

REPUBLIK ÖSTERREICH  DATENSCHUTZRAT

BALLHAUSPLATZ 2, A-1014 WIEN
GZ • BKA-817.472/0002-DSR/2016
TELEFON • (+43 1) 53115/2527
FAX • (+43 1) 53115/2702
E-MAIL • DSRPOST@BKA.GV.AT
DVR: 0000019

An das
Bundesministerium für
Wissenschaft, Forschung und
Wirtschaft

Per Mail:
post.c14@bmwfw.gv.at
emanuel.braunegger
@bmwfw.gv.at

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Wettbewerbsgesetz und das Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen geändert werden (Wettbewerbsrechtsänderungsgesetz 2016)
Stellungnahme des Datenschutzrates

Der **Datenschutzrat** hat in seiner **231. Sitzung am 4. November 2016 einstimmig** beschlossen, zu der im Betreff genannten Thematik folgende Stellungnahme abzugeben:

1) Allgemeines

Wesentlicher Bestandteil der Novelle im Zusammenhang mit der vorgesehenen Novelle des Kartellgesetzes 2005 ist laut den Erläuterungen die Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU vom 26. 11. 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, ABl. Nr. L 349 vom 5. 12. 2014, S 1.

Darüber hinaus sollen mit der Novelle insbesondere folgende Inhalte geregelt werden:

a) Annäherung der Verjährungsregel in § 33 KartG an europarechtliche Vorbilder;

- b) Verbesserung der Transparenz durch Ausdehnung der Veröffentlichungspflicht des § 37 KartG auf abweisende Entscheidungen und Entscheidungen im Provisorialverfahren sowie durch Information über die Tätigkeit der BWB bei öffentlichem Interesse;
- c) Klarstellung in § 38 KartG, dass im Settlement-Verfahren eine verkürzte (begründungslose) Entscheidungsausfertigung nicht zulässig ist.
- d) In § 12 KartG soll die Möglichkeit geschaffen werden, dass das Kartellgericht aus Anlass der fusionsrechtlichen Entscheidung über die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens auch eine Aussage über die kartellrechtlichen Auswirkungen trifft. Diese Regelung soll der Rechtssicherheit für die beteiligten Unternehmen dienen.
- e) Dokumente sind häufig nicht vor Ort, sondern auf externen Laufwerken gespeichert. Dadurch ergeben sich bei Hausdurchsuchungen oft Fragestellungen. Daher ist klarzustellen, dass bei Hausdurchsuchungen auch diese Dokumente umfasst sind und wird in § 35 Abs. 1 ein Zwangsstrafen-Tatbestand normiert.
- f) Den mehrfach geäußerten Bedenken, dass kartellgerichtliche Entscheidungen häufig durch Sachverständigen-Gutachten geprägt sind, die kaum überprüft werden können, versucht der Entwurf insbesondere durch die vorgeschlagene Möglichkeit für das Kartellobergericht, bestimmte qualifizierte Feststellungsmängel im Rekursweg zu überprüfen, begegnet.
- g) Um erfolglose Schadenersatzklagen gegen Kronzeugen iSd RL von anderen Geschädigten als unmittelbaren oder mittelbaren Abnehmern oder Lieferanten zu verhindern, soll der Name jenes Unternehmens mit Kronzeugenstatus veröffentlicht werden. Dies dient der Transparenz und stellt klar, dass die Bundeswettbewerbsbehörde endgültig von einem Antrag auf Verhängung einer Geldbuße absieht.
- h) Zur besseren Transparenz werden die Bestimmungen über die Anwendung der Kronzeugenregelung in einem eigenen Paragraphen im Wettbewerbsgesetz zusammengefasst. Zusätzlich werden ebendort die durch die Umsetzung der RL Schadenersatz bedingten Anpassungen vorgenommen und die Einrichtung eines standardisierten anonymen Hinweisgebersystems ermöglicht werden.

