

# ÖSTERREICHISCHE VEREINIGUNG

## FÜR GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT



An das  
Bundeskanzleramt  
Verfassungsdienst

Via E-Mail an: [v@bka.gv.at](mailto:v@bka.gv.at)

Cc: [begutachtungsverfahren@parlament.gv.at](mailto:begutachtungsverfahren@parlament.gv.at)

Wien, den 21. Juni 2017

### **GZ BKA-810.026/0019-V/3/2017**

**Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert, das Datenschutzgesetz erlassen und das Datenschutzgesetz 2000 aufgehoben wird**

*Stellungnahme der Österreichischen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Österreichische Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht dankt für die Übermittlung des Entwurfs für ein Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018 und nimmt dazu wie folgt Stellung:

### **Ad Artikel 2 (Bundesgesetz zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten – Datenschutzgesetz)**

#### **Allgemein:**

Grundsätzlich ist zu begrüßen, dass der österreichische Gesetzgeber nicht mehr von den 71 Öffnungsklauseln der EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO, Verordnung (EU) 2016/679) Gebrauch gemacht hat als unbedingt notwendig. Die DSGVO wird nämlich insgesamt von den Unternehmen als „zu bürokratisch“ angesehen, die diesen zu viele im Internetzeitalter schwer realisierbare Hürden auferlegt.

Hinsichtlich der einzelnen wenigen Kann-Öffnungsklauseln erscheint etwa überlegenswert, die mit 16 Jahren festgesetzte Altersgrenze für die selbständige Einwilligung eines Kindes in Bezug auf Dienste der Informationsgesellschaft herabzusetzen.

Erwähnt sei auch die Regelung zum Profiling in Artikel 22 DSGVO. Auch hier hat es der europäische Gesetzgeber dem nationalen Gesetzgeber überlassen, Ausnahmetatbestände aus dem Verbot des Profiling zu schaffen.

Angesichts des Umstandes, dass es die Regelung des Artikel 22 aufgrund der Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen („(1) Die betroffene Person hat das Recht, nicht einer [...] Entscheidung unterworfen zu werden, die [...] sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.“) für den Anwender erschwert, die Einordnung einer Maßnahme unter dieses Verbot beurteilen zu können, wären Adaptierungen dieser Bestimmung aus nationaler Sicht hilfreich. Der Harmonisierungsgedanke würde dadurch auch keine Einschränkung erfahren, weil Rahmenbedingungen im B2C-Geschäft auf vielen Ebenen national geregelt und Verantwortliche im vorvertraglichen und vertraglichen Stadium gewohnt sind, unterschiedliche nationale Regelungen beachten zu müssen.

Ein weiterer Aspekt von dem der nationale Gesetzgeber Gebrauch machen sollte, um die Regelungen der DSGVO einzufangen, ist Artikel 23 DSGVO. Die dortigen Beschränkungen wären insbesondere für das Recht auf Löschung bzw Vergessenwerden relevant. Dieses Betroffenenrecht ist technisch kaum

# ÖSTERREICHISCHE VEREINIGUNG

## FÜR GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT



handhabbar und wird etwa bei Löschen nur einzelner Datensätze maßgeblich in ganze Datenbankstrukturen eingegriffen, was sowohl für Verantwortliche als auch für Betroffene nachteilig sein kann.

Der österreichische Gesetzgeber hat nun zwar die auch schon bisher im § 27 Abs 6 DSG 2000 vorgesehene Regelung, wonach die Berichtigung oder Löschung von automationsunterstützt verarbeiteten personenbezogenen Daten nicht unverzüglich erfolgen muss, wenn diese aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nur zu bestimmten Zeitpunkten vorgenommen werden kann, in § 3 übernommen, und im Sinne der neuen Rechtslage mit den Wirkungen der in Artikel 18 DSGVO vorgesehenen Beschränkung der Verarbeitung versehen. Allerdings ist diese Bestimmung zum einen – wie auch schon bisher – mangels technischer Realisierbarkeit nur wenig praxisrelevant, und zum anderen ist die Unionsrechtskonformität dieser Bestimmung fraglich.

