

An den
Österreichischen Nationalrat,
Verfassungsausschuss
Dr.-Karl-Renner-Ring 3
1017 Wien, Österreich

Wien, am 03. April 2018

**BETREFF: ISPA STELLUNGNAHME ZUM INITIATIVANTRAG BETREFFEND EIN
BUNDESGESETZ, MIT DEM DAS BUNDES-VERFASSUNGSGESETZ UND DAS
DATENSCHUTZGESETZ GEÄNDERT WERDEN (DATENSCHUTZ-DEREGULIERUNGS-
GESETZ 2018)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

die ISPA erlaubt sich im Interesse ihrer Mitglieds-Unternehmen zum Initiativantrag 189/A der Abgeordneten Eva-Maria Himmelbauer BSc, Dr. Peter Wittmann, Werner Herbert und Kolleginnen und Kollegen betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz und das Datenschutzgesetz geändert werden sollen (Datenschutz-Deregulierungsgesetz 2018), wie folgt Stellung zu nehmen:

1) Die Eingriffstatbestände in § 1 Abs. 2 entsprechend nicht der DSGVO

Im Rahmen der vorgeschlagenen Novellierung soll unter anderem das Grundrecht auf Datenschutz im Verfassungsrang neu formuliert werden. Die ISPA begrüßt in diesem Zusammenhang zunächst, dass dieses nunmehr ausdrücklich nur auf natürliche Personen Anwendung findet und juristische Personen damit – wie auch von der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) – ausgenommen sind.

In § 1 Abs. 2 sollen jedoch auch die Eingriffstatbestände in das Grundrecht auf Datenschutz neu formuliert und taxativ aufgezählt werden. War es bisher in Umsetzung der Datenschutz-Richtlinie¹ notwendig, entsprechende Zulässigkeitsstatbestände auch in nationalem Recht umzusetzen, so ist dies angesichts der direkten Anwendbarkeit der DSGVO nicht mehr der Fall. Durch die entsprechende Auflistung wird jedoch grundsätzlich das System der DSGVO konterkariert. Während die DSGVO vorsieht, dass Datenverarbeitungen grundsätzlich erlaubt sind, sofern sie im Einklang mit der DSGVO stehen (insb. Art 5 u. 6 DSGVO), wären nunmehr Beschränkungen – und damit die Verarbeitung personenbezogener Daten – grundsätzlich nicht erlaubt, sofern nicht ausnahmsweise einer der in Abs. 2 genannten Gründe vorliegt.

¹ Richtlinie (EU) 95/46/EG

Dabei übernimmt der Gesetzgeber die in Art 6 DSGVO vorgesehenen Zulässigkeitstatbestände für eine rechtmäßige Datenverarbeitung und wandelt diese in Eingriffsziele für privatrechtliche Tätigkeiten um, während ausdrücklich festgehalten wird, dass Eingriffe in Form von hoheitlichen Tätigkeiten nur auf gesetzliche Grundlage erfolgen dürfen.

Dies ist nach Ansicht der ISPA kritisch zu werten, da dabei zwei unterschiedliche juristische Konstrukte vermengt bzw. gleichgesetzt werden. Die DSGVO enthält neben den Zulässigkeitstatbeständen noch weitere Bestimmungen um die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung zu beurteilen, die sich insbesondere aus Art 5 sowie den näheren Ausführungen in Art 6 DSGVO ergeben. Darüber hinaus verfolgt die DSGVO einen Risiko-basierten Ansatz, dem etwa im Rahmen der Risiko-Folgeabschätzung Rechnung getragen wird. Im vorliegenden Antrag wird jedoch nur ein Teil, nämlich einzelne Begriffe aus Art 6 Abs. 1 DSGVO übernommen und in Verfassungsrang erhoben, wobei jedoch aufgrund der gedrängten Formulierung die Bedeutung der Zulässigkeitsgründe zum Teil verloren geht und Auslegungsschwierigkeiten in der Praxis mit sich bringen würde.

So ist es zum einen fraglich, weswegen hinsichtlich jeder Datenverarbeitung der Zweck, die verarbeiteten Daten und die Art der Verarbeitung für den Betroffenen vorhersehbar sein soll. Aus den Grundsätzen zur Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung in Art 5 DSGVO ergibt sich kein solches Gebot. Vielmehr muss die Datenverarbeitung gemäß lit a „nachvollziehbar“ sein womit insbesondere die Transparenz der Verarbeitung gemeint ist (vgl auch die englische Fassung „in a transparent manner“). Ferner muss der Zweck der Verarbeitung „festgelegt, eindeutig und legitim“ sein (lit. b), eine entsprechende Verpflichtung zur Vorhersehbarkeit ergibt sich sohin auch hieraus nicht. Es ist dabei auch fraglich, zu welchem Zeitpunkt der Zweck, die verarbeiteten Daten und die Art der Verarbeitung für den Betroffenen vorhersehbar sein müssen. Speziell in Bezug auf eine spätere Weiterverarbeitung der Daten ist dies mit Sicherheit nicht immer bereits vor der erstmaligen Verarbeitung der Daten festzustellen.

