

1100 Wien, Am Hauptbahnhof 2

**An das
Bundeskanzleramt**

**Ballhausplatz 2
1010 Wien**

per E-Mail: v@bka.gv.at

**cc begutachtungsverfahren@parlament.gv.at
schienenbahnen@wko.at**

.....rp@iv.at

btm@bmvit.gv.at

ÖBB-Holding AG

Dr. Katharina Schelberger
Leiterin Konzernrecht
und Vorstandssekretariat

Tel. +43/1/93000/44090

E-Mail: katharina.schelberger@oebb.at

Wien, am 14.06.2017

**Begutachtung Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018
ÖBB-Konzernstellungnahme
BKA-810.026/0019-V/3/2017**

Sehr geehrte Damen und Herren,

zu der im Betreff näher bezeichneten Angelegenheit ergeht folgende Stellungnahme des ÖBB-Konzerns:

zu § 1 des Entwurfes:

Das neue österreichische Datenschutzrecht wird – anders als das DSG 2000 - nur mehr für natürliche Personen gelten. Die Aufhebung des Datenschutzes für juristische Personen wird ausdrücklich gutgeheißen.

zu § 4 des Entwurfes:

in § 4 des Gesetzesentwurfs wird festgehalten, dass dem Datenschutzbeauftragten (DSB) nur dann ein Aussageverweigerungsrecht zustehen soll, wenn Personen der Stelle, für die er tätig ist, ein solches bereits in Anspruch genommen haben. Das ist insofern nicht praxisgerecht, weil dem DSB in der Praxis der Umfang dieses Rechtes nicht genau bekannt sein wird und dem DSB aus Anlass seiner Befragung auch die Information, ob eine solche Inanspruchnahme bereits erfolgt ist (oder möglicherweise erst erfolgen wird), nicht bekannt sein wird.

Es wird daher empfohlen, über den Rahmen der Inanspruchnahme den eigentlichen Geheimnisträger entscheiden zu lassen und den zweiten Satz wie folgt zu formulieren:

Erhält ein Datenschutzbeauftragter bei seiner Tätigkeit Kenntnis von Daten, für die einer der Kontrolle des Datenschutzbeauftragten unterliegenden Stelle beschäftigten Person ein gesetzliches Aussageverweigerungsrecht zusteht, steht dieses Recht auch dem Datenschutzbeauftragten und den für ihn tätigen Personen insoweit zu, als die Person, der das gesetzliche Aussageverweigerungsrecht zusteht, den Datenschutzbeauftragten nicht von seiner Geheimhaltungsverpflichtung entbunden hat.

zu § 5 des Entwurfes:

§ 5 des Gesetzesentwurfs normiert, dass der „DSB im öffentlichen Bereich“ weisungsfrei ist. Obgleich klar ist, dass dies aufgrund von Art 20 Abs. 2 Z 8 B-VG erforderlich ist, kann dies zu Missverständnissen dahingehend führen, dass dies eben nur für den DSB im öffentlichen Bereich und nicht für den DSB im privaten Bereich gelten soll.

Es sollte ausdrücklich klargestellt werden, dass diese Weisungsfreiheit im Umfang des Art 38 (3) DSGVO auch für DSB des privaten Bereiches gilt.

zu § 13 Abs. 5 des Entwurfes:

Unklar ist, weshalb die Möglichkeit der Datenschutzbehörde, einem Verantwortlichen eine „Auskunft, Berichtigung, Löschung, Einschränkung oder Datenübertragung“ aufzutragen, auf Verantwortliche des privaten Bereiches beschränkt werden soll.

zu § 14 des Entwurfes:

§ 14 Abs. 4 des Gesetzesentwurfes sieht vor, dass Bescheide, die eine Übermittlung von Daten ins EU-Ausland genehmigen, bis auf weiteres weiter gelten, aber im Falle dessen, dass die rechtlichen Voraussetzungen nicht mehr bestehen, zu widerrufen sind.

Diese Rechtswirkungen sollte auf alle Bescheide der Datenschutzbehörde anwendbar sein, soweit diese einer Verfahrenspartei eine bestimmte Datenverwendung gestatten; dies auch, um den Bescheidadressaten hinsichtlich ihrer bis dato bescheidmäßig gestatteten Datenverwendung Rechtssicherheit zu gewähren.

zu § 15 des Entwurfes

In § 15 des Gesetzesentwurfes wird der Begriff „öffentlicher Bereich“ vom „privaten Bereich“ abgegrenzt. Unklar ist aber diese Abgrenzung im Verhältnis zum Begriff der „öffentlichen Stelle“, der nicht nur in § 19 Abs. 4, sondern auch in Art 37 Abs. 1 lit a der DSGVO verwendet wird.

Der Begriff der „öffentlichen Stelle“ ist nach Ansicht der Art 29 Gruppe der Datenschutzbehörden in der EU durch nationale Rechtsordnungen festzulegen¹; dieser Begriff der öffentlichen Stelle ist jedenfalls weiter gefasst als der des „öffentlichen Bereichs“ nach § 15, da unabhängig von der Rechtsform auch Unternehmen umfasst sein sollen, ua auch solche, die Leistungen der Grundversorgung² anbieten.

