

RA Hon.-Prof. Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU)/Mag. Jessica Wagner, EUROLAWYER® Datenschutzteam • Salzburg

COVID-19-Registrierungspflichten in der Gastronomie

» jusIT 2020/85

✦ Contact Tracing; Gastro-Registrierungspflicht; Betretungsverbot, von Gaststätten; Betreiberpflichtenmodell; Kontaktdatenerhebung; COVID-19; Corona-Tracking; Bewegungsprofil; Datenschutzverletzung; Privatsphäre

§ DSGVO: § 1 Abs 2, § 10; VO (EU) 2016/679: Art 4 Z 6, Art 10, 5, 9 Abs 2; EpidemieG: § 5 Abs 3, § 43a; COVID-19-Maßnahmengesetz: §§ 3, 4, 7, 8; COVID-19-Maßnahmenverordnung: § 6 Abs 1 lit c; Sbg COVID-BekämpfungsvVO; Wr CoTrVO; Oö COVID-19-MaßnahmenVO; SchuMaV

Im Kampf gegen die Ausbreitung des Coronavirus setzen die Gesundheitsbehörden auch auf Registrierungspflichten in der Gastronomie. Die kompetenzbegründete Rechtszersplitterung hat dabei unterschiedlichste Lösungen der Landesgesetzgebung hervorgebracht. Der Beitrag greift einige Bundesländerregelungen heraus, um das dahinterstehende Registrierungsmodell aus datenschutzrechtlicher Sicht zu bewerten. Eine Vergleichstabelle, die in COVID-19-Zeiten nur eine Momentaufnahme zum 30. 10. 2020 sein kann, rundet die Erörterungen ab.¹

1. Einleitung

Das Epidemiegesetz 1950 sowie das COVID-19-Maßnahmengesetz samt den damit in Verbindung stehenden Verordnungen regeln ein ganzes Bündel von Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Krise. Zur Gewährleistung und Nachvollziehbarkeit von Kontakten („Contact Tracing“) wurde in einigen Bundesländern bzw Bezirken eine verpflichtende COVID-19-Registrierungspflicht der Gäste in der Gastronomie eingeführt, da sich eine bundesweit einheitliche Regelung aufgrund der fehlenden Zweckmäßigkeit nicht durchsetzen konnte. Der folgende Beitrag bewertet die hierzu ergangenen Ausführungsverordnungen der Länder mit zum Teil Verordnungsermächtigungen für die Bezirksverwaltungsbehörden (zB NÖ) oder landesweit einheitlichen Regelungen (zB Wien, Oberösterreich oder Salzburg) aus datenschutzrechtlicher Sicht.

2. Rechtliche Grundlagen

2.1. Ausführungsgesetzgebung der Länder

Als Verordnungsgrundlage der verpflichtenden Registrierungspflicht wurden primär § 5 Abs 3 EpidemieG² bzw §§ 3, 4 COVID-19-

Maßnahmengesetz³ herangezogen. Grundsätzlich sind die Verordnungen nach dem EpidemieG betreffend COVID-19 vom für das Gesundheitswesen zuständigen Bundesminister zu erlassen. Sofern allerdings keine derartige Verordnung vorliegt, können diese vom Landeshauptmann bzw von der Bezirksverwaltungsbehörde erlassen oder zusätzliche Maßnahmen zu einer Verordnung festgelegt werden.⁴ Für Veranstaltungen ist in § 15 Abs 3 EpidemieG allerdings explizit festgehalten, dass Voraussetzungen oder Auflagen nicht die Verwendung von Contact-Tracing-Technologien umfassen dürfen.

Unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze iSv Art 5 DSGVO sind die mit der Registrierungspflicht einhergehenden Datenverarbeitungen auf das absolut notwendige Maß zu beschränken und bedürfen ausnahmslos einer geeigneten Rechtsgrundlage iSv Art 6 oder Art 9 DSGVO bzw § 1 Abs 2 DSGVO.

2.2. Gastro-Registrierungspflichten in Wien

Rechtsgrundlage bildet die Durchführungsverordnung des Magistrats der Stadt Wien zu § 5 Abs 3 EpidemieG vom 25. 9. 2020 betreffend die Auskunftserteilung für Contact Tracing.⁵ Sie ist am 28. 9. 2020 in Kraft getreten und gilt (vorerst) bis 31. 12. 2020. Ihr räumlicher Geltungsbereich erstreckt sich auf das gesamte Stadtgebiet der Gemeinde Wien.

Die Verordnung richtet sich – soweit im Folgenden relevant – an den jeweiligen Betreiber der Gastronomie als Inhaber der normadressierten Stelle „Betriebsstätte“ gem § 1 Z 2 Wr CoTrVO. Der Gastwirt ist also verpflichtet, bei einem COVID-19-Verdachtsfall die Daten der betreffenden Gäste gegenüber der Gesundheitsbehörde offenzulegen. Den Gast selbst trifft keine Verpflichtung gegenüber dem Gastronomiebetreiber, weder zur richtigen oder vollständigen Angabe noch zur Bekanntgabe der persönlichen Daten an sich.⁶ Es besteht weder eine Ausweispflicht

1 § 19 Abs 2 COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung (SchuMaV), BGBl II 463/2020, hat mit Wirksamkeit vom 3. 11. 2020 die COVID-19-MaßnahmenVO für die Dauer des zweiten „Lockdown“ aufgehoben und bestimmt, dass sie idF BGBl II 456/2020 wieder in Kraft treten soll. Damit fehlt für die Gastro-Registrierungspflichten im Zeitraum vom 3. bis 30. 11. 2020 diese Verordnungsgrundlage. Die „Gaststätten“-Regelung des § 7 SchuMaV sieht keine vergleichbaren Registrierungspflichten vor.

