

Frau
Mag. Sabine Joham-Neubauer
Bundesministerium für
Verkehr, Innovation und Technologie
Radetzkystraße 2
1030 Wien

Wiedner Hauptstraße 63 | Postfach 195
1040 Wien
T +43 (0) 5 90 900DW | F +43 (0) 5 90 900233
E rp@wko.at
W <http://wko.at/rp>

per E-Mail: sabine.joham-neubauer@bmvit.gv.at

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen/Sachbearbeiter	Durchwahl	Datum
BMVIT-630.254/0003-III/ PT2/2017	Rp 470.0004/2017/WP/VR Dr. Winfried Pöcherstorfer	4002	10.4.2017

Vorschlag der Europäischen Kommission für die Überarbeitung der Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation - Richtlinie 2002/58/EG, COM (2017) 10 final v 10.1.2017 [„Vorschlag EK-DSVO“] - Stellungnahme

Sehr geehrte Frau Mag. Joham-Neubauer,

die Wirtschaftskammer Österreich bedankt sich für die Übermittlung des Vorschlages der Europäischen Kommission für die Überarbeitung der Richtlinie über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation - Richtlinie 2002/58/EG, COM (2017) 10 final v 10.1.2017 [„Vorschlag EK-DSVO“] und nimmt hiezu wie folgt Stellung:

A. Allgemeines

Die Europäische Kommission hat mit der neuen Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO, ABL 2016 L 119/1 v 4.5.2016), die mit 25. Mai 2018 in den Mitgliedstaaten in Geltung tritt, einen neuen, einheitlichen Datenschutzrechtsrahmen für die Europäische Union geschaffen. Es erscheint insofern grundsätzlich nachvollziehbar, dass mit dem jüngsten Vorschlag für eine EK-DSVO (Nachfolgeregelung für die E-DSRL, auch als „ePrivacy-RL“ bezeichnet) nun eine Neuregelung der grundrechtlich besonders geschützten interpersonellen Kommunikation vorgelegt wird, wiewohl hinsichtlich einzelner Regelungen überschießende Vorgaben bzw nicht adäquate Verschärfungen vorgeschlagen werden (dazu später mehr).

Die Tatsache, dass nun auch sog Over-the-Top-Anbieter (fortan: OTTs) ausdrücklich in den Anwendungsbereich dieser sektorspezifischen Regulierung aufgenommen werden sollen, zumal evident ist, dass Kommunikationstools aus Nutzersicht in den letzten Jahren dieselben Zwecke erfüllen wie klassische Telekommunikationsdienste und diese auch zusehends ergänzen bzw auch an deren Stelle treten, begrüßen wir ausdrücklich.

Als grundsätzlich positiv erachten wir ebenso, dass der Rechtsakt in Form einer Verordnung vorgeschlagen wurde, da auf diese Weise die Einheitlichkeit der anzuwendenden Regelungen für die vielfach grenzüberschreitend erfolgende elektronische Kommunikation besser gewährleistet wird als dies der Fall wäre, wenn der Rechtsakt in Form einer erst von allen Mitgliedstaaten umzusetzenden Richtlinie präsentiert worden wäre.

Die VO soll auf Datenverarbeitungen im Bereich der elektronischen Kommunikation anwendbar sein und die DSGVO näher ausführen bzw ergänzen. Es soll ein Vorrang bei Konflikten mit der DSGVO zugunsten der vorliegenden EK-DSVO bestehen.

Unklar bleibt allerdings, wie das Verhältnis zur sog NIS-Richtlinie [RL (EU) 2016/1148/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 2016 über Maßnahmen zur Gewährleistung eines hohen gemeinsamen Sicherheitsniveaus von Netz- und Informationssystemen in der Union, ABl 2016 L 194/1 v 19.7.2016) ausgestaltet ist. Dieses Verhältnis sollte zumindest in den Erwägungsgründen präzisiert werden.

Weiters sollten „technische“ Begriffe wie „Browser“, die gegebenenfalls auf Webbrowser hinweisen, soweit möglich vermieden werden, da künftig durchaus auch andere „technische“ Zugangsprogramme Verbreitung finden können (dies betrifft auch den Begriff „(Ruf)Nummer“, etc).

Generell sei auch angemerkt, dass in dem Vorschlag Begriffsbestimmungen aus dem RL-Vorschlag für einen Europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation [COM(2016) 590 final v 12.10.2016]] übernommen wurden, welcher zum Zeitpunkt des geplanten Ingeltungtretens der EK-DSVO (25. Mai 2018) möglicherweise selbst noch nicht in Geltung stehen wird.

