

Datenschutzrecht

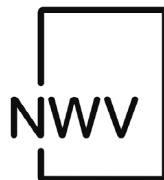
Jahrbuch 2021

herausgegeben

von

ao. Univ.-Prof. Dr. Dietmar Jahnel

Universität Salzburg
Fachbereich Öffentliches Recht



Wien 2022

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	3
A. Aufsatzteil.....	7
Marek GERHALTER	
Das Verhältnis der „Haushaltsausnahme“ nach der DSGVO zu Art 8 GRC und § 1 DSG.....	9
Matthias SCHMIDL	
Die DSGVO und internationale Organisationen	19
Christian JAKSCH	
Art 9 Abs 2 lit b DSGVO in Österreich mit Blick auf Deutschland	37
Christoph HECHT	
Löschung strafrechtlich relevanter Daten aus Suchergebnissen eines Suchmaschinenbetreibers und dazu ergangene Rechtsprechung der Datenschutzbehörde	57
Gernot FRITZ	
Das Auskunftsrecht nach Art 15 DSGVO in der Entscheidungspraxis und Rechtsprechung.....	65
Lisa Marie BERNSTEINER	
Schrems II & Privacy Shield: Auswirkungen auf internationale Datentransfers	107
Julia PRINZ	
Datenschutzrechtliche Aspekte von Kundenkarten	133
David BIERBAUER	
Datenschutzrechtliche Grundsätze bei der Entwicklung Künstlicher Intelligenz.....	175
Robert ROTHMANN/Markus KASTELITZ/ Moritz W. ROTHMUND-BURGWALL	
Archive als „öffentliches Gedächtnis“ personenbezogener Patientendaten? Über das Verhältnis von Verschwiegenheitspflichten, postmortalem Persönlichkeitsschutz und öffentlichen Interessen.....	197

Clemens THIELE

**Datenschutzrechtliche Anforderungen an Mitarbeiter-
Befragungen (MAB) zur betrieblichen Gesundheitsfürsorge
und zur Organisationsentwicklung..... 229**

Jessica WAGNER

**Ein Praxisblick auf die Grenzen der Übermittlung
von Direktwerbung 251**

B. Serviceteil..... 267

Dietmar JAHNEL

Datenschutzrecht: Literaturübersicht 2020..... 269

Dietmar JAHNEL

Datenschutzrecht: Judikaturübersicht 2020/2021 279

Stichwortverzeichnis 291

Autoren und Herausgeber..... 293

Clemens THIELE

Datenschutzrechtliche Anforderungen an Mitarbeiter-Befragungen (MAB) zur betrieblichen Gesundheitsfürsorge und zur Organisationsentwicklung

Inhaltsübersicht

1. Einleitung.....	229
2. Tatsächliche Grundlagen	230
3. Datenschutzrechtliche Prüfung.....	231
3.1. Datenschutzrechtliche Rollenverteilung.....	231
3.2. Voraussetzungen für Personalbefragungen.....	232
3.3. Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten.....	234
4. Durchführung der MAB und Datenauswertung – Schutzmaßnahmen...	246
5. Zusammenfassung.....	248

1. Einleitung

Mitarbeiter*innenbefragungen (MAB) kommen als Feedback- und Führungsinstrumente seit Jahren in der modernen HR zum Einsatz.¹ Mit dem Wirksamwerden der DSGVO sind dabei zunehmend datenschutzrechtliche Aspekte in den Vordergrund getreten.² Anhand eines konkreten Ausgangsfalles im Bereich der kommunalen Verwaltung stellt der folgende Beitrag die konkrete Zulässigkeit der Verarbeitungstätigkeit MAB samt Auswertung für Zwecke des inneren Dienstes, im Rahmen des Verwaltungsmanagements, der Organisationsplanung, der Organisations- und Personalentwicklung, der betrieblichen Gesundheitsförderung, der Aus- und Weiterbildung, insbesondere im Hinblick auf einzelne Fragestellungen unter dem Blickwinkel der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten nach Art 9 DSGVO dar. Dabei werden

1 Vgl grundlegend bereits *Land*, Mitarbeiterbefragungen als Feedback- und Führungsinstrument, ASoK 2004, 2;

2 Vg. *Beidernikl*, Mitarbeiterbefragung und Datenschutz, ARD 6585/5/2018, *Krisch/Windholz/Beidernikl*, Sonderaspekte zu Mitarbeiterbefragungen und Datenschutz, ARD 6613/4/2018, und *Beidernikl/Mulaj*, Datenquelle oder Datenfriedhof: Den Follow-up-Prozess von Mitarbeiterbefragungen handlungsleitend gestalten, ARD 6671/5/2019.

auch iZm der COVID 19-Pandemie stehende Fragestellungen exemplarisch behandelt.

2. Tatsächliche Grundlagen

Die Magistratsdirektion der Stadtgemeinde X plant die Durchführung der Mitarbeiter*innenbefragung 2021, die im eigens dafür erstellten Verarbeitungsverzeichnis iSv Art 30 DSGVO dokumentiert wird.³ Im Zuge der Erstellung des VVZ für die Verarbeitungstätigkeit Mitarbeiter*innen-Befragung (kurz: MAB) hat sich für den Datenschutzbeauftragten (DSBA) die grundsätzlich-strukturelle Frage nach der Zulässigkeit der Verarbeitung von gesundheitsbezogenen Daten in der MAB sowie zu den Rechtsgrundlagen für einzelne Fragestellungen des MAB-Fragebogens ergeben.

Die Beurteilung ob und inwieweit – zulässigerweise – besondere Datenkategorien iSv Art 9 Abs 1 DSGVO erfasst sind, bestimmt ganz maßgeblich die Erforderlichkeit einer Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) nach Art 35 DSGVO.⁴

Ausgangspunkt bildet stets ein ausformuliertes VVZ für die abgrenzbare Verarbeitungstätigkeit einer MAB,⁵ das die einzelnen Betroffenenengruppen, Datenkategorien, Empfängerkreise und die dokumentierten, im Einzelnen ausformulierten besonderen Fragestellungen enthalten sollte.

Für die Durchführung der MAB ist grundsätzlich zu prüfen, ob und inwieweit im zugehörigen Fragebogenentwurf sensible Daten erhoben würden und bejahendenfalls ob dafür eine ausreichende Rechtsgrundlage etwa iSv Art 9 Abs 2 lit g bis j DSGVO, kommunale Dienstgesetze⁶ oder einer anderen gesetzlichen Bestimmung besteht.

Im Einzelnen sind die **besonderen Fragenkomplexe** der MAB nach Art 9 DSGVO zu prüfen:

3 Zu grundlegenden Beispielen beim Aufbau eines VVZ nach dem Verständnis der behördlichen Datenschutzpraxis vgl *Thiele/Wagner*, Umsetzung der DSGVO in der Personalpraxis (2019), Muster XII u.a., 94 ff.

4 Vgl zur DSFA im Beschäftigtenkontext *Thiele/Wagner*, Umsetzung DSGVO, 63 f.

5 Zum Begriff der Verarbeitungstätigkeit samt Abgrenzung vgl *Thiele*, Der Dritte im Datenschutzrecht, ZIIR 2019, 143 mwN.

6 Zur konkreten Darstellung der Prüfungsschritte und Prüfungstiefe wird im Folgenden auf das Salzburger Magistrats-Bedienstetengesetz (MagBeG), Gesetz vom 23. Mai 2012 über das Dienstrecht der Bediensteten der Landeshauptstadt Salzburg, LGBl 51/2012 idF LGBl 143/2020, mehrfach novelliert, referenziert. Die Dienstrechte anderer Kommunen können davon selbstverständlich abweichen und sind dann entsprechend heranzuziehen. Unterschiedliche Ergebnisse sind je nach datenschutzrechtlichem Detaillierungsgrad der dienstrechtlichen Grundlagen keineswegs ausgeschlossen.

Covid19 Pandemie

Covid19 Pandemie	1	2	3	4	5	k.A.
Covid19-Tests in den letzten Wochen	Ich gehe regelmäßig zum Testen	Ich gehe anlassbezogen zum Test	Ich lasse mich selten testen	Ich mache keine Tests		
Covid19-Impfung	Ich bin bereits geimpft	Ich werde mich impfen lassen	Ich werde mich nicht impfen lassen			

Arbeitsfähigkeit

Arbeitsfähigkeit	Schulnotensystem (1 = sehr gut - 5: nicht genügend)					
Wie schätzen Sie Ihre derzeitige körperliche Arbeitsfähigkeit ein?						k.A.
Wie schätzen Sie Ihre derzeitige mentale Arbeitsfähigkeit ein?						k.A.

Als Betroffene sind jeweils „Bedienstete der Stadtverwaltung im Bereich Verwaltung, Handwerk, Pflege und Pädagogik“ genannt.

Ergriffene Schutzmaßnahmen

Zu prüfen sind hierzu zusätzliche Maßnahmen wie etwa Anonymitätsüberbindungsvereinbarungen mit Auftragsverarbeitern (zB Druckerei), wie im VVZ-MAB gesondert beschrieben; Vernichtung der Rohdaten nach Auswertung (Löschkonzepte) und die statistischen Rahmenbedingungen Auswertung.

Erforderlichkeitsprüfung einer DSFA

Durchzuführen ist eine abschließende Risikobewertung unter Berücksichtigung der Ergebnisse ausgehend von der unter Vorbehalt mitgeteilten Einschätzung des DSBA, dass keine Verarbeitung mit hohem Risiko vorliege.

