

Datenschutzbehörde  
Wickenburggasse 8  
1080 Wien  
**Per E-Mail an: [dsb@dsb.gv.at](mailto:dsb@dsb.gv.at)**

Kontakt  
DI Ursula Tauschek

DW  
223

Unser Zeichen  
TA/CF – 05/2019

Ihr Zeichen

Datum  
17.04.2019

**Stellungnahme zum Entwurf einer Verordnung der Datenschutzbehörde, über die Anforderungen an eine Stelle für die Überwachung der Einhaltung von Verhaltensregeln (Überwachungsstellenakkreditierungs-Verordnung – ÜstAkk-V)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

Oesterreichs Energie bedankt sich für die Gelegenheit zum Entwurf einer Verordnung der Datenschutzbehörde, über die Anforderungen an eine Stelle für die Überwachung der Einhaltung von Verhaltensregeln (Überwachungsstellenakkreditierungs-Verordnung – ÜstAkk-V) Stellung nehmen zu dürfen.

Oesterreichs Energie begrüßt die Möglichkeit, durch datenschutzrechtliche Verhaltensregeln Rechtssicherheit für Fragen der sektorbezogenen Datenverarbeitung zu erlangen. Die von uns vertretenen Mitglieder sind sich ihrer zentralen Rolle bewusst und bekennen sich zu guter Datenschutzpraxis unter Zuhilfenahme eines solchen Regelwerks.

Die von Oesterreichs Energie für ihre vertretenen Netzbetreiber zur Genehmigung vorgelegten Verhaltensregeln werden einen wichtigen Mehrwert für die Branche in Bezug auf eine datenschutzkonforme Verarbeitung und den Schutz der Daten der Kundinnen und Kunden bieten.

Im Rahmen der Erstellung der brancheneigenen datenschutzrechtlichen Verhaltensregeln hat sich Oesterreichs Energie eingehend und praxisorientiert mit der Rolle, den Aufgaben und den Grenzen von akkreditierten Überwachungsstellen beschäftigt. Oesterreichs Energie bekennt sich zur Notwendigkeit der Installation einer unabhängigen und kompetenten Überwachungsstelle. Nur so kann die notwendige Transparenz bei der Einhaltung der Verhaltensregeln sichergestellt werden. Durch die Möglichkeit von außerbehördlichen Streitbeilegungsverfahren können Missverständnisse effizient und für beide Seiten zufriedenstellend aufgeklärt werden.

Der von der österreichischen Datenschutzbehörde zur Stellungnahme übermittelte Entwurf der ÜStAkk-V wird von Oesterreichs Energie generell begrüßt. Dennoch sehen wir insbesondere folgende drei Bereiche kritisch.

**Unsere wesentlichsten Kritikpunkte sind:**

- **Hohe und auch teilweise unklare Anforderungen an die Unabhängigkeit der Überwachungsstelle (§ 3 Abs 2 und 3),**
- **das erforderliche Fachwissen als persönliche Voraussetzung ( § 3 Abs 4) und**
- **die Verfahrensdauer im Streitbeilegungsverfahren (§ 5).**

**Zu den einzelnen Punkten des Entwurfes der Datenschutzbehörde nehmen wir, wie folgt, Stellung:**

**Unabhängigkeit und Fachwissen**

**Zu § 3 Abs 2 – Unabhängigkeit und Fachwissen**

Der Entwurf der ÜStAkk-V sieht in § 3 Abs 2 vor, dass kein **rechtliches, wirtschaftliches, persönliches** oder **fachliches** Abhängigkeits- oder Naheverhältnis zu den zu Überwachenden bestehen darf.

Schutzzweck der Norm ist die Verhinderung von Abhängigkeits- und Integritätskonflikten, welche die (unparteiische) Urteilsfähigkeit der Überwachungsstelle in Zweifel ziehen könnten.

In Bezug auf das **rechtliche** Abhängigkeits- oder Naheverhältnis, das eine gesellschaftsrechtliche Verflechtung laut den Erläuterungen (vgl Erläuterung zu § 3 Abs 2) ausschließt, möchte Oesterreichs Energie zur Diskussion stellen, ob Verhaltensregeln auflegende Vereinigungen oder Verbände überhaupt eine Überwachungsstelle errichten und betreiben können.

Oesterreichs Energie vertritt die Ansicht, dass Überwachungsstellen nach den im Akkreditierungsverfahren vorgelegten Bestimmungen und ihrer Geschäftsordnung derart unabhängig bei ihrer Aufgabenerfüllung errichtet werden müssen, dass ein Durchgriff durch den Verband oder sich unterstellende Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter jedenfalls verunmöglicht wird.

