

REPUBLIK ÖSTERREICH DATENSCHUTZRAT

An das
Bundesministerium für Soziales,
Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz
Stubenring 1
1010 Wien

Per Mail:
s7@gesundheitsministerium.gv.at

BMJ - StS DS (Stabsstelle Bereich Datenschutz)
Kompetenzstelle A (Geschäftsstelle des
Datenschutzrates)

dsr@bmj.gv.at
+43 1 52152 2918
Museumstraße 7, 1070 Wien

E-Mail-Antworten sind bitte
unter Anführung der Geschäftszahl an
dsr@bmj.gv.at zu richten.

Geschäftszahl: 2020-0.558.958 (BMJ/BMSGPK)

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Epidemiegesetz 1950, das Tuberkulosegesetz und das COVID-19-Maßnahmengesetz geändert werden

Der Datenschutzrat hat in seiner 251. Sitzung am 3. September 2020 mehrheitlich beschlossen, zu der im Betreff genannten Thematik folgende Stellungnahme abzugeben:

I. Allgemeines

- Laut den Ausführungen des BMSGPK** haben aufgrund der aktuellen COVID-19-Krisensituation in diversen Bereichen Nachschärfungen im Epidemiegesetz 1950 und im COVID-19-Maßnahmengesetz zu erfolgen. Im Hinblick auf das VfGH-Erkenntnis vom 14.7.2020, V 363/2020, bedarf es Anpassungen im COVID-19-Maßnahmengesetz. Vor dem Hintergrund der aktuellen Entwicklungen erscheinen insbesondere die Strafdrohungen im Zusammenhang mit Verstößen gegen das COVID-19-Maßnahmengesetz als zu wenig differenziert. **Ferner wären neue Rechtsgrundlagen für die notwendige Kontaktpersonennachverfolgung erforderlich.** Weiters müssen im Hinblick auf die etwaige Regionalisierung der Maßnahmensetzung Rechtsgrundlagen geschaffen werden, um regional tätig werden zu können. Eines der Ziele sei die Normierung, dass alle natürlichen und juristischen Personen, die im Rahmen der internationalen Kontaktpersonennachverfolgung sachdienliche Informationen besitzen, diese auch dem BMSGPK als oberste Gesundheitsbehörde zur Verfügung zu stellen haben. **Zudem soll eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, welche Betriebe, Veranstalter und Vereine berechtigt,**

Kontaktdaten, von Betroffenen, in deren Verarbeitung ausdrücklich eingewilligt wurde (z.B. von Gästen, Besuchern, Sportlern), für einen Zeitraum von 28 Tagen aufzubewahren (zu speichern), damit diese Kontaktdaten, Anlassfallbezogen bei einer Umgebungsuntersuchung der Gesundheitsbehörde, auch zur Verfügung gestellt werden können. Es solle eine Entlastung der Gerichte im Hinblick auf die Überprüfung einer rechtmäßigen Freiheitsbeschränkung erfolgen. **Weiters sollen die Präventionskonzepte auch Auflagen für Veranstaltungen sein und könnten von der Behörde auch vor Ort überprüft werden.** Im Entwurf ist die Schaffung einer einheitlichen Kaskadenregelung im Hinblick auf die behördlichen Zuständigkeiten im Epidemiegesetz 1950 und im COVID-19-Maßnahmengesetz vorgesehen. Auch soll eine eindeutige Rechtsgrundlage für Betretungsregelungen für öffentliche Orte geschaffen werden und eine Konkretisierung der Verordnungsermächtigungen im COVID-19-Maßnahmengesetz erfolgen. Ein Ziel sei auch die Individualisierung der Strafbestimmungen im COVID-19-Maßnahmengesetz und die Herabsetzung der Strafhöhen.

II. Datenschutzrechtliche Bemerkungen

Zu Artikel 1 (Änderung des Epidemiegesetzes 1950)

Zu Z 3 (§ 5 Abs. 4):

- 2 Der **Zweck der Auskunftspflicht** („[i]m Zusammenhang mit der Kontaktpersonennachverfolgung im Rahmen des Beschlusses Nr. 1082/2013 EU“) sollte jedenfalls **näher präzisiert** werden. Aus § 5 Abs. 4 geht weder hervor, um **welche Art von Auskünften** es sich handelt, noch **wem gegenüber** die Auskunftspflicht besteht oder inwieweit eine **Weiterverarbeitung** (vgl. den in den Erläuterungen erwähnten Datenaustausch und die länderübergreifende Zusammenarbeit) vorgesehen ist.
- 3 Dementsprechend sollten die **Bestimmungen des Beschlusses Nr. 1082/2013/EU**, auf die in § 5 Abs. 4 Bezug genommen wird, **konkretisiert** werden.
- 4 Der **Datenschutzrat bemerkt, dass allfällige Verarbeitungszwecke, die über die im verwiesenen Beschluss geregelten hinausgehen, in § 5 Abs. 4 festzulegen wären (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. c iVm Abs. 3 DSGVO).**
- 5 Der **Umfang der Auskunftspflicht** bedarf – unbeschadet der Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 lit. c iVm Abs. 3 DSGVO und des § 1 Abs. 2 DSG hinsichtlich der Determinierung von Eingriffen in das Grundrecht auf Datenschutz – schon deshalb einer **klaren Abgrenzung**, weil einerseits das Zuwiderhandeln gegen die Auskunftspflicht gemäß § 40 lit. a EpG mit **Verwaltungsstrafe** bedroht ist, andererseits aber eine nicht von der Auskunftspflicht gedeckte Weitergabe personenbezogener Daten gegen die DSGVO verstoßen und mit

