

**BMVIT - I/PR3 (Recht und Koordination)**

Postanschrift: Postfach 201, 1000 Wien
Büroanschrift: Radetzkystraße 2, 1030 Wien
E-Mail: pr3@bmvit.gv.at
Internet: www.bmvit.gv.at

(Antwort bitte unter Anführung der GZ.
an die oben angeführte E-Mail-Adresse)



GZ. BMVIT-17.967/0008-I/PR3/2017 DVR:0000175

1)

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

2)

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

Wien, am 21.06.2017

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

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

Das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie nimmt zum Entwurf eines Bundesgesetzes mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert, das Datenschutzgesetz erlassen und das Datenschutzgesetz 2000 aufgehoben wird (Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018) wie folgt Stellung:

Allgemein:

Grundsätzlich wird begrüßt, dass von den 71 Öffnungsklauseln der EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO, Verordnung (EU) 2016/679) nur eingeschränkt Gebrauch gemacht wurde und damit der verfolgte Zweck der Rechtsharmonisierung im Datenschutzregime nicht konterkariert wurde. Allerdings ist ganz allgemein anzumerken, dass die DSGVO insgesamt sehr bürokratisch ist und den Verantwortlichen zu viele im Internetzeitalter schwer realisierbare Hürden auferlegt.

Um die ausufernden Regelungen der DSGVO dennoch einzufangen, sollte jedoch nach Ansicht des bmvit von der Bestimmung des Art 23 DSGVO Gebrauch gemacht werden, wonach der nationale Gesetzgeber Betroffenenrechte aus bestimmten Gründen – unter anderem zum Schutz der betroffenen Person oder der Rechte und Freiheiten anderer Personen (Art 23 Abs 1 lit i) oder der Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche (Art 23 Abs 1 lit j) – beschränken hätte können. Dies wäre insbesondere für das Recht auf Löschung bzw. Vergessen werden relevant gewesen, da dieses Betroffenenrecht technisch kaum handhabbar ist und etwa bei Löschen

nur einzelner Datensätze maßgeblich in ganze Datenbankstrukturen eingegriffen wird, was sowohl für Verantwortliche als auch für Betroffene nachteilig sein kann.

Der österreichische Gesetzgeber hat zwar die auch schon bisher im § 27 Abs 6 DSG 2000 vorgesehene Regelung, wonach die Berichtigung oder Löschung von automationsunterstützt verarbeiteten personenbezogenen Daten nicht unverzüglich erfolgen muss, wenn diese aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nur zu bestimmten Zeitpunkten vorgenommen werden kann, in § 3 übernommen, und im Sinne der neuen Rechtslage mit den Wirkungen der in Art 18 DSGVO vorgesehenen Beschränkung der Verarbeitung versehen, allerdings ist diese Bestimmung zum einen – wie auch schon bisher – mangels technischer Realisierbarkeit nur wenig praxisrelevant und zum anderen ist die Unionsrechtskonformität dieser Bestimmung fraglich. So verlangt Art 23 Abs 2 DSGVO, dass eine solche Gesetzgebungsmaßnahme insbesondere Vorschriften in Bezug auf die Zwecke der Verarbeitung, die Datenkategorien, den Umfang der vorgenommenen Beschränkungen, die Garantien gegen Missbrauch oder unrechtmäßigen Zugang oder unrechtmäßige Übermittlung, die Angaben zu dem Verantwortlichen, die jeweiligen Speicherfristen sowie die geltenden Garantien unter Berücksichtigung von Art, Umfang und Zwecken der Verarbeitung oder der Verarbeitungskategorien, die Risiken für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen und das Recht der betroffenen Personen auf Unterrichtung über die Beschränkung, regeln muss. Diesen inhaltlichen Mindestanforderungen wird § 3 keinesfalls gerecht.

Im Weiteren wäre von erheblicher Relevanz gewesen, dass der nationale Gesetzgeber den ihm nach Art 17 Abs 3 lit b DSGVO (Ausnahmen von der Löschungspflicht) eingeräumten Spielraum nutzt und klarstellt, um welche Anwendungsfälle es sich hierbei handelt und bestimmte im öffentlichen Interesse geführte Datenbanken explizit vom Recht auf Vergessenwerden ausnimmt.

Auch sollte dem Bedürfnis der Forschung nach einer Öffnung der datenschutzrechtlichen Vorgaben verstärkt Rechnung getragen werden, insbesondere sollten die Regelungen keinesfalls einen strengeren Rahmen als im EU-Ausland vorsehen, um eine Benachteiligung des Forschungsstandortes Österreich hintanzuhalten. Es darf in diesem Zusammenhang auf den deutschen § 27 Abs 1 BDSG (neu) verwiesen werden, der die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten im Sinne des Artikels 9 Abs. 1 der Verordnung (EU) 2016/679 auch ohne Einwilligung für wissenschaftliche Forschungszwecke oder Zwecke der Statistik unter bestimmten Voraussetzungen zulässt. Allenfalls könnte eine analoge Bestimmung um die Möglichkeit der Eintragung in ein Widerspruchsregister ergänzt werden.