2 BGBl 186/1950 idF I 103/2020 (mehrfach novelliert).

3 BGBl I 12/2020 idgF.

4 Vgl § 43a EpidemieG.

5 Verordnung des Magistrats der Stadt Wien betreffend Auskunftserteilung für Contact Tracing im Zusammenhang mit Verdachtsfällen von COVID-19, GZ S490/050/2020, idF vom 8. 10. 2020, ABl der Stadt Wien 2020/41 (kurz: Wr CoTrVO).

6 So auch die Anfragebeantwortung der Stadt Wien vom 5. 10. 2020 <frage-dienstaaat.at/anfrage/registrierungspflicht-fur-gaste-in-der-gastronomie>

gegenüber dem Betreiber, noch gibt es eine Verwaltungsstrafsanktion nach dem EpidemieG iVm der Wr CoTrVO für Gäste. Der Gast muss aber bedenken, dass der Gastronomiebetreiber ihn im Rahmen seines Hausrechts des Lokals verweisen kann.

2.3. Gastro-Registrierungspflichten in Salzburg

Ausgehend von einem generellen Betretungsverbot von Gaststätten⁷ hat der Landesgesetzgeber in Salzburg in seiner Sbg COVID-BekämpfungsvO⁸ als landesweite und bezirksübergreifende Maßnahme lediglich eine Ausnahme für bestimmte Öffnungszeiten vorgesehen, in denen der Betrieb einer Gaststätte erlaubt ist. In diesen eingeschränkten Betriebszeiten von 05:00 bis 22:00 Uhr darf der Betreiber das Betreten durch Gäste nur zulassen, wenn ihm diese ihre Kontaktdaten überlassen. Gleichzeitig muss er das Datum sowie die Uhrzeit des Betretens der Betriebsstätte durch die jeweilige Person vermerken.

Die Ausnahmeregelung des § 2 Abs 2 Sbg COVID-BekämpfungsvO richtet sich wiederum an den Betreiber der Gaststätte und erfordert drei kumulative Voraussetzungen: Zwei davon liegen in der alleinigen Verfügungsmöglichkeit des Gastwirts, nämlich die Einhaltung der Öffnungszeiten und das Vermerken von Datum und Uhrzeit des Betretungszeitpunktes des jeweiligen Gastes. Lediglich für die dritte Voraussetzung bedarf der Normadressat der Mitwirkung eines Dritten, eben des Gastes. Der Gast wird nicht unmittelbar durch § 2 Sbg COVID-BekämpfungsvO zur Angabe der Daten verpflichtet. Verweigert dieser jedoch die Kontaktdatenüberlassung, darf der Gastwirt das Betreten der Betriebsstätte des betreffenden Gastes nicht zulassen. Der Betreiber darf nur solchen Personen Getränke und Speisen vor Ort verabreichen, die ihm ihre personenbezogenen Daten zum Zweck der behördlichen Kontaktverfolgung von mit SARS-CoV2 infizierten (§ 5 Abs 3 EpidemieG) überlassen haben (sogenanntes „Bewirtungsverbot“), andernfalls riskiert der Inhaber oder Betreiber eine Verwaltungsstrafe.⁹

2.4. Gastro-Registrierungspflichten in Niederösterreich

Die Verordnungen der niederösterreichischen Bezirkshauptmannschaften¹⁰ können durchaus so ausgelegt werden, dass sie den einzelnen Gast zu einer Registrierung verpflichten. Die Kon-

taktdatenbekanntgabe wird nämlich zur zwingenden Voraussetzung des Betretens und des Verweilens in der Betriebsstätte gemacht. Demnach liegt die Verpflichtung, seine Daten bekannt zu geben, beim Gast. Diese Datenerhebung ist auch im Wege einer elektronischen Datenerfassung möglich. Den Betreiber soll eine Auskunftspflicht gegenüber der Behörde im Anlassfall treffen. Die Registrierungsspflicht gilt nicht für das Abholen und Liefern von Speisen, Getränken und Tabakwaren sowie den Besuch der Sanitärräumlichkeiten der Betriebsstätten.

2.5. Gastro-Registrierungspflichten in Oberösterreich

Für die Registrierungsspflicht besteht eine landeseinheitliche Regelung mit Verordnungscharakter.¹¹ Die Oö COVID-19-MaßnahmenVO beruht auf den §§ 3, 4 iVm 7 Abs 2 COVID-19-MaßnahmenG sowie § 5 Abs 3 iVm § 43 Abs 4a und § 43a Abs 2 EpidemieG. Sie knüpft an das Betreten einer Betriebsstätte der Gastronomie an und gilt lediglich für die Konsumation in geschlossenen Räumen. Normadressat der Registrierungsverpflichtung nach § 1 Abs 1 Oö COVID-19-MaßnahmenVO ist der jeweilige Gast, dem ein Betreten der Gastronomie lediglich unter der „Auflage“ gestattet wird, bestimmte Kontaktdaten bekannt zu geben. Im Fall von Besuchergruppen, die aus im gemeinsamen Haushalt lebenden Personen bestehen, genügt die Bekanntgabe der Kontaktdaten nur von einer dieser Besuchergruppe angehörenden erwachsenen Person. § 1 Abs 2 letzter Satz Oö COVID-19-MaßnahmenVO sieht jedenfalls vor, dass die Daten geordnet aufzubewahren sind. Auf Verlangen der Bezirksverwaltungsbehörde hat der Betreiber die Daten zu dem ausgewiesenen Zweck zur Verfügung zu stellen. Die Daten sind in elektronischer Form zu übermitteln, sofern diese vom Betreiber entsprechend verarbeitet worden sind.