So verlangt Artikel 23 Abs 2 DSGVO, dass eine solche Gesetzgebungsmaßnahme insbesondere Vorschriften in Bezug auf die Zwecke der Verarbeitung, die Datenkategorien, den Umfang der vorgenommenen Beschränkungen, die Garantien gegen Missbrauch oder unrechtmäßigen Zugang oder unrechtmäßige Übermittlung, die Angaben zu dem Verantwortlichen, die jeweiligen Speicherfristen sowie die geltenden Garantien unter Berücksichtigung von Art, Umfang und Zwecken der Verarbeitung oder der Verarbeitungskategorien, die Risiken für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen und das Recht der betroffenen Personen auf Unterrichtung über die Beschränkung, regeln muss. Diesen inhaltlichen Mindestanforderungen wird § 3 nicht gerecht.

### Zu § 1:

Im Grundrecht sollte nur auf das Recht auf Löschung unzulässigerweise verarbeiteter Daten abgestellt werden, und dies obwohl die DSGVO als neues Recht der Betroffenen auch die Einschränkung der Verarbeitung kennt. Begründet wird dies damit, dass die Einschränkung nicht als gleichwertige Alternative zum Löschungsrecht gesehen wird. Hier ist auszuführen, dass dieses neue Betroffenenrecht auch keine gleichwertige – allerdings dennoch nicht weniger relevante - Alternative sein soll, sondern vielmehr solchen Konstellationen Rechnung getragen werden soll, in denen eine sofortige Löschung entweder schutzwürdige Interessen der Verantwortlichen an der andauernden Speicherung unbillig beschneiden oder aber den Interessen des Betroffenen selbst zuwiderlaufen würde.

Das Recht auf Einschränkung der Verarbeitung nach Artikel 18 DSGVO hat den Inhalt, dass Daten, die eben nicht gelöscht werden sollen oder können, nur noch eingeschränkt mit individueller Einwilligung verarbeitet werden dürfen. Da die Berechtigung des Verantwortlichen zur Speicherung dadurch nicht berührt werden würde, ist dieses Betroffenenrecht in solchen Fällen, in denen es untunlich erscheint, dass eine Löschung der Daten erfolgt, da der Verantwortliche ein Interesse an der Datenverarbeitung hat, und der Betroffene diese nur verhindern möchte, sachgerecht. Ungeachtet dessen hat allerdings auch der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an diesem Verarbeitungsverbot, da es ihm damit zum einen anheimgestellt wird, im Fall der rechtswidrigen Datenverarbeitung anstatt der Löschung die Sperrung zu wählen, und zum anderen die Daten gespeichert bleiben, wenn der Betroffene diese zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechten benötigt (Art 18 Abs 1 lit c DSGVO).

### Zu § 4 und § 5:

Erwägenswert wäre es, von der Öffnungsklausel des Artikel 37 Abs 4 DSGVO Gebrauch zu machen, so dass die Regelung hinsichtlich der Notwendigkeit zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten eine weitere Klarstellung erfährt. So ist es zu begrüßen, dass der österreichische Gesetzgeber davon Abstand genommen hat, eine Zahl an Beschäftigten zur Benennungspflicht festzulegen. Allerdings sind Mitgliedsstaaten vor allem auch befugt, die Hürden der DSGVO für die Pflicht zur Beauftragtenbestellung autonom zu senken. Die Festlegung konkreter Fallkonstellationen wäre geeignet, das zu erreichen.

# ÖSTERREICHISCHE VEREINIGUNG

## FÜR GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT



So ist nach der DSGVO ein Datenschutzbeauftragter verpflichtend dann zu bestellen, wenn die Kerntätigkeit besteht (i) in der Durchführung von Verarbeitungsvorgängen besteht, die aufgrund ihrer Art, ihres Umfangs und/oder ihrer Zwecke eine umfangreiche regelmäßige und systematische Beobachtung von betroffenen Personen erforderlich machen, oder (ii) in der umfangreichen Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten oder von Daten über strafrechtliche Verurteilungen oder Straftaten.