Der Anspruch an eine rechtliche Unabhängigkeit würde aber weit darüber hinausgehen. Man müsste sich als Verband der Willkür des Marktes aussetzen, ob ein unbeteiligter Dritter eine entsprechende Überwachungsstelle errichtet und verlässlich betreibt oder auch nicht, ein für eine der Grundversorgung verpflichteten Branche nicht hinnehmbarer Zustand. Jedenfalls muss es daher Verhaltensregeln auflegenden Vereinigungen faktisch möglich sein, eine unabhängige Überwachungsstelle selbst zu errichten.

Angeregt wird, die **erforderliche rechtliche Unabhängigkeit ersatzlos im Verordnungsentwurf zu streichen** und den entsprechenden Telos der Bestimmung verstärkt in § 3 Abs 3 zu integrieren.

### **Zu § 3 Abs 3 Z 1 – Unabhängigkeit und Fachwissen**

Oesterreichs Energie begrüßt die Vorgabe, dass es zu keinem **wirtschaftlichen** Abhängigkeitsverhältnis zwischen den Akteuren kommen darf. Das Vertrauen in das unparteiische Funktionieren einer Überwachungsstelle hat höchste Priorität. Genauso darf es zu keinem Interessenkonflikt durch parallele Beratungstätigkeiten der Überwachungsstelle für die zu überwachenden kommen.

Warum jedoch in diesem Zusammenhang nach dem Entwurf auch auf die wirtschaftlichen Eigentümer (§ 3 Abs 3 Z 1) abgestellt werden soll, erschließt sich nicht. Durch diesen Anspruch, der sich derart ausgestaltet keineswegs aus Art 41 Abs 2 lit a oder d DSGVO ableiten lässt, wird es Verhaltensregeln auflegenden Vereinigungen verunmöglicht, eine Überwachungsstelle zu betreiben. Denn eine solche muss als wirtschaftlichen Eigentümer zwangsläufig in letzter Instanz die Mitglieder der Vereinigung angeben. Diese sind jedoch regelmäßig auch von der Überwachungsstelle die zu überwachenden Stellen.

Das Register der wirtschaftlichen Eigentümer wurde zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung eingeführt. Durch das Register soll der Missbrauch von Gesellschaften für diese Zwecke hintangestellt werden. Ein Abstellen auf wirtschaftliche Eigentümer zur Determinierung der Unabhängigkeit würde das Register zweckentfremden. Das Kriterium ist somit kein geeignetes Kriterium, die inhaltliche Unabhängigkeit einer Überwachungsstelle zu erheben. Der von Oesterreichs Energie unterstützte Schutzzweck, Unabhängigkeit sicherzustellen und Interessenkonflikte hintanzuhalten, kann auch mit anderen, gelinderen und inhaltlich werthaltigeren Mitteln erreicht werden.

Es wird deshalb angeregt, § 3 Abs 3 Z 1 dahingehend anzupassen, dass **der Nachweis des wirtschaftlichen Eigentümers ein möglicher, aber keinesfalls zwingender Nachweis** der Unabhängigkeit der Überwachungsstelle ist.

### **Zu § 3 Abs 3 Z 2 – Unabhängigkeit und Fachwissen**

Darüber hinaus erlaubt sich Oesterreichs Energie noch die Anmerkung, dass die Bestimmungen hinsichtlich der **Finanzierung** durch sich unterstellende Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter aus praktischer Sicht wenig verständlich sind. Regelmäßig werden Überwachungsstelle einen periodischen Pauschalbetrag von der die Verhaltensregeln auflegenden Vereinigung erhalten. Tatsächlich nicht vorstellbar wäre hingegen, dass die sich unterstellende Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter, welche regelmäßig auch Mitglieder und entsprechende Financiers der Vereinigung sind, zusätzlich auch noch Beiträge an eine Überwachungsstelle leisten.

Die im Entwurf geforderte **fachliche** Unabhängigkeit ist insbesondere im Zusammenhang mit der Forderung der strikten (faktischen) personellen Entflechtung nach Ansicht von Oesterreichs Energie überschießend und durch den Regelungszweck nicht gerechtfertigt.