3. Datenschutzrechtliche Beurteilung

3.1. Datenverarbeitung und Rollenverteilung

Im Rahmen der COVID-19-Registrierungspflicht in der Gastronomie findet eine Erhebung von personenbezogenen Daten der Gäste sowie eine Datenübermittlung an die Gesundheitsbehörde im Verdachts- bzw Anlassfall statt. Der Anwendungsbereich der DSGVO ist dann eröffnet, wenn die erhobenen personenbezogenen Daten (zB Gästeformulare, Gästelisten) nach bestimmten Merkmalen iSv Art 4 Z 6 DSGVO strukturiert werden. Unabhängig davon ist jedoch zu beachten, dass auch unstrukturierte erhobene personenbezogene Daten dem Grundrecht auf Geheimhaltung, welches im Lichte der DSGVO auszulegen ist, unterliegen.¹² Unter diesem wird der Schutz der betroffenen Personen vor Ermittlung seiner personenbezogenen Daten und der Schutz

[mie/5206/anhang/201009_Antwortschreiben_geschwaerzt.pdf](#) (19. 10. 2020).

⁷ Gem § 2 Abs 1 der Verordnung des Landeshauptmannes von Salzburg vom 16. 10. 2020, mit der zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 zusätzliche Maßnahmen festgelegt werden, LGBl 97/2020 (kurz: Sbg COVID-BekämpfungsvO).

⁸ Beruhend auf § 3 Abs 1 Z 1 und Abs 2, § 4 Abs 1 Z 1 und Abs 2, § 5 Abs 1, § 7 Abs 2, 4 und 5 und § 11 Abs 3 letzter Satz COVID-19-Maßnahmengesetzes sowie auf § 5 Abs 3, § 15 Abs 1 und 6, §§ 18 und 43a Abs 2, 4 und 5 EpidemieG.

⁹ Zu den Strafbestimmungen vgl § 8 COVID-19-Maßnahmengesetz.

¹⁰ [<noe.gv.at/noe/Corona-Sonderregelungen_in_Niederösterreich.html>](#) (28. 10. 2020).

¹¹ Verordnung des Landeshauptmanns von Oberösterreich über zusätzliche Maßnahmen zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 in Oberösterreich vom 17. 10. 2020, LGBl 92/2020 (Oö COVID-19-Maßnahmenverordnung).

¹² Vgl die Information der Datenschutzbehörde zum Coronavirus (COVID-19) [<dsb.gv.at/download-links/informationen-zum-coronavirus-covid-19-.html#Frage_17>](#) (28. 10. 2020).

vor der Weitergabe der über ihn ermittelten Daten verstanden. Gleichgültig ist dabei, ob die personenbezogenen Daten elektronisch, manuell, strukturiert oder unstrukturiert verarbeitet werden.¹³

Allgemein handelt es sich bei den erhobenen personenbezogenen Daten zu diesem besonderen Zweck um potenziell „sensible Daten“. Die Datenschutzbehörde hat im Hinblick auf ein mögliches Contact Tracing bereits festgehalten, dass das Verbotsprinzip gem Art 9 Abs 1 DSGVO greift und für die Rechtfertigung spätestens ab der Information, eine mögliche Infektion könnte stattgefunden haben, ein Tatbestand von Art 9 Abs 2 DSGVO erfüllt sein muss. Eine COVID-19-Registrierungspflicht samt einem Contact Tracing im Verdachtsfall kann somit nicht (allein) auf Art 6 DSGVO gestützt werden.¹⁴ Denn es handelt sich um zwei Datenverarbeitungsschritte, nämlich die Erhebung und die Übermittlung, die insgesamt als eine Verarbeitungstätigkeit – ähnlich dem Screening¹⁵ – zu erfassen und zu beurteilen sind.

Der Betreiber oder Inhaber der Gaststätte ist jedenfalls als datenschutzrechtlicher Verantwortlicher iSv Art 4 Z 7 DSGVO zu qualifizieren. Nach der bisherigen Spruchpraxis der Datenschutzbehörde wurde zum Auftraggeberbegriff – nunmehr der verwendete Begriff des Verantwortlichen nach der DSGVO – festgehalten, dass der Verantwortlichenbegriff ein faktischer ist und darauf abstellt, welche Person oder Organisationseinheit – frei oder in rechtlicher Abhängigkeit von anderen – die Entscheidung getroffen hat, Daten zu verwenden. Der datenschutzrechtliche Verantwortliche ist der „Herr der Daten“, der die Macht in Anspruch nimmt, Verarbeitungsschritte mit diesen vorzunehmen 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.¹⁶ Ihn treffen im Rahmen seiner Rechenschaftspflicht iSd Art 5 Abs 2 DSGVO daher jedenfalls die erforderlichen datenschutzrechtlichen Verpflichtungen (Aufnahme in das Verarbeitungsverzeichnis gem Art 30 DSGVO samt Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung gem Art 35 DSGVO, Informationspflichten gem Art 13 ff DSGVO uÄ) sowie die Einhaltung der Datensicherheitsmaßnahmen.

Den jeweiligen Bezirksverwaltungs- bzw Gesundheitsbehörden sollen im Verdachts- bzw Anlassfall die erhobenen personenbezogenen Daten offengelegt werden, sie sind somit als Dritte iSd Art 4 Z 10 DSGVO einzustufen und gelten als Empfänger der Gästedaten.

3.2. Das Betreiberpflichtenmodell

3.2.1. Kontaktdatenerhebung bei Gästen

3.2.1.1. Erfasste Datenarten und Zweckbestimmung

Generell ist die Bezeichnung der Betriebsstätte samt Adresse sowie der zentralen Ansprechperson im Verdachts- oder Anlassfall bekannt zu geben. Zusätzlich sind in der Betriebsstätte folgende Datenarten der Kundinnen und Kunden (Gäste) zu erheben: Vorname, Name, Telefonnummer, E-Mail-Adresse und Tischnummer. Eine Erleichterung, wonach lediglich die Kontaktdaten einer aus dem Haushalt lebenden Person erhoben werden kann, ist weder in der Wr CoTrVO noch in der Sbg COVID-BekämpfungsVO vorgesehen. In der Wr CoTrVO ist zudem nicht explizit die Erhebung von Datum und Uhrzeit angeführt.