Weitgehend Einigkeit herrscht mittlerweile darüber, dass etwa Internetwerbedienstleister, die Tracking-Technologien einsetzen, einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen haben. Ansonsten ist der Umfang des ersten Tatbestandselements aber nur schwer fassbar. Die Leitlinien der Artikel 29-Datenschutzgruppe hinsichtlich Datenschutzbeauftragten<sup>1</sup> nennen als Beispiele für eine solche regelmäßige und systematische Überwachung Geolokalisation durch mobile Apps oder Kundentreueprogramme. Es wäre zu überlegen in diesem Sinn klarzustellen, wann diese „Hilfstätigkeiten“ Kerntätigkeit und wann nur Nebentätigkeit sind. Für den zweiten Anwendungsfall nennt die Artikel 29-Datenschutzgruppe auch Beispiele für Fallkonstellationen, die zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten führen müssen; zum Beispiel die Verarbeitung von Patientendaten im Rahmen des gewöhnlichen Betriebes eines Krankenhauses als relevante umfangreiche Überwachung im Rahmen der Kerntätigkeit eines Unternehmens, nimmt gleichzeitig aber die Verarbeitung solcher Daten durch einen Einzelmediziner aus (Seite 8 des WP 243).

Abgesehen von der „White- und Black-List“ mit Datenverarbeitungen, die bestimmte Verarbeitungsvorgänge vorzeichnen, die zu einer Bestellpflicht führen müssen, bzw. *vice versa*, welche nicht, wäre auch nach Maßgabe dieses Artikel wünschenswert, wenn eine Idee dafür vorgegeben wird, wo die Anforderungen erfüllt sind oder eben nicht.

### Zu § 11:

§ 11 Abs 4 übernimmt den bisherigen Wortlaut des § 30 Abs 6a DSG 2000. Die Gesetzmäßigkeitsprüfung in Hinblick auf die Zulässigkeit einer Datenanwendung nach Maßgabe der Bestimmungen der DSGVO ist aber eine andere, als nach den §§ 6ff DSG 2000. Die Definition von „Gefahr in Verzug“ als „wesentliche unmittelbare Gefährdung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen“ ist daher als „überholt“ anzusehen und nach der DSGVO nicht vorgesehen. So geht die DSGVO im 75. Erwägungsgrund von einem Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen aus und definiert weiter, dass eine Verarbeitung von Daten zu einem physischen, materiellen oder immateriellen Schaden führen könnte, insbesondere wenn die Verarbeitung zB zu einer Diskriminierung oder einem Identitätsdiebstahl beitragen kann.

Mit der vom nationalen Gesetzgeber gewählten Formulierung von „Gefahr in Verzug“, die letztlich nur das Ergebnis einer Interessenabwägung darstellt, und die Voraussetzung eines Schadens nicht verlangt, würde diese Schwelle unterschritten werden. Das würde auch dem 129. Erwägungsgrund widersprechen, wonach nur geeignete, erforderliche und verhältnismäßige Maßnahmen getroffen werden dürfen. Wenn allerdings nicht einmal die Möglichkeit einer tatsächlichen Schadens beim Betroffenen für die Untersagung der Datenverarbeitung von Belang sein soll, kann von einer solchen Maßnahme nicht gesprochen werden.

Die Datenschutzbehörde soll nach § 11 Abs 5 die sehr hohen Geldbußen der DSGVO verhängen können. Abzuwarten ist, ob diese Kompetenz der Behörde aus verfassungsrechtlicher Sicht „haltbar“ sein wird. Dabei ist auf das derzeit anhängige Verfahren vor dem VfGH, wo es um die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Strafkompentenz der FMA geht, verwiesen. Das Bundesverwaltungsgericht nimmt in diesem Zusammenhang an, dass aufgrund der Höhe der Strafdrohung in § 99d BWG der Gesetzgeber eine Sanktion vorgesehen hat, die nach den Anforderungen des Art 91 B-VG in den Kernbereich der Strafgerichtsbarkeit fällt und daher nicht als Verwaltungsstrafe unter der nachprüf-

<sup>1</sup> Guidelines on Data Protection Officers, WP 243 rev.01, 13.12.2016.

