

An das  
Bundesministerium für Finanzen

Per Mail:  
e-recht@bmf.gv.at.

## **Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Transparenzdatenbankgesetz 2012 geändert wird**

Der Datenschutzrat hat in seiner **243. Sitzung am 19. Dezember 2018 einstimmig** beschlossen, zu der im Betreff genannten Thematik folgende Stellungnahme abzugeben:

### **I. Allgemeines**

Mit vorliegender Novelle soll das mögliche Potential der Transparenzdatenbank noch stärker ausgeschöpft werden, um somit den der Transparenzdatenbank immanenten Zielen und Zwecken noch erfolgreicher entsprechen zu können. Die mit der Novelle verfolgten Intentionen zielen darauf ab, die Kontrolle und Effizienz des Ressourceneinsatzes sowie die Transparenz weiter zu erhöhen. So wird die Kontrolle der angemessenen Verwendung öffentlicher Mittel als eigener Verarbeitungszweck normiert und somit der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung weiter forciert. Der wirtschaftliche und effiziente Verbrauch begrenzt verfügbarer öffentlicher Mittel ist für den Staatshaushalt von entscheidender Bedeutung, wobei die Transparenzdatenbank im Hinblick auf ein effizientes Förderwesen, als wichtiges Instrument fungieren kann. Gleichzeitig werden mit beabsichtigter Novelle Empfehlungen des Rechnungshofes aufgegriffen und entsprechend umgesetzt.

Im Sinne der Transparenz und des Informations- sowie Nachweiszweckes wird zukünftig nicht erst an die Auszahlung, sondern zusätzlich bereits mit der Leistungszusage die Einmeldung in die Transparenzdatenbank normiert. Zusätzlich wird die Möglichkeit geschaffen, den jeweiligen Bearbeitungsstatus eines Förderantrages abzurufen. Durch die verpflichtende Beschreibung des Fördergegenstandes (gemäß einem vordefinierten Katalog) werden sowohl die Transparenz als auch der Steuerungszweck der Transparenzdatenbank weiter forciert.

Neu gestaltet soll die Abfrageberechtigung der Förderstellen werden, um Einschränkungen bei den Abfrageergebnissen, die einer effizienten Kontrolle bisher entgegenstanden, zu beseitigen, sowie die

Strafandrohung bei unberechtigten Abfragen deutlich angehoben und der vergleichbaren Strafandrohung nach dem Datenschutzgesetz angeglichen werden. Durch die Neugestaltung der Abfrageberechtigung kann die halbjährlich vorgesehene, äußerst umfangreiche Leistungsangebotsverordnung entfallen, was auch einen Beitrag zur Rechtsbereinigung darstellt. Die Abfrage von besonderen Kategorien personenbezogener Daten („sensible Daten“) bleibt wie bisher streng eingeschränkt. Für erhöhte Flexibilität sorgt die Herauslösung der taxativen Aufzählung der ertragssteuerlichen Ersparnisse aus dem Gesetz und die gleichzeitige Überleitung in eine entsprechende Verordnung.

Außerdem werden terminologische Adaptierungen sowie inhaltliche Konkretisierungen aufgrund der DSGVO die nicht bereits im 2. Materien-Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018 berücksichtigt wurden, sowie redaktionelle Anpassungen vorgenommen.

## **II. Datenschutzrechtliche Bemerkungen**

### Zum Gesetzesentwurf

#### Zu Z 2 (§ 2 Abs. 1):

Zu dem in § 2 Abs. 1 Z 5 ergänzten „Wirtschaftlichkeitszweck“ erscheint fraglich, weshalb die Kontrolle einer angemessenen Verwendung öffentlicher Mittel für eine Verbesserung der Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung im Wege der Überprüfung des konkreten einzelnen Fördernehmers erfolgen muss, anstatt die fördervergebende Stelle zu kontrollieren. Zudem ist unklar, weshalb mit dem Überprüfungszweck gemäß § 2 Abs. 1 Z 4 nicht bereits dieses Ziel erreicht werden kann und nun über den Überprüfungszweck hinausgegangen werden muss.

