

**BVwG**Bundesverwaltungsgericht
Republik Österreich

Der Präsident

An das
Bundeskanzleramt
Ballhausplatz 2
1014 Wiennachrichtlich:
Präsidium des Nationalrates
Dr. Karl Renner-Ring 3
1010 Wienper E-Mail1030 Wien, Erdbergstraße 192-196
Tel.: +43 1 601 49 – 0 / DW
Fax: +43 1 531 09 – 153357 / 153364
E-Mail: einlaufstelle@bvwg.gv.atBearbeiterin: Mag. Eva-Maria Polzer
E-Mail: eva-maria.polzer@bvwg.gv.at
Durchwahl: 152449
Geschäftszahl: BVwG-100.560/0010-
Präs/2017
DVR: 0939579

Wien, am 22. Juni 2017

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

Das Präsidium des Bundesverwaltungsgerichtes nimmt zum mit Schreiben vom 12. Mai 2017 übermittelten Begutachtungsentwurf, GZ. BKA-810.026/0019-V/3/2017, betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert, das Datenschutzgesetz erlassen und das Datenschutzgesetz 2000 aufgehoben wird (Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018), wie folgt Stellung:

Allgemeines:

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass mit dem gegenständlichen Gesetzesentwurf eine neue Beschwerdemöglichkeit an das Bundesverwaltungsgericht eröffnet wird, weshalb es zu zusätzlichen Verfahren am Bundesverwaltungsgericht kommen wird.

Es wird angemerkt, dass ein damit einhergehender finanzieller Mehraufwand für das Bundesverwaltungsgericht, welcher aus diesen zusätzlichen Beschwerdeverfahren resultiert, im Rahmen der Wirkungsorientierten Folgenabschätzung des Gesetzesvorhabens keine Erwähnung findet und auch in den budgetären Planungen des Bundesverwaltungsgerichtes nicht berücksichtigt ist.

Besonderer Teil:**Zu Artikel 2 (Entwurf eines Datenschutzgesetzes – DSG):****Zu § 3 (Durchführungsbestimmung):**

Die Bestimmung mag zwar der Praktikabilität dienen, scheint jedoch nicht der DSGVO zu entsprechen, da eine Nicht-Löschung und das bloße Sperren aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen in der DSGVO (insbesondere in Art. 18 DSGVO) nicht vorgesehen ist.

Zu § 11 (Befugnisse):

Abs. 1 nimmt eine unzulässige Einschränkung der Überprüfungsbefugnis der Datenschutzbehörde auf jene Fälle vor, in denen ein begründeter Verdacht auf Verletzung der im 1. und 2. Hauptstück der DSGVO enthaltenen Rechte und Pflichten besteht. Diese Einschränkung widerspricht Art. 58 lit. b DSGVO, in dem eine derartige Beschränkung nicht vorgesehen ist. Um Unklarheiten zu vermeiden und der DSGVO zu entsprechen, sollte diese Beschränkung gestrichen werden.

Weiters scheint die in Abs. 4 vorgesehene Befugnis zur Untersagung einer Datenverwendung in der DSGVO ohnehin bereits durch Art. 58 Abs. 2 lit. f abgedeckt zu sein, wobei hier keine Einschränkung auf „Gefahr im Verzug“ vorgesehen ist.

Zu § 13 (Beschwerde an die Datenschutzbehörde):

In Abs. 6 sollte ergänzt werden, bei welcher Art von Beschwerden (z.B. Verletzung von Rechten gemäß Art. 15 bis 22 DSGVO) der Beschwerdegegner die Rechtsverletzung bis zum Abschluss des Verfahrens nachträglich beseitigen kann (siehe dazu den noch geltenden § 31 Abs. 8 DSG 2000). Bei einer Verletzung des Rechts auf Geheimhaltung kommt eine nachträgliche Beseitigung jedenfalls nicht in Betracht. Zu bezweifeln ist auch, dass eine Verletzung der einer Datenverwendung vorausgehenden Informationspflicht „nachträglich beseitigt“ werden kann, da das Wesen dieser Pflicht auf eine zeitgerechte Information vor Aufnahme der Verarbeitung abstellt.