Es wird daher angeregt, den Begriff der „öffentlichen Stelle“ nach der bereits vorhandenen innerstaatlichen Rechtsnorm auszulegen und dies auch in einem neu einzufügenden Abs. 5 festzulegen, der wie folgt lauten könnte:

(5) Als „öffentliche Stelle“ im Sinne dieses Bundesgesetzes und im Sinne des Art 37 DSGVO gelten Einrichtungen im Sinne des § 4 Abs. 1 Informationsweiterverwendungsgesetz (IWG)

¹ Siehe dazu WP 243 in der revidierten Fassung vom 5.4.2017: *The WP29 considers that such a notion is to be determined under national law. Accordingly, public authorities and bodies include national, regional and local authorities, but the concept, under the applicable national laws, typically also includes a range of other bodies governed by public law.*

² Ebenda: *A public task may be carried out, and public authority may be exercised not only by public authorities or bodies but also by other natural or legal persons governed by public or private law, in sectors such as, according to national regulation of each Member State, public transport services, water and energy supply, road infrastructure, public service broadcasting, public housing or disciplinary bodies for regulated professions.*

Ebenfalls sollte in § 4 der Begriff der „Kerntätigkeit“ nach Art 37 Abs. 1 lit b und c näher ausgeführt werden, um hier Klarheit zu schaffen, welche Unternehmen zwingend einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen haben.

zu § 17 des Entwurfes

Zur Textierung des § 17 des Gesetzesentwurfes wird festgehalten, dass es ausdrücklich begrüßt wird, dass von der Möglichkeit für Datenschutzorganisationen auch ohne Auftrag einer betroffenen Person tätig zu werden, im aktuellen Entwurf nicht Gebrauch gemacht wurde.

zu § 19 des Entwurfes

§ 19 Abs. 2 des Gesetzesentwurfes normiert, dass juristische Personen strafbar sind, was insoweit der Intention der DSGVO entspricht. Missverständlich ist allerdings, ob in und welcher Form daneben auch natürliche Personen strafbar sind.

Es wird angeregt, den in § 19 Abs. 3 DSG verwendeten Begriff der „besonderen Umstände“ näher zu präzisieren, was nicht zuletzt auch im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Art 18 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) als notwendig erscheint.

Es ist sicherzustellen, dass es nicht zu einer parallelen Bestrafung von natürlichen und juristischen Personen aufgrund des gleichen Sachverhalts kommt. Generell ist die Strafbarkeit natürlicher Personen in diesem Kontext kritisch zu sehen, weil das österreichische Verwaltungsstrafrecht für die Sanktionierung von „Bagatellunrecht“ gedacht und konstruiert ist, was sich auch aus der Verschuldensvermutung des § 5 VStG erkennen lässt. Ohne näher auf diesen Punkt eingehen zu wollen, wird die Geltung des § 5 VStG für Strafen in Millionenhöhe massive verfassungsrechtliche und arbeitsrechtliche Probleme aufwerfen.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang auch zu sehen, dass sich hier der Strafraum gegen eine natürliche Person am Umsatz eines Dritten (nämlich des verantwortlichen Unternehmens) bemessen soll.

Es sollte ebenfalls geklärt werden, inwieweit für Strafen nach der DSGVO überhaupt gültig „verantwortliche Beauftragte“ nach § 9 Abs. 2 zweiter Satz VStG bestellt werden können. Es darf daran erinnert werden, dass die Verantwortung für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Verpflichtungen bei den Organen liegt und diese Verantwortung nicht oder nur an Personen delegierbar sein soll, die auch tatsächlich eine Entscheidungsbefugnis hinsichtlich des Verstoßes (dh in der Regel hinsichtlich der konkreten Datenverwendung) innehaben.

Da eine Entscheidungsbefugnis in Bezug auf die Verwendung von personenbezogene Daten aber jedenfalls mit der als Berater konzipierten Position des DSB nicht vereinbar ist, sollte klargestellt werden, dass jedenfalls zu Datenschutzbeauftragten bestellte Personen nicht zugleich zu „verantwortlichen Beauftragten“ nach § 9 Abs. 2 zweiter Satz VStG bestellt werden können.

zu § 19 des Entwurfes

Massive Bedenken bestehen dagegen, die Normen des ArbVG generell zu Vorschriften des Art 88 der DSGVO zu erklären. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass es sich bestenfalls bei kleinen Teilen des ArbVG um Vorschriften handeln könnte, die „der Gewährleistung des Schutzes der Rechte und Freiheiten hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Beschäftigtendaten im Beschäftigungskontext“ dienen.

Eine solche Regelung würde eine erhebliche Unsicherheit mit sich bringen, da beispielweise ein Fehlen einer Betriebsvereinbarung zur Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten mit dem in

der DSGVO vorgesehenen Strafrahmen von EUR 20 Mio. oder 4% vom Umsatz sanktioniert wäre.

In diesem Zusammenhang darf darauf hingewiesen werden, dass das ArbVG für viele Tatbestände wie z.B. das Fehlen einer Betriebsvereinbarung bis dato gar keine Verwaltungsstrafe vorsieht, sondern lediglich den Betriebsrat ermächtigt, dagegen vorzugehen.

Abschließend wird angeregt, die in Art 8 DSGVO vorgesehene Altersgrenze für die Einwilligung eines Kindes in Bezug auf Dienste der Informationsgesellschaft auf vierzehn Jahre festzusetzen. Diese Altersgrenze würde der im österreichischen Recht gebräuchlichen Abgrenzung zwischen unmündigen und mündigen Minderjährigen entsprechen. Auch kann davon ausgegangen werden, dass bereits im Alter von 14 Jahren eine entsprechende Einsichtsfähigkeit besteht, um zur Verwendung von personenbezogenen Daten eine informierte Einwilligung abgeben zu können.

Um entsprechende Berücksichtigung dieser Stellungnahme wird ersucht.

Mit freundlichen Grüßen
Für die ÖBB-Holding AG:

Dr. Katharina Schelberger e.h.
Leiterin Konzernrecht & Vorstandssekretariat