

STELLUNGNAHME

zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert, das Datenschutzgesetz erlassen und das Datenschutzgesetz 2000 aufgehoben wird (Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018)

Wien, 23.6.2017

Die Österreichische Universitätenkonferenz (uniko) nimmt zum vorliegenden Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Datenschutzgesetz erlassen und das Datenschutzgesetz 2000 aufgehoben wird (Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018), wie folgt Stellung:

Zu den grundsätzlichen Aufgaben der Universitäten gehört, der wissenschaftlichen Forschung und Lehre sowie der Entwicklung und der Erschließung der Künste zu dienen und hiedurch auch verantwortlich zur Lösung der Probleme des Menschen sowie zur gedeihlichen Entwicklung der Gesellschaft und der natürlichen Umwelt beizutragen. Universitäten sind Bildungseinrichtungen des öffentlichen Rechts, die in Forschung und in forschungsgeleiteter akademischer Lehre auf die Hervorbringung neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse sowie auf die Erschließung neuer Zugänge zu den Künsten ausgerichtet sind (siehe auch § 1 Universitätsgesetz).

In Erfüllung dieser Aufgaben liegt die Verarbeitung personenbezogener Daten für Zwecke der Wissenschaft und Forschung im Regelfall im überwiegenden öffentlichen Interesse. Es ist daher gerechtfertigt, gemäß der DSGVO erleichternde Maßnahmen vorzusehen, die die Betroffenenrechte auf geeignete, dennoch aber praktikable Weise wahren sollen in dem Sinne, als die Durchführung von Forschungsvorhaben durch die Einhaltung grundlegender Datenschutzprinzipien nicht erschwert oder verunmöglicht werden soll. Der vorliegende Entwurf des DS-AnpG 2018 greift diese Möglichkeit der „Privilegierung“ zugunsten von Forschung und Statistik unserer Meinung nach nicht in ausreichendem Maße auf. Im Gegenteil wird das Ausmaß der Bürokratisierung über das in der DSGVO vorgesehene Maß hinaus ausgedehnt. Zudem ist zu befürchten, dass aus den vorgeschlagenen Einschränkungen Wettbewerbsnachteile für den Forschungsstandort Österreich erwachsen können.

STELLUNGNAHME

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

In diesem Sinne verweist die uniko auf folgende grundsätzliche Überlegungen:

Eine **Überregulierung der Datenverarbeitung** – wie dies derzeit in § 25 DSG idF DS-AnpG 2018 vorgesehen ist – muss im Sinne des wissenschaftlichen Fortschritts, der Zukunftstauglichkeit und der Wettbewerbsfähigkeit der Forschung (im Hinblick auf die in der DSGVO angelegte Flexibilisierung und die darin enthaltene 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 – DS-AnpUG-EU), was die Datenverarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten zu wissenschaftlichen Forschungszwecken angeht, deutlich flexibler dar.

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. Dadurch sind z.B. in EU-weiten Forschungsprojekten Schwierigkeiten zu erwarten, 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 Forschung in Österreich und damit auch die Wettbewerbsfähigkeit erheblich beeinträchtigt wird. Die uniko darf in diesem Zusammenhang auf das in Art 179 Abs 1 AEUV festgeschriebene primärrechtliche Ziel aufmerksam machen, einen europäischen Raum der Forschung zu schaffen.

Im Detail werden folgende Änderungen angeregt:

Ad § 1 DSG idF DS-AnpG 2018 (Verfassungsbestimmung; Zweckangabe in der Einwilligung im Forschungskontext („broad consent“)):

Nach der derzeitigen Rechtslage liegt eine rechtsgültige Zustimmungserklärung in die 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.“ Biobanken stellen zusammen mit PatientInnen-Datensammlungen eine wertvolle wissenschaftliche Ressource dar, welche neue Erkenntnisse zur Prävention ernster Gesundheitsgefahren ermöglicht und den Weg zu neuen Diagnose- und Therapieverfahren erschließt. BBMRI-ERIC (Biobanking and BioMolecular Resources research Infrastructure – European Research Infrastructure Consortium, www.bbMRI-eric.eu) ist die derzeit einzige Europäische Großforschungsinfrastruktur mit Headquarter in Österreich. Eine

STELLUNGNAHME

Abwanderung von BBMRI-ERIC aufgrund von Rechtsunsicherheit wäre eine Blamage für den Wissenschaftsstandort Österreich.¹

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.

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 prädeterniert 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.

