

WIEN / 20. Februar 2018

Stellungnahme

Zum Ministerialentwurf für ein Bundesgesetz über die Verarbeitung von Fluggastdaten zur Vorbeugung, Verhinderung und Aufklärung von terroristischen und schweren Straftaten (PNR-Gesetz – PNR-G) (4/ME XXVI.GP)

Für epicenter.works

Mag.^a Angelika Adensamer, MSc,
Ing. Dr. Christof Tschohl,
Thomas Lohninger, BA



VORWORT UND KURZFASSUNG

Das PNR-Gesetz¹ bringt eine anlasslose und verdachtsunabhängige Speicherung von personenbezogenen Daten aller per Luftweg aus oder nach Österreich reisenden Personen. Eine Vielzahl an Daten über Buchung, Strecke, Zahlungsmittel, Kontaktangaben, Gepäck u.v.m. sollen nun beim Bundeskriminalamt **fünf Jahre lang gespeichert** werden. Dies ist unverhältnismäßig und eine Verletzung des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens und des Recht auf Schutz personenbezogener Daten. Schon die Richtlinie, die mit diesem Entwurf umgesetzt wird (PNR-Richtlinie (EU) 2016/681) **ist unions- und grundrechtswidrig**, folgt man dem EuGH, der inzwischen schon **zwei Mal die** – mit dem PNR sehr gut vergleichbare – **Vorratsdatenspeicherung** sämtlicher Telekommunikationsdaten **für EU-rechtswidrig** erklärt hat und zuletzt auch ein **Abkommen zum Austausch von Fluggastdaten** zwischen der EU und Kanada für **unvereinbar mit Art. 7** (Achtung des Privat- und Familienlebens) und Art. 8 (Schutz personenbezogener Daten) der **EU-Grundrechtecharta** erklärte.

Dennoch will die österreichische Regierung die RL mit dem vorliegenden Entwurf offenbar sogar überschießend erfüllen (Gold Plating): so ist – obwohl dies nicht verpflichtend ist – die **Anwendbarkeit auch auf innereuropäische Flüge** vorgesehen. Zugleich wird den Datenschutzbestimmungen einerseits der RL selbst und andererseits der DSGVO und des neuen DSG nicht entsprochen. So wird es nach dem Entwurf z.B. **verabsäumt, eine nationale Kontrollstelle einzurichten und einen für die Datenverarbeitung Verantwortlichen einzusetzen**. Weiters sind die Informationspflichten, die Dokumentationspflichten, das Auskunftsrecht und die Datensicherheitsmaßnahmen **datenschutzrechtlich unzureichend** ausgestaltet. Wir fordern daher, dass die PNR-RL so minimal wie möglich umgesetzt wird – mit maximalem Datenschutz!

Darüber hinaus liegt es an der Regierung, Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass die auf die Fluggastdaten angewendeten Algorithmen nicht diskriminierend wirken, und einer unabhängigen Überprüfung zugänglich sind. Außerdem muss sichergestellt werden, dass ein **wirksamer Rechtsschutz für den Fall gewährleistet ist, dass eine betroffene Person durch die Anwendung der verdachtsbegründenden und -entlastenden Kriterien i.S.d. PNR-G beeinträchtigt oder diskriminiert wird**.

Abschließend kritisieren wir die kurze Begutachtungsfrist von vier Wochen bei einer so heiklen Materie angesichts der Komplexität der Materie, auch in technischer Hinsicht. Im **letzten Kapitel listen wir notwendige Verbesserungen** auf, um den vorliegenden Entwurf in Einklang mit unions- und grundrechtlichen Vorgaben zu bringen.

