlament.gv.at](mailto:begutachtungsverfahren@parlament.gv.at)

Wien, 20. Juni 2017

Ihr Zeichen: BKA-810.026/0019-V/3/2017

**Stellungnahme zu dem Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert, das Datenschutzgesetz erlassen und das Datenschutzgesetz 2000 aufgehoben wird (Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018) (322/ME) unter Berücksichtigung der Regierungsvorlage (1664 d.B.)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

der **Verein österreichischer betrieblicher und behördlicher Datenschutzbeauftragter - [Privacyofficers.at](http://Privacyofficers.at)** bezweckt die Förderung und Vertretung der Interessen der betrieblichen und behördlichen Datenschutzbeauftragten Österreichs und erlaubt sich wie folgt zum Entwurf eines Datenschutz-Anpassungsgesetzes 2018 (im Folgenden kurz „DS-AnpG 2018“) Stellung zu nehmen:

## 1. Allgemeines

**1.1** Es darf angemerkt werden, dass die Bezeichnung „Datenschutzgesetz – DSG“ abgeändert werden sollte, da auch das Datenschutzgesetz 1978 (BGBl 565/1978) mit „DSG“ abgekürzt wird und dies zu ungewollten Verwechslungen führen könnte. Wir schlagen die Bezeichnung „DSG 2018“ vor.

## 2. Stellungnahme

### 2.1 **Ad § 1 DSG idF DS-AnpG 2018:**

Die „Verschlankung“ des § 1 DSG 2000 wirft zahlreiche Fragen auf und führt uE nicht zu einer „verständlicheren Ausgestaltung“ wie den Erläuterungen zu entnehmen ist. Zu fordern ist eine Beschränkung auf eine Regelung des Grundrechts auf Datenschutz im engeren Sinn, die unvollständige Wiedergabe von bereits in der DSGVO<sup>1</sup> geregelten Datenverarbeitungsprinzipien und Bezeichnung dieser als „Eingriffstatbestände“ (s insb Art 5, 6) wirft erneut unnötige Fragen in der Rechtsanwendung auf und sollte daher (jedenfalls außerhalb des hoheitlichen Bereiches) vermieden werden.

### 2.2 **Ad § 4 DSG idF DS-AnpG 2018:**

#### 2.2.1 **Schaffung berufsrechtlicher Voraussetzungen für externe Datenschutzbeauftragte<sup>2</sup>**

Die DSGVO sieht die Zulässigkeit des Tätigwerdens als externer Datenschutzbeauftragter ausdrücklich vor (vgl Art 37 Abs 6 DSGVO). Zu den Aufgaben des Datenschutzbeauftragten zählt auch die Beratung hinsichtlich aller

---

<sup>1</sup> VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v 27. 4. 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl L 2016/119, 1.

<sup>2</sup> Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet.

Datenschutzvorschriften. In Österreich stellt die Winkelschreibereiverordnung (StF: RGBl 114/1857) ua das „gewerbsmäßige Verfassen von Urkunden“ unter Strafe, sofern keine Berechtigung vorliegt. Der Begutachtungsentwurf sieht keine entsprechende Berechtigung für externe Datenschutzbeauftragte vor. Ein externer Datenschutzbeauftragter könnte daher uU nach der Winkelschreibereiverordnung bestraft werden. Daher ist die Schaffung der erforderlichen (berufsrechtlichen) Voraussetzungen geboten, woraus sich inter alia ergeben sollte, dass die Tätigkeit eines externen Datenschutzbeauftragten nicht dem Winkelschreibereiverbot unterliegt.<sup>3</sup>

### **2.2.2 Ausdrückliche Aufnahme einer Regelung zum Kündigungsschutz für interne Datenschutzbeauftragte**

Aufgrund der besonderen Stellung des Datenschutzbeauftragten wird angeregt, analog zur deutschen Rechtslage (vgl § 4f Abs 3 Satz 5 BDSG; zukünftig § 6 Abs 4 iVm § 38 Abs 2 BDSG neu) besondere Kündigungsvorschriften zum Schutz des internen Datenschutzbeauftragten vor einer Motivkündigung aufzunehmen.

### **2.3 Ad § 5 Abs 2 DSG idF DS-AnpG 2018 (Öffnung der Funktion eines Datenschutzbeauftragten auch für externe Datenschutzbeauftragte):**

Warum im Wirkungsbereich von Bundesministerien bestellte Datenschutzbeauftragte dem jeweiligen Bundesministerium oder der jeweiligen nachgeordneten Dienststelle oder sonstigen Einrichtung angehören müssen, somit eine Bestellung von externen Datenschutzbeauftragten unzulässig ist, ist nicht nachvollziehbar, wird in den Erläuterungen auch nicht begründet und ist auch in der DSGVO nicht vorgesehen. Es wird daher angeregt, den letzten Satz des § 5 Abs 2 ersatzlos zu streichen, um auch die Bestellung externer Datenschutzbeauftragter zu ermöglichen.