Geldbußen nach Art. 83 DSGVO geahndet werden kann. Um dem Verantwortlichen ein rechtskonformes Verhalten zu ermöglichen, ist es daher **unerlässlich, den Umfang der Auskunftspflicht im Gesetz klar festzulegen**. Dementsprechend sollte geregelt (und nach Möglichkeit in den Erläuterungen beispielhaft dargestellt) werden, **welche personenbezogenen Daten** und insbesondere **welche besonderen Kategorien personenbezogener Daten** (Art. 9 Abs. 1 DSGVO) von der Auskunftspflicht umfasst sein können (siehe dazu auch die untenstehenden Anmerkungen zu § 5 Abs. 6).

- 6 Der vorgeschlagenen Auskunftspflicht unterliegen **sämtliche natürlichen und juristischen Personen**. Die Auskunftspflicht geht damit weit über die beispielhaft genannten Unternehmen (Personenbeförderungsunternehmen, Reisebüros oder Beherbergungsbetriebe) hinaus. Insbesondere ist aufgrund dieser Bestimmung auch jede Privatperson – unabhängig davon, ob sie selbst erkrankt oder erkrankungsverdächtig ist – zur umfassenden Auskunft verpflichtet, was nach Ansicht des Datenschutzrates einen **erheblichen Eingriff in das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie das Grundrecht auf Datenschutz** darstellt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Anknüpfungspunkt für die Auskunftspflicht – ein möglicher „Beitrag“ zu den Erhebungen – denkbar weit ist und insbesondere keine klaren Beschränkungen hinsichtlich der Datenarten, die der Auskunftspflicht unterliegen, vorgesehen sind.
- 7 Insgesamt erscheint die **Verhältnismäßigkeit** dieser weiten Auskunftspflicht – die zudem weder zeitlich noch örtlich oder sachlich (COVID-19-Pandemie) beschränkt ist – **zweifelhaft**. Es wird dringend empfohlen, Ausführungen zur Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahme in die Erläuterungen aufzunehmen.

Zu Z 4 (§ 5 Abs. 6):

- 8 § 5 Abs. 6 verpflichtet Betriebe, Veranstalter und Vereine, personenbezogene Kontaktdaten von näher bezeichneten Personengruppen, in deren Verarbeitung ausdrücklich eingewilligt wurde, zum Zweck der Erfüllung der Mitwirkungspflicht im Rahmen der Kontaktpersonenerhebung für die Dauer von 28 Tagen aufzubewahren. Damit wird eine Datenverarbeitung (Erhebung) auf Rechtsgrundlage der Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO) mit einer unmittelbar anschließenden Datenverarbeitung (Aufbewahrung) auf Grundlage einer gesetzlichen Verpflichtung (Art. 6 Abs. 1 lit. c DSGVO) verknüpft.
- 9 Durch diese enge Verflechtung von diametral unterschiedlichen Rechtsgrundlagen entstehen zahlreiche Problemlagen:
- 10 Die **Einwilligung** in eine Datenverarbeitung muss gemäß Art. 4 Z 11 DSGVO **freiwillig, für den bestimmten Fall und in informierter Weise** erfolgen. Dies bedeutet für den

vorliegenden Fall, dass die Einwilligung jedenfalls auch den **Zweck der Aufbewahrung nach § 5 Abs. 6** im Hinblick auf die Erfüllung einer Mitwirkungspflicht im Rahmen der Kontaktpersonennachverfolgung umfassen müsste; eine lediglich in Bezug auf eine Reservierung oder beim Kartenkauf erteilte Einwilligung in die Verarbeitung von Kontaktdaten wäre beispielsweise nicht ausreichend. Die Bestimmung lässt jedoch offen, auf welche **Art der Verarbeitung** sich die **ausdrückliche Einwilligung** bezieht.