Unklar ist, weshalb in dieser Norm mit der Bezeichnung „Beschwerde an die Datenschutzbehörde“ die Möglichkeit der „Befassung“ des Bundesverwaltungsgerichtes geregelt wird (Abs. 8). Diese Bestimmung ist gegenüber § 16 Abs. 1, in dem ohnehin auf § 13 Abs. 7 bzw. die Verletzung der Entscheidungspflicht Bezug genommen wird und die Möglichkeit einer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht vorgesehen ist, redundant. Dieser Absatz könnte daher entfallen.

Zu § 14 (Begleitende Maßnahmen in Beschwerdeverfahren):

Diesbezüglich wird auf die Bemerkungen zu § 11 Abs. 4 verwiesen.

- 3 -

Zu § 15 (Verantwortlicher des öffentlichen und des privaten Bereichs):

Wie der Bezeichnung dieser Bestimmung zu entnehmen ist, ist hier sowohl von Verantwortlichen des öffentlichen als auch des privaten Bereichs die Rede. Es sollte klargestellt werden, dass sowohl Verantwortliche des öffentlichen als auch des privaten Bereichs Parteien/Beschwerdegegner im Verfahren bei der Datenschutzbehörde sein können und auch Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht bzw. Revision an den Verwaltungsgerichtshof erheben können.

Zu § 16 (Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht):

Zu Abs. 1:

Es wird angeregt, eine Senatszuständigkeit grundsätzlich nur bei inhaltlichen Entscheidungen vorzusehen und rein formelle Entscheidungen den Einzelrichter/innen vorzubehalten. Es wird daher vorgeschlagen, Zurückweisungen, Einstellungen, Entscheidungen in Verfahren betreffend die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, die Wiederaufnahme des Verfahrens sowie Beschlüsse auf Aussetzung des Verfahrens und Ladungsbeschlüsse ausdrücklich von der Zuständigkeit der Senate auszunehmen und der Zuständigkeit der Einzelrichter/innen zu überlassen.

Im Übrigen hat sich in der Praxis herausgestellt, dass die Möglichkeit der Fassung von Umlaufbeschlüssen – etwa zur Finalisierung einer Entscheidung – sinnvoll ist. Dies wäre, da es auch in anderen Materien wünschenswert ist, vorrangig generell im Verfahrensrecht zu regeln, könnte jedoch auch – als erster Schritt – im DSG für die Senate vorgesehen werden.

Zudem wird dringend angeregt, bezüglich der Verletzung der in § 13 Abs. 7 geregelten Informationspflicht durch die Datenschutzbehörde ein Verfahren ähnlich dem Verfahren bei der Säumnisbeschwerde vorzusehen (siehe § 16 VwGGV) und der Datenschutzbehörde die Möglichkeit zu geben, bei einer Beschwerdeerhebung an das Bundesverwaltungsgericht wegen Unterlassung der Unterrichtung des Beschwerdeführers über den Stand des Verfahrens diese Information binnen einer bestimmten Frist nachholen zu können. Andernfalls müsste das Bundesverwaltungsgericht der Datenschutzbehörde wiederum die Informationserteilung auftragen, was zu einer weiteren Verzögerung führen und dem Interesse des Rechtsschutzsuchenden zuwiderlaufen würde. Da es sich hierbei um eine Besonderheit aufgrund der DSGVO handelt, könnte dies im DSG normiert werden.

Zu § 19 (Allgemeine Bedingungen für die Verhängung von Geldbußen):

Um Missverständnisse zu vermeiden, sollte (auch wenn dies bei den Befugnissen der Datenschutzbehörde bereits vorgesehen ist) in Abs. 1 folgender Satz ergänzt werden: *„Geldbußen können gegen natürliche oder juristische Personen verhängt werden.“* Damit wäre klargestellt, dass (entsprechend der DSGVO und § 11 Abs. 5) eine Einschränkung auf die Verhängung von Geldbußen gegenüber juristischen Personen nicht vorgesehen ist.