Ad § 19 Abs 5 DSG idF DS-AnpG 2018 (Straffreiheit öffentlicher Stellen):

Die Ausschöpfung der Möglichkeit gem Art 83 Abs 7 DSGVO ist zu begrüßen, auch da dies in der Bundesrepublik Deutschland (§ 43 Abs 3 BDSG idF DS-AnpUG-EU) so umgesetzt worden ist. In den Erläuterungen wird dazu ausgeführt, dass im österreichischen Recht Geldbußen gegen Behörden und öffentliche Stellen grundsätzlich nicht vorgesehen sind, deshalb wurde von der Ausnahmemöglichkeit des Art 83 Abs 7 DSGVO Gebrauch gemacht. Soweit ersichtlich enthält das DS-AnpG 2018 jedoch keine Definition der „öffentlichen Stelle“, was zu Auslegungsschwierigkeiten führen kann. Es sollte daher jedenfalls klargestellt werden, dass Universitäten als juristische Personen des öffentlichen Rechts (s § 4 Universitätsgesetz 2002) darunter fallen.

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

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 „**Öffnungsmöglichkei-**

¹ Zudem fehlt in Österreich anders als in anderen Ländern allerdings noch jegliche gesetzliche Regelung zu Biobanken – dies sollte im Zuge des DS-AnpG 2018 zumindest als Erlaubnistatbestand Eingang finden.

STELLUNGNAHME

ten“ 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 BlgNR 20. GP und der Lit auf die Datenverwendung für ein „konkretes Forschungsprojekt“ ohne Personenbezug abzielt und
- Abs 2, der alle anderen Fälle abdecken soll und insbesondere auch den Anwendungsfall der „Sammlung personenbezogener Daten im Umfeld von Forschung und Statistik“ im Auge hat, dh es liegt (noch) kein konkretes Forschungsprojekt vor. 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 Spezi-
alnormen 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 und einer solchen für zukünftige, noch nicht individualisierte, Forschung überholt.

Im Sinne des in der DSGVO verankerten „risikobasierten Ansatzes“ und der „Rechenschaftspflicht“ bedeutet die in § 25 Abs 2 Z 3 DS-AnpG 2018 festgelegte Bindung erheblicher Teile von Datenverarbeitungen in der wissenschaftlichen Forschung an Genehmigungen der Datenschutzbehörde unserer Ansicht nach eine **Überbürokratisierung** (im Ergebnis erfolgt dadurch wieder eine „Rückverlagerung“ der Entscheidung an die Behörde im Sinne einer Vorabkontrolle), wo doch zB die Datenschutz-Folgenabschätzung gem Art 35 DSGVO eine Risikoabschätzung primär durch den Verantwortlichen vorsieht (und damit die starre Vorabkontrolle in Art 20 DSRL ablöst). 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 einer 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 wissenschaftli-

STELLUNGNAHME

chen 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 Löschungsansprüchen der Betroffenen (Art 17 Abs 3 lit d)

Darüber hinaus besteht die Möglichkeit der EU und der Mitgliedsstaaten, 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 Universitäten schlagen daher die folgenden Änderungen des § 25 DSG idF DS-AnpG 2018 vor, womit die nicht mehr zeitgemäße und nicht-trennscharfe Unterscheidung aufgegeben wird, ein „broad consent“ (s ErwGr 33) sowie die Verarbeitung „sensibler“ Daten auf Grundlage einer (stark eingeschränkten) Abwägung der Interessen der Verantwortlichen an der Verarbeitung im Vergleich zu den Interessen der betroffenen Personen (siehe auch die vergleichbare Bestimmung in der Bundesrepublik Deutschland, § 27 Abs 1 BDSG idF DSAnpUG-EU) ermöglicht wird und Betroffenenrechte zugunsten der Forschung eingeschränkt werden²:

Verarbeitung zum Zweck der wissenschaftlichen Forschung und Statistik

§ 25. (1) Für wissenschaftliche Forschungszwecke oder für statistische Zwecke, darf der Verantwortliche alle personenbezogenen Daten verarbeiten, die

1. öffentlich zugänglich sind,
2. er für andere Untersuchungen oder auch andere Zwecke zulässigerweise ermittelt hat,
3. für ihn pseudonymisierte personenbezogene Daten sind und der Verantwortliche die Identität der betroffenen Person mit rechtlich zulässigen Mitteln nicht bestimmen kann,
4. er gemäß besonderen gesetzlichen Vorschriften verarbeitet oder
5. er mit Einwilligung der betroffenen Person verarbeitet, wobei es zulässig ist, die Einwilligung für bestimmte Bereiche wissenschaftlicher Forschung einzuholen, wenn dies unter Einhaltung der anerkannten ethischen Standards der wissenschaftlichen Forschung geschieht.

