



ÖSTERREICHISCHE
APOTHEKERKAMMER

1091 WIEN, SPITALGASSE 31

TEL +43 1 404 14-100
FAX +43 1 408 84 40

INFO@APOTHEKERKAMMER.AT
WWW.APOTHEKERKAMMER.AT

DVR: 24635

ZI.III-14/2/2-313/3/17
Rö/St

Ansprechpartnerin:
Mag. Karin Rösel-Schmid
DW 177

An das Bundeskanzleramt
Verfassungsdienst

E-Mail: v@bka.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

WIEN, 22. Juni 2017

ENTWURF EINES DATENSCHUTZ-ANPASSUNGSGESETZES 2018

GZ: BKA-810.026/0019-V/3/2017

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Österreichische Apothekerkammer dankt für die Übermittlung des Entwurfs für ein Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018 und nimmt dazu wie folgt Stellung:

- **Zu § 1: Grundrecht auf Datenschutz**

§ 1 Abs. 2 zählt jene Fälle auf, in denen Beschränkungen des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Grundrechts auf Datenschutz zulässig sind. Dabei werden die Tatbestände gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a, d, e und f der DSGVO genannt, nicht jedoch jene gemäß deren lit. b und c.

Es erscheint nicht nachvollziehbar, weshalb die **Erfüllung vorvertraglicher, vertraglicher oder gesetzlicher Verpflichtungen** im Sinne der genannten unionsrechtlichen Bestimmung nicht ebenso zu **zulässigen Beschränkungen des Grundrechts auf Datenschutz** führen soll wie die übrigen Rechtfertigungstatbestände. Im Umkehrschluss könnte man daraus folgern, dass die Erfüllung derartiger Verpflichtungen nicht zur Rechtmäßigkeit einer Datenverarbeitung führen kann, was einerseits in klarem Widerspruch zur DSGVO stünde und die Rechtsunterworfenen andererseits unter das Dilemma stellen würde, vertragliche und gesetzliche Verpflichtungen nicht erfüllen zu können, ohne rigide Strafen nach dem DSG und der DSGVO befürchten zu müssen.

Wir regen daher an, die **Erfüllung vorvertraglicher, vertraglicher und rechtlicher Verpflichtungen im Sinne des Art. 6 Abs. 1 lit. b und c**



DSGVO als weitere Fälle zulässiger Beschränkungen in § 1 Abs. 2 DSGVO aufzunehmen.

Darüber hinaus plädieren wir dafür, von den Möglichkeiten gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. b, g, h, i und j DSGVO Gebrauch zu machen und **Datenverarbeitungen, die von öffentlichen Stellen in Erfüllung ihrer gesetzlichen Zuständigkeit im öffentlichen Interesse durchgeführt werden, ex lege für zulässig** zu erklären. Eine solche Regelung würde wichtige Voraussetzungen unter anderem für die Organisation und Verwaltung von Gesundheitseinrichtungen oder etwa für die Meldung relevanter Daten in Zusammenhang mit der Prävention von Gesundheitsgefahren und der Sicherstellung einer hohen Arzneimittelqualität schaffen.

Zumindest in den erläuternden Bemerkungen wäre klarzustellen, dass Datenverarbeitungen, die öffentliche Stellen in Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflichten und Ausübung ihrer Zuständigkeiten oder in Ausübung öffentlicher Gewalt durchführen, gemäß § 1 Abs. 2 zulässig sind.

In diesem Zusammenhang erscheint uns auch eine Regelung erforderlich, die die **Weitergabe personenbezogener Daten zwischen öffentlichen Stellen im Wege der Amtshilfe** gesetzlich determiniert und legitimiert.

Auch das **Spannungsverhältnis zwischen dem Recht auf Datenschutz und dem Recht auf Informationsweiterverwendung** wirft Fragen auf, die weder in den unionsrechtlichen Normen noch im vorliegenden Entwurf Beantwortung finden und bei den betroffenen öffentlichen Stellen zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen.

- **Zu § 10: Aufgaben der Datenschutzbehörde**

Wir begrüßen die Ermächtigung der Datenschutzbehörde gemäß § 10 Abs. 2, die Listen der Verarbeitungsvorgänge, für die jedenfalls eine Datenschutz-Folgeabschätzung durchzuführen ist, und jener Vorgänge, für die eine solche nicht erforderlich ist, im Verordnungsweg zu erlassen. Wir hoffen auf eine rasche Erlassung dieser Verordnungen, da sie von wesentlicher Bedeutung sind, um Rechtssicherheit für die einzelnen Apothekenbetriebe zu schaffen.