- i) Verbesserung der Zusammenarbeit der Strafverfolgungsbehörden mit staatlichen Kontrollbehörden (Regierungsprogramm) durch Zusammenarbeit und Informationsaustausch von Bundeswettbewerbsbehörde mit den Verwaltungsbehörden einschließlich der Regulatoren und der Finanzmarktaufsicht sowie den sonstigen Strafverfolgungsbehörden.
- j) Klarstellungen zum besseren Aufgreifen von Verstößen im Bundesgesetz zur Verbesserung der Nahversorgung und der Wettbewerbsbedingungen.
- k) Adaptierung der Fusionskontrollbestimmungen im Lichte der Herausforderungen der digitalen Wirtschaft durch Einbeziehung von großen Unternehmenstransaktionen.

2) Datenschutzrechtliche Vorbemerkungen

Vorweg wird darauf hingewiesen, dass ab dem 25. Mai 2018 die Verordnung (EU) Nr. 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (**Datenschutz-Grundverordnung – DSGVO**) zur Anwendung kommt. Die derzeit geltende Form der **Meldepflicht an das Datenverarbeitungsregister** (§§ 17 ff DSG 2000) wird aufgrund der Anwendung der DSGVO ab dem 25. Mai 2018 entfallen.

Anstelle des Meldeverfahrens sieht die DSGVO in Art. 35 die **Einführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung** vor. Eine Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Art. 35 Abs. 1 DSGVO ist insbesondere in den Fällen des Abs. 3 erforderlich. Art 35 Abs. 10 DSGVO sieht unter den angeführten Voraussetzungen jedoch eine **Ausnahme von der Datenschutz-Folgenabschätzung** durch Verantwortliche für Verarbeitungen vor, die auf einer **Rechtsgrundlage im Recht des Mitgliedstaates**, dem der Verantwortliche unterliegt, beruhen und falls diese Rechtsvorschriften den **konkreten Verarbeitungsvorgang** oder die **konkreten Verarbeitungsvorgänge** regeln und bereits **im Rahmen der allgemeinen Folgenabschätzung** im Zusammenhang mit dem Erlass dieser Rechtsgrundlage eine **Datenschutz-Folgenabschätzung erfolgte**.

In diesem Sinne wird – im Falle, dass eine Datenschutz-Folgenabschätzung nach den Vorgaben des Art. 35 DSGVO erforderlich ist – in Übereinstimmung mit dem Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst angeregt, bei dem vorliegenden Vorhaben zu

prüfen, **ob im Rahmen der allgemeinen Folgenabschätzung die Datenschutz-Folgenabschätzung bereits vorweggenommen werden kann. Ansonsten hätte diese vor dem 25. Mai 2018 zu erfolgen, was möglicherweise eine weitere Gesetzesänderung bedeuten wird.**

3) Datenschutzrechtlich relevante Bestimmungen

Zu Art. 1 (Änderung des Wettbewerbsgesetzes)

Zu Z 5 (§ 2 Abs. 4):

Soweit die Veröffentlichung – wie in den Erläuterungen ausgeführt – aus Gründen der größtmöglichen Transparenz nach außen und zum Zweck der Erhöhung der Sensibilität im Wettbewerbs- und Kartellrecht als erforderlich angesehen wird, wäre im Hinblick auf den in § 1 Abs. 2 DSG 2000 verankerten **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** im Gesetz neben der Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nach der geltenden österreichischen Rechtslage **auch auf die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben** abzustellen.

Zu Z 14 (§ 10b Abs. 3):

Hinsichtlich der in § 10b Abs. 3 vorgesehenen Veröffentlichung rechtskräftiger Entscheidungen wird auf die Anmerkungen zu Z 5 (§ 2 Abs. 4) hingewiesen.

Zu Z 17 (§ 11a Abs. 2 2. Satz):

In den Erläuterungen zu § 11a Abs. 2 2. Satz wird ausgeführt, dass bei der Sicherstellung von IT-Daten auch „**forensische Software**“ eingesetzt werden darf. Diesbezüglich sollte näher erläutert werden, welche **technischen Eigenschaften** diese „forensische Software“ aufweist.

