

# DATENSCHUTZ

## KONKRET

**Recht | Projekte | Lösungen**

Chefredaktion: Rainer Knyrim

### Entwurf Datenschutz-AnpassungsG

**DSG neu:  
Durchführungsgesetz zur DSGVO im Parlament!**

*Rainer Knyrim/Tobias Tretzmüller*

**Der gläserne Mitarbeiter ist schon Realität**

*Interview mit Eva Angerler, Abteilung Arbeit und Technik in der GPA-djp*

**Die Einwilligung des Arbeitnehmers**

*Wolfgang Goricnik*

**DSGVO: Rechte auf Löschung, Berichtigung,  
Einschränkung und Datenübertragbarkeit**

*Viktoria Haidinger*

**Steuerbescheid und behördliches Profiling**

*Tina Ehrke-Rabell/Elisabeth Hödl*

**Nachrichten von Non-Profit-Organisationen  
als unerwünschte Werbung?**

*Heidi Scheichenbauer*

**Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen (Teil I)**

*Tobias Tretzmüller*

Rainer Knyrim/Tobias Tretzmüller

Rechtsanwalt und Partner bei Knyrim Trieb Rechtsanwälte/ Rechtsanwaltsanwärter bei Knyrim Trieb Rechtsanwälte OG

# DSG neu – Durchführungsgesetz zur DSGVO im Entwurf veröffentlicht!

**Welche Öffnungsklausel hat Österreich genutzt und wie wurde die DSGVO konkretisiert?** Mit 25. 5. 2018 wird das Datenschutzrecht europaweit per Verordnung auf ein neues Niveau gehievt. Der teilweise konkretisierende Entwurf zum nationalen Begleitgesetz wurde am 12. 5. 2017 als **Datenschutzgesetz-Anpassungsgesetz 2018**<sup>1</sup> verlautbart, am 7. 6. 2017 im Ministerrat beschlossen und bereits – trotz bis 23. 6. 2017 laufenden Begutachtungsverfahren – im Parlament erörtert.

## Einleitung

Mit der Anwendbarkeit der unionsrechtlichen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) ab Mai 2018 wird das Datenschutzrecht endgültig in den Geschäftsführungs- und Vorstandsetagen der Unternehmen auf der Agenda stehen. Hauptgrund sind die angedrohten, drakonischen Geldbußen von bis zu 20 Mio Euro oder 4% vom Konzernumsatz im Falle eines Verstoßes. Der lang ersehnte Entwurf klärt nun ua, wer diese Strafen verhängen wird und wer diese zu bezahlen hat. Insgesamt ist der Entwurf, mit dem die DSGVO durchgeführt wird, sehr stark an der Grundverordnung orientiert und lässt zahlreiche Öffnungsklauseln der DSGVO ungenutzt.

Zu beachten ist, dass die DSGVO unmittelbar anwendbares Recht ist, der nunmehrige Entwurf ist ein Durchführungsgesetz und wird daher parallel zur DSGVO zu beachten sein.

## Praktisch relevante Konkretisierungen

Anders als das DSG 2000 werden die DSGVO und das DSG die **Daten juristischer Personen nicht (mehr) schützen**. Etwaige dadurch bestehende Rechtslücken, insb betreffend Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, sollen durch die korrespondierende Geheimnisschutz-RL (EU) 2016/943<sup>2</sup> abgedeckt werden.

Durch das DSG wird klargestellt, dass künftig auch weiterhin sowohl die DSGVO als auch das DSG den Schutz elektronisch verarbeiteter Daten sowie **auch nichtautomatisiert verarbeiteter Daten** umfassen wird. Das bedeutet, dass wie bisher auch Papierunterlagen dem Datenschutzrecht unterliegen können, sofern sie nach bestimmten Suchkriterien (in einem Dateisystem) geordnet sind.

**Öffentlich zugängliche Daten** sollen, anders als nach derzeitiger Rechtslage (wohl) grundsätzlich auch dem Datenschutz unterliegen, es sein denn, diese werden für wissenschaftliche oder statistische Untersuchungen, die keine personenbezogenen Ergebnisse zum Ziele haben, verwendet.

