

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

per E-Mail: S7@gesundheitsministerium.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

ZI. 13/1 21/96

2021-0.344.216

**BG, mit dem das Epidemiegesetz 1950 und das COVID-19-Maßnahmengesetz
geändert werden**

Referent: Dr. Günther Leissler, Rechtsanwalt in Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung
des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

Mit dem vorliegenden Gesetzesvorschlag sollen Teile des Epidemiegesetzes 1950
und des COVID-19-Maßnahmengesetzes im Zusammenhang mit dem "digitalen
grünen Pass" geändert werden.

Der ÖRAK bedankt sich für die ihm eingeräumte Möglichkeit zur Stellungnahme zu
diesem Gesetzesentwurf und äußert sich hierzu wie folgt:

Generelle Anmerkungen:

Der ÖRAK begrüßt das Setzen von Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung wie auch
zur Wiederherstellung der persönlichen Freizügigkeit und der Reisefreiheit. Den
rapiden Entwicklungen der Pandemie und zuletzt auch des Impffortschritts ist es
geschuldet, dass die begleitenden legislativen Maßnahmen unter Zeitdruck erfolgen.
Demgemäß greift der ÖRAK im folgenden spezifische Aspekte des geplanten
Gesetzesvorhabens auf, die aus der Sicht des ÖRAK zur Wahrung der Nachhaltigkeit
des angestrebten Rechtsbestands besondere Beachtung verdienen:

Zu den Rechtsbedenken:

Der Gesetzesentwurf steht im Zusammenhang mit den Bestrebungen der
Europäischen Kommission, durch die Schaffung zweier EU-Verordnungen die durch



die Pandemie eingeschränkte Reisefreiheit wiederherzustellen. Durch eine digitale Bescheinigung von Impfungen, Testungen und COVID-19-Genesungen sollen die in den Mitgliedstaaten bestehenden Quarantäneregelungen und die sonstigen Reiserestriktionen beseitigt werden. Dieses Vorhaben wird als digitaler grüner Pass bezeichnet, die entsprechenden Legislativakte befinden sich derzeit im Stadium des Trilogs.

Mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf soll insofern an diese europäischen Bestrebungen angeknüpft werden, als der digitale grüne Pass (im Sinne von: digitale Bescheinigungen) abseits der auf europäischer Ebene angestrebten Wiederherstellung der Reisefreiheit auch anderen Zwecken zugeführt werden soll. Die Erläuterungen sprechen diesbezüglich davon, dass es aus "*praktischen und ökonomischen Gründen*" zweckmäßig erscheint, die digitalen Zertifikate auch der Verwendung auf nationaler Ebene zuzuführen, um dadurch administrativ aufwändige und kostenmäßig belastende Doppelgleisigkeiten zu vermeiden.

Das Konzept digitaler Zertifikate mag bei grenzüberschreitenden Sachverhalten durchaus gerechtfertigt sein und mitunter sogar das einzige taugliche Mittel der Zielverwirklichung darstellen. Der Gedanke aber, dieses Konzept vornehmlich aus ökonomischen Überlegungen gleichermaßen auf der nationalen Ebene umzusetzen, begegnet verfassungsrechtlichen und auch unionsrechtlichen Bedenken.

Im Detail:

Der digitale grüne Pass bedeutet die Verarbeitung von personenbezogenen (Gesundheits)daten, sodass das Grundrecht auf Datenschutz zu berücksichtigen ist. In grundrechtlicher Betrachtung bedeutet dies, dass gesetzliche Maßnahmen, die zur Einschränkung eines Grundrechts führen, verhältnismäßig und notwendig sein müssen. Die gesetzliche Festlegung von behördlichen und ministeriellen Ermächtigungen und Verpflichtungen zur Verarbeitung von personenbezogenen Gesundheitsdaten, wie es die vorgeschlagenen Regelungen zum digitalen grünen Pass sind, bedeuten einen Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz. Die hierzu gebotenen Verhältnismäßigkeitserwägungen lässt der Gesetzesentwurf jedoch weitestgehend missen. So erschließt sich aus dem Gesetzesentwurf insbesondere nicht, wieso der Nachweis der epidemiologisch geringen Gefahr einer Person in der gleichen Datenverarbeitungsintensität auf nationaler Ebene vorzunehmen ist, wie dies auf der europäischen Ebene im internationalen Reiseverkehr geboten sein mag. Oder anders ausgedrückt, wieso beispielsweise der Impfstatus einer Person digitalisiert erfasst und verarbeitet werden soll, gleichwohl der analoge Impfpass bereits in Verwendung steht und in gleicher Weise die epidemiologisch geringe Gefahr einer Person zu bescheinigen geeignet ist. Zwar finden sich in den Erläuterungen zum Gesetzesentwurf Ausführungen dazu, dass auch der Papierimpfpass als Bestätigungsmittel verwendet werden kann, im Gesetz spiegelt sich diese Alternative aber nicht im gebotenen Maß wider. In rechtlicher Sicht bedeutet dies, dass etwa im Rahmen einer verfassungsgerichtlichen Grundrechtsprüfung des Gesetzes nicht nachvollziehbar ist, inwiefern die digitale Erfassung des Impfstatus einer Person – die im grenzüberschreitenden Kontext der Reisefreiheit mitunter geboten sein mag, nicht aber zwingend im nationalen Kontext – das gelindeste, und insofern verhältnismäßige Mittel zur Bescheinigung der epidemiologisch geringen Gefahr dieser Person sein mag. Mit dem Ergebnis, dass das Gesetz als verfassungsrechtlich kritisch anzusehen ist.