1 https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/ME/ME_00004/index.shtml#tab-Uebersicht.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort und Kurzfassung.....	2
Kritik an der PNR-Richtlinie (EU) 2016/681	3
Kritik am PNR-G.....	5
Anwendbarkeit auf EU-interne Flüge.....	5
Nationale Kontrollstelle.....	5
Unzureichender Datenschutz.....	6
Individuelle Trefferüberprüfung.....	7
Conclusio.....	7

KRITIK AN DER PNR-RICHTLINIE (EU) 2016/681

Die Fluggastdatenspeicherung stellt eine anlasslose verdachtsunabhängige Vorratsdatenspeicherung dar. Ähnliche Regelungen sind vom **EuGH schon drei Mal für unvereinbar mit den europäischen Grundrechten erklärt worden**. Das erste Mal wurde die Vorratsspeicherung von Kommunikationsdaten für rechtswidrig erklärt, als epicenter.works (damals noch AK Vorrat) 2014² gegen die österreichische Vorratsdatenspeicherung Beschwerde erhob und das zweite Mal 2016 im Fall Sverige/Tele 2³. Schließlich erklärte der EuGH im Juli 2017 auch ein Abkommen zum Austausch von Fluggastdaten zwischen der EU und Kanada für unvereinbar Art. 7 GRC (**Achtung des Privat- und Familienlebens**) und Art. 8 GRC (**Schutz personenbezogener Daten**).

Im Lichte dessen, dass also schon die Richtlinie mit großer Wahrscheinlichkeit unionsrechtswidrig ist, **wird die Regierung dazu angehalten, sie nur im minimalen Umfang umzusetzen** und keinesfalls über die Verpflichtungen aus der Richtlinie hinauszugehen. Genau dies ist insbesondere mit der Erstreckung auf Flüge im innereuropäischen Bereich geschehen, was gem. der RL keine Obligation darstellt (siehe Art. 2 Abs. 1 PNR-RL) und daher schärfstens zu kritisieren ist. Dass schon wieder – oder noch immer – auf extensive Massenüberwachung gesetzt wird, obwohl dies eindeutig grundrechtswidrig ist, zeugt von einer Missachtung der Rechtsstaatlichkeit u sowie von Grund- und Freiheitsrechten.

Dass Massenüberwachung geeignet ist, zur Verhütung oder Aufklärung von Straftaten beizutragen, **wird oft postuliert, ist aber nicht erwiesen**. Auch in Ländern, in denen es seit vielen Jahren Massenüberwachung gibt, werden nicht mehr Terroranschläge und Verbrechen verhindert oder aufgeklärt. Im Gegenteil: hochrangige Beamte von Geheimdiensten erzählen vielmehr von der Erfahrung, **dass zu viele Daten die Analyse schwieriger machen**.⁴ Es sei, wie eine Nadel im Heuhaufen zu suchen und dabei den Heuhaufen zu vergrößern. Dass ein legitimes Ziel vorliegt, steht außer Zweifel. Wenn jedoch schon fraglich ist, inwiefern durch einen Grundrechtseingriff mit großer Streubreite das Ziel überhaupt erreicht werden kann, sind die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit sowie rechtsstaatliche Garantien und Kontrollen umso wichtiger.

2 Lohninger, 8.4.2014, Der österreichische AK Vorrat hat einen Sieg für Bürgerrechte in Europa errungen: EuGH erklärt Vorratsdatenspeicherung für unzulässig. <https://epicenter.works/der-%C3%B6sterreichische-ak-vorrat-hat-einen-sieg-f%C3%Bcr-b%C3%BCrgerrechte-europa-errungen-eugh-erkl%C3%A4rt>.

3 Czadišek, 23.12.2016, Anlasslose Vorratsdatenspeicherung rechtswidrig, <https://epicenter.works/content/anlasslose-vorratsdatenspeicherung-rechtswidrig>.

