

## DMVÖ - FACTS AND FRIENDS THEMA: EU-DATENSCHUTZVERORDNUNG 14.02.2012

### 1.) Entwicklung Datenschutz:

Erste Generation: Gegen zentrale nationale Datenbanken

Zweite Generation: Abwehrrechte (Betroffenenrechte, geändertes Gefährdungspotential durch unzählige EDV-Anlagen in Verwaltung und Wirtschaft)

Dritte Generation: Informationelle Selbstbestimmung:

Der Betroffene selbst soll bestimmen,

- a) welche Informationen über ihn wie verfügbar gehalten werden;
- b) welche Informationen worüber er erhalten möchte.

Neue Problemstellungen: Internet, Social Media u.ä.

### 2.) Grundrecht auf Datenschutz:

„Jedermann hat insbesondere auch in Hinblick auf die Achtung seines privaten Familienlebens Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht. Das Bestehen eines solchen Interesses ist ausgeschlossen, wenn Daten infolge ihrer allgemeinen Verfügbarkeit oder wegen ihrer mangelnden Rückführbarkeit auf den Betroffenen einem Geheimhaltungsanspruch nicht zugänglich sind.“

**Grundrecht fußt auf der Überlegung der informationellen Selbstbestimmung.**

### 3.) Zentrale These:

Die informationelle Selbstbestimmung ist nur durch einen informierten Betroffenen möglich. Gelangt er infolge zu strenger Datenschutzbestimmungen nicht mehr zu einem Wissensstand, der ihm eine informationelle Selbstbestimmung möglich macht, ist dieses Recht ausgehöhlt.

4.) In Österreich DSG 2000 (Entwurf MR Dr. Kotschy) und auf dem Gesetz basierend Gespräche des DMVÖ zur Erarbeitung von Codes of Conduct unter Einbindung von Vertretern des DMVÖ, der WKÖ, der Bundesarbeiterkammer sowie des Bundeskanzleramtes bzw. der Datenschutzkommission/sehr konstruktiv und auch hinsichtlich der Datenschutzpositionen mit Augenmaß. § 268 GewO alt aufgehoben, § 151 GewO neu mitten in den Gesprächen.

5.) Letztlich wurde ein ausgewogenes System gewählt, das - richtlinienkonform - Interessen von Wirtschaft und Datenschutz berücksichtigt und auf folgenden Überlegungen basiert:

- Grundrecht auf Datenschutz – strenge Voraussetzungen des DSG 2000 sind beim Direct Marketing gelockert
- öffentliches Interesse an Markttransparenz (Informationsaustausch Unternehmer/ Konsument) macht Sonderregelung erforderlich (§ 151 GewO, § 268 GewO alt)
- auch die Nutzung fremder Kunden- und Interessentendateien soll möglich sein
- Grundrechtseingriff des Gesetzgebers basiert auf folgenden Argumenten
  - „Adressverlage und Direktmarketingunternehmen“ (i.d.F. AV/DMU) sind Spezialisten mit Know-How und strengen Vorschriften
  - daher auch Listbroking nur über AV/DMU, 8 Datenarten
  - relativ geringes Gefährdungspotential von Marketingdaten – strenge Zweckbindung
  - und am wichtigsten – jederzeitiges Lösungsrecht ohne Begründung
- Das System muss daher insbesondere die Rückgängigmachung des Eingriffs des Gesetzgebers durch den Betroffenen gewährleisten, dies erfolgt durch
  - Information des Betroffenen über den Zweck der Datenermittlung und die personenbezogene Verwendung

- Information über Betroffenenrechte
- Unterstützung des Betroffenen bei der Auffindung des datenschutzrechtlichen Auftraggebers, bei dem diese Rechte geltend zu machen sind
- Information über die Möglichkeit, künftige Werbesendungen zu verhindern

Für Listbroking:

AV/DMU ist Dienstleister

- Ermittlung von Daten als Listbroker ausschließlich im Rahmen der Ermittlungsbefugnisse des AV/DMU gem. § 151 Abs. 5 GewO (8 Datenarten, schriftliche unbedenkliche Erklärung)
- Datum "Zugehörigkeit des Betroffenen zu dieser Kunden- und Interessentendatei im Sinne des § 151 Abs. 5 Z 8 GewO" – ausdrücklicher (nochmaliger) Verweis auf Begriffsbestimmungen
- schriftliche unbedenklicher Erklärungen der Inhaber von Kunden- und Interessentendateien zur Vorbereitung von Listbroking - Muster Anlagen 1.3, 1.4. CoC
- bei Gestaltung von Werbeaussendungen sinngemäße Anwendung der Auftraggeberbestimmungen
- Pflichten, um Kunden- und Interessentendateien für Listbroking verwenden zu können
  - Ermittlungsphase
  - Einsatzphase
  - Sanierung von gem. § 268 GewO alt schriftlich erhobenen Daten.

