

REPUBLIK ÖSTERREICH  DATENSCHUTZRAT

Museumsstraße 7, A-1070 WIEN
BMVRDJ-817.480/0010-DSR/2018
TELEFON • (+43 1) 521522906
E-MAIL • DSR@BMVRDJ.GV.AT

An das
Bundesministerium für Bildung,
Wissenschaft und Forschung

Per E-Mail:
Begutachtung@bmbwf.gv.at

Betrifft: Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Austria Wirtschaftsservice-Gesetz, das Bundesgesetz über das Institute of Science and Technology – Austria, das Bundesgesetz vom 14. Oktober 1921, betreffend die Akademie der Wissenschaften in Wien, das DUK-Gesetz 2004, das Fachhochschul-Studiengesetz, das Forschungs- und Technologieförderungsgesetz, das Forschungsorganisationsgesetz, das FTE-Nationalstiftungsgesetz, das Hochschülerinnen- und Hochschülerschaftsgesetz 2014, das Hochschul-Qualitätssicherungsgesetz, das Innovationsstiftung-Bildung-Gesetz, das OeAD-Gesetz, das Österreichische Forschungsförderungsgesellschaft mbH-Errichtungsgesetz, das Privatuniversitätengesetz, das Studienförderungsgesetz 1992, das Tierversuchsgesetz 2012 und das Universitätsgesetz 2002 geändert werden (Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018 – Wissenschaft und Forschung – WFDSAG 2018)

Der **Datenschutzrat** hat in seiner **237. Sitzung am 9. März 2018 einstimmig** beschlossen, zu der im Betreff genannten Thematik folgende Stellungnahme abzugeben:

1) Allgemeines

Laut den Erläuterungen zum Entwurf wurden mit dem Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018, BGBl. I Nr. 120/2017, die aufgrund der Datenschutz-Grundverordnung erforderlichen Anpassungen im allgemeinen Teil des

österreichischen Datenschutzrechts auf Bundesebene vorgenommen. Eine Anpassung hat bisher nur hinsichtlich der allgemeinen Datenschutzbestimmungen, nicht aber hinsichtlich der speziellen Bestimmungen etwa für den Bereich Wissenschaft und Forschung stattgefunden. Nach der Feststellung im Verfassungsausschuss vom 26. Juni 2017 soll die Anpassung der datenschutzrechtlichen Spezialbestimmungen in der Verantwortung der jeweiligen Ressorts erfolgen. Die Ausschussfeststellung betont *„die legitimen gesellschaftlichen Erwartungen in Bezug auf einen Wissenszuwachs gemäß Erwägungsgrund 113 der Datenschutz-Grundverordnung“* und sieht vor, dass *„die in der Datenschutz-Grundverordnung vorgesehenen Öffnungsklauseln (insbesondere Art. 89 DSGVO) im Sinne der gedeihlichen Entwicklung des Hochschul-, Forschungs- und Innovationsstandortes Österreich genutzt werden, um praxisnahe Regelungen für die im öffentlichen Interesse liegenden Archivzwecke, die wissenschaftlichen oder historischen Forschungszwecke oder die statistischen Zwecke, insbesondere für pseudonymisierte Daten und Regelungen zur Registerforschung zu schaffen sowie Rechtssicherheit insbesondere für bereits bestehende biologische Proben- und Datensammlungen zu gewährleisten“*.

Ziel(e) des Entwurfes

- Vermeidung von Verschlechterungen für den Wissenschafts- und Forschungsstandort
- Erhöhung der Datenqualität für Wissenschaft und Forschung
- Abbau bürokratischer Hindernisse für Wissenschaft und Forschung

Inhalt des Entwurfes

Das Vorhaben umfasst hauptsächlich folgende Maßnahme(n):

- Schaffung der Voraussetzungen für Registerforschung
- Sicherstellung des Betriebs von Biobanken und anderen wissenschaftlichen Archiven
- Entbürokratisierung von Projektgenehmigungen und Datenschutz-Folgenabschätzungen
- Abbau von Hindernissen für innovative Technologien und Partnerschaften
- Rationalisierung des Förderwesens
- Einführung eines Widerspruchsregisters für Wissenschaft und Forschung
- Verbesserung der Rahmenbedingungen für Wissens- und Technologietransfers

– Klarstellungen zur Verarbeitung personenbezogener Daten auf internationaler Ebene

2) Datenschutzrechtliche Anmerkungen

Der Datenschutzrat nimmt im Lichte der Ausführungen des informierten Vertreters zur Kenntnis, dass aufgrund bereits vorliegender Kritikpunkte und Gesprächen derzeit zahlreiche Änderungen zur Regierungsvorlage erarbeitet werden, die diesen Kritikpunkten auch Rechnung tragen. Die gegenständliche Stellungnahme des Datenschutzrates bezieht sich aber weiterhin auf die zur Begutachtung versandte Regierungsvorlage, da der Wortlaut der zukünftigen Textierung nicht bekannt ist.

