



Stellungnahme zum Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018, Ministerialentwurf 322/ME vom 23.06.2017, Seite 1/8

Stellungnahme des Handelsverbandes (Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018)

1	Einführende Vorworte.....	2
2	Stellungnahme zum Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018.....	3
2.1	ad § 4.....	3
2.2	ad § 5.....	3
2.3	ad § 11.....	4
2.3.1	zu Abs 5 iVm Art 83 DSGVO:.....	4
2.3.2	zu Abs 6.....	4
2.4	ad § 13.....	4
2.5	ad § 14.....	5
2.6	ad § 15.....	5
2.7	ad § 19.....	5
2.8	ad § 26.....	5
2.9	ad § 42.....	5
2.10	ad § 43.....	6
2.11	ad § 45.....	6
2.12	ad § 50.....	6
2.13	ad § 53.....	7
2.14	ad § 54.....	7
2.15	ad § 69.....	7
3	Abschließende Bemerkungen	8

1 Einführende Vorworte

Der Vorstoß digitalen Seins erfordert ein noch nie dagewesenes Maß reaktionsschnellen Anpassungsbestrebens. Eine Geschwindigkeit, bei der die Allgemeinheit nicht mehr im Stande ist, mitzuhalten. Entgegen der teils dargestellten Ansicht, Anpassungsschwierigkeiten an evolutionäre Technologisierungsveränderungen seien ausschließlich auf Verbraucherebene zu finden, was diese besonders schützenswert gegenüber anderen Teilnehmern des Wirtschaftsverkehrs werden lässt, sieht der Handelsverband alle Wirtschaftsteilnehmer, insbesondere auch die von ihm vertretene Unternehmerschaft als Betroffene eines Wandels, der eine Vielzahl neuer Möglichkeiten aber auch Herausforderungen schafft, worunter auch der sichere und zuverlässige Umgang mit Daten und deren Bezug zur Identität von Personen fällt.

Der Handelsverband bekennt sich dabei proaktiv zu Werten der Transparenz und Sicherheit in der Erhebung und Verarbeitung von Daten, mahnt aber dabei an, bei Umsetzung von Maßnahmen stets Augenmaß zu behalten und die verfolgten Zwecke nie in einer Weise über die verwendeten Mittel zu stellen, dass eine unverhältnismäßige Belastung für eine der am Wirtschaftskreislauf teilnehmenden Parteien besteht, da für ihren eigenen Daseinszweck existierende Bürokratie ein Konzept ist, das mit den heutigen Anforderungen der Digitalisierung nicht mehr vereinbar ist. In diesem Sinne sollen Regulative auch im Sinne einer „Better Regulation“ ein Leitfaden sein, der die sie betreffenden Bevölkerungsschichten an die Hand nimmt, anstatt diese mit Bestrafungen in ein Korsett zu zwingen, welches wider der gesellschaftlichen Wirklichkeit agieren soll. Diesbezüglich sieht der Handelsverband gerade auch in der vorliegenden Umsetzung mit Bedenken, wenn an vielfachen Stellen sowohl exzessives „Golden Plating“ praktiziert wird, als auch die Möglichkeit zur Schaffung klarer und rechtssicherer Regelungen ungenutzt bleibt und stattdessen sich auf die unmittelbare Anwendbarkeit der DSGVO berufend diesbezügliches Potenzial weithin liegen gelassen wird.

Der Handelsverband hofft deshalb, mit den folgenden Anmerkungen und Vorschlägen seinen Beitrag dazu zu leisten, eine Verbesserung des Gesetzes insbesondere auch im Namen der Händlerschaft Österreichs als den bezeichnenden Antriebsmotor der österreichischen Wirtschaft darlegen und damit eine Verbesserung des digitalen Lebensbewusstseins herbeizuführen zu können.

2 Stellungnahme zum Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018

2.1 ad § 4

Wünschenswert wäre eine Klarstellung, ob die Verschwiegenheit der Identität auch gegenüber dem Verantwortlichen gilt. Zwar indiziert der letzte Satz der Erläuterungen zum Ministerialentwurf dies, da eine Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht nur in Relation zur Datenschutzbehörde vorgesehen ist, allerdings kann aufgrund arbeitsrechtlicher Treuepflicht bzw. sonstiger vertraglicher Leistungsverpflichtung ein Zustand der Pflicht- bzw. Interessenkollision eintreten, dessen Auflösung klar festgelegt sein sollte.