4 Siehe dazu z.B. NSA Whistleblower Binney <https://www.youtube.com/watch?v=5lJ5dn5yAh4&t=199s>.

Mit dem neuen PNR-G wird die EU-Richtlinie zur Verhütung, Aufdeckung, Ermittlung und Verfolgung von terroristischen Straftaten und schwerer Kriminalität umgesetzt (2016/681). Schwere Kriminalität bedeutet hier allerdings auch schon Produktpiraterie, illegaler Handel mit Kulturgütern, Drogenhandel und Betrug. Die Massenüberwachung hat also nicht nur den Zweck, die schwersten Verbrechen zu verhindern, sondern wird auch verwendet, um eine Reihe weniger gefährlicher Straftaten zu verfolgen.

Fluggastdaten sind äußerst sensibel und können „**bedeutsame Informationen über das Privatleben der betreffenden Personen**“ liefern, so der EuGH⁵, zusammen betrachtet, könnten sie: „einen gesamten Reiseverlauf, Reisegewohnheiten, Beziehungen zwischen zwei oder mehreren Personen sowie Informationen über die finanzielle Situation der Fluggäste, ihre Ernährungsgewohnheiten oder ihren Gesundheitszustand“ und unter Umständen sogar sensible Daten über die „rassische oder ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder philosophische Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit“ offenbaren.

In Anbetracht der Eingriffsintensität von anlassloser Massenüberwachung wäre eine Speicherung von Fluggastdaten im Sinne des Verhältnismäßigkeitsprinzips **auf das Mindeste zu beschränken**. Auch das wurde in dieser Richtlinie verabsäumt, so ist die **Speicherdauer von fünf Jahren zu lang** und die Notwendigkeit der Speicherdauer wird nicht begründet, ebenso wie unklar bleibt, wieso die **Vielzahl von Datensätzen** dafür notwendig ist. Insbesondere die Datenkategorie „allgemeine Hinweise“ (PNR-RL, Anhang I, Z. 12, § 3 Z. 12 PNR-G) ist viel zu weit gefasst.

Auch mit der **Unschuldsvermutung** ist eine anlasslose Vorratsdatenspeicherung grundsätzlich nicht vereinbar, denn erst bei begründeten Verdachtsmomenten dürfen Ermittlungsmaßnahmen gesetzt werden. Auch das rumänische Höchstgericht hat die anlasslose Vorratsdatenspeicherung mit Berufung auf die Unschuldsvermutung und Art. 6 EMRK aufgehoben.⁶

Bei Datensätzen von enormer Größe⁷, wie es bei den Fluggastdaten der Fall ist, kommt es auch bei hoher Treffsicherheit zu einer großen Zahl an falschen Treffern (false positives). Alle Treffer, die algorithmisch entstehen, müssen nach der Richtlinie durch eine Person individuell überprüft werden. Dies soll durch einen **Abgleich mit Daten aus anderen Datenbanken geschehen**. Damit wird eine weitere Ermittlungshandlung gesetzt, die ausdrücklich auch Personen betrifft, gegen die kein begründeter Verdacht vorliegt, denn genau die sollen durch den Vorgang aussortiert werden. **Man fängt also von hinten an: alle werden überwacht, es gibt sehr viele Treffer, und von diesen müssen noch mehr händisch aussortiert werden.**

Zentral für die Kritik an der Richtlinie ist auch die Verwendung von **Algorithmen**, die dazu dienen werden, die Fluggastdaten zu verarbeiten. Die verdachtsbegründenden und -entlastenden Kriterien sollen zum Teil aus dem Datenset selbst entstehen. Dabei ist völlig unklar, wie dies geschehen soll, woran die Effektivität dieser Kriterien gemessen wird, und wie sie überprüft werden. Es fehlt jegliche Transparenz darüber, wie diese Datenverarbeitung praktisch funktionieren soll. Wenn Entscheidungen

5 [http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=193216&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=350400)

[text=&docid=193216&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=350400](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=193216&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=350400), Rz 128.

6 Siehe <http://www.vorratsdatenspeicherung.de/content/view/342/1/lang/de/#Urteil>, zitiert in: Gamper, Datenschutz – von Geheimhaltung, Geheimniskrämerei und Transparenz, in Geist ua (Hrsg.), Strukturierung der juristischen Semantik, 2011, 527.

