



Bundesministerium für
Digitalisierung und Wirtschaftsstandort
Stubenring 1
1011 Wien

BUNDESARBEITSKAMMER
PRINZ EUGEN STRASSE 20-22
1040 WIEN
wien.arbeiterkammer.at
DVR 0063673
ERREICHBAR MIT DER LINIE D

Ihr Zeichen Unser Zeichen Bearbeiter/in Tel **501 65** Fax **501 651** Datum
BMDW- BAK/KS- Mag Daniela Zimmer DW 12722 DW 2693 02.03.2018
15.875/0027-GSt/DZ/MS
Pers/6/2018

Datenschutz-Anpassungsgesetz – Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort (BMDW)

Die Bundesarbeitskammer (BAK) bedankt sich für die Übermittlung des im Betreff genannten Entwurfs und nimmt dazu wie folgt Stellung:

Zweck der Änderungen

Mit dem vorliegenden Entwurf erfolgen in einigen Materiengesetzen im Zuständigkeitsbereich des Bundesministeriums für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort (BMDW) Anpassungen an die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO).

Zusammenfassende Bewertung

§ 151 der Gewerbeordnung enthält wie auch bisher unverändert datenschutzrechtliche Erleichterungen für Adresshändler und Direktwerbeunternehmen etwa in Form eines bloßen Opt-Out-Rechts der Betroffenen statt einem strengerem Opt-In. Wesentliche Datenverarbeitungen für Marketingzwecke bedürfen demnach nicht der Zustimmung der Betroffenen (ihnen kommt nur ein Widerspruchsrecht zu). Die Bestimmung steht aus BAK-Sicht nicht im Einklang mit der DSGVO:

- Im Entwurf wird nicht begründet, weshalb diese von der DSGVO abweichende Sonderbestimmung erfolgreich auf eine Öffnungsklausel in der DSGVO gestützt werden kann, die sich ausschließlich auf Verarbeitungen „in Erfüllung einer rechtlichen Pflicht, im öffentlichen Interesse oder bei der Ausübung öffentlicher Gewalt“ bezieht.

- Sollten Gewerbetreibende nach § 151 auch künftig keine Zustimmung der Betroffenen vor der Weitergabe von Kundendaten einholen, müssten sie den Betroffenen bzw der Datenschutzbehörde gegenüber nachweisen, dass ein Verhältnismäßigkeitstest durchgeführt wurde, der zum Ergebnis kam, dass keine überwiegenden berechtigten Interessen der Betroffenen diesen Verarbeitungen entgegenstehen.
- Eine abschließende Interessensabwägung bleibt den Datenschutzbehörden bzw Gerichten vorbehalten. Die BAK geht allerdings davon aus, dass mit dem bisherigen Angebot an ausgleichenden Schutzmaßnahmen nicht das Auslangen gefunden werden kann, um den „Verhältnismäßigkeitstest“ entsprechend den Empfehlungen der Artikel 29-Gruppe erfolgreich zu bestehen.
- Einige Beispiele: die Betroffenen erhalten nicht alle relevanten Informationen nach 13 und 14 der DSGVO (genaue Datenempfänger, Kreis der Werbeberechtigten usw). Artikel 17 DSGVO ordnet ausnahmslos eine „unverzügliche“ Löschung an. Dreimonatige Löschroutinen „in komplexen Fällen“ dürften somit nicht DSGVO-konform sein. Betroffene sollten über ihre Opt-Out-Rechte besser Bescheid wissen: In jeder Werbezusendung könnte auf das Bestehen des Widerspruchsrechts und der Möglichkeit, sich in die „Robinsonliste“ einzutragen (die adressierte Werbung generell unterbindet), hingewiesen werden.

Das **Wettbewerbsgesetz** enthält eine Fülle an datenschutzrelevanten, behördlichen Ermächtigungen, die sehr unbestimmt formuliert sind und präzisiert werden sollten.

Zu den Änderungen des Wettbewerbsgesetzes

Die vorgeschlagenen Änderungen in §§ 10 Abs 1 und 1a sowie 11 Abs 3 bis 6 betreffen die Verarbeitungsmöglichkeit personenbezogener Daten durch die Bundeswettbewerbsbehörde. Die der Behörde eingeräumten Ermächtigungen zur Verarbeitung personenbezogener Daten sind überaus allgemein formuliert. Formulierungen wie „...zur Erreichung ihrer Ziele...“ oder „soweit dies...zum mit ihrer Erhebung verfolgten Zweck... erforderlich ist“ eröffnen einen weiten Auslegungsspielraum und sollten konkretisiert werden, um zu extensive Verarbeitungen und Aufbewahrungszeiträume von schutzwürdigen personenbezogenen Daten hintanzuhalten.