2.2 ad § 5

Es wirkt merkwürdig an, eine Weisungsfreiheit des Datenschutzbeauftragten ausschließlich für den öffentlichen Bereich vorzusehen, wenn eine solche Ausgestaltung bereits durch Art 38 Abs 3 DSGVO klar geboten erscheint.¹ Somit sollte jedenfalls der 1. Satz der Bestimmung für sämtliche Datenschutzbeauftragte, unabhängig des jeweiligen rechtlichen Bezuges, für anwendbar erklärt werden und entsprechend nach § 4 Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018 wechseln.

3

Seltsam erscheint in diesem Kontext auch der Zusammenhang zur funktionalen Bestimmung öffentlicher Verantwortlicher gem. § 15 Abs 2 Z 2 Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018, welche gemäß den Erläuterungen zu § 5 nicht den Regelungen von Datenschutzbeauftragten im öffentlichen Bereich unterworfen werden sollen. Dabei wird unseres Erachtens ungenügend berücksichtigt, dass ein Datenschutzbeauftragter üblicherweise kein Verantwortlicher im Sinne der DSGVO sein wird und zudem, dass es auch Datenschutzbeauftragte des privaten Bereiches gibt, die dann in einem öffentlich-ähnlichen Kontext erscheinen, wenn ihre Unternehmung beliehen ist. Dies wäre beispielsweise bei der Tätigkeit durch von der Datenschutzbehörde akkreditierte Zertifizierungsstellen gemäß Art 43 DSGVO im Rahmen von Zertifizierungen vorstellbar, da auch wenn diese organisatorisch in keiner Weise der öffentlichen Hand zurechenbar sind, funktional eine solche Zurechnung kaum zu verneinen sein wird. Eine sachliche Differenzierung der unterschiedlichen Datenschutzbeauftragten, sollte daher auch diesen Umstand einfließen lassen.

¹ vgl. § 38 Abs 3 S 1 DSGVO: „Der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter stellen sicher, dass der Datenschutzbeauftragte bei der Erfüllung seiner Aufgaben keine Anweisungen bezüglich der Ausübung dieser Aufgaben erhält.[...]“

2.3 ad § 11

2.3.1 zu Abs 5 iVm Art 83 DSGVO

Artikel 83 DSGVO erlaubt zwar rein rechtstechnisch eine unmittelbare Anwendung der diesbezüglichen Bestimmungen, erscheint aber im Lichte der außerordentlich hohen Strafhöhe von € 10 (20) Millionen bei natürlichen Personen bzw. 2% (4%) des Vorjahresumsatzes bei Unternehmungen einer genaueren Konkretisierung und Einteilung im Lichte der strafrechtlichen Bestimmtheits- und Gesetzmäßigkeitsgebote durchaus zugänglich, insbesondere auch hinsichtlich des Umstandes der Verankerung der betreffenden Grundsätze in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Art 49 Abs 1 und 3 der Charta).

Demgemäß sieht es der Handelsverband als äußerst bedenklich an, wenn generell die Gesamtstrafhöhe der Verordnung von 2% (4%) für Unternehmen bzw. 10 (20) Millionen Euro für natürliche Personen aufgrund fehlender tatbestandlicher Abtrennung ausschließlich im Rahmen der Strafzumessung der Datenschutzbehörde und der nachfolgenden verwaltungsstrafergerichtlichen Befassung überlassen wird; wobei der Handelsverband den betreffenden Stellen nicht die Kompetenz und Fähigkeit zur diesbezüglich korrekten Einschätzung absprechen möchte, aber die Zuständigkeit zu einer tatbestandsgerechten Einteilung der einzelnen Straftatbestände im rechtstaatlichen Sinne eben einem Gesetzgeber obliegt, der sich dieser konkretisierenden Verpflichtung nicht durch das bloße Hinzufügen zusätzlicher Straftatbestände (§ 69 Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018) zu entziehen vermag.

