KNYRIM.TRIEB
RECHTSANWÄLTE

Überblick über das neue österreichische DSG

Das Datenschutzrecht wird mit Anwendbarkeit der unionsrechtlichen Datenschutzgrundverordnung („**DSGVO**") ab dem 25.5.2018 wesentlich an Bedeutung gewinnen. Neben diversen neuen Verpflichtungen sieht die DSGVO Geldbußen von bis zu EUR 20 Mio oder 4% des Umsatzes im Falle eines Datenschutzverstoßes vor. Flankiert wird die DSGVO durch das nationale Datenschutz-Anpassungsgesetz, welches am 25.5.2018 in Kraft treten wird und die DSGVO in einzelnen Punkten konkretisiert und ergänzt. Entgegen dem Entwurf vom 12.5.2017 (siehe Newsletter auf unserer Homepage) wird das neue DSG kein gänzlich neues Gesetz darstellen, sondern vielmehr das bereits bestehende Datenschutzgesetz 2000 **novellieren**. Der Hintergrund dieses gesetzgeberischen Richtungswechsels ist, dass der Gesetzgeber nicht die erforderliche 2/3 Mehrheit für die – noch im Entwurf angestrebten – Verfassungsbestimmungen erzielen konnte. Daher wurden die bereits bestehenden Verfassungsbestimmungen kurzerhand aus dem DSG 2000 übernommen. Das „neue" Gesetz, das durch das Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018 geschaffen wird, soll schlicht „Datenschutzgesetz" heißen.

Der nachfolgende Text gibt einen kurzen Überblick über das neue Gesetz (idF **„DSG neu"**), das als BGBl I120/2017 („Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018") am 31.7.2017 publiziert wurde und ab 25.5.2018 gilt.

Bei Rückfragen wenden Sie sich bitte an:
Dr. Rainer Knyrim, Rechtsanwalt und Partner bei Knyrim Trieb Rechtsanwälte OG, E-Mail: ky@kt.at, T: +43 1 909 30 70

Dr. Gerald Trieb, LL.M., Rechtsanwalt und Partner bei Knyrim Trieb Rechtsanwälte OG, E-Mail: gt@kt.at, T: +43 1 909 30 70

Dr. Tobias Tretzmüller, B.A., Rechtsanwaltsanwärter bei Knyrim Trieb Rechtsanwälte OG, E-Mail: tt@kt.at, T: +43 1 909 30 70

Inhaltsverzeichnis:

§ 1 DSG neu – Grundrecht auf Datenschutz

Das DSG neu lässt die Anwendbarkeit der Verfassungsbestimmungen §§ 1 bis 3 DSG 2000 unberührt. Demnach hat – nach wie vor – jedermann Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten.[1] Die bedeutet, dass auch die **Daten juristischer Personen in Österreich weiterhin geschützt** sind[2].

§ 2 DSG neu – Zuständigkeit

In dieser Verfassungsbestimmung soll für den Bund die Zuständigkeit zur Gesetzgebung hinsichtlich des Schutzes personenbezogener Daten, soweit diese automationsunterstützt verarbeitet werden, festgelegt werden. Dem bundesstaatlichen Gedanken wird dadurch Rechnung getragen, dass die Vollziehung solcher Gesetze den Ländern zusteht, wenn die Daten von oder im Auftrage des Lande oder im Auftrag einer juristischen Person, deren Einrichtung in der Vollziehung in die Zuständigkeit der Länder fällt, verarbeitet werden.[3]

Der – längst überfällige – Schritt der **Bereinigung und Vereinfachung der Kompetenzgrundlagen** für datenschutzrechtliche Bestimmungen wurde daher **nicht** gesetzt.

§ 3 DSG neu – Räumlicher Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des DSG neu wird grundsätzlich so definiert, dass dieses Gesetz auf jede Datenverwendung in Österreich anzuwenden ist, der räumliche Anwendungsbereich der DSGVO ist allerdings weiter definiert und kann sogar über die EU-Grenzen hinausgehen.[4]

---

[1] Vgl *Pollirer*/*Weiss*/*Knyrim*, DSG[2] (2014) § 1 Anm 3.

[2] siehe das Interview mit *Riedl*, Daten juristischer Personen weiterhin geschützt, Dako 2017/48 sowie *Knyrim/Tretzmüller*, Die praktisch wichtigsten Regelungen des DSG (neue), Dako 2017/50.

[3] Vgl *Pollirer*/*Weiss*/*Knyrim*, DSG[2] (2014) § 2 mit Verweis auf ErläutRV 1975.

[4] Vgl *Pollirer*/*Weiss*/*Knyrim*, DSG[2] (2014) § 3 mit Verweis auf ErläutRV 1975.