- 11 Die **Freiwilligkeit der Einwilligung** ist jedenfalls dann **nicht gegeben**, wenn die Nichterteilung der Einwilligung eine **Verweigerung des Eintritts oder einer Dienstleistung** durch den betreffenden Betrieb, Veranstalter oder Verein zur Folge hat (vgl. Art. 7 Abs. 4 DSGVO, der ein sog. „**Koppelungsverbot**“ vorsieht). In einem solchen Fall wäre auch die Aufbewahrung nach § 5 Abs. 6 unzulässig, da eine wirksame Einwilligung, an die die Verpflichtung anknüpft, nicht erteilt wurde. Selbst ein erst später hervorkommender **Mangel der Einwilligung** (etwa wenn die Einwilligung iHa die Aufbewahrung zur Kontaktpersonennachverfolgung im Vorfeld – zB im Rahmen des Kartenvorverkaufs – eingeholt wurde, jedoch im Folgenden eine Veranstaltung nicht besucht werden konnte) hätte zur Folge, dass die personenbezogenen Daten **gelöscht** werden müssen.
- 12 Im Falle eines **Widerrufs der zur Erhebung erforderlichen Einwilligung** (Art. 7 Abs. 3 DSGVO) sind die Rechtsfolgen im Hinblick auf die – gesetzlich verpflichtend vorgesehene – **Aufbewahrung** unklar. Eine Löschung der Daten aufgrund des Widerrufs würde der Aufbewahrungspflicht zuwiderlaufen; eine Unwirksamkeit des Widerrufs wäre jedoch mit der Rechtsgrundlage der Einwilligung kaum in Einklang zu bringen.
- 13 Aufgrund der gewählte Kombination von Einwilligung und gesetzlicher Verpflichtung ergeben sich somit **datenschutzrechtlich komplexe Fragestellungen**, die in der Praxis von den **einzelnen nach § 5 Abs. 6 Verpflichteten im Einzelfall zu lösen** wären. Hinzu kommt, dass weder die von der Aufbewahrungspflicht umfassten **Datenarten noch die Modalitäten** der Aufbewahrung (insb. Datensicherheit) geregelt sind, sodass auch die diesbezügliche **Entscheidung zur Gänze dem einzelnen Betrieb, Veranstalter oder Verein übertragen** wird. Vor dem Hintergrund, dass einerseits das Zuwiderhandeln gegen die Auskunftspflichten nach § 5 EpG gemäß dessen § 40 lit. a mit Verwaltungsstrafe bedroht ist, andererseits aber Verstöße gegen die DSGVO mit Geldbußen nach Art. 83 DSGVO geahndet werden können, bedarf es im vorliegenden Zusammenhang einer klaren rechtlichen Regelung.
- 14 Es wird empfohlen, zu prüfen, ob – im Sinne eines möglichst gelinden Eingriffs in das Grundrecht auf Datenschutz – mit einer **gesetzlichen Ermächtigung** (und nicht Verpflichtung) von Betrieben, Veranstaltern und Vereinen **zur Erhebung und Speicherung auf Grundlage der Einwilligung** der betroffenen Personen (Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO) unter

Regelung der näheren Modalitäten das Auslangen gefunden werden kann. Im Zusammenhang mit Datenverarbeitungen zur Verhinderung der Ausbreitung ansteckender Krankheiten käme – unter der Voraussetzung der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit einer solchen Maßnahme – gegebenenfalls eine **konkret ausformulierte, verpflichtende Regelung** iSd Art. 6 Abs. 1 lit. e und Abs. 3 iVm Art. 9 Abs. 2 lit. i DSGVO **im unbedingt notwendigen Ausmaß in Betracht**.

- 15 In jedem Fall sollte eine **gesetzliche Regelung** hinsichtlich der Aufbewahrung von Kontaktdaten durch Private iHa die behördliche Kontaktpersonennachverfolgung die **zu verarbeitenden Datenarten** sowie die näheren **Modalitäten der Aufbewahrung** festlegen. Eine Regelung wie in § 5 Abs. 6, die formal auf einer Einwilligung basiert, jedoch wesentliche Kernelemente wie die Freiwilligkeit und die Widerspruchsmöglichkeit durch die enge Verknüpfung mit einer Verpflichtung faktisch unterläuft, ist aus grundsätzlichen Erwägungen sowie im Hinblick auf die in der Praxis zu erwartenden Vollziehungsprobleme abzulehnen.
- 16 Aus der Bestimmung ist nicht erkennbar, wodurch die **Aufbewahrungspflicht konkret ausgelöst wird, zumal lediglich abstrakt an bestimmte Personenkreise angeknüpft wird**. Vor dem Hintergrund des Aufbewahrungszwecks (Mitwirkung im Rahmen der Kontaktpersonennachverfolgung) kann eine Aufbewahrungspflicht jedoch von vornherein nur dann verhältnismäßig sein, wenn sie an ein bestimmtes **Kontaktereignis** anknüpft, aufgrund dessen ein **epidemiologisch relevantes Infektionsrisiko** besteht.
- 17 Eine Auskunftserteilung im Rahmen der Kontaktnachverfolgung – und damit auch die vorangehende Speicherung nach § 5 Abs. 6 – über Personen, die einer anzeigepflichtigen Erkrankung gar nicht ausgesetzt waren, stünde in einem **Spannungsverhältnis zu den Grundsätzen der Datenminimierung und der Datenrichtigkeit** (Art. 5 Abs. 1 lit. c und d DSGVO). Insbesondere kann die Weiterleitung von Kontaktdaten solcher Personen – **mangels Ansteckungsgefahr** – von vornherein **keinen Beitrag zur Kontaktpersonennachverfolgung** leisten. Ganz im Gegenteil dürfte es dem Ziel der Auskunfts- und damit auch der Aufbewahrungspflicht zuwiderlaufen, wenn auch Kontaktdaten von keinem Ansteckungsrisiko ausgesetzten Personen beauskunftet werden, zumal dies die – derzeit ohnedies bereits stark geforderten – Gesundheitsbehörden im Rahmen der Kontaktpersonennachverfolgung noch zusätzlich belasten würde.
- 18 Da die **Aufbewahrungspflicht** nach § 5 Abs. 6 an eine Einwilligung anknüpft, umfasst sie überdies **nur Fälle, die von der Einwilligung zweifelsfrei erfasst sind**. Dies wäre zB nicht der Fall, wenn die Einwilligung im Hinblick auf eine geplante Teilnahme an einer Veranstaltung beim Kartenvorverkauf erteilt wird, die Veranstaltung aber in der Folge nicht besucht werden kann. Eine vorausschauende Erstreckung der Einwilligung auch auf solche Fälle