7 Der Europäische Datenschutzbeauftragte geht von ca. 300 Millionen nicht-verdächtiger betroffenen Personen aus, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/edpsweb_press_releases/edps-2015-08-edps_pnr_en.pdf.

(z.B. über das Setzen von Überwachungsmaßnahmen) von Algorithmen getroffen werden, ist diese **Intransparenz ein schwerwiegendes demokratiepolitisches und rechtsstaatliches Problem.**⁸

In der Richtlinie ist vorgesehen, dass bestimmte besonders sensible persönliche Merkmale nicht in die Kriterien der Datenverarbeitung einfließen dürfen, um das Recht der Betroffenen auf Nichtdiskriminierung zu wahren. Das ist zwar grundsätzlich begrüßenswert, reicht aber nicht aus, um alle Formen von **Diskriminierung** auszuschließen. So sind z.B. nicht alle Gründe, aus denen Art. 21 GRC Diskriminierung verbietet, auch in der PNR-RL genannt.

Gem. Art. 21 GRC ist außerdem auch die **mittelbare Diskriminierung** verboten.⁹ Eine solche liegt vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren zu stärkeren Nachteilen für eine bestimmte geschützte Gruppe führen, als für andere Personen in einer ähnlichen Situation. Weder die Richtlinie noch die Gesetzesumsetzung enthalten Maßnahmen, um unmittelbarer Diskriminierung vorzubeugen. Die Europäische Grundrechteagentur schlägt dafür z.B. eine statistische Analyse der Treffer und Kontrollen auf anonymer Grundlage vor.¹⁰

KRITIK AM PNR-G

Anwendbarkeit auf EU-interne Flüge

Von dem PNR-G sind **auch Flüge innerhalb der EU umfasst**. Dies ist nach der Richtlinie (RL) nicht zwingend vorgeschrieben und daher eine Übererfüllung („Gold Plating“).¹¹ Da das Gesetz einen massiven Eingriff in das Recht auf Achtung der Privatsphäre und das Grundrecht auf Datenschutz darstellt und daher schon die RL EU-rechtswidrig ist (s.o.), lehnt die Zivilgesellschaft eine Übererfüllung dezidiert ab und wir fordern die Regierung auf, von der Anwendbarkeit der RL und in Folge auch des PNR-G auf Flüge innerhalb der EU abzusehen.

Nationale Kontrollstelle

Art. 15 PNR-RL sieht die Einsetzung einer **nationalen Kontrollstelle** vor, deren Aufgabe es ist, die Grundrechte im Zusammenhang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten zu schützen (Abs. 2), sowie die Behandlung von Beschwerden betroffener Personen (Abs. 3 lit. a) und die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung, die Durchführung von Ermittlungen, Inspektionen und Audits auch aus eigener Initiative (Abs. 3 lit. b) durchzuführen. **Bestimmungen zur Einsetzung einer nationalen Kontrollstelle fehlen im vorliegenden Entwurf komplett.** Wir schlagen daher vor, die Datenschutzbehörde im PNR-G als nationale Kontrollstelle einzusetzen und personell sowie finanziell

8 Vgl. z.B. Eilenberger/Felsner, Fluggastdatenverwendung. Empirische Rechtsdurchsetzung und der Mythos der Objektivität, Juridikum 3/2015, 392 – 401.

9 Siehe dazu FRA, Handbuch zum europäischen Antidiskriminierungsrecht, S. 34.

10 FRA, Gutachten der Agentur der Europäischen Union für Grundrechte betreffende den Vorschlag für eine Richtlinie über die Verwendung von Fluggastdatensätzen zu Zwecken der Verhütung, Aufdeckung, Aufklärung und strafrechtlichen Verfolgung von terroristischen Straftaten und schwerer Kriminalität (KOM(2011)32 endgültig), <http://fra.europa.eu/en/opinion/2011/fra-opinion-proposal-passenger-name-record-pnr-directive>, S. 11.