§ 4 DSG neu – Anwendungsbereich und Durchführungsbestimmung

§ 4 Abs 2 DSG neu normiert eine praktisch wichtige Regelung in Bezug auf die Speicherung von Daten in **Back-Ups**. Insbesondere die Löschung aus den Back-Ups stellt oftmals ein technisch unüberwindbares Problem dar. Erfreulicherweise hat der Gesetzgeber diese Problematik erkannt und normiert nun, dass, sofern die Löschung personenbezogener Daten aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht unverzüglich erfolgen kann, diese Daten zumindest nicht verarbeitet werden dürfen.

Nach § 4 Abs 4 DSG neu wurde das „**datenschutzrechtliche Kindesalter**" gegenüber der DSGVO auf 14 Jahre herabgesetzt. Zu beachten ist, dass sich diese Altersgrenze nur auf Angebote von Diensten der Informationsgesellschaft (vgl § 3 Z 1 ECG) bezieht. Das bedeutet, dass (erst) ab dem 15. Lebensjahr ohne Zustimmung der Obsorgeberechtigten soziale Medien wie beispielweise Facebook genutzt werden können. Der Dienstleister wird sich vergewissern müssen, ob der Käufer oder Nutzer die datenschutzrechtliche Altersgrenze unter- bzw überschritten hat. Die Altersgrenze kann in anderen EU-Staaten zwischen 13 und 16 Jahren variieren.

§ 5 DSG neu – Datenschutzbeauftragter

Wie erwartet, erhält das DSG neu keine über die DSGVO hinausgehende Verpflichtung, einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen. § 5 DSG neu enthält allerdings eine **Verschwiegenheitsverpflichtung** und ein **Aussageverweigerungsrecht** für Datenschutzbeauftragte.

In Konkretisierung der Art 37 ff DSGVO regelt § 5 DSG neu, dass **jedes Bundesministerium** einen oder mehrere **Datenschutzbeauftragte zu benennen hat**. Diese Datenschutzbeauftragten müssen interne Mitarbeiter sein und dürfen daher nicht extern hinzugezogen werden. Verfassungsrechtlich geregelt (Grundsatz der Gewaltenteilung) ist, dass auch die obersten Organe der Vollziehung der Kontrolle der Datenschutzbehörde unterliegen werden. Gegen Behörden und öffentliche Stellen können keine Geldbußen nach DSGVO verhängt werden. Schadenersatzansprüche bleiben der betroffenen Person aber auch gegen öffentliche Stellen nicht unbenommen.

§ 6 DSG neu – Datengeheimnis

Diese Bestimmung verpflichtet den Arbeitgeber – wie nach bisheriger Rechtslage auch – dazu, dass er selbst, sowie seine Dienstleister und Mitarbeiter personenbezogene Daten aus Datenverarbeitungen, die ihnen ausschließlich auf Grund ihrer berufsmäßigen Beschäftigung anvertraut wurden, **geheim zu halten**. Ausdrücklich wird normiert, dass der Arbeitgeber seine Mitarbeiter über die Folgen einer Verletzung des Datengeheimnisses zu belehren hat und dieser vertraglich zu vereinbaren hat, dass das Datengeheimnis auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses einzuhalten ist.

§ 7 DSG neu – Verarbeitung für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke, wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder statistische Zwecke

Nach § 7 DSG neu darf der Verantwortliche für Zwecke wissenschaftlicher oder statistischer Untersuchungen, die keine personenbezogenen Ergebnisse zum Ziel haben, alle personenbezogenen Daten verarbeiten, die

1. öffentlich zugänglich sind,
2. er für andere Untersuchungen oder auch andere Zwecke zulässigerweise ermittelt hat oder
3. **für ihn pseudonymisiert personenbezogene Daten sind und der Verantwortliche die Identität der betroffenen Person mit rechtlich zulässigen Mitteln nicht bestimmen kann.**

Ansonsten dürfen für Datenverarbeitungen zum Zwecke wissenschaftlicher Forschung und Statistik, personenbezogene Daten nur verarbeitet werden

1. gemäß besonderen gesetzlichen Vorschriften,
2. mit Einwilligung der betroffenen Person oder
3. mit Genehmigung der Datenschutzbehörde.

Diese – praktisch vor allem in der Pharma- und Forschungsentwicklung sehr wichtige – Regelung wurde fast wortgleich von der derzeitigen Gesetzeslage (§ 46 DSG 2000)

übernommen. Dadurch kann **künftig insbesondere auch weiterhin mit pseudonymisierten Daten – auch von Dritten – geforscht und gearbeitet werden**, ohne dass die Einwilligung der betroffenen Personen erforderlich wäre!