### **Zu § 3 Abs 3 Z 4 – Unabhängigkeit und Fachwissen**

Regelmäßig wird das vom Verordnungsentwurf geforderte Fachwissen (§ 3 Abs 4) nur von Mitarbeitern der sich unterstellenden Mitglieder der Vereinigung oder zumindest von Personen mit einem entsprechenden professionellen Naheverhältnis erbracht werden

können. Immerhin fordert der Entwurf nicht nur Fachwissen hinsichtlich des Datenschutzrechts und der damit einhergehenden sektorspezifischen Regelungen, sondern darüber hinaus auch ausgezeichnete Kenntnisse hinsichtlich technischer und organisatorischer Maßnahmen.

Maßstab muss aber sein, dass die personellen Verflechtungen zwischen Überwachten und den Überwachenden nicht derart sind, dass eine freie Willensbildung der überwachenden Stelle nicht angenommen werden kann. Denkbar wären im Übrigen auch Ordnungsvorschriften für die Beteiligung an der Willensbildung aller Mitglieder der Überwachungsstelle, die verhindern, dass mit dem jeweiligen Überwachten personell verflochtene Mitglieder an Entscheidungen nicht mitwirken können, die diesen Überwachten betreffen.

Oesterreichs Energie regt deshalb an, **die Regelung hinsichtlich der fachlichen Unabhängigkeit dahingehend abzuändern, dass keine personelle Verflechtung zwischen den zu überwachenden Stellen und der Überwachungsstelle bestehen darf, die die freie Willensbildung dieser in Zweifel zieht.**

Darüber hinaus stehen nach Ansicht von Oesterreichs Energie diese Anforderungen im Widerspruch mit dem Nachweis nach § 3 Abs 4 Z 2. Diese Anforderung könnte nur erfüllt werden, wenn zur Überwachungsstelle oder als deren Mitarbeiter ein Brancheninsider akkreditiert oder „abgeworben“ werden würde. Verwehrt man jede personelle Verflechtung, so würde dies voraussetzen, dass solche Personen ihren Lebensunterhalt alleine durch die Tätigkeit als Überwachungsstelle bestreiten könnten oder ihre Tätigkeit in der Branche beendet haben müssten. Abgesehen von besonders großen Branchen, und selbst hier erscheint es fraglich, wird dies – gemessen an einer vertretbaren budgetären Ausstattung – nicht der Fall sein.

### **Fachwissen als persönliche Voraussetzung**

#### **Zu § 3 Abs 4 – Unabhängigkeit und Fachwissen**

Das in § 3 Abs 4 geregelte erforderliche Fachwissen stellt sich als **persönliche Voraussetzung** dar, welche nicht von der zu akkreditierenden und in weiterer Folge akkreditierten Stelle selbst, sondern von entscheidungsbefugten Personen der Überwachungsstelle erbracht werden muss.

Auch bleibt unklar, wer (Mitglieder eines etwaigen Prüf- und Überwachungsgremiums, Geschäftsführung) entscheidungsbefugte Person konkret sein soll.

Offen bleibt zudem, wie mit solchen persönlichen Voraussetzungen in Hinblick auf die Akkreditierung einer juristischen Person umzugehen ist. Denn die Ausgestaltung des § 3 Abs 4 steht im Widerspruch zu § 2 Abs 1, wonach die zu akkreditierende Stelle jede beliebige Rechtsform haben kann. Eine als juristische Person eingerichtete Stelle, welche sich um die Akkreditierung als Überwachungsstelle bemüht, wird die geforderten Kompetenzen regelmäßig durch vertretungsbefugte oder für sie tätige Personen nachweisen müssen (ähnlich einem gewerberechtlichen Geschäftsführer). Dem Entwurf sind für diesen Anwendungsfall jedoch keine Regelungen zu entnehmen.

Oesterreichs Energie schlägt deshalb vor, in der ÜStAkk-V klar zu regeln, **wer die Anforderungen an das Fachwissen iSd § 3 Abs 4 zu erfüllen hat und wie mit einer etwaigen Bestellung oder Abberufung von natürlichen Personen** umzugehen ist. Angeregt wird, in der Verordnung eine entsprechende Notifikationspflicht an die Datenschutzbehörde vorzusehen. Darüber hinaus könnte eine entsprechende Bezugnahme im obligatorischen Jahresbericht gem § 6 Abs 4 verpflichtend vorgesehen werden.

Hinsichtlich juristischer Personen als Überwachungsstelle sollte **durch interne Organisationsvorschriften sicherzustellen sein, dass jene Personen**, die für den Zweck der Überwachungsstelle relevante Entscheidungen fällen (also die Überwachung der Einhaltung der Verhaltensregeln durchführen) **gemeinsam – nicht jeder für sich – die Voraussetzungen erfüllen müssen**. Abgänge wären daher entsprechend nachzubersetzen.