Vor diesem Hintergrund wird auf die Grundsätze der Zweckbindung (Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO) und der Datenminimierung (Art. 5 Abs. 1 lit. d DSGVO) sowie auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gemäß § 1 Abs. 2 DSG hingewiesen. Es sollte in diesem Sinne konkreter dargelegt werden, weshalb im Lichte dieser Grundsätze die Verarbeitung der Daten einzelner Fördernehmer zur Kontrolle einer angemessenen Verwendung öffentlicher Mittel für eine Verbesserung der Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung über den Überprüfungszweck hinaus erforderlich ist.

#### Zu Z 4 (§ 7 Abs. 1 und 2):

Es sollte erläutert werden, aus welchen konkreten Datenverarbeitungen der Abgabenbehörden welche Daten ermittelt werden.

#### Zu den Z 9 (§ 18 Abs. 3) und 10 (§ 18 Abs. 4):

Hinsichtlich der Festlegung eines (Sub-)Auftragsverarbeiters in § 18 Abs. 3 und 4 müssten die in Art. 28 Abs. 3 lit. a bis h DSGVO geregelten Vorgaben umgesetzt werden.

#### Zu den Z 13 (§ 22 Abs. 2 und 3), 14 (§ 22 Abs. 4 und 5) und 31 (§ 38):

1. Gemäß dem geltenden § 22 Abs. 2 hat die Kategorisierung anhand der Rechtsgrundlage für die Erbringung der Leistung zu erfolgen. Die Kategorisierung hat so zu erfolgen, dass jeder abfrageberechtigten Stelle die erforderlichen Daten unter Wahrung der datenschutzrechtlichen Erfordernisse im Transparenzportal angezeigt werden können. Nach dem im vorliegenden

Gesetzesentwurf vorgesehenen § 22 Abs. 2 hat die Kategorisierung hingegen nach thematischen Zusammenhängen zu erfolgen. Die Erläuterungen führen zu § 22 Abs. 2 aus, dass das System der Einsichtsberechtigungen der abfrageberechtigten Stellen reformiert und zu diesem Zweck von der Kategorisierung abgekoppelt werden soll.

2. Vorweg wird angemerkt, dass mit dem Entfall der Kategorisierung im Zusammenhang mit der Einsichtsberechtigung vom in der DSGVO nunmehr explizit verankerten Grundsatz privacy by design bzw. default (Art. 25 DSGVO – „Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen“) abgegangen wird; dies stellt einen datenschutzrechtlichen Rückschritt im Vergleich zum geltendrechtlichen Regime des TDBG 2012 dar.

Der Datenschutzrat hat in seiner Stellungnahme vom 5. Oktober 2011, GZ BKA-817.413/0002-DSR/2011, zum Entwurf einer Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG zwischen dem Bund und den Ländern über eine Transparenzdatenbank, zur Kategorisierung Folgendes angemerkt:

*„Die wesentliche Forderung aus datenschutzrechtlicher Sicht hat zu sein, dass eine leistende oder abfrageberechtigte Stelle [...] nur in jene Kategorien Einsicht nehmen darf, die für die Gewährung der beantragten Leistung unbedingt erforderlich sind. Dies erfordert aber auch eine entsprechende Kategorisierung sämtlicher Leistungen und eine Ausarbeitung, wie diese miteinander in Verbindung stehen. [...]*

*Aufgrund der datenschutzrechtlichen Vorgaben ist es unbedingt erforderlich, dass die leistenden und abfrageberechtigten Stellen nur auf jene Daten Zugriff haben, die für die Abwicklung/Kontrolle der konkreten Leistung unbedingt erforderlich sind. Die Kategorisierung soll – neben der Möglichkeit der besseren und übersichtlichen Einordnung der verschiedenen Leistungen – diesem Ziel dienen. Ein zuständiger Bearbeiter soll demnach nur in jene Kategorien Einsicht haben, die für die Bearbeitung des Leistungsantrages unbedingt erforderlich sind.“*