Darüber hinaus wird der Zulässigkeitstatbestand in Art 6 lit. b DSGVO nur zum Teil übernommen da die Datenverarbeitung in Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen in § 1 Abs. 2 nicht angeführt wird. Zwar wird in den Erläuternden Bemerkungen auch auf Vorverträge verwiesen, diese stellen jedoch anders als vorvertragliche Maßnahmen bereits rechtliche verbindliche Verträge dar. Es handelt sich sohin um eine Einschränkung, da nach dieser Formulierung eine Datenverarbeitung in Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen – hierzu zählt etwa die für österreichische Unternehmen ausgesprochen wichtige Bonitätsprüfung - nicht zulässig wäre, obwohl hierfür keine Öffnungsklausel für den nationalen Gesetzgeber vorgesehen ist.

Auf diese Weise würden die Grundsätze der Datenverarbeitung gegenüber der DSGVO somit erheblich verändert und eingeschränkt werden, wodurch dem Grundgedanken der Verordnung wonach die Vorschriften zum Schutz der Grundrechte von natürlichen Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten sollten unionsweit gleichmäßig und einheitlich angewandt werden sollen², widersprochen wird. Die DSGVO sieht zwar für Mitgliedstaaten die Möglichkeit vor, im Rahmen von Öffnungsklauseln die Anwendung der DSGVO an nationale Gegebenheiten anzupassen, dies ist jedoch nur insoweit zulässig, als die Verordnung ausdrücklich die Möglichkeit

² Vgl ErwGr 9 u. 10 DSGVO

hierzu vorsieht. Andernfalls hat der Verordnungstext aufgrund des Anwendungsvorrangs des europäischen Sekundärrechts auch gegenüber nationalem Verfassungsrecht den Vorzug erhalten. Eine entsprechende Öffnungsklausel für den nationalen Gesetzgeber findet sich zwar in Art 6 Abs. 2 u. 3, wodurch dem Gesetzgeber ermöglicht werden soll, die Datenverarbeitung aufgrund von rechtlicher Verpflichtung oder im öffentlichen Interesse näher auszuformulieren. Die weiteren Bestimmungen sind jedoch auch in Österreich direkt anwendbar.

Um insbesondere auch für Unternehmen die mit einer solchen unklaren Rechtslage einhergehende Rechtsunsicherheit zu vermeiden, ersucht die ISPA von der Aufzählung der Eingriffsziele in § 1 Abs. 2 gänzlich abzusehen, da die Voraussetzungen in Art 6 DSGVO ohnehin in Österreich direkt anwendbar sind.

Sofern der Gesetzgeber jedenfalls an einer Anführung der Eingriffstatbestände festhalten möchte, so sind jedenfalls die in Art 6 Abs. 1 DSGVO vorgesehenen Voraussetzungen wortgleich zu übernehmen, um ein Auseinanderdriften der Rechtslagen zu vermeiden und Rechtsunsicherheit bei den Anwendern hintanzuhalten.

Darüber hinaus ist auch der Verweis „im Rahmen hoheitlicher Tätigkeiten dürfen Beschränkungen nur aufgrund von Gesetzen, die aus den in Art. 8 Abs. 2 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), BGBl. Nr. 210/1958, genannten Gründen notwendig sind, vorgesehen werden“ nach Ansicht der ISPA nicht notwendig, da die EMRK in Österreich bereits im Verfassungsrang steht und sich die Gesetze bereits bislang nach den Eingriffszielen in Art 8 Abs. 2 EMRK richten mussten sowie einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegen. Ebenso unterliegt der österreichische Gesetzgeber auch bereits durch Art 51, 52 GRC Beschränkungen hinsichtlich Eingriffen in das in Art 8 GRC gewährte Grundrecht auf Schutz personenbezogener Daten.

2) Anbieter von Informationsdiensten werden erheblich in ihrer Arbeit eingeschränkt

Bislang wurde in § 1 Abs. 1 DSG 2000 ausdrücklich festgehalten, dass der Anspruch auf Geheimhaltung der personenbezogenen Daten voraussetzt, dass Daten nur einem beschränkten Personenkreis zugänglich sind und nicht bereits allgemein verfügbar sind. Auf diese Bestimmung haben sich bislang speziell Anbieter von Informationsdiensten wie etwa Online-Verzeichnisse berufen, um gegen Anträge auf Löschung von aus öffentlichen Registern übernommenen Daten zu argumentieren.

Diese nutzen in der Regel amtliche Daten aus öffentlichen Registern als Grundlage für ihre Produkte, in welchen diese zusammengeführt und für den Kunden aufbereitet werden, um die Beurteilung von juristischen und natürlichen Personen zu ermöglichen. Besondere Bedeutung kommt solchen Dienstleistungen etwa im Compliance-Bereich von Banken oder durch die Verwendung von Insolvenzdaten beim Gläubigerschutz zu.