Generell wird betont, dass das Recht auf Datenschutz stets mit dem Recht auf **Meinungsäußerungsfreiheit** in Einklang gebracht werden muss, wobei unklar ist, was konkret damit gemeint sein soll.

## Einschränkungen bei Löschpflicht

Das Recht auf Berichtigung seiner verarbeitenden Daten (Art 16 DSGVO) bzw das **Recht auf Löschung** („Recht auf Vergessenwerden“ nach Art 17 DSGVO) werden insofern konkretisiert, als personenbezogene Daten, die nicht sofort gelöscht werden können, weil dies etwa technisch nicht unverzüglich möglich ist, gesperrt werden müssen. Diese Bestimmung rettet die schon bisher bestehende österr Bestimmung, dass zu löschende Daten aus Back-ups „herauswachsen“ dürfen.

Von einer Herabsetzung des **Kindesalters** im datenschutzrechtlichen Sinn auf unter 16 Jahre wird im Entwurf kein Gebrauch gemacht. Das bedeutet, dass die Verarbeitung von personenbezogenen Daten von Personen, die das sechzehnte Lebensjahr nicht vollendet haben, grundsätzlich nur rechtmäßig sein wird, sofern **eine gültige Einwilligung** in die Datenverarbeitung vorliegt, solange im Begutachtungsverfahren nicht eine Herabsetzung zB auf 14 Jahre gefordert und umgesetzt wird. Diese Regelung wird im Bereich der sozialen Medien relevant sein.<sup>3</sup>

Betreffend die – im Wortlaut der DSGVO unklare – Verpflichtung zum Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten (Art 30 DSGVO), die Datenschutz-Folgenabschätzung (Art 35 DSGVO) und die Kerntätigkeit iSd Art 37 Abs 1 DSGVO (der Verpflichtung zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten) sieht das DSG im Entwurf **keine Klarstellungen** vor.

## Spezielle Regelungen betreffend Datenschutzbeauftragte im öffentlichen Bereich

In Konkretisierung der Art 37 ff DSGVO regelt der Entwurf des DSG, dass **jedes Bundesministerium ein 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 aber keine Geldbußen verhängt werden – schließlich fließen die Geldbußen auch dem Bund zu –, was diese Regelung prima facie zahnlos erscheinen lässt. Schadenersatzansprüche bleiben der betroffenen Person aber auch gegen öffentliche Stellen nicht unbenommen.

## Rechtsschutz verschärft

Durch das DSG wird klargestellt, dass die **Datenschutzbehörde** jene Instanz sein wird, welche die eingangs erwähnten, drakonischen **Geldbußen verhängen** wird. Auch

<sup>1</sup> [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME\\_00322/index.shtml](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00322/index.shtml) <sup>2</sup> RL (EU) 2016/943 des EP und des Rates v 8. 6. 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung. <sup>3</sup> Siehe dazu ausführlich Knyrim/Schmidt, Sensibilisierung ist der einzig wirksame Weg, Interview mit Souhrada-Kirchmayer, Doko 2017/2 sowie Pilgermair, Datenschutz-Grundverordnung: Der neue Kinderschutz, Doko 2017/4.

die spannende Frage, wer die Strafe bezahlt, greift der Entwurf auf. Diese Geldbußen werden – entsprechend der offensichtlichen Zielrichtung der DSGVO – **neben der natürlichen Person** selbst auch über die datenverarbeitende **juristische Person** verhängt werden können, 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 innehat. Juristische Personen können wegen Verstößen gegen Bestimmungen der DSGVO laut dem Entwurf auch verantwortlich gemacht werden, wenn mangelnde Überwachung oder Kontrolle durch eine Führungsperson die Begehung dieser Verstöße durch eine für die juristische Person tätige Person ermöglicht hat. Dies bedeutet, dass, wenn aufgrund eines fehlenden Datenschutz-Managementsystems und einer fehlenden Implementierung eines Kontrollsystems die DSGVO durch einen Mitarbeiter verletzt wird, das Unternehmen selbst bestraft werden kann.