Der Zweck besteht ausweislich der Wr CoTrVO in der Übermittlung an die zuständige Gesundheitsbehörde¹⁷ zum Zweck des Contact Tracing auf Verlangen der Bezirksverwaltungsbehörde im Anlassfall. Ohne die zusätzliche Angabe von Datum und Uhrzeit ist jedoch eine ordnungsgemäße Kontaktverfolgung nicht möglich; daher sind die Daten jedenfalls im Zuge der Registrierung zu vermerken, da ansonsten der Grundsatz der Zweckbindung iSd Art 5 Abs 1 lit c DSGVO nicht eingehalten werden kann.

Zum Zweck des Contact Tracing ist in der Wr CoTrVO eine Speicherung und Verarbeitung für die Dauer von vier Wochen nach Datenaufnahme vorgesehen. Jede darüber hinausgehende Verarbeitung der Daten (zB zu Werbezwecken) ist rechtswidrig und führt zu Sanktionen gem Art 83, 84 DSGVO. Die (gesetzliche) Löschfrist beträgt daher vier Wochen, dh 28 Tage ab dem Tag der Aufnahme. Konsumiert der Gast regelmäßig in seinem „Stammlokal“, so löst jede neuerliche Datenerhebung die 28-Tage-Speichfrist aus; eine Verlängerung der bereits laufenden Fristen ist damit nicht verbunden. In der Sbg COVID-BekämpfungsVO ist weder eine gesetzliche Speichfrist noch eine explizite Weitergabeverpflichtung an die Gesundheitsbehörde enthalten, stattdessen wird lediglich auf § 5 Abs 3 EpidemieG verwiesen.

3.2.1.2. Taugliche Rechtfertigungsgrundlage(n)?

Das von der *Stadt Wien* selbst aufgelegte Formblatt¹⁸ zur Registrierung stützt sich auf Art 6 Abs 1 lit d DSGVO sowie auf § 5 Abs 3 EpidemieG. Übersehen wird dabei allerdings, dass Art 6 Abs 1 lit d DSGVO nur dann als Rechtfertigungsgrund zur Anwendung gelangen kann, wenn die betroffene Person nicht in der Lage ist, ihr Selbstbestimmungsrecht auszuüben, und soweit kein anderer gesetzlicher Erlaubnistatbestand (zB Einwilligung) einschlägig ist.¹⁹ Darüber hinaus handelt es sich spätestens bei der Übermittlung der Daten an die Gesundheitsbehörde um sensible

¹³ Vgl *Thiele/Wagner* in *Thiele/Wagner* (Hrsg), Kommentar zum DSG § 11 Rz 12 (2020); VwGH 12. 3. 2010, 2008/17/0206 (Umwidmungsanträge), jusIT 2010/52, 121 (*Jahnel*).

¹⁴ Vgl die Information der Datenschutzbehörde zum Coronavirus (COVID-19) <dsb.gv.at/download-links/informationen-zum-coronavirus-covid-19-.html#Frage_17> (28. 10. 2020).

¹⁵ Vgl dazu *Thiele*, „Stopp Corona“-App und flächendeckendes Screening, jusIT 2020/32, 85 (86).

¹⁶ Vgl DSK 16. 10. 2009, K121.533/0017-DSK/2009 (Transparenzdatenbank).

¹⁷ IdR die Bezirksverwaltungsbehörde, so ausdrücklich § 1 Satz 1 Wr CoTrVO.

¹⁸ <coronavirus.wien.gv.at/site/files/2020/10/Gastroformblatt-Vorlage.pdf> (28. 10. 2020).

¹⁹ Vgl *Schulz* in *Gola* (Hrsg), DS-GVO² (2018) Art 6 Rn 46.

Daten, sodass es für die Datenweitergabe einer Rechtfertigung nach Art 9 DSGVO bedarf. Fraglich ist in diesem Zusammenhang auch, ob § 5 Abs 3 EpidemieG überhaupt eine taugliche Grundlage iSd Art 9 Abs 1 lit i DSGVO für eine Verordnung bzw Datenerhebung bzw -übermittlung an die Gesundheitsbehörde zum Zweck der Kontaktnachverfolgung darstellt, da § 5 Abs 3 EpidemieG nicht ausreichend determiniert ist und lediglich jene Personen zur Auskunft verpflichtet, die einen Beitrag leisten könn(t)en. Eine konkrete Verpflichtung, einen Beitrag zu leisten, besteht allerdings mit § 5 Abs 3 EpidemieG nicht explizit. Eine derartige Pflicht müsste klar und präzise formuliert sein sowie spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten der Betroffenen vorsehen.

Der *Landesgesetzgeber Salzburg* stützt sich in seiner Sbg COVID-BekämpfungsvVO ua auch auf die §§ 3 ff COVID-19-Maßnahmengesetz und schafft eine zusätzliche, an den Betreiber bzw Inhaber der Betriebsstätte gerichtete Auflage für das Betreten seiner Gäste.²⁰

Ausgehend davon könnte die Datenverarbeitung auf Art 6 Abs 1 lit a DSGVO bzw Art 9 Abs 1 lit a DSGVO gestützt werden, wobei es idR an der zwingenden Voraussetzung einer Einwilligung – hier der Freiwilligkeit – scheitern wird, nachdem die betroffene Person uU bei Nichtbekanntgabe ihrer Daten vom Betreiber verwiesen werden kann. In diesem Zusammenhang ist allerdings auch ein jederzeitiger Widerruf der betroffenen Person möglich, sodass diese Rechtsgrundlage nicht zweckmäßig ist.

Verwirrend für betroffene Personen erscheint zur Einwilligungslösung dazu bspw das von der *Stadt Wien* aufgelegte Formblatt, wonach ein Bereich neben dem Tatbestand gem Art 6 Abs 1 lit d DSGVO und § 5 Abs 3 EpidemieG zusätzlich auf die Einwilligung iSv Art 6 Abs 1 lit a DSGVO bzw Art 9 Abs 1 lit a DSGVO verweist. Für die betroffene Person ist nicht eindeutig ersichtlich, auf welchen Tatbestand sich die Registrierungspflicht stützt. Die betroffenen Personen können nicht klar und zweifelsfrei erkennen, welche Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung einschlägig ist.