§ 8 DSG neu – Zurverfügungstellung von Adressen zur Benachrichtigung und Befragung von betroffenen Personen

Eine komplexe Regelung sieht § 8 DSG neu (bisher § 47 DSG 2000) in Bezug auf Adressdaten vor. Generell bedarf die Übermittlug von Adressdaten der Einwilligung der betroffenen Person. Diese Einwilligung ist aber nicht erforderlich, wenn eine Beeinträchtigung der Geheimhaltungsinteressen unwahrscheinlich ist und (i) die Daten nur innerhalb des gleichen Unternehmens ausgetauscht werden oder (ii) mit der Befragung öffentliche Interessen verfolgt werden oder (iii) die betroffene Person trotz Information über die Übermittlung nicht widersprochen hat. Entscheidendes Kriterium wird somit sein, ab wann eine Beeinträchtigung der Geheimhaltungsinteressen als „unwahrscheinlich" zu qualifizieren sein wird. Unter gewissen Voraussetzungen kann eine Genehmigung der Übermittlung durch die Datenschutzbehörde eine Einwilligung der betroffenen Person ersetzen.

§ 11 DSG neu– Verarbeitung personenbezogener Daten im Beschäftigungskontext

§ 11 DSG neu regelt, dass das **Arbeitsverfassungsgesetz („ArbVG")** eine **Vorschrift im Sinne des Art 88 DSGVO ist**. Die dem Betriebsrat nach dem ArbVG zustehenden Befugnisse bleiben unberührt.

Die mit Art 88 DSGVO ermöglichte Öffnungsklausel bietet die Möglichkeit, im Bereich des Arbeitnehmerdatenschutzes neue Regelungen zu schaffen. Von dieser Möglichkeit will der österreichische Gesetzgeber aber keinen Gebrauch machen. Es wird somit die bisherige Rechtslage aufrechterhalten werden. Daher kann auch künftig bei der Einführung von Kontrollmaßnahmen und technischen Systemen zur Kontrolle der Arbeitnehmer, sofern diese Maßnahmen (Systeme) die Menschenwürde berühren (so etwa regelmäßig bei Videoüberwachungen), wie auch bei Personalinformationssystemen und Personalbeurteilungssystemen eine **Betriebsvereinbarung zwischen Betriebsinhaber und Betriebsrat abzuschließen sein** (§§ 96, 96a ArbVG). Bereits abgeschlossene Betriebsvereinbarungen sind weiterhin wirksam.

Durch die Benennung des ArbVG als Regelung iSd des Art 88 DSGVO in Österreich kommt **das Haftungsregime der DSGVO** (Geldbußen von bis zu EUR 20 Mio oder 4 % des Konzernumsatzes) **auf das ArbVG noch nicht direkt zur Anwendung**. Art 83 Abs 5 lit d) DSGVO sieht zwar vor, dass alle Pflichten, die von Mitgliedstaaten im Rahmen des Kapitel IX. (in diesem steht Art 88 DSGVO) erlassen wurden, mit den Geldbußen der DSGVO zu sanktionieren sind. Dazu dürfte dann noch die in Art 88 Abs 5 DSGVO geforderte Notifikation dieser Bestimmungen an die EU-Kommission erforderlich sein, um diesen Sanktionsmechanismus auszulösen[5]. **Eine solche Notifikation (falls eine solche erforderlich ist) könnte bedeuten, dass allein der Nichtabschluss einer Betriebsvereinbarung künftig mindesten mit einem Strafrahmen von bis zu EUR 20 Mio sanktioniert wäre**. Sollten Betriebsvereinbarungen (bzw, sofern ein Betriebsrat nicht eingerichtet ist, Individualvereinbarungen nach § 10 Abs 1 AVRAG) bislang nicht abgeschlossen worden sein, **sollte dies vorsorglich bis längstens 25.5.2018 nachgeholt werden**.

[5] Siehe das Interview mit *Riedl* in Dako 2017/48.

§ 12 DSG neu – Bildverarbeitung

Der praktisch wichtige Themenkomplex der **Bildverarbeitung** wird in § 12 DSG neu geregelt. Die neue Regelung zielt darauf ab, grundsätzlich alle Bildaufnahmen durch Verantwortliche des privaten Bereichs zu regeln, sofern diese nicht ohnehin aufgrund von Art 2 Abs 2 lit c DSGVO vom Anwendungsbereich des Datenschutzrechtes ausgenommen sind. Dabei ist sowohl die Fotoaufnahme, als auch die Videoaufnahme umfasst. Demnach ist eine Bildaufnahme unter anderem zulässig, wenn die betroffene Person der Bildaufnahme zugestimmt hat oder wenn im Einzelfall ein überwiegendes Interesse des Aufnehmenden besteht und die Verhältnismäßigkeit gewahrt ist. Ein berechtigtes Interesse kann dabei sein: (i) der Schutz von Personen oder Sachen (Videoüberwachung von Liegenschaften) oder (ii) Orten (Videoüberwachung im öffentlichen Bereich) sowie (iii) ein privates Dokumentationsinteresse, das nicht auf die identifizierende Erfassung unbeteiligter Personen gerichtet ist.