wäre bei entsprechender Ausgestaltung der Einwilligungserklärung zwar theoretisch möglich, aber keinesfalls zweckmäßig und stünde in einem klaren Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Datenminimierung (Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO).

- 19 Die Regelung wäre daher jedenfalls auf solche **Gäste/Besucher/Kunden/Mitarbeiter zu beschränken**, die im jeweiligen Betrieb/bei einer Veranstaltung/bei einem Zusammentreffen innerhalb des Vereins udgl. **tatsächlich anwesend waren**. Nach dem vorgeschlagenen Wortlaut wären zB vom Kundenbegriff auch reine Online-Kunden oder Mitarbeiter, die gar nicht im Betrieb anwesend waren, erfasst, bei denen ein Ansteckungszusammenhang denkunmöglich in Betracht kommt. Im Sinne der Verhältnismäßigkeit wäre zudem nach Möglichkeit auch darauf abzustellen, ob durch die Anwesenheit ein epidemiologisch relevantes **Infektionsrisiko tatsächlich besteht** oder ein solches aufgrund sonstiger Schutzvorkehrungen (zB keine räumliche Nähe, mechanische Trennungsmaßnahmen usw.) oder einer kurzen Verweildauer von vornherein auszuschließen ist. **Im Übrigen scheint die Aufnahme von Daten von Arbeitnehmern und Mitarbeitern in Abs. 6 fehl am Platz, da die jeweilige Datenerhebung und Weitergabe jedenfalls auch ohne Einwilligung zulässig ist.**
- 20 Auch im Hinblick auf die vorgesehene **Aufbewahrungsdauer** müsste die Aufbewahrungspflicht jedenfalls **an ein tatsächliches Kontaktereignis** anknüpfen. Bei einem bloßen Anknüpfen an den Zeitpunkt einer allenfalls früheren Erhebung der Kontaktdaten – etwa im Rahmen eines Kartenvorverkaufs – könnte die Aufbewahrungsfrist ansonsten sogar schon vor dem relevanten Kontaktereignis enden.
- 21 Der **Gesetzestext** sieht – entgegen den Ausführungen in den Erläuterungen – **kein Verbot der Verweigerung** des Eintritts oder einer Dienstleistung durch Betriebe, Veranstalter oder Vereine im Falle der Ablehnung der Einwilligung vor. Eine solche Vorgehensweise würde zwar die Ungültigkeit der datenschutzrechtlichen Einwilligung (und damit die Unzulässigkeit der Datenerhebung und -aufbewahrung) bewirken. **Das in den Erläuterungen angesprochene Benachteiligungsverbot aus Gründen der Verweigerung der Einwilligung zur Angabe von Kontaktdaten zum Zweck der Kontaktpersonennachverfolgung müsste im Gesetz selbst ausdrücklich verankert werden.**
- 22 Die **Verhältnismäßigkeit** der in § 5 Abs. 6 vorgesehenen Aufbewahrungspflicht erscheint im Hinblick auf ihren Umfang und ihre Ausgestaltung **zweifelhaft**.
- 23 Die Aufbewahrungspflicht ist **nicht auf die COVID-19-Pandemie beschränkt**; insbesondere ist auch **kein Außerkrafttreten mit Ende der Pandemie** vorgesehen. Damit wird im EpG faktisch eine **dauerhafte umfassende Vorratsdatenspeicherung für Kontaktdaten sämtlicher Gäste, Besucher, Kunden und Mitarbeiter** eingeführt, die in der Folge zur

Kontakterhebung in Bezug auf **sämtliche nach dem EpG anzeigepflichtigen Krankheiten** verwendet werden kann.