3. Datenschutzrechtliche Prüfung

3.1. Datenschutzrechtliche Rollenverteilung

Der Begriff des datenschutzrechtlichen Verantwortlichen ist ein faktischer und stellt darauf ab, welche Person oder Organisationseinheit – frei oder in rechtlicher Abhängigkeit von anderen – die Entscheidung getroffen hat, Daten zu verwenden. „Auftraggeber“ ist der „Herr der Daten“, der die Macht in Anspruch nimmt, Verarbeitungsschritte mit diesen Daten vornehmen bzw. vornehmen zu lassen. Im Interesse eines effektiven Rechtsschutzsystems muss es bei der Frage, wem eine derartige Entscheidung im Zweifelsfall zuzurechnen ist, wesentlich darauf ankommen, wer gegenüber der Außenwelt als derjenige auftritt, der die Verfügungsmacht über die Daten behauptet.⁷

⁷ Vgl. bereits DSK 16.10.2009, K121.533/0017-DSK/2009 (Transparenzdatenbank), zum Auftraggeberbegriff des § 4 Z 4 DSG 2000; nunmehr statt vieler *Jahnel*, Kommentar zur Datenschutz-Grundverordnung (2021), Art 4 Z 7 Rz 6 ff mwN.

Gemäß des im VVZ MAB beschriebenen Verarbeitungszwecks „*Mitarbeiter*innen-Befragung (MAB) und Auswertung für Zwecke des inneren Dienstes im Rahmen des Verwaltungsmanagements, der Organisationsplanung, der Organisations- und Personalentwicklung, der betrieblichen Gesundheitsförderung, der Aus- und Weiterbildung*“, ist davon auszugehen, dass der Magistrat der Stadtgemeinde für die Datenerhebung sowie anschließende statistische Auswertung als datenschutzrechtlicher Verantwortlicher iSv Art 4 Z 7 DSGVO zu qualifizieren ist. Der Magistrat ist zugleich Dienstgeber der als Betroffenen genannten Personen. Der Einsatz von Auftragsverarbeitern führt nicht zu deren Verantwortlichkeit, sondern verbleibt die datenschutzmäßige Rechenschaftspflicht allein bei der Stadt. Grundsätzlich hat der Magistrat nach § 26 DSG die tatsächliche Kompetenz zu entscheiden, was mit den ermittelten (Roh-)Daten geschieht und wie eine anschließende Aggregation/statistische Auswertung stattfinden soll.

Die „betroffene Person“ ist in Art 4 DSGVO nicht eigens definiert. Die Begriffsbestimmung ergibt sich vielmehr aus der Definition der personenbezogenen Daten als alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden „betroffene Person“) beziehen. Sie ist jene natürliche Person, auf die sich im Zeitraum von Geburt bis zu ihrem Tod die „personenbezogenen Daten“ beziehen und sie identifizieren oder identifizierbar – also bestimmbar machen.⁸

Als betroffene Person iSv Art 4 Z 2 DSGVO kommen daher all jene in den Betroffenenkategorien des VVZ MAB in Betracht. Es handelt sich dabei ausnahmslos um Bedienstete der Stadtverwaltung bzw. Führungskräfte. Damit liegt eine Datenverarbeitung im Beschäftigtenkontext nach Art 88 DSGVO vor. Auf die Verarbeitung von Mitarbeiter*innendaten ist das Datenschutzregime vollinhaltlich anwendbar. Die DSGVO bezeichnet die Verarbeitung von Mitarbeiter*innendaten als eine besondere Verarbeitungssituation.

3.2. Voraussetzungen für Personalbefragungen

Der Unionsgesetzgeber hat davon abgesehen, selbst Regelungen hinsichtlich des Beschäftigtendatenschutzes vorzusehen, die unmittelbar anwendbar wären. Im Beschäftigtendatenschutz findet daher keine europäische Vereinheitlichung statt, sondern es sind jeweils länderspezifische Regelungen zu beachten. Gemäß Abs 3 des Art 88 DSGVO haben die Mitgliedstaaten die jeweils in diesem Bereich erlassenen Rechtsvorschriften zu notifizieren. Allerdings bezieht sich die Notifizierungspflicht des Art 88 Abs 3 DSGVO dem Wortlaut nach nicht auf bereits bestehende Rechtsvorschriften, sondern auf solche, die der Mitgliedstaat (neu) erlässt, womit allein die Tatsache, dass die Vorschriften nicht notifiziert wurden, keine ausreichende Klarstellung der Situation bringt.

Im (unionsrechtlichen) Ergebnis kommt es zu einer Parallelität der individual- und kollektivarbeitsrechtlichen Ebene einerseits und der datenschutzrechtlichen Erfordernisse andererseits. Die kollektiven Wahrnehmungsbefugnisse

8 In der englischen Sprachfassung der DSGVO ist von zutreffend „*identifiable*“ die Rede; jüngst aufgreifend DSB 3. 5. 2021, 2021-0.285.169 (WhatsApp für private Zwecke), jusIT 2021/65, 174 (Bergauer).

des Betriebsrats nach dem 3. Hauptstück des ArbVG werden durch das Datenschutzrecht nicht berührt.⁹ Ein Unterlassungsanspruch des Betriebsrates bzw. der Personalvertretung kann sich nur auf die Verletzung seiner betriebsverfassungsrechtlichen Befugnisse, nicht aber auf das DSG stützen.¹⁰ Beide Rechtsmaterien erfordern zwei voneinander zu unterscheidende Beurteilungen.¹¹

Für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten gelten die allgemeinen Vorschriften des Art 6 DSGVO. Jede Datenverarbeitung muss also durch einen Erlaubnistatbestand gedeckt sein und daneben auch die allgemeinen Grundsätze des Art 5 DSGVO einhalten.

Im Zusammenhang mit der Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten kommen gleich mehrere Erlaubnistatbestände als Rechtsgrundlagen der Verarbeitung in Betracht, insbesondere die Vertragserfüllung, die Erfüllung rechtlicher Pflichten sowie die Wahrung berechtigter Interessen des Arbeitgebers.¹² Zu beachten ist jeweils, dass die Verarbeitung der personenbezogenen Daten nur soweit zulässig ist, als sie zur Erreichung des jeweiligen Zweckes auch tatsächlich notwendig ist (Datenminimierungsgrundsatz).

Nach § 29 ArbVG sind Betriebsvereinbarungen schriftliche Vereinbarungen zwischen Betriebsinhaber und Betriebsrat, deren Regelung durch Gesetz oder Kollektivvertrag dem Instrument der Betriebsvereinbarung vorbehalten ist. Betriebsvereinbarungen, deren Gegenstände außerhalb dieses Regelungsbezirks liegen, sind rechtsunwirksam.

Die Einführung von Personalfragebögen, sofern in diesen nicht bloß die allgemeinen Angaben zur Person und Angaben über die fachlichen Voraussetzungen für die beabsichtigte Verwendung des Arbeitnehmers enthalten, sind in § 96 Abs 1 Z 2 ArbVG ausdrücklich angeführt. Es handelt sich um eine sog. notwendige Betriebsvereinbarung, deren Maßnahme nur durch Betriebsvereinbarung geregelt werden kann und vom Arbeitgeber erst nach deren Abschluss umgesetzt werden darf. Hier besteht also ein echtes Vetorecht des Betriebsrats, die stärkste Form der Mitbestimmung. Für betriebsratspflichtige Betriebe ohne Betriebsrat wird daher zT vertreten, dass der Betriebsinhaber Maßnahmen, die dieser Art der Mitbestimmung unterliegen, nicht wirksam umsetzen könne. Dies ist aber richtigerweise zu verneinen. Nur im Hinblick auf Kontrollmaßnahmen¹³ schuf der Gesetzgeber eine Sonderregelung für betriebsratslose Betriebe.

Die Bestimmungen des ArbVG sind jedoch nach dem MagBeG nicht auf die Bediensteten des Magistrats anwendbar.

9 Vgl OGH 17.09.2014, 6 Ob A 1/14m, *iusIT* 2014/112, 232 (*Thiele*) = RdW 2014/688, 630 = SWK 2014, 1358 = ARD 6423/7/2014 = DRdA-infas 2015/10, 11 (*Chlestil*) = *ecolex* 2015/26, 62 = wbl 2015/32, 101 = DRdA 2015/33, 255 (*Goricnik*) = RdW 2015/42, 39 = Arb 13.175 = ASoK 2016, 470 (*Lang*) = Dako 2017/29, 45.

10 OGH 29.06.2006, 6 Ob A 1/06z, *ecolex* 2006/376, 859 = ARD 5726/7/2006 = wbl 2006/263, 579 = RdW 2007/43, 41 = DRdA 2007/45, 397 (*Hattenberger*) = SZ 2006/99.

11 VwGH 23.10.2017, Ro 2016/04/0051, Dako 2018/12, 19 = ASoK 2018, 47 = RdW 2018/86, 100 = ARD 6582/5/2018 = *iusIT* 2018/57, 153 (*Löschnigg/Tischitz*) = ZIIR 2018, 21 = ZIIR 2018, 8 (*Thiele*) = ZIIR-Slg 2018/12/23 = Arb 13.444 = ZTR 2018, 54.

12 Siehe im Einzelnen dazu unter Pkt. 3.3.

13 Siehe dazu gleich unter Pkt. 3.2.6.

Dessen ungeachtet hat der Verwaltungsgerichtshof bereits festgehalten, dass die dienstrechtlichen Vorgaben die Voraussetzungen für die Durchführung einer Datenverarbeitung materiell nicht erweitern.¹⁴ Vielmehr obliegt es ausgehend vom dargestellten Zusammenhang dem Verantwortlichen (bzw. im Beschwerdeverfahren: der Datenschutzbehörde), im Wege der Vorfragenbeurteilung zu prüfen, ob die beabsichtigte Datenverarbeitung gemäß dem Salzburger Magistrats-Personalvertretungsgesetz der Zustimmung der Personalvertretung unterliegt, und demnach eine Betriebsvereinbarung abzuschließen – und somit auch im VVZ zu dokumentieren – sei.