§ 14 ff DSG neu – Datenschutzrat

Beim Bundeskanzleramt ist wie bisher ein Datenschutzrat eingerichtet. Dieser nimmt zu Fragen von grundsätzlicher Bedeutung für den Datenschutz Stellung, fördert die einheitliche Fortentwicklung des Datenschutzes und berät die Bundesregierung in rechtspolitischer Hinsicht bei datenschutzrechtlich relevanten Vorhaben. Die Regeln – ua über die Zusammensetzung des Datenschutzrates – wurden im Vergleich zu bisher etwas adaptiert, der Datenschutzrat (der vor allem aus Vertretern der politischen Parteien besteht) benennt künftig selbst zwei Experten im Bereich des Datenschutzrechts.

§ 21 DSG neu – Aufgaben der Datenschutzbehörde

Die Datenschutzbehörde („DSB") hat die Listen nach Art 35 Abs 4 und 5 DSGVO im Wege einer Verordnung kundzumachen. Die Datenschutzbehörde fungiert als einzige nationale Akkreditierungsstelle gemäß Art 43 Abs 1 lit a DSGVO.

Damit wird der DSB die Möglichkeit gegeben, dass diese betreffend der **Datenschutz-Folgenabschätzung** sowohl eine „**weiße Liste**" als auch eine „**schwarze**

Liste" als Verordnung kundmachen kann. In die „weiße Liste" werden jene Datenverarbeitungstätigkeiten aufgenommen werden, für die keine Datenschutz-Folgenabschätzung erforderlich ist. In die „schwarze Liste" hingegen jene Datenverarbeitungstätigkeiten, für die eine Datenschutz-Folgenabschätzung jedenfalls erforderlich ist. Die Datenschutzbehörde hat in ihrem Leitfaden zur Datenschutz-Grundverordnung (Stand Oktober 2017) festgehalten, dass sie sowohl eine „weiße" als auch eine „schwarze" Liste erstellen wird.[6]

Die Datenschutzbehörde soll überdies die einzige nationale Einrichtung werden, die die Befugnis hat, **nationale Zertifizierungsstellen zu akkreditieren**.

§ 22 DSG neu – Befugnisse der Datenschutzbehörde

Die Datenschutzbehörde ist berechtigt – nach Verständigung des Inhabers – **Räume**, in welchen die Datenverarbeitung vorgenommen wird, **zu betreten**, Datenverarbeitungsanlagen in Betrieb zu setzen, die zu überprüfenden Verarbeitungen durchzuführen sowie **Kopien von Datenträgern herzustellen**.

Bei Gefahr in Verzug kann die Datenschutzbehörde die Weiterführung der Datenverarbeitung mit Bescheid unverzüglich untersagen.

§ 22 Abs 5 DSG neu regelt, dass es der Datenschutzbehörde obliegt, im Rahmen ihrer Zuständigkeit **Geldbußen gegenüber natürlichen und juristischen Personen zu verhängen**. Somit hat die Datenschutzbehörde künftig die Kompetenz, erstmalig Geldbußen in Millionenhöhe auszusprechen.

Hervorgehoben wird auch, dass **über Behörden und öffentlichen Stellen keine Geldbußen verhängt werden können**.

[6] Online unter www.dsb.gv.at/dokumente.

§ 24 DSG neu – Beschwerde an die Datenschutzbehörde

Jede betroffene Person hat das Recht auf Beschwerde bei der Datenschutzbehörde, wenn sie der Ansicht ist, dass die Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten gegen die DSGVO oder das DSG neu verstößt.

Der Anspruch auf Behandlung einer Beschwerde **erlischt**, wenn der Einschreitende sie nicht binnen eines Jahres, nachdem er Kenntnis von dem beschwerenden Ereignis erlangt, längstens aber binnen drei Jahren, nachdem das Ereignis behaupteter Maßen stattgefunden hat, einbringt.

Die **Datenschutzbehörde kann – im Gegensatz zu bisher – bei sämtlichen Verstößen** gegen die sogenannten Betroffenenrechte, also beispielsweise gegen das Recht auf Auskunft, das Recht auf Löschung oder das Recht auf Datenübertragbarkeit, mittels Beschwerde **angerufen werden**. Für derartige Eingaben bei der Datenschutzbehörde werden **keine Verwaltungsabgaben** anfallen. Die Beschwerde muss bestimmten inhaltlichen Erfordernissen genügen.

Der Beschwerdeführer soll künftig innerhalb **von drei Monaten** ab Einbringung der Beschwerde über den Stand und das **Ergebnis der Ermittlungen unterrichtet werden**.

§ 28 DSG neu – Vertretung von betroffenen Personen

§ 28 DSG neu normiert, dass die betroffene Person das Recht hat, eine Einrichtung, Organisation oder Vereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht, die ordnungsgemäß gegründet ist und deren satzungsmäßige Ziele im öffentlichem Interesse liegen, zu beauftragen, in ihrem Namen eine Beschwerde bei der Datenschutzbehörde einzureichen und das Recht auf Schadenersatz in Anspruch zu nehmen.

