

An das
Bundesministerium für Gesundheit

Per Mail:
Claudia.Wöhry@bmg.gv.at
Franz.Pietsch@bmg.gv.at

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundesgesetz über das Herstellen und das Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen sowie die Werbung für Tabakerzeugnisse und den Nichtraucherchutz (Tabakgesetz) und das Bundesgesetz, mit dem die Österreichische Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH errichtet und das Bundesamt für Ernährungssicherheit sowie das Bundesamt für Sicherheit im Gesundheitswesen eingerichtet werden (Gesundheits- und Ernährungssicherheitsgesetz – GESG) geändert werden

Stellungnahme des Datenschutzrates

Der **Datenschutzrat** hat in seiner **228. Sitzung am 4. März 2016 einstimmig** beschlossen, zu der im Betreff genannten Thematik folgende Stellungnahme abzugeben:

1) Allgemeines

Die Umsetzung der Richtlinie 2014/40/EU zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Herstellung, die Aufmachung und den Verkauf von Tabakerzeugnissen und verwandten Erzeugnissen und zur Aufhebung der Richtlinie 2001/37/EG (im Folgenden: TPD II) erfordert Anpassungen im nationalen Recht.

Die TPD II verfolgt primär das Ziel, für ein hohes Schutzniveau im Bereich der menschlichen Gesundheit zu sorgen. Ein weiteres Ziel ist die Harmonisierung im

Binnenmarkt, um Handelshemmnisse zu überwinden. Vor diesem Hintergrund sind in der TPD II Regelungen hinsichtlich der Verpackungsdetails (Warnhinweise, etc.), der Inhaltsstoffe und Zusatzstoffe wie auch deren Messverfahren normiert. Gerade bei den Inhalts-/Zusatzstoffen werden hierbei auch die einschlägigen Leitlinien der Framework Convention on Tobacco Control (FCTC) Eingang finden (müssen).

Seitens der Europäischen Kommission werden weitere Rechtsakte mit näheren Vorgaben zur TPD II erfolgen, insb. in Bezug auf Inhalts-/Zusatzstoffe, Layout der Verpackungen, etc. Für die Bundesministerin bzw. den Bundesminister für Gesundheit verbleibt in ihrem bzw. seinem Ermessensspielraum die Festlegung weiterreichender Regelungen, wenn aufgrund des wissenschaftlichen Erkenntnisstandes gesundheitliche Gefahren geortet werden, welche als schwer und nachhaltig zu qualifizieren sind.

Zum Schutz vor Fälschungen auf dem Markt der Europäischen Union werden Kriterien für die Rückverfolgbarkeit und für Sicherheitsmerkmale verankert.

Im vorliegenden Entwurf ist – wie auch schon in der vorangegangenen Novelle zum Tabakgesetz, BGBl. I Nr. 101/2015 – besonderes Augenmerk auf die Erfassung von elektronischen Zigaretten im Tabakgesetz gelegt worden. Anders als in der TPD II sind in Österreich unter elektronischen Zigaretten sowohl nikotinhaltige (wie in der TPD II vorgegeben) als auch nikotinfreie Produkte erfasst. Geregelt wird unter anderem ein Zulassungsverfahren für verwandte Erzeugnisse, Inhaltsstoffe und deren Meldung, Aufmachung der Verpackungen, wie auch technische Details (z.B. gleichmäßige Abgabe der Nikotindosis, Qualitätssicherheitskriterien) sowie der Umgang mit Produkten, die nicht dem Tabakgesetz und den darauf beruhenden Verordnungen entsprechen.

Für die Kontrollen der Inhaltsstoffe, die Analyse der Produkte, die Auswertung der Daten, etc. bedient sich die Bundesministerin bzw. der Bundesminister für Gesundheit der Österreichischen Agentur für Gesundheit und Ernährungssicherheit GmbH, der die notwendigen personellen und sachlichen Ressourcen (Expertinnen und Experten, Labors) zur Verfügung stehen. Hinzu kommt, dass ein von der Tabakindustrie unabhängiges Labor für die Untersuchungen der Tabakerzeugnisse heranzuziehen ist. Zur Finanzierung der im Zusammenhang mit der Beleihung stehenden Tätigkeiten sind kostendeckende Gebührensätze festzulegen.