#### **Zu § 5 Abs 3 Z 2 – Streitbeilegungsverfahren**

Es wird hervorgehoben, dass die Regelung des § 5 Abs 3 Z 2, wonach im Falle eines kollegialen Entscheidungsgremiums, die betroffene Person das Recht erhalten soll, einen Vertreter in das konkrete Streitbeilegungsverfahren zu entsenden, für Oesterreichs Energie ein nicht hinnehmbarer Eingriff in die Organisationsfreiheit der Überwachungsstelle und darüber hinaus in die rechtlich geschützten Interessen auf Geheimhaltung und Vertraulichkeit von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist.

Ein Eingriff, wie er in § 5 Abs 3 Z 2 vorgesehen ist, ist sowohl systematisch, als auch politisch abzulehnen. Oesterreichs Energie regt in diesem Zusammenhang an, die Bestimmung ersatzlos zu streichen.

#### **Verfahrensdauer**

##### **Zu § 5 Abs 3 Z 4 – Streitbeilegungsverfahren**

Hinsichtlich der Verfahrensdauer des Streitbeilegungsverfahrens in § 5 Abs 3 Z 4, erlaubt sich Oesterreichs Energie anzumerken, dass die Regelung der höchstzulässigen Verfahrensdauer im Streitbeilegungsverfahren Kompetenz der die Verhaltensregeln auflegenden Stelle gem Art 40 Abs 4 DSGVO ist.

Ob die Festsetzung der Dauer mit den Zielanforderungen an datenschutzrechtliche Verhaltensregeln hinsichtlich der konkreten Regeln und der davon umfassten Branche vereinbar ist, ist Teil und Gegenstand des behördlichen Genehmigungsverfahrens und nicht Aufgabe oder unmittelbare Regelungskompetenz der Überwachungsstelle. Die Datenschutzbehörde muss die entsprechende Einordnung im Genehmigungsverfahren und nicht im Akkreditierungsverfahren treffen.

Aus Sicht von Oesterreichs Energie ist **§ 5 Abs 3 Z 4 ersatzlos zu streichen**.

##### **Zu § 6 Abs 4 – Maßnahmen der Überwachungsstelle**

Aus der Formulierung des § 6 Abs 4 könnte der Eindruck entstehen, dass sich aus der Berichtspflicht an die Datenschutzbehörde auch ein entsprechendes Intervall für die Überwachungs- und Prüfverpflichtung der Überwachungsstelle gegenüber sich

unterstellenden Verantwortlichen oder Auftragsverarbeitern ergibt. Ein jährliches Audit erschiene aus Sicht von Oesterreichs Energie jedoch jedenfalls überschießend und auch praktisch nicht umsetzbar.

Das Intervall einer entsprechenden Tätigkeit der Überwachungsstelle darf nicht statisch, sondern muss jedenfalls nach Maßgabe der Sensibilität der Daten, Verarbeitungstätigkeit, betroffenen Branche und der damit verbundenen Risiken für die Rechte und Freiheiten betroffener Personen bemessen werden.

Oesterreichs Energie schlägt deshalb vor, in der Verordnung klarzustellen, dass es der die **Verhaltensregeln auflegenden** Vereinigung bzw dem entsprechenden **Verband obliegt**, in den Verhaltensregeln ein **entsprechendes Intervall oder die Kriterien** dafür festzulegen.

### **Sonstiges**

Abschließend erlaubt sich Oesterreichs Energie noch anzumerken, dass der Verweis in den Erläuterungen zu § 3 Abs 3 Z 1 richtiger Weise auf Art 41 Abs 2 lit a und lit d lauten müsste.

Wir danken für die Kenntnisnahme der Anliegen von Oesterreichs Energie und ersuchen um deren Berücksichtigung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Leonhard Schitter  
Präsident

Dr. Barbara Schmidt  
Generalsekretärin

### **Über Oesterreichs Energie**

Oesterreichs Energie vertritt seit 1953 die gemeinsam erarbeiteten Brancheninteressen der E-Wirtschaft gegenüber Politik, Verwaltung und Öffentlichkeit. Als erste Anlaufstelle in Energiefragen arbeiten wir eng mit politischen Institutionen, Behörden und Verbänden zusammen und informieren die Öffentlichkeit über Themen der Elektrizitätsbranche. Die rund 140 Mitgliedsunternehmen erzeugen mit rund 20.000 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern mehr als 90 Prozent des österreichischen Stroms mit einer Engpassleistung von über 25.000 MW und einer Erzeugung von rund 68 TWh jährlich, davon 72 Prozent aus erneuerbaren Quellen.