Praktisch relevant wird somit sein, dass betroffene Personen durch das DSG neu die Möglichkeit bekommen sollen, **spezialisierte Organisationen** („**Datenschutz-NGOs**") damit zu beauftragen, in ihrem Namen Beschwerde bei der Datenschutzbehörde zu erheben und sogar **Schadenersatzansprüche** bei Gericht einzuklagen. Von der durch Art 80 Abs 2 DSGVO eröffneten Option, dass diese Organisationen auch ohne konkrete Beauftragung der betroffenen Person einschreiten dürfen, macht

der nationale Gesetzgeber keinen Gebrauch. Unabhängig davon könnte theoretisch § 28a Abs 1 KSchG ein Einschreiten der Datenschutz-NGOs ohne konkrete Beauftragung rechtfertigen.

§ 29 DSG neu – Haftung und Recht auf Schadenersatz

§ 29 DSG neu regelt, dass jede Person, der wegen eines Verstoßes gegen die DSGVO oder gegen das DSG neu ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist, **Schadenersatz gegen den Verantwortlichen oder gegen den Auftragsverarbeiter geltend machen kann**. Für Klagen auf Schadenersatz sind in erster Instanz die mit der Ausübung der Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen betrauten **Landesgerichte** zuständig[7].

Klargestellt wird somit, dass – wie bisher – bei Klagen auf Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen die **Landesgerichte für Zivilrechtssachen** zuständig sein werden. Dabei hat der Kläger die Möglichkeit, die **Klage dort anhänglich zu machen, wo dieser seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz hat**.

§ 30 DSG neu – Verhängung von Geldbußen

Nunmehr wird klargestellt, dass die **Datenschutzbehörde** jene Instanz sein **wird**, welche die **Geldbußen** von bis zu EUR 20 Mio oder 4% des weltweiten Konzernumsatzes **verhängen** wird.

Die Zielrichtung der Geldbußen ist im DSG neu dreigeteilt:

1. **Geldbuße gegen das Unternehmen wegen Verstoß durch Führungskraft**: Die **juristische Person selbst kann bestraft werden**, wenn der Verstoß gegen das Datenschutzrecht **durch eine Person** begangen wurde, die entweder allein oder als Teil eines Organs der juristischen Person gehandelt hat und eine **Führungsposition** innerhalb der juristischen Person hat auf-

[7] Siehe dazu auch *Weiss*, Datenschutzrechtliche Verfahrensbeschleunigung, ade! Dako 2017/51 sowie *Tretzmüller*, Schadenersatz bei Datenschutzverletzung nach der DSGVO (Teil 2), Dako 2017/53.

grund (i) der Befugnis zur Vertretung der juristischen Person; (ii) der Befugnis, Entscheidungen im Namen der juristischen Person zu treffen, oder (iii) die eine Kontrollbefugnis innerhalb der juristischen Person innehat. Diese Geldbuße wird also dadurch ausgelöst, dass die Führungs- oder Kontrollebene im Unternehmen selbst falsch handelt.

2. **Geldbußen gegen das Unternehmen wegen Überwachungs- und Kontrollversagen:** Juristische Personen können wegen Verstößen gegen Bestimmungen der DSGVO laut DSG neu weiters verantwortlich gemacht werden, wenn die oben genannten Führungskräfte ihren Aufsichtspflichten nicht nachgekommen sind und dadurch die Begehung eines Verstoßes durch eine für das Unternehmen tätige Person ermöglicht wurde. Dies bedeutet, dass wenn aufgrund eines **fehlenden Datenschutz-Managementsystems** und einer fehlenden Implementierung eines **datenschutzrechtlichen Kontrollsystems** die DSGVO durch einen Mitarbeiter verletzt wird, **das Unternehmen selbst bestraft werden kann**.

3. **Geldbuße gegen Verantwortliche**: Weiters kann ein nach § 9 VStG bestellter Verantwortlicher (Entweder ein nach außen vertretungsbefugter Vorstand oder Geschäftsführer nach § 9 Abs 1 VStG oder ein verantwortlicher Beauftragter (zB eine für den Bereich Datenschutz verantwortlich gemachte Person nach § 9 Abs 2 VStG)) **persönlich bestraft werden**. § 9 VStG entspricht nicht der Zielrichtung der DSGVO, die nur das Unternehmen bestrafen will. Um diesen Konflikt abzuschwächen, kann die Datenschutzbehörde laut DSG neu **von einer Bestrafung** der natürlichen Person **absehen**, wenn gegen die juristische Person bereits eine Strafe verhängt wird und keine besonderen Umstände vorliegen, die einem Absehen von der Bestrafung entgegenstehen. Die Behörde kann somit von der Bestrafung insbesondere dann absehen, wenn dem Verantwortlichen kein persönlicher Vorwurf zu machen ist. Es ist aber zu erwarten, dass der Erste dennoch bestrafte Verantwortliche den Instanzenzug beschreiten wird, um die DSGVO-Konformität dieser Regelung prüfen zu lassen.