Der Datenschutzrat weist darauf hin, dass das Problem des direkten behördlichen Zugriffs auf im Ausland (Cloud) gespeicherte Daten einer Lösung harrt.

Der Datenschutzrat empfiehlt, in den Erläuterungen einen ausdrücklichen Hinweis aufzunehmen, dass im Rahmen einer Hausdurchsuchung nicht dem Unternehmen zurechenbare Daten von den Ermittlungen ausgeschlossen bleiben.

In der Sitzung des Datenschutzrates wurde durch den informierten Vertreter auf Anfrage klargestellt, dass nach Abschluss der Hausdurchsuchung keine weiteren Überwachungshandlungen erfolgen.

Zu Z 18 (§ 11b Abs. 6):

Nach Ansicht des Datenschutzrates sollten alle Whistleblowing-Regelungen (d.s. anonyme Hinweisgebersysteme) in der österreichischen Rechtsordnung einheitlich ausgestaltet sein. Dies ist derzeit nicht der Fall. Daher wird grundsätzlich angemerkt, dass eine Regelung für Whistleblowing besondere datenschutzrechtliche Vorgaben enthalten muss, um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach § 1 Abs. 2 DSG 2000 gerecht zu werden, so etwa hinsichtlich der Festlegung detaillierter Voraussetzungen für erlaubtes Whistleblowing, insbesondere dem Vorliegen einer begründeten Verdachtslage des Hinweisgebers, dem Schutz des Meldenden einerseits und der Verantwortung bei haltlosen Anschuldigungen andererseits sowie dem Schutz der Rechte der gemeldeten Person.

Es sollten zumindest die Eckpunkte für die datenschutzrechtlich geforderte Verhältnismäßigkeitsabwägung zwischen dem Interesse des Meldenden (z.B. Aufklärung von behaupteten Missständen im öffentlichen Interesse) und dem Interesse der gemeldeten Person gesetzlich vorgegeben werden.

In diesem Zusammenhang wird auf die Entscheidung der Datenschutzbehörde (DSB-D600.328-001/0001-DSB/2014 vom 13.5.2014) betreffend die Registrierung einer „Whistleblowing-Hotline“ unter entsprechenden Auflagen hingewiesen.)

Wesentlich ist aus Sicht des Datenschutzrates, dass die Kommunikation mit dem Hinweisgeber auch in anonymer Form stattfinden kann.

Durch die vorgeschlagenen Bestimmungen soll sichergestellt werden, dass die Bundeswettbewerbsbehörde ein **internetbasiertes Hinweisgebersystem** einrichten kann, das eine **technische Rückverfolgung der anonymen Hinweise unmöglich macht** und somit ein zweiseitiges System ermöglicht, welches die weitere Aufbereitung eines Falles durch Rückfragen erleichtert.

Es sollte in den Erläuterungen ausführlicher dargelegt werden, wie einerseits die Anonymität gewahrt und andererseits dennoch Rückfragen technisch

ermöglicht werden sollen, dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass der Hinweisgeber bei via Internet übermittelten Hinweisen auch Spuren (zB die IP-Adresse) hinterlässt, die unter bestimmten Voraussetzungen auf die Person des Hinweisgebers zurückgeführt werden könnten.

Weiters erscheint die **vorgeschlagene Regelung nicht ausreichend konkret**. Es müsste insbesondere auch das **Verfahren** im Falle eines Hinweises geregelt werden, etwa wie der **Hinweisgeber vor Nachteilen geschützt wird** und wie **bei haltlosen Anschuldigungen** vorgegangen wird. Auch stellt sich die Frage, ob im Fall von haltlosen Anschuldigungen oder vom Hinweisgeber selbst begangenen Straftaten **doch ein Personenbezug hergestellt werden kann**. Zudem sollten geeignete **Datensicherheitsmaßnahmen** gemäß § 14 DSGVO 2000 vorgesehen werden.

8. November 2016
Für den Datenschutzrat
Der Vorsitzende:
MAIER

Elektronisch gefertigt