

Die Rektorin

An das
Bundeskanzleramt
Verfassungsdienst
per E-Mail: v@bka.gv.at

Ergeht gleichlautend an das Präsidium des Nationalrates
per E-Mail: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, am 14. Juni 2017

Betrifft: Stellungnahme zu dem Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert, das Datenschutzgesetz erlassen und das Datenschutzgesetz 2000 aufgehoben wird (Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018) (322/ME) unter Berücksichtigung der Regierungsvorlage (1664 d.B) – Ihr Zeichen: BKA-810.026/0019-V/3/2017

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Veterinärmedizinische Universität Wien gibt zum obengenannten Entwurf folgende Stellungnahme ab:

Einleitend ist anzumerken, dass auch die wissenschaftliche Forschung einem steten (ua technologischen) Wandel unterliegt. Es sollten daher die Entwicklungen in der (derzeitigen und künftigen) Forschung durch eine gewisse Flexibilität und Praxistauglichkeit der einschlägigen datenschutzrechtlichen Normen handhabbar gemacht werden, was die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) ausdrücklich zulässt bzw. teilweise sogar fordert.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf die in der DSGVO enthaltene „Privilegierung“ bzw. Ausgestaltungsmöglichkeiten zugunsten der Forschung und Statistik durch den nationalen Gesetzgeber, siehe insbesondere Art 5 Abs 1 lit b und e, Art 9 Abs 2 lit j, Art 14 Abs 5 lit b, Art 17 Abs 3 lit d, Art 21 Abs 6, Art 85 Abs und 2 und Art 89 DSGVO sowie die einschlägigen Erwägungsgründe 33, 50, 52, 53, 62, 65, 113, 153, 156, 157 und 159. Diese weitgehenden Möglichkeiten des nationalen Gesetzgebers wurden in das vorliegende DS-AnpG 2018 nur bruchstückhaft aufgenommen, was aus Sicht der (veterinärmedizinischen) Forschung sehr kritisch zu sehen ist.

Eine Überregulierung der Datenverarbeitung – wie dies derzeit in § 25 DSG idF DS-AnpG 2018 vorgesehen ist – muss im Sinne des veterinärmedizinischen Fortschritts, der

Die Rektorin

Zukunftstauglichkeit und der Wettbewerbsfähigkeit der veterinärmedizinischen Forschung (auch gerade aufgrund der in der DSGVO angelegten Flexibilisierung und der darin enthaltenen Anerkennung der wissenschaftlichen Forschung) in Österreich vermieden werden. So stellt sich die deutsche datenschutzrechtliche Regelung (siehe § 27 BDSG idF Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 - Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU - DSAnpUG-EU), was die Datenverarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken angeht, deutlich flexibler dar. Dabei ist natürlich die Schutzbedürftigkeit besonderer Kategorien personenbezogener (=„sensibler“) Daten durch das Treffen angemessener „Datensicherheitsmaßnahmen“ (technische und organisatorische Maßnahmen zB gem Art 32 DSGVO, siehe auch die Datenschutz-Folgenabschätzung, Art 35 DSGVO) zu gewährleisten.

Durch die Beibehaltung „höherer nationaler Datenschutz-Standards“ im Bereich der wissenschaftlichen Forschung erfolgt gegenüber den relevanten Vorgaben der DSGVO ein sogenanntes „gold-plating“ („Übererfüllung“), was unionsrechtlich nicht angezeigt ist und zB in EU-weiten Forschungsprojekten zu erheblichen Schwierigkeiten führen wird, da es zu keiner Vollharmonisierung in diesem Bereich kommt und in vielen Fällen im Vorfeld die Genehmigung der Datenschutzbehörde einzuholen sein wird (§ 25 Abs 2 Z 3 DSG idF DS-AnpG 2018). Da dies in den meisten anderen Mitgliedstaaten unseres Wissens nicht der Fall ist bzw. sein wird, besteht die reale Gefahr, dass die (veterinärmedizinische) Forschung in Österreich und damit auch die Wettbewerbsfähigkeit erheblich beeinträchtigt wird. Die Veterinärmedizinische Universität Wien darf in diesem Zusammenhang auf das in Art 179 Abs 1 AEUV festgeschriebene primärrechtliche Ziel aufmerksam machen, einen europäischen Raum der Forschung zu schaffen, was ua den freien Austausch wissenschaftlicher Erkenntnisse und Technologien sowie die Entwicklung ihrer Wettbewerbsfähigkeit voraussetzt. Gem Abs 2 der genannten Bestimmung unterstützt die EU Forschungszentren und Hochschulen bei der Erreichung dieser Zielsetzungen, indem sie gemeinsame Normen festlegt und rechtliche Hindernisse, die einer grenzüberschreitenden Zusammenarbeit entgegenstehen, beseitigt. Daher ist bei der Festlegung der nationalen Begleitgesetzgebung zur DSGVO auch in Österreich verstärkt auf die Anforderungen des Binnenmarktes für Forschung und Technologie Bedacht zu nehmen (vgl dazu insbes die folgenden Ausführungen zum Erfordernis des „broad consent“ iSd ErwGr 33, zu § 25 DSG idF DS-AnpG 2018 sowie zur Umsetzung der Möglichkeit zur angemessenen Einschränkung der Betroffenenrechte gem Art 23 Abs 1 DSGVO).