- 24 Eine solche Vorratsdatenspeicherung stellt einen **schwerwiegenden Eingriff in die Rechte der betroffenen Personen** dar. Die Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahme wäre jedenfalls näher zu erläutern. Insbesondere wäre zu prüfen, ob eine derart eingriffsintensive Maßnahme zum Zweck der Kontaktpersonennachverfolgung **sachlich und zeitlich auf die Dauer der COVID-19-Pandemie beschränkt werden könnte** (diesfalls wäre die Regelung wohl nicht im EpG, sondern im COVID-19-MG zu treffen), zumal den Erläuterungen **keine Anhaltspunkte** dafür zu entnehmen sind, dass bereits in der Vergangenheit bzw. in Bezug auf andere nach dem EpG anzeigepflichtige Krankheiten Probleme bei der Kontaktpersonennachverfolgung bestanden hätten, die eine **derart eingriffsintensive Maßnahme generell und dauerhaft erforderlich und verhältnismäßig** machen.
- 25 Auch die Erforderlichkeit einer **Speicherdauer von 28 Tagen** sollte in den Erläuterungen **näher begründet** werden. Im Hinblick auf den Verarbeitungszweck hätte sich die Speicherdauer vornehmlich an epidemiologischen Erfordernissen zu orientieren, auf die entsprechend Bezug zu nehmen wäre. Vor dem Hintergrund, dass die Bestimmung nicht auf die Nachverfolgung von COVID-19-Kontakten beschränkt ist, sondern für alle nach dem EpG anzeigepflichtigen Krankheiten gilt, wird auch in diesem Zusammenhang auf die vorstehenden Erwägungen zur **Verhältnismäßigkeit** hingewiesen.
- 26 Zur Klarstellung, im Hinblick auf **welche konkrete Mitwirkungspflicht** die Aufbewahrungspflicht nach § 5 Abs. 6 angeordnet wird, sollte in der genannten Bestimmung – auch im Hinblick auf das dort normierte Verbot einer Verarbeitung zu anderen Zwecken – ein ausdrücklicher **Verweis auf die bezughabende(n) Bestimmung(en) über die Mitwirkungspflichten** aufgenommen werden.
- 27 Die allgemeine Verpflichtung zur Ergreifung von **Datensicherheitsmaßnahmen** ergibt sich bereits aus dem unmittelbar anwendbaren Art. 32 DSGVO und unterliegt insoweit einem Transformationsverbot. Da es sich im vorliegenden Zusammenhang im Falle einer Abfrage jedenfalls um besondere Kategorien personenbezogener Daten („möglicherweise infizierte Person“) handelt (und der Gesetzestext eine Verarbeitung auch sonstiger besonderer Kategorien personenbezogener Daten nicht ausschließt), wären die **konkret** zu ergreifenden Datensicherheitsmaßnahmen im **Gesetz näher festzulegen. Der Datenschutzrat weist darauf hin, dass in den Fällen des Art. 35 Abs. 3 lit. b (umfangreiche Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten) und lit. c (systematische umfangreiche Überwachung öffentlich zugänglicher Bereiche) DSGVO eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen ist. Der Datenschutzrat ersucht zu prüfen, ob nach der – von den informierten Vertretern des BMSGPK in Aussicht gestellten – Präzisierung des**

§ 5 Abs. 6 und nach Konkretisierung der Datenverarbeitung und der Datenkategorien, vom BMSGPK eine Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß Art. 35 Abs. 10 DSGVO durchgeführt werden sollte, um einen unverhältnismäßigen Aufwand für die einzelnen Verantwortlichen zu vermeiden.

Zu Z 6 (§ 15 Abs. 2 Z 5):

- 28 Der Begriff „**Präventionskonzept zur Minimierung des Infektions- sowie des Ausbreitungsrisikos**“ sollte näher **präzisiert** werden. Es ist unklar, ob davon auch die **Verarbeitung personenbezogener Daten** erfasst sein soll. Diesbezüglich müsste eine Eingriffsnorm den Ansprüchen einer ausreichenden **Determinierung** iSd § 1 Abs. 2 DSG entsprechen, was derzeit nicht der Fall ist. Aus dem Wortlaut ist – auch in Zusammenschau mit den Erläuterungen – nicht erkennbar, was ein „Präventionskonzept zur Minimierung des Infektions- sowie des Ausbreitungsrisikos“ sein kann.
- 29 Im Hinblick darauf, dass § 5 Abs. 6 für die Erhebung von personenbezogenen Kontaktdaten eine ausdrückliche **Einwilligung** (die Freiwilligkeit voraussetzt) verlangt, wäre im Hinblick auf § 15 Abs. 2 Z 5 in den Erläuterungen klarzustellen, dass die **verpflichtende Führung von Anwesenheitslisten nicht Bestandteil eines Präventionskonzepts sein darf**.
- 30 Gemäß § 15 Abs. 3 EpG dürfen **Auflagen** im Zusammenhang mit Maßnahmen gegen das Zusammenströmen größerer Menschenmengen **nicht die Verwendung von Contact-Tracing-Technologien** umfassen. Dementsprechend sollte in den Erläuterungen zu § 15 Abs. 2 Z 5 klargestellt werden, dass dies auch für Präventionskonzepte gilt.