Des Weiteren sollte in § 19 klar festgehalten werden, welche Art von Verfahrensart auf das Verfahren zur Verhängung von Geldbußen anzuwenden ist. Dies umso mehr, als der Begriff „Geldbuße“ in der Rechtsordnung nicht immer mit „Verwaltungsstrafe“ gleichzusetzen und daher nicht klar ist, dass diesfalls nach dem EGVG das Verwaltungsstrafgesetz 1991 anzuwenden ist.

Zu § 20 (Datenschutzrat):

Es fällt auf, dass die Aufgaben des Datenschutzrates sich in einigen Bereichen mit Aufgaben der Aufsichtsbehörde überschneiden bzw. konkurrieren. Insofern ist nicht auszuschließen, dass es zu divergierenden Beratungen der politischen Institutionen im Bereich des Datenschutzes kommen kann. Es ist zu fragen, ob nicht eine klarere Abgrenzung der Kompetenzen möglich wäre.

Zu den §§ 30 ff (Bildverarbeitung):

Zunächst stellt sich die Frage, ob eine derartige Regelung überhaupt zulässig ist, da die DSGVO gar keine entsprechende Öffnungsklausel enthält.

Bisher war die Videoüberwachung gesondert unter strengeren Bedingungen als die Verarbeitung anderer Bildaufnahmen geregelt, da das Risiko eines Eingriffs in das Grundrecht auf Datenschutz bei Überwachungen generell größer ist als ein Erfassen von Bildern, das gar nicht auf die Identifizierung von Personen gerichtet ist. Insofern scheint es problematisch, dass nunmehr alle Bildaufnahmen auch im Einzelfall aufgrund eines überwiegenden berechtigten Interesses des Verantwortlichen oder eines Dritten möglich sind (§ 30 Abs. 2 Z 4) und damit potentiell sensible Daten wie nicht-sensible Daten behandelt werden. Damit würde überdies das Datenschutzniveau gegenüber der geltenden Rechtslage gesenkt.

Besonders problematisch erscheint, dass nunmehr ausdrücklich die akustische Überwachung unter denselben Bedingungen wie die Bildverarbeitung möglich wäre. Die Aufzeichnung privater Gespräche bedeutet einen wesentlich schwerwiegenderen Eingriff in die Privatsphäre Betroffener als etwa eine Videoüberwachung im öffentlichen Raum und sollte prinzipiell den Strafverfolgungsbehörden bzw. den zur Gefahrenabwehr zuständigen Behörden aufgrund von Sonderbestimmungen, die auch geeignete Garantien beinhalten, vorbehalten sein (siehe dazu die Bestimmungen der §§ 136 ff StPO über die optische und akustische Überwachung, wonach dem Betroffenen auch bestimmte Rechte zustehen und es überdies in einigen Fällen einer richterlichen Genehmigung bedarf; siehe dazu ferner § 54 Abs. 4 und 4a SPG, wobei hier auch gemäß § 91c SPG entsprechende Befugnisse des Rechtsschutzbeauftragten gegeben sind; insgesamt gibt es in diesen Bestimmungen auch klare Zweckbeschränkungen).

Da insbesondere private Gespräche immer auch sensible Daten beinhalten können, ist nicht zu rechtfertigen, dass ein bloßes „überwiegendes berechtigtes Interesse des Verantwortlichen oder eines Dritten“ als Legitimation für „Lauschangriffe“ durch Private ausreichen sollte. Auch wenn die Erläuterungen davon ausgehen, dass in den Fällen des Abs. 3 Z 1 und 2 keine akustischen Aufzeichnungen zulässig sein werden, müsste dies einerseits ausdrücklich normiert werden, andererseits stellt sich die Frage, wieso eine Aufzeichnung in anderen Konstellationen durch Private

- 5 -

zulässig sein sollte und ob diese nicht zumindest an eine Zustimmung gebunden werden müsste.