2) Datenschutzrechtlich relevante Bestimmungen

Zu Artikel 1 Z 22 (§ 7):

a.) § 7 setzt gemäß den Erläuterungen den Art. 15, § 7a den Art. 16 der TPD II um. Im Rahmen dieser Umsetzung müssten die **Voraussetzungen für die Verwendung (dies umfasst auch die Verarbeitung und Übermittlung) von personenbezogenen Daten, wie zB der „Identitätsdaten“ aller Käuferinnen bzw. Käufer von der Herstellung bis zur ersten Verkaufsstelle, detaillierter geregelt werden**, damit ersichtlich ist, **welche personenbezogenen Daten von wem zu welchem Zweck verwendet werden.**

Der Datenschutzrat empfiehlt zur Klarstellung, in den Erläuterungen präziser auszuformulieren, was unter der ersten Verkaufsstelle zu verstehen ist.

Weiters sollte klargestellt werden, dass es sich bei den „Käufern/Käuferinnen“ iSd Gesetzesentwurfes nicht um den Letztverbraucher (Raucher/Raucherin) handelt.

Der Datenschutzrat geht grundsätzlich davon aus, dass der Letztverbraucher weder in einem Europäischen Rechtsakt noch in einer zukünftigen Novelle des Tabakgesetzes in personenbezogener Form erfasst wird.

Weiters sollte – zumindest in den Erläuterungen – klargestellt werden, ob „unabhängige Dritte“ gemäß § 7 Abs. 8, welche den „Speicher“ zur Verfügung stellen, in der Rolle eines datenschutzrechtlichen „Dienstleisters“ tätig werden und der in § 7 Abs. 8 geregelte „Datenspeichungsvertrag“ als „Dienstleistervereinbarung“ anzusehen ist (vgl. §§ 10 und 11 DSG 2000). Im Zusammenhang mit der terminologischen Ausgestaltung wird darauf hingewiesen, dass das DSG 2000 keine Kategorie der „kommerziell sensiblen“ Informationen, wie sie in § 7 Abs. 10 gebraucht wird, kennt. Unklar bleibt auch der konkrete Zweck, für den die in § 7 Abs. 10 genannten Einrichtungen vollständigen Zugang zum physischen Standort der Daten erhalten und insbesondere welche Fälle nach dieser Bestimmung als „begründet“ anzusehen sind. Dies sollte ebenfalls – zumindest in den Erläuterungen – näher dargelegt werden. **Sofern EU-Vorschriften einen Zugriff von Behörden vorsehen, wäre in den Erläuterungen konkret darauf hinzuweisen.**

b.) Hinsichtlich des in § 7 Abs. 11 enthaltenen Verweises auf die Richtlinie 95/46/EG wird darauf hingewiesen, dass diese Richtlinie mit dem DSG 2000 umgesetzt wurde

und daher grundsätzlich auf den innerstaatlichen Umsetzungsakt verwiesen werden sollte. **Ein bloßer Verweis wird jedoch aus Sicht des Datenschutzrates nicht als ausreichend erachtet, um eine datenschutzrechtskonforme Verwendung personenbezogener Daten sicherzustellen.** Vielmehr müssten – im Rahmen des Umsetzungsspielraumes – die **erforderlichen Kriterien der Datenverwendung** (so etwa die konkreten Datenarten, Aufbewahrungsdauer und Lösungsfristen, Datensicherheitsmaßnahmen gemäß § 14 DSG 2000) **festgelegt werden.**

Der Datenschutzrat nimmt zur Kenntnis, dass nach Auskunft des informierten Vertreters auf Beamtenebene dieser Anregung bereits Folge geleistet wurde.

c.) Zu der in § 7 Abs. 12 enthaltenen Verordnungsermächtigung wird darauf hingewiesen, dass aufgrund der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes eine gesetzliche Eingriffsnorm in das Grundrecht auf Datenschutz derart ausgestaltet werden muss, dass die Fälle zulässiger Eingriffe konkretisiert und begrenzt werden und für den Einzelnen vorhersehbar sind (vgl. etwa VfSlg. 18.146/2007). **Eingriffsermächtigungen im Verordnungsrang stellen für sich keine taugliche Eingriffsermächtigung iSd § 1 Abs. 2 DSG 2000 dar,** sondern können lediglich dazu dienen, solche zu konkretisieren (vgl. VfGH 15.6.2007, G 147/06). Die in § 7 Abs. 12 Z 1 und 2 vorgesehenen Regelungen erscheinen auf Verordnungsebene sohin nur dann zulässig, wenn lediglich technische Standards geregelt werden. Darüber hinausgehende Regelungen, etwa die in § 7 Abs. 12 Z 3 genannten „Kernelemente“ der Datenspeicherung, müssten sich bereits aus dem Gesetz ergeben.

9. März 2016
Für den Datenschutzrat
Der Vorsitzende:
MAIER

Elektronisch gefertigt