Grundsätzliches - Generelle Problematik

Im vorliegenden Fall stehen die **Grundrechte auf Wissenschaftsfreiheit, Erwerbsfreiheit, Eigentum, Informationsfreiheit und Privatsphäre / Datenschutz in einem Spannungsverhältnis zueinander**. Da Grundrechte prinzipiell nicht in einem hierarchischen Verhältnis zueinander stehen, bedarf es einer entsprechenden Ausbalancierung der gegenläufigen Interessen. Der vorliegende Entwurf vermittelt den Eindruck, dass diese Abwägung im Hinblick auf die vorgesehenen weitreichenden Eingriffe zu Lasten von Eigentumsrechten, eigentumsähnlicher Verfügungsrechte, des Datenschutzes und der Privatsphäre nicht mit der notwendigen Sensibilität vorgenommen worden ist. Eine Möglichkeit der Interessenabwägung im Einzelfall fehlt durchwegs. Damit ergeben sich unweigerlich Probleme im Hinblick auf die Vereinbarkeit der im Entwurf vorgesehenen Einschränkungen insbesondere mit Art. 7, 8 GRC, Art. 8 EMRK und § 1 DSG.

Weiters ist festzuhalten, dass die im gegebenen Kontext interessierenden sog. „Öffnungsklauseln“ der DSGVO (va. Art. 5 Abs. 1 lit. b, e; Art. 89 Abs. 2 und 3) grundrechtskonform und im System der DSGVO interpretiert werden müssen. Dies erscheint im vorliegenden Entwurf nicht ausreichend Berücksichtigung gefunden zu haben. Davon abgesehen scheint das Missverständnis zu bestehen, dass sich aus der DSGVO selbst bereits ausreichende Garantien im Sinne des Art. 5 Abs. 1 lit. e oder des Art. 89 Abs. 1 DSGVO ergeben. Dies ist nicht der Fall; solche **Garantien für den spezifischen Kontext der Wissenschaft und Forschung zu schaffen**,

obliegt vielmehr den nationalen Gesetzgebern und in weiterer Folge den Verantwortlichen im praktischen Vollzug. Im Übrigen wird die Einrichtung einer Reihe neuer Register bzw. Dateien vorgesehen, deren Nutzen aber nicht unmittelbar nachvollziehbar erscheint.

Zu Art. 1 (Austria Wirtschaftsservice-Gesetz – AWSG)

Zu Z 12 (§ 8a)

Da die Austria Wirtschaftsservice GmbH weder Behörde noch öffentliche Stelle im Sinne des § 30 Abs. 5 DSG idF Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018 ist, wäre diese Anordnung nochmals zu prüfen. Im Übrigen müsste die Zitierung des Datenschutzgesetzes vom DSG 2000 auf das DSG angepasst werden.

Zu Art. 2 (Änderung des Bundesgesetzes über das Institute of Science and Technology – Austrian)

Zu Z 3 (§ 10 Abs. 3 neu)

Das IST ist zwar eine öffentliche Stelle im Sinne des Art. 83 Abs. 7 DSGVO. Eine pauschale Freistellung von Geldbußen unabhängig davon, ob eine juristische Person des öffentlichen Rechts hoheitlich oder privatwirtschaftlich handelt, widerspräche allerdings der geltenden Regelungssystematik des Verwaltungsstrafrechts, wonach Behörden oder andere Rechtsträger nur bei hoheitlichem Handeln von Verwaltungsstrafen ausgeschlossen sind. Die explizite Ausnahme von Gehilfinnen und Gehilfen der juristischen Person erscheint nicht mit § 30 Abs. 1 bis 3 DSG idF Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018 abgestimmt.

Zu Art. 3 (Änderung des Bundesgesetzes vom 14. Oktober 1921, betreffend die Akademie der Wissenschaft in Wien)

Zu Z 7 (§ 4 Abs. 2 neu)

Siehe sinngemäß die Anmerkung zu Art. 2.