B. Zu den Kapiteln und Bestimmungen im Einzelnen

Kapitel I

Allgemeine Bestimmungen

Der räumliche Anwendungsbereich wird ähnlich der DSGVO auch auf Unternehmen aus Drittstaaten ausgedehnt, welche Daten europäischer User verarbeiten (Art 3 Abs 2, ErwG 9). Eine derartige Ausdehnung wird als positiv erachtet.

Artikel 4

Was in Abs 2 unter „Dienste, die eine interpersonelle und interaktive Kommunikation lediglich als untrennbar mit einem anderen Dienst verbundene untergeordnete Nebenfunktion ermöglichen“ zu verstehen ist, ist nicht nachvollziehbar und sollte daher hinreichend konkret definiert werden.

Kapitel II

Schutz der elektronischen Kommunikation natürlicher und juristischer Personen und der in ihren Endeinrichtungen gespeicherten Informationen

Artikel 5

Mit Blick auf Art 5 sollte geprüft werden, ob es nicht ausreicht, lediglich diese Bestimmung („Vertraulichkeit elektronischer Kommunikationsdaten“) auch auf die Daten juristischer Personen anzuwenden, um den Vorgaben des Kommunikationsgeheimnisses nachzukommen. Darüber hinaus sollte jedenfalls angestrebt werden, den Anwendungsbereich der Verordnung - entsprechend den Vorgaben der DSGVO - auf die Daten natürlicher Personen einzuschränken.

Artikel 6

Die Verordnung geht vom generellen Verbot der Verarbeitung von elektronischer Kommunikation aus, es sei denn es läge eine gültige Zustimmung des Endnutzers vor oder einer der Ausnahmefälle, die sich aus der Verordnung selbst ergeben. Diese Ausnahmefälle sind auf spezifische Zwecke eingeschränkt und unterliegen klar definierten Bedingungen.

Hier sei etwa auf die Behandlung von Standortdaten im Telekommunikationsnetz hingewiesen, welche keine anderen Informationen bieten, als es etwa GPS oder ähnliche Standortdaten von Endgeräten beinhalten, die im Zusammenhang mit der Erbringung von Internetdienstleistungen oder anderen Diensten anfallen und erhoben werden. Dennoch darf der Telekommunikationsanbieter solche Standortinformationen ausschließlich im engen Anwendungsbereich von Art 6 des Entwurfes verarbeiten (mit Einwilligung oder anonymisiert), während andere Wirtschaftstreibende die erweiterten Möglichkeiten der DSGVO haben, der zufolge etwa Pseudonymisierung, Verschlüsselung etc eingesetzt werden könnten, um ein allfälliges Risiko für den Datenschutz des Betroffenen abzumildern. Im Sinne eines level playing field sollten für alle Wirtschaftstreibenden, welche elektronische Kommunikations(meta)daten bzw -inhalte verarbeiten, dieselben Regelungen gelten. Hier sollte eine Gleichstellung dahingehend erfolgen, dass die genannten Datenverarbeitungen ausschließlich nach den Vorgaben der DSGVO zu behandeln sein sollen.

Es muss sichergestellt sein, dass die Zulässigkeit der Datenverarbeitung nicht nur auf die Zustimmungserklärung bzw Vertragsnotwendigkeit beschränkt wird, sondern sämtliche Rechtfertigungsgründe des Art 6 DSGVO herangezogen werden können, insbesondere jenes des legitimen Interesses (Art 6 Abs 1 f).

Formulierungsvorschlag:

„Artikel 6 Abs 2

Elektronische Kommunikationsmetadaten dürfen nur verarbeitet werden, wenn

...

c) ein Rechtfertigungsgrund nach Artikel 6 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) zur Anwendung kommt.“

Weiters sollte in Art 6 Abs 1 lit b unbedingt in die bestehende Formulierung „...zur Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der Sicherheit und Verfügbarkeit...“ aufgenommen werden, da - wie am Beispiel Hackerangriff auf Router in Deutschland ersichtlich wurde - durchaus nicht nur die Sicherheit bedroht sein kann, sondern auch Netzausfälle drohen können.