**Ein „verantwortlicher Beauftragter“ haftet nur, wenn ihm selbst ein Vorwurf zu machen ist.**

Bemerkenswert ist, dass § 11 Abs 1 erster Satz DSGVO ausdrücklich normiert, dass die Datenschutzbehörde die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen „**im Falle eines begründeten Verdachtes auf Verletzung**“ überprüfen kann. Das kann im Umkehrschluss so verstanden werden, dass die Datenschutzbehörde nicht dazu ermächtigt ist, ohne konkreten Verdachtsmoment aktiv ermittelnd tätig zu werden. Interessant ist daher, ab wann ein solcher „begründeter Verdacht“ vorliegt.

Wenn gegen die juristische Person eine Strafe verhängt wird, dann hat die Datenschutzbehörde von der Bestrafung eines Verantwortlichen gem § 9 VStG abzusehen, wenn für denselben Verstoß bereits eine Verwaltungsstrafe gegen die juristische Person verhängt wird und keine besonderen Umstände vorliegen, die einem Absehen von der Bestrafung entgegenstehen. Ein vom Management bestellter „**verantwortlicher Beauftragter**“ haftet somit nicht, wenn ihm nicht selbst ein Vorwurf zu machen ist. Dass der betriebliche Datenschutz-

beauftragte (der nicht mit dem Beauftragten nach § 9 VStG zu verwechseln ist) nicht für die Verstöße des Unternehmens haftet, hat die Art-29-Gruppe bereits in ihrem Leitfaden zum Datenschutzbeauftragten nach der DSGVO klargestellt.<sup>4</sup>

Die Datenschutzbehörde kann bei sämtlichen Verstößen gegen die sog **Betroffenenrechte**, also bspw 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.

§§ 69, 70 des Entwurfs greifen – als „Auffangtatbestände“ zusätzlich zu den extrem hohen Geldbußen des Art 83 DSGVO – die bisherigen Gefängnis- und Verwaltungsstrafen des §§ 51, 52 DSGVO 2000 in leicht abgewandelter Form auf. So wird es auch künftig bis zu ein Jahr Freiheitsstrafe bei **Datenverwendung in Gewinn- und Schädigungsabsicht** geben und Verwaltungsstrafen bis € 50.000,- für durch die DSGVO nicht abgedeckte Tatbestände (etwa der Verweigerung der Einschau durch die Datenschutzbehörde oder bei Verstößen gegen die Bestimmungen zur Bilddatenverarbeitung).

#### **Private Enforcement nimmt wichtige Rolle ein**

Klargestellt wird weiters, dass – wie auch bisher – bei Klagen auf Schadenersatz bei Datenschutzverletzungen die Landesgerichte für Zivilrechtssachen zuständig sein werden. Dabei hat der Kläger auch die Möglichkeit, die Klage dort anhängig zu machen, wo er seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz hat. Insb durch den Zusatz in § 18 Abs 1 letzter Satz des Entwurfs, wonach ein Schadenersatz im Einzelnen nach den „*allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts*“ zu richten ist, ist unklar, ob es sich um einen verschuldensabhängigen oder verschuldensunabhängigen Anspruch handelt. Bloß nach Art 82 DSGVO würde es sich um einen verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch handeln.

Praktisch relevant wird sein, dass betroffene Personen durch den Entwurf 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 – nach Stand Entwurf vom 12. 5. 2017 – keinen Gebrauch. Es bleibt abzuwarten, ob dieses Klagerecht auch endgültig in dieser Form umgesetzt wird.