Zu Artikel 3 (Änderung des COVID-19-Maßnahmengesetzes)

Zu den Z 2 (§ 1) und 3 (§ 2):

- 31 Gemäß § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 zählen zu den möglichen Auflagen im Zusammenhang mit Betretungsregelungen u.a. Präventionskonzepte. Der Begriff des Präventionskonzepts ist im COVID-19-MG nicht definiert. Damit stellt sich die Frage, welche **Verarbeitungen personenbezogener Daten im Präventionskonzept** vorgesehen werden können (siehe auch die Anmerkung zu § 15 Abs. 2 Z 5 EpG).
- 32 Gemäß § 15 Abs. 3 EpG dürfen **Auflagen** im Zusammenhang mit Maßnahmen gegen das Zusammenströmen größerer Menschenmengen **nicht die Verwendung von Contact-Tracing-Technologien umfassen**. Eine entsprechende Regelung sollte auch in Bezug auf Auflagen nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 COVID-19-MG aufgenommen werden.

Zur Wirkungsorientierten Folgenabschätzung

- 33 Zum **Abschnitt „Ziele“** wird darauf hingewiesen, dass mit dem im Entwurf vorliegenden Gesetz – entgegen den Ausführungen im zweiten Absatz – keine Berechtigung, sondern eine **Verpflichtung** zur Aufbewahrung von Kontaktdaten geschaffen wird und überdies der Personenkreis „Sportler“ im Gesetzestext nicht angeführt ist.
- 34 Aus dem bloßen Verweis auf den Beschluss Nr. 1082/2013/EU im **Abschnitt „Verhältnis zu den Rechtsvorschriften der Europäischen Union“** geht in keiner Weise hervor, **welche Art von Verhältnis** zwischen den im Entwurf vorliegenden innerstaatlichen Rechtsvorschriften und dem genannten Beschluss besteht.

Anlage: Votum Separatum

Für den Datenschutzrat

Der Vorsitzende:

OFENAUER

7. September 2020

Elektronisch gefertigt

Abg.z.NR Mag. Christian Drobits
stv. Vorsitzender des Datenschutzrates

Wien, 7. September 2020

„Votum Separatum“ zu TOP 2: Entwurf eines BG mit dem das Epidemiegesetz 1950, das Tuberkulosegesetz und das Covid-19-Maßnahmengesetz geändert werden in der 251. Sitzung des Datenschutzrates am 3.9.2020

Das unterzeichnete Mitglied des Datenschutzrates gibt stellvertretend für die anderen Mitglieder der SPÖ im Datenschutzrat (NR a.D. Mag. Johann Maier und Dr. Kurt Einzinger sowie für die Vertretung der BAK im DSR Mag. Daniela Zimmer) zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Epidemiegesetz 1950 (EpG), das Tuberkulosegesetz und das COVID-Maßnahmengesetz geändert werden fristgerecht – wie in der DSR-Sitzung vom 03.09.2020 angekündigt – nachstehendes „Votum Separatum“ ab.

Eingehend wird grundsätzlich festgehalten, dass bezugnehmend auf die VfGH-Entscheidung vom 14.Juli 2020 Anpassungen und Korrekturen im Covid-19-Maßnahmengesetz notwendig sind. Unverständlich ist, warum in der vorliegenden Novelle zum Epidemiegesetz 1950 die bundesgesetzliche Regelung zum Einsatz einer „Corona Ampel“ mit einer Verankerung der anzuwendenden Ampelkriterien und die gesetzlichen Grundlagen für die Folgen der jeweiligen „Ampelschaltung“ fehlen. Zurzeit finden sich rechtlich nicht legitimierte Kriterien lediglich auf der Homepage www.corona-ampel.gv.at, nicht jedoch im Rechtsbestand, obwohl damit Grundrechtseingriffe vorgenommen werden.

Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung wird aber seitens der SPÖ Vertreter – und auch von der Regierung selbst, die die gesetzliche Verankerung der „Corona Ampel“ mehrfach angekündigt hat, – insbesondere aus rechtsstaatlicher Sicht für erforderlich erachtet. Erst mit Präsentation der „Ampel“ am 04.09.2020 wurde in der Öffentlichkeit erstmals bekannt, dass das Epidemiegesetz und das Covid-19-Maßnahmen Gesetz die Rechtsgrundlage darstellen sollen.