6.) Die ambitionierte Zielsetzung war nicht, einen österreichischen Weg zu gehen, sondern Verhaltensregeln zu formulieren, die in Europa Schule machen sollten. Codes of Conduct wurden letztlich auch dem Datenschutzrat vorgelegt und in der Folge genehmigt und entsprechen daher in Verbindung mit § 151 GewO dem geltenden Recht. Beitrag A. J.

## **7.) Wenige Beschwerden, gutes Beschwerdemanagement**

## **8.) Europäische Datenschutzverordnung was kommt? Ich bin kein Prophet.**

Ein offensichtlich nicht zur Veröffentlichung bestimmtes Papier wurde öffentlich und hat Opt-in für traditionelles Direktmarketing enthalten. Dagegen Proteste und der erste Erfolg, dass nunmehr ein Papier vorliegt, das diesen worst-case nicht mehr enthält. (?)

Vorschlag der Europäischen Kommission vom 25.01.2012 für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung). Wie schon in der alten „Datenschutzrichtlinie“: Reiner Gesetzes-/Verordnungstext knapp, umfangreiche Bestimmungen in den Erwägungsgründen.

Begründung Punkt 3.4.2. „**Artikel 6, der auf Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG gestützt ist**, enthält die Kriterien für eine rechtmäßige Verarbeitung, die weiter konkretisiert werden in Bezug auf die Interessensabwägung und die Erfüllung rechtlicher Verpflichtungen und Aufgaben im öffentlichen Interesse.“

Erwägungsgrund 7: „**Die Ziele und Grundsätze der Richtlinie 95/46/EG besitzen nach wie vor Gültigkeit**, doch hat die Richtlinie eine unterschiedliche Handhabung des Datenschutzes in der Union, Rechtsunsicherheit sowie die weit verbreitete öffentliche Meinung, dass speziell im Internet Datenschutz nicht immer gewährleistet ist, nicht verhindern können ...“

Artikel 1 Punkt 3. des Verordnungstextes (Ziele): „**Der freie Verkehr personenbezogener Daten in der Union darf aus Gründen des Schutzes natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten weder eingeschränkt, noch verboten werden.**“

Artikel 6 des Verordnungstextes: „Rechtmäßigkeit der Verarbeitung“:

Nur rechtmäßig, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist:

a) Einwilligung

e) Die Verarbeitung ist für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich, die **im öffentlichen Interesse** liegt oder in Ausübung hoheitlicher Gewalt erfolgt und die dem für die Verarbeitung Verantwortlichen übertragen wurde.

f) Die Verarbeitung ist zur Wahrung der berechtigten Interessen des für die Verarbeitung Verantwortlichen erforderlich, sofern nicht Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt.

Punkt 3. Die Verarbeitungen gemäß ..... e) **(nicht f) !**) müssen eine Rechtsgrundlage haben im Unionsrecht oder im Recht des Mitgliedsstaates. Die einzelstaatliche Regelung muss ein im öffentlichen Interesse liegendes Ziel verfolgen oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten Dritter erforderlich sein, den Wesensgehalt des Rechtes auf Schutz personenbezogener Daten wahren und in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit der Verarbeitung verfolgten legitimen Zweck stehen.

Schmerzlich vermisst wird der

Erwägungsgrund 30 der alten Datenschutzrichtlinie: Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist nur dann rechtmäßig, wenn sie ..... notwendig ist ..... zur Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse ..... oder wenn sie im Interesse einer anderen Person erforderlich ist, vorausgesetzt, dass die Interessen oder die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person nicht überwiegen. **Um den Ausgleich der in Frage stehenden Interessen unter Gewährleistung eines effektiven Wettbewerbs sicherzustellen, können die Mitgliedstaaten insbesondere die Bedingungen näher bestimmen, unter denen personenbezogene Daten bei rechtmäßigen Tätigkeiten im Rahmen laufender Geschäfte von Unternehmen und anderen Einrichtungen an Dritte weitergegeben werden können.** Ebenso können sie Bedingungen festlegen, unter denen personenbezogene Daten an Dritte zum Zwecke der kommerziellen Werbung oder der Werbung von Wohltätigkeitsverbänden oder anderen Vereinigungen oder Stiftungen ..... weitergegeben werden können, und zwar unter Berücksichtigung der Bestimmungen dieser Richtlinie, nach denen betroffene Personen ohne Angabe von Gründen und ohne Kosten Widerspruch gegen die Verarbeitung von Daten, die sie betreffen, erheben können.