Es sollte für den Wegfall der Kategorisierung iSd Äquivalenz zumindest ein Ausgleich geschaffen werden. So sollten insbesondere – zusätzlich zu den bereits bestehenden Instrumenten und zur Beibehaltung der Einschränkungen in Bezug auf die besonderen Kategorien personenbezogener Daten – engmaschige und effektive Kontrollen der Zugriffe und Abfragen rechtsverbindlich auferlegt werden. Auch eine „de minimis-Regelung“ für Klein- und Kleinstförderungen sollte in Erwägung gezogen werden.

Jedenfalls müssten für unverhältnismäßige (zur Zweckerreichung nicht erforderliche) Verarbeitungen personenbezogener Daten aus der Transparenzdatenbank entsprechend abschreckende Strafen vorgesehen werden. In diesem Zusammenhang erscheint jedoch zweifelhaft, ob die in § 38 vorgesehene Strafbestimmung vor dem Hintergrund des § 30 Abs. 5 DSG überhaupt zu einer Strafbarkeit des Verantwortlichen führen kann, da aufgrund des § 30 Abs. 5 DSG die fördervergebende Stelle wohl nicht bestraft werden könnte. Es sollte daher das Verhältnis des § 38 zu § 30 Abs. 5 DSG näher erläutert und im Gesetz klargestellt werden. Ebenso sollte die Zuständigkeit der Datenschutzbehörde im Gesetz klargestellt werden.

Fraglich erscheint auch, ob durch den Entfall der technischen Abfragebeschränkung in Form der Kategorisierung in Zukunft der einzelne Mitarbeiter alle Förderungen (zumindest technisch) einsehen kann. In diesem Zusammenhang wird ebenfalls auf die Grundsätze der Zweckbindung und der

Datenminimierung sowie auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hingewiesen, deren Einhaltung künftig offenbar auf den einzelnen abfragenden Mitarbeiter überwältigt werden soll.

Es sollte vor diesem Hintergrund geprüft werden, ob die Probleme bei der Abfrage im Vollzug nicht durch Verbesserungen bei der Vornahme der Kategorisierungen der Leistungen (einheitliche Kriterien für die Zuordnung, entsprechende Leitlinien für fördervergebende Stellen, klare Bezugnahme auf nicht gewollte und daher auszuschließende Parallel-Förderungen bei den Förderkriterien etc.) beseitigt werden können bzw. auch mit einer bloßen „Vergrößerung der Kategorien“ das angestrebte Ziel erreicht werden kann (gelindestes Mittel). In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass aus datenschutzrechtlicher Sicht auch grundsätzlich nichts dagegenspricht, ein und dieselbe Förderung bei entsprechendem Bedarf in mehrere Kategorien einzuordnen bzw. erforderlichenfalls kategorienübergreifende Abfragen vorzusehen.

3. Der Entwurf lässt zudem offen, was unter einer Kategorisierung nach „thematischen Zusammenhängen“ gemäß § 22 Abs. 2 konkret zu verstehen ist; es sollte näher dargestellt werden, nach welchen „Themen“ die Kategorisierung vorgenommen wird.

4. Klargestellt werden sollte, ob die Verordnung gemäß § 22 Abs. 3 eine Voraussetzung für die Abfrage ist.

5. Es erscheint unklar, weshalb § 22 Abs. 5 entfällt. Die Erläuterungen führen zwar aus, dass der Inhalt des bisherigen § 22 Abs. 5 in den neuen § 22 Abs. 3 eingegangen ist; jedoch geht aus § 22 Abs. 3 – anders als bislang nach § 22 Abs. 5 – nun nicht mehr hervor, dass die sensible Daten enthaltende Leistung im Transparenzportal nur nach Angabe der Abfrageberechtigung und nur in dem Umfang angezeigt wird, der sich aus einem Gesetz ergibt.