Eine *Ausweispflicht* oder gar die Anfertigung einer Lichtbildausweiskopie durch den Gastro-Betreiber scheitert an der Unverhältnismäßigkeit. So hat die DSB erst jüngst entschieden, dass das Grundrecht auf Geheimhaltung gem § 1 DSG dadurch verletzt wird, dass eine Bank eine Lichtbildausweiskopie anfertigt, um dem Betroffenen Geld im Gegenwert von € 100 zu wechseln.²¹ Umgelegt auf den Zweck der einzelnen Kontaktdatenerhebungsverordnungen, ein Contact Tracing zu erleichtern und so letztlich die Virusverbreitung einzudämmen, mangelt es insoweit an der Verhältnismäßigkeit, da etwa De minimis-Ausnahmen für die Gastronomie fehlen.

3.3. Kontaktdatenerhebung beim Personal

3.3.1. Erfasste Datenarten und Zweckbestimmung

Generell ist die Bezeichnung der Betriebsstätte samt Adresse sowie der zentralen Ansprechperson bzw der medizinischen Ansprechperson, sofern vorhanden, im Verdachts- oder Anlassfall bekannt zu geben. Zusätzlich sind folgende Datenarten der Beschäftigten in der Betriebsstätte (Personal) zu erheben und im Anlassfall zur Verfügung zu stellen: Vorname, Name, Telefonnummer und E-Mail-Adresse.

Der Verarbeitungszweck, dh Erhebung, Speicherung und Übermittlung, deckt sich mit dem der Kontaktdatenerhebung bei Gästen. § 2 Satz 2 Wr CoTrVO ordnet unmissverständlich eine Löschung (auch) der Personaldaten binnen „4 Wochen nach ihrer Aufnahme“ an. Es handelt sich also nicht um eine Aufbewahrungsfrist, sondern um eine Löschanordnung.²² Das bedeutet, dass der Inhaber des Gastronomiebetriebes alle 28 Tage die Personalliste²³ löschen und neu anlegen muss. Ein bloßes Überprüfen und Belassen der alten Liste widerspricht der Speicherbegrenzung nach Art 5 Abs 1 lit e DSGVO und ist nach Art 83, 84 DSGVO sanktioniert.

3.3.2. Taugliche Rechtfertigungsgrundlage(n)?

Unabhängig von der Frage der Tauglichkeit der Bestimmung des § 5 Abs 3 EpidemieG iSd Art 9 Abs 1 lit i DSGVO für die Wr CoTrVO bzw die Datenerhebung bzw -übermittlung an die Gesundheitsbehörde zum Zweck der Kontaktnachverfolgung soll eine Einwilligung iSv Art 6 Abs 1 lit a DSGVO bzw Art 9 Abs 1 lit a DSGVO von Mitarbeitern im Hinblick auf das Koppelungsverbot (Abhängigkeitsverhältnis) idR nicht als Legitimation für eine Datenverarbeitung herangezogen werden, sofern sich dies nicht aus spezifischeren Vorschriften (zB § 91 ArbVG oder § 10 AVRAG) ergibt.²⁴ Eine abgegebene Einwilligung für eine Datenverarbeitung ist aufgrund des faktischen und rechtlichen Abhängigkeitsverhältnisses zwischen dem Betreiber oder Inhaber der Gaststätte und des Personals in den meisten Fällen nicht wirksam, da sie nicht „freiwillig“ ist. Die Freiwilligkeit iSd DSGVO ist nur dann gegeben, wenn die betroffene Person eine echte und freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zu widerrufen, ohne Nachteile befürchten zu müssen. Eine Einwilligung kommt lediglich dann in Betracht, wenn die Datenverarbeitung

²⁰ Zu den näheren Ausführungen von §§ 3, 4 EpidemieG siehe unten 4. Datenschutzrechtliche Beurteilung des Gästepflichtenmodells.

²¹ Vgl DSB 28. 5. 2020, DSB-D124.720/2020-0.280.699 (Lichtbildausweiskopie), nrk.

²² Vgl zum Unterschied bereits DSB 28. 5. 2018, DSB-D216.471/0001-DSB/2018 (Löschfristen für Mobilfunkdaten), jusIT 2018/72, 199 (*Bergauer/Thiele*) = ZIIR 2018, 370 (*Thiele*); dazu *Gabauer*, Zur Speicherfrist von Daten, *ecolex* 2018, 1038; *Hötzendorfer/Kastelitz/Scheichenbauer/Tschohl*, Erste Entscheidung der DSB zu Speicherfristen: Welche Rolle spielt die Interessenabwägung?, *Dako* 2018/66, 113; *Knoll/Breuss*, Die Aufbewahrung personenbezogener Daten für den Zweck der Rechtsverfolgung, jusIT 2019/11, 26, jeweils zu § 97 Abs 2 TKG 2003.

²³ Ein Personal-Kontakterhebungsformular ist zB unter <coronavirus.wien.gv.at/site/files/2020/09/Betrieb-Formblatt-Vorlage.pdf> (15. 10. 2020) abrufbar.

²⁴ Vgl ErwGr 155 DSGVO.

nicht zur Begründung, Durchführung oder Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich ist.²⁵

Der Betreiber bzw. Inhaber der Gaststätte hat allerdings aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen – etwa § 10 Abs 2 DSGVO – und der betrieblichen Fürsorgepflicht das Leben und die Gesundheit seiner Arbeitnehmer zu schützen und entsprechende Vorkehrungen zu treffen. Eine Übermittlung von Kontaktdaten des Personals über mögliche Verdachtsfälle an die Gesundheitsbehörde ist nach Art 9 Abs 2 lit i DSGVO iVm § 5 Abs 3 EpidemieG zulässig.²⁶

4. Datenschutzrechtliche Beurteilung des Gästepflichtenmodells

4.1. Erfasste Datenarten und Zweckbestimmung

Allgemein wird dem Gast bereits vor dem Betreten von Betriebsstätten bzw. vor der Konsumation auferlegt, seine personenbezogenen Daten, insb. Name, Adresse, Telefonnummer und E-Mail-Adresse, dem Betreiber bekannt zu geben. Zusätzlich sind Datum und Uhrzeit und, soweit vorhanden, auch die Nummer des Verabreichungsplatzes entweder vom Gast oder vom Betreiber zu vermerken. Auf Verlangen der Bezirksverwaltungsbehörde sind diese Daten vom Betreiber zur Verfügung zu stellen.