Exkurs: Verarbeitungsmöglichkeiten für Daten und MiFID II-Verpflichtungen

Speziell seitens der Banken werden die erweiterten Verarbeitungsmöglichkeiten von Metadaten und Inhalten mit Zustimmung des Nutzers begrüßt. Angesichts der möglichst weiten Angleichung mit der DSGVO sollten jedoch sektorspezifische Regeln auf ein Minimum reduziert werden.

Für den gesamten Wertpapiervertrieb besonders relevant sind die MiFID II-Verpflichtungen zur Erfassung und Speicherung von Kaufaufträgen per Telefon und elektronischer Kommunikation (bis zu 7 Jahre). Diese sind im Rahmen der Verordnung zu beachten. Die Anbieter müssen die Möglichkeit haben, eine solche Aufzeichnung und Speicherung als Dienstleistung an Banken, Broker usw. anzubieten.

Art 6 Abs 2 lit c sollte mit Art 6 Abs 1 lit f DSGVO in Einklang gebracht werden, damit das berechnete Interesse ein gültiger Rechtsgrund für die Verarbeitung sein kann. Zudem sollte eine Anpassung an Art 6 Abs 4 DSGVO erfolgen, sodass die Verarbeitung für einen anderen Zweck möglich ist, wenn bestimmte Kriterien erfüllt sind. Pseudonymisierung ist ein Beispiel für zu berücksichtigende Kriterien.

Die periodische Mahnung (6 Monate) der Möglichkeit, die Einwilligung zur Verwendung von Metadaten und Inhaltsdaten zu widerrufen (Art 9 Abs 3), sollte entfallen.

Art 6 Abs 3 lit b sollte mit dem DSGVO in Einklang gebracht und die obligatorische Konsultation der Aufsichtsbehörde entfallen. Diese Frage sollte vom Ergebnis der PIA abhängen, wenn die Verarbeitung zu einem hohen Risiko führen würde.

Art 11 sollte erweitert werden (wie in der geleakten Version), um MiFID II-konforme Aufzeichnungen zu ermöglichen:

Artikel 7

Hinsichtlich der Speicherung und Löschung elektronischer Kommunikationsdaten stellt sich die Frage, inwiefern es sinnvoll ist, in der EK-DSVO eine ähnliche Regelung wie in der DSGVO vorzusehen. Abs 2 und 3 sollten vielmehr gestrichen werden, da diese Tatbestände ohnedies bereits von der DSGVO erfasst werden.

Artikel 8, 9 und 10

Webtracking bzw Cookies werden erstmals explizit in Art 8-10 („Schutz der in Endeinrichtungen der Endnutzer gespeicherten oder sich auf diese beziehenden Informationen“, „Einwilligung“ und „Bereitzustellende Informationen und Einstellungsmöglichkeiten zur Privatsphäre“ vgl auch ErwG 17ff) genannt.

Es wird die Notwendigkeit der vorherigen Einholung einer Zustimmungserklärung ausgewiesen. Ausnahmen hiervon sind beispielhaft angeführt und auf Situationen beschränkt, in denen von keinem oder kaum vorhandenem Einfluss auf die Privatsphäre ausgegangen wird. Als Beispiele werden Session-Cookies wie Sprachpräferenzen, Darstellungspräferenzen und Warenkorb-Cookies bzw auch statistische Analysetools wie Webtraffic-Erfassungssysteme genannt.

Derartig weitgehende datenschutzrechtliche Bestimmungen sind allerdings abzulehnen, da diese nun zur Genüge durch die DSGVO geregelt werden, welche sowohl umfassende Informationspflichten und weitreichende Anforderungen an Zustimmungserklärungen enthält. Weshalb noch eine spezifischere Regelung - zusätzlich zur DSGVO - in der EK-DSVO festgeschrieben werden

soll, ist nicht nachvollziehbar. Wir regen daher eine generelle Streichung der genannten Bestimmungen nahe. Die Begründung, es wäre Konsumenten nicht zumutbar, sich diverse „Informationsbanner“ öä durchzulesen bzw sich durchzuklicken, ist in keiner Weise überzeugend. Zudem wären gerade die internationalen „Big Player“-Konzerne, welche man hier versucht zu regulieren, nicht von der vorgesehenen Regelung erfasst, da diese hauptsächlich First-Party-Cookies verwenden und/oder eine Zustimmung sehr einfach via Datenschutzerklärung in AGB (terms of use) einholen können, weil sie durch ihre Dienste den direkten Kontakt zu den Nutzern haben. Diese Regelung würde vielen bestehenden, gut funktionierenden (Third Party) Geschäftsmodellen entgegenstehen und obendrein individualisierte, zielgerichtete Online-Werbung in Europa von europäischen Anbietern nachhaltig verhindern. Einer Monopolisierung der „Big Player“ würde folgen.