Keine Strafen gegen Datenschutzbeauftragten: Der verantwortliche Beauftragte ist nicht zu verwechseln mit dem Datenschutzbeauftragten nach DSGVO. Die Datenschutzbehörde hat in ihrem Leitfaden[8] zur DSGVO klargestellt, dass der Datenschutzbeauftragte nach ihrer Ansicht beratende Funktion hat, während verbindliche Anordnungen von der Managementebene zu treffen sind. Deshalb ist die Datenschutzbehörde der Ansicht, dass ein **Datenschutzbeauftragter nicht als verantwortlicher Beauftragter bestellt werden kann**. Auch die Guidelines der Art. 29-Gruppe zum Datenschutzbeauftragten[9] haben klargestellt, dass dieser **nicht Ziel der Geldbußen der DSGVO ist**, wenn das Unternehmen einen DSGVO-Verstoß setzt. Auch das DSG neu spricht dem entsprechend keine Geldbußen des Datenschutzbeauftragten an.

Das DSG neu stellt auch klar, dass **gegen Behörden und öffentliche Stellen keine Geldbußen verhängt** werden.

§§ 36 bis 61 DSG neu – Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der Sicherheitspolizei, des polizeilichen Staatschutzes, des militärischen Eigenschutzes, der Aufklärung und Verfolgung von Straftaten, der Strafvollstreckung und des Maßnahmenvollzuges

Die Bestimmung §§ 36 bis 61 DSG neu sind die nationalen Umsetzungsbestimmungen zur Richtlinie (EU) 2016/680 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates, ABl. Nr. L 119 vom 4.05.2016. Im Rahmen der Umsetzung wurde – soweit möglich – auf die zum Teil wortgleichen Regelungen in der DSGVO verwiesen.

[8] Online unter www.dsg.gv.at/dokumente.

[9] Online unter www.dsg.gv.at/dokumente.

§ 62 DSG neu – Verwaltungsstrafbestimmung

§ 62 DSG neu normiert für durch die DSGVO nicht abgedeckte Tatbestände, etwa der Verweigerung der Einschau durch die Datenschutzbehörde, dem vorsätzlichen widerrechtlichen Zugang zu einer Datenverarbeitung, vorsätzlichen Bruch des Datengeheimnisses oder der gesetzwidrigen Bildverarbeitung eine Geldstrafe von bis zu EUR 50.000,00. Diese Strafen sind subsidiär zur DSGVO und anderen Verwaltungsstrafbestimmungen.

§ 63 DSG neu – Datenverarbeitung in Gewinn- oder Schädigungsabsicht

Wie auch bisher wird es künftig bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe bei vorsätzlicher Datenverwendung in Gewinn- und Schädigungsabsicht geben, oder (neu) Geldstrafen bis zu 720 Tagessätzen (die sich nach dem Einkommen berechnen).

§§ 64 ff DSG neu – DSG Übergangs- und Schlussbestimmungen

Datenverarbeitungsregister wird abgeschafft

Da die behördliche Meldepflicht mit der DSGVO durch die Pflicht zur Führung eines internen Verzeichnisses der Verarbeitungstätigkeiten („Verfahrensverzeichnis") ersetzt wird, wird das von der Datenschutzbehörde geführte **Datenverarbeitungsregister abgeschafft**. Anhängige Registrierungsverfahren im DVR gelten mit 25.5.2018 als **eingestellt**. Das DVR ist von der Datenschutzbehörde allerdings laut DSG neu **bis zum 31.12.2019 zu Archivzwecken** fortzuführen, dh es kann dann zwar nicht mehr befüllt werden, bleibt bis dahin aber öffentlich abrufbar.

Bitte beachten Sie, dass die Datenschutzbehörde in ihrem Leitfaden zur DSGVO festhält, dass für bereits existierende Verarbeitungsvorgänge (Datenanwendungen) grundsätzlich keine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen ist, wenn diese Verarbeitungsvorgänge durch die Datenschutzbehörde bereits zu einem früheren Zeitpunkt im Zuge einer DVR-Registrierung im Rahmen eines Vorabkontrollverfahrens gemäß § 18 Datenschutzgesetz 2000 (DSG 2000) genehmigt wurden. Dies bedeutet, dass es vor allem sinnvoll sein kann, rasch noch solche bestehenden oder künftigen Datenanwendungen beim DVR zu melden, die vorabkontrollpflichtig sind,

damit bei diesen dann künftig – im Fall der Registrierung - eine Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 DSGVO nicht erforderlich sein könnte. Dies könnte beispielsweise die umfangreiche **Verarbeitung sensibler Daten wie etwa Gesundheitsdaten** oder die systematische Überwachung öffentliche zugänglicher Bereiche durch eine **Videoüberwachung** betreffen**.** Da die Bearbeitungsdauer der Behörde für solche vorabkontrollpflichtigen Meldungen laut AVG bis zu 6 Monaten betragen kann, ist eine rasche Einbringung zu empfehlen, **im Idealfall vor dem 24. November 2017,** weil dann sind es noch 6 Monate bis zur Anwendbarkeit der DSGVO und des neuen DSG. Werden vorabkontrollpflichtige Daten **geändert**, ist dann aber laut Datenschutzbehörde sehr wohl eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen, wenn die Voraussetzungen des Art. 35 Abs. 1 DSGVO zutreffen. Generell empfiehlt die Datenschutzbehörde in ihrem Leitfaden, dass **bereits existierende Datenverarbeitungsvorgänge** einer regelmäßigen Evaluierung unterzogen werden sollten und zu dokumentieren, aus welchen Gründen keine Datenschutz-Folgenabschätzung durchgeführt wurde.[10]