Die Mitbestimmung kommt aufgrund des kollektiven Charakters von Betriebsvereinbarungen aber nur dann zur Anwendung, wenn die Fragebögen den einzelnen Arbeitnehmer*innen zugeordnet werden können. Die arbeitsrechtliche Judikatur legt den Begriff „Personalfragebogen“ eng aus und subsumiert darunter nur Maßnahmen, die geeignet sind, dem Arbeitgeber Informationen über persönliche Umstände und Meinungen der einzelnen Arbeitnehmer zu verschaffen, an denen ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse besteht.¹⁵ So wurde etwa eine anonymisierte Betriebsklimabefragung als nicht zustimmungspflichtig eingestuft.

Wendet man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, so löst der im Rahmen der MAB zum Einsatz kommende Fragebogen/Fragenkatalog eine nach der Art der erhobenen Daten sowie der beabsichtigten Durchführung der Befragung bestehende Mitbestimmungsmöglichkeit der Personalvertretung aus.

Diese betriebliche Maßnahme führt zumindest zu einer Informationspflicht und einem Überprüfungsanspruch der Personalvertretung.

3.3. Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten

Dass es sich bei einer (Mitarbeiter-)befragung durch Fragebögen um eine Verarbeitungstätigkeit handelt, haben die Datenschutzbehörden, aber auch die Gerichte bereits festgehalten.¹⁶

Sofern dabei besondere Kategorien von personenbezogenen Daten (vormals im Wesentlichen „sensible“ Daten) verarbeitet werden, verlangt Art 9 Abs 2 DSGVO – vor der allgemeinen Rechtmäßigkeitsprüfung gemäß Art 6 Abs 1 DSGVO – das Vorliegen eines der in Art 9 Abs 2 DSGVO taxativ aufgelisteten Ausnahmetatbestände.

Zur Beurteilung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit des Verarbeitungsvorganges durch die Stadtgemeinde X muss zunächst festgestellt werden,

14 Vgl VwGH 23.10.2017, Ro 2016/04/0051, Dako 2018/12, 19 = ASoK 2018, 47 = RdW 2018/86, 100 = ARD 6582/5/2018 = jusIT 2018/57, 153 (Löschnigg/Tischitz) = ZIIR 2018, 21 = ZIIR 2018, 8 (Thiele) = ZIIR-Slg 2018/12/23 = Arb 13.444 = ZTR 2018, 54.

15 Vgl die Nw bei Felten/Preiss, in Mosler (Hrsg) ArbVG III⁵ (2020) § 96a Rz 26 zur Abgrenzung.

16 Vgl etwa EuGH 20.12.2017, C-434/16 (Nowak), jusIT 2018/8, 32 (Thiele) = ZIIR 2018, 37 (Thiele) = EuGRZ 2018, 42 = RdW 2018/2, 1 = wbl 2018/77, 268 = ZfRV-LS 2018/12, 71 = ARD 6594/4/2018 = ZTR 2018, 54 = N@HZ 2018/215, 70 (Pasrucker) zu berufsbezogenen Fragetests.

welche konkreten Daten tatsächlich für die statistische Auswertung nach dem Zweck der MAB ermittelt werden.

Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang, dass es sich jedenfalls um personenbezogene Daten handelt, da sie sich Daten auf eine „*identifizierte oder identifizierbare Person beziehen*“. Eine Person ist identifizierbar, wenn sie „*direkt oder indirekt*“ identifiziert werden kann „mittels Zuordnung einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind.“ Der EuGH versteht den Begriff der Personenbeziehbarkeit weit und absolut.¹⁷ Es reicht somit aus, dass eine Personenbeziehbarkeit der Daten grundsätzlich möglich ist; mag auch eine Pseudonymisierung und am Ende eine anonyme Statistik entstehen.

IZm der sog. „Baseline-Testung“ in Schulen hat die Datenschutzpraxis bereits früh festgehalten, dass eine Verletzung im Recht auf Geheimhaltung nach § 1 DSGVO durch die (pseudonyme) Erfassung von Schülern zur Bildungsstandserhebung mittels eines umfangreichen Fragebogens eintritt. Es lagen nämlich (indirekt) zuordenbare personenbezogene Daten zu den Bildungsstandards vor, weil aus der verwendeten Katalognummer eine Reidentifikation möglich war.¹⁸ Eindeutig „identifiziert“ ist eine Person dann, wenn die Identität der Person unmittelbar aus der Information selbst hervorgeht. Dagegen ist eine Person „identifizierbar“, wenn die Information zwar für sich genommen nicht ausreicht, um sie einer Person zuzuordnen, dies aber gelingt, sobald die Information mit weiteren Informationen verknüpft wird.¹⁹

Bei den im MBA VVZ genannten Daten lässt sich jedenfalls nicht gänzlich ausschließen, dass die Rückführbarkeit auf bestimmte Personen möglich ist. Die Datenschutzbehörde hat zB bereits festgehalten, dass sich die „Gesundheitsdaten“ auf die körperliche oder geistige Gesundheit eines Menschen bezieht, einschließlich der Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen, und aus denen Informationen über deren Gesundheitszustand hervorgehen.²⁰ Zu den Gesundheitsdaten iSv Art 4 Z 15 und 9 Abs 1 DSGVO zählen auch solche Angaben, mit denen mittelbar Rückschlüsse auf den Gesundheitszustand eines Betroffenen gezogen werden. Nach einhelliger Ansicht ist der Begriff weit auszulegen.²¹

Bei Gesundheitsdaten handelt es sich im Lichte des Art 9 Abs 1 DSGVO zweifelsohne um besonders schutzwürdige Daten, wobei der Begriff iS der

17 Vgl. EuGH 19.10.2016, C-582/14 (Breyer), *iusIT* 2016/105, 252 (*Jahnel*) = *iusIT* 2017/9, 27 (*Kotschy*) = *ZfR* 2017, 6 (*Eckhardt*) = *ZfR* 2017, 36 = *ecolex* 2016, 1127 = *EuGRZ* 2016, 622 = *ZfRV-LS* 2016/54, 266 = *wbl* 2017/8, 34 = *MR-Int* 2017, 73 (*Keppeler*) = *MR-Int* 2017, 76 = *NLMR* 2017, 78.

18 DSK 18.11.2009, K121.526/0028-DSK/2009 (Baseline-Testung), *iusIT* 2010/11, 19 (*König*).

19 Jüngst deutlich DSB 03.05.2021, 2021-0.285.169 (WhatsApp für private Zwecke), *iusIT* 2021/65, 174 (zust. *Bergauer*).

20 Statt vieler DSK 16.12.2005, K202.042/0008-DSK/2005 (Suchtmitteltherapie), RIDA-Nr. 0199017.

21 Statt vieler *Jahnel*, DSGVO Art 4 Z 15 Rz 4 mwN.

Rsp²² weit auszulegen ist. Erfasst sind gemäß Art. 4 Z 15 DSGVO in Zusammenschau mit ErwGr. 35 zweiter Satz DSGVO auch Nummern, Symbole oder Kennzeichen, die einer natürlichen Person zugeteilt wurden, um diese Person für gesundheitliche Zwecke eindeutig zu identifizieren.

Die Datenschutzbehörde vertritt in ihrer ständigen Spruchpraxis, dass aus Gesundheitsdaten jedenfalls Informationen über den früheren, gegenwärtigen und künftigen körperlichen oder geistigen Gesundheitszustand der betroffenen Person hervorgehen müssen. Unter Berücksichtigung dieser Überlegung sind Kennziffern iSv ErwGr. 35 zweiter Satz DSGVO nicht per se als Gesundheitsdatum zu qualifizieren, sondern muss auch im Hinblick auf solche Kennziffern ein gewisser Bezug zu Informationen über den Gesundheitszustand bestehen.²³

In einer jüngst veröffentlichten Entscheidung zur Registrierung von Besuchern in der Gastronomie hat die Datenschutzbehörde festgehalten, dass es sich auch bei einfachen personenbezogenen Daten, die für sich genommen keine sensible Daten darstellen (zB Vor- und Nachname, Telefonnummer), durchaus um Gesundheitsdaten handeln kann, wenn entweder durch die Aggregation ein eindeutiger Gesundheitsbezug hergestellt wird oder die Datenermittlung in einem gesundheitlichen Kontext erfolgt. In beiden Fällen handelt sich damit insgesamt um Gesundheitsdaten iSv Art 9 Abs 1 DSGVO.²⁴

In einem anderen, jüngst entschiedenen Fall hat die Datenschutzbehörde zu einem negativen PCR-Testergebnis Ähnliches festgehalten: Nach § 1 Abs. 1 DSG hat jedermann Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht. Das Bestehen eines solchen Interesses ist ausgeschlossen, wenn Daten infolge ihrer mangelnden Rückführbarkeit auf den Betroffenen einem Geheimhaltungsanspruch nicht zugänglich sind.²⁵

Die DSGVO und insbesondere auch die darin verankerten Grundsätze sind zur Auslegung des Rechts auf Geheimhaltung heranzuziehen.²⁶

Im gegenständlichen Fall ist der Anwendungsbereich von § 1 Abs. 1 DSG ebenfalls eröffnet, da sich die hier relevanten Informationen – nämlich um Mitarbeiterdaten – gemäß Art. 4 Z 1 DSGVO unstrittig auf die Bediensteten des Magistrats beziehen. Dies ist relevant, da gemäß § 1 Abs. 2 DSG und Art. 9

22 Vgl noch zu Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 95/46 grundlegend EuGH 6.11.2003, C-101/01 (Lindqvist) Rz 50, ECLI:EU:C:2003:596 = EuGRZ 2003, 714 = MR 2004, 83 (*Kronegger*) = ÖJZ 2004/45, 741 (*Hörlsberger*) = ZER 2004/330, 93.