Erwägungsgrund 86 neu:

**Datenübermittlungen** sollen unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sein, nämlich wenn die Übermittlung ..... zur Wahrung eines im Unionsrecht oder im Recht des Mitgliedsstaates festgelegten wichtigen öffentlichen Interesses erforderlich ist oder wenn die Übermittlung aus einem gesetzlich vorgesehenen Register erfolgt, das von der Öffentlichkeit oder Personen mit berechtigtem Interesse eingesehen werden kann ..... Nach Erwägungsgrund 87 soll diese „Ausnahmeregelung“ insbesondere aus wichtigem

öffentlichen Interesse zulässig sein (Beispiel grenzüberschreitender Datenaustausch zwischen Wettbewerbs-, Steuer-, Zoll-, Finanzaufsichts- und Strafbehörden).

9.) Ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit einige wenige für Direktmarketing relevante Details:

a) Information über die **Speicherfrist**: Wie geht das beim Adressverlag?

b) **Widerspruchsrecht** bei Direktwerbung (Artikel 19.2): Daraus lässt sich zumindest das Argument ableiten, dass Direktwerbung in irgendeiner Form zulässig sein muss.

c) **Profilingverbot?** (Artikel 20):

1. Recht, Profiling nicht unterworfen zu werden (Datenverdichtung auf Objektebene?)
2. Profiling dann zulässig, wenn es ausdrücklich aufgrund von Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedsstaaten gestattet ist und diese Rechtsvorschriften geeignete Maßnahmen zur Wahrung der berechtigten Interessen der betroffenen Person enthalten.
3. Information muss auch Profiling enthalten.

d) **Informationspflicht** ausgedehnt, allerdings weiter „Empfänger oder Kategorien von Empfängern“ und keine Information, wenn Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben werden und die Information mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand verbunden ist.

e) **Betroffenenrechte einschließlich Profiling können gemäß Artikel 21 1. c) beschränkt** werden: „Zum Schutz sonstiger Interessen, insbesondere wichtiger wirtschaftlicher oder finanzieller Interessen des Mitgliedsstaates ..... zum Schutz der Marktstabilität und Marktintegrität“.

f) Detaillierte Regelungen zur **Dokumentation**.

g) **Meldepflichten**: Bei Verletzung des Schutzes personenbezogener Daten an die Aufsichtsbehörde und den Betroffenen.

h) **Datenschutzfolgeabschätzung:** für konkrete Risiken (Artikel 33), die gemäß Absatz 2 „insbesondere bestehen bei systematischer und umfassender Auswertung persönlicher Aspekte einer natürlichen Person, beispielsweise Analyse ihrer wirtschaftlichen Lage ..... oder persönlichen Vorlieben .....“ Auswirkungen auf Direktmarketing nicht einzuschätzen. Hierzu Artikel 34 vorherige Genehmigung und vorherige Zurateziehung der Aufsichtsbehörde.

i) **Strafbestimmungen:**

- Bis 250.000 oder 0,5 % des Jahresumsatzes: Bei Verletzung von Verfahren und Vorkehrungen, damit die Betroffenen ihre Rechte ausüben können.
- 500.000 bis 1 %: z.B.:
  - Nicht vollständige oder nicht hinreichend transparente Auskunftserteilung;
  - Nicht hinreichende Regelung der Mitarbeiterverantwortlichkeit;
  - Fehlende oder nicht hinreichende Dokumentation.
- Bis zu 1.000.000 und 2 %: z.B.:
  - Bei Datenverarbeitung ohne ausreichende Rechtsgrundlage;
  - Nichtbefolgung des Widerspruchsrechtes;
  - Missachtung der Profilingbedingungen;
  - Fehlen interner Datenschutzstrategien;
  - Nichtverständigung der Aufsichtsbehörde;
  - Fehlende Datenschutzfolgeabschätzung;
  - Fehlender Datenschutzbeauftragter;
  - Missbrauch von Datenschutzsiegeln;
  - Mangelnde Zusammenarbeit mit der Aufsichtsbehörde.

**10.) Resümee:**

- Volkswirtschaftliche Bedeutung von Direktmarketing
- Studie
- Informationsoffensive
- Großer Handlungs- und Verhandlungsbedarf auf EU-Ebene und innerstaatlich