(2) Darüber hinaus ist die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten (Art. 9 Abs. 1 DSGVO) für wissenschaftliche Forschungszwecke oder für statistische Zwecke zulässig, wenn die Verarbeitung zu diesen Zwecken aus Gründen eines erheblichen öffentlichen Interesses erforderlich ist, die Interessen des Verantwortlichen an der Verarbeitung die Interessen der betroffenen Person an einem Ausschluss der Verarbeitung erheblich überwiegen. Der Verantwortliche trifft angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Interessen der betroffenen Person insbesondere gemäß Art. 32, 35 und 89 DSGVO.

² Bei Vorliegen eines positiven Votums einer Ethikkommission gem § 30 UG bzw § 8c KAKuG ist die Verarbeitung der Daten jedenfalls gerechtfertigt.

STELLUNGNAHME

~~(3) Eine Genehmigung der Datenschutzbehörde für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung oder Statistik ist auf Antrag des Verantwortlichen der Untersuchung zu erteilen, wenn~~

- ~~— 1. die Einholung der Einwilligung der betroffenen Person mangels ihrer Erreichbarkeit unmöglich ist oder sonst einen unverhältnismäßigen Aufwand bedeutet,~~
- ~~— 2. ein öffentliches Interesse an der beantragten Verarbeitung besteht und~~
- ~~— 3. die fachliche Eignung des Verantwortlichen glaubhaft gemacht wird.~~

~~Sollen besondere Kategorien personenbezogener Daten (Art. 9 Abs. 1 DSGVO) ermittelt werden, muss ein wichtiges öffentliches Interesse an der Untersuchung vorliegen; weiters muss gewährleistet sein, dass die personenbezogenen Daten beim Verantwortlichen der Untersuchung nur von Personen verarbeitet werden, die hinsichtlich des Gegenstandes der Untersuchung einer gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen oder deren diesbezügliche Verlässlichkeit sonst glaubhaft ist. Die Datenschutzbehörde hat die Genehmigung an die Erfüllung von Bedingungen und Auflagen knüpfen, soweit dies zur Wahrung der schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person notwendig ist.~~

~~(4) Einem Antrag nach Abs. 3 ist jedenfalls eine vom Verfügungsbefugten über die Datenbestände, aus denen die personenbezogenen Daten ermittelt werden sollen, unterfertigte Erklärung anzuschließen, dass er dem Verantwortlichen die Datenbestände für die Untersuchung zur Verfügung stellt. Anstelle dieser Erklärung kann auch ein diese Erklärung ersetzender Exekutionstitel (§ 367 Abs. 1 EO) vorgelegt werden.~~

~~(3) Die in den Art. 15, 16, 18 und 21 DSGVO vorgesehenen Rechte der betroffenen Person sind insoweit beschränkt, als diese Rechte voraussichtlich die Verwirklichung der Forschungs- oder Statistikzwecke unmöglich machen oder ernsthaft beeinträchtigen und die Beschränkung für die Erfüllung der Forschungs- oder Statistikzwecke notwendig ist. Das Recht auf Auskunft gemäß Art. 15 DSGVO besteht darüber hinaus nicht, wenn die Daten für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung erforderlich sind und die Auskunftserteilung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde.~~

~~(4) Auch in jenen Fällen, in welchen die Verarbeitung von personenbezogenen Daten für Zwecke der wissenschaftlichen Forschung oder Statistik in personenbezogener Form zulässig ist, ist der Personenbezug unverzüglich zu verschlüsseln, wenn in einzelnen Phasen der wissenschaftlichen oder statistischen Arbeit mit personenbezogenen Daten gemäß Abs. 1 Z 3 das Auslangen gefunden werden kann. Sofern gesetzlich nicht ausdrücklich anderes vorgesehen ist, ist der Personenbezug der Daten gänzlich zu beseitigen, sobald er für die wissenschaftliche oder statistische Arbeit nicht mehr notwendig ist.~~

~~(5) Rechtliche Beschränkungen der Zulässigkeit der Benützung von personenbezogenen Daten aus anderen, insbesondere urheberrechtlichen Gründen, bleiben unberührt.~~

Sollen die großen gesellschaftlichen Herausforderungen im Bereich Medizin, Life Sciences, Sozialwissenschaften, Energie und Mobilität auch in Österreich weiterhin erfolgreich beforscht werden, darf das DS-AnpG 2018 wissenschaftliche Forschung zukünftig nicht erschweren oder gar verhindern, sondern muss eine wohltarierte Balance zwischen gerechtfertigtem Schutzbedürfnis des Einzelnen einerseits und wissenschaftlichen und gesellschaftlichen Anforderungen andererseits darstellen. Wir hoffen mit dieser Stellungnahme einen Beitrag zu diesem Bestreben zu leisten und ersuchen eindringlich die vorgebrachten Einwendungen bei der Gesetzwerdung zu berücksichtigen.

Für die Österreichische Universitätenkonferenz
Univ.-Prof. Dr. Oliver Vitouch
Präsident