Bitte beachten Sie aber, dass eine **Evaluierung der technisch-organisatorischen Datensicherheitsmaßnahmen nach Art. 32 DSGVO** (von Unternehmensberatern öfters Privacy Impact Assessment (kurz „**PIA**" genannt)) und diesbezügliche Risikoabschätzung **etwas anderes ist, als eine Datenschutz-Folgenabschätzung** (Data Protection Impact Assessment oder „**DPIA**") nach Art. 35 DSGVO. Dies wird **in der Praxis sehr häufig verwechselt**. Die **sehr umfangreichen Anforderungen** an eine Datenschutz-Folgenabschätzung ergeben sich aus den diesbezüglichen Guidelines der Art. 29-Gruppe zur Datenschutz-Folgenabschätzung.[11] Die Datenschutzbehörde verweist in ihrem Leitfaden zur DSGVO auf die in diesen Guidelines genannten etablierten Verfahren zur Datenschutz-Folgenabschätzung. Wir haben eines dieser etablierten Verfahren zur Datenschutz-Folgenabschätzung im Energiebereich für Smart Metering in der dafür zuständigen Task Force der Europäischen Kommission jahrelang mitentwickeln dürfen. Wir halten es aufgrund dessen Aufwand und Umfang kaum machbar, eine echte Datenschutz-Folgenabschätzung iSd Art. 35 DSGVO im Rahmen eines typischen Verfahrensverzeichnisses mitabzuwickeln, auch

[10] Der Leitfaden ist unter www.dsg.gv.at/dokumente abrufbar.

[11] Diese sind unter www.dsg.gv.at/dokumente verlinkt.

wenn dies anscheinend derzeit am Markt insbesondere von nichtjuristischen Beratern propagiert wird.

Die oben genannte **Erleichterung gilt nicht für Meldungen, die in DVR-Online automatisch registriert oder vor dessen Einführung nicht vorabkontrollpflichtig waren.**[12]

Seit August 2017 gibt es eine **elektronische Exportfunktion** der Meldungen aus dem DVR, sodass dort eingemeldete Datenanwendungen auf Knopfdruck auch wieder als pdf oder xml-Datei exportiert werden können.

Diese Exportfunktion, wie auch die Tatsache, dass die Informationen, die für das Verfahrensverzeichnis gesammelt werden müssen, weitgehend ident mit jenen für die DVR-Meldungen sind, **machen auch „einfache" Meldungen in das Datenverarbeitungsregister weiterhin Sinn** (abgesehen davon, dass die Meldeverpflichtung bis 24.5.2018 fortbesteht und jede Nichtmeldung bis zum 24.5.2017 eine Strafe bis EUR 10.000,-- auslösen kann).

Zur **Struktur des Verfahrensverzeichnisses** hält die Datenschutzbehörde in ihrem Leitfaden zur DSGVO (Stand Oktober 2017) fest, dass es möglich ist, sich bei der Erstellung der Verfahrensverzeichnisse nach DSGVO die bisherigen DVR-Meldungen als Vorlage herangezogen werden, dies aber keine Pflicht ist und dass **Datenschutzbehörde selbst kein Muster** oder Vorgaben an ein Verfahrensverzeichnis machen wird**. Unsere Kanzlei hat eine Vorlage für ein Verfahrensverzeichnis in Excel-Form mit einigen Makros programmieren lassen, das sich an der Struktur der bisherigen DVR-Meldungen orientiert. Dieses stellen wir Unternehmen auf Anfrage entgeltlich zur Verfügung stellen, ebenso andere Muster im Zusammenhang mit der DSGVO (zB Auftragsverarbeitervereinbarung, verschiedene Muster im Zusammenhang mit den Informations-, Auskunfts- oder Löschungspflichten).**

[12] Siehe Leitfaden der DSB.

Anhängige Verfahren

Am 25.5.2018 anhängige Verfahren betreffend der Überlassung und Übermittlung von Daten in Drittstaaten (nach § 13 DSG 2000), wissenschaftlichen Forschung und Statistik (nach § 46 DSG 2000) und Zurverfügungstellung von Adressen zur Benachrichtigung und Befragung von Betroffenen (nach § 47 DSG 2000) **werden fortgeführt**, **sofern die Genehmigung nach dem DSG neu oder der DSGVO erforderlich ist**.