Die jetzt vorliegenden Gesetzesentwürfe sind zudem legistisch missglückt, fehlerhaft, realitätsfremd und implizieren aufgrund von Unschärfen bei der Zuständigkeit Probleme im Vollzug. Den Intentionen des VfGH wurde erneut nicht gefolgt; das bestätigen auch die zahlreichen ablehnenden und kritischen Stellungnahmen im Begutachtungsverfahren. Die Entwürfe sehen eine Reihe eingriffsintensiver Maßnahmen (z. B. in das Grundrecht auf Datenschutz, in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) vor. Aus grundrechtlicher –und speziell aus datenschutzrechtlicher - Sicht, sind die vorliegenden Entwürfe nicht sanierungsfähig, da gerade dem Bestimmtheitsgebot (d. i. klare rechtliche und unmissverständliche Regelungen) in vielen Bestimmungen des Gesetzeswurfes nicht entsprochen und die verfassungsrechtlichen Bedenken nicht ausgeräumt wurden. Aus diesem Grund wurde von den SPÖ-Vertretern auch der Stellungnahme des Datenschutzrates in dieser Sitzung am 03.09.2020 nicht zugestimmt; vor allem, weil nicht sichergestellt war, dass die Einwände (Ersuchen und Bitten) des Datenschutzrates in der Endfassung tatsächlich berücksichtigt werden (siehe Debatte VD des BKA).

Die Kritik im Detail:

Die vorgesehenen generellen Bestimmungen des § 5 Abs.4 Epidemiegesetz (Verpflichtung zur Auskunftserteilung gegenüber dem zuständigen Gesundheitsminister) und § 5 Abs. 6 Epidemiegesetz (Erfassung von Kontaktdaten nach ausdrücklicher Einwilligung und Verpflichtung zur Aufbewahrung dieser Daten) schaffen Dauerrecht und gelten nach Ende der Corona Pandemie weiter (!). Dieser Umstand ist – insbesondere im Hinblick auf die schlecht formulierten und extrem weitgehenden Verpflichtungen des § 5 Abs. 6 Epidemiegesetz - äußerst aufklärungsbedürftig und stellt eine Abkehr von der bisherigen Regelungspraxis der Covid-Gesetze dar.

Damit wird mit diesen generellen Bestimmungen auf eine abstrakte Gefährdungslage Bezug genommen und nicht differenziert nach der jeweiligen Gefährdungslage und dem Infektionsrisiko (epidemiologisch relevantes Infektionsrisiko). Zudem wird dabei auch nicht differenziert zwischen unterschiedlichen Infektionsmöglichkeiten oder abgestellt auf ein tatsächliches Kontaktereignis. Vielmehr müsste der konkreten Gefährdungslage wie beim Lawinenwarnstufensystem entsprochen werden.

§ 5 Abs. 4 Epidemiegesetz stellt einen erheblichen Grundrechtseingriff dar, ist unbestimmt und entspricht nicht der Verhältnismäßigkeit, da u. a. der Umfang der Auskunftspflicht (Welche personenbezogenen Daten müssen beauskunftet werden?), wie auch der grenzüberschreitende Datenaustausch nicht geregelt wird.

In der vorgesehenen Bestimmung des § 5 Abs. 6 Epidemiegesetz liegt ein komplexes Spannungsverhältnis von ausdrücklicher Einwilligung und einer gesetzlich vorgeschriebenen 28 tägigen Aufbewahrungspflicht von Kontaktdaten vor, was besondere datenschutzrechtliche Problemstellungen schafft und mit der anlasslosen Registrierung (Stichwort „Gästelisten“) zu einer immensen und unkontrollierbaren Vorratsdatenspeicherung führt. Diese wäre nur in Verbindung mit einer besonderen Gefährdungslage verhältnismäßig und verfassungskonform; abgesehen vom enormen Verwaltungsaufwand. Besonders problematisch ist die Annahme des Vorliegens der Freiwilligkeit durch eine Einwilligung in die nicht näher konkretisierte Datenverarbeitung. Unbestrittenermaßen ergibt sich die Freiwilligkeit nicht aus dem vorliegenden Gesetzestext selbst, es lässt sich daher ein Grundrechtseingriff auf diese Weise nicht begründen.

Hinzuzufügen ist noch, dass auch nach Auskunft der informierten VertreterInnen in der Sitzung unklare Bestimmungen im Entwurf über den Zugriff zu diesen Daten, den Umgang mit diesen durch die Behörde und eine allfällige Datenweitergabe an zentrale Stellen beinhaltet sind, also auch die Konsequenz selbst nach der Sammlung der Daten rechtlich unklar bleibt.

Darüber hinaus sind in dieser Bestimmung viele Formulierungen (Begriffe) missverständlich und irreführend (Art der Datenverarbeitung, keine Konkretisierung der Datenverarbeitung und Registrierung, Nichtregelung des Benachteiligungsverbot bei Ablehnung der Einwilligung, Modalität der Aufbewahrung). Sie entsprechen auch nicht dem DSG und der DSGVO. Zudem sind nicht alle möglichen Fallkonstellationen datenschutzrechtlich durchdacht (z. B. Folgen des Widerrufs der freiwilligen Einwilligung).