Unbeschadet der oben angeführten gravierenden Bedenken ist anzumerken, dass die Kennzeichnung einer Bildaufnahme nicht ausreicht, um den Betroffenen darüber zu informieren, dass an einem bestimmten Ort auch eine akustische Überwachung stattfindet. Dazu müsste eine klare zusätzliche Information erfolgen.

Zu § 38 (Rechtmäßigkeit der Verarbeitung):

Der Titel sollte – dem übrigen Entwurf entsprechend – fettgedruckt und eingerückt werden.

Zu § 39 (Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten):

Eine Verarbeitung sensibler Daten sollte nur rechtmäßig sein, wenn die Verarbeitung gemäß § 38 zulässig ist, es müsste also mit Ausnahme der Datenverarbeitung im lebenswichtigen Interesse der betroffenen Person immer eine gesetzliche Grundlage geben. Andernfalls käme es zu dem – wohl nicht zu rechtfertigenden – Ergebnis, dass die Verarbeitung nicht-sensibler Daten strengeren Bedingungen unterliegen würde als die Verarbeitung sensibler Daten.

Zu § 60 (Datenübermittlung vorbehaltlich geeigneter Garantien):

Die Richtlinie 2016/680 gibt (lediglich) einen Mindeststandard vor, der von den Mitgliedstaaten überschritten werden darf. Wie in den Erläuterungen ausgeführt wird, soll das nationale Datenschutzniveau (in Österreich) nicht gesenkt werden. Dennoch werden im Folgenden Bestimmungen in das innerstaatliche Recht übernommen, die den derzeitigen Standard senken würden:

§ 60 Abs. 1 Z 2 überlässt die Beurteilung, ob „geeignete Garantien“ bestehen, dem Verantwortlichen. Diese Bestimmung stellt eine Schlechterstellung der betroffenen Personen im Vergleich zur bisherigen Rechtslage des DSG 2000 dar, das auf die Herstellung eines angemessenen Datenschutzniveaus im Einzelfall bzw. auf rechtlich verbindliche Verträge oder Zusicherungen (wobei das Vorliegen dieser Voraussetzungen noch durch die Datenschutzbehörde geprüft wird) abstellt. Soweit im Empfängerstaat kein angemessenes Datenschutzniveau besteht, wäre der Datentransfer in Drittstaaten in Angelegenheiten der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen grundsätzlich in bilateralen bzw. multilateralen Übereinkommen zu regeln, die geeignete Garantien zum Schutz der Rechte der betroffenen Person vorsehen.

Ein Abstellen auf die individuelle Einschätzung allfälliger Garantien durch einzelne Behörden ließe auch befürchten, dass es zu einer starken Divergenz zwischen den Rechtsauffassungen verschiedener Behörden kommen würde, was der Rechtssicherheit abträglich wäre. Dieser Tatbestand sollte daher entfallen.

Zu § 61 (Ausnahmen):

Bezüglich Abs. 1 Z 4 und 5 ist auf die Bemerkungen zu § 60 zu verweisen. Auch diese Bestimmungen würden das Datenschutzniveau in Österreich senken. Es ist zu

- 6 -

befürchten, dass die „Übermittlung im Einzelfall“ zur Umgehungen der anderen – strengeren – Bestimmungen führen wird. Auch diese Tatbestände sollten daher entfallen.

Zu den Erläuterungen:

In den Erläuterungen zu § 1 Abs. 2 DSG wird zwar auf die Richtlinie 2016/680 Bezug genommen, nicht aber auf die in Art. 23 DSGVO genannten Beschränkungen. Ein Verweis auf diese Bestimmung sollte aufgenommen werden.

In den Erläuterungen zu den §§ 30 ff wird im Zusammenhang mit dem höchstpersönlichen Lebensbereich auf § 31 Abs. 4 Z 1 Bezug genommen. Gemeint ist offenbar § 30 Abs. 4 Z 1.

Diese Stellungnahme wurde auf elektronischem Weg auch dem Präsidium des Nationalrates zugeleitet.

Der Präsident
Perl

Elektronisch gefertigt