Im Ergebnis ist aus Sicht der Veterinärmedizinischen Universität Wien leider festzustellen, dass der vorliegende Entwurf eines DS-AnpG 2018 die Anforderungen an ein modernes und zukunftstaugliches Datenschutzrecht im Bereich der wissenschaftlichen Forschung nicht

Die Rektorin

erfüllt und damit der gedeihlichen Entwicklung des Europäischen Forschungsraumes entgegensteht.

Nach der derzeitigen Rechtslage liegt eine rechtsgültige Zustimmungserklärung zur Datenverwendung ua nur dann vor, wenn darin (im Vorhinein) der konkrete Verwendungszweck angegeben wird. Oft lässt sich jedoch bei neuen Forschungsprojekten die genaue Zielsetzung nicht von vornherein festlegen und/oder Daten werden in großem Umfang, etwa in Biobanken, gesammelt, um diese für künftige Studien vorzuhalten. Der in ErwGr 33 der DSGVO im Kontext der wissenschaftlichen Forschung erwähnte sog „broad consent“ (breit formulierte Einwilligungserklärung) ist daher in der Praxis von großer Bedeutung und sollte angesichts der in Österreich bislang vorherrschenden Judikatur jedenfalls in das DS-AnpG 2018 ausdrücklich aufgenommen werden, wobei in zukünftigen Einwilligungserklärungen natürlich nicht auf ein gewisses Maß an Zweckbestimmtheit verzichtet werden kann.

Wie diesbezüglich die Wendung zur „Vorhersehbarkeit“ in § 1 Abs 2 zweiter Satz DSG idF DS-AnpG 2018 (Verfassungsbestimmung) zu verstehen ist, bleibt offen. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass bereits in Art 5 Abs 1 DSGVO die Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten ausreichend prädeterniniert sind, handelt es sich nicht um eine „unbedingt erforderliche Regelung im innerstaatlichen Recht“ im Sinne der Erläuterungen - Allgemeiner Teil (Seite 1 vierter Abs). Zumindest sollte jedoch die Zulässigkeit eines „broad consent“ für die Datenverarbeitung in der wissenschaftlichen Forschung ausdrücklich (zB in die Erläuterungen) aufgenommen werden.

Die Ausschöpfung der Möglichkeit gemäß Art 83 Abs 7 DSGVO im § 19 Abs 5 DSG idF DS-AnpG 2018 ist zu begrüßen, auch da dies in der Bundesrepublik Deutschland (§ 43 Abs 3 BDSG idF DSAnpUG-EU) so umgesetzt worden ist. Soweit ersichtlich enthält das DS-AnpG 2018 jedoch keine Definition der „öffentlichen Stelle“, was zu Auslegungsschwierigkeiten und in der Folge zu Rechtsunsicherheit führen kann. Es sollte daher jedenfalls klargestellt werden, dass Universitäten als juristische Personen des öffentlichen Rechts (siehe § 4 Universitätsgesetz 2002) darunter fallen.

Insbesondere der § 25 DSG idF DS-AnpG 2018 („Verarbeitung zum Zweck der wissenschaftlichen Forschung und Statistik“) ist abzuändern:

Auffällig ist zunächst, dass in § 25 DSG idF DS-AnpG 2018 keine Rede von „im öffentlichen Interesse liegenden Archivzwecken“ und „historischen Forschungszwecken“ ist, obwohl diese in der DSGVO ausdrücklich genannt (und privilegiert) werden (siehe ua Art 5 Abs 1 lit b, Art 9 Abs 2 lit j, Art 89 Abs 1). Sofern dadurch tatsächlich beabsichtigt wird, den Umfang der Datenverarbeitung für diese Zwecke einzuschränken, erscheint dies als (unzulässige) Beschränkung des Anwendungsbereichs der DSGVO durch nationales Recht.

Vorauszuschicken ist, dass der vorgeschlagene § 25 DSG idF DS-AnpG 2018 § 46 DSG 2000 inhaltsgleich übernimmt, ohne auf die nunmehr in der DSGVO vorgesehene

Die Rektorin

„Öffnungsmöglichkeiten“ einzugehen. Die wissenschaftliche Forschung stützt sich in Österreich derzeit maßgeblich auf § 46 DSGVO 2000, worin (vereinfacht gesprochen) zwischen zwei „Anwendungsfeldern“ unterschieden wird und zwar:

- Abs 1, welcher laut den ErlRV 1613 B1gNR 20. GP auf die Datenverwendung für ein „konkretes Forschungsprojekt“ ohne Personenbezug abzielt, und
- Abs 2, der alle anderen Fälle abdecken soll.