4

2.3.2 zu Abs 6

Der Handelsverband gibt zu bedenken, dass eine diesbezügliche Konstruktion, wenn nicht schon bereits im Lichte des Art 94 Abs 1 B-VG bedenklich erscheinend, jedenfalls äußerst mühevoll anmutet, da ständig (sowohl im erstinstanzlich gerichtlichen Verfahren als wohl auch bei Berufung gegen selbiges) zwei gänzlich unterschiedliche Instanzenzüge (zivilgerichtliche Weg für den Schaden – verwaltungsrechtliche für Feststellungen) berücksichtigt und verfolgt werden müssen.

2.4 ad § 13

Der Handelsverband möchte hinsichtlich Abs 5 darauf hinweisen, dass das in Art 20 DSGVO festgelegte Recht auf Datenübertragbarkeit aus unserer Sicht in der Praxis aufgrund der Uneinheitlichkeit der verschiedenen Datenanwendungen eher schwierig umsetzbar und in der Praxis wohl gerade bei kleineren Unternehmen an faktischer Undurchführbarkeit scheitern wird. Das entsprechende Verfahren selbst bei entsprechender gerichtlicher Aburteilung häufig ins Leere laufen werden, ist bereits jetzt durchaus vorstellbar.

2.5 ad § 14

Offen bleibt, wie der entsprechende Bestreitungsvermerk gemäß Abs 2 auszusehen bzw. welche Voraussetzungen und Merkmale dieser vor-/aufzuweisen hat. Unklar ist auch, ab wann die Anordnung eines solchen als erforderlich im Sinne des 2. Satzes der Bestimmung ist.

2.6 ad § 15

Es erscheint schwer nachvollziehbar, Gründe für eine sachliche Differenzierung der Parteistellung eines öffentlichen Verantwortlichen einerseits und deren Vorenthaltung einer solchen bei einem privaten Verantwortlichen andererseits existieren. Sofern der gemäß § 13 Abs 2 Z 2 bezeichnete Beschwerdegegner nämlich ohnehin nicht der Verantwortliche bzgl. der betreffenden Datenverarbeitung ist, wird dieser ohnehin im weiteren Verfahrenslauf zu ermitteln und diesem folgend Parteistellung zu gewähren sein.

2.7 ad § 19

Auch wenn es der DSGVO nach den Mitgliedstaaten freibleibt, die Verhängung von Geldbußen gegenüber Behörden und öffentliche Stellen vorzusehen, ist es nicht gerade beispielgebend, wenn von diesem Recht im größtmöglich vorstellbaren Ausmaß Gebrauch gemacht wird. Damit wird unserer Ansicht eine vertrauensbildende Möglichkeit außer Acht gelassen und überdies eine, in Zeiten der Bürgernähe unverständliche, Differenzierung eigener Natur getroffen.

5

2.8 ad § 26

Wir halten es aus Verständnis- und Klarheitserwägungen für wünschenswert, die in Abs 2 sehr unbestimmten Kriterien zu reduzieren und für die in Abs 2 Z 2 lit b angegebene Widerspruchsfrist Betroffener eine präzise Klarstellung vorzusehen (jedenfalls in den Erläuterungen). Da in der Praxis in solchen Fällen überdies eine schnelle Reaktion erforderlich ist, sehen wir des Weiteren die Notwendigkeit der Anordnung einer gesetzlichen Höchstfrist für die Datenschutzbehörde zur Erteilung der in Abs 3 statuierten Genehmigung, widrigenfalls zu befürchten ist, dass derartige Anfragen in die Länge gezogen werden, insbesondere da hierfür auch keine spezielle Devolutionsregelung (ganz im Gegensatz zur Bestimmung des § 16 Abs 1 iVm § 13 Abs 7 für den Fall von Beschwerden Betroffener) verzeichnet wurde.