Verschärft wird dieser Befund dadurch, dass das Ziel, welches mit dem digitalen grünen Pass auf nationaler Ebene verfolgt wird, nicht hinreichend klar definiert scheint. So wird dem Gesundheitsminister im vorgeschlagenen § 4 Abs 3a des EpidemieG die Ermächtigung gegenüber der ELGA GmbH zur – nicht näher spezifizierten – "Anforderung" von Daten erteilt. Weiters darf er die Daten mit dem Register der anzeigepflichtigen Krankheiten verknüpfen und zum Zweck des "Ausbruchs- und Krisenmanagement" verarbeiten. Die solcherart durch das Gesetz angesprochenen Datenverwendungszwecke erscheinen nicht hinreichend spezifiziert. So ist beispielsweise nicht hinreichend nachvollziehbar, welche Datenverarbeitungen der Zweck eines epidemiologischen "Ausbruchsmanagements" erfordert und welche Datenverarbeitungen von diesem Zweck nicht getragen sind. Dies, obwohl bei einer bevölkerungsweiten Verarbeitung von Gesundheitsdaten entsprechend hohe Anforderungen an die gesetzliche Zielfestlegung zu stellen sind. In ähnlich unspezifizierter Weise wird in den Erläuterungen zum Gesetzentwurf auf § 15 Abs 2 Z 5 EpidemieG und die dort festgeschriebene Notwendigkeit des Nachweises der epidemiologisch geringen Gefahr einer Person verwiesen und dazu ausgeführt, dass diese Regelung als rechtliche Verpflichtung zu verstehen sei und somit den rechtlichen Anknüpfungspunkt für die Übermittlung der Daten durch die ELGA GmbH bildet. Wieso dies den Anknüpfungspunkt bildet, wird nicht erläutert. Dies wäre aber umso mehr geboten, weil § 15 Abs 2 Z 5 EpidemieG nicht auf einen elektronischen oder sonst auf der Verarbeitung von Daten beruhenden Nachweis abstellt, sodass diese Bestimmung auch papierene oder sonstige, nicht auf Datenverarbeitungen abstellende Nachweise zulässt. Letztlich wird auch eine Änderung des COVID-19-Maßnahmengesetzes vorgeschlagen, wonach der Gesundheitsminister gemäß einem in § 1 neu eingeführten Abs 5g nähere Vorschriften über die Form des Nachweises der Genesung, der Impfung oder der Testung erlassen kann. Wenn nun aber die Notwendigkeit des digitalen Nachweises gleichsam die Prämisse des Gesetzesentwurfs bildet, zugleich aber im Gesetz eine Verordnungsermächtigung zur Abweichung von dieser Prämisse enthalten ist, so beraubt sich das Gesetz jenes Ziels, zu dessen Erreichung das Grundrecht auf Datenschutz beschränkt werden soll. Dem Grundrechtsprüfung ermangelt es damit schon an einem Prüfungsmaßstab und das Gesetz begegnet insgesamt verfassungsrechtlichen Bedenken.

Nicht minder sind die Bedenken auf unionsrechtlicher Ebene. Die Datenschutz-Grundverordnung verlangt nach eindeutig festgelegten, legitimen Verarbeitungszwecken und es ist das Gebot der Datensparsamkeit bzw Datenminimierung zu beachten. Die zuvor unter grundrechtlichen Aspekten aufgezeigten Bedenken am Gesetzesentwurf begegnen daher auch unter der Datenschutz-Grundverordnung Bedenken. So erschließt sich nicht, dass es sich bei dem vorgeschlagenen Vorhaben tatsächlich um die datenminimierendste Maßnahme zur Zielerreichung handelt, und die aufgezeigten Unbestimmtheiten des gesetzlichen Ziels bedeuten zugleich auch eine mangelhafte Festschreibung des Datenverarbeitungszwecks. Dies mit dem Ergebnis, dass an der unionsrechtlichen Konformität des Gesetzesvorschlags Bedenken bestehen. Daran ändern auch die Hinweise in den Erläuterungen nichts, wonach der Gesetzesentwurf durch angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Grundrechte und Interessen der betroffenen Personen Art 9 DSGVO Rechnung trägt. Denn zum einen ändert dies nichts an der indizierten datenschutzrechtlichen Unverhältnismäßigkeit des Vorhabens, und zum anderen erscheint es mangels gesetzlicher Festschreibung


entsprechender Informationspflichten, oder auch mangels konziser Aufbewahrungs- und Löschvorgaben und ähnlicher legislativer Schutzmaßnahmen fraglich, ob der Gesetzesvorschlag tatsächlich die in Art 9 DSGVO verlangten Schutzkautele erfüllt.

Zusammengefasst:

Aus der Sicht des ÖRAK begegnet der Gesetzesentwurf strukturellen verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Bedenken. Der ÖRAK betont nochmals, dass der bestehende Zeitdruck und der mit dem Gesetzesvorhaben verfolgte Zweck anzuerkennen sind. Um aber die Grundrechtskonformität der angestrebten Rechtslandschaft zu gewährleisten und auch um zu verhindern, dass die vorgeschlagenen gesetzlichen Regelungen infolge des Anwendungsvorrangs der Datenschutz-Grundverordnung unangewendet zu bleiben haben, regt der ÖRAK an, den Gesetzesvorschlag zu überarbeiten und im Rahmen einer grundrechtlichen Zweck-Mittel-Relation das mit dem digitalen grünen Pass auf nationaler Ebene verfolgte Ziel in der gebotenen Genauigkeit zu bestimmen, dieses Ziel gesetzlich festzuschreiben und, abgeleitet davon, die rechtlichen Mittel zu dessen Verwirklichung, auch im Einklang mit den Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung, differenzierter auszugestalten.

Wien, am 19. Mai 2021

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG


Dr. Rupert Wolff
Präsident

