

## **Stellungnahme des DMVÖ - Dialog Marketing Verband Österreich zur DSG-Novelle 2008 (sic!), GZ BKA-810.026/0005-V/3/2009**

### **Ausgangslage**

Die volkswirtschaftliche Bedeutung der Direktmarketingbranche ist erheblich. Erhebungen des DMVÖ zur Folge betragen die Aufwendungen für Direkt- und Dialogmarketing im Jahr 2008 an die € 2,3 Mrd, etwa 50 % aller Werbeaufwendungen entfallen auf diesen Bereich; über 50.000 Menschen sind in dieser Branche beschäftigt. Es besteht daher ein volkswirtschaftliches Interesse daran, mit dem Grundrecht auf Datenschutz harmonisierte rechtliche Rahmenbedingungen zu schaffen/beizubehalten, die die Ausübung des Gewerbes der Adressverlage und Direktmarketingunternehmen (§ 151 GewO) ermöglichen. Die Bestimmung des § 151 GewO und die Codes of Conduct Direktmarketing (gemäß § 6 Abs 4 DSG 2000) gewährleisten auf hohem Niveau Betroffenenrechte, welcher Schutz nicht ohne Not aufgegeben werden soll.

Der DMVÖ nimmt zur vorliegenden DSG-Novelle 2008 aus dem Gesichtspunkt seiner Mitglieder Stellung, die sowohl Adressverlage und Direktmarketingunternehmen (§ 151 GewO), als auch sonstige Gewerbetreibende (Inhaber von Kunden- und Interessentendateien) sind und überwiegend mit personalisierter Briefwerbung (Mailings) an Verbraucher/Kunden/Betroffene im Sinne des DSG 2000 herantreten (nicht Gegenstand der Stellungnahme sind daher Überlegungen betreffend insbesondere Email-Werbung, SMS-Zuschriften sowie Telefonmarketing im Sinne des § 107 TelekommunikationsG).

Im Einzelnen:

### **Zu 1:**

Obleich Inhaber von Kunden- und Interessentendateien in der Regel über keine konventionell (manuell) geführten Dateien verfügen und Adressverlage und

Direktmarketingunternehmen ohnedies praktisch ausschließlich automationsunterstützt Daten verwenden, ist die Beseitigung der zersplitterten Kompetenzrechtslage zu begrüßen.

### **Zu 2. Z 11 und 12 (§ 1):**

In den erläuternden Bemerkungen wird betreffend die Neufassung des § 1 Abs 1 DSG davon ausgegangen, dass die innerstaatliche grundrechtliche Bestimmung an die Datenschutzrichtlinie 95/46/EG anzupassen sei, der die Einschränkung „soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht“ fehlt. Diese Annahme ist unrichtig, weil Erwägungsgrund 9 der Datenschutzrichtlinie darauf abstellt, dass der freie Verkehr personenbezogener Daten zwischen den Mitgliedstaaten nicht (mehr) aus Gründen behindert werden soll, die den Schutz der Rechte und Freiheiten natürlicher Personen und insbesondere das Recht auf Schutz der Privatsphäre betreffen. Allerdings haben, so die Ausführung in Erwägungsgrund 9 der Datenschutzrichtlinie weiter, die Mitgliedstaaten einen Spielraum, der im Rahmen der Durchführung der Richtlinie von den Wirtschafts- und Sozialpartnern genutzt werden kann. In Fortführung dieses Gedankens können daher die Mitgliedstaaten in ihrem einzelstaatlichen Recht allgemeine Bedingungen für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung festlegen, wobei eine Verbesserung des (bei Inkrafttreten der Richtlinie gültigen) Datenschutzniveaus erreicht werden sollte. Dieser Spielraum rechtfertigt daher auch Unterschiede bei der Durchführung der Richtlinie.

Die bislang in Österreich geltende Einschränkung des Grundrechts „soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht“ ist daher unter dem Gebot einer richtlinienkonformen innerstaatlichen Rechtsgestaltung nicht notwendigerweise aus dem österreichischen Rechtsbestand zu entfernen. Verwiesen wird in diesem Zusammenhang auch darauf, dass das an sich in Österreich geltende hohe Datenschutzniveau mit keinem wie immer gearteten Gedanken in den erläuternden Bemerkungen zur DSG-Novelle 2008 angezweifelt wird.