Inhaltlich darf - allerdings unabhängig von der zuvor ausgeführten Ablehnung - hinsichtlich dieser Bestimmungen zudem angemerkt werden:

Die im ErWG 23 ausgewiesene dreistufige Browsereinstellung führt die nachstehenden Regelungen ad absurdum. Eine Einstellung iSd „höheren Schutzes“ (= „Cookies niemals annehmen“) würde sogleich sämtliche in der Verordnung aufgelisteten Ausnahmetatbestände verhindern (auch Session-Cookies und Analyse-Cookies sind nun einmal Cookies). Eine derartige Einstellung würde der bisherigen praktikablen Nutzung von Websites durch User schlichtweg entgegenstehen (ohne den eigentlichen Dienst zu verhindern).

Weshalb speziell Tracking bzw Cookies als hochgradig problematisch und daher zustimmungspflichtig anzusehen sein sollen, erschließt sich uns nicht. Tatsächlich wird Direktwerbung selbst in der DSGVO als legitimes Interesse anerkannt (ErWG 47 DSGVO). Die Zulässigkeit dieser Datenverarbeitung nach Art 8 sollte demnach wieder nach sämtlichen Rechtfertigungsgründen des Art 6 DSGVO zu beurteilen sein, nicht nur hinsichtlich des Vorliegens einer Einwilligung. Sollte es im Kern um den vermeintlich komplexen und unübersichtlichen Informationsbanner gehen, so erlauben wir uns darauf zu verweisen, dass selbst die DSGVO die Erfüllung der Informationspflichten nach Art 12-14 DSGVO durch eine entsprechende Aufnahme ins verpflichtende Impressum zulässt. Eine derartige Lösung wäre durchwegs praktikabel und übersichtlich. Eine andere Lösung kann die Implementierung diverser Icons direkt im Werbemittel selbst darstellen (ob hier die Kommission gem Art 12 Abs 8 DSGVO Vorgaben machen wird, bleibt abzuwarten, verwendet werden derartige Bildsymbole aber bereits jetzt, um ausreichend Information an den Endnutzer zu bringen, zB: YourOnlineChoices Initiative <http://www.youronlinechoices.com/at/>).

Eine Einwilligung via Browser-Einstellungen einzuholen, erscheint nicht zweckmäßig, da solche Einstellungen lediglich zwischen First-Party oder Third-Party Cookies unterscheiden und nicht für jede Website, sondern nur generell getätigt werden können. Im Übrigen ist die Regelung auch unpräzise formuliert. Weiters wird auf ein massives Missverhältnis in Art 9 Abs 3 EK-DSVO hingewiesen, wonach Betreiber elektronischer Kommunikationsdienste ihre Kunden alle 6 Monate auf gegebene Einwilligungen mit dem Hinweis auf die jederzeitige Widerspruchsmöglichkeit hinweisen müssen - eine völlig unsachliche Benachteiligung der betroffenen Branchen. Hier sehen wir ebenfalls keinen Anlass, von den allgemeinen Regelungen der DSGVO abzugehen.

OTTs konnten in den letzten Jahren - nicht zuletzt bedingt durch ein wesentlich weniger strenges Regulierungsumfeld - mit gleichartigen Services wie in der klassischen Telekommunikation sehr erfolgreich Marktanteile der Telekombranche zu ihren Gunsten verschieben. Von einem level playing field, wie es die Kommission immer wieder beschwört, ist man heute weit entfernt. Die Regelungen rund um Einwilligung zu Datenverarbeitungen in jeglichem Kontext sind in der

[The following text is extremely faint and illegible due to low contrast and blurring. It appears to be a series of paragraphs or a list of items, but the specific content cannot be transcribed.]