### **2.4 Ad § 11 Abs 5 DSG idF DS-AnpG 2018 (Verfahren vor einem Gericht):**

Vorauszuschicken ist, dass nach der Rsp zu einer in den „Kernbereich der Strafgerichtsbarkeit“ fallenden Sanktion auch die Androhung besonders hoher Geldstrafen zählt (was angesichts der Strafdrohungen gem Art 83 Abs 4 bis 6 DSGVO außer Frage steht). Das vorgesehene Verfahren bzw die Behördenkompetenzen entsprechen angesichts der sehr hohen Strafdrohungen nicht dem in Österreich verfassungsrechtlich gewährleisteten Recht auf einen gesetzlichen Richter bzw auf ein rechtsstaatliches Verfahren. Leitungsorgane müssen in Österreich künftig fürchten, im Rahmen eines einfachen Verwaltungsstrafverfahrens vor einer Verwaltungsbehörde mit der im Verwaltungsstrafverfahren vorgesehenen Verschuldensvermutung (§ 5 VStG) ohne ausreichende Verteidigungsmöglichkeit zu existenzvernichtenden Strafen „verurteilt“ zu werden. Aufgrund der Höhe der möglichen Strafdrohung ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine Sanktion vorgesehen hat, die nach den Anforderungen des Art 91 B-VG in den Kernbereich der Strafgerichtsbarkeit fällt und daher nicht als Verwaltungsstrafe unter der nachprüfenden Kontrolle eines Verwaltungsgerichtes normiert werden dürfte (vgl ua BVerwG 13.03.2017, W107 2145121-1 mit Verweis auf das anhängige VfGH-Verfahren).

Wir fordern daher (zumindest ab Überschreitung einer bestimmten Strafhöhe) eine Verfahrensregelung, wie es auch in § 53 Finanzstrafgesetz vorgesehen ist, mit einer klar getrennten Kompetenzverteilung zwischen einer Verwaltungsbehörde (DSB) als ermittelnde Behörde und einem Gericht als anklagende und das Strafverfahren leitende Instanz ab einem Betrag von Euro 75.000,- Strafdrohung. Alternativ sollte jedenfalls die Anwendbarkeit des § 5 VStG für Geldbußenverfahren nach dem DSG ausdrücklich ausgeschlossen werden.

---

<sup>3</sup> Siehe ausführlich *Beimrohr*, Die berufsrechtlichen Voraussetzungen des externen Datenschutzbeauftragten nach der DS-GVO, jusIT 2017/36.

## **2.5 Ad § 19 DSGVO idF DS-AnpG 2018:**

### **2.5.1 Primäre Strafbarkeit der juristischen Person**

Es sollte klargestellt werden, dass gegen eine natürliche Person, gleichgültig ob sie Geschäftsführer, Vorstand oder verantwortlicher Beauftragter iSd § 9 VStG ist, keine Strafe verhängt werden darf, wenn für denselben Verstoß eine Verwaltungsstrafe gegen eine juristische Person möglich ist. Eine Bestrafung von natürlichen Personen hätte bei den vorgesehenen Strafhöhen eine potentiell existenzvernichtende Wirkung, was von der DSGVO so nicht beabsichtigt ist. Mit der ausdrücklichen primären Strafbarkeit von Unternehmen wäre auch sichergestellt, dass es in der Regel nicht zu einer Doppelbestrafung von juristischer und natürlicher Person kommt.

### **2.5.2 Keine Strafbarkeit des Datenschutzbeauftragten**

Hinzuweisen ist darauf, dass laut Art 5 Abs 2, 24 Abs 1, 83 DSGVO „der Verantwortliche“, der „Auftragsverarbeiter“ bzw das „Unternehmen“ für die Einhaltung der Bestimmungen der DSGVO verantwortlich und die alleinigen Adressaten von Geldbußen sind.<sup>4</sup> Da § 19 Abs 3 offenlässt, ob Datenschutzbeauftragte als verantwortliche Beauftragte gem § 9 Abs 2 VStG bestellt werden können, besteht die Gefahr, dass versucht wird, die Haftung und Verantwortung des Verantwortlichen auf den Datenschutzbeauftragten zu „überbürden“. Um dieser (DSGVO-widrigen) Vorgehensweise ab initio entgegenzuwirken, fordern wir die Aufnahme einer expliziten Klarstellung, dass Datenschutzbeauftragte nicht als verantwortliche Beauftragte gem § 9 Abs 2 VStG bestellt werden dürfen.