23 Vgl in Bezug auf die Sozialversicherungsnummer etwa DSB 9.4.2019, DSB-D123.526/0001-DSB/2019 (SVNR).

24 DSB 19.11.2020, 2020-0.743.659 (COVID-19-Gästeregisterung), ecolex 2021/66, 82 (*Kröpfli*) = RdM-LS 2021/7 (*Gabauer*) = ZIIR 2021, 68 (krit *Thiele*).

25 DSB 15.02.2021, 2021-0.101.211 (negativer PCR-Test), Dako 2021/35, 65 (*Haidinger/Löffler*).

26 Ständige Spruchpraxis DSB 31.10.2018, DSB-D123.076/0003-DSB/2018 (Cold calling), ZIIR 2019, 44 (*Thiele*) = jusIT 2019/30, 87 (*Thiele*) = Dako 2019/41, 69 (*Illibauer*) = jusIT 2019/72, 204 (*Leitinger/Schwab*); DSB 04.07.2019, DSB-D123.652/0001-DSB/2019 (Parkgaragennutzung), jusIT 2019/93, 249 (*Thiele*) = ZIIR 2020, 55 (*Thiele*) = ZIIR-Slg 2020/6; DSB 03.05.2021, 2021-0.285.169 (WhatsApp für private Zwecke), jusIT 2021/65, 174 (zust *Bergauer*).

Abs. 1 DSGVO die Verwendung von Datenkategorien, die ihrer Art nach besonders schutzwürdig sind, nur unter strengen Voraussetzungen zulässig ist.

Diesbezüglich ist zunächst festzuhalten, dass der Wortlaut des Art. 4 Z 15 DSGVO nicht an eine gewisse (Mindest-) Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit anknüpft. Dies spricht für eine weite Auslegung des Begriffs „Gesundheitsdatums“. Noch deutlicher wird es in ErwGr 35 der Verordnung, wonach zu den personenbezogenen Gesundheitsdaten alle Daten zählen sollten, aus denen Informationen über den früheren, gegenwärtigen und künftigen körperlichen oder geistigen Gesundheitszustand der betroffenen Person hervorgehen. Diese Überlegungen finden auch in der Judikatur des Gerichtshofs Deckung, wonach der Begriff „Gesundheitsdatum“ weit auszulegen ist.²⁷

Wendet man diese Grundsätze auf die zu prüfenden Fragengruppe an

Covid19 Pandemie	1	2	3	4	5	k.A.
Covid19-Tests in den letzten Wochen	Ich gehe regelmäßig zum Testen	Ich gehe anlassbezogen zum Test	Ich lasse mich selten testen	Ich mache keine Tests		
Covid19-Impfung	Ich bin bereits geimpft	Ich werde mich impfen lassen	Ich werde mich nicht impfen lassen			

und

Arbeitsfähigkeit	Schulnotensystem (1 = sehr gut - 5: nicht genügend)					
Wie schätzen Sie Ihre derzeitige körperliche Arbeitsfähigkeit ein?						k.A.
Wie schätzen Sie Ihre derzeitige mentale Arbeitsfähigkeit ein?						k.A.

so ergibt sich, dass die Datenermittlung in einem gesundheitlichen Kontext erfolgt und die erhobenen Daten auch ausschließlich in einem solchen genutzt werden sollen, nämlich einerseits, um etwa eine Wiederverleihung des „Gütesiegel Betriebliche Gesundheitsförderung“ zu erreichen, und andererseits für die Abbildung der gesundheitlichen Situation eines Unternehmens bzw. seiner Mitarbeiter*innen.

Nach der Zweckbestimmung für die MAB gemäß dem einschlägigen VVZ „im Rahmen der betrieblichen Gesundheitsförderung“ ist es erforderlich, Bedingungen rund um Arbeit und Arbeitstätigkeit, Organisation und persönliche Ressourcen der Mitarbeiter*innen im Unternehmen zu erheben, die die Gesundheit der gesamten Belegschaft sowohl positiv als auch negativ beeinflussen können. Zusätzlich kann ein Teil der Ergebnisse für die Ermittlung psychischer Belastungen im Rahmen der Arbeitsplatzevaluierung herangezogen werden.

Folglich sind diese über die Beschäftigten verarbeiteten Antwortdaten zur Covid-19 Pandemie als Gesundheitsdaten und damit als besondere Kategorie personenbezogener Daten zu qualifizieren.

Gleiches gilt für die Fragengruppe zur Arbeitsfähigkeit. Dazu haben die Gerichte und die Datenschutzbehörde bereits ausdrücklich festgehalten, dass

²⁷ DSB 15.02.2021, 2021-0.101.211 (negativer PCR-Test), Dako 2021/35, 65 (Haidinger/Löffler).

durch eine Befragung über „arbeitsbedingte psychische Belastungen“,²⁸ aber auch durch die Mitteilung einer (vorzeitigen) „Arbeitsunfähigkeit, nicht mehr als Buslenker tätig sein zu können“²⁹ gesundheitsbezogene Daten iSv Art 4 Z 15 DSGVO verarbeitet werden.

Als **Zwischenergebnis** ist daher festzuhalten, dass sich die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung dieser Fragengruppen daher nach Art 9 Abs 2 DSGVO richtet. Die MAB insgesamt – ein Beibehalten dieser (oder ähnlicher) Fragengruppen vorausgesetzt – unterliegt damit ebenfalls den erhöhten Verarbeitungserfordernissen von Art 9 Abs 2 DSGVO.

Für die Rechtmäßigkeit der MAB gemäß VVZ bedarf es der Erfüllung zumindest eines der in Art 9 Abs 2 DSGVO genannten Gründe. Es handelt sich dabei um einen abschließenden Katalog von Ausnahmetatbeständen vom Verarbeitungsverbot für sensible Daten.³⁰ Zu beachten ist, dass Art 9 Abs 3 und Abs 4 DSGVO zusätzliche (d.h. strengere) Voraussetzungen für die Verarbeitung von Gesundheitsdaten, insbes. nach Art 9 Abs 2 lit h DSGVO festlegen können.³¹ Im Einzelnen kommen folgende Rechtmäßigkeitstatbestände in Betracht:

Die Verarbeitung von Gesundheitsdaten ist gemäß Art 9 Abs 2 lit a DSGVO dann zulässig, wenn die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten **ausdrücklich eingewilligt** hat. Bei einem bestehenden Dienstverhältnis ist die Freiwilligkeit zwar nicht per se ausgeschlossen, jedoch die Willensfreiheit des Beschäftigten nach Ansicht der Gerichte „verdünnt“.

Als tauglicher Rechtfertigungsgrund scheitert die Einwilligung idR an ihrer Ausdrücklichkeit einerseits und ihrer jederzeitigen Widerrufbarkeit. Das zuletzt genannte Recht ist unabdingbar und kann dazu führen die gesamte Auswertungsphase und die Weiterverwendung zu stoppen.

Nach Ansicht der Datenschutzbehörde ist eine Einwilligung im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH durch eine aktiven und unmissverständliche („ohne jeden Zweifel“) Willenshandlung seitens des Betroffenen zu dokumentieren.³² Dies gilt umso mehr für die Verarbeitung von Gesundheitsdaten, weil Art 9 Abs 2 lit a DSGVO – anders als Art 6 Abs 1 lit a DSGVO – eine ausdrückliche Einwilligung abverlangt. Die Nachweispflicht für Ausdrücklichkeit trifft den Verantwortlichen nach Art 5 Abs 1 lit a und Abs. 2 iVm Art 7 und 9 Abs 1 lit a DSGVO. Unklarheiten gehen daher zu Lasten des Magistrats der Stadt X.

Im **Beschäftigungskontext** sieht Art 9 Abs 2 lit b DSGVO eine eigene Rechtsgrundlage in Bezug auf Arbeitnehmer*innendaten vor: Demnach ist die Verarbeitung sensibler Daten dann zulässig, wenn sie erforderlich ist, damit der Verantwortliche den ihm aus dem Arbeitsrecht und dem Recht der sozialen

28 DSB 30.03.2015, D215.611/0003-DSB/2014 (Online-Befragung), Dako 2018/39, 68 (*Haidinger/Weiss*).

29 OLG Linz 17.07.2019, 12 Ra 46/19z (betriebsinterne E-Mail), *jusIT* 2019/77, 213 (*Thiele*) = ARD 6661/7/2019.

30 *Jahnel*, DSGVO Art 9 Rz 8.

31 *Jahnel*, DSGVO Art 9 Rz 122.

32 Vgl EuGH 11.11.2020, C-61/19 (Orange Romania) *JUS* EuGH/818 *jusIT* 2021/14, 45 (*Thiele*) = wbl 2020/225, 700 = ZfRV-LS 2020/38, 274 = ÖJZ 2021/12, 106 = ecolex 2021/13, 29 = VbR 2021/5, 14 (*Höller*) = VbR 2021/15, 29 mwN

Sicherheit und des Sozialschutzes erwachsenden Pflichten nachkommen kann, soweit dies nach dem Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedsstaaten oder einer Kollektivvereinbarung nach dem Recht der Mitgliedstaaten, das geeignete Garantien für die Grundrechte und die Interessen der betroffenen Person vorsieht, zulässig ist.

Dabei handelt es sich um einen reinen Verweis auf arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Regelungen, die die Verarbeitung dieser besonderen Kategorien personenbezogener Daten zulassen.