Ohne die Angabe der personenbezogenen Daten des Gastes ist ein Betreten bzw. Verweilen in der Betriebsstätte des Gastgewerbes nicht zulässig. Betritt oder verweilt ein Gast entgegen den in der Verordnung festgelegten Auflagen, ohne seine personenbezogenen Daten anzugeben, droht dem Gast jedenfalls eine Verwaltungsstrafe iSv § 8 Abs 2 COVID-19-Maßnahmen-gesetz.

Die vom Gast bekannt gegebenen Daten werden zum Zweck der Bekämpfung sowie der Verhinderung der Verbreitung von COVID-19, insb. zur Gewährleistung der Nachvollziehbarkeit von Kontakten, verarbeitet. Die erhobenen Daten sind vier Wochen (28 Tage) lang aufzubewahren. Die Oö COVID-19-Maßnahmenverordnung legt zusätzlich zur Aufbewahrungsfrist von vier Wochen fest, dass die Daten jedenfalls nach sechs Wochen (42 Tagen) nach der Betretung zu löschen sind („Löschanordnung“).²⁷ Nicht nachvollziehbar ist, aus welchem Grund die Oö COVID-19-Maßnahmenverordnung die Löschfrist um zwei Wochen erstreckt. Aus dem Grundsatz der Speicherbegrenzung iSv Art 5 Abs 1 lit e DSGVO ergibt sich, dass die Aufbewahrungsdauer so kurz wie möglich sein muss. Der betroffenen Person wird kein klar erkennbarer Zeitpunkt bekannt gegeben, ob die Daten nun nach vier oder sechs Wochen endgültig gelöscht werden.

Allgemein ist nicht ersichtlich, weshalb die Aufbewahrungsfrist in allen angeführten Verordnungen vier (bzw. sechs) Wochen beträgt, zumal diese anhand des Zweckbindungsgrundsatzes zu

bemessen ist. Gerechtfertigt scheint eine Speicherdauer der Gästedaten von maximal 15 Tagen (14 Tage Aktualität plus Manipulationsfrist von einem Tag = insgesamt 15 Tage). Eine längere Speicherfrist scheint im Hinblick darauf, dass Krankheitsanzeichen und in der Folge eine mögliche Kontaktaufnahme in einem bestimmten Zeitfenster stattfinden (laut derzeitigem Stand Inkubationszeit von 14 Tagen), nicht gerechtfertigt.

4.2. Taugliche Rechtfertigungsgrundlage(n)?

Die Oö COVID-19-Maßnahmenverordnung sowie die Verordnungen der niederösterreichischen Bezirkshauptmannschaften stützen sich ua auf die §§ 3, 4 EpidemieG. Die Grundrechtsjudikatur²⁸ hat bereits festgehalten, dass ein allgemeines Betretungsverbot an öffentlichen Orten gesetzwidrig ist, wenn eine ausreichend klare Begründung dafür fehlt. Die Einschränkungen von Behörden, welche über die Erlassung von Betretungsverboten entscheiden, müssen daher einem deutlich umrissenen legitimen öffentlichen Interesse dienen, dürfen den gesetzlichen Verordnungsrahmen nicht überschreiten und müssen verhältnismäßig sein.²⁹ Aus diesem Anlass wurde mit §§ 3, 4 COVID-19-Maßnahmen-gesetz eine besondere Bestimmung geschaffen. Diese ermächtigt, im Verordnungswege „bestimmte“, im Sinne von „bestimmt eingeschränkte“ Orte aus epidemiologischer Sicht notwendigen Betretungserfordernissen zu unterwerfen, die ihrerseits verhältnismäßig sein müssen.

Ob durch diese Rechtsgrundlagen, insb. wie und ob ein Gast ein Wirtshaus betreten darf, die Einführung einer verpflichtenden Registrierung gedeckt und verhältnismäßig ist, bleibt nach dem Gebot der datenschutzrechtlichen Vorhersehbarkeit ua in Bezug auf den Zweck und die Speicherung zweifelhaft.³⁰

Bei der Schaffung einer Rechtsgrundlage iSv Art 9 Abs 1 lit i DSGVO ist darüber hinaus nach dem ausdrücklichen Verordnungstext der DSGVO zu beachten, dass die nationale Norm (hier: des Landesgesetzgebers) klar und präzise determiniert sein muss.³¹

Das Gästepflichtenmodell hält einer Verhältnismäßigkeitsprüfung insofern nicht stand, als die Änderung der COVID-19-Maßnahmenverordnung vom 22. 10. 2020 ua bereits vorgesehen hat, dass der Betreiber (mit mehr als 50 tatsächlich zur Verfügung stehenden Sitzplätzen) auf einer Risikoanalyse ein dem Stand der Wissenschaft entsprechendes COVID-19-Präventionskonzept zur Minimierung des Infektionsrisikos auszuarbeiten und umzusetzen hat. Es wird festgehalten, dass ein datenschutzkonformes System zur Nachvollziehbarkeit von Kontakten, wie bspw.

²⁵ Thiele/Wagner, Umsetzung der DSGVO in der Personalpraxis (2019) 41 f.

²⁶ Vgl. die Information der Datenschutzbehörde zum Coronavirus (COVID-19), abrufbar unter <dsb.gv.at/download-links/informationen-zum-coronavirus-covid-19-.html#Frage_17> (28. 10. 2020).