Der Wortlaut des Art. 35 der DSGVO stellt **nicht ausreichend klar, was unter einer „umfangreichen“ Verarbeitung besonderer Kategorien von personenbezogenen Daten** gemäß Art. 35 Abs. 2 lit. c DSGVO zu verstehen ist. In Erwägungsgrund 91 und in Punkt 2.1.3. der Leitlinien der Art. 29 Data Protection Working Party zu Art. 37 DSGVO wird ausgeführt, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten von Patienten **durch einen einzelnen Arzt oder sonstigen Angehörigen eines Gesundheitsberufs nicht als umfangreiche Datenverarbeitung** im Sinne dieser Bestimmungen gilt und daher eine Datenschutz-Folgeabschätzung in diesen Fällen nicht zwingend vorgeschrieben ist. Wir

gehen davon aus, dass dies **gleichermaßen für die Datenverarbeitung durch einzelne öffentliche Apotheken zutrifft.**

Da, auch angesichts des enormen Strafrahmens, Rechtssicherheit in diesem Bereich von besonderer Bedeutung ist, ist jedoch eine **rasche diesbezügliche Klarstellung im Verordnungsweg** für die öffentlichen Apotheken von größter Bedeutung. Nicht minder wichtig ist eine Klarstellung hinsichtlich der von Krankenhausapotheken durchgeführten Datenverarbeitungen.

Sowohl in den einzelnen Apothekenbetrieben als auch in der Österreichischen Apothekerkammer bestehen Datenverarbeitungen, die bisher auf der Grundlage von Standardanwendungen zulässig waren. Wir regen dringend an, in der Verordnung gemäß § 10 Abs. 2 festzuschreiben, dass **für bestehende Datenanwendungen auf der Grundlage von Standardanwendungen** gemäß der Standard- und Musterverordnung, sofern sie den Bestimmungen der DSGVO entsprechen, jedenfalls **keine Datenschutz-Folgeabschätzung erforderlich** ist.

Darüber hinaus sprechen wir uns dafür aus, von der Öffnungsklausel gemäß Art. 35 Abs. 10 der DSGVO Gebrauch zu machen und **ausdrücklich zu regeln, dass für Datenverarbeitungen, die in Erfüllung gesetzlicher Verpflichtungen erfolgen, keine Datenschutz-Folgeabschätzung erforderlich** ist, sofern die in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

- **Zu § 11 Abs. 4 und § 14 Abs. 1: Befugnisse der Datenschutzbehörde und begleitende Maßnahmen im Beschwerdeverfahren**

Die beiden Bestimmungen sehen für den Fall einer behaupteten wesentlichen (unmittelbaren) Gefährdung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen die Untersagung, teilweise Untersagung oder Einschränkung von Datenverarbeitungen durch die Datenschutzbehörde vor. Wird einer solchen nicht unverzüglich Folge geleistet, ist eine Geldbuße gemäß Art. 83 Abs. 5 DSGVO zu verhängen.

Diese Bestimmungen gehen nicht nur über das Regelungsregime der DSGVO hinaus, sondern stehen auch dazu in Widerspruch. Gemäß Erwägungsgrund 129 sind nämlich bei der Verhängung von Maßnahmen die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen, die durch eine potentielle Maßnahme betroffene Person zu hören und überflüssige Kosten und übermäßige Unannehmlichkeiten für die Betroffenen zu vermeiden. § 11 Abs. 4 und § 14 Abs. 1 tragen dem keine Rechnung; vielmehr wird der **Mandatsbescheid ohne Ermittlungsverfahren und ohne Anhörung des Beschuldigten** erlassen.

Um die Unionsrechtswidrigkeit dieser Bestimmungen zu vermeiden, sind daher **die in Erwägungsgrund 129 angeführten Kriterien für die Durchführung des Verfahrens in § 11 Abs. 4** (auf den § 14 Abs. 1 verweist) aufzunehmen.