Die Zulässigkeit der Datenverarbeitung auf Grundlage des Tatbestands nach Art 9 Abs 2 lit b DSGVO ist zunächst im Hinblick auf gewisse Gesundheitsdaten ohnehin gegeben, die eine unmittelbare Notwendigkeit zur Erbringung der Arbeitsleistung, d.h. Hauptleistungspflicht des Beschäftigungsvertrages, aufweisen. In diesem Bereich kann der Arbeitgeber etwa Daten zur Stellung als „begünstigter Behinderter“ im Rahmen des BEinstG oder Daten zu Verwaltung von Krankenständen und Entgeltfortzahlungsansprüchen nach dem AngG bzw dem EFZG verarbeiten. Ein derartiger Fall der Unmittelbarkeit ist aufgrund der definierten Zwecke des MBA VVZ „Auswertung für Zwecke des inneren Dienstes im Rahmen des Verwaltungsmanagements, der Organisationsplanung, der Organisations- und Personalentwicklung, der betrieblichen Gesundheitsförderung, der Aus- und Weiterbildung“ konkret nicht gegeben.

Zu prüfen bleiben die **besonderen arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Regelungen**, die als Rechtfertigungsgründe in Betracht kommen können.

§ 213 MagBeG enthält ausweislich seiner Überschrift eine „Ermächtigung zur Datenverarbeitung“ für die Dienstbehörde der Stadt X. Demnach besteht für den Bürgermeister als Verantwortlichen – nach § 26 DSG handelt für ihn eben insoweit der Magistrat – eine gesetzliche Grundlage

- zur Verarbeitung sensibler Daten
- von Bediensteten (und ehemaligen Bediensteten)
- zum Zweck
 - [a] der Wahrnehmung der ihm gesetzlich übertragenen Aufgaben als Dienstgeber/Dienstbehörde,
 - [b] der Personalverwaltung
 - [c] der im öffentlichen Interesse liegenden Archivzwecke, wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder
 - [d] der Statistik

„soweit zumindest einer der im Art 9 Abs 2 Datenschutz-Grundverordnung angeführten Fälle vorliegt“. Die zuletzt genannte Bedingung („Kautele“) verweist in rückbezüglicher Weise wiederum auf jene Erfordernisse, die bereits unter 3.3.3. dargestellt worden sind.

Die Zweckbindung nach [a] und [b] betrifft etwa die Verarbeitungstätigkeiten der Personalverwaltung oder des öffentlichen Dienstes, wie sie bereits im bestehenden Verarbeitungsverzeichnis des Magistrats der Stadt abgebildet und dokumentiert sind.

Nach der Zweckbestimmung der MBA lt. VVZ-Entwurf kommt lediglich die besondere Datenverarbeitung „zu statistischen Zwecken“ in Betracht. Nach der Absicht des Gesetzgebers soll die mit LGBI 82/2018 eingeführte Regelung des

§ 213 MagBeG den geänderten Anforderungen der DSGVO Rechnung tragen. Die Vorschrift entspricht inhaltlich „sinngemäß § 74 L-VBG mit der Abweichung, dass die Dienstbehörde der Bürgermeister“ ist.³³ Zur mit derselben Novelle eingefügten Bestimmung des § 74 L-VBG halten die Gesetzesmaterialien Folgendes fest: „Grundsätzlich orientiert sich § 74, insbesondere dessen Abs 1 und 3, an § 280 Abs 1 und 3 Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979, BGBl Nr 333 idF BGBl I Nr 32/2018.³⁴ Intendiert ist aber, nur jene Bestimmungen, die konkret für das Bundesland Salzburg von Relevanz sind, in das Landesrecht zu übernehmen, um keine überschießenden Regelungen in Durchführung der Datenschutz-Grundverordnung zu treffen“. § 280 Abs 1 und Abs 3 BDG lauten schließlich:

„(1) Die Leiterinnen und Leiter der Zentralstellen sind als jeweils Verantwortlicher gemäß Art. 4 Z 7 DSGVO für den Wirkungsbereich des jeweiligen Ressorts ermächtigt, die dienstrechtlichen, arbeits- und sozialrechtlichen, haushaltsrechtlichen, besoldungsrechtlichen, pensionsrechtlichen, organisationsbezogenen, ausbildungsbezogenen und sonstigen mit dem Rechtsverhältnis in unmittelbarem Zusammenhang stehenden personenbezogenen Daten von Personen, die

1. in einem Dienstverhältnis zum Bund,
2. in einem Dienstverhältnis zu einem in § 1 Abs. 2 VBG genannten Rechtsträger,
3. in einem Dienstverhältnis zu einer oder einem Dritten, bei dem der Bund den wirtschaftlichen Aufwand zur Gänze oder zum Teil trägt und die zugehörigen administrativen Tätigkeiten selbst durchführt,
4. in einem Ausbildungsverhältnis oder freien Dienstverhältnis zu einem der in Z 1 bis Z 3 genannten Rechtsträger,
5. in einem Dienstverhältnis zu einer oder einem Dritten, wobei die Dienstnehmerin oder der Dienstnehmer dem Bund oder einem in § 1 Abs. 2 VBG genannten Rechtsträger zur Dienstleistung überlassen wird,
6. in einem Lehrauftragsverhältnis gemäß dem Lehrbeauftragtengesetz, BGBl. Nr. 656/1987,
7. als Landeslehrperson gemäß dem Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz – LDG 1984, BGBl. Nr. 302/1984, oder als Landesvertragslehrperson gemäß dem Landesvertragslehrpersonengesetz 1966 – LVG, BGBl. Nr. 172/1966, in einem Dienstverhältnis zu einem Land, oder
8. als land- und forstwirtschaftliche Landeslehrperson gemäß dem Land- und forstwirtschaftlichen Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz – LLDG 1985, BGBl. Nr. 296/1985, oder als land- und forstwirtschaftliche Landesvertragslehrperson gemäß dem Land- und forstwirtschaftlichen Landesvertragslehrpersonengesetz – LLVG, BGBl. Nr. 244/1969, in einem Dienstverhältnis zu einem Land

stehen, gestanden sind oder die Aufnahme in ein solches Rechtsverhältnis anstreben, im Sinne des Art. 4 Z 2 DSGVO zu verarbeiten, einander zu übermitteln (Übermittlung) und zu einem anderen in Abs. 2 ge-

33 RV zum Salzburger Datenschutz-Grundverordnung-Anpassungsgesetz 2018, Blg 10, S 60, DokNr. LGBLA_SA_20181122_82.

34 Ausführliche Erläuterungen in der RV 65 BlgNR XXVI. GP, 13 ff.

nannten Zweck, als zu demjenigen, zu dem die personenbezogenen Daten erhoben wurden, zu verarbeiten (Weiterverarbeitung). Diese Ermächtigung bezieht sich, soweit zumindest einer der in Art. 9 Abs. 2 DSGVO angeführten Fälle vorliegt, auch auf besondere Kategorien personenbezogener Daten gemäß Art. 9 Abs. 1 DSGVO. Werden personenbezogene Daten und besondere Kategorien personenbezogener Daten durch einen der genannten Verantwortlichen an Dritte übermittelt, die nicht Verantwortliche im Sinne dieses Gesetzes sind (Übermittlung an Dritte), so ist diese Übermittlung an Dritte anhand ihrer jeweiligen Rechtsgrundlage zu beurteilen und zu dokumentieren.

(3) Die Leiterinnen und Leiter der Zentralstellen sind jeweils ermächtigt, personenbezogene Daten und besondere Kategorien personenbezogener Daten gemäß Abs. 1 auf Ersuchen einer zuständigen Behörde gemäß § 36 Abs. 2 Z 7 des Datenschutzgesetzes – DSG, BGBl. I Nr. 165/1999, zu verarbeiten, wenn

1. schriftlich zu dokumentierende tatsächliche Anhaltspunkte den Verdacht begründen, dass die betroffene Person im Zusammenhang mit dem Rechtsverhältnis eine Straftat begangen hat,
2. dieses Ersuchen zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten, der Strafvollstreckung oder des Schutzes vor und der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit ergeht und
3. die Verarbeitung zu einem der in Z 2 genannten Zwecke erforderlich ist.“

Sobald das Informieren der betroffenen Person gemäß Art 12 bis 14 DSGVO dem Zweck des Ersuchens nicht mehr zuwiderläuft oder zuwiderlaufen kann, hat die ersuchende zuständige Behörde dies der Leiterin oder dem Leiter der jeweiligen Zentralstelle mitzuteilen. Die betroffene Person ist sodann direkt und schriftlich über das Ersuchen zu informieren. Sie hat das Recht, gegenüber der Leiterin oder dem Leiter der Zentralstelle eine zu dokumentierende Stellungnahme abzugeben. Art. 12 bis 22 DSGVO sind vom Zeitpunkt des Einlangens eines Ersuchens bis zum Zeitpunkt ihrer Information insoweit beschränkt, als diese Rechte voraussichtlich die Verwirklichung der Zwecke des Ersuchens unmöglich machen oder ernsthaft beeinträchtigen und die Beschränkung für die Erfüllung der Zwecke des Ersuchens notwendig und verhältnismäßig ist.“

Zu ergänzen ist in diesem Zusammenhang, dass eine Regelung, wie sie § 280 Abs 7 BDG enthält, weder in § 74 L-VBG noch in § 213 MagBeG vorgesehen ist. Denn der novellierte § 280 Abs 7 BDG, auf den nicht verwiesen wird, sieht ausdrücklich idF zum 29.01.2020 vor:

„(7) Die Bundesministerin oder der Bundesminister für Kunst, Kultur, öffentlichen Dienst und Sport ist als Verantwortlicher gemäß Art. 4 Z 7 DSGVO ermächtigt, in die von Abs. 1 erfassten Datenverarbeitungssysteme zum Zwecke der Erhebung von Adressdaten direkt Einsicht zu nehmen und nach Vorabinformation der übrigen Leiterinnen und Leiter der Zentralstellen Adressdaten für Benachrichtigungen oder Befragungen erforderlichenfalls zu verarbeiten, zu übermitteln und weiterzuverarbeiten, wenn angesichts der Auswahlkriterien für den Kreis der betroffe-

nen Personen und des Gegenstandes der Benachrichtigung oder Befragung eine Beeinträchtigung der Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Personen nicht zu erwarten ist.“

Der Begriff der Verarbeitung zu „statistischen Zwecken“ in § 213 Abs 2 MagBeG ist daher im unionsrechtlichen Sinn anhand der einschlägigen Bestimmungen der DSGVO iVm §§ 7, 8 DSG auszulegen.³⁵ Nach ErwGr 162 ist unter dem Begriff „*statistische Zwecke*“ jeder für die Durchführung statistischer Untersuchungen und die Erstellung statistischer Ergebnisse erforderliche Vorgang der Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten zu verstehen. Eine Veröffentlichung statistischer Daten darf nicht zu einem Rückschluss auf die einzelne betroffene Person führen, um den Zweck zu erfüllen.³⁶

Damit wird in einer Gesamtschau zum Ausdruck gebracht, dass eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung (verbunden mit einer allfälligen Sonderzuständigkeit beim handelnden Organ), gesundheitsbezogene Beschäftigtendaten „für Benachrichtigungen oder Befragungen erforderlichenfalls zu verarbeiten, zu übermitteln und weiterzuverarbeiten“ nach § 213 MagBeG – anders als etwa gemäß § 280 Abs 7 BDG – derzeit nicht besteht. Es hat daher insoweit bei der allgemeinen Grundregel des § 213 Abs 2 Satz 1 letzter Halbsatz MagBeG zu verbleiben, wonach einer der im Art 9 Abs 2 DSGVO angeführten Fälle vorliegen muss.

§ 154b Abs 1 ASVG sieht vor, dass die Krankenversicherungsträger **im Rahmen der Gesundheitsförderung und Prävention** dazu beizutragen haben, den Versicherten und deren Angehörigen ein hohes Maß an Selbstbestimmung über ihre Gesundheit zu ermöglichen und sie damit zur Stärkung ihrer Gesundheit zu befähigen, indem sie insbesondere über Gesundheitsgefährdung, die Bewahrung der Gesundheit und über die Verhütung von Krankheiten und Unfällen – ausgenommen Arbeitsunfälle – aufklären, und darüber zu beraten, wie Gefährdungen vermieden, Krankheiten und Unfälle – ausgenommen Arbeitsunfälle – verhütet werden können. Dazu sind gezielt für Gruppen von Anspruchsberechtigten abgestellt auf deren Lebenswelten Gesundheitsförderungs- und Präventionsprogramme und daraus abgeleitete Maßnahmen anzubieten.

Festzuhalten ist, dass diese gesetzliche Grundlage für den Magistrat der Stadt X als Verantwortlicher iSv § 26 DSG schon deshalb nicht in Anspruch genommen werden kann, weil insoweit keine Krankenversicherungsträgereigenschaft vorliegt. In Betracht käme also etwa die Österreichische Gesundheitskasse oder die für die Mitarbeiter*innen der Stadt X zuständige Krankenfürsorgeanstalt (KFA).

Eine inhaltliche Prüfung der gesetzlichen Ermächtigung macht deutlich, dass diese Vorschrift im Zusammenhalt etwa mit dem durch das Arbeit- und

35 Vgl ausführlich zu den wissenschaftlichen und statistischen Zwecken *Thiele/Wagner* in *Thiele/Wagner* (Hrsg), *Praxiscommentar zum Datenschutzgesetz* (2020) § 7 DSG Rz 15 ff mwN.

36 Vgl VfGH 30.11.1989, G 245/89 (BundesstatistikG), JBI 1990, 782 = ZfVB 1990/1998/2049 = EDVuR 1990/2, 69 = ecolex 1990, 194 = VfSlg 12.228.

Gesundheit-Gesetz³⁷ geschaffenen Umfeld, die möglichst langfristige Erhaltung der Arbeits- oder Erwerbsfähigkeit erwerbstätiger und arbeitsloser Personen erreichen soll. Dazu dient auch der im MAB VZZ (Entwurf) unter der Bezeichnung „der betrieblichen Gesundheitsförderung“ zusammengefasste Zweck letztlich einer Beratung und Unterstützung bei gesundheitlichen Problemen am Arbeitsplatz.

Die gesetzliche Grundlage für die dazu notwendigen Datenverwendungen ist in § 7 AGG vorgesehen: Danach dürfen die Träger des Informations-, Beratungs- und Unterstützungsangebots explizit aufgezählte Datenkategorien über die in die Beratung oder in ein Case Management übernommenen Personen verarbeiten, sofern dies für die Zielerreichung erforderlich ist. Darunter befinden sich nicht-sensible Daten wie Name, Anschrift, E-Mail-Adresse, Geburtstag, aber auch sensible Daten wie zB Angaben über den Grund der Inanspruchnahme der Beratung (zB Art und Schwere der gesundheitlichen Einschränkungen).

Nach § 7 Abs 2 AGG dürfen die Träger des Informations-, Beratungs- und Unterstützungsangebots Daten gemäß Abs 1 (insb Gutachten der Einheitlichen Begutachtungsstelle gemäß § 307g ASVG) über die eine Beratung in Anspruch nehmende Personen von den Trägern der Sozialversicherung, dem Arbeitsmarktservice und dem Bundessozialamt einholen und diese Daten in jenem Ausmaß, in dem dies im konkreten Einzelfall erforderlich ist, an die Träger der Sozialversicherung, das Arbeitsmarktservice und das Bundessozialamt übermitteln.

Umgekehrt dürfen die Träger der Sozialversicherung, das Arbeitsmarktservice und das Bundessozialamt Daten gemäß § 7 Abs 1 AGG, insbesondere auch Gutachten, die über den Grund der Inanspruchnahme der Beratungsleistung aufklären oder Lösungsmöglichkeiten aufzeigen, an die Träger des Informations-, Beratungs- und Unterstützungsangebots übermitteln.

Das bedeutet im Ergebnis, dass die Durchführung der MAB gemäß dem VVZ zwar grundsätzlich zulässig ist, eine Verarbeitung gesundheitsbezogener Daten mangels Trägereigenschaft sowie Unanwendbarkeit des § 7 Abs 2 AGG zugunsten des Magistrats für eine generelle Mitarbeiterbefragung, d.h. außerhalb einer Individualbetreuung, jedoch nicht unter den Rechtmäßigkeitstatbestand des Art 9 Abs 2 lit b DSGVO fällt.

Zur Fürsorgepflicht des Dienstgebers, wie es etwa typischerweise in § 1157 ABGB normiert ist, bleibt der Vollständigkeit halber festzuhalten: Vor allem während der „Corona-Krise“ kommt es zu einem rapiden Anstieg der Verarbeitung von Gesundheitsdaten. Aufgrund der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers hat dieser die Gesundheitsrisiken für die Belegschaft zu minimieren, weshalb etwa SARS-CoV-2 Schnelltests, Fiebermessungen, Befragungen von Arbeitnehmern oder Meldungen von Infektionsfällen regelmäßig – in Ergänzung zu den dafür eigens geschaffenen Sonderdatenschutzbestimmungen und den entsprechenden Dokumentationen (durch andernfalls bereits erstellte andere VVZs) – auf die Erfüllung der arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht gemäß Art 9 Abs 2 lit b DSGVO gestützt werden können.

37 Bundesgesetz, mit dem ein Informations-, Beratungs- und Unterstützungsangebot zu Arbeit und Gesundheit geschaffen wird [Arbeit-und-Gesundheit-Gesetz – AGG], BGBl I 2010/11 idgF.

Die konkrete Verarbeitungstätigkeit der MAB gemäß dem zugehörigen VVZ beschränkt sich jedoch nicht auf den Zweck der betrieblichen Gesundheitsförderung, sondern umfasst darüber hinaus auch die Befragung und „Auswertung für Zwecke des inneren Dienstes im Rahmen des Verwaltungsmanagements, der Organisationsplanung, der Organisations- und Personalentwicklung sowie der Aus- und Weiterbildung“. Damit liegen diese Zwecke aber außerhalb der Gesundheitsförderung einerseits und andererseits auch außerhalb der Notwendigkeit und Erforderlichkeit iSv Art 9 Abs 2 lit b DSGVO.

Zum Ausnahmetatbestand nach **Art 9 Abs 2 lit g DSGVO** ist festzuhalten, dass der „Schutz der Gesundheit“ und das „wirtschaftliche Wohl des Landes“ **wichtige öffentliche Interessen** iS der verschärften Bedingungen für die Zulässigkeit der Verwendung sensibler Daten darstellen. Diese Interessen genügen jedoch für eine rechtmäßige Verarbeitung nicht. Es bedarf vielmehr einer gesetzlichen Grundlage, die den Eingriffsmaßstäben des § 1 Abs 2 DSG genügt. Darüber hinaus müssen angemessene Schutzmaßnahmen getroffen werden.³⁸

Schließlich muss dieses nachgewiesene öffentliche Interesse erheblich und dem Verantwortlichen ausdrücklich übertragen worden sein. Insbesondere zum Letztgenannten fehlt wiederum eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung, wie sie etwa § 7 AGG vorsieht.