Die vorgesehenen Zuständigkeitsregelungen zur Erlassung von Verordnungen sind im Epidemiegesetz (§ 43a) wie auch im Corona-19-Maßnahmen Gesetz (§ 2b) verunglückt. Es ist zum einen keine gesetzliche Corona Ampelregelung vorgesehen, zum anderen auch keine parlamentarische Kontrolle der ordnungserlassenden Behörden, die zu schwerwiegenden Grundrechtseingriffen ermächtigt werden. Wie auch die bisherigen Erfahrungen mit der „Corona-Ampel“ zeigen, sind nicht nachvollziehbare Ampelentscheidungen (fehlende Transparenz!) zu erwarten. Über Hundert zur Verordnungserlassung befugte Behörden (BM, LH, BVs) und damit potentiell einander widersprechende Verordnungen in Bund, Ländern und Bezirken (fehlende Rechtssicherheit!) wären die Folge.

Inhaltlich nicht nachvollziehbare und sich widersprechende Verordnungen des Bundes, der Länder bzw. einzelner Bezirksverwaltungsbehörden werden aber ein Vollziehungschaos und damit Unsicherheiten in der Bevölkerung auslösen sowie zu Akzeptanzproblemen führen. Dieses mögliche Zuständigkeitschaos in den Bestimmungen des Entwurfes, insbesondere wer eine Verordnung mit welchem Geltungsbereich erlassen kann und was bei Widersprüchen zwischen den unterschiedlichen Verordnungen gilt, ist meiner Einschätzung nach nicht sanierungsfähig.

Obwohl der VfGH die Ordnungsbestimmungen zu den Betretungsverboten nach dem Covid-19-Maßnahmengesetz aufgehoben hat, sieht der Entwurf in § 2 wiederum Verordnungsmächtigungen für Betretungsverbote vor (Betreten von bestimmten Orten oder öffentlichen Orten in ihrer Gesamtheit).

Auch diese Neufassung steht in einem enormen Spannungsverhältnis zum Grundrecht auf Freizügigkeit und ist grundrechtlich äußerst bedenklich. Von dieser Regelung wären auch private Orte, wie Wohnungen und auch öffentlich Einrichtungen, wie Universitäten und Behörden betroffen. Auch die Möglichkeit der Verhängung einer bundesweiten Ausgangssperre wäre wieder möglich, wofür aber weiterhin eine ausreichend konkrete und näher definierte Grundlage im Gesetzesentwurf fehlt.

Wegen der weitreichenden Folgen für die Zukunft („Vorratsdatenspeicherung“) ist aus Sicht der SPÖ Vertreter im Datenschutzrat eine Regelung zur Kontaktverfolgung im Epidemiegesetz in der im Entwurf vorliegenden Form abzulehnen. Präferiert wird aus unserer Sicht eine Regelung im Covid-19-Maßnahmen Gesetz. Bei einer solchen Regelung muss unbedingt auf spezifische, gesetzlich vorgezeichnete regionale, branchentypische oder anders abgegrenzte Gefährdungslagen und Infektionsrisiken abgestellt werden. Andernfalls würde ein unverhältnismäßiger Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz vorgenommen.

Unabhängig davon ist in jedem Fall eine Datenschutz Folgenabschätzung notwendig (Art. 35 Abs. 10 DSGVO), wofür das zuständige Bundesministerium verantwortlich ist. Diese notwendige Voraussetzung scheint der Bundesregierung völlig entgangen zu sein.

Grundrechtsschutz ist gerade in Zeiten einer Pandemie wichtiger denn je. Die Würde und die Grundrechte des Menschen bleiben unantastbar (Art.1 GRC), sie sind auch in Covid-19 Zeiten ungeschmälert zu achten und zu schützen. Sie müssen in ihrem Kern unverletzt bewahrt bleiben. Daher erscheint vor der Beschlussfassung derartig eingriffsintensiver Gesetze eine weitere Begutachtungsrunde nötig.

Auf Grund dieser Überlegungen schlage ich namens der SPÖ Vertreter im DSR vor (wie im Protokoll ersichtlich), diesen nicht mehr sanierungsfähigen Gesetzesentwurf zurückzuziehen und unter Berücksichtigung der Ergebnisse des Begutachtungsverfahrens einen neuen Entwurf zur Änderung des Epidemiegesetzes und des Corona-19-Maßnahmengesetzes sowie eine gesetzliche Verankerung der Corona Ampel mit den zur Anwendung gelangenden Ampelkriterien und den Rechtsfolgen aus den verschiedenen Ampelschaltungen vorzulegen.

Unsere Empfehlung an die Regierungsfractionen lautet daher: Zurück an den Start!

Mit freundlichen Grüßen

Abg. z. Nationalrat Mag. Christian Drobits