- **Zu § 19: Allgemeine Bedingungen für die Verhängung von Geldbußen**

§ 19 Abs. 1 und 2 sieht in Übereinstimmung mit der DSGVO primär die Strafbarkeit von juristischen Personen vor. Dessen Abs. 3 normiert hingegen subsidiär eine Bestrafung natürlicher Personen, was weder der Intention der DSGVO entspricht noch in ihrem Wortlaut Deckung findet und angesichts des weit über den im Verwaltungsstrafrecht üblichen Strafrahmens auch nicht sachgerecht erscheint.

Wir hegen **Zweifel an der Verfassungskonformität** einer Bestimmung, die die **Verhängung außergewöhnlich hoher Geldstrafen gegen natürliche Personen im Rahmen eines Verwaltungsstrafverfahrens** vorsieht. Nach herrschender Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs fällt eine strafbare Handlung notwendiger Weise in den typischen Kernbereich der Strafgerichtsbarkeit, wenn sie mit einer schwerwiegenden Strafe bedroht ist. Dies ist im vorliegenden Fall zweifellos gegeben. Angesichts der im Verwaltungsstrafrecht normierten Verschuldensvermutung (§ 5 Verwaltungsstrafgesetz 1991) zeigt sich einerseits ein Widerspruch zu Art. 83 Abs. 2 lit. b DSGVO, wonach bei der Entscheidung über die Verhängung von Geldbußen der Grad des Verschuldens gebührend zu berücksichtigen ist, und ergeben sich andererseits Zweifel in Hinblick auf die durch Art. 6 MRK und Art. 48 GRC gewährleisteten Grundrechte sowie das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf einen gesetzlichen Richter und ein faires Verfahren.

Wir schlagen daher vor, die **Strafbarkeit gemäß § 19 DSG auf Unternehmen zu beschränken und natürliche Personen ausdrücklich vom Anwendungsbereich dieser Bestimmung auszunehmen.**

Sollte die subsidiäre Strafbarkeit natürlicher Personen nach dieser Bestimmung beibehalten werden, wäre **zumindest die Anwendung des § 5 VStG für diese Fälle ausdrücklich auszuschließen**. Überdies wäre ab einer bestimmten Höhe der Strafdrohung die **Zuständigkeit des Gerichts** vorzusehen, was auch eine entsprechende Adaptierung des § 11 Abs. 5 erforderlich macht.

Gemäß § 19 Abs. 5 des Entwurfs können gegen Behörden und öffentliche Stellen keine Geldbußen verhängt werden. Sollte die in Abs. 3 dieser Bestimmung vorgesehene subsidiäre Strafbarkeit natürlicher Personen aufrecht erhalten werden, könnte aus einer Zusammenschau dieser beiden Bestimmungen der Schluss gezogen werden, dass im Fall von Übertretungen durch Behörden oder öffentliche Stellen ausschließlich gegen die gemäß § 9 VStG verantwortlichen Mitarbeiter, also natürliche Personen, Strafen verhängt werden können. Eine solche Auslegung stünde in offensichtlichem Widerspruch sowohl zum Wortlaut des Art. 83 DSGVO als auch zur Intention des unionsrechtlichen Gesetzgebers. Es ist daher

notwendig, § 19 Abs. 3, sofern diese Bestimmung beibehalten wird, wie folgt zu ergänzen:

*„Die Datenschutzbehörde hat von der Bestrafung eines Verantwortlichen gemäß § 9 des Verwaltungsstrafgesetzes 1991 – VStG, BGBl. Nr. 52/1991, abzusehen, wenn für denselben Verstoß bereits eine Verwaltungsstrafe gegen die juristische Person verhängt wird **oder gemäß Abs. 5 nicht verhängt werden kann** und keine besonderen Umstände vorliegen, die einem Absehen von der Bestrafung entgegenstehen.“*

Schließlich wirft § 19 Abs. 3 in der vorliegenden Fassung Fragen bezüglich der Strafbarkeit des Datenschutzbeauftragten auf. Nach der Konzeption der DSGVO hat der Datenschutzbeauftragte die Aufgabe, unabhängig und weisungsfrei die Verarbeitungsvorgänge im Unternehmen auf ihre Rechtmäßigkeit zu kontrollieren und die verantwortlichen Entscheidungsträger zu beraten; ihn persönlich trifft jedoch nicht die Verantwortung für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorgaben. Dies ergibt sich klar aus dem Verhältnis zwischen den Art. 5 Abs. 2, 24 und 83 DSGVO, die die Verantwortung für die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen zuordnen, und Art. 39 DSGVO, der die Aufgaben des Datenschutzbeauftragten festlegt. Es widerspräche der Konzeption des Datenschutzbeauftragten als unabhängigen Kontroll- und Beratungsorgans, wenn ihm gleichzeitig die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit gemäß § 9 VStG übertragen würde.