Der Ausnahmetatbestand der Datenverarbeitung im Gesundheits- und Sozialbereich nach Art 9 Abs 2 lit h DSGVO erfordert insbesondere eine ausdrückliche Rechtsgrundlage, einen Vertrag mit einem Angehörigen eines Gesundheitsberufes und zusätzlich die Verwaltung von „Systemen und Diensten im Gesundheitsbereich“.³⁹ Mangels einer Verarbeitung durch fachmedizinisches Personal kann die Verschwiegenheitspflicht lediglich durch entsprechende Erklärungen nach § 6 DSG hergestellt werden. Gleichwohl ist der mit den Betroffenen bestehende Dienst- oder Arbeitsvertrag nicht ausreichend, um die erforderliche Rechtsgrundlage – ähnlich einem medizinischen Behandlungsvertrag – herzustellen. Damit scheidet diese Verarbeitungsgrundlage aus.

Sowohl zu den Rechtfertigungsgründen einer **Verarbeitung im Bereich der öffentlichen Gesundheit** nach Art 9 Abs 2 lit i DSGVO als auch **zu statistischen Zwecken** nach Art 9 Abs 2 lit j DSGVO ist auf die Ausführungen zu den notwendigen gesetzlichen Grundlagen zu verweisen. Die Rsp hat bereits festgehalten, dass jedenfalls geeignete Maßnahmen zu ergreifen sind, um sicherzustellen, dass aufgrund einer Befragung über arbeitsbedingte psychische Belastungen und der anschließenden Auswertung ein Personenbezug zu einzelnen Mitarbeitern eines Unternehmens nicht möglich ist.⁴⁰

Das Bemühen der Magistratsdirektion durch die Durchführung von Befragungen ihren Verpflichtungen nach dem ASchG, MagBeG oder ASVG nachzukommen ist durchaus als öffentliches Interesse anerkennenswert. Es bestehen auch keine Zweifel daran, dass dies letztlich den Fürsorgepflichten eines Dienstgebers geschuldet ist. Dies hat jedoch im Einklang mit den Bestimmun-

38 Siehe dazu Pkt. 4.

39 *Jahnel*, DSGVO, Art 9 Rz 99.

40 DSB 30.03.2015, DSB-D215.611/0003-DSB/2014 (Online-Umfrage), *Dako* 2018/39, 68 (*Haidinger/Weiss*).

gen der DSGVO und des DSG – insbesondere des Grundrechts auf Datenschutz gemäß § 1 DSG – zu erfolgen.

Die Spruchpraxis der Datenschutzbehörden hat sich in einer grundsätzlichen Empfehlung⁴¹ mit der Frage, wie eine Auswertung unter Wahrung der Anonymität vorzunehmen ist und wie viele Personen eine Gruppe umfassen sollte, auseinandergesetzt und sich dabei auf die einschlägige verfassungsgerichtliche Rsp⁴² berufen: Der Verfassungsgerichtshof hat ausgesprochen, dass auch bei Statistiken – die grundsätzlich nicht personenbezogen sind – sichergestellt sein muss, dass aufgrund der Veröffentlichung keine Rückschlüsse auf (schutzwürdige und durch das Grundrecht auf Datenschutz auch geschützte) Daten gezogen werden können.

Auch § 7 Abs 1 DSG sieht (nunmehr) eine Privilegierung der Verwendung zulässigerweise für andere Untersuchungen oder auch andere Zwecke ermittelter Daten nur dann vor, wenn die angestrebte wissenschaftliche Untersuchung oder die Statistik keine personenbezogenen Ergebnisse zum Ziel haben. Dieser Grundsatz ist auch auf den vorliegenden Fall anwendbar und sind erhöhte Datensicherheits- und Schutzmaßnahmen der Verarbeitung zu ergreifen.⁴³

Im Ergebnis ist daher – unter Beibehaltung der als sensibel einzustufenden Fragegruppen – eine **Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art 35 DSGVO** zwingend durchzuführen. Diese hat unter notwendiger Beiziehung des Datenschutzbeauftragten zu erfolgen. Im Einzelnen sind dabei die Verarbeitungsvoraussetzungen nach Art 9 Abs 2 DSGVO **für folgende sensible Fragenbereiche** des geplanten Fragebogens anhand der ergriffenen und zu ergreifenden Technischen und Organisatorischen Maßnahmen (TOMs) nach Art 32 DSGVO im Hinblick auf das damit verbundene Risiko für die Betroffenen einzuschätzen:

- Angaben zu gesundheitlichen Zielen/Arbeitsbelastung (zB gesundheitliche Aspekte der Arbeit, Verbesserungsvorschläge, Arbeitszeiten, Überstunden, Arbeitsausstattung, Arbeitsmittel, Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben, Rückschau und derzeitige Situation, Zukunftsplanung, Wünsche, Maßnahmen)
- Angaben zu Zielen/Planungen/Tätigkeiten/Verantwortungen im Kontext mit der Pandemie (zB COVID 19) stehend (zB Testungen, Impfungen, Teilnahme an Screeningprogrammen)
- Angaben zu Zielen/Geplanten Veränderungen/Persönlicher Entwicklung (zB gewünschte Einsatzbereiche, ungenutzte persönliche Stärken, persönliche Entwicklungsziele, Vorschläge, berufliche Entwicklungsmöglichkeiten, Rückschau und derzeitige Situation, Zukunftsplanung, Wünsche, Maßnahmen)

Dabei ist eine jeweilige Prüfung aller Fragengruppen im Hinblick auf die Sensibilität und das damit verbundene Risiko der Betroffenen eine Abwägung und Einschätzung vorzunehmen.

41 DSK 22.05.2013, K213.180/0021-DSK/2013 (Tiroler GKK), *jusIT* 2013/67, 144 (*König*) = RdM-LS 2014/49.

42 Vgl dazu VfGH 30.11.1989, G 245/89-250/89 (BundesstatistikG), *JB1* 1990, 782 = *ZfVB* 1990/1998/2049 = *EDVuR* 1990/2, 69 = *ecolex* 1990, 194 = *VfSlg* 12.228.

43 Näher dazu Pkt. 4.

4. Durchführung der MAB und Datenauswertung – Schutzmaßnahmen

Aufgrund der bestehenden Spruchpraxis der Datenschutzbehörden ist davon auszugehen, dass der Verantwortliche geeignete Maßnahmen zu ergreifen hat, um sicherzustellen, dass aus den übermittelten Daten ein Personenbezug zu einzelnen Beschäftigten des Magistrats nicht möglich ist.

Konkret sind etwa folgende Maßnahmen aus der Spruchpraxis der Datenschutzbehörden für die Durchführung und Auswertung von Mitarbeiter*innenbefragungen beachtlich:

- die Rückverfolgbarkeit durch elektronische Protokolldaten bei Einsatz einer Online-Befragung ausschließen; nur jene Verfahren zur Bewertung anzeigen, bei denen man auf Grund der Anzahl der zuständigen Sachbearbeiterinnen und Sachbearbeiter gewährleisten kann, dass keine Rückverfolgbarkeit auf einzelne Personen möglich ist;⁴⁴
- bei Abteilungen mit einem überproportionalen Geschlechteranteil (zB hoher Frauenanteil nur vier männliche Beschäftigte) sowohl die Teilnahme an sich als auch die Evaluierung rückschlussfrei zu gestalten;⁴⁵
- mit Dritten einen Auftragsdatenvertrag abschließen, wenn der Verantwortliche (Dienstleister iSv Art 28 DSGVO) für die Erfüllung der MAB gemäß zugehörigem VVZ heranzieht.
- Der Auftragsdatenvertrag möge zumindest neben dem ratsamen Inhalt nach Art 28 DSGVO insbesondere⁴⁶
 - den konkreten Inhalt des Auftrages des Magistrats an den Dienstleister präzise festlegen
 - welche Daten (Datenarten) zur Erfüllung dieses Auftrages
 - in welcher Weise vom Dienstleister zu verarbeiten
 - sollte die Heranziehung weiterer Dienstleister oder sonstiger Arbeitskräfte ermöglicht werden, dann, dass dies nur mit vorheriger Zustimmung des Magistrats möglich ist.
 - wie mit den Daten zu verfahren ist, wenn das Auftragsverhältnis beendet ist.
- geeignete Maßnahmen ergreifen, damit Daten von (ehemaligen) Beschäftigten nicht zeitlich unbefristet in ihren Datenverarbeitungssystemen gespeichert bleiben.⁴⁷
- Beschränkung der Einsichtnahme in die Auswertungsergebnisse durch Vier-Augen-Prinzip, Protokollierung der Zugriffe, zentrale Speicherung (keine dezentralen Excel-Dateien)

44 Vgl. *Kainz/Skerlan-Schuhböck*, Erhöhung des E-Government-Nutzens durch Feedback-Prozesse am Beispiel der Beantragung des Wiener Parkpickerls in Jahnel (Hrsg.), *Datenschutzrecht und E-Government. Jahrbuch 2013* (2013), 257.