#### Zu Z 18 (§ 25 Abs. 1 Z 3a bis 3c):

Es sollte näher erläutert werden, weshalb die „Wahrnehmung des Überprüfungszweckes deutlich verbessert“ wird, wenn auch der aktuelle Bearbeitungsstand mitgeteilt wird (zB „abgelehnt“ oder „zurückgezogen“). Auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird auch in diesem Zusammenhang hingewiesen.

#### Zu Z 24 (§ 32 Abs. 5 und 6):

In § 32 Abs. 5 und 6 entfällt in der vorgeschlagenen Fassung jeweils die Vorgabe, dass sich der Umfang der Leseberechtigung nach der Leistungskategorisierung richtet.

Fraglich erscheint, wie nun nach dem Wegfall der Kategorisierung der Umfang der Leseberechtigung abgegrenzt wird bzw. wie gemäß § 32 Abs. 5 die Leseberechtigung auf jene Daten, die für die Gewährung, die Einstellung oder die Rückforderung einer Leistung durch die abfrageberechtigte Stelle für eine bestimmte Aufgabe jeweils erforderlich sind, (technisch) beschränkt werden kann. Die Erläuterungen führen zwar aus, dass es technisch nicht möglich sein soll, alle Daten in einem einzigen Vorgang abzufragen (also in den Datenbeständen zu „surfen“). Aus dem Wortlaut § 32 Abs. 5 und 6 ist jedoch keine derartige technische Beschränkung des Zugriffs ersichtlich. Eine unbeschränkte Leseberechtigung – auch auf personenbezogene Daten, die im Zusammenhang mit der Förderung keinesfalls relevant sind – würde jedenfalls im Spannungsverhältnis zu den Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes stehen.

Im Übrigen wird angemerkt, dass die Abfragen gemäß § 32 Abs. 5 und 6 zur Erfüllung des Überprüfungszwecks, nicht jedoch zur Erfüllung des Wirtschaftlichkeitszwecks (§ 2 Abs. 1 Z 5), dienen. Auch aus diesem Grund stellt sich die Frage, wozu der Wirtschaftlichkeitszweck tatsächlich benötigt wird.

Zu Z 26 (§ 34 Abs. 2):

1. Die Erläuterungen zu § 34 führen aus, dass durch den vorgeschlagenen § 34 Abs. 2 auch das Bundesministerium für Finanzen die Daten der Transparenzdatenbank (einschließlich Schnittstellendaten) verarbeiten darf. Weiters soll es – neben der Verarbeitung durch das Bundesministerium für Finanzen selbst – diesem auch erlaubt sein, die Daten Anderen zwecks Verarbeitung zu den genannten Zwecken zu überlassen.

In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass der Ausdruck „Bundesministerium“ nur zu verwenden ist, wenn damit ausschließlich der dem Bundesminister zur Verfügung stehende Hilfsapparat gemeint ist (vgl. LRL 36).

Fraglich ist jedoch, ob ein Hilfsapparat mangels eigener Organstellung überhaupt als (eigenständiger) Verantwortlicher oder Auftragsverarbeiter in Betracht kommt. Diesbezüglich wird auf die Definition des Verantwortlichen in Art. 4 Z 7 DSGVO und des Auftragsverarbeiters in Art. 4 Z 8 DSGVO hingewiesen (siehe diesbezüglich auch die Stellungnahme des Datenschutzrates vom 27. November 2018, GZ BMVRDJ-818.030/0005-DSR/2018, zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das IKT-Konsolidierungsgesetz, das Signatur- und Vertrauensdienstegesetz ua. geändert werden). Der Datenschutzrat hält fest, dass der informierte Vertreter in der Sitzung des Datenschutzrates zugesagt hat, hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Rollenverteilung eine Klarstellung entsprechend der DSGVO in den Erläuterungen vorzusehen.