Die vorgesehene Einschränkung wird in der DSG-Novelle 2008 auch nicht „durchgezogen“. Die bisherige Bestimmung des § 7 Abs 1 DSG 2000 bleibt nämlich unverändert. Nach wie vor stellt diese Bestimmung darauf ab, dass Daten nur verarbeitet werden dürfen, wenn u.a.

schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen Betroffener nicht verletzt werden; ebenso wird z.B. in § 7 Abs 2 Z 3, § 8 sowie § 9 DSG 2000 auf schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen abgestellt. Die zitierten Regelungen stehen in glattem Widerspruch zur nunmehr beabsichtigten Fassung der grundrechtlichen Bestimmung, die nicht einmal einen Ausführungsvorbehalt enthält. An diesem Befund vermag auch nicht zu ändern, dass § 8 Abs 1 in der beabsichtigten Fassung nunmehr auf schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen im Sinne des in Änderung befindlichen § 7 Abs 1 und Abs 2 Z 3 abstellen will (anstatt bisher auf die grundrechtliche Einschränkung in § 1 Abs 1 DSG 2000; vgl. Art 2 Z 28 DSG-Novelle 2008). Die Problematik setzt sich dadurch fort, dass die Novelle zum Regelungsgehalt des bisherigen § 9 DSG 2000 („schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen bei Verwendung sensibler Daten“) überhaupt keine Änderung vornimmt.

Durch diese doch ungenügende Regelungstechnik mag auch die Bestimmung des § 8 Abs 1 Z 1 und - auf diese rekurrierend - § 151 GewO (datenschutzrechtliche lex specialis für Adressverlage und Direktmarketingunternehmen) eine nicht absehbare Änderung in deren Regelungsgehalt erfahren, uU. sogar mit dem nunmehrigen § 1 Abs 1 DSG idF DSG-Novelle 2008 in Widerspruch geraten.

Schwer einschätzbare Probleme und jedenfalls Regelungsdefizite wirft auch die nunmehr an § 1 Abs 2 DSG angefügte Einschränkung auf, dass der Geheimhaltungsanspruch nicht bestehe, wenn Daten **zulässigerweise** allgemein verfügbar sind. Bis dato war geregelt, dass jedermann Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten hat, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht; das Bestehen eines solchen Interesses war ausgeschlossen, wenn Daten infolge ihrer allgemeinen Verfügbarkeit (die Einschränkung "**zulässigerweise**" war bislang nicht vorgesehen) oder wegen ihrer mangelnden Rückführbarkeit auf den Betroffenen einem Geheimhaltungsanspruch nicht zugänglich sind. Mangels entsprechender Vorgaben in der Datenschutzrichtlinie ist die Einfügung des Wortes „zulässigerweise“ auch dem österreichischen Verfassungsgesetzgeber nicht ohne weiteres freigestellt (es sei denn, er will Inländer bewusst diskriminieren). Der in den erläuternden Bemerkungen enthaltene Vergleich, mit dem auf § 8 Abs 2 DSG 2000 verwiesen wird, wonach bei der Verwendung von zulässigerweise

veröffentlichten Daten schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen als nicht verletzt gelten und es sich bloß um eine Verschiebung dieser Bestimmung handle, vermag nicht zu tragen. War schon die Einschränkung „zulässigerweise“ in § 8 Abs 2 DSG 2000 im Verhältnis zu § 1 Abs 1 DSG 2000 möglicherweise verfassungswidrig, so wird mit der „Verschiebung“ von der Gesetzestechnik her die Einschränkung zwar nicht zum gemeinschaftskonformen aber dennoch innerstaatlichen Grundrechtsbestand.

Konsequenz der beabsichtigten Regelung ist, dass nunmehr auf Verfassungsebene unter anderem Adressverlagen und Direktmarketingunternehmen sowie Inhabern von Kunden-Interessentendateien die Haftung dafür auferlegt werden soll, ob Daten zulässigerweise allgemein verfügbar sind. Das Ergebnis, dass Normunterworfenen ohne besondere rechtliche Ausbildung, jedenfalls aber ohne jede Kenntnis und Information über die rechtlichen Grundlagen einer Veröffentlichung von Daten nunmehr beurteilen können sollen und müssen, ob Daten zulässigerweise verfügbar sind, ist nicht zu rechtfertigen. Verwiesen wird in diesem Zusammenhang darauf, dass etwa in Telefonbüchern regelmäßig Namen und Adressen enthalten sind, Daten, die ohne weiteres auch aus der Wählerevidenz stammen könnten, ohne dass die Natur der Daten irgendeinen Hinweis auf deren Ursprung geben würde. Solche Daten wären wohl nicht zulässigerweise öffentlich verfügbar. Die Novelle bzw. die erläuternden Bemerkungen lassen auch völlig offen, ob das Wort "zulässigerweise" ausschließlich Datenschutz- und Betroffenenrechte schützen will, oder etwa auch Daten, die unter Verletzung urheberrechtsähnlicher Rechte (Datenbankschutz) verfügbar gemacht werden, zulässigerweise verfügbar sind.