2.9 ad § 42

Es sollte bei der Erteilung der Auskunft nicht auf dieselbe Form wie im Antrag verwiesen werden, sondern auf die wirtschaftlich günstige Form für beide Parteien. Ansonsten könnte denkmöglich missverstanden werden, dass bei (hand)schriftlichen Eingaben nur bloß (hand)schriftliche Auskünfte zulässig sind. Sofern aber ohnehin bereits portable Datenformate implementiert wurden, sollte es

überdies auch zulässig sein, die Auskunft zugleich als portable Informationsdatei zu geben, sodass im besten Falle für das Recht auf Auskunft und das Recht auf Datenübertragbarkeit ein einheitlicher Prozess verwendet werden kann.

Speziell für diesen Umstand ist aber anzumerken, dass bei der Verwendung von Standardlösungen ein entsprechender Datenauszug (Datenexport) eine vom Händler nicht bereitstellbare Grundfunktionalität der Software sein muss, die entsprechend einer „Single-Click-Solution“ ausgestaltet sein müsste, um individuelle und kostenintensive Eigenlösungen minimal zu halten.

In Abs 3 empfehlen wir überdies vor dem Wort „unverzüglich“ das Wort „tunlichst“ einzufügen, um klarzustellen, dass die bereits bisher geführte, umstandsbezogene Sicht auf diesen Zeitraum fortgeführt und eben auch einzelfallbezogene Engpässe, auch wirtschaftlicher Natur, verhältnismäßige Berücksichtigung in der Bearbeitungszeit von Anfragen finden können und dürfen.

2.10 ad § 43

Es wäre noch klarzustellen, welche die gemäß Abs 2 Z 4 zu gebenden weiteren Informationen sein sollen, da ansonsten Gefahr droht, über diesen Ausweichtatbestand die unternehmerische Freiheit der Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen über die absolut nötigen Ausmaße hinaus einschränken zu müssen.

2.11 ad § 45

Der Handelsverband spricht sich gegen eine in Abs 1 verankerte über die üblichen Beweislastregeln hinaus gehende Beweislastumkehr zu Lasten der Unternehmer aus, widrigenfalls jedenfalls die gutgläubige Annahme der Richtigkeit der erhaltenen und innehabenden Daten genügen muss.

Des Weiteren fehlt in Abs 3 der Bestimmung eine Angabe, unter welcher Voraussetzung die im letzten Satz des Absatzes angesprochene Aufhebung zulässig ist und ist in Abs 4 ein Bezug zu den Tunlichkeitserwägungen des Art 19 (verhältnisspezifische Ausnahme von den Mitteilungspflichten) und den Ausnahmebestimmungen in Art 17 Abs 3 (zum Recht auf Löschung) aufzunehmen, damit für Händler beispielsweise klargestellt ist, dass auch weiterhin in begründeten Fällen Daten für aufbewahrt bleiben dürfen.

2.12 ad § 50

Hier ist zu erwähnen, dass die §§ 49-50 eine dem Art 30 DSGVO nicht bekannte Spaltung der Inhalte konstruieren, durch welche eine strengere Behandlung als nötig zu befürchten ist, da insbesondere in § 50 nicht auf die für das Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten gemäß Art 30 geschaffenen Ausnahmen für Kleinst- sowie kleinere und mittlere Unternehmen bis 250 Mitarbeiter referenziert wird und der Wortlaut der Bestimmung im Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018 („Protokollierung“) keinen unmittelbaren Rückschluss auf den Art 30 DSGVO zulässt. Weitaus wünschenswerter wäre hier, wenn das Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018 eine klare Abgrenzung für die Anwendbarkeit der

Ausnahmeregelung nach Art 30 Abs 5 gebe, insbesondere Klarstellungen für die dargelegten Fälle der erneuten Gegen Ausnahme der Ausnahmeregelung (1. Fall Risiko für Rechte des Betroffenen, 2. Fall: nicht nur gelegentlich erfolgende Verarbeitung, 3. Fall: Verarbeitung besonderer bzw. strafrechtlich relevanter Daten).²

2.13 ad § 53

Auch hier sollte die maximal durch die Verordnung zur Verfügung stehende Frist für Unternehmen nutzbar sein, weswegen nicht wie im Entwurf sechs mit einer Verlängerungsmöglichkeit von einem Monat gegeben, sondern die vollen acht Wochen mit einer Verlängerungsmöglichkeit von sechs Wochen zur Verfügung gestellt werden sollten.