Nachdem § 34 Abs. 2 zudem nur den Bundesminister für Finanzen, nicht aber das Bundesministerium für Finanzen nennt, sollten die Ausführungen in den Erläuterungen nochmals geprüft und erforderlichenfalls überarbeitet werden.

2. § 34 Abs. 2 sieht keine konkrete Festlegung vor, zu welchem Zweck des § 2 der Bundesminister für Finanzen welche konkreten Daten verarbeiten oder zur Verarbeitung überlassen darf. Eine derartige pauschale Ermächtigung scheint mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht vereinbar und müsste näher präzisiert werden. Es sollten die Zugriffs- und Abfrageberechtigungen der berechtigten Personen im Rahmen der Transparenzdatenbank-Abfrageverordnung umfassend geregelt werden.

3. Allgemein ist zu den Erläuterungen anzumerken, dass Daten mit verschlüsselten bereichsspezifischen Personenkennzeichen (vbPK-ZP-TD) – auch wenn die Daten nicht mit Klarnamen und Geburtsdaten vorliegen – dennoch personenbezogene Daten sind oder sein können. Eine allfällige Bestimmbarkeit kann nicht nur über den Identifikator, sondern auch über die Inhalte (zB konkrete Förderung und Förderhöhe) erfolgen.

4. Im Übrigen wird der Begriff „überlassen“ in der DSGVO nicht verwendet. Es sollte klargestellt werden, ob damit die Heranziehung eines Auftragsverarbeiters gemeint ist. Eine Übermittlung an die Institutionen im Bereich der Wirtschaftsforschung oder im universitären Bereich als eigenständige Verantwortliche wäre vor dem Hintergrund, dass es sich um personenbezogene Daten (bzw. auch allenfalls um besondere Kategorien personenbezogener Daten gemäß Art. 9 Abs. 1 DSGVO) handelt und diese in der Folge auch für andere (kompatible) Zwecke durch den Verantwortlichen verwendet

werden könnten, jedenfalls zu hinterfragen. Daneben wären in Verbindung mit einer weitreichenden Übermittlung von Daten aus der Transparenzdatenbank an Dritte auch die damit verbundenen Fragen der Datensicherheit zu klären.

Zu den Z 27 (§ 36b Abs. 1), 28 (§ 36b Abs. 2), 29 (§ 36d) und 30 (§ 36e Abs. 1):

Fraglich erscheint, ob die Befristung auf zehn Jahre bei der Auskunft und Berichtigung eine entsprechende Beschränkung iSd Art. 23 DSGVO darstellen soll. Diesfalls wären die Vorgaben des Art. 23 DSGVO, insbesondere auch die Anforderungen an die Gesetzgebungsmaßnahme, zu berücksichtigen. Vor allem erscheint zweifelhaft, weshalb diese Rechte mit nur zehn Jahren beschränkt werden, zumal die personenbezogenen Daten nach § 36e für Zwecke der Auswertungen und anderer Verarbeitungen durch die Bundesanstalt Statistik Österreich dreißeig Jahre zur Verfügung zu stellen sind. Unklar ist dabei auch, welche anderen Verarbeitungen davon umfasst sein können. Weiters sollte die Aufbewahrungsdauer abgelehnter Förderanträge geregelt werden.

Zu den Erläuterungen

Im Allgemeinen Teil der Erläuterungen wird als Kompetenzgrundlage ua. auch § 2 DSG angeführt. Auf § 2 DSG können jedoch nur allgemeine Angelegenheiten des Schutzes personenbezogener Daten gestützt werden. Spezifische datenschutzrechtliche Regelungen müssten hingegen auf die Kompetenztatbestände der jeweiligen Materie gestützt werden (materienspezifischer Datenschutz als Annexmaterie).

21. Dezember 2018  
Für den Datenschutzrat  
Der Vorsitzende:  
OFENAUER

***Elektronisch gefertigt***