45 Vgl. DSB 30.03.2015, DSB-D215.611/0003-DSB/2014 (Mitarbeiterbefragung), *Dako* 2018/39, 68 (*Hadinger/Weiss*).

46 Vgl. DSK 20.06.2008, K210.583/0009-DSK/2008 (Salzburger Fußgängerzone), *jusIT* 2008/66, 142 (*König*).

47 Vgl. DSB 05.02.2018, DSB-D213.530/0001-DSB/2018 (Löschkonzept und Löschroutine), *RIDA*-Nr. 0347690.

In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass die Vorsorge durch entsprechende technische und organisatorische Maßnahmen dazu dient, etwaige negative Folgen der Verarbeitung auszuschließen. So sollte sich die gegenständliche Verarbeitung auf das notwendige zeitliche und inhaltliche Ausmaß beschränken.⁴⁸

Zunächst sind folgende wesentlichen Aussagen zu MAB festzuhalten:

- Eine Mitarbeiterbefragung soll **nicht im privaten Umfeld** der Bediensteten stattfinden, sondern sollte jedenfalls im Arbeitsumfeld bleiben.
- Für den Bediensteten muss ein niederschwelliger (anonymer) Zugang zur freiwilligen Teilnahme an der Mitarbeiterbefragung gewährleistet sein. Empfehlenswert ist daher, die Mitarbeiter nicht an der privaten Wohnadresse anzuschreiben, sondern die freiwillige Teilnahme zB durch allgemeinen Zugangslink zu ermöglichen.
- Zur **Vermeidung von Doppelteilnahmen** ist die Nutzung von Codes begrüßenswert, wobei die Ausgabe nicht durch die Zusendung an die private Wohnanschrift erfolgen sollte. Dazu besteht zB die Möglichkeit für die Dauer der Umfrage die IP-Adressen (= indirekter Personenbezug) zu speichern und nach durchgeführter Befragung unverzüglich zu löschen, um eine Doppelteilnahme zu verhindern.
- Strikte **Einhaltung der Informationspflichten** nach Art 13 und 14 DSGVO, sowohl was die Befragung an sich (Erhebung, Datenermittlung) als auch die anschließende Auswertung und allfällige Weiterverarbeitung betrifft.
- Strikte Trennung der Informationen nach Art 13 DSGVO und jener nach Art 14 DSGVO.⁴⁹
- **Klare Identifikation** des Verantwortlichen und des jeweiligen Empfängers, wobei der zuletzt genannte Empfängerkreis bei Bekanntheit namentlich anzugeben ist.

Darüber hinaus sind etwa folgende zwingende Voraussetzungen für die Auswertung zu beachten:

- **besonders geschultes Personal**, die zur Wahrung des Datengeheimnisses gemäß § 6 DSG verpflichtet wurden
- personenbezogene Daten sind nur im **absolut unerlässlichen Ausmaß** für Zwecke der Auswertung aus den eingesehenen Datenbanken zu verarbeiten

48 Vgl. Art. 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 06/2014 zum Begriff des berechtigten Interesses des für die Verarbeitung Verantwortlichen gemäß Artikel 7 der Richtlinie 95/46/EG, WP 217, 844/14/EN S. 43, wonach die Implementierung von Schutzmaßnahmen für eine betroffene Person dazu beitragen können, dass eine Interessenabwägung zugunsten des Verantwortlichen ausfällt; ebenso DSB 04.07.2019, DSB-D123.652/0001-DSB/2019 (Parkgaragennutzung), *jusIT* 2019/93, 249 (*Thiele*) = *ZIIR* 2020, 55 (*Thiele*) = *ZIIR-Sig* 2020/6.

49 DSB 18.11.2018, DSB-D213.692/0001-DSB/2018 (Allergie-Tagesklinik), *Dako* 2019/29, 43 (*Haidinger*) = *RdW* 2019/254, 318 = *jusIT* 2019/44, 128 (*Jahnel*) = *ecolx* 2019/241, 552 (*Knyrim*) = *MR* 2019, 75 (*Knotzer*) = *RdM-LS* 2019/73, 118 = *RdM* 2019/61, 84 (*Gabauer*) = *Sachverständige* 2019, 215 (*Knasmüller*).

- bei der **Ermittlung** von Daten ist ein allenfalls erkennbarer Personenbezug so bald als möglich, jedenfalls aber nach Abschluss der Datenerhebungsphase zu beseitigen
- direkter Personenbezug ist unverzüglich zu beseitigen, wenn er für die Untersuchung nicht mehr notwendig ist: die Ergebnisdatensätze der statistischen Auswertung dürfen keinerlei Datenbezug zu bestimmten Personen beinhalten und ist durch eine **Mindestauswertungsgrenze** zwingend abzusichern.

Sind die oben genannten Voraussetzungen nicht erfüllt bzw kann nicht/nicht ausschließlich auf rechtmäßig ermittelte personenbezogene Daten für die statistische Auswertung zurückgegriffen werden oder sind die Endergebnisse nicht vollständig anonymisiert (d.h. Rückschluss auf Personen kann nicht ausgeschlossen werden), kommt lediglich § 7 Abs 2 Z 2 (Einwilligung) oder Z 3 (Genehmigung) DSG zur Anwendung.⁵⁰ Eine Genehmigung von der Datenschutzbehörde ist demnach einzuholen, wenn die Einholung der Einwilligung nicht möglich ist, weil zB Adressen gar nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand ermittelt werden können. Die Voraussetzung des unverhältnismäßigen Aufwandes an der Einholung der Einwilligung der betroffenen Person(en) ist zB bei einem geschätzten Teilnahmekreis von bis zu 1.000 potentiell zu befragenden Personen erfüllt.⁵¹

5. Zusammenfassung

Nach Prüfung der Sach- und Rechtslage liegt die Verarbeitungstätigkeit der MAB bei entsprechend dokumentiertem VVZ im öffentlichen Interesse des Magistrats der Stadt X und ist nach Art 6 DSGVO zulässig. Folgende Rahmenbedingungen sind zu beachten, um eine rechtskonforme Durchführung und Auswertung der MAB zu gewährleisten:

- Die Verarbeitungstätigkeit gemäß dem VVZ MAB ist soweit zulässig ist, als sie zur Erreichung des jeweiligen Zweckes auch tatsächlich notwendig ist.⁵²
- Die beabsichtigte betriebliche Maßnahme führt zu einer Informationspflicht und einem Überprüfungsanspruch der Personalvertretung. Die Personalverwaltung ist jedenfalls einzubinden.⁵³
- Die über die Beschäftigten verarbeiteten Antwortdaten insbesondere zur Covid19 Pandemie sowie zur Arbeitsfähigkeit sind gemäß Art 4 Z 15 DSGVO als Gesundheitsdaten und damit als besondere Kategorie personenbezogener Daten zu qualifizieren.
- Der Schutzbereich des Art 9 Abs 2 DSGVO als Maßstab ist daher bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit zu beachten.
- Als Verarbeitungsgrundlage kommt die ausdrückliche Einwilligung der Mitarbeiter nach Art 9 Abs 2 lit a DSGVO in Betracht, die durch entsprechende

50 Eingehend zu den Abgrenzungen *Thiele/Wagner* in Thiele/Wagner, DSG § 7 Rz 27 ff.

51 DSB 3.8.2018, DSB-D202.208/0001-DSB/2018 (Ortschronik), ZIIR-Slg 2018/52.

52 Datenminimierungsgrundsatz des Art 5 Abs 1 lit c DSGVO.

53 ZB gem §§ 2 iVm 8 Abs 1 lit c und 10 Abs 1 lit k Mag-PVG.

Erklärungen (einschließlich der jederzeitigen Widerrufbarkeit) vom Verantwortlichen nachzuweisen sind.

- § 213 MagBeG scheidet als eine nach Art 9 Abs 2 lit b DSGVO ausreichende Verarbeitungsgrundlage aus, da in der genannten Vorschrift eine dem § 280 Abs 7 BDG entsprechende, ausdrückliche Ermächtigung zur Verwendung der sensiblen Mitarbeiterdaten für Befragungen fehlt.
- Der Ausnahmetatbestand des Art 9 Abs 2 lit g DSGVO aufgrund eines erheblichen öffentlichen Interesses übersteigt das durchschnittliche Interesse der Gesundheitsvorsorge. Eine ausdrückliche Vorschrift, wie sie etwa das Arbeits- und Gesundheits-Gesetz (AGG) vorsieht, ist auf die öffentliche Stelle des Magistrats nicht anwendbar.
- Für die Inanspruchnahme der Rechtfertigungstatbestände im Gesundheits- und Sozialbereich nach Art 9 Abs 2 lit h, i und j DSGVO ist – mangels ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage für die Verarbeitung sensibler Daten – ein besonderes öffentliches Interesse vom Verantwortlichen nachzuweisen. Aufgrund der mehrfachen Zweckverfolgung scheidet die Inanspruchnahme der reinen Gesundheitsvorsorge ebenso aus wie die gesetzliche Ermächtigung des § 154b Abs 1 ASVG. Die zuletzt genannte Vorschrift privilegiert lediglich bestimmte Krankensozialversicherungen wie etwa die Österreichische Gesundheitskasse.
- Eine Verarbeitung und Auswertung zu rein statistischen Zwecken sind nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben lediglich dann rechtmäßig, wenn der Rückschluss auf eine einzelne betroffene Person völlig ausgeschlossen ist.
- Die Durchführung einer DSFA nach Art 35 DSGVO ist aufgrund der Fragestellungen erforderlich.
- Durch die Einhaltung besonderer technischer und organisatorischer Maßnahmen ist es möglich, eine zumutbare Risikoabsenkung zu erzielen. In Betracht kommen etwa strikte Anonymisierungen bei Ermittlung und Auswertung (zB Löschung temporärer IPs) oder auch die Beauftragung eines externen Dienstleisters, der als unabhängiger eigener Verantwortlicher selbst über Zweck und Mittel entscheidet, in Betracht.
- Eine stete Aktualisierung und Überarbeitung des VVZ der MAB nach Fragegruppen wird empfohlen.

Einer erfolgreichen Befragung stehen also bei ordnungsgemäßer Dokumentation und sorgfältiger Fragenformulierung keine datenschutzrechtlichen Hindernisse entgegen. Bei Erstellung der MAB ist zu empfehlen, aus den erhobenen Daten konkrete Verwendungen in Form von Maßnahmen⁵⁴ mit einzuplanen, um die Ergebnisse bestmöglich und zugleich datenschutzkonform auswerten und in der Personalentwicklung und Gesundheitsförderung einsetzen zu können.

54 Vgl dazu *Beidernikl/Mulaj*, ARD 6671/5/2019