2.14 ad § 54

Bereits die Erläuterungen zeigen hier ausdrücklich ein „Golden Plating“ auf, wonach die geschaffene Bestimmung sich auf den gegenüber Art 32 der DSGVO strengeren Art 29 der Richtlinie (EU) 2016/680 stützt. Diese wiederum ist aber nur für den öffentlichen Bereich maßgeblich, sodass mit dieser Bestimmung klar Barrieren für den Handel gesetzt werden, für die keine Notwendigkeit besteht. Die entsprechende Bestimmung ist bewusst in einer Richtlinie die nur die öffentliche Hand zu binden gedacht ist, da gerade kleine und mittlere Betriebe nicht die nötigen finanziellen Mittel zur Abfassung derart detaillierter Prozesse für Zugangs-, Datenträger-, Speicher-, Benutzer-, Zugriffs-, Eingabe-, Übertragungs- und Transportkontrolle aufbringen kann, wie es für eine staatliche Unternehmung eben möglich ist.

7

2.15 ad § 69

Der Handelsverband sieht bereits mit den in der DSGVO dargelegten Tatbeständen genügend Möglichkeiten strafrechtlicher Handhabe und weist nochmal daraufhin, anstatt bloß auf Art 83 verweisend die Gelegenheit zu nutzen, eine konkretisierende Einteilung der Tatbestände mit einer zugehörigen Festlegung eines angepassten Strafrahmens zu kombinieren und bereit zu stellen.

² Insbesondere der 2. Fall gibt Grund zu Bedenken, da beispielsweise Speicherung im kaufmännischen Bestellprozess zum Zweck der späteren Information zu gleichartigen Produkten gängige Praxis war und es noch gänzlich ungeklärt ist, ob eine diesbezüglich unregelmäßige Zusendung im Direktwerbungsweg bereits eine die Gegen Ausnahme des 2. Falles auslösende Verarbeitungshäufigkeit darstellt, die zur Führung eines Verzeichnisses für diese Verarbeitungshandlungen nötig.

3 Abschließende Bemerkungen

Der Handelsverband dankt für die Möglichkeit, zu dieser für den österreichischen Handel und generell dem Wirtschaftsstandort Österreich immens wichtigen Thematik eine Stellungnahme einbringen zu können, aus welcher seines Erachtens klar ersichtlich gemacht wird, dass der vorliegende Gesetzesentwurf noch Abänderungen sowohl hinsichtlich des deutlich wahrnehmbaren „Golden Plating“ (vgl. nur beispielsweise die Punkte 2.3, 2.12 und 2.14), als auch die zuverlässige Bereitstellung beratender Services, und insbesondere die Ausarbeitung von Mustervorlagen und rechtssicheren Auslegungshilfen durch fachkundige Stellen benötigt. Diesbezüglich ist auch mit Bedauern anzumerken, dass im Anpassungsgesetz die noch in der Datenschutzgrundverordnung an zahlreichen Stellen dargelegte herausragende Stellung von Prüfsiegeln und Zertifikaten durch insbesondere staatlich akkreditierte (durchaus auch private) Zertifizierungsstellen und ihr immenser Beitrag für die Bereitstellung rechtssicherer Verhaltensregeln,³ kaum mehr Erwähnung findet, insbesondere die in den jeweiligen Verpflichtungen der Datenschutzgrundverordnung diesbezüglich beigefügten Verweise schmerzlich missend sind.

Mit besten Grüßen

HANDELSVERBAND

Verband österreichischer Handelsunternehmen

8

Ergeht an:

Bundekanzleramt-Verfassungsdienst (v@bka.gv.at)

Präsidium des Nationalrates (begutachtungsverfahren@parlament.gv.at)

³ vgl. nur Art 32 Abs 3 sowie Art 35 Abs 8 der DSGVO, welche für korrekte Erfüllung von Informationsverpflichtungen und Datenschutz-Folgeabschätzungen Bezug auf genehmigte Verhaltensweisen (bspw. gemäß Art 40 DSGVO ff) nehmen.