11 Siehe dazu auch Siehe dazu auch die Stellungnahme der Datenschutzbehörde 7/SN-4/ME XXVI.GP, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/SNME/SNME_00142/imfname_681539.pdf, S. 2 und die Stellungnahme der Bundesarbeiterkammer 6(SN-4/ME XXVI. GP, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/SNME/SNME_00141/imfname_681540.pdf, S. 2f.

dementsprechend auszustatten. Dies wäre auch im Einklang mit den Kontrollaufgaben der Datenschutzbehörde im Rahmen des EU „Joint Supervisory Body“ (JSB) zur Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung in den Systemen von Europol.

Unzureichender Datenschutz

Im PNR-G fehlt eine Bestimmung dazu, wer **Verantwortlicher für die Datenverarbeitung** i.S.d. DSGVO und dem DSG neu ist.

Zur in Art. 13 Abs. 5 PNR-RL vorgesehenen **Dokumentation der Verarbeitungssysteme und -verfahren** der PNR-Zentralstelle fehlen entsprechende Bestimmungen im vorliegenden Entwurf. Demgemäß müssen die Namen und die Kontaktinformationen der Organisation und des Personals der PNR-Zentralstelle, die mit der Verarbeitung beauftragt sind, und die verschiedenen Ebenen der Zugangsberechtigungen (lit. a), die Anfragen von zuständigen Behörden und PNR-Zentralstellen anderer Mitgliedstaaten (lit. b) und jede Anfrage und Übermittlung von Fluggastdaten durch bzw. an Drittstaaten (lit. c) dokumentiert werden.

Gem. Art. 13 Abs. 7 PNR-RL müssen **technische und organisatorische Maßnahmen gesetzt werden, um ein angemessenes, hohes Sicherheitsniveau zu gewährleisten**. Solche Maßnahmen sind im vorliegenden Entwurf des PNR-G nicht vorgesehen. Wohl müssen Sicherheitsmaßnahmen nach § 54 DSG neu auch hier angewendet werden, aber eine Bezugnahme darauf in den Erläuterungen oder eine Klarstellung im Gesetz wäre als minimale Anerkennung der Sicherungspflichten wünschenswert, wenngleich auch nicht hinreichend.¹²

Nach Art. 13 Abs. 8 PNR-RL müssen betroffene Personen unverzüglich von einer Datenschutzverletzung informiert werden. Nach dem hier anwendbaren § 54 DSG neu, ist der Verantwortliche verpflichtet, die betroffenen Personen **über solche Datenschutzverletzungen zu informieren**, jedoch mit Einschränkungen gem. § 54 Abs. 2 i.V.m. § 43 Abs. 4. Nach Art. 13 Abs. 8 PNR-RL sind jedoch keine derartigen Einschränkungen vorgesehen. Erstens sollten also die Informationspflichten gesetzlich klar und eindeutig festgelegt werden, zweitens dürfen sie keinen der RL widersprechenden Einschränkungen unterliegen.

Nach § 9 PNR-G soll das Auskunftsrecht nach § 44 DSG nicht für nach § 6 Abs. 1 PNR-G depersonalisierte Daten gelten. Auch depersonalisierte, also pseudonymisierte Daten (§ 36 Abs. 2 Z. 5 DSG) unterliegen jedoch als personenbezogene Daten den Regelungen des DSG. **Die Einschränkung des Auskunftsrechts in § 9 PNR-G widerspricht also den Datenschutzvorschriften des DSG.**¹³ In den Erläuterungen (S. 6) heißt es dazu, die Depersonalisierung zum Zweck der Auskunftserteilung sei nicht möglich, da diese nicht unter die in Art. 12 Abs. 3 PNR-RL genannten Gründe falle. Nichts steht jedoch dem entgegen, für die Depersonalisierung zum Zweck der Auskunftserteilung eine Genehmigung gem. Art. 12 Abs. 3 lit. b vorzusehen.