Zu den Änderungen in der Gewerbeordnung (GewO)

§ 151 enthält datenschutzbezogene Ausübungsvorschriften für Adressverlage und Direktmarketingunternehmen. Diese werden – von terminologische Änderungen und Verweisen auf die DSGVO abgesehen – im Wesentlichen unverändert beibehalten.

Begründet wird diese Vorgangsweise damit, dass die „DSGVO Regelungsspielräume“ enthalte, „die im Rahmen der Vorgaben des Artikel 6 Abs 2 und 3 in Verbindung mit Artikel 6 Abs 1 lit c und e DSGVO fakultativ von den Mitgliedstaaten genutzt werden können. Spezifische datenschutzrechtliche Regelungen können im Rahmen der Vorgaben der DSGVO auch weiterhin auf die Kompetenztatbestände der jeweiligen Materie gestützt werden“.

Dieser Rechtsmeinung kann sich die BAK nicht ohne Weiteres anschließen. Zumindest hält sie eine vertiefte Prüfung und ausführliche Begründung in den Erläuterungen bezüglich der Übereinstimmung mit der DSGVO für unbedingt erforderlich. Die Erwägungsgründe 45 und 47 lassen wenig Zweifel daran, dass der Anwendungsbereich des Artikel 6 Abs 2 und 3 ziemlich eng abgesteckt ist. Allenfalls käme noch Artikel 6 Abs 1 Z f DSGVO in Betracht, bei dessen Anwendung die Tätigkeiten der Branche allerdings eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchlaufen müsste, der die derzeitigen Regeln des § 151 aus BAK-Sicht nicht Stand halten würden.

Vorauszuschicken ist, dass § 151 Wirtschaftstreibende allgemein und Adresshändler- bzw Direktwerbeunternehmen im Besonderen datenschutzrechtlich besonders privilegiert. Wirtschaftstreibende dürfen aus ihren Kunden- und Interessentendateien ein bestimmtes Set an Kundendaten (ua Name, Geschlecht, Anschrift, Geburtsdatum, Berufsbezeichnung, Zugehörigkeit der betroffenen Person zu diesem Kunden- und Interessentendateiensystem) ohne Vorliegen einer Zustimmung des Betroffenen an Adresshändler und Direktwerber für Werbezwecke Dritter weitergeben. Über die näheren Umstände der Datenverwendung werden die Betroffenen in der Regel nicht informiert (an wen genau werden die Daten bspw weitergereicht und von welchen dritten Unternehmen dürfen Konsumenten künftig Werbung erwarten). Die KonsumentInnen sind vom Inhaber der Kundendatei lediglich auf ihr Widerrufsrecht (Opt-Out) hinzuweisen und haben die Möglichkeit, sich in die vom Fachverband Werbung der WKÖ geführte „Robinsonliste“ einzutragen. Mit einem solchen Eintrag können sie die Zusendung adressierter Werbemittel unterbinden.

Die DSGVO legt großen Wert auf

1. die eindeutige Benennung der Rechtsgrundlage, auf die sich eine Datenverarbeitung stützt
2. die Transparenz der Verarbeitung respektive die Erfüllung von Informationspflichten gegenüber den Betroffenen und
3. eine sofortige Löschung der Daten bei Widerruf.

Mit der bloßen Beibehaltung des § 151 GewO in der derzeit geltenden Form werden diese Vorgaben aus BAK-Sicht nicht erfüllt.

Nach Artikel 6 Abs 3 DSGVO iVm Artikel 6 Abs 1 Z c und e dürfen Daten auch auf Basis nationaler Gesetze verarbeitet werden, wenn die Verarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung des Verantwortlichen erforderlich bzw die Verarbeitung für eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe erforderlich ist oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt.