Abs 2 bezieht sich insbesondere auch auf den Anwendungsfall der „Sammlung personenbezogener Daten im Umfeld von Forschung und Statistik“, dh auf jene Fälle, in welchen (noch) kein konkretes Forschungsprojekt vorliegt. Liegt weder die Zustimmung der Betroffenen noch eine besondere gesetzliche Erlaubnisnorm vor, muss unter der aktuellen (und der künftigen) Rechtslage die vorherige Genehmigung der Datenschutzbehörde eingeholt werden. Letzteres ist der Regelfall, da eine Einholung der Zustimmung aller Betroffenen in die Datenverwendung oftmals unmöglich bzw unverhältnismäßig ist und dafür auch keine gesetzlichen Spezialnormen vorhanden sind. § 46 Abs 1 Z 2 DSGVO 2000 (§ 25 Abs 1 Z 2 DSGVO idF DS-AnpG 2018) ist dabei nur teilweise hilfreich, da darunter die (häufig erforderliche) zusätzliche Datenermittlung (über die vorhandenen Routinedaten hinaus) für Forschungszwecke nicht abgedeckt wird und die Grenze zwischen dem Anwendungsbereich des § 46 Abs 1 und Abs 2 leg cit (§ 25 Abs 1 und Abs 2 DSGVO idF DS-AnpG 2018) insbesondere bei komplexen Datenverarbeitungen bzw. -beständen alles andere als klar ist.

In Zeiten von „Big data“ (zB Anlegen eines Datenpools für noch nicht hinreichend konkretisierbare Forschungsprojekte), Biobanken etc ist eine solche (unionsrechtlich nicht prädestinierte) Unterscheidung zwischen der Datenverwendung für konkrete Forschungsprojekte einerseits und für zukünftige, noch nicht individualisierte Forschungsvorhaben andererseits als überholt anzusehen.

Im Sinne des in der DSGVO verankerten „risikobasierten Ansatzes“ und der „Rechenschaftspflicht“ erscheint es geradezu anachronistisch, in § 25 Abs 2 Z 3 DS-AnpG 2018 erhebliche Teile von Datenverarbeitungen für die wissenschaftliche Forschung (wieder) von (zeitraubenden) Genehmigungen der Datenschutzbehörde abhängig zu machen (im Ergebnis erfolgt dadurch eine „Rückverlagerung“ der Entscheidung an die Behörde im Sinne einer Vorabkontrolle), wo doch zB die Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Art 35 DSGVO eine Risikoabschätzung primär durch den Verantwortlichen vorsieht (und damit die starre Vorabkontrolle in Art 20 DSRL ablöst). Zudem widerspricht ein solches Genehmigungsverfahren Art. 179 Abs 2 AEUV, dessen Ziel – wie bereits oben dargelegt – insbes darin besteht, nationale Barrieren, welche die ungehinderte Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Forschung erschweren, zu beseitigen bzw einen gemeinsamen Binnenmarkt auf dem Gebiet von Forschung und Technologie zu schaffen. Insofern ist auch das Verhältnis von § 25 Abs 2 Z 3 DS-AnpG 2018 zu Art 35 DSGVO ungeklärt, eine universitätsinterne Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung und die zusätzliche Einholung eine

Die Rektorin

Genehmigung durch die Datenschutzbehörde wäre eine erhebliche Überbürokratisierung und würde die Forschung im internationalen Vergleich stark beeinträchtigen.

Zur Einschränkung von Betroffenenrechten zugunsten der Forschung:

Die DSGVO kennt (Teil-)Ausnahmen von den individuellen Rechten der Betroffenen zugunsten der Datenverarbeitung für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke, zu wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecken und zu statistischen Zwecken (wie bereits zuvor zT die DSRL, siehe zB Art 11 Abs 2):

- Begrenzung der Informationspflichten des Verantwortlichen (Art 14 Abs 5 lit b)
- Einschränkung von Lösungsansprüchen der Betroffenen (Art 17 Abs 3 lit d)

Darüber hinaus besteht die Möglichkeit der EU und der Mitgliedstaaten, bestimmte individuelle Rechte der Betroffenen gem Art 15, 16, 18 und 21 (zugunsten von Archivzwecken auch Art 19 und 20) zugunsten der privilegierten Verarbeitungszwecke im Bereich der Forschung und Statistik einzuschränken (siehe Art 89 Abs 2 und 3); weitere Beschränkungen können auch auf Art 23 Abs 1 DSGVO fußen (siehe für Deutschland § 27 Abs 2 BDSG idF DSAnpUG-EU iVm den Erläuterungen BT-Drs 110/17, 99). Soweit ersichtlich, wird im DS-AnpG 2018 von diesen Ausnahmen kein Gebrauch gemacht. Da gerade im Bereich der Forschung ein erhebliches Interesse an der Konsistenz der Forschungsdaten besteht und bei sehr komplexen Datenverarbeitungen die Umsetzung eines Auskunftsverlangens unverhältnismäßig sein kann, sind im angemessenen Umfang Beschränkungen der Betroffenenrechte erforderlich.

Die Veterinärmedizinische Universität Wien ersucht um Berücksichtigung dieser Änderungsvorschläge.

Mit freundlichen Grüßen



Ao.Univ.Prof. Dr. Petra Winter, Rektorin