12 Siehe dazu auch die Stellungnahme der Datenschutzbehörde 7/SN-4/ME XXVI.GP, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/SNME/SNME_00142/imfname_681539.pdf, S. 3.

13 Siehe dazu auch die Stellungnahme der Datenschutzbehörde 7/SN-4/ME XXVI.GP, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/SNME/SNME_00142/imfname_681539.pdf, S. 5 und die Stellungnahme der Bundesarbeiterkammer 6(SN-4/ME XXVI. GP, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/SNME/SNME_00141/imfname_681540.pdf, S. 6.

Individuelle Trefferüberprüfung

Zur Verifizierung von Treffern heißt es in § 4 Abs. 3: „die Fluggastdatenzentralstelle [werde] ermächtigt, Abfragen in Datenverarbeitungen für Zwecke der Sicherheitsverwaltung, des Asyl- und Fremdenwesens sowie der Strafrechtspflege durchzuführen“. Damit soll Art. 6 Abs. 5 der PNR-RL umgesetzt werden, wonach jeder einzelne Treffer „auf andere, nicht-automatisierte Art individuell überprüft“ werden muss. Im vorliegenden Gesetzesentwurf wird jedoch nicht ausreichend klargestellt, dass diese Abfrage zur Verifizierung **individuell** und **nicht-automatisiert** erfolgen muss.

CONCLUSIO

1. Wir fordern die Regierung auf, diese unions- und grundrechtswidrige Richtlinie nur so eingeschränkt wie möglich umzusetzen und kein „Gold Plating“ zu betreiben. Insbesondere von der Anwendbarkeit auf innereuropäische Flüge sollte gem. Art. 2 Abs. 1 PNR-RL abgesehen werden.
2. Es muss gem. Art. 15 PNR-RL eine nationale Kontrollstelle eingerichtet werden. Die dort vorgegeben Aufgaben sollten der Datenschutzbehörde übertragen werden und diese auch personell und finanziell dementsprechend ausgestattet werden.
3. Es muss mindestens der Datenschutzstandard der PNR-RL selbst, sowie des DSG und der anwendbaren EU-Richtlinien eingehalten werden. Dazu gehören insbesondere die Bestimmung eines für die Datenverarbeitung Verantwortlichen, Regelungen über die Protokollierung, Datensicherheitsmaßnahmen, Information für Personen, deren personenbezogene Daten gespeichert werden, sowie Informationen der betroffenen Personen über Datenschutzverletzungen und das uneingeschränkte Auskunftsrecht.
4. Es müssen Wege gefunden werden, um die Kriterien und die angewandten Algorithmen so weit transparent zu machen, dass eine unabhängige Überprüfung im Sinn eines demokratischen Rechtsstaats möglich ist. Diese kann z.B. von unabhängigen Forschungsinstituten o.ä. durchgeführt werden.
5. Es müssen Maßnahmen ergriffen werden, um sicherzustellen, dass die verdachtsbegründenden und -entlastenden Kriterien nicht diskriminierend wirken.
6. Es müssen mindestens alle in Art. 21 GRC angeführten Diskriminierungsgründe auch in die entsprechenden Bestimmungen des PNR-G aufgenommen werden.
7. Es muss klargestellt werden, dass die Überprüfung von Treffern individuell und nicht-automatisiert erfolgen muss.
8. Es muss sichergestellt werden, dass es einen wirksamen Rechtsschutz gibt, wenn eine betroffene Person durch die Anwendung der Kriterien i.S.d. PNR-G beeinträchtigt oder diskriminiert wird.
9. Es muss eine vollständige und konkret auf die nationale Umsetzung bezogene Datenschutz-Folgenabschätzung durchgeführt werden, bei der auch vorgezeichnet wird, wie die konkreten Risiken auch durch Technologiegestaltung eingeschränkt werden.