Durch die geplante Änderung könnten diese Anbieter jedoch in Hinkunft dazu verpflichtet werden, jene Daten welche aus öffentlichen Registern übernommen wurden zu löschen, sofern keine Rechtfertigungsgründe des Art 17 Abs. 1 DSGVO vorgebracht werden können. Dies hätte zur Folge, dass der Datenbestand der Anbieter von Informationsdiensten von den amtlichen Registern abweicht und somit die Qualität der Produkte und damit das Vertrauen der Kundinnen und Kunden gefährdet wäre. Gleichzeitig wäre hierdurch jedoch auch das Interesse des Betroffenen an der Geheimhaltung der Daten nicht eher gewahrt, da die Daten bereits frei zugänglich sind.

Erwägungsgrund 154 DSGVO verweist in Zusammenhang mit der Weiterverwendung von Daten auf die Richtlinie über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors³, welche in Österreich durch das Informationsweiterverwendungsgesetz (IWG) umgesetzt wurde. Demnach können Daten, die ohne Einschränkung öffentlich zugänglich sind, für kommerzielle und nicht kommerzielle Zwecke weiterverwendet werden. Um eine entsprechende Weiterverwendung zu gewährleisten ist es jedoch notwendig, dass Daten in öffentlichen Registern vollständig angezeigt werden. Jeglicher Widerspruch gegen eine Verarbeitung derartiger Daten müsste damit auch mit dem öffentlichen Interesse an möglichst hoher Transparenz von Informationen des öffentlichen Sektors abgewogen werden.

Die ISPA regt daher an, dass im Sinne der Öffnungsklausel des Art 86 DSGVO in § 1 Abs. 1 DSG oder auch an anderer Stelle des Gesetzes klargestellt wird, dass wie nach bisheriger Rechtslage der Anspruch auf Geheimhaltung und damit auch der Anspruch auf Löschung erlischt wenn personenbezogene Daten aufgrund ihrer Offenlegung in öffentlichen Registern frei zugänglich sind und von Dritten weiterverarbeitet werden.

3) Die Einschränkung des Rechts auf Auskunft ist überschießend

In § 4 Abs. 5 soll das das Recht auf Auskunft der betroffenen Person gemäß Art. 15 DSGVO, welches sogar in der Grundrechtsbestimmung in § 1 Erwähnung findet, gegenüber hoheitlich tätigen Verantwortlichen eingeschränkt werden, wenn durch die Erteilung dieser Auskunft die Erfüllung einer dem Verantwortlichen gesetzlich übertragenen Aufgabe gefährdet wird.

Die Einschränkung der Betroffenenrechte der DSGVO ist gemäß Art 23 DSGVO grundsätzlich dann zulässig, wenn es sich um eine notwendige und verhältnismäßige Maßnahme handelt, die darüber hinaus einem der in Art 23 Abs.1 DSGVO aufgezählten Ziele dient. Darüber hinaus hat eine entsprechende Gesetzesmaßnahme mit der eines der Betroffenenrecht eingeschränkt wird noch konkrete inhaltliche Mindestangaben zu enthalten zu enthalten, durch welche die Beschränkung auf das Notwendigste reduziert wird.

Die in dem Initiativantrag vorgesehene Bestimmung in § 4 Abs. 5 erfüllt jedoch weder die Erfordernisse des Abs. 1, da keine konkreten Ziele, sondern lediglich die Erfüllung einer dem Verantwortlichen gesetzlich übertragenen Aufgabe angeführt wird und eine solche gesetzliche übertragende Aufgabe grundsätzlich sehr viele – jedenfalls jedoch mehr als die in lit a – lit j

³ PSI-RL 2003/98/EG

enthaltenen Ziele - beinhalten kann. Darüber hinaus erfüllt die Bestimmung auch nicht die inhaltlichen Mindestanforderungen des Art 23 Abs. 2 und würde sohin eine unzulässige Einschränkung der DSGVO darstellen.

Aus diesem Grund regt die ISPA an, auch in diesem Fall die Bestimmung entweder zu streichen oder aber entsprechend zu adaptieren.

Mit freundlichen Grüßen,

ISPA - Internet Service Providers Austria



Dr. Maximilian Schubert

Generalsekretär

Die ISPA – Internet Service Providers Austria – ist der Dachverband der österreichischen Internet Service-Anbieter und wurde im Jahr 1997 als eingetragener Verein gegründet. Ziel des Verbandes ist die Förderung des Internets in Österreich und die Unterstützung der Anliegen und Interessen von über 200 Mitgliedern gegenüber Regierung, Behörden und anderen Institutionen, Verbänden und Gremien. Die ISPA vertritt Mitglieder aus Bereichen wie Access, Content und Services und fördert die Kommunikation der Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmer untereinander.