²⁷ Vgl. § 1 Abs 7 Oö COVID-19-Maßnahmenverordnung.

²⁸ VfGH 14. 7. 2020, V 363/2020 (Betretungsverbot nach § 2 COVID-19-MaßnahmenG).

²⁹ Vgl. VfGH 14. 7. 2020, V 363/2020 (Betretungsverbot von öffentlichen Orten).

³⁰ Vgl. zB die Verordnung betreffend ergänzende Maßnahmen zur Bekämpfung von COVID-19 der BH Amstetten vom 24. 10. 2020, <noe.gv.at/noe/Corona_VO_Sonderregelungen_AM_Gesundheit-ORANGE.pdf> [30. 10. 2020]) im Hinblick auf VfGH 15. 6. 2007, B 833/05 (Section Control I), VfSlg 18.144.

³¹ Vgl. ErwGr 46 DSGVO.

ein System zur Erfassung von Anwesenheit auf freiwilliger Basis der Gäste mit echten Alternativangeboten, etwa einem günstigeren Menüpreis oder einem Konsumationsgutschein, vorgesehen werden kann. Diese gesetzgeberische Differenzierung im Hinblick auf eine echte Freiwilligkeit iSv Art 7 DSGVO spiegelt sich im Gästepflichtenmodell nicht wider. Die verordnete Gästeregistrierungspflicht nimmt auf eine unterschiedliche Eingriffstiefe – etwa je nach Größe bzw Lage des Lokals – keine Rücksicht.

4.3. Modellübergreifende Informationspflichten

Der Betreiber oder Inhaber der Gaststätte hat vor der Datenerhebung die betroffene Person, zB im Wege einer Datenschutzerklärung, über die vorgenommene Datenverarbeitung iSv Art 13, 14 DSGVO klar und präzise zu informieren. Den Informationspflichten kommt eine wesentliche Bedeutung zu, weil der Umfang des Informationsrechts jedenfalls die Ausübung des Auskunftsrechts ermöglichen soll.³² Die datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit und die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Datenerhebung bleiben letztendlich beim Betreiber oder Inhaber der Gaststätte. Dieser ist für die Einhaltung aller datenschutzrechtlichen Vorgaben zuständig.

4.4. Modellübergreifender Rechtsschutz für betroffene Gäste

Den betroffenen Gästen bleibt nach der Bekanntgabe ihrer Daten aufgrund der Zweigleisigkeit des Rechtsschutzes³³ die Möglichkeit einer Beschwerde bei der Datenschutzbehörde und die Möglichkeit einer Zivilklage nach § 1 DSG. In beiden Fällen stellt sich der Betreiber der Gaststätte als Verantwortlicher und damit als passivlegitimierter Beschwerdegegner bzw Beklagter dar.

Die Beschwerde muss auf einer Verletzung des Grundrechts auf Geheimhaltung oder der Verletzung eines sonstigen, aus dem DSG oder der DSGVO abgeleiteten subjektiven Rechts der betroffenen Person fußen.³⁴ Nach der Spruchpraxis der DSGVO kann sich die betroffene Person dem Grunde nach auf jede Bestimmung der DSGVO stützen, sofern diese im Ergebnis zu einer denkmöglichen Verletzung des Rechts auf Geheimhaltung nach § 1 Abs 1 DSG führen kann.³⁵

³² Vgl DSG 16. 11. 2018, DSB-D213.692/0001-DSB/2018 (Allergie-Tagesklinik), Dako 2019/29, 43 (Haidinger) = ecolex 2019/241, 552 (Knyrim) = jusIT 2019/44, 128 (Jahnel); dazu Knotzer, Datenschutz-Unverträglichkeiten in der Allergie-Tagesklinik, MR 2019, 75; Gabauer, Datenschutzrechtliche Anforderungen im Gesundheitsbereich, RdM 2019/61, 84; Knasmüller, Erste Erfahrungen mit der Datenschutz-Grundverordnung für Sachverständige, Sachverständige 2019, 215.

³³ Statt vieler Jahnel, Gerichtlicher Rechtsschutz nach der DS-GVO bestätigt – Anmerkungen zu OGH 20. 12. 2018, 6 Ob 131/18k, Rz 7, jusIT 2019/42, 123 mwN.

³⁴ Vgl DSB 13. 9. 2018, DSB-D123.070/0005-DSB/2018 (Unterlassene Pseudonymisierung/Recht auf Aktenvernichtung II); dazu Knasmüller, Sachverständige 2019, 215 (217).

³⁵ Vgl DSB 31. 10. 2018, DSB-D123.076/0003-DSB/2018 (Cold Calling), Dako 2019/41, 69 (Illibauer) = jusIT 2019/30, 87 (Thiele) = ZIIR 2019, 44 (Thiele);

5. Zusammenfassung

Für eine COVID-19-Registrierungspflicht samt Contact Tracing im Anlassfall reicht Art 6 Abs 1 lit d oder lit f DSGVO allein nicht aus, sondern sie bedarf zusätzlich einer Rechtfertigung iSv Art 9 Abs 2 DSGVO. Infrage kommt eine Rechtfertigung nach Art 9 Abs 2 lit i DSGVO. Hierzu bedarf es allerdings im nationalen Recht einer qualifizierten Rechtsgrundlage. § 5 Abs 3 EpidemieG genügt dieser Anforderung nicht. Die nach den §§ 3, 4 EpidemieG vorgesehenen Betretungsbeschränkungen für zB Gaststätten, die an eine Registrierungspflicht anknüpfen, erscheinen unter dem Aspekt gelinderer Mittel, wie zB der COVID-19-Präventionskonzepte gem § 6 Abs 1 lit c COVID-19-Maßnahmenverordnung oder etwa der Bitte, bei Vorliegen von Symptomen der Gaststätte fernzubleiben, und konkreter Handlungsempfehlungen unverhältnismäßig.