Zu Art. 4 (Änderung des DUK-Gesetzes 2004)

Zu Z 3 (§ 5 Abs. 4 neu)

Siehe sinngemäß die Anmerkung zu Art. 2.

Zu Art. 5 (Änderung des Fachhochschul-Studiengesetzes)

Zu Z 13 (§ 23 Abs. 5 neu)

Die pauschale Ermächtigung zur Datenverarbeitung wäre entsprechend dem Determinierungsgebot für einen Grundrechtseingriff iSd § 1 Abs. 2 iVm Art. 18 B-VG iVm Art. 6 Abs. 3 DSGVO zu konkretisieren.

Zu Z 14 (§ 23a neu)

Die Bestimmung könnte mangels eines konkreten Regelungszwecks entfallen. Die Datenschutz-Folgenabschätzung ist ohnedies in den Erläuterungen vorzunehmen.

Zu Art. 6 (Änderung des Forschungs- und Technologieförderungsgesetzes)

Zu Z 10 (§ 8 Ab. 3 Z 5)

Die Bindung der Zulässigkeit der Veröffentlichung bestimmter personenbezogener Daten an die Zustimmung einzelner betroffener Personen sollte nochmals überdacht werden. Dies schon deshalb, weil sich die Zustimmung einzelner Betroffener automatisch auf das Ausmaß der Nachvollziehbarkeit der Gehälter der anderen, nicht zustimmenden Betroffenen auswirkt.

Zu Art. 7 (Änderung des Forschungsorganisationsgesetzes)

Zu Z 5 (§ 2 Allgemein)

Es wäre nach Möglichkeit auf Begriffe der deutschen Rechts- und Fachsprache zurückzugreifen und es sollten weithin unbestimmte Anglizismen vermieden werden.

Zu Z 5 (§ 2 Z 2)

Der Begriff „Big data“ ist ein relativ unbestimmter, einem ständigen Wandel unterliegender Begriff. Von einer Legaldefinition in der vorgeschlagenen Form sollte daher Abstand genommen werden. Stattdessen sollte eine Umschreibung gewählt werden.

Zu Z 5 (§ 2 Z 4)

Die Definition der Daten widerspricht Art. 4 Z 1 DSGVO.

Zu Z 5 (§ 2 Z 5)

Die Definition sollte nochmals überarbeitet werden, sie scheint wenig konkret und als Anknüpfung an spezifische Rechtsfolgen wenig geeignet.

Zu Z 5 (§ 2 Z 8)

Es wäre auf eine mit anderen Gesetzen, insbesondere dem DSG abgestimmte Begriffsdefinition zu achten.

Zu Z 5 (§ 2 Z 14)

Eine natürliche Person ist keine „Einrichtung“.

Zu Z 7 (§ 5)

Die mit „Grundlegende Bestimmungen zum Schutz personenbezogener Daten“ überschriebene Regelung ist offenkundig keine Datenschutzbestimmung, sondern beinhaltet in allererster Linie weitreichende Grundrechtseingriffe. Die in Z 1 vordergründig als Garantien ausgestalteten Regelungen sind bei näherer Betrachtung keine solchen. Die alternativ verknüpften Tatbestände in Z 1 lassen jegliche Schutzwirkung ins Leere laufen. Insbesondere kann ein Rückgriff auf sog. bereichsspezifische Personenkennzeichen per se keinerlei Garantien bewirken. Die pauschale Anknüpfung an Zwecke des Art. 89 Abs. 1 DSGVO lässt im Übrigen keine ausreichende Differenzierung der Zulässigkeitsregelung zu.

Der in § 5 Abs. 4 angesprochene „broad consent“ findet keine Deckung im normativen Teil der DSGVO und konfligiert offenkundig mit der Begriffsdefinition der Einwilligung in Art. 4 Nr. 11 und mit Art. 7 DSGVO.

Von der teilweisen inhaltlichen und unsystematischen wörtlichen Übernahme von Bestimmungen der DSGVO sollte Abstand genommen werden. Die bewusste Abweichung vom Konzept des § 7 DSG wirft die Frage nach dem verbleibenden Anwendungsbereich letzterer Norm auf.

Die Schaffung eines Rechtsanspruches gegenüber der Datenschutzbehörde auf eine Bestätigung nach § 5 Abs. 8 wirft Fragen im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Rahmen der DSGVO auf.