Dadurch dass § 1 Abs 2 DSG im Verfassungsrang steht, ist die beabsichtigte Änderung dieser Bestimmung auch der Prüfungsbefugnis durch den Verfassungsgerichtshof entzogen. Wenn überhaupt, müsste die Bestimmung so gestaltet sein, dass zwar Löschungs-, Richtigstellungs-, Widerspruchs- und Auskunftsansprüche für Betroffene bestehen können, die Bestimmung allerdings mit Strafsanktionen zu bewehren und als Grundlage für Schadenersatzansprüche heranzuziehen, ist vor dem Hintergrund der aufgezeigten Problembereiche keinesfalls rechtens.

**Jedenfalls gebietet sich aus Sicht der Adressverlage und Direktmarketingunternehmen eine verfassungsrechtliche Klarstellung, dass § 151 GewO durch die DSGVO-Novelle 2008 in seinem Regelungsgehalt nicht berührt wird.**

**Zu Art. 2 Z 18 und 27 (§ 4) sowie zu Z 91 (Aufhebung von § 58):**

**Zu Art. 2 Z 23 und 24 (§ 4 Abs 1 Z 9, Entfall der Z 10):**

Die DSGVO-Novelle 2008 will von einem gänzlich geänderten Ermittlungsbegriff ausgehen; hat der Gesetzgeber unter Zugrundelegung der Datenschutzrichtlinie bislang darauf abgestellt, dass Ermittlungstätigkeit alles Erheben von Daten in der Absicht umfasst, sie in einer Datenanwendung zu verwenden, also eine Strukturierung zugrunde legt, wird darauf nunmehr offenbar gänzlich verzichtet.

**Ob und welche Auswirkungen damit im Direktmarketingbereich verbunden sind, vermag noch nicht abgeschätzt zu werden. Um Klarstellung wird ersucht.**

Immerhin wird implizit ein strukturiertes Vorgehen unterstellt; nicht anders wäre in den erläuternden Bemerkungen zu verstehen, dass bloßes "Sehen", das kein gezieltes "Beobachten" darstellt, kein "Ermitteln von Daten" sei, weil dabei keine Daten im Sinne des Gesetzes (auch nicht bloß manuelle) gewonnen werden.

**Zu Art. 2 Z 41 (§ 24 Abs 2a):**

Dem Auftraggeber wird die Pflicht – bei Bekanntwerden auferlegt –, wenn Daten aus einer seiner Datenanwendungen systematisch und schwerwiegend unrechtmäßig verwendet wurden, darüber unverzüglich die Betroffenen zu informieren. Begründet wird diese Bestimmung in den erläuternden Bemerkungen damit, dass sie vor allem der Vermeidung von Vermögensschäden der Betroffenen dienen soll.

Bemerkt wird, dass eine solche Informationsverpflichtung auf Gemeinschaftsebene höchstens Gegenstand von Diskussionen ist, offenbar auch nicht zuletzt deshalb, weil man sich bewusst ist, dass man Auftraggebern damit nicht gebotene zusätzliche Verpflichtungen

und Kosten auferlegen würde. Es besteht kein Anlass dazu, dass Österreich hier eine Vorreiterrolle übernimmt und ohne sachliche Begründung diese Bestimmung einführt.

**§ 24 Abs 2a ist weder gemeinschaftsrechtlich geboten, noch verfassungsrechtlich zulässig. In jedem Falle wird aber näher zu differenzieren und auf das Gefährdungspotenzial der systematisch und schwerwiegend unrechtmäßig verwendeten Daten abzustellen sein. Da dieses bei Marketingdaten äußerst gering ist (vgl. erläuternde Bemerkungen zu § 151 GewO), wird jedenfalls für die Ausübung des Gewerbes nach § 151 GewO eine Ausnahmeregelung zu treffen sein. Gleiches sollte aber auch für die Inhaber von Kunden- und Interessentendateien gelten, deren Marketingdaten auch nur sehr geringes Gefährdungspotenzial aufweisen.**

**Zu Art. 2 Z 42 und 43 (§ 26 Abs 1):**

Die bisherige Bestimmung des § 26 Abs 1 regelt, dass die Auskunft die verarbeiteten Daten, die **verfügbaren** Informationen über ihre Herkunft, allfällige Empfänger oder Empfängerkreise von Übermittlungen, den Zweck der Datenverwendung sowie die Rechtsgrundlage hierfür in allgemein verständlicher Form anzuführen hat.

Mit der nunmehrigen Bestimmung soll das Wort "verfügbaren" entfallen.

In den erläuternden Bemerkungen ist für diesen Entfall keine Begründung zu finden; dies, obgleich mit dem neuen Regelungsgehalt ein empfindlicher Mehraufwand für Inhaber von Kunden- und Interessentendateien sowie Adressverlage und Direktmarketingunternehmen verbunden wäre, der weder zu rechtfertigen ist, noch mit Art. 12 lit. a zweiter Anstrich der Datenschutzrichtlinie in Einklang steht.

**Möglicherweise handelt es sich um ein Redaktionsversehen. In jedem Fall wäre das Wort "verfügbaren" wieder in den Gesetzestext aufzunehmen.**