Diese Voraussetzungen sind aus BAK-Sicht nicht erfüllt. Adresshändler und Direktwerber haben nach der GewO gewiss das Recht, ihrer Tätigkeit nachzugehen. Eine rechtliche Verpflichtung im Sinne einer „ihnen obliegenden **Verpflichtung**, die im EU- oder nationalen Recht ihre Grundlage hat“ (EG 45) haben sie jedoch nicht. EG 45 zur DSGVO führt aber noch weiter aus: „Desgleichen sollte im Unionsrecht oder im Recht der Mitgliedstaaten geregelt werden, ob es sich bei dem Verantwortlichen, der eine Aufgabe wahrnimmt, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, um **eine Behörde** oder um **eine andere unter das öffentliche Recht fallende** natürliche oder juristische Person oder, sofern dies durch das öffentliche Interesse einschließlich gesundheitlicher Zwecke, wie die öffentliche Gesundheit

oder die soziale Sicherheit oder die Verwaltung von Leistungen der Gesundheitsfürsorge, gerechtfertigt ist, eine natürliche oder juristische Person des Privatrechts, wie **beispielsweise eine Berufsvereinigung**, handeln sollte.“ Gewerbetreibende im Sinne des § 151, deren Fokus auf der Sammlung von Daten zu kommerziellen Zwecken liegt, fallen keinesfalls darunter.

Als denkbare Rechtsgrundlage könnten Wirtschaftstreibende nach § 151 versuchen, Artikel 6 Abs 1 Z f DSGVO heranzuziehen. In diese Richtung verweist sie ohne Zweifel auch EG 47 zur DSGVO: „Die Datenverarbeitung zum Zwecke der Direktwerbung **kann** als eine einem berechtigten Interesse dienende Verarbeitung betrachtet werden.“ Worauf die EU-Kommission in Gesprächen allerdings mehrfach hinwies: „Kann“ habe eine andere Bedeutung als „muss“. Man sehe das Hauptanwendungsfeld der Rechtsgrundlage „berechtigte Interessen“ bei der Eigenwerbung der Inhaber von Kundendateien. Soweit nicht die e-Privacy Richtlinie für eingriffsintensive Werbeformen wie e-Mails strengere Vorschriften enthält, kann das Interesse eines Unternehmens, Kontakte zu seinen Kunden weiter durch Werbung zu pflegen, wohl als „berechtigtes Interesse“ im Sinn des Artikel 6 Abs 1 Z f gelten.

Für andere Werbekonstellationen muss der Gewerbetreibende einen Verhältnismäßigkeittest durchlaufen, bevor er sich diese Rechtsgrundlage nutzbar machen kann. Dieser „balancing-test“ ist nicht trivial, wie die Ausführungen der Artikel-29 Datenschutz-Gruppe in ihrem Arbeitspapier WP 217 Opinion 06/2014 zeigen. Das Beratungsorgan der EU-Kommission hat in diesem Fall zwar die Voraussetzungen anhand der Vorgänger-Richtlinie 95/46/EG geprüft. Die Bestimmung wurde aber weitgehend unverändert in die DSGVO übernommen.

Ein Auszug daraus zur Illustration: “The balancing test include: the nature and source of the legitimate interest, including:

- whether the data processing is necessary for the exercise of a fundamental right, or - is otherwise in the public interest or benefits from social, cultural or legal/regulatory recognition in the community concerned;
- the impact on the data subjects, including: - the reasonable expectations of the data subject, especially with regard to the use and disclosure of the data in the relevant context; the status of the data controller and data subject, including the balance of power between the data subject and the data controller,
- additional safeguards to prevent undue impact on the data subjects, including: data minimisation (e.g. strict limitations on the collection of data, or immediate deletion of data after use); technical and organisational measures to ensure that the data cannot be used to take decisions or other actions with respect to individuals ('functional separation'); extensive use of anonymisation techniques, aggregation of data, privacy-enhancing technologies, privacy by design, privacy and data protection impact assessments; increased transparency, general and unconditional right to opt-out, data portability & related measures to empower data subjects.“

Zusammenfassend ist die BAK der Auffassung, dass §151 nicht DSGVO-konform ist:

- Im Entwurf wird nicht begründet, weshalb diese von der DSGVO abweichende Sonderbestimmung erfolgreich auf eine Öffnungsklausel in der DSGVO gestützt werden kann, die sich auf Verarbeitungen in Erfüllung einer rechtlichen Pflicht, im öffentlichen Interesse oder bei der Ausübung öffentlicher Gewalt bezieht. Die BAK geht davon aus, dass diese Bestimmung im gegenständlichen Fall nicht herangezogen werden kann.
- Sollten Gewerbetreibende nach § 151 auch künftig keine Zustimmung der Betroffenen vor der Weitergabe von Kundendaten einholen, müssten sie ihre Tätigkeit wohl auf Artikel 6 Abs 1 Z f DSGVO stützen. Hierfür ist es nötig, den Betroffenen bzw der Datenschutzbehörde gegenüber nachzuweisen, dass ein Verhältnismäßigkeitstest durchgeführt wurde, der zum Ergebnis kam, dass keine überwiegenden berechtigten Interessen der Betroffenen diesen Verarbeitungen entgegenstehen.
- Eine abschließende Interessensabwägung bleibt den Datenschutzbehörden bzw Gerichten vorbehalten. Die BAK geht allerdings davon aus, dass mit dem bisherigen Angebot an ausgleichenden Schutzmaßnahmen nicht das Auslangen gefunden werden kann, um den „Verhältnismäßigkeitstest“ entsprechend den Empfehlungen der Artikel 29-Gruppe erfolgreich zu bestehen.
- Beispielsweise sei darauf verwiesen, dass die Betroffenen im Rahmen der bisherigen Datenverarbeitungen und -übermittlungen ungenügend über die genauen Empfänger ihrer Kundendaten, von wem sie künftig Werbung erhalten werden usw informiert sind. Diese Praxis entspricht nicht den peniblen Informationspflichten der Artikel 12 bis 14 der DSGVO.
- § 151 Abs 8 widerspricht den Regeln der DSGVO. Er sieht vor, dass einem Löschungsbegehren des Betroffenen unverzüglich in jedem Fall innerhalb einem Monat zu entsprechen ist. Die Frist kann in „komplexen Fällen“ um zwei Monate verlängert werden. Artikel 17 DSGVO ordnet unmissverständlich und ausnahmslos eine „unverzügliche“ Löschung an.
- Artikel 21 Abs 2 und 3 der DSGVO sowie der dazugehörige EG 70 sehen nicht nur vor, dass Direktwerbung (und Profiling) jederzeit widersprochen werden kann. Die Betroffenen sind überdies verständlich und von anderen Informationen getrennt, ausdrücklich auf dieses Widerspruchsrecht hinzuweisen. Letztere Vorgaben fehlen in § 151 – insoweit präzisiert die Bestimmung nicht die DSGVO, sondern steht nicht mit ihr im Einklang.
- Wichtige Elemente für den „Balancingtest“ wären aus BAK-Sicht: Betroffene müssen über ihre Opt-Out-Rechte besser Bescheid wissen. Zu diesem Zweck sollte in jeder Werbezusendung auf das Bestehen des Widerspruchsrechts und der Möglichkeit, sich in die „Robinsonliste“ einzutragen (die adressierte Werbung generell unterbindet), hingewiesen werden. Außerdem sollte KonsumentInnen ein elektronischer Zugang angeboten werden, über den sie einsehen können, welche Wirtschaftstreibenden ihre Daten an welche Direktwerber übermittelt haben und welche Werbekunden ihre Daten für Zusendungen heranziehen.

Zu den Änderungen im Berufsausbildungsgesetz (BAG)

§ 20 Abs 7 vierter Satz BAG lautet: „*Bei vorhandenen kommunikationstechnischen Möglichkeiten kann anstelle der Übermittlung der Ausfertigung oder der Abschrift des Lehrvertrages eine Übermittlung der entsprechenden Daten an den Lehrberechtigten und auf Grund einer Stellungnahme des Landes-Berufsausbildungsbeirates an den Lehrling sowie auf Grund einer entsprechenden Vereinbarung an die Kammer für Arbeiter und Angestellte auch in einer anderen geeigneten Form, insbesondere in elektronischer Form, erfolgen.*“

Zur Klarstellung sollte vor dem Wort „Daten“ das Wort „personenbezogenen“ hinzugefügt werden. Ebenso ist in § 31d Abs 5 erster Satz BAG vor dem Passus „Daten gemäß § 19g Abs 1“ das Wort „personenbezogene“ einzufügen.

Rudi Kaske
Präsident
F.d.R.d.A.

Melitta Aschauer-Nagl
iV des Direktors
F.d.R.d.A.