Im Betreiberpflichtenmodell verbleibt es für die Überlassung der Kontaktdaten durch den Gast bei einer Einwilligunggrundlage nach Art 4 Z 11 iVm Art 7, 8 DSGVO. Das bedeutet eine jederzeitige Widerrufbarkeit und die Beachtung des Koppelungsverbots. Die Bewirtung in der Gaststätte darf bei Nichtbekanntgabe oder Unvollständigkeit der Kontaktdaten nicht verweigert werden, andernfalls fehlt es an der Voraussetzung der Freiwilligkeit.

Das Gästepflichtenmodell erscheint – vorbehaltlich einer ausreichenden gesetzlichen Determiniertheit – insgesamt betrachtet möglicherweise unverhältnismäßig.

Durch die COVID-19-Registrierungspflicht wird jedenfalls die behördliche Kontaktnachverfolgung aufgrund der steigenden Infektionszahlen erleichtert. Der Betreiber bzw Inhaber der Gaststätte hat den Vorteil, dass es keine öffentlichen Medienaufrufe mehr braucht und dieser keinen schlechten Ruf in der Öffentlichkeit erleidet. Grundsätzlich spricht nichts gegen eine Registrierung von Gästen, sofern der Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz gerechtfertigt ist. Die Einführung einer solchen Maßnahme muss allerdings verhältnismäßig, insb zur Erreichung des Ziels notwendig und geeignet sein. Negativ zu beurteilen ist etwa, dass ein Gast uU unter Quarantäne gestellt werden könnte, nur weil er sich zeitgleich mit einer positiv getesteten Person in einer Gaststätte aufgehalten hat, obwohl der Abstand sowie die Hygienemaßnahmen beachtet wurden. Vorbehaltlich einer geeigneten Rechtsgrundlage ist die Vorgehensweise in Niederösterreich unter Verhältnismäßigkeitsaspekten insoweit positiv zu bewerten, als sich die verpflichtende Registrierung jeweils nach dem Ansteckungsrisiko (Ampelfarbe Orange und Rot) in den Bezirken richtet.

6. Anhang: Synoptischer Überblick

Die genannten Verordnungen regeln grundsätzlich allesamt, dass die Betreiber von Gaststätten gewisse personenbezogene Daten der Gäste auf Verlangen der jeweils zuständigen Gesund-

dazu Leitinger/Schwab, Der Geltungsbereich des DSG und der DS-GVO für öffentlich zugängliche Daten, jusIT 2019/72, 204.

heitsbehörde zur behördlichen Kontaktverfolgung zur Verfügung zu stellen haben. Sie unterscheiden sich insb darin, dass nach dem Wiener und Salzburger Registrierungsmodell unmittelbar die Betreiber bzw Inhaber in die Pflicht zur Datenerhebung ge-

nommen werden. Nach dem niederösterreichischen und oberösterreichischen Modell ist die Betretung bzw das Verweilen des Gastes nur unter der zwingenden Auflage der Bekanntgabe der Kontaktdaten zulässig:

Bundesland	Registrierungsmodell	Datenkategorien	Löschung nach
Wien	Betreiberpflichtenmodell	Bezeichnung der Betriebsstätte, Adresse, zentrale Ansprechperson samt Kontaktdaten; sofern vorhanden: medizinische Ansprechperson samt Kontaktdaten, Kontaktdaten der Gäste und Personal, Datum und Uhrzeit	vier Wochen (28 Tagen)
Salzburg	Betreiberpflichtenmodell	Kontaktdaten der Gäste, Datum und Uhrzeit	keine Löschfrist in der Verordnung festgelegt
Oberösterreich	Gästepflichtenmodell	Kontaktdaten der Gäste, Tischnummer, Datum und Uhrzeit	vier, spätestens sechs Wochen (28 Tagen bzw 42 Tagen)
Niederösterreich	Gästepflichtenmodell	Kontaktdaten der Gäste, Tischnummer, Datum und Uhrzeit	vier Wochen (28 Tagen)



Der Autor:

RA Hon.-Prof. Dr. **Clemens Thiele**, LL.M. Tax (GGU) studierte US-amerikanisches Steuerrecht in San Francisco; Gründer der RA-Kanzlei EUROLAWYER® in Salzburg; Fachbuch-Autor; gerichtlich beideter Sachverständiger für Urheberfragen aller Art, insb Neue Medien und Webdesign.

Publikationen des Autors:

Standardkommentar zum RATG³ (2011); Mitherausgeber und Autor des Österreichischen und Europäischen Design- und Musterschutzrechts in zwei Bänden (2018 und 2020); Verfasser des Datenschutzstrafrechts in Pachinger (Hrsg), Datenschutz. Recht und Praxis (2019); Mitautor des ZPO Taschenkommentars (2019); Mitherausgeber und Autor des führenden Praxiskommentars zum Österreichischen Datenschutzgesetz (2020); zahlreiche Beiträge in Fachzeitschriften zu Themen des IT-Rechts.

✉ Anwalt.Thiele@eurolawyer.at
<http://www.eurolawyer.at>

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Thiele/Clemens

Foto: D. Wild



Die Autorin:

Mag. iur. **Jessica Wagner** ist Absolventin der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Salzburg. Sie ist seit Oktober 2017 Mitglied des EUROLAWYER®Datenschutzteams als Data Fieldwork Expertin in zahlreichen Datenschutz-Audits von Einrichtungen des öffentlichen Bereichs sowie in mittleren und großen Unternehmen. Verfasserin von diversen Buch- und Fachzeitschriftenbeiträgen zum Datenschutzrecht.

✉ Jessica.Wagner@gmx.at
🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Thiele/Clemens

Foto: privat

LexisNexis® Onlineshop

- ✓ Mehr als 10.000 Werke zu Steuern, Recht und Wirtschaft
- ✓ Alle relevanten **Neuerscheinungen**
- ✓ Umfangreiche Auswahl an **Fachbüchern**
- ✓ Einfache Auffindbarkeit nach **Rechtsgebieten, Autoren und Verlagen**

 LexisNexis®

shop.lexisnexis.at