Weiters regen wir eine Klarstellung in ErwG 32 an, um Unsicherheiten im Hinblick auf die Auslegung des Begriffes „Direktwerbung“ zu vermeiden und bereits Bestehendes abzusichern:

„In dieser Verordnung wird unter Direktwerbung jede Art von Werbung verstanden, mittels derer eine natürliche oder juristische Person Direktwerbung über elektronische Kommunikationsdienste unmittelbar an einen oder mehrere bestimmte oder bestimmbare Endnutzer richtet. Dies umfasst neben dem zu gewerblichen Zwecken erfolgenden Anbieten von Produkten und Dienstleistungen auch Nachrichten von politischen Parteien, die sich über elektronische Kommunikationsdienste an natürliche Personen wenden, um für ihre Parteien zu werben. Elektronische Kommunikation zu Zwecken der Markt- und Meinungsforschung soll nicht unter Direktwerbung zu subsumieren sein und ist daher weiterhin zulässig. Dasselbe sollte für Nachrichten gelten, die von anderen Organisationen ohne Erwerbszweck übermittelt werden, um die Zwecke ihrer Organisation zu fördern.“

Klargestellt werden sollte ferner auch, dass die Weiterleitung einer „direct marketing communication“ eines Unternehmens durch einen Endnutzer an einen dritten Endnutzer, der nicht darum gebeten hat, nicht als unerbetene Kommunikation iSd VO zu verstehen ist.

Wesentlich ist schließlich, dass auch nach der künftigen Rechtslage Sendungen im Wege elektronischer Post, die zur Erfüllung der den Organisationen der gewerblichen Wirtschaft übertragenen Aufgaben erfolgen, weiterhin keiner Zustimmung des Empfängers nach telekommunikationsrechtlichen Vorgaben (europäischen wie innerstaatlichen) bedürfen.

Artikel 17

Sofern eine zusätzliche Warnverpflichtung für Betreiber implementiert wird, sollte auch die Möglichkeit bestehen, Abhilfemaßnahmen im Falle eines besonderen Risikos zu tätigen. Das entspräche dem Konzept der Datensicherheitsmaßnahmen nach der DSGVO und wäre eine praktikable Lösung.

Kapitel V

Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen

Offensichtlich soll eine Angleichung an die DSGVO erfolgen, insbesondere hinsichtlich der Zuständigkeiten und Befugnisse der Aufsichtsbehörden, wie auch hinsichtlich der Höhe der Strafsätze. Auch in diesem Kontext nochmals ausdrücklich abgelehnt wird das sehr hohe Niveau der möglichen Strafen nach der DSGVO (bis zu EUR 20 Mio bzw 4 % des weltweiten Jahresumsatzes), das auch auf den Entwurf für eine EK-DSVO übertragen worden ist. Außerdem finden sich die Bestimmungen bzgl Parallelzuständigkeiten zwischen Behörden und Gerichten (Art 21) wieder, welche bereits im Begutachtungsverfahren zur DSGVO kritisch beurteilt wurden.

Die potentiellen Strafen sind maßlos überzogen, auch angesichts dessen, dass die Strafhöhe bereits bei einem minderen Grad an Versehen schlagend werden könnte. Würde beispielsweise ein Blumenhändler oder ein Friseur eine Werbemail versehentlich an einen Rechtskundigen schicken, welcher seine Zustimmung vorab nicht erteilt hat und auch kein Stammkunde ist, dann kann das durchaus existenzgefährdende Folgen nach sich ziehen. Die Verhältnismäßigkeit solcher Strafen im Hinblick auf den Eingriff in allfällige Rechte des Betroffenen ist nicht mehr gewährleistet. Weiters wurde verabsäumt, auf die wirtschaftliche Lage von natürlichen Personen bei der Straf-

bemessung der Geldbuße Rücksicht zu nehmen, welche bereits im ErwG 150 der DSGVO verankert wurde. Die - wenigen - Vorgaben der DSGVO zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit bei der Strafbemessung sollten jedenfalls beibehalten werden.

Daher fordern wir, dass die Festlegung über Sanktionen - auch hinsichtlich der Artikel 15 und 16 (wie bereits für Artikel 12, 13, 14 und 17 im Verordnungsentwurf vorgeschlagen) den Mitgliedstaaten vorbehalten bleiben sollen.

Schließlich sollte das Prinzip „beraten statt bestrafen“ in der EK-DSVO aufgenommen werden und in auch tatsächlich operationalisierbarer Weise in Kapitel V Verankerung finden.

Wir ersuchen um die Berücksichtigung unserer Überlegungen in den laufenden Verhandlungen zum vorliegenden Verordnungsvorschlag auf europäischer Ebene und verbleiben

mit freundlichen Grüßen


Martha Schultz
Vizepräsidentin


Mag. Anna Maria Hochhauser
Generalsekretärin