## **2.6 Ad § 21 Abs 1 DSGVO idF DS-AnpG 2018 (Datenschutzbeauftragte als Vertreter im Datenschutzrat):**

Als Verein österreichischer betrieblicher und behördlicher Datenschutzbeauftragter fordern wir die Aufnahme eines Vertreters im Datenschutzrat aus dem Kreis der Datenschutzbeauftragten des privaten Sektors, um in dieses wichtige Gremium auch die Sichtweise aus diesem Bereich einbringen zu können.

## **2.7 Ad § 29 DSGVO idF DS-AnpG 2018:**

Der pauschale Verweis auf das gesamte Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG) als Vorschrift im Sinne des Art 88 DSGVO erscheint überschießend, da nur einige Teilbereiche des ArbVG wie insb §§ 96 ff (§ 10 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz – AVRAG bleibt im DS-AnpG 2018 unerwähnt) als „spezifischere Vorschriften zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext“ anzusehen sind. Dementsprechend wird angeregt, die Verweisung entsprechend einzugrenzen.

## **2.8 Ad § 30 Abs 4 DSGVO idF DS-AnpG 2018 (Bildverarbeitung):**

Insofern § 30 Abs 4 Z 3 „den automationsunterstützten Abgleich von mittels Bildaufnahmen gewonnenen personenbezogenen Daten mit anderen personenbezogenen Daten“ untersagt, ist darauf hinzuweisen, dass in vielen Unternehmen (aber auch im Parlament!) biometrische Zutrittskontrollen eingesetzt werden, insbesondere auch in Hochsicherheitsbereichen (Rechenzentren etc). Es sollte klargestellt werden, dass solche Systeme nicht von diesem Verbot erfasst werden (bzw unter § 30 Abs 2 Z 4 fallen).

## **2.9 Verarbeitung von strafrechtlich relevanten Daten – fehlende Regelung:**

Es ist dringend die Aufnahme einer vergleichbaren Regelung zum derzeitigen § 8 Abs 4 DSGVO 2000 zu fordern, die die Verarbeitung von strafrechtlich relevanten Daten durch private Stellen im erforderlichen Ausmaß erlaubt, da sonst ua das Betreiben von (nicht gesetzlich angeordneten) Whistleblower-Hotlines unzulässig wäre (s Art 10

---

<sup>4</sup> Siehe auch Art-29-Datenschutzgruppe, Guidelines on Data Protection Officers ('DPOs'), WP 243 rev. 01, 24 f: "DPOs are not personally responsible for non-compliance with data protection requirements".

DSGVO). Auch die Unternehmenspraxis, Strafregisterauszüge zB anlässlich von Einstellungen zu verlangen, könnte durch eine mangelnde Normierung unmöglich werden.

### **2.10 Festlegung Kindesalter bei Einwilligungen mit 14 Jahren:**

Die DSGVO sieht in Art 8 hinsichtlich Kindern unter 16 Jahren besondere Vorschriften für die Einwilligungserklärungen in Bezug auf Dienste der Informationsgesellschaft vor und erlaubt den Mitgliedsstaaten die Senkung dieses Alters bis auf 13 Jahre. Wir empfehlen dringend, hier ausdrücklich das in Österreich bereits festgelegte Alter für mündige Minderjährige mit 14 Jahren im DSG für diese Bestimmungen festzulegen. Andernfalls bestünde große Unsicherheit für die österreichische Wirtschaft der Informationsgesellschaft: So könnte etwa ein Jugendlicher von 14 Jahren gemäß zivilrechtlicher Regelungen wirksam einen Kaufvertrag über eine App abschließen, jedoch nicht eine damit verbundene Einwilligungserklärung zu einer Datenverarbeitung abgeben.

Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass außerhalb des Anwendungsbereichs von Art 8 DSGVO, somit zB bei alltäglichen Handlungen wie dem Anfertigen (und Verarbeiten) von Klassenfotos durch Schulen, jegliche Vorgaben oder belastbare Anhaltspunkte durch den Gesetzgeber bezüglich der datenschutzrechtlichen Einwilligungsfähigkeit Minderjähriger bislang fehlen. Die Schaffung einer gesetzlichen Regelung über den Art 8 DSGVO hinaus wird daher dringend empfohlen.

Wir ersuchen um Berücksichtigung unserer Vorschläge und stehen für Rückfragen gerne unter [office@privacyofficers.at](mailto:office@privacyofficers.at) zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Der Vereinsvorstand e.h.

**Verein österreichischer betrieblicher und behördlicher  
Datenschutzbeauftragter - Privacyofficers.at**