**Datenschutz-NGOs können beauftragt werden, Beschwerden bei der Datenschutzbehörde zu erheben.**

#### **Klare Regeln zur Verarbeitung von Bildmaterial**

Eine praktisch wichtige Konkretisierung der DSGVO durch das DSGVO erfolgt hinsichtlich der Verarbeitung von Bildmaterial, wobei hier sowohl Fotos als auch Videos gemeint sind. Ist der Zweck der Bildverarbeitung, dass eine bestimmte Person abgelichtet werden soll, so ist in den meisten Fällen deren **Einwilligung zur Bildaufnahme einzuholen**. Dies gilt aber nicht, wenn das Foto nicht die Intention hat, eine bestimmte Person oder ein bestimmtes Objekt zu identifizieren, und es sich lediglich um ein privates Dokumentationsinteresse handelt (zB bei Urlaubsfotos). Sofern es sich nicht um private Aufnahmen handelt, bedarf es für eine Aufbewahrung für die Dauer von mehr als 72 Stunden einer Begründung. Im Falle einer Videoüberwachung kann die gefilmte Person auch vom Eigentümer oder Mieter der Liegenschaft, von dem die Überwachung ausgeht, Auskunft darüber verlangen, wer die Videoüberwachung aufgestellt hat.

#### **Datenverarbeitungsregister bleibt als historischer Datenbestand noch abrufbar**

Das von der Datenschutzbehörde geführte Datenverarbeitungsregister wird – wie bereits erwartet – in Zukunft nicht mehr existieren, da die behördliche Meldepflicht mit der DSGVO durch die Pflicht zur Führung eines internen Verzeichnisses der Verarbeitungstätigkeiten („**Verfahrensverzeichnis**“) ersetzt wird. Das DVR ist von der Datenschutzbehörde allerdings bis zum 31. 12. 2019 zu Archivzwecken fortzuführen, bleibt also als historischer Datenbestand von heute weg noch 2 1/2 Jahre abrufbar, auch wenn ab 25. 5. 2018 keine Eintragungen und

<sup>4</sup>[http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc\\_id=44100](http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=44100)



Änderungen im Datenverarbeitungsregister mehr vorgenommen werden dürfen. Diese Abrufbarkeit wie auch die Tatsache, dass die Informationen, die für das Verzeichnisseverzeichnis gesammelt werden müssen, weitgehend ident mit jenen für die DVR-Meldungen sind, machen die Meldung in das Datenverarbeitungsregister weiter sinnvoll (abgesehen davon, dass die Meldeverpflichtung bis 24. 5. 2018 fortbesteht!).

### Fazit

Insgesamt ist der Entwurf des DSG – im Unterschied zur DSGVO – klarer formuliert, wobei der praktischen Umsetzung vieler Verpflichtungen mit Spannung entgegengeblickt werden kann. Welche Adaptierungen die zu erwartenden Stellungnahmen zum Entwurf bewirken, bleibt abzuwarten, ungewöhnlicherweise sollen diese nun direkt im Parlament eingearbeitet werden, nachdem der Entwurf vom Ministerrat bereits beschlossen wurde. Insgesamt kann das politische Schicksal<sup>5</sup> und der zeitliche Werdegang des Ent-

wurfs im Moment nicht abgeschätzt werden, es könnte aber noch vor dem Sommer zu einer Verabschiedung kommen. Unabhängig vom Entwurf und dessen Zukunft gilt es aber jedenfalls, sich weiterhin mit Hochdruck auf den Stichtag 25. 5. 2018 vorzubereiten, denn die DSGVO ist direkt anwendbar und formal bereits in Kraft, nur die Anwendung ist bis

zu diesem Tag noch ausgesetzt. Der Entwurf selbst ändert an der Zielrichtung bereits laufender DSGVO-Umsetzungsprojekte nichts wesentliches.

Dako 2017/32

<sup>5</sup>Dieses ist insb aufgrund der im Entwurf enthaltenen Verfassungsbestimmungen und der zu deren Beschlussfassung notwendigen Zwei-Drittel-Mehrheit im Parlament ungewiss.

## Zum Thema

### Über die Autoren

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

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

### Hinweis

Der Entwurf setzt gleichzeitig auch die 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 v 4. 5. 2016, L 2016/119, 89, um. Dieser Teil des Entwurfs ist nicht Gegenstand dieses Beitrags.