# ÖSTERREICHISCHE VEREINIGUNG

## FÜR GEWERBLICHEN RECHTSSCHUTZ UND URHEBERRECHT



den Kontrolle eines Verwaltungsgerichts normiert werden dürfte (vgl. BVwG 24.11.2016, W210 2138108-1). Bei Strafdrohungen in Höhe von bis zu EUR 20 Millionen oder 4 % des konzernweiten Jahresumsatzes kann wohl ohne weiteres auch von einer solchen **in den Kernbereich der Strafgerichtsbarkeit** fallenden Strafdrohung gesprochen werden.

### Zu § 19:

Zu erörtern ist auch die Bestimmung zur Verantwortlichkeit des Verbandes, wonach über die juristische Person die Geldbuße dann verhängt werden kann, wenn eine Person in einer Führungsposition einen Verstoß begangen hat und der juristischen Person ein Organisationsverschulden zum Vorwurf gemacht werden kann. Die Verhängung einer Geldbuße über den Verband wäre daher dann nicht zulässig, wenn ein Mitarbeiter, der in keiner Führungsposition ist, einen Rechtsverstoß begeht. Ob damit eine im Sinne des Artikel 83 Abs 1 DSGVO wirksame Verhängung von Geldbußen sichergestellt ist, erscheint fraglich.

Zur Bestimmung des § 19 Abs 3, wonach eine parallele Bestrafung von juristischer Person und natürlicher Person möglich bleibt. Wäre ein automatischer Mechanismus, dass bei Bestrafung der juristischen Person jedenfalls von der Bestrafung der natürlichen Person abgesehen werden muss, zu überlegen..

So sieht § 11 VbVG ausdrücklich vor, dass für Sanktionen und Rechtsfolgen, die den Verband auf der Grundlage des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes treffen, ein Rückgriff auf Entscheidungsträger oder Mitarbeiter ausgeschlossen ist. Eine solche Regelung mit Klarstellungsfunktion ist auch im vorliegenden Zusammenhang zielführend, selbst wenn aus Überlegungen nach Maßgabe des § 879 ABGB ein Rückgriff auf die natürliche Person wohl ausgeschlossen wäre.

Im Rahmen der Allgemeinen Bedingungen für die Verhängung von Geldbußen sollte in Ergänzung zu Artikel 83 DSGVO, der eine Regelung darüber enthält, wie im Fall des Zusammentreffens mehrerer strafbarer Handlungen vorzugehen ist, auch noch klargestellt werden, dass zum einen alle in einem Verarbeitungsvorgang verwirklichten Tatbestände mit einer Geldbuße als Gesamtbetrag zu ahnden sind und außerdem auch dann nur ein Verstoß vorliegt, wenn durch diesen Verarbeitungsvorgang mehrere Betroffenen in ihren Rechten berührt sind.

### Zu § 29

Ein Hinweis auf das Arbeitsverfassungsgesetz könnte aufgrund des unterschiedlichen Regelungszweckes auch entfallen.

### Zu § 76:

Nach Erwägungsgrund 171 ist es nicht erforderlich, dass die betroffene Person erneut ihre Einwilligung dazu erteilt, wenn die Art der bereits erteilten Einwilligung den Bedingungen der DSGVO Verordnung entspricht. Es wird daher angeregt, dass der nationale Gesetzgeber in diesem Sinn unter den Übergangsbestimmungen klarstellend festhält, dass mit dem Datenschutzgesetz 2000 konforme Einwilligungen diesem Umstand prinzipiell gerecht wird, und der Verantwortliche nach dem Zeitpunkt der Anwendung der DSGVO die Verarbeitung auf dieser Grundlage fortsetzen kann, soweit auch die Besonderheiten nach der DSGVO umgesetzt werden. Klarstellend festzuhalten wäre weiters, dass die Einhaltung der Informationspflichten nach Artikel 13 und 14 DSGVO dafür nicht zwingend vorausgesetzt ist.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Michael Meyenburg eh  
Präsident

Mag. Hannes Seidelberger eh  
Generalsekretär