Zu § 1:

Im Grundrecht soll nur auf das Recht auf Löschung unzulässigerweise verarbeiteter Daten abgestellt werden, und dies obwohl die DSGVO als neues Recht der Betroffenen auch die Einschränkung der Verarbeitung kennt. Begründet wird dies damit, dass die Einschränkung nicht als gleichwertige Alternative zum Löschungsrecht gesehen wird. Hier verkennt der Gesetzgeber, dass dieses neue Betroffenenrecht auch keine gleichwertige – allerdings dennoch nicht weniger relevante - Alternative sein soll, sondern vielmehr solchen Konstellationen Rechnung getragen werden soll, in denen eine sofortige Löschung entweder schutzwürdige

Interessen der Verantwortlichen an der andauernden Speicherung unbillig beschneiden oder aber den Interessen des Betroffenen selbst zuwiderlaufen würde.

Das Recht auf Einschränkung der Verarbeitung nach Art 18 DSGVO hat den Inhalt, dass Daten, die eben nicht gelöscht werden sollen oder können, nur noch eingeschränkt mit individueller Einwilligung verarbeitet werden dürfen. Da die Berechtigung des Verantwortlichen zur Speicherung dadurch nicht berührt werden würde, ist dieses Betroffenenrecht in solchen Fällen, in denen es untunlich erscheint, dass eine Löschung der Daten erfolgt, da der Verantwortliche ein Interesse an der Datenverarbeitung hat, und der Betroffene diese nur verhindern möchte, sachgerecht. Außerdem wäre andernfalls jede Einschränkung der Verarbeitung nach Art 18 DSGVO als Minus zum Löschungsrecht am § 1 Abs 2 zu messen, was allerdings der Absicht der DSGVO widersprechen würde. Ungeachtet dessen hat auch der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an diesem Verarbeitungsverbot nach Art 18 DSGVO, da es ihm damit zum einen anheimgestellt wird, im Fall der rechtswidrigen Datenverarbeitung anstatt der Löschung die Sperrung zu wählen, und zum anderen die Daten gespeichert bleiben, wenn der Betroffene diese zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechten benötigt (Art 18 Abs 1 lit c DSGVO), weshalb das Recht auf Einschränkung der Verarbeitung in das Grundrecht aufzunehmen gewesen wäre.

Zu § 4

Durch das – nach Meinung des bmvit durch unklare Formulierungen verschärfte - Haftungsrisiko, können vor allem kleinere, niedrig dotierte Forschungsprojekte bedroht werden. Wissenschaftliche Arbeiten die auf der Verarbeitung personenbezogener Daten beruhen, wären künftig wohl nicht oder nur mehr erschwert möglich. Auch für (größere) Unternehmen ist die Rechtssicherheit, ob sie obligatorisch Datenschutzbeauftragte zu ernennen haben, essentiell.

Die unbestimmten Gesetzesbegriffe des Art 37 Abs 1 lit b DSGVO, wonach ein Datenschutzbeauftragter zu bestellen ist, wenn die Kerntätigkeit des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters in der Durchführung von Verarbeitungsvorgängen besteht, welche aufgrund ihrer Art, ihres Umfangs und/oder ihrer Zwecke eine umfangreiche regelmäßige und systematische Überwachung von betroffenen Personen erforderlich macht führen in Kombination mit den hohen Strafdrohungen – zumindest für den privaten Bereich der wissenschaftlichen Forschung – zu einem nicht kalkulierbaren Haftungsrisiko. Im Zweifel müssten – zumindest Private, zB DissertantInnen, die nicht in die Organisation der Universität eingebunden sind – einen Datenschutzbeauftragten bestellen, um nicht ihre wirtschaftliche Existenz zu gefährden. Im Sinne der Rechtssicherheit und Klarheit sollten zumindest in den Erläuterungen Beispiele zu Art 37 Abs 1 Buchstabe b DSGVO angeführt werden.

Zu § 5:

Bestimmt wird, dass im Wirkungsbereich jedes Bundesministeriums der Datenschutzbeauftragte dem Bundesministerium oder der jeweils nachgeordneten Dienststelle oder sonstige Einrichtung angehören muss. Ein solcher Ausschluss der Bestellung von externen Datenschutzbeauftragten findet sich allerdings in der DSGVO nicht und wurde auch in den Leitlinien der Artikel 29-Datenschutzgruppe nicht empfohlen. Der nationale Gesetzgeber führt auch keine Gründe dafür ins Treffen, wieso die Bestellung eines externen Datenschutzbeauftragten

auf Basis eines Werkvertrages bei einem öffentlich rechtlichen Verantwortlichen auf mehr Bedenken stößt als bei einem privat rechtlichen Verantwortlichen. So wird auch bei einem privaten Verantwortlichen, der weltweit über diverse Konzernstellen und eine Vielzahl an konzerninternen komplexen und innovativen Verarbeitungsprozessen tätig ist, die Bestellung eines externen Datenschutzbeauftragten mangels realistischer Möglichkeit, einen entsprechenden Einblick über die internen Abläufe zu bekommen, praktisch ausgeschlossen sein.

Die Beurteilung der tatsächlichen Gegebenheiten, insbesondere Größe des Betriebes, Anzahl der Datenanwendungen und der Betroffenen, Komplexität und technische Eigenarten bei den Verarbeitungsprozessen, Sensibilität der betriebsinternen Abläufe, sektorenspezifische Besonderheiten, hinsichtlich der Entscheidung, ob der Datenschutzbeauftragte ein Mitarbeiter des Unternehmens oder auch ein externer Berater sein kann, muss daher von jedem Betroffenen sorgfältig vorgenommen werden. Ein Unterschied zur Auswahlentscheidung eines öffentlichen Verantwortlichen ist nicht erkennbar. Es sollte daher den öffentlichen Stellen genauso wie den privaten Verantwortlichen anheimgestellt sein, eigenverantwortlich zu entscheiden, ob ein externer Datenschutzbeauftragter für die Ausübung der konkreten Tätigkeiten geeignet ist. Diese Differenzierung zwischen öffentlichen und privaten Verantwortlichen erscheint daher keinesfalls sachlich begründbar.

Jedenfalls wäre es wünschenswert, wenn zumindest in den Erläuterungen zum Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018 erklärt wird, was der Begriff der „öffentlichen Stelle“ im österreichischen Verwaltungssystem umfasst. Im Sinne der Rechtssicherheit muss eindeutig erkennbar sein, welche „öffentlichen Stellen“ verpflichtend Datenschutzbeauftragte zu ernennen haben. Jedenfalls wäre die Verwendung eines zusätzlichen Begriffes („öffentlicher Bereich“), der erstens von der Terminologie der DSGVO abweicht und zweitens ebenso unbestimmt ist, zu vermeiden. Zudem wird auch die Möglichkeit gemäß Art 37 Abs 3 DSGVO ausgeschlossen, für mehrere Stellen einen gemeinsamen Datenschutzbeauftragten vorzusehen. Vor allem kleinen Dienststellen entsteht dadurch ein hoher, mitunter mit den gegebenen Ressourcen nicht zu bewerkstelliger Aufwand.

Zu § 6:

Es ist nicht klargestellt, welche Vorschriften zu den Berufsgeheimnissen zählen. Damit wird aber der Anwendungsbereich des Art 9 Abs 2 Buchstabe i DSGVO eingeschränkt bzw. unterminiert.

Damit alle Bereiche der Forschung, in denen es keine speziellen Berufsgeheimnisse gibt, ausgeschlossen werden, sollte in den Erläuterungen klargestellt werden, dass das Datengeheimnis auch ein Berufsgeheimnis iSd Art 9 Abs 2 Buchstabe i DSGVO darstellt.

Zu § 19:

Bestraft werden können danach Personen, die eine Führungsposition innerhalb der Organisation innehaben. Es kann nun nicht ausgeschlossen werden, dass eine solche Funktion auch dem Datenschutzbeauftragten zugesprochen wird, und wird es häufig sogar vielmehr so sein, damit dieser überhaupt in der Lage ist, seinen Aufgaben nach Art 30 DSGVO sachgerecht nachkommen zu können. Durch die in dem Fall allerdings immanent drohende Verwaltungs-

strafe in Fall von Datenschutzverstößen des Verantwortlichen kann nicht mehr davon ausgegangen werden, dass ein Datenschutzbeauftragter sich gebührend mit den ihm übertragenen Aufgaben objektiv und unbefangen auseinandersetzen könnte. Der Datenschutzbeauftragte wäre daher von einer Bestrafung bei Datenschutzverletzungen des Verantwortlichen im Rahmen seiner Funktionsausübung explizit auszunehmen.

In Hinblick darauf, dass über Behörden und öffentliche Stellen keine Strafe verhängt werden darf, wäre außerdem zu regeln, dass bei öffentlichen Stellen und Behörden solche besonderen Umstände vorliegen, dass ein nach § 9 VStG-Beauftragter nach § 19 Abs 3 nicht zu bestrafen ist. Dies ist daher notwendig, um die vorstehend angeregte Ergänzung zur Straffreiheit des Datenschutzbeauftragten, der auch zum nach außen für Verwaltungsstrafen haftenden Beauftragten gemacht werden kann, zu gewährleisten.

Zu § 25:

Hier wären alle in Art. 89 DSGVO aufgezählten Bereiche anzuführen. § 25 Abs 5 DSG sollte daher wie folgt lauten:

„(5) Auch in jenen Fällen, in welchen die Verarbeitung von personenbezogenen Daten für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke, wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder statistische Zwecke in personenbezogener Form zulässig ist, ist der Personenbezug unverzüglich zu verschlüsseln, wenn in einzelnen Phasen der wissenschaftlichen oder statistischen Arbeit mit personenbezogenen Daten gemäß Abs 1 Z 3 das Auslangen gefunden werden kann. Sofern gesetzlich nicht ausdrücklich vorgesehen, ist der Personenbezug gänzlich zu beseitigen, sobald er für die wissenschaftliche oder statistische Arbeit nicht mehr notwendig ist.“

Zu § 29:

Eine Sanktionierung des gesamten Arbeitsverfassungsgesetzes und nicht nur einzelner Bestimmungen mit den Strafdrohungen der DSGVO stellt vor allem für ausgegliederte Einrichtungen eine Existenzbedrohung dar. Es sollte hier überlegt werden, lediglich einzelne Bestimmungen des Arbeitsverfassungsgesetzes herauszugreifen.

Zu § 30:

Aufgrund der eindeutigen Regelung zur Unzulässigkeit eines automatisationsunterstützten Abgleichs mittels Bildaufnahmen im § 30 des Entwurfes des Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018 und den entsprechenden zwingend erforderlichen Aufgaben der ASFINAG gemäß Bundesstraßen-Mautgesetz (BStMG) sollte in den erläuternden Bemerkungen eine Klarstellung dahingehend aufgenommen werden, dass die bereits bestehenden Regelungen des BStMG (Bundesstraßenmautgesetz) als besondere gesetzliche Bestimmung im Sinne des § 30 Abs 2 Z 3 zu verstehen sind.

Zu § 76:

Angeordnet wird, dass Registrierungen im Datenverarbeitungsregister gegenstandslos werden. Hierzu wäre allerdings zugunsten von Rechtssicherheit für die Verantwortlichen wünschenswert, dass klarstellend festgehalten wird, dass bereits in Betrieb genommene und re-

GZ. BMVIT-17.967/0008-I/PR3/2017



gistrierte Datenanwendungen, weiterhin betrieben werden dürfen, ohne nachträglich noch im Rahmen der allenfalls zu ergänzenden Risikofolgenabschätzung nach Art 36 DSGVO die Aufsichtsbehörde konsultieren zu müssen. Es könnte festgeschrieben werden, dass solche Verarbeitungstätigkeiten samt Angaben zur Risikofolgenabschätzung (insbesondere aus dem Verfahren über die Vorabkontrolle nach § 18 Abs 2 DSG 2000) in das Verzeichnis nach Art 30 DSGVO aufzunehmen sind, allerdings keine selbständige über das Registrierungsverfahren oder die Vorabkontrolle hinaus vorgenommene Konsultation der Datenschutzbehörde stattfinden muss.

Auch wird zu bedenken gegeben, dass die Durchführung von Meldungen im bisherigen DVR sowohl für Private als auch für öffentliche Stellen mitunter einen hohen Verwaltungsaufwand mit sich gebracht hat. Die nicht mögliche Weiterverwendung dieser geschaffenen Datenbestände würde einen Verlust dieser Arbeit sowie einen erhöhten neuen Verwaltungsaufwand bedeuten.

Angeregt wird, eine Weiterverwendung des mühevoll aufgebauten DVR-online-Systems durch die einzelnen Verantwortlichen als Basis für die Führung des Verzeichnisses von Verarbeitungstätigkeiten iSd Art. 30 DSGVO zu ermöglichen. Sollte dies aus technischen oder organisatorischen Gründen nicht möglich sein, wäre jedenfalls sicherzustellen, dass der jeweilige Meldebestand maschinenlesbar und weiterverwendbar durch die einzelnen Verantwortlichen exportiert werden kann, um den großen Datenbestand nicht zu verlieren.

Eine Ausfertigung der Stellungnahme wird an das Präsidium des Nationalrates übermittelt.

Für den Bundesminister:

Dr. Brigitte Raicher-Siegl, LL.M.

Ihr(e) Sachbearbeiter(in):

Dr. Brigitte Raicher-Siegl, LL.M.

Tel.Nr.: +43 (1) 71162 65 7400

E-Mail: brigitte.raicher-siegl@bmvit.gv.at