In § 19 Abs. 3, sofern diese Bestimmung beibehalten wird, ist daher klarzustellen, dass der **Datenschutzbeauftragte nicht Verantwortlicher gemäß § 9 VStG sein kann und nicht der Bestrafung gemäß dieser Bestimmung unterliegt.**

- **Zu § 25: Verarbeitung zum Zweck der wissenschaftlichen Forschung und Statistik**

In der Aufzählung zulässiger Datenverarbeitungen für Zwecke wissenschaftlicher oder statistischer Untersuchungen gemäß § 25 Abs. 1 **fehlen solche für im öffentlichen Interesse liegende Archivzwecke, für historische Forschungszwecke sowie für statistische Zwecke**, obwohl diese Zwecke ausdrücklich in Art. 5 Abs. 1 lit. b und Art. 9 Ab2. 2 lit. j sowie Art. 89 DSVO angeführt und sind und gewissen Erleichterungen unterliegen. § 25 DSG widerspricht insofern der DSGVO, als er die in der Verordnung vorgesehenen Privilegien für die genannten Verarbeitungszwecke nicht übernimmt und damit über die Verordnung hinausgeht.

Darüber hinaus räumt die Verordnung den Mitgliedstaaten verschiedene Möglichkeiten ein, Datenverarbeitungen zu den genannten Zwecken erleichterten Regelungen zu unterwerfen. Von dieser Möglichkeit wird im vorliegenden Entwurf jedoch kein Gebrauch gemacht, obwohl die betroffenen Datenverarbeitungen

zweifellos im öffentlichen Interesse liegen und gerade in diesen Fällen die Umsetzung individueller Auskunftsverlangen in der Praxis sehr schwierig sein kann und die Geltendmachung von Löschrchten den Sinn und Zweck der Datenverarbeitung untergräbt und deren Aussagekraft und Wert deutlich mindern kann.

Wir plädieren daher dafür, **die in Art. 89 DSGVO genannten Zwecke ausdrücklich in § 25 Abs. 1 anzuführen und von den Ausnahmen Gebrauch zu machen, die Art. 89 Abs. 2 und 3 den Mitgliedstaaten ermöglicht.**

Wichtig wäre darüber hinaus eine Klarstellung des Verhältnisses zwischen § 1 Abs. 2 DSG bzw. Art. 6 Abs. 1 DSGVO und § 25. Zumindest in den erläuternden Bemerkungen sollte festgehalten werden, dass **aus § 25 DSG keine Einschränkung der Rechtmäßigkeit von Datenverarbeitungen gemäß Art. 6 Abs. 1 DSGVO abgeleitet werden kann.**

- **Zu § 29: Verarbeitung personenbezogener Daten im Beschäftigungskontext**

Die **Klassifikation des gesamten Arbeitsverfassungsgesetzes** als Vorschrift im Sinne des Art. 88 DSGVO ist **weit überschießend**, da nur einzelne Bestimmungen dieses Gesetzes datenschutzrechtliche Bestimmungen zum Inhalt haben.

Das ganze Gesetz der Strafdrohung des DSG zu unterwerfen, lässt sich weder mit der DSGVO begründen noch führt es zu einem dem verfassungsrechtlichen Sachlichkeitsgebot entsprechenden Ergebnis. **§ 29 ist daher auf jene Bestimmungen (§§ 96 ff) des Arbeitsverfassungsgesetzes einzuschränken, die datenschutzrechtliche Bestimmungen zum Inhalt haben.**

- **Zu § 57: Benennung, Stellung und Aufgaben des Datenschutzbeauftragten**

Weder Art. 37 der DSGVO noch die Erwägungsgründe noch die Leitlinien der Art. 29 Data Protection Working Party stellen ausreichend klar, in welchen Fällen die Verpflichtung zur Benennung eines Datenschutzbeauftragten besteht. Insbesondere bleibt offen, **was unter der „Kerntätigkeit“ des Verantwortlichen oder des Auftragsverarbeiters und der „umfangreichen“ Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten** im Sinne des Art. 37 Abs. 1 lit. c zu verstehen ist.

Gemäß Erwägungsgrund 97 bezieht sich die Kerntätigkeit eines Verantwortlichen auf seine Haupttätigkeiten und nicht auf die Verarbeitung personenbezogener Daten als Nebentätigkeit. Die **Kerntätigkeit von öffentlichen Apotheken und Krankenhausapotheken** besteht gemäß §§ 5 und 38 Apothekengesetz iVm §§ 1 und 41 Apothekenbetriebsordnung 2005 in der **Arzneimittelversorgung der Bevölkerung**, insbesondere in der Anfertigung bzw. Zubereitung und Abgabe von Arzneimitteln, der Überprüfung ärztlicher Verschreibungen und der

Beratung von Patienten über die Anwendung von Arzneimitteln. Datenverarbeitungen stellen jedenfalls nur Nebentätigkeiten des Apothekenbetriebs dar. Wir gehen daher von aus, dass **öffentliche Apotheken und Krankenhausapotheken nicht der Verpflichtung zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten unterliegen.**

Im Sinne der Schaffung von Rechtssicherheit, insbesondere angesichts der exorbitant hohen Strafdrohung für Verwaltungsübertretungen in diesem Bereich, ersuchen wir aber dringend um eine **diesbezügliche Klarstellung, zumindest in den erläuternden Bemerkungen.**

- **Zu § 76: Übergangs- und Schlussbestimmungen**

Die DSGVO sieht für bestimmte Datenanwendungen eine verpflichtende Vorabkonsultation vor. Das DSG lässt jedoch offen, wie hinsichtlich von Datenanwendungen vorzugehen ist, die dieser Verpflichtung an sich unterliegen, jedoch zum 25. Mai 2018 nach bisheriger Rechtslage bereits in Anwendung stehen.

Wir regen an, eine Bestimmung analog § 14 Abs. 4 vorzusehen, wonach **Datenanwendungen, die zum 25. Mai 2018 auf der Grundlage einer Standardanwendung oder datenschutzrechtlichen Registrierung nach bisheriger Rechtslage durchgeführt werden, keiner Vorabkonsultation bedürfen**, soweit sie nicht in Widerspruch zu den Bestimmungen der DSGVO stehen.

Gleichermaßen sollte ausdrücklich geregelt werden, dass **nach bisheriger Rechtslage eingeholte Einwilligungen zu Datenverarbeitungen**, soweit sie den Erfordernissen der DSGVO genügen, auch **weiterhin in Geltung stehen**. Diese Regelungen entsprechen dem Erwägungsgrund 171 DSGVO und stehen somit in Übereinstimmung mit dem Regelungsregime der Verordnung.

- **Berufsrechtliche Geheimhaltungspflichten**

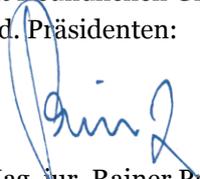
Art 90 DSGVO berechtigt die Mitgliedstaaten, die Befugnisse der Aufsichtsbehörden gegenüber **Verantwortlichen, die einem Berufsgeheimnis oder einer gleichwertigen Geheimhaltungspflicht unterliegen**, zu regeln, um das Recht auf Datenschutz mit der Pflicht zur Geheimhaltung in Einklang zu bringen.

Gerade in einem so sensiblen Bereich wie der Gesundheit genießen Verschwiegenheits- und Geheimhaltungspflichten, wie sie § 8 Abs. 4 Apothekerkammergesetz 1947 für Apotheker, § 19 Apothekenbetriebsordnung 2005 für das gesamte Apothekenpersonal und § 21 Apothekerkammergesetz 1947 für die Funktionäre und das Personal der Österreichischen Apothekerkammer vorsehen, hohen Stellenwert. Wir regen dringend an, **von der Möglichkeit des Art. 90 DSGVO Gebrauch zu machen** und entsprechende Regelungen für die betroffenen Berufsgruppen und Personen vorzusehen.

Wir bitten um Berücksichtigung unserer in dieser Stellungnahme ausgeführten Anliegen.

Abschließend teilen wir mit, dass diese Stellungnahme auch an begutachtungsverfahren@parlament.gv.at übermittelt wird.

Mit freundlichen Grüßen
F. d. Präsidenten:



(Mag. iur. Rainer Prinz)
Stv. Kammeramtsdirektor