Zu Z 9 (§§ 6, 7)

Diese Datenverarbeitungsermächtigungen werfen grundlegende Fragen nach ihrer Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit auf. Die vorgenommenen Beschränkungen der Betroffenenrechte bedürfen einer Begründung; die in Art. 89 DSGVO geforderten Garantien für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person im innerstaatlichen Recht fehlen zur Gänze.

Zu Z 12 (§ 9)

Der Wortlaut („optimaler Datenzugang“) legt nahe, dass es hier an einem ausreichend reflektierten Zugang zur Thematik der Grundrechtsbalance fehlt.

Zu Z 14 (§ 11)

Eine ausreichende Begründung für diese Eingriffsermächtigung ist nicht ersichtlich. Insbesondere konfligiert die zwangsweise Publikation von Mitarbeiterfotos mit dem herrschenden Verständnis des auch im Arbeitsverhältnis zu beachtenden Privatsphärenschutzes.

Zu Z 14 (§ 14 Abs. 1)

Es ist nicht ersichtlich, warum im vorliegenden Kontext vom diesbezüglichen Regelungsansatz des DSG, wonach Datenschutzbeauftragte im Wirkungsbereich jedes Bundesministeriums dem jeweiligen Bundesministerium oder der jeweiligen nachgeordneten Dienststelle angehören müssen (§ 5 Abs. 4 Satz 2 DSG), abgegangen werden sollte.

Zu Z 14 (§ 14 Abs. 2 Z 1)

Diese Norm steht in einem logischen Spannungsverhältnis zur Legaldefinition des Art. 4 Abs. 7 DSGVO und wirft zudem Verständnisfragen im Hinblick auf den Regelungszweck der Z 3 des § 14 Abs. 2 auf.

Zu Z 14 (§ 14 Abs. 2 Z 2)

Die hier verfolgte Aufsplittung ist logisch nicht nachvollziehbar.

Zu Z 14 (§ 14 Abs. 2 Z 3)

Siehe dazu die Anmerkung oben zu Art. 2 betreffend Z 3 (§ 10 Abs. 3 neu).

Zu Z 14 (§ 14 Abs. 4)

Eine generelle gesetzliche Freizeichnung von jeglichen Forschungsdateien von der Folgenabschätzung nach DSGVO ist von der DSGVO nicht gedeckt. Es bedarf bei jedem Forschungsvorhaben einer individuellen Betrachtung der Risiken.

Zu Z 28 (§ 21 Abs. 2)

Der Rückgriff auf bereichsspezifische Personenkennzeichen per se stellt keine wirksame Pseudonymisierungsmaßnahme dar.

Zu Art. 10 (Änderung des Hochschul-Qualitätssicherungsgesetzes)

Zu Z 24 (§ 35a)

Eine generelle gesetzliche Freizeichnung von risikobehafteten Datenverwendungen von der Folgenabschätzung nach DSGVO ist von der DSGVO nicht gedeckt. Umgekehrt bedarf eine gesetzlich angeordnete weitgehend risikolose Verwendung keiner ausdrücklichen Regelung hinsichtlich einer Folgenabschätzung, sondern nur der entsprechenden (Nicht-)Anwendung der DSGVO auf diese Anwendung.

Zu Art. 12 (Änderung des ÖAD-Gesetzes)

Zu Z 17 (§ 10a Abs. 3)

Der pauschale Ausschluss der Betroffenenrechte nach dieser Bestimmung erscheint nicht ausreichend begründet.

Zu Z 17 (§ 10a Abs. 6 Z 1)

Das Erfordernis einer Zugriffsberechtigung für den Bundesminister ist nicht ausreichend begründet.

Zu Art. 14 (Änderung des Privatuniversitätsgesetzes)Zu Z 3 (§ 6 Abs. 3)

Dieser Ermächtigung zur Datenverarbeitung fehlt es an der ausreichenden Determinierung iSd § 1 Abs. 2 iVm Art. 18 B-VG iVm Art. 6 Abs. 3 DSGVO.

Zu Art. 15 (Änderung des Studienförderungsgesetzes)Zu Z 23 (§ 40 Abs. 9)

Hier stellen sich grundlegende Fragen der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit sowie der kompetenzrechtlichen Deckung.

13. März 2018
Für den Datenschutzrat
Der Vorsitzende:
MAIER

Elektronisch gefertigt