Eine Genehmigung für die Übermittlung von Daten in Drittstaaten auf Basis künftiger Standarddatenschutzklauseln wird nach Art 46 DSGVO nicht mehr erforderlich sein. Art 46 Abs 5 DSGVO regelt, dass die bisher von der EU-Kommission erlassenen Standardvertragsklauseln weiter Geltung haben, solange die EU-Kommission diese nicht durch neue ersetzt. Es ist daher zu vermuten, dass, wenn man die Überlassung und Übermittlung von Daten ins Ausland auf der Grundlage der aktuellen Standardvertragsklauseln genehmigen lassen will, ein solches Genehmigungsverfahren von der Datenschutzbehörde mit 25.5.2018 eingestellt werden wird, weil es dann nicht mehr erforderlich ist. Wer Rechtssicherheit bei internationalem Datenverkehr durch behördliche Genehmigung erlangen will (einmal erteilte Genehmigungen gelten auch unter der DSGVO weiter, solange sie nicht explizit wieder aufgehoben werden), **sollte daher zur Sicherheit rechtzeitig (spätestens bis 24.11.2017) seinen Antrag einbringen,** weil die Datenschutzbehörde grundsätzlich verpflichtet ist, binnen sechs Monaten zu entscheiden und damit die Entscheidung noch rechtzeitig vor dem 25.5.2018 ergehen könnte.

Es wird nach Art 46 Abs 3 DSGVO aber auch künftig möglich sein, individuelle Klauseln von der Datenschutzbehörde genehmigen zu lassen.

Das DSG neu regelt in § 69 Abs 8 weiters, dass datenschutzrechtliche Regelungen in anderen Materiegesetzen (zB Sicherheitspolizeigesetz) vom DSG neu unberührt bleiben, dh sie gelten weiter.

§ 69 Abs 9 DSG neu normiert weiters, dass vor Inkrafttreten des DSG **neu rechtskräftig erteilte Genehmigungen der Datenschutzbehörde unberührt** und **Zustimmungen aufrecht bleiben**, **wenn sie den Vorgaben der DSGVO entsprechen**. Zu beachten ist dabei, dass in der Praxis die Zustimmungserklärung schon bisher oft nicht den Vorgaben des DSG 2000 und der diesbezüglichen strengen Judikatur der Gerichte und der Datenschutzbehörde entsprachen und solche Zustimmungen dann ebenso wenig der DSGVO entsprechen. Daher ist anzuraten, die bereits eingeholten Einwilligungserklärungen auf ihre Konformität mit der DSGVO zu überprüfen und zu überlegen, in welcher Form der Altbestand an Daten insbesondere im Marketing saniert werden kann.

Sonstiges

Betreffend der Verpflichtung zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten enthält das DSG neu **keine zusätzlichen Fälle**, obwohl in Art. 37 dazu eine Öffnungsklauseln enthalten ist.

Fazit

Im Unterschied zur DSGVO ist das DSG neu klarer formuliert, wobei der praktischen Umsetzung vieler Verpflichtungen der DSGVO noch mit Spannung entgegengesehen werden muss.

Auffallend ist, dass der österreichische Gesetzgeber in der Konkretisierung einzelner Punkte der DSGVO weit weniger aktiv war als z.B. Deutschland. Die politische Vorgabe dürfte gewesen sein, nur die Minimalerfordernisse zu schaffen. Dennoch enthält das DSG neu auch einige sehr erfreuliche und sinnvolle Bestimmungen aus dem bisherigen Recht, etwa die Möglichkeit, zu löschende Daten aus Backups herauswachsen zu lassen, oder die Möglichkeit, weiter wissenschaftliche Forschung mit pseudonymisierten Daten betreiben zu können.

Eine erhebliche Unsicherheit bringt der Verweis des DSG neu auf das ArbVG als österreichische Bestimmung zum Arbeitnehmer-Datenschutzrecht mit sich, da eine Sanktionierung des ArbVG – zB bei Nichtabschluss einer Betriebsvereinbarung zur Arbeitnehmerdatenverarbeitung – mit dem DSGVO-Strafrahmen von EUR 20 Mio oder 4% vom Umsatz im Raum steht.

Gerne stehen wir Ihnen bei Fragen zum **neuen Datenschutzgesetz, zur DSGVO** sowie zu **sämtlichen Fragen in den Bereichen des Datenschutz- und IT-Rechts** zu Ihrer Verfügung.

Zu den Autoren:

Dr. Rainer Knyrim ist Rechtsanwalt und Partner der Knyrim Trieb Rechtsanwälte OG, Wien. E-Mail: ky@kt.at

Dr. Tobias Tretzmüller, B.A. ist Rechtsanwaltsanwärter der Knyrim Trieb Rechtsanwälte OG, Wien. E-Mail: